

אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים

סיני דויטש *

מבוא	
חלק ראשון: אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים: תיאוריה ופרקטיקה	
פרק א מהו אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים?	
(א) מהו אקטיביזם שיפוטי?	
(ב) מהו אקטיביזם שיפוטי בדיני החוזים?	
פרק ב אקטיביזם שיפוטי ותכליות דיני החוזים	
פרק ג אקטיביזם שיפוטי ראוי לאור תכליות דיני החוזים	
(א) שיערוך באכיפה	
(ב) אכיפה בקירוב	
(ג) תורת הסיכונים	
פרק ד אקטיביזם שיפוטי לא ראוי לאור תכליות דיני החוזים	
(א) דרישת תום הלב כבסיס לאכיפה ולפיצויים חיוביים	
(ב) תחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט על תרופות חוזיות	
(ג) דיני כריתת חוזה — צמצום דרישת המסוימות	
(ד) פרשנות חוזה — ביטול הלכת שני השלבים	
(ה) עקרון תקנת הציבור כעילה לביטול תניות מקפחות בחוזה	
פרק ה פסיביות שיפוטית בדיני חוזים — אקטיביזם מסוג אחר	
(א) פגמים בכריתת חוזה	
(ב) פסיקה פסיבית בנושא הסיכול	
(ג) טענת "לא נעשה דבר" — <i>non-est-factum</i>	
פרק ו סיכום ביניים: אקטיביזם שיפוטי — מגמה מובילה בדיני החוזים בישראל	
(א) האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים בישראל — רקע ותיאוריה	
(ב) הפרקטיקה של האקטיביזם השיפוטי בישראל	

* פרופסור למשפטים, המשנה לנשיא ודיקן בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. ברצוני להודות לחברי הסגל בבית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה שקראו טיוטות קודמות של מאמר זה והעירו הערות מועילות וחשובות, ובמיוחד לד"ר משה גלברד, ד"ר ישראל צבי גילת, ד"ר דני שפרלינג וד"ר שוקי שגב. האחריות לכתוב היא כמוכח של המחבר בלבד.

- חלק שני: אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים בישראל: תמיכה, ביקורת והצעה לשיפור
 פרק ז אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים: תמיכה וביקורת
 (א) התמיכה באקטיביזם השיפוטי בשנות השמונים והתשעים
 (ב) הביקורת על האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים בשנות האלפיים
 פרק ח הסיבות להתגברות הביקורת על האקטיביזם השיפוטי בשנות האלפיים
 (א) החמרה באקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים בעשור האחרון
 (ב) התגברות המגמה הקפיטליסטית בחברה הישראלית מעודדת חזרה
 לגישה פורמליסטית בדיני חוזים
 (ג) הפורמליזם החדש בדיני חוזים בארצות הברית בעשור האחרון
 (ד) הסיבות לתמיכה באקטיביזם השיפוטי בשנות השמונים שוב אינן
 קיימות
 פרק ט צמצום האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים – האומנם מטרה שניתן להשיגה?

מבוא

הדיון באקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים עלה מחדש בנושא בעל חשיבות בשנים האחרונות. התחושה בקרב עורכי דין, משפטנים והסגל האקדמי בפקולטות למשפטים היא שהייתה עליית מדרגה באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון בתחום דיני החוזים. על תופעה זו נמתחה ביקורת.¹

הנושא של אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים מעורר סדרה של שאלות קשות וסבוכות. השאלה הראשונה: כיצד מגדירים "אקטיביזם שיפוטי" בכלל ואקטיביזם שיפוטי בהקשר של דיני החוזים? השאלה השנייה: האם אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים הוא טוב או רע? הצגת שאלה ערכית זו מעלה שאלה שלישית נוספת ולא פשוטה: כלום ניתן לבחון את דיני החוזים במושגים של דין טוב או דין גרוע? והשאלה הרביעית: בהנחה שאכן קיימת תופעה של אקטיביזם שיפוטי עודף בתחומים מסוימים של דיני החוזים, מה ניתן לעשות כדי להביא לידי עיצוב דיני חוזים טובים ויעילים יותר?

במאמר שני חלקים. החלק הראשון והעיקרי בוחן את התיאוריה ואת הפרקטיקה של האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים. החלק השני מציג את הכתיבה המשפטית על האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים בישראל ואת השינויים שחלו בכתיבה זו בשנים האחרונות. מסקנתי במאמר שראוי לצמצם את האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים. השימוש במונח "אקטיביזם שיפוטי" נעשה לעתים קרובות בלי לתחום במדויק את

1 ראו מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט (תשס"ה) 17; דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים: ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט גיליון 21 (פברואר 2006) 2.

משמעותו. נראה כאילו השימוש במונח זה מייצג תחושות ולא עובדות. יש להגדיר תחילה את האקטיביזם השיפוטי ככלל ואת האקטיביזם השיפוטי בהקשר של דיני חוזים. מתוך שלל ההגדרות אני מציע להשתמש בשתי הגדרות שניתן ליישמן גם בידיני חוזים. המונח "אקטיביזם שיפוטי" בידיני חוזים אינו מצטמצם רק להכרעות שיפוטיות הנוגעות לתוכן החוזה, אלא למכלול דיני החוזים כפי שעוצבו בפסיקה. בחינת מעורבותו של בית המשפט ביצירת דיני חוזים חדשים תוך הרחבת שיקול הדעת השיפוטי היא שתאפשר להיווכח אם בית המשפט העליון היה אקטיביסטי או נהג בריסון עצמי בתחום דיני החוזים.

אקטיביזם שיפוטי כשלעצמו אינו בגדר קביעה ערכית, ואין במונח "אקטיביזם" תשובה על השאלה, אם הפסיקה האקטיבית הייתה ראויה אם לאו. יש תחומים שבהם נדרשת התערבות של בית המשפט ויש תחומים שבהם נדרש יותר ריסון עצמי. כדי לענות על השאלה, מתי אקטיביזם שיפוטי בידיני חוזים הוא ראוי, מועיל ויעיל, יש להציג תחילה אמות מידה שיבחינו בין כללים טובים בידיני חוזים לבין כללים טובים פחות, בין נושאים בידיני חוזים שבהם התערבות בית המשפט היא רצויה לבין נושאים בידיני חוזים שבהם עדיפה גישה של ריסון עצמי. תכליות דיני החוזים ישמשו כאמת מידה לשאלות שהוצגו. הצגת אמות המידה הרלוונטיות והתכליות הראויות של דיני חוזים יתנו בידינו כלי עזר למתן תשובה על השאלה, מתי אקטיביזם שיפוטי בידיני חוזים הוא דבר מועיל ומתי לא. לאחר הגדרת האקטיביזם השיפוטי בידיני החוזים ולאור תכליות דיני החוזים ניתן יהיה להתמודד עם שתיים מהשאלות המרכזיות במאמר זה: האם בית המשפט העליון בישראל הוא אקטיביסטי בידיני חוזים? והאם אקטיביזם זה קידם את מטרות דיני החוזים או פגע בהן?

סוגיות אחדות ישמשו כדוגמאות לאקטיביזם שיפוטי ראוי בידיני חוזים.² בסוגיות אלו פעל בית המשפט העליון באופן אקטיבי וחדש הלכות חשובות. חידושי הלכות אלו נקלטו בקהילייה המשפטית מתוך הסכמה רחבה. בסוגיות אלו הביא האקטיביזם השיפוטי לידי מימוש המטרות, התכליות והיעדים של דיני החוזים.

בהמשך נציג סוגיות מספר בידיני חוזים שבהן הייתה מעורבות שיפוטית רבה בתוכן החוזה ובחוקי החוזים.³ ברוב הסוגיות שיוצגו, אם כי לא בכלן, התקבלו ההחלטות בבית המשפט העליון כבר בסוף שנות השבעים ובמהלך שנות השמונים ואילו הביקורת עליהן בספרות המשפטית באה לידי ביטוי בעיקר בשנים האחרונות.

יש סוגיות בידיני חוזים שבהן גישת בית המשפט היא פסיבית.⁴ מכאן שגם בידיני חוזים יש נושאים שבהם העדיף בית המשפט העליון גישה של ריסון עצמי ומתן תוקף לחוזה כפי שהוא על פני גישה של התערבות. בנושאים אלו שיקול הדעת השיפוטי הופעל בזהירות ובמשורה. אולם עיון נוסף בהלכות שנקבעו מלמד כי גם גישה פסיבית

2 ראו להלן פרק ג – אקטיביזם שיפוטי ראוי לאור תכליות דיני החוזים.

3 ראו להלן פרק ד – אקטיביזם שיפוטי לא ראוי בידיני החוזים לאור תכליות דיני החוזים.

4 ראו להלן פרק ה – פסיביות שיפוטית בידיני חוזים – אקטיביזם מסוג אחר.

זו בסוגיות של פגמים בכריתת חוזה היא סוג של אקטיביזם שיפוטי שמטרתו הרחבת החבות החוזית.

בחלק השני של המאמר מוצגת התמיכה של הספרות המשפטית באקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים והביקורת עליו. דומני שיש חשיבות לעמדות מלומדים אשר יכולים לבחון במידה רבה יותר של ריחוק ושל חוסר מעורבות את השאלה, אם חידושי הפסיקה, הפעלת שיקול הדעת בפרשנות חוזית והמעורבות השיפוטית בדיני חוזים אכן מקדמים את המטרות, התכליות והיעדים של דיני החוזים. בדיקה של הכתיבה המשפטית בנושא מלמדת על כך שחל שינוי בגישת המשפטנים האקדמיים לאקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים בשנים האחרונות. המעבר הוא מגישה חיובית לגישה ביקורתית.

תופעת האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים נמשכת כבר עשרות שנים. בשנות השמונים והתשעים הייתה, בדרך כלל,⁵ תמיכה בשיח האקטיביסטי של בית המשפט העליון,⁶ ואילו בשנות האלפיים הדעה הרווחת בקרב חוקרי המשפט,⁷ ואף בקרב חלק משופטי בית המשפט העליון שפרשו מתפקידם,⁸ היא שיש מקום לביקורת על הגישה האקטיביסטית הרווחת בפסיקה בתחום דיני החוזים. המאמר יבחן את השאלה, מהם הגורמים לשינוי בגישת אנשי האקדמיה לאקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים. ראוי לציין כי על כמה סוגיות שבהן הפגין בית המשפט אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים פרסמתי מאמרים עוד בשנות השמונים,⁹ וכבר אז הצגתי שאלות בדבר ההצדקה לחידוש הלכות המרחיבות את שיקול הדעת השיפוטי בלא בסיס איתן בחוק ותוך פגיעה במטרות דיני החוזים. המעניין הוא כי ביקורת זו נותרה בלא מענה ורק באיחור של עשרים שנה החלה להישמע ביקורת דומה ממלומדים נוספים על הלכות אלו בספרות המשפטית.¹⁰ ראוי לציין כי חלק ניכר מהביקורת על האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים מתייחסת לעניין פרשנות תוכן החוזה. ביקורת זו קיבלה תנופה בעקבות פסקי הדין בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ¹¹ ובע"א 2553/01 ארגון מגדלי

5 למעט התנגדותה העקיבה של פרופ' גבריאלה שלו למעורבות היתר של בית המשפט העליון בדיני חוזים וביקורתה על הפגיעה הקשה והמיותרת של בית המשפט העליון בחופש החוזים, ראו להלן הערה 211.

6 לנושא הוקדשה חוברת שלמה של כתב העת עיוני משפט: עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475–893. המאמרים הרבים שפורסמו באותה חוברת תומכים בדרך כלל בגישה האקטיביסטית של בית המשפט העליון בישראל.

7 ראו מאוטנר, לעיל הערה 1. פרידמן, לעיל הערה 1.

8 ראו להלן הערה 216.

9 ראו להלן הערות 84, 90 ו-113.

10 ראו מאוטנר, לעיל הערה 1, בע' 25 בסוגיית התרופות בגין חוסר תוך לב במשא ומתן, בע' 25–26 בסוגיית תחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט על תרופות חוזיות, בע' 60–61 בסוגיית צמצום דרישת המסוימות בכריתת חוזה ובע' 24 בסוגיית צמצום דרישת הכתב.

11 פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: עניין אפרופים).

ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל.¹² עניין זה נידון בהרחבה בספרות המשפטית,¹³ אך סברתי בכל זאת שיש חשיבות להתייחס אליו במאמר זה.¹⁴ בפרק השמיני יוצגו הסיבות לביקורת הגוברת בשנות האלפים על האקטיביזם השיפוטי לעומת התמיכה הכללית באקטיביזם בשנות השמונים והתשעים. ארבעת ההסברים שיוצגו הם: (א) עליית מדרגה באקטיביזם השיפוטי בידיני חוזים בעשור האחרון; (ב) ירידת הערכים בעשור האחרון שהפחיתה את התמיכה באקטיביזם השיפוטי; (ג) השפעת הנטייה לפורמליזם במשפט האמריקני בעשור האחרון; (ד) הסיבות לתמיכה באקטיביזם השיפוטי בשנות השמונים שוב אינן קיימות. הסברים אלו אינם עומדים בפני עצמם והם משלימים זה את זה. הסברים אלו גם מצביעים על הצורך בחשיבה מחדש של הביקורת האקדמית על פסיקת בית המשפט העליון. הפרק התשיעי והאחרון יעסוק בשאלה, מהי המידה הראויה של אקטיביזם שיפוטי בידיני חוזים. המסקנה שתוצע היא שיש לבחון אם האקטיביזם השיפוטי בידיני חוזים תורם לקידום מטרות דיני החוזים. החלטות חדשניות של בית המשפט, שיש בהן כדי לקדם את מטרות דיני החוזים, הן החלטות ראויות, אף שניתן להגדירן כאקטיביזם שיפוטי. לעומת זאת הרחבת שיקול הדעת השיפוטי ויישומו באופן הפוגע בתכליות דיני החוזים הם פסולים ויש לראות בהם אקטיביזם שיפוטי שאינו ראוי.¹⁵

12 נט(5) 481 (2005) (להלן: עניין ארגון מגדלי ירקות); דנ"א 2045/04 ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל, תק"על 2006(2) 1681 (להלן: הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות).

13 ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – חלק כללי (תשס"ה) 400–412, ביקורת על תורת הפרשנות הכללית של השופט פרופ' אהרן ברק, וראו שם, בע' 418–422 את ביקורתה של פרופ' שלו על מותה של תורת שני השלבים בעקבות עניין אפרופים. וראו מאוטנר, לעיל הערה 1, התייחסות לעניין אפרופים. וראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (כרך ג, תשס"ד) 245–249, שם כתב פרופ' פרידמן כי אף שמהבחינה העקרונית ההלכה בעניין אפרופים היא נכונה, פסק הדין מעורר קושי בשל הרטוריקה שלו והדרך שבה הוא יושם במקרה הספציפי. הערות אלו חזרו בדעת המיעוט בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות.

14 התייחסות מסיימת לעניין אפרופים ולעניין ארגון מגדלי ירקות נדרשת ככל מקרה. ראוי לשים לב כי בשני המקרים הפרשנות האקטיבית הביאה לידי פסיקה לטובת המדינה. הדבר מעורר שאלה נוספת והיא, אם פרשנות אקטיבית לטובת המדינה, שהיא הצד החזק בחוזה, מוצדקת? יש פער בין הביקורת של משפטים על פסקי דין אלו לבין העמדה החד משמעית של בית המשפט העליון, לפיה יש לבטל את תורת שני השלבים בפרשנות חוזה ולאפשר לבית המשפט לבדוק בד בבד את לשון החוזה ואת נסיבות ההתקשרות. מתברר גם כי חלק מהביקורת על פסקי דין אלו היא יותר על יישום העקרונות בנסיבות המקרה מאשר על הכללים שנקבעו (פרידמן, שם, שם). מכל מקום בעניין ארגון מגדלי ירקות תמכו כל תשעת השופטים בהלכה בעניין אפרופים, והמחלוקת הייתה על "רוח" עניין אפרופים. לדעתי, גישת בית המשפט, לפיה בפרשנות חוזה הכול אפשרי, מעוררת בעיות קשות הן ברמה המהותית והן ברמה הדיונית, שיפורטו בסוף הפרק הרביעי למאמר.

15 למטרות השוואה ראו אוריאל פרוקצ'יה "מאחורי הקלעים" משפטים לב (תשס"ב) 303, שם מבקר פרופ' פרוקצ'יה את שיקול הדעת שמפעיל בית המשפט העליון בידיני החברות. הוא מציע חוק חברות עתיר כללים כדי לצמצם את שיקול הדעת של בתי המשפט שאינם מוסד יעיל. ביקורת זו נכונה גם בידיני חוזים.

טענתי היא כי יש לצמצם את האקטיביזם השיפוטי ואת ההתערבות בתוכן החוזה המסחרי ובידני החוזים המסחריים. בעניינים אלו ריסון עצמי הוא הדרך הנכונה, שכן יש לתת משקל מכריע למילוי ציפיות הצדדים, לוודאות ולביטחון המשפטי. בחוזים מסחריים יש לתת משקל גדול יותר לאוטונומיה של הפרט ולרצון הצדדים. לעומת זאת יש מקום להרחיב את מעורבות בית המשפט כאשר מדובר בחוזים צרכניים ובחוזים אחידים.¹⁶ חופש החוזים בחוזים כאלו הוא פורמלי ואינו מהותי ולכן יש לתת משקל רב יותר לשיקולים של צדק, הגינות וסבירות. מסקנה מרכזית של מאמר זה היא שיש לצמצם את האקטיביזם השיפוטי בחוזים מסחריים או לפחות לשקול מחדש אם הייתה הצדקה להרחבה כה גורפת של שיקול הדעת השיפוטי בדיני חוזים. ראוי לחזור לכללים ברורים יותר של דיני חוזים, וזאת כדי להבטיח ביטחון וודאות משפטית בחוזים מסחריים.¹⁷

חלק ראשון: אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים: תיאוריה ופרקטיקה

פרק א – מהו אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים?

(א) מהו אקטיביזם שיפוטי?

לפני שבוחנים את מידת האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים, ואם המעורבות הרבה שהפגין בית המשפט בדיני חוזים היא מוצדקת אם לאו, יש להגדיר תחילה מהו "אקטיביזם שיפוטי" ומהו אותו אקטיביזם בהקשר של דיני החוזים. המונח "אקטיביזם שיפוטי" (Judicial Activism) מקורו בארצות הברית וניתנו לו הגדרות רבות.¹⁸ ספרות

16 ראו סיני דויטש "דיני החוזים הצרכניים מול דיני החוזים המסחריים" עיוני משפט כג (תש"ס) 135.

17 הבעייתיות שבהצעה זו היא שבתי המשפט התרגלו להפעיל שיקול דעת רחב וספק אם יוותרו מרצונם על סמכות זו.

18 ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) 393–397, שם הוא מביא הגדרות אחדות של אקטיביזם שיפוטי בארצות הברית (של המלומדים בורק, פוזנר, קנון וראוש) ומבקר את ההגדרות שהוצעו. לשם השוואה אביא הגדרה מילונית אחת מתוך: Bryan A. Garner *Black's Law Dictionary* (8th ed, West, 2005) 862 "A Philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy among other factors, to guide their decisions... with the suggestion that adherent of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent" בין השאר הובא שם כמקור להגדרה זו: Richard A. Posner *The Federal Courts: Crisis and Reform* (Cambridge Mass., 1985) 3 שם הוא מציין שבית המשפט לא רק מפרש חוק אלא יוצר חוק. דווקא התייחסותו של פוזנר לנושא האקטיביזם השיפוטי, שבמרכזו הרחבת שיקול הדעת ויצירת משפט, רלוונטית גם לדיני חוזים.

משפטית רבה ביותר קיימת בנושא.¹⁹ ההגדרות והספרות המשפטית בנושא בארצות הברית רלוונטיות בעיקר למשפט הציבורי ולמשפט החוקתי, והאפשרות ליישמן בידי החוזים מוגבלת למדי. קיימת גם מחלוקת בשאלת ההגדרה וקשה להצביע על הגדרה אחת בארצות הברית שתהיה מוסכמת על הכותבים הרבים בנושא.

גם בישראל יש בנושא ספרות לא מעטה והוצעו למונח כמה הגדרות. ראוי לציין כי בספר שהוקדש לנושא,²⁰ לא טרחו המחברים להגדיר, מהו אקטיביזם שיפוטי.²¹ עם זה לא ניתן להתעלם מהצורך להציג הגדרה של המונח,²² גם אם הגדרה זו לא תהיה מקובלת על כולם. לשם כך אציג כמה הגדרות של מונח חשוב זה בספרות המשפטית הישראלית, ואבחן הגדרות אלו גם לאור השאלה, איזו הגדרה עשויה לשמש אותנו גם בנושא של אקטיביזם שיפוטי בידי חוזים. מתוך ההגדרות השונות שהוצגו בספרות המשפטית הישראלית בחרתי להתמודד בקצרה עם חמש הגדרות ולאמץ מתוכן שתי הגדרות דומות העשויות להיות רלוונטיות גם לדיני חוזים.²³

(1) השופט, פרופ' יצחק זמיר, הציע במאמר מ-1993 הגדרה לאקטיביזם שיפוטי הכוללת גם את המרכיב הזה: "אקטיביזם שיפוטי היא נכונות שיפוטית לתת לבעיה חדשה, שבעבר היתה מחוץ לתחום ההתדיינות המשפטית פתרון שיפוטי".²⁴ הגדרה זו

19 כמה ספרים מובילים בנושא בארצות הברית: Duncan Kennedy *A Critique of Adjudication* (Cambridge Mass., 1997); *Judicial Activism in Comparative Perspective* (Kenneth M. Holland ed., New York, 1991); Michael A. Rebell and Arthur B. Block *Educational Policy Making and the Courts: An Empirical Study of Judicial Activism* (Chicago, 1982) וראו רשימות ארוכות של ספרים ומאמרים בנושא אצל מאוטנר, לעיל הערה 1, בע' 21 בהערה 1 ובע' 22 בהערה 3. וכן ברק, שם, בע' 475 בהערה 2.

20 ראו רות גביון, מרדכי קרמינצ'ר ויאב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (תש"ס).

21 כותרתו של הפרק הראשון שנכתב על ידי יואב דותן היא "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ", שם דנים בהרחבה בשאלת האקטיביזם השיפוטי בלא כל ניסיון להגדיר מהי. בסעיף האחרון באותו פרק דן המחבר בעתידו של האקטיביזם השיפוטי, שוב בלי להבהיר מהו. ניתן להבחין מתוך הכתיבה שהכוונה כנראה להרחבת המעורבות של בית המשפט בחיינו הציבוריים. הדיון בספר מתאים למשפט הציבורי ולא לדיני החוזים. ניתן ללמוד למה התכוונו המחברים במונח "אקטיביזם שיפוטי" מתוך כתיבתם (לדוגמה, ראו שם, בע' 74–90 מתוך הפרק של רות גביון), אך הגדרה של ממש אין כאן.

22 ראו אהרן ברק, לעיל הערה 18, בע' 390, שם הוא מצביע על הצורך בהגדרה מוסכמת. הוא מבקר את השימוש במונח זה בלא להגדירו, ובלשונו: "במרבית המקרים המשתמשים במושגים אלו [אקטיביזם וריסון עצמי] אינם מגדירים אותם. התוצאה היא אנדרלמוסיה וחוסר הבנה אשר אינן ניתנות לעימות ולהערכה". בהמשך דבריו מסביר השופט ברק כי אקטיביזם וריסון עצמי רלוונטיים רק כאשר יש שיקול דעת שיפוטי (שם, בע' 390–392) וכי המושגים תלויים בהקשר החברתי והתרבותי המשפטית (שם, בע' 393).

23 אין אלו ההגדרות היחידות שהוצעו בישראל, שכן בנושא פורסמו לא מעט מאמרים. לנושא הוקדשה חוברת שלמה בכתב העת עיוני משפט: עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475–893.

24 יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 647, 650. ההגדרה שצוטטה אינה כוללת כמובן את מלוא ההגדרה שמציע השופט זמיר לאקטיביזם שיפוטי והמתייחסת גם לכוונתו של השופט ולרצונו להביא לידי שינוי הדין ובכך להביא לידי רפורמה

מתאימה למשפט הציבורי, שם מסור שיקול דעת לבית המשפט בעניין מידת ההתערבות בסוגיות שונות, אך לא כך המצב במשפט הפרטי. במשפט הפרטי מגיע לבית המשפט סכסוך בין שני צדדים ואין לבית המשפט פריווילגיה שלא להחליט ושלא להתערב. לכן יש בהגדרה זו מרכיבים שאינם ישימים בדיני חוזים.

(2) פרופ' מנחם מאוטנר הציע במאמר משנת 2005 את ההגדרה הזו: "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".²⁵ גם הגדרה זו רלוונטית יותר למשפט הציבורי מאשר לדיני חוזים. ההתנגשות בין תוכן החוזה לפרשנותו בבית המשפט והחקיקה השיפוטית בכלל בתחום דיני החוזים אין בהן משום התנגשות ישירה במוסדות שלטון אחרים, שכן מוסכם שיש לבתי המשפט תפקיד בפרשנות דיני החוזים ובפרשנות תוכן החוזה.

(3) השופט אהרן ברק בספרו שיקול דעת שיפוטי הגדיר "שופט אקטיביסטי" כשופט הבוחר מבין מכלול האפשרויות הפתוחות לפניו, אותה אפשרות המשנה את הדין יותר מכל אפשרות אחרת.²⁶ הגדרה זו מצומצמת מאוד, שכן לא סביר ששופט יבחר דווקא את האפשרות המשנה את הדין יותר מכל אפשרות אחרת. ולכן אין פלא, שהשופט ברק עצמו הגיע לכלל מסקנה שלאור הגדרה זו אין חשיבות לשאלה אם בית המשפט אקטיבי או פסיבי.²⁷

(4) השופט ברק בספרו שופט בחברה דמוקרטית מציג הגדרה מקיפה יותר לאקטיביזם שיפוטי כדלקמן: "אקטיביזם שיפוטי הוא נטייה שיפוטית... במסגרת שיקול הדעת השיפוטי, שלפיה האיזון הראוי בין הערכים החברתיים המתנגשים מוגשם לעיתים קרובות על ידי החלטה המחוללת שינוי בדין הקיים או על ידי יצירת דין חדש שלא היה קיים קודם... לשם הגשמת מטרות אלה הוא מוכן לפתח אמצעים משפטיים חדשים אשר יאפשרו לו לשנות את הדין הקיים או ליצור דין חדש. ההגדרה של ריסון עצמי היא היפוכה של הגדרת האקטיביזם השיפוטי".²⁸ מרכיבים אלו של המונח "אקטיביזם שיפוטי" רלוונטיים לכל ענפי המשפט ולפיכך רלוונטיים גם

במשפט (שם, בע' 649). ראו גם את הערת התמיכה של השופט ברק במרכיבי הגדרתו של השופט זמיר (ברק, לעיל הערה 18, בע' 397). אולם כפי שאני מציין בטקסט, ההגדרה מתאימה יותר למשפט ציבורי מאשר למשפט אזרחי.

25 ראו מאוטנר, לעיל הערה 1, בע' 21 בהערה 1 – הוא מציג הגדרה זו כהגדרת האקטיביזם השיפוטי במשפט האמריקני. בע' 24 – הוא מחיל הגדרה זו בשינויים על כריתת חוזה ותוכנו.

26 אהרון ברק שיקול דעת שיפוטי (מהדורה שלישית, תשנ"ג) 213.

27 ראו שם, בע' 213–217. לדעתו ההבחנה בין שופט אקטיבי לשופט פסיבי היא הבחנה קשה ולפי ההגדרה שהציע ההבחנה בין אקטיביות לבין פסיביות אינה מועילה ואין בה יסוד ערכי (שם, בע' 216–217). עם זה, השופט ברק בספרו שופט בחברה דמוקרטית חזר בו והסביר מדוע יש חשיבות להגדרת המונח "אקטיביזם שיפוטי" (ברק, לעיל הערה 18, בע' 390).

28 ברק, לעיל הערה 18, בע' 398. הקטעים בסוגריים הושמטו.

לדיני החוזים. במרכזה של הגדרה זו עומד שיקול הדעת השיפוטי. מרחב שיקול הדעת והנכונות להשתמש בו לעתים קרובות יותר עומד במרכזו של האקטיביזם השיפוטי. מרכיבים אלו של המונח "אקטיביזם שיפוטי" רלוונטיים גם לדיני חוזים.

(5) פרופ' דניאל פרידמן במאמר משנת 2006 מציע את ההגדרה הזו: אקטיביזם שיפוטי הוא מגמה "שיפוטית להרחיב את סמכויות בתי המשפט ואת התחומים שבהם ניתן להם: (1) להפעיל שיקול דעת; (2) להחיל את שיקול הדעת הלכה למעשה; (3) לצמצם ואף לבטל כללים שנקבעו בחקיקה או בדין הקודם, המגבילים או מצמצמים שיקול דעת זה".²⁹ גם בהגדרה זו מעמידים את שיקול הדעת השיפוטי ואת הנכונות להפעילו תוך שינוי כללים שנקבעו בחקיקה או בדין קודם כלב הנושא של אקטיביזם שיפוטי. הגדרה זו דומה להגדרתו של השופט ברק בספרו שופט בחברה דמוקרטית. היא מצביעה על המרכיבים העיקריים של אקטיביזם שיפוטי, והיא ישימה הן במשפט הציבורי והן במשפט הפרטי.

לענייננו ראוי לאמץ את שתי ההגדרות האחרונות,³⁰ של השופט ברק ושל פרופ' דניאל פרידמן, שהמשותף להן הוא שבית משפט אקטיבי הוא זה שמוכן להפעיל יותר את שיקול דעתו, לפתח דין חדש, לסטות מתקדימי העבר ולפתח אמצעים משפטיים חדשים אשר יאפשרו לו ליצור דין חדש ולהרחיב את סמכותו להפעיל שיקול דעת שיפוטי. בית משפט אקטיביסטי מעביר את כובד המשקל מהחקיקה ומהחווה לשיקול דעתו של השופט.

(ב) מהו אקטיביזם שיפוטי ביני חוזים?

ההגדרות שאומצו בפרק הקודם מדגישות את נכונות בית המשפט לפתח דין חדש שאינו מעוגן במפורש בחקיקה, לסטות מתקדימי העבר ולהרחיב את שיקול הדעת השיפוטי. הגדרות אלו מתמקדות בעיקר בנכונותו של בית המשפט להפעיל מידה רבה של "חקיקה שיפוטית"³¹ ושיקול דעת שיפוטי.

הגדרה זו רחבה דיה כדי לכלול את התערבות בית המשפט הן בתוכן החווה באמצעות פרשנות והן בשינוי הדין באמצעות חידושי הלכות בתחום דיני החוזים. לדעתי, אין לצמצם את הנושא של אקטיביזם שיפוטי ביני חוזים להתערבות בית המשפט בקביעת תוכן החווה בלבד,³² אלא יש לבחון את האקטיביזם השיפוטי ביני

29 פרידמן, לעיל הערה 1, בע' 6.

30 אין טעם לתת הגדרה מדויקת יותר. ראו עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי" ואקטיביזם שיפוטי' כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 665, 710–720, שגם לפי הגדרה רחבה ביותר שהציע ידלין, הוא התקשה להגיע לכלל מסקנה, אם בית המשפט בישראל אקטיבי אם לאו.

31 ראו אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 25; ברק, לעיל הערה 26, בע' 165–171.

32 מאוטנר, לעיל הערה 1, בע' 22 בהערה 3, מפנה לרשימה ארוכה של מחברים בחו"ל המשתמשים במונח "אקטיביזם" בתארים מגמות של התערבות בית המשפט בקביעת תוכנם של חוזים. אמנם בהמשך דבריו (באותו עמוד) הוא מרחיב זאת לחלוקת העבודה בין הצדדים לבין בית המשפט

חוזים בהקשר הרחב של מעורבות בית המשפט בעיצוב מכלול דיני החוזים מעבר למה שנקבע במפורש בחוק. הגדרת האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים, המתייחסת לחלוקת העבודה שבין בתי המשפט לבין הצדדים המתקשרים בחוזה, היא הגדרה מצומצמת מדי. ההתערבות השיפוטית בדיני חוזים כוללת הן את התערבותו של בית המשפט בתוכן החוזה והן את התערבותו של בית המשפט בדיני החוזים בין בדרך של חקיקה שיפוטית המעצבת ומרחיבה את דיני החוזים ובין באמצעות הפעלת שיקול דעת רחב. הגדרת האקטיביזם מתייחסת לא רק לחלוקת העבודה בין בית המשפט לצדדים אלא גם בין בית המשפט לבין המחוקק ומוסדות שלטון אחרים בקביעת נורמות.

דיני החוזים חשובים לא פחות מתוכן החוזה כפי שנקבע בין הצדדים. לא היה מקום לחוקי חוזים ולדיני חוזים, לו עמד ביסודם עיקרון אחד בלבד, הקובע שמה שהוסכם בחוזה הוא שמחייב. לחקיקה יש משקל גדול בהסדרת דיני החוזים, גם אם הוראותיו של החוק דיספוזיטיביות.³³ כל עוד הצדדים אינם קובעים הסדרים אחרים, הוראות חוקי החוזים הן שמסדירות את יחסי הצדדים בסוגיות חשובות ועיקריות ביחסים החוזיים כגון השאלות מתי נכרת חוזה, מתי ניתן להכיר בפגמים בכריתה כעילה לביטול החוזה, מהם הכללים לפרשנות חוזה, וכן הוראות תוכן שונות ותרופות בגין הפרת החוזה. בסופו של דבר, חוקי החוזים ודיני החוזים הם שיוצרים את מסגרת החוזה וגם מוסיפים מידה מסוימת של תוכן לרצון הצדדים. דיני החוזים רלוונטיים כאשר יש סכסוך בין הצדדים. אין חשיבות רבה לדיני החוזים כשמדובר בחוזה שאין בגינו סכסוך ושאינו מגיע לבית המשפט. כאשר יש סכסוך בין הצדדים, והם מבקשים את התערבות המדינה באמצעות בתי המשפט, אז יש חשיבות לדיני החוזים. במקרה כזה החוק והפסיקה

בשלושה נושאים: (1) מתי נכרת חוזה; (2) קביעת תוכן החוזה; (3) טיב התרופות בגין הפרה. נושאים אלו מכסים חלק ניכר מדיני החוזים, אך אין הצדקה להגביל את תחום האקטיביזם בדיני חוזים לנושאים אלו בלבד ויש להחילו על מכלול דיני החוזים.

³³ קיימת הנחה, כי הוראות דיספוזיטיביות, מאחר שנוסחו על ידי המחוקק, הן בדרך כלל מאוזנות, היינו מתחשבות באופן שווה באינטרסים של שני הצדדים. ראו פרידמן וכהן (כרך א, תשנ"א), לעיל הערה 13, בע' 59. עניין זה אינו מוסכם על כולם והוא שנוי במחלוקת. ראו אוריאל פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי יסוד במשפט" משפטים יח (תשמ"ט) 395, 401; גד טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו (תש"ן) 5; אוריאל פרוקצ'יה "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופ' גד טדסקי" עיוני משפט טו (תש"ן) 385. גישתו של פרופ' פרוקצ'יה היא שמטרתו העיקרית של הדין הדיספוזיטיבי היא להוזיל עלויות ולכן עליו להיות "חקיין" של הנוהג הכללי.

לדעתי, הדין הדיספוזיטיבי מצביע בדרך כלל על הדין הראוי, והראיה שבחוזה אחיד התניה על דין דיספוזיטיבי תיחשב לחזקת קיפוח. ראו סעיף 4(1) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982. עם זה עוצמתו פחותה מדין קוגנטי. ראו גם סיני דויטש דיני הגנת הצרכן, יסודות ועקרונות (כרך א, תשס"א) 39, השפעת החקיקה הדיספוזיטיבית על הצרכן, בע' 159-161 הצעה לחקיקה צרכנית דיספוזיטיבית, בע' 422-424 על השוני בין החקיקה האזרחית הדיספוזיטיבית לעומת החקיקה הצרכנית הקוגנטית ובע' 438-441 השפעת גישה זו על פרשנות חוזים צרכניים. וראו גם איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו) 38-56 על חשיבות החקיקה הדיספוזיטיבית והשפעתה על פרשנות חוזים.

אומרים את דברם, בין שמדובר בהוראות קוגנטיות או בהוראות דיספוזיטיביות. מאחר שחוקי החוזים בישראל נוסחו בקיצור רב,³⁴ הרי פסיקת בית המשפט העליון משלימה את הנורמות של דיני החוזים וממלאה תפקיד חשוב ביצירת הכללים של דיני החוזים. לבית המשפט העליון תרומה חשובה ביצירת נורמות וכללים בידיני החוזים הנוספים על אלו הכתובים בחוק. דיני חוזים הם "משפט לעורכי דין".³⁵ דיני החוזים הם שילוב של חקיקה ופסיקה גם יחד. אקטיביזם שיפוטי בידיני חוזים מתייחס הן למעורבות בית

34 הניסוח התמציתי של חוקי החוזים נבחר על ידי מנסחי חוקים אלו ובראשם פרופ' אורי ידן שאף ציין זאת במפורש. ראו אורי ידן חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, תשל"ט) 12. שם כתב פרופ' ידן שניסוח תמציתי של החוק הוא השיטה הנהוגה בסוג זה של חוקים וכי ראוי שההוראות תהיינה קצרות, תמציתיות וחופשיות מסרבול על ידי פרטים. לביקורת על גישה זו ראו סיני דויטש "אורי ידן: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970" משפטים ח (תשל"ח) 364, 365-366, ועיקרה שניסוח כזה גרם לכך ששאלות רבות נותרו בחוק בלא מענה. לביקורת דומה על חוק המתנה ראו ג' טדסקי "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968" משפטים א (תשכ"ח) 639.

בשל הניסוח הקצר של חוק החוזים עלתה במשך השנים החשיבות של סטנדרטים בידיני חוזים לעומת נורמות המנוסחות בצורה ברורה יותר ככללים. בניגוד לכללים, סטנדרטים הם נורמות פתוחות שביית המשפט נדרש למלאן בתוכן על פי הנסיבות של המקרה המובא לפניו ומוטלת על בית המשפט הכרעה ערכית. ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז (תשמ"ח) 321. הנושא נידון בהרחבה במאמרים רבים בישראל ובחו"ל. בין השאר תופס נושא זה מקום חשוב במאמרו החשוב של מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503.

יש ביקורת לא מעטה על גישה זו של משפט המורכב מסטנדרטים במקום מכללים שכן היבר פוגע בוודאות המשפטית ובביטחון המשפטי. לביקורת כזו בתחום דיני החברות ראו אוריאל פרוקצ'יה, לעיל הערה 15. ניסוח נורמות משפטיות כסטנדרט יוצר אווירה של חוסר ודאות, שכן הצדדים אינם יכולים להבטיח עצמם מראש. גישה זו יוצרת גם התדיינות מרובה. לעומת זאת היא מגבירה את שיקול הדעת של השופטים, ראו: Max Weber *Economy and Society* (Vol. 2, Guenther Roth & Claus Wittich eds., Berkeley, 1978) 886-889; Duncan Kennedy "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1685; Louis Kaplow "Rules Versus Standards: An Economic Analysis" 42 *Duke L. J.* (1992) 557; Frederick Schauer *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford, 1991) 159-162 במקום בכללים מאפשר אקטיביזם שיפוטי.

35 במונח "משפט לעורכי דין" כוונתי היא לתחומי משפט מקצועיים המעניינים בעיקר את עורכי הדין האמורים לייצג את הצדדים הן בניסוח ההסכמים שבין הצדדים והן בטיפול בסכסוכים שביניהם בבתי המשפט ומחוצה להם. "משפט לעורכי דין" שונה ממשפט המעניין את כלל הציבור, כגון המשפט החוקתי והמינהלי. המשפט הציבורי וגם המשפט הרגולטורי הוא בעל עניין רב לחברי הכנסת ולציבור המעוניינים להשפיע על תוכנו וכלליו. החקיקה בתחום דיני החוזים נערכה ונוסחה על ידי מלומדים וחוקרים וטבעי שבית המשפט העליון יפרש ויעבה כללים אלו ואף יקנה להם תוכן קונקרטי. זה גם ההסבר לכך שחוקים אורחיים, כגון חוקי החוזים, בשונה מחוקים רגולטוריים כגון חוקי הגנת הצרכן, כמעט לא תוקנו לאחר שנחקקו וזאת במשך עשרות שנים.

המשפט בפרשנות תוכן החוזה והן למעורבותו ביצירת כללים חדשים שבהם הוא סוטה מתקדימי העבר ומפתח דין חדש.³⁶ ההכרה בתפקיד המשותף של המחוקק ושל בית המשפט בקביעת כללי המשפט באה לידי ביטוי גם בחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980.³⁷ בסעיף 1 לחוק נקבעו החקיקה, הפסיקה ומידת ההיקש כמקורות ראשיים של המשפט הישראלי. בית משפט היוצר כללים חדשים בדיני חוזים, המאפשרים לו שיקול דעת שיפוטי רב יותר, והמוכן להתערב בחוזה ובתוכנו, הוא בית משפט אקטיבי בדיני חוזים. אולם הגדרת בית המשפט כאקטיבי או כפסיבי אינה קביעה ערכית ויש לבחון אם התערבות בית המשפט או הריסון העצמי שלו מקדמים את מטרות דיני החוזים. השאלה העיקרית אינה אם בית המשפט אקטיבי או פסיבי אלא אם האקטיביזם הוא טוב או רע למשפט. לא קל להגדיר מבחינה ערכית את טיבה של חקיקה או של פסיקה, ואין תשובה מובנת מאליה, מתי חקיקה היא טובה או מתי פסיקה היא טובה. נראה כי לא מעט מהכתיבה בנושאים אלו התבססה על הנחות או השקפות אישיות בדבר תפקידו של בית המשפט בכלל ובדיני חוזים בפרט. תכליות דיני החוזים הן שיכולות לכוון את המשפטן במתן תשובה על שאלה מורכבת זו. גם אם תכליות אלו לא יתנו תשובה מלאה באשר לדרך הראויה, הן עדיפות מהתייחסות לנושא חשוב זה על בסיס תחושות, בלא בסיס איתן של עובדות ואמות מידה ראיות. הבנת מטרות דיני החוזים ויצירת מדרג בין המטרות והתכליות, כפי שייעשו בפרק הבא, הן שישמשו בסיס לבחינת השאלה, אם אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים הוא טוב או רע.

פרק ב – אקטיביזם שיפוטי ותכליות דיני החוזים

הגדרת תכליות דיני החוזים עשויה לשמש כלי מועיל וחשוב בהכוונת הפסיקה הן לעניין פרשנות תוכן החוזה והן בקביעת כללים חדשים של דיני חוזים שאינם מופיעים במפורש בחוק, כמו גם בפרשנותם של כללים אלו ויישומם הלכה ולמעשה. דיני החוזים, אף שהם ברובם דיספוזיטיביים, יש להם מטרה ותכלית. חשוב להבין את התכליות ואת המטרות של דיני החוזים, שכן הן שיכולות לסייע להבחנה בין כללי חוזים ראויים לבין כללי חוזים ראויים פחות. דיני החוזים הם אקלקטיים ולא ניתן

36 על השיקולים לסטייה מתקדים ראו אהרן ברק, לעיל הערה 26, בע' 411-446. התייחסות מיוחדת לדיני חוזים ראו שם, בע' 412-413. מכל מקום ההחלטה לסטות מתקדים היא חלק משיקול הדעת השיפוטי (ראו, שם, בע' 387-397) ובמובן זה יש לראות בה, לדעת, דוגמה ברורה לאקטיביזם שיפוטי.

37 סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980 קובע: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". פסיקת בית המשפט העליון היא מקור ישיר ולא רק מקור משלים של המשפט הישראלי.

להצביע על מטרה אחת או תכלית אחת כיעד המרכזי של דיני חוזים. טבעי שיהיו כמה מטרות ותכליות לדיני החוזים וכאשר התכליות מתנגשות אלו באלו רצוי ליצור מדרג של תכליות כדי לתת את המשקל הראוי למטרות השונות.

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים הכללי) נכתב כמסמך פרגמטי ולכן נקבעו הכללים והדינים בלי להתייחס לשאלות תיאורטיות. אפילו המונח "חווה" לא הוגדר, בין השאר בשל הקשיים להציג הגדרה מועילה למונח זה.³⁸ אין פלא אפוא שחוק החוזים הכללי אינו מציין את מטרות דיני החוזים,³⁹ כל שכן שבחיקקה האזרחית של שנות השבעים לא היה מקובל לציין את מטרות החוק ואת תכליתו. הגישה לנושא זה השתנתה בשנים האחרונות ולענייננו חשוב במיוחד הקודקס האזרחי המוצע, כפי שהוא מופיע בתזכיר חוק דיני ממונות, תשס"ו-2006.⁴⁰

הסעיף הראשון לתזכיר חוק דיני ממונות הוא סעיף תכליות החוק. התזכיר המוצע עדיין אינו חוק ואף לא הצעת חוק. עם זה, ניתן לראות בתזכיר המוצע לפחות מעין ריסטיטמנט (Restatement) של המשפט האזרחי בישראל.⁴¹ יתר על כן, אף שנוסח

38 ראו גבריאלה שלו, לעיל הערה 13, בע' 13, המסבירה מדוע לא הוגדר מונח זה. ראו שם, שההגדרה עשויה להיות צרה מדי או רחבה מדי ותועלתה מועטת. מכל מקום במשפט האירופי הדגש הוא על הסכם בין הצדדים ובמשפט האנגלו-אמריקני הדגש הוא על הבטחה שניתן לאכוף אותה. התועלת שבשימוש בהגדרות אלו היא מינימלית.

39 אין הסכמה בין חוקרי המשפט בדבר התיאוריה המונחת ביסוד דיני החוזים. מתוך הספרות הרבה בנושא אציין כמה מאמרים מובילים בנושא: Randy E. Barnett "A Consent Theory of Contract" 86 *Colum. Law Review* (1986) 269; Charles Fried *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Cambridge Mass., 1981); Grant Gilmore *The Death of Contract* (Columbus, 1974); Anthony T. Kronman and Richard A. Posner *The Economics of Contract Law* (Boston, 1979); Melvin Eisenberg "The Bargain Principle and its Limits" 95 *Harv. L. Rev.* (1982) 741. במקורות אלו מוצעים בסיסים שונים לדיני חוזים וביניהם הבסיסים של רצון, הסכמה, הסתמכות, יעילות, הגינות, עסקה ועוד. לדעתי יש להבחין בין הבסיסים התיאורטיים של דיני החוזים לבין תכליות דיני החוזים העשויות לשמש כלי מועיל בפרשנותם וביישומם.

40 בשנת 2004 פורסם הקודקס האזרחי, חוק דיני ממונות, נוסח לעיון הציבור (אפריל 2004) (להלן: טיוטת הקודקס האזרחי). ב-20 ביוני 2006 פורסם תזכיר חוק דיני ממונות, תשס"ו-2006 (להלן: תזכיר חוק דיני ממונות). תזכיר זה הוא שלב מתקדם של הקודקס המוצע. הדמיון בין תזכיר חוק דיני ממונות לבין הקודקס האזרחי המוצע הוא רב. אפילו המבוא בשני המסמכים כמעט שווה. השינויים הגדולים הם הוצאת חלק גדול מחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות מן התזכיר המוצע והעברת נושא החוזים האחידים מהפרק של חוזים מיוחדים לפרק של הוראות מיוחדות לחוזים. כן נעשו שינויים בסעיפים שונים הקשורים לדיני חוזים. השינויים אינם רבים. ראוי לציין כי ככלל השינויים בידיני חוזים בקודקס המוצע ובתזכיר לעומת המצב הקיים אינם גדולים, למעט כמה סוגיות כגון איחוד התרופות עם דיני הנזיקין, פיצויים לדוגמה ועוד. את תזכיר החוק ניתן למצוא באתר האינטרנט: <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C88888-432F-4A90-9B5A-B03C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf> (נבדק ב-3.7.07).

41 ראו מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי (כרך א, תשס"ה) 21; וראו בע' 2 למבוא של תזכיר חוק דיני ממונות, רשימת חברי הוועדה שהשתתפו בניסוח הקודקס ובקביעת תכניו. בוועדה השתתפו ארבעה עשר פרופסורים למשפט אזרחי ועוד מומחים.

התזכיר, והקודקס המוצע שקדם לו, אינם מחייבים, הם מצוטטים רבות בפסיקה⁴² וניתן להיעזר בסעיף התכליות שבהם כמודל הראוי ביותר לקביעת המטרות והיעדים של דיני החוזים.

לציון תכלית החוק יש חשיבות משפטית,⁴³ שכן היא מדריכה את המשפטן, את השופט, את עורך הדין ואת כל מי שקורא את החוק בהכרת מטרות החוק. הצגת התכלית משמשת כלי עזר חשוב בפרשנות חקיקה. ציון מטרת החוק נפוץ בחוקים רגולטוריים,⁴⁴ אך היה נדיר בחוקים אזרחיים.⁴⁵ הגישה כיום היא לראות בהוראות סעיפי המטרה הוראות רצויות.⁴⁶ סעיפי מטרה נהפכו לשכיחים יותר בחוקים אזרחיים בשנות התשעים. הסעיף הראשון בתזכיר חוק דיני ממונות, בפרק הראשון של "עקרונות היסוד", קובע את תכליות הקודקס האזרחי:

- (1) "הבטחת צדק, הגינות וסבירות;
- (2) קידום בטחון, ודאות ויעילות במשפט;
- (3) התאמה בין הסדרי המשפט האזרחי;
- (4) שמירה על זכויות מוקנות;
- (5) הגנה על ציפיות והסתמכות ראויה של הצדדים."

42 ראו לציין שבתוך כשנתיים לאחר פרסום הצעת הקודקס האזרחי (בשנת 2004) כבר יש מאות פסקי דין המתייחסים לקודקס כאל מקור משפטי משכנע ובעל משקל לא פחות מספרות משפטית אקדמית, ובמקרים מסוימים אף כבעל סמכות דומה לחוק או לפסיקה. ניתן לחשוב על מעט חוקים שבתוך כשנתיים זכו לאזכור כה רב בפסיקה כמו הקודקס המוצע. ראו, מאגרי המידע המשפטיים של נבו, תקדין, פדאור, דינים, Law data, סקירה משפטית, פקס-דין ועוד.

43 ראו סיני דויטש "עשור לתובענה הייצוגית: סיכום ביניים ומבט לעתיד" שערי משפט ד (תשס"ה) 9, 49–50.

44 ראו, לדוגמה, חוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו–1996; חוק אזרחי ערי פיתוח, התשנ"ט–1999; חוק משק החשמל, התשנ"ו–1996. יש יותר מ-55 חוקים הכוללים סעיף "מטרת החוק" ועוד כ-15 חוקים הכוללים סעיף "מטרה", כגון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס–2000. אין משמעות לשוני בכותרת הסעיף, "מטרת החוק" או "מטרה". בשניהם המטרה היא הצגת תכלית החוק. סעיפי מטרה נהפכו לנפוצים יותר בחקיקת שנות ה-90 ואילך.

45 דוגמה לחוק אזרחי, הנחשב גם לחוק צרכני, הכולל סעיף מטרה הוא חוק החוזים האחידים, התשמ"ג–1982. חוק זה היה אחד החוקים הראשונים שכללו סעיף "מטרת החוק". לתוספת זו היו השלכות חשובות. סעיף המטרה בחוק החוזים האחידים, התשמ"ג–1982 אכן השיג את יעדו, וסייע לבית המשפט העליון בהגדרת חוק החוזים האחידים כחוק צרכני – ראו, ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 100 (1991) – והגביר במידה משמעותית את יישום החוק. ראו ורדה לוטטהוויז וטנה שפניץ חוזים אחידים (1994) 15–18.

46 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (כרך ב, התשנ"ג) 305, שהסביר מדוע הוראות סעיפי מטרה הן הוראות רצויות: "הן מכוונות במישרין ובמפורש את הפרשן לתכלית החקיקה. יש להזדקק להן בכל מקרה, בין אם לשון החוק 'ברורה' ובין אם לשון החוק 'אינה ברורה'". וראו גם ברק, לעיל הערה 26, בע' 90–107.

אין ספק שהתכליות המפורטות בסעיפים קטנים (1), (2) ו-(5) הן מטרות חשובות של דיני החוזים. התכלית המסומנת (3) "התאמה בין הסדרי המשפט האזרחי" היא תכלית של הקודקס ולא רק תכלית של דיני החוזים. גם התכלית המסומנת (4) "שמירה על זכויות מוקנות" רלוונטית יותר לדיני קניין. שלוש המטרות האחרות הן מטרות מרכזיות של דיני החוזים. מטרת החוזה היא להגן על הציפיות הסבירות של הצדדים כפי שבאו לידי ביטוי בחוזה וכן להגן על הסתמכות הצדדים (תכלית (5)). ברור כי מטרה מרכזית בדיני חוזים היא לקדם את הביטחון, הוודאות והיעילות במשפט. אם הצדדים לא היו מעוניינים בביטחון ובוודאות, לא היו כורתים חוזה. לחוזה יש מטרות חשובות של יעילות משפטית. הצדדים קובעים את רצונם בחוזה שהוסכם ביניהם ותפקידו של בית המשפט הוא לתת תוקף לרצון זה.⁴⁷

התכלית של צדק, הגינות וסבירות גם היא תכלית מרכזית בדיני חוזים. מאחר שדיני החוזים באים לכלל יישום כאשר הצדדים פונים לבית המשפט ליישום, אין לצפות מבית המשפט שיפעל בניגוד לעקרונות של צדק, הגינות וסבירות. עם זה, עשויה להיות סתירה בין תכלית זו לבין התכליות האחרות של דיני החוזים, שכן התחשבות רבה מדי בשיקולי צדק והגינות עשויה לפגוע בוודאות וביעילות המשפטית. יש אפוא לאזן בין המטרות השונות ולהציג מדרג של חשיבות בתכליות וזאת במקרים שבהם יש התנגשות בין התכליות השונות.

מאחר שדיני החוזים הם התחום העיקרי שבו החיובים הם רצוניים,⁴⁸ הרי יש לתת משקל עיקרי לרצון הצדדים כפי שהוא בא לידי ביטוי בחוזה. מקור תוקפו של החוזה הוא ברצון הצדדים ורצון זה יש לכבד. לפיכך נראה לי שהמדרג הראוי בין שלוש התכליות העיקריות של דיני החוזים צריך להיות כדלקמן: במקום הראשון התכלית החמישית, שהיא הגנה על ציפיות הצדדים כפי שבאו לידי ביטוי בחוזה, שכן יש בכך גם הגנה על הסתמכות הצדדים על החוזה. התכלית של מתן תוקף לחוזים באה להבטיח שצד יוכל להסתמך על התחייבות הצד האחר כפי שהיא באה לידי ביטוי בהסכם שביניהם, ושצד לחוזה לא יוכל לאחר מעשה להתכחש להתחייבויות

47 פסק דין אנגלי מנחה בסוגיה זו הוא: *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson*, 19 Eq. 462 (1875) (להלן: עניין *Printing*). "If there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and will be enforced by courts of justice" חופש החוזים הוא רעיון מרכזי בדיני חוזים. הוא מופיע בפסקי דין רבים ומייחד את דיני החוזים לעומת חיובים אחרים כגון נזיקין ועשיית עושר שאינם חיוביים רצוניים.

48 החלק השלישי של תזכיר חוק דיני ממונות מוקדש לדיני חיובים. חיובים אלו מתחלקים לשלושה ענפים עיקריים על פי מקור החיוב. דיני חוזים שמקורם ברצון הצדדים ובהסכמת הצדדים (להם מוקדשים חלקי משנה ב-ג), חיובים בלתי רצוניים ובעיקרם דיני נזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט (להם מוקדש חלק משנה ד) וחיובים מעורבים שעיקרם חיובי שמירה וחיובי אמון (להם מוקדש חלק משנה ה).

שנתן ולנהוג באופן אפורטוניסטי.⁴⁹ במקום השני יש למקם את התכלית של קידום הביטחון, הוודאות והיעילות המשפטית. צדדים הכורתים ביניהם חוזה, מצפים כי יינתן לו תוקף וכי בתי המשפט יאכפו את תוכנו. אקטיביזם שיפוטי עודף, המתערב יתר על המידה בתוכן החוזה ובכללים של דיני החוזים, מערער את הביטחון ואת הוודאות המשפטיים ולפיכך גם פוגע ביעילות המשפטית.⁵⁰ לפיכך, מקומה של תכלית הבטחת הצדק, ההגינות והסבירות צריך שתבוא בחוזים מסחריים במקום השלישי במדרג תכליות דיני החוזים. מותר לפגוע בביטחון המשפטי ובוודאות המשפטית של דיני החוזים כאשר פגיעה כזו נדרשת משיקולי צדק והגינות בסיסיים, אך הדבר צריך להיעשות במקרים יוצאים מהכלל ולא כחלק מהפסיקה השוטפת. הבטחת הצדק וההגינות במקרים הראויים אינה סותרת את הציפיות הסבירות של הצדדים ואת הסתמכותם על החוזה. גם בחוזה כתוב וחתום מצפה כל צד שהצד האחר לא ינצל את החוזה להכתבת תוצאות הסותרות בבירור את הצדק וההגינות. הגנה על מטרות אלה היא חלק מדיני החוזים במקרים הראויים לכך. גם לפי הגישה הכלכלית למשפט, שבמרכזה קידום היעילות, יש הצדקה להגנה מפני מרמה⁵¹ וזאת מכיוון שמרמה פוגעת ביעילות ובציפיות הצדדים לחוזה.

מבין שלוש התכליות העיקריות של דיני החוזים, הקשה ביותר ליישום היא התכלית של "הבטחת צדק, הגינות וסבירות". ניתן ללמוד מהחוזה, מנסיבות ההתקשרות ומהנהוג המסחרי המקובל על הציפיות הסבירות של הצדדים ועל ההסתמכות הראויה של הצדדים בנסיבות המקרה. ניתן להשיג ודאות, ביטחון ויעילות במשפט באמצעות צמצום ההתערבות של בית המשפט בהסכם כפי שנערך על ידי הצדדים ובאמצעות גישה של ריסון עצמי. במילים אחרות, היעדר אקטיביזם שיפוטי בדיני החוזים תומך בתכליות העיקריות של דיני החוזים, אך אין להתעלם מכך שקיימת מטרה נוספת והיא "הבטחת צדק, הגינות וסבירות", שגם היא תכלית של דיני החוזים. תכלית זו מורכבת ביותר, שכן אין קנה מידה מוסכם לצדק,⁵² להגינות ולסבירות. יתר על כן,

49 Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (5th ed., New York, 1998) 103: "The fundamental function of contract law is to deter people from behaving opportunistically toward their contracting parties"

50 המונח "יעילות במשפט" דומה במפתיע למונח מרכזי בגישה הכלכלית למשפט והוא מושג היעילות "efficiency". בבסיס הגישה הכלכלית למשפט עומד הרעיון שכל אדם שואף למקסום התועלת שלו. ראו: Jules L. Coleman "Efficiency, Utility and Wealth Maximization" 8 *Hofstra L. Rev.* (1980) 509 למשפט "משפטים כב (תשנ"ג) 261. ראו גם את כתיבתו הבסיסית של: Posner, *id.* at pp. 12-17. להצגה של מושגי יסוד של הגישה הכלכלית למשפט, ראו סיני דויטש, לעיל הערה 33, בע' 77-86 ולדיין כללי בביקורת הגישה הכלכלית למשפט, שם, בע' 67-118.

51 ראו: Posner, *id.* at pp. 122-126, בפרק העוסק בנושא "fraud".

52 איני טוען כי צדק הוא דבר סובייקטיבי אלא שקיימת בעיה של אי הסכמה בעניין מהות הצדק. הקושי לתת משקל ראוי לצדק ולהגינות בדיני החוזים נובע מכך שמדובר בחיובים הנובעים מרצונו החופשי של האדם. המובן הזה של צדק עלול להתנגש במובן אחר של צדק, החלל על

אם הצדדים הגיעו לכלל הסכמה בחוזה, מדוע "הצדק" של השופט עדיף מההסכמה או הצדק שקבעו ביניהם הצדדים כל עוד לא מדובר במרמה של ממש? מצד אחר, גם אין לצפות מבית המשפט שיתן תוקף לעסקה בלתי צודקת ובלתי הוגנת בעליל. משום כך יש להפעיל וליישם תכלית זו בזהירות מרבית מתוך הבנה שהפעלתה עלולה לפגוע בביטחון המשפטי, בוודאות המשפטית ואף ביעילות המשפטית.

כאשר בית המשפט העליון נוהג באקטיביזם שיפוטי, ראוי שיבחן בזהירות אם חידושו והתערבותו אינם פוגעים במטרות אחרות, חשובות יותר, של דיני החוזים. אם גם לאחר כריתת הסכם מפורט ופורמלי בין הצדדים, אין לצדדים ביטחון שבית המשפט ייתן תוקף להסכם שביניהם ככתבו וכלשונו, וזאת בשל שיקולים חיצוניים של צדק והגינות, אין לך ערעור ביטחון וודאות גדול מזה. גם שינוי הלכות לעתים תכופות משבש את היעילות המשפטית. כאשר באי כוח הצדדים יודעים שהסיכוי לשינוי הלכות קיימות הוא קטן, הם ימצאו דרך להתפשר על המחלוקת שביניהם כמקובל בעולם העסקים, אולם הידיעה זה עשרות שנים, שאין ביטחון שהלכות ותיקות יישארו בתוקפן, מעודדת את הצדדים לפנות יותר ויותר לבתי המשפט. הדבר פוגע פגיעה של ממש ביעילות המשפטית. תמיד ניתן לטעון שהצד האחר נהג שלא בתום-לב, שמתן תוקף לחוזה יפגע בתקנת הציבור, ושהפרשנות התכליתית של החוזה תביא לידי פרשנות שצד אחד מעוניין בה. גישה זו גם מעודדת ריבוי התדיינות, שכן תמיד קיים סיכוי תיאורטי שבית המשפט יקבל את טענות אחד הצדדים וישנה את ההלכה הקבועה מימים ימימה. לכן גם אם יש מקום במקרים קשים להחיל שיקולי צדק, הגינות וסבירות, הדבר צריך להיעשות בזהירות רבה כדי שלא לערער ולשבש את התכליות האחרות של דיני חוזים שהן גבוהות יותר במדרג.

המדרג המוצע של תכליות דיני החוזים נכון וראוי לחול על חוזים עסקיים

האדם בלא קשר לרצון שלו, ובמילים אחרות, הפער שבין הצדק הרלוונטי להתחייבויות שקיבלו עליהם הצדדים לבין צדק מופשט או בייקטיבי וחיצוני לעסקה. זו כמובן הבעיה באקטיביזם שיפוטי ביני חוזים, שכן הוא עלול להביא לידי יישום של צדק המנותק מרצון הצדדים. הבחנה זו מושתתת על הוויכוח בין רוברט נוזיק ובין ג'ון רולס בעניין העברות רצוניות (כלומר חוזיות) של טובין. ראו: Robert Nozick *Anarchy, State, and Utopia* (Cambridge, Mass., 1974) 153–164. אולם ראו: John Rawls *Political Liberalism* (New York, 1993) 265–269. לדעת נוזיק משהייתה העברת הנכסים רצונית, אזי אם התחלנו ממצב צודק, נישאר במצב צודק (*Id.* at p. 161). הטענה המרכזית של רולס, לעומת זאת, הייתה שהסכמה לחוזה רלוונטית כל עוד נשמרים כללי רקע של הגינות (*Id.* at p. 267). כפי שאציין בהמשך המאמר בפרק ד, האקטיביזם ביני חוזים הלך לעתים מרחק גדול יותר מזה שמחייבת שמירת כללי רקע הוגנים, ולכן התוצאות של האקטיביזם מעוררות שאלות.

הערה זו באה להבהיר שצדק הוא תמיד המעלה הראשונה של מוסדות חברתיים ובכלל זה מוסד החוזה ואילו סטנדרט היציבות בא במקום השני. ראו John Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., revised ed., 1999) 3–4. אלא שבהקשר החוזי, מאחר שהצדדים קבעו את תוכן החוזה, יש לראות בנוסח שהוסכם עליו את הצדק הפרטי שקבעו ביניהם הצדדים, ויש לכבדו כל עוד אינו פוגע באושיות תקנת הציבור.

ומסחריים.⁵³ לחוזים אלו קודם בדרך כלל משא ומתן, קיימת בעניינם הנחה של שוויון כלכלי בין הצדדים, בחוזים משמעותיים מיוצגים שני הצדדים על ידי עורכי דין המייצגים את האינטרסים של לקוחותיהם ובנוסף, בחוזים כאלה אין הצדקה לבוא ולהתערב בתוכנם משיקולי צדק, הגינות וסבירות. כל זה משתנה כאשר דנים בחוזים צרכניים.⁵⁴ לפני כריתת חוזים אלה אין כמעט כל משא ומתן, ובין הצדדים להם אין שוויון, לא ביכולת הכלכלית ולא במידע.⁵⁵ טיעונים אלו תקפים אף יותר בחוזים אחידים,⁵⁶ שם צד אחד כופה את רצונו ואת תוכן החוזה על הצד האחר שבמקרים רבים גם אינו ער למה שכתוב בחוזה ויכולתו להתנגד לכתוב בחוזה מוגבלת ביותר.

בחוזים צרכניים ובחוזים אחידים יש לאזן בין עקרון חופש החוזים ובין ערכים אחרים. נקודות האיזון בין המטרות של דיני החוזים צריכים להשתנות ויש לתת משקל גדול יותר לשיקולים של סבירות, הגינות וצדק.⁵⁷ מאמר זה ידון בדיני החוזים הכלליים שהם דיני החוזים המסחריים.⁵⁸ בעניין חוזים אלו התערבות בתי המשפט מוצדקת רק כאשר ברור שההתערבות השיפוטית אכן תתרום לתוצאות צודקות יותר והוגנות יותר.⁵⁹ פרק זה מציע כמבחן כללי לשאלה, מתי אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים הוא גישה ראויה, את המבחן הזה: אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים מוצדק כאשר הוא בא לממש את מטרות דיני החוזים, ואינו מוצדק כאשר הוא סותר מטרות אלו. אין פסול

53 להבחנה בין חוזים מסחריים לבין חוזים צרכניים ראו סיני דויטש, לעיל הערה 16 בע' 135, וראו שם, בע' 139–150 הגדרת חוזה מסחרי לעומת חוזה צרכני.

54 ראו סיני דויטש, לעיל הערה 33, בע' 332–341 הגדרת חוזה צרכני. וראו שם, בע' 48–54, מדוע דיני הגנת הצרכן אינם סותרים את עקרון חופש החוזים, וזאת מאחר שאין חופש חוזים אמיתי בחוזים צרכניים.

55 ההבחנה בין חוזים צרכניים לחוזים מסחריים היא ברורה. ראו דויטש, לעיל הערה 53, וכן דויטש, לעיל הערה 54, בע' 317–445. ההבחנה המופיעה בטקסט עשויה להיות רלוונטית גם לחוזים אחרים שבהם קיים חוסר שוויון בולט בין הצדדים כגון חוזי עבודה, ואכן קיימת חקיקת עבודה נרחבת המסדירה יחסי עבודה באופן קוגנטי.

56 בנושא פורסמו ספרים ומאמרים רבים. כמה מקורות לדוגמה: לוסטהויוז ושפניץ, לעיל הערה 45; סיני דויטש 'ר' לוסטהויוז וט' שפניץ חוזים אחידים" משפטים כז (תשנ"ז) 639. וראו רשימות של מאמרים אצל דויטש, לעיל הערה 33, בע' 70, הערה 37 בע' 87 ובע' 40–41, 300–301, 436–442, 615.

57 על הצורך לאזן בין חופש החוזים לבין ערכים אחרים ראו סיני דויטש, לעיל הערה 33, בע' 55–58. בחוזים צרכניים ובחוזים אחידים המדרג צריך להיות כדלקמן: בראש וראשונה הגנה על הציפיות הסבירות של הצדדים והסתמכותם על החוזה (תכלית מס' 5), וזאת במקרים שניתן לאתר בהם את הציפיות המשותפות של הצדדים לחוזה. במקום השני, שיקולי צדק, הגינות וסבירות (תכלית מס' 1) ורק לאחריהם התכלית של ביטחון, ודאות ויעילות במשפט (תכלית מס' 2). מאחר שתנאי החוזה מוכתבים במידה רבה על ידי הצד החזק לחוזה, וההסכמה של הצד החלש היא במקרים רבים הסכמה כללית בלי להכיר או להבין את תנאי החוזה, נחלשת התכלית של ודאות ועולה בחשיבותה המטרה של שיקולי הצדק, ההגינות והסבירות.

58 ראו דויטש, לעיל הערה 16, בע' 142–143.

59 ראו פרידמן, לעיל הערה 1, המצביע על כך שקיימת אפשרות שאקטיביזם שיפוטי מיותר יפגע בביטחון המשפטי ואף יביא לידי תוצאות טובות פחות מפורמליזם משפטי.

באקטיביזם שיפוטי שיש בו הגנה על ציפיות הצדדים ועל הסתמכותם. אין גם פסול באקטיביזם שיפוטי שנועד להבטיח מילוי דרישות של צדק, הגינות וסבירות. אך יש קושי באקטיביזם שיפוטי הפוגע בביטחון ובוודאות המשפטית,⁶⁰ כאשר מצד אחר אין ודאות שהתוצאות בהכרח צודקות או הוגנות יותר.

לאור המבחנים שהוצגו בפרק זה נבדוק בפרקים הבאים את השאלה, מתי אקטיביזם שיפוטי הוא ראוי ומתי יש מקום לספקות רציניים באשר לחינניותו. נציג דוגמאות לאקטיביזם שיפוטי בידיני חוזים וכן דוגמאות לפסיביות משפטית. את הדוגמאות נבדוק לאור המבחן, אם האקטיביזם או הריסון המשפטי תורמים לקידום מטרות דיני החוזים או דווקא פוגעים בהן.

פרק ג – אקטיביזם שיפוטי ראוי לאור תכליות דיני החוזים

הסוגיה של האקטיביזם השיפוטי בידיני החוזים ראוי שתומחש באמצעות בחינת כמה סוגיות מרכזיות בידיני חוזים. רק התייחסות לסוגיות ספציפיות בידיני חוזים יכולה להבהיר אם הפסיקה בידיני חוזים הייתה אקטיביסטית ואם פסיקה זו הייתה ראויה לאור המבחנים שהוצגו בפרק הקודם. בפרק זה יוצגו כמה סוגיות בידיני חוזים שבהן נהג בית המשפט העליון באקטיביות שיפוטית באמצעות חקיקה שיפוטית ובאמצעות הרחבת שיקול דעתו השיפוטי באופן נחוץ וראוי. לענייננו אתייחס לשלוש סוגיות: (א) שיערוך באכיפה; (ב) אכיפה בקירוב; (ג) תורת הסיכונים.

חוק החוזים הכללי וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970 (להלן: חוק החוזים תרופות) נוסחו בקיצור רב.⁶¹ נושאים רבים וחשובים בידיני חוזים אינם מוסדרים בחוקים אלו.⁶² בנסיבות אלו ברור שמצפים מבית המשפט העליון לחדש

60 התעלמתי מהשיקול של יעילות במשפט, המופיע במפורש כאחת מתכליות תזכיר חוק דיני הממונות (סעיף 1(2)). לשיקול של "יעילות" יש משקל חשוב לא פחות ממשקלן של תכליות אחרות. אין ספק ששימוש רב בשיקול דעת שיפוטי, בחקיקה שיפוטית בחידושי הלכות ובהתערבות בתוכן החוזה פוגעים ביעילות המשפטית. אקטיביזם שיפוטי מביא בהכרח לידי ריבוי התדייניות, שכן צד לחוזה, שאינו מרוצה מתוכנו, ייטה לפנות לבית המשפט גם אם ההלכות הקיימות הן נגדו, שכן תוצאות המשפט אינן ברורות מראש. המעבר לאקטיביזם שיפוטי, הכולל מעבר מכללי משפט מגובשים לסטנדרטים המקנים שיקול דעת רב לבית המשפט, מאפשר להגיע לתוצאות שונות, דבר המביא הן לריבוי התדייניות והן לסיבוך ההתדיינות. לו היה מבחן היעילות המשפטית מבחן עיקרי, בלי ספק היה מקום למעט באקטיביזם שיפוטי ולהרבות דווקא בריסון משפטי.

61 לביקורת על קוצר לשון החוק בחוק החוזים תרופות ראו דויטש, לעיל הערה 34, בע' 365.

62 לרשימה חלקית של נושאים שלא הוסדרו במפורש בחוק החוזים תרופות ראו שם, בע' 366. גם בחוק החוזים הכללי יש נושאים חשובים שלא הוסדרו במפורש החוק, כגון הכלל בדבר הכוונה ליצור יחסים משפטיים, דינו של הסכם ג'נטלמני (הסכם שבכבוד), דין השפעה בלתי הוגנת, היחס בין הצעה בלתי חוזרת לבין אופציה ועוד נושאים רבים. הדוגמאות שהבאתי מתייחסות למאמרים שונים שפרסמתי בנושאים אלו.

את ההלכות הדרושות להשלמת דיני החוזים. חידוש הלכות שאינן מופיעות בחוק, פעילות של חקיקה שיפוטית והרחבת שיקול הדעת של בית המשפט הן פעולות ברורות של אקטיביזם שיפוטי כפי שהוגדר בפרק הראשון. המקרים שיוצגו בפרק זה מהווים דוגמאות לאקטיביזם שיפוטי ראוי, שכן בלא הפעילות האקטיבית של בית המשפט, היו נושאים רבים וחשובים נותרים בלא פתרון. אין פלא אפוא בכך שבית המשפט העליון מרחיב את שיקול דעתו בנושאים שונים של דיני החוזים זה עשרות שנים. בשלושת המקרים שיוצגו בפרק זה התקבלו חידושי בית המשפט עליון בקרב הקהילה המשפטית, שלא ראתה בהם אקטיביזם שיפוטי מיותר. שתי דוגמאות הן עוד מסוף שנות ה-70 והדוגמה שלישית היא משנות האלפיים, וזאת כדי להצביע על כך שפעילות זו של בית המשפט היא רצופה ונמשכת כבר שנים רבות.

(א) שיערוך באכיפה

בתקופת האינפלציה הקשה של שנות השבעים והשמונים איבד המטבע הישראלי עשרות אחוזים מערכו מדי שנה. תשלום נומינלי כעבור תקופות בלתי מתוכננות בחוזה היה מביא לידי אובדן רוב הערך של התשלום. מצב זה יצר קושי גדול כשניתנו צווי אכיפה של עסקאות מקרקעין. הזמן שחלף ממועד התשלום שנקבע בחוזה עד מועד מתן פסק הדין היה הופך את התשלום הנומינלי לחסר בשל ירידת ערך המטבע. תשלום נומינלי באותם ימים היה בלתי הוגן.⁶³ בחוק החוזים תרופות אין התייחסות לשיערוך סכומי כסף שצריך הנפגע, שזכה בצו אכיפה, לשלם למפר. בית המשפט העליון בפסק הדין המנחה בע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק)⁶⁴ חידש את הלכת השיערוך באכיפה ולפיה רשאי בית המשפט לחייב את הנפגע לשלם את הכסף שהוא חייב למפר בתוספת הצמדתו החלקית לערכים שיקבע בית המשפט לפי שיקול דעתו.⁶⁵ אין ספק שבחידוש הלכה זו פעל בית המשפט באופן אקטיביסטי. הוא חידש הלכה שאין לה מקור מפורש בחוק⁶⁶ ואף הותיר לשיקול דעת בית המשפט את סכום השיערוך.⁶⁷ הלכות אלו הן דוגמה לאקטיביזם שיפוטי בדיני

63 ראו לדוגמה ע"א 411/74 מכוניות הדר נ' סימן טוב, פ"ד כט(1) 561 (1974), שם בשל בעיה זו פסק בית המשפט ברוב דעות שלא לאכוף את החוזה, שכן מתן צו לאכיפה לפי המחיר הנומינלי והבלתי ריאלי תיחשב לעושק.

64 פ"ד לג(2) 281 (1979) (להלן: עניין רבינאי).

65 ההלכה בעניין רבינאי שוכללה בפסקי דין מאוחרים יותר. אחד המנחים שבהם הוא ע"א 265/80 נוביץ נ' ליכוביץ, פ"ד לו (1) 537 (1982), שקבע אמות מידה להפעלת שיקול הדעת של בית המשפט בנושא זה.

66 בעניין רבינאי, לעיל הערה 64, בע' 296–298 בפסקה 12 השופט ברק מעלה במפורש את השאלה, אם לפי הדין הנוהג בישראל בית המשפט רשאי לצוות על שיערוך ואם מן הראוי שיעשה זאת. התשובה שנתן השופט ברק על שתי השאלות היא חיובית.

67 בפסק הדין בעניין נוביץ, לעיל הערה 65, בע' 552–553 בפסקאות 23 ו-24 השופט ברק קובע

חוזים במיטבו.⁶⁸ אכיפה בסכומים נומינליים בתקופת אינפלציה קשה סותרת בבירור את דרישות הצדק, ההגינות והסבירות. צד לחוזה גם אינו יכול לטעון שהוא ציפה לשלם באיחור של שנים אותו סכום בלא כל הצמדה ובעניין זה גם אין הסתמכות על הוראה כלשהי בחוזה. ההלכה, משנקבעה עוד בסוף שנות השבעים, נהפכה לנכס צאן ברזל בדיני התרופות החוזיות ובמובן זה היא מקדמת הן את הביטחון, הן את הוודאות והן את היעילות המשפטית. ראוי לציין כי גם בקודקס המוצע אין הוראת שיערוך באכיפה. מנסחי הקודקס סוברים שהמצב הקיים טוב ואין צורך בשינוי.

(ב) אכיפה בקירוב

במשפט האנגלי איפשרה תורת הביצוע בקירוב (*Cy-pres*) לנפגע, במקרים שהביצוע בהם אינו אפשרי, לקבל תחליף קרוב ככל האפשר למה שהובטח בחוזה.⁶⁹ אין הוראה דומה בחוק החוזים תרופות. כאשר הגיע הנושא לדיון בבית המשפט העליון בע"א 289/78 אשד נ' לובר,⁷⁰ קבע בית המשפט כי גם בישראל ניתן להורות על ביצוע בקירוב של החוזה על יסוד עקרון תום הלב.⁷¹ עקרון תום הלב הוא סטנדרט כללי, ואילו הלכת הביצוע בקירוב היא כלל משפטי מוגדר למדי. השימוש בסטנדרט כללי כדי להחזיר למשפט הישראלי כלל בדיני החוזים שהושמט בחקיקה מהווה בלא ספק חקיקה שיפוטית. כלל שהושמט בחקיקה חוזר ונהפך לחלק מדיני החוזים הישראליים באמצעות פסיקת בתי המשפט. הנושא של אכיפה בקירוב הוא גם מקרה ברור של הפעלת שיקול דעת, שכן לפי שיקול דעתו של בית המשפט יוחלט מתי, כיצד ובאילו

אמות מידה להפעלת שיקול דעתו. וראו גם ע"א 206/79 ריטברג נ' נסים, פ"ד לד(3) 314 (1980) על מערכת השיקולים לעניין שיעור השיערוך.

68 ראו אהרן ברק, לעיל הערה 31, בע' 66, שם הוא כותב בהקשר של "חקיקה שיפוטית" כי לשופט מרחב פעולה בתחומים כגון חוזים, נזיקין ועוד ועליו להתאפק בנושאים אידיאולוגיים כגון נישואין, מיהו יהודי ועוד. בהמשך המאמר השופט ברק מציין כי בעניין שינויים מהותיים תידרש חקיקה, ואילו המקרה של שיערוך הוא מקרה ביניים (שם, בע' 77). בפועל הוא מציין כי לא נוצר קושי מחידושי ההלכה בנושא השיערוך כי בשל ריבוי פסקי הדין נוצרה הלכה מקיפה שנקלטה בעולם המשפט. אכן הלכת השיערוך באכיפה היא דוגמה מצוינת לחקיקה שיפוטית ראויה ולאקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים שאין מחלוקת בדבר נחיצותו.

69 לדיון במקורו של כלל הביצוע בקירוב במשפט האנגלי ראו ע"א 2686/94 אייזמן נ' קדמת עדן בע"מ, פ"ד נה(5) 365 (2001) (להלן: עניין אייזמן) בפסק דינו של השופט יצחק אנגלרד, שם, בע' 374–376.

70 פ"ד לג(1) 13 (1978). העובדות בקצרה: קבלנים התחייבו למסור לבעלי המגרש (המוכרים) דירה מזרחית בקומה. הדירה נמכרה לרוכשים אחרים. המוכרים תבעו לקבל את הדירה המערבית באותה קומה. השופטת בן פורת קבעה שלמוכרים זכות לקבל את הדירה המערבית, אף שלא כך סוכם בחוזה.

71 שם, השופטת בן פורת. בעניין אייזמן, לעיל הערה 69, קבעה השופטת דורית בייניש כי תחולת האכיפה בקירוב בשיטת המשפט הישראלי מעוגנת בעקרון תום הלב. השופט אנגלרד הוסיף כי ניתן לראות גם בסעיף 4 לחוק החוזים תרופות מקור להלכה זו.

תנאים יחויבו הצדדים באכיפה שונה מזו שסוכמה ביניהם בחוזה. עם זה, מדובר בדוגמה נוספת לאקטיביות שיפוטית ראויה. היא נסמכת על העיקרון הגדול של דיני החוזים להבטיח קיום חוזים. באין אפשרות לקיים חוזה כלשונו, וכאשר ניתן לקיים חוזה בשינויים "שאינם מהווים תנאים חדשים או משנים את אופיו של הסכם",⁷² הרי דבר זה ממלא את ציפיות הצדדים לחוזה. אין ספק שאכיפה בקירוב מקדמת את המטרות של צדק, הגינות וסבירות, ומאחר שהלכה זו כבר הייתה לחלק מהמשפט הישראלי בתקופה שקדמה לחוק החוזים,⁷³ הרי יש כאן הבטחת המשכיות של המצב המשפטי הקודם. ברור שבנסיבות כאלה אכיפה בקירוב גם יעילה מבחינה משפטית, ואכן הוראה זו התקבלה בלי שמישהו יטען שיש כאן אקטיביזם שיפוטי מיותר.⁷⁴

(ג) תורת הסיכונים

אם חידושי ההלכה שצוינו קודם לכן היו מסוּף שנות השבעים ותחילת שנות השמונים, הרי פעילות חידושי ההלכה של בית המשפט העליון לא נפסקה והיא ממשיכה עד עצם היום הזה. בלא מעט מקרים החידושים נעשים בלא עוגן מפורש בחוק. לענייננו נסתפק בדוגמה אחת. בע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ⁷⁵ דחה בית המשפט העליון ברוב דעות את תביעת משפחת המת לתגמולי ביטוח. הנפטר ביטל בחייו את פוליסת הביטוח שלו. כאשר התגלה לו עוד בחייו כי היה חולה במחלת הסרטן במועד הביטול, הוא טען כי הביטול היה בטעות, מאחר שלא ידע על מחלת הסרטן שקיננה בגופו בעת ביטול הפוליסה. בפסק דין שניתן לאחר פטירת המבוטח, החליט בית המשפט העליון ברוב דעות שאין מקום לטענת טעות, שכן אדם המבטל פוליסת ביטוח מקבל עליו סיכון שלא יהיה מבוטח. מי שמקבל עליו סיכון, אינו יכול לטעון לאחר מכן שהוא טעה. הבסיס להלכת הרוב הוא "תורת הסיכונים".⁷⁶ תיאוריה זו של "תורת הסיכונים" היא כמובן פרשנות אפשרית להוראת סעיף 14(ד) לחוק החוזים הכללי, השוללת את טענת הטעות במקרים של "טעות בכדאיות העסקה",⁷⁷ אך יש להודות כי העיגון של פרשנות זו בלשון החוק רופף למדי.

72 ע"א 440/79 שמואלי נ' לויט, פ"ד לו(2) 45, 50 (1982). ראוי לציין כי השינויים בחוזה בעניין איזמן, שם, היו משמעותיים למדי.

73 ראו ע"א 79/49 פרנט נ' יהודאי, פ"ד ד 375, 387–388 (1950).

74 בסעיף 449 לתזכיר חוק דיני ממונות, לעיל הערה 40, מוצעת הוראה חדשה, שכותרתה "אכיפה בקירוב", המסדירה נושא זה.

75 פ"ד נו (4) 817 (2003).

76 שם, בע' 840–846 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

77 ראו דניאל פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 459. הקושי עומד להיפתר בתזכיר חוק דיני ממונות. בנוסח הקיים של סעיף 14(ד) לחוק החוזים הכללי נקבע שטעות שאינה אלא "בכדאיות העסקה" אינה טעות. נוסח זה הוצע גם בסעיף 176 לטיטוס הקודקס האזרחי משנת 2004 (לעיל הערה 40). אולם בסעיף 112 לתזכיר חוק דיני ממונות, המגדיר טעות והטעיה, נקבע במקום זאת שטעות אינה כוללת "טעות שהסיכון לגביה

המיוחד בפסק דין זה הוא ש"תורת הסיכונים" הובאה כבסיס עצמאי לדחיית טענת הטעות, אף שאין הוראה כזו בחוק הישראלי. לשם השוואה ב-*Restatement* האמריקני ובחקיקה האירופית⁷⁸ מופיעה תורת הסיכונים כהלכה מפורשת.⁷⁹ בחוק החוזים הכללי אין הוראה כזו, ובכל זאת קלט בית המשפט הלכה זו. בית המשפט העליון לא חשש מפני חידוש הלכה אף שאינה מעוגנת במפורש בחוק. ניתן לראות בפסק דין זה חוליה נוספת במגמת האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים. לגופו של עניין, יש היגיון בהלכה זו (בלי להיכנס לעובדות המקרה),⁸⁰ שגם מחזקת את הביטחון בהסכם ומקשה את ביטולו בטענה של טעות. באופן עקרוני הלכה זו הוגנת וסבירה ואינה פוגעת בצפיפות הסבירות של הצדדים.

לסיכום פרק זה ראוי להדגיש שוב שחידושי הפסיקה והאקטיביות של בית המשפט העליון בדיני חוזים אינה מאפיינת את העשור האחרון בלבד, אלא מדובר בהליך נמשך שהחל בסוף שנות השבעים. הליך זה בא לעולם משהשתחרר הדין הישראלי מהדין האנגלי ומשנחקקה חקיקה אזרחית, קודיפיקטיבית, עצמאית ורחבה בשנות השישים והשבעים.

פרק ד – אקטיביזם שיפוטי לא ראוי לאור תכליות דיני החוזים

בפרק זה יוצגו כמה סוגיות חשובות בדיני חוזים שבהן האקטיביזם השיפוטי לא היה ראוי או חיוני. גם בפרק זה הדוגמאות הן ברובן מתחילת שנות השמונים, ועל כן הטיעון שאקטיביות היתר של בית המשפט העליון בדיני החוזים היא תופעה של העשור האחרון בלבד אינו מדויק. הסוגיות שאציג לעניין זה הן: (א) דרישת תום הלב כבסיס לאכיפה ולפיצויים חיוביים; (ב) תחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט על תרופות חוזיות; (ג) דיני כריתת חוזה – צמצום דרישת המסוימות; (ד) פרשנות חוזה – ביטול הלכת שני השלבים; (ה) תקנת הציבור כעילה לביטול תניות מקפחות בחוזה.

מוטל על הטועה". תורת הסיכונים מחליפה אפוא את מבחן הטעות בכדאיות העסקה. בדברי ההסבר לסעיף 112 לתזכיר חוק דיני הממונות הוסבר שהצעה זו באה להתאים למבחן הסיכון הקבוע בפרק החדש בדבר סיכול בחוזים (סעיף 132(ב) לתזכיר). חידושו של פרידמן שאומץ בפסיקה יהיה בעתיד גם המבחן הקבוע בחוק.

78 ראו: Edward Allan Farnsworth, *Restatement on Contracts*, 2nd, Sections 152, 153, 154; *Farnsworth on Contracts* (2nd ed., vol. 2, 1990) 517; *Principles of European Contract Law* (Ole Lando and Hugen Beal eds., 2000) Article 4:103(2) (b) at pp. 229, 234–235

79 ראו לדוגמה סעיף 154 ל-*Restatement* המגדיר מתי צד לחוזה נושא בנטל הסיכון. זו הוראה נוספת לטעות בכדאיות העסקה.

80 בנסיבות המקרה דוקא נראית לי יותר גישה המיעוט של חלוקת אחריות בין המבוטח שטעה לבין חברת הביטוח.

(א) דרישת תום הלב כבסיס לאכיפה ולפיצויים חיוביים

סעיף 12(ב) לחוק החוזים הכללי קובע כי הסעד בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן הוא סעד הפיצויים. בשנים הראשונות שלאחר חקיקת חוק החוזים הכללי נפסק כי צד הנפגע בשל חוסר תום לבו של הצד האחר למשא ומתן החוזי זכאי לפיצויים שליליים בלבד,⁸¹ אולם כבר בתחילת שנות השמונים נפסק שכאשר חוסר תום הלב הוא שמנע את קיבול הצעה, ניתן לקבל כל סעד בגין ההפרה, לרבות סעד אכיפה⁸² אף שלא נכרת חוזה ולא היה מפגש רצונות. בפסקי דין נוספים, גם הם משנות השמונים ואילך, נפסק שהפרת חובת תום הלב במשא ומתן עשויה לשמש בסיס לפיצויים חיוביים במלוא הערך החוזי⁸³ בדומה לפיצויים הניתנים בגין הפרת חוזה שנכרת כדין.

פסיקה זו אינה מעוגנת בחוק החוזים הכללי, ובהתייחס לצו אכיפה היא סותרת לכאורה את לשון סעיף 12(ב), המציין במפורש כי הסעד בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן הוא פיצויים. היה מקום להניח כי פרשנות סעיף 12(ב) לא תסתור את לשון החוק. יש צורך בנימוקים כבדי משקל כדי להתעלם מלשון החוק או לעקוף אותה. הקושי העיקרי במקרה זה אינו לשוני אלא מהותי. התוצאה של "חקיקה שיפוטית" זו היא שיש שלבים במשא ומתן, שלאחריהם צד לחוזה לא יוכל לחזור בו עוד ממנו, שכן יראו במשא ומתן שלא הושלם חוזה שניתן לאוכפו או לקבל בגינו פיצויים מלאים כדין כל חוזה רגיל שהופר. הפסיקה מטשטשת את ההבחנה המסורתית בין השלב הטרומי חוזי לשלב שבו כבר נכרת חוזה, ועולה השאלה אם גישה כזו מקדמת את מטרות דיני החוזים.

במאמר שפירסמתי בנושא בשנת 1985⁸⁴ הצגתי את השאלה, אם יש לראות בסעיף 12 לחוק החוזים הכללי תרופה לכל מכאוב. האם חוסר תום לב יכול לבוא במקום דרישות גמירת הדעת והמסוימות שנקבעו בפרק א לחוק החוזים הכללי כיסודות ההצעה והקיבול? האם אין בכך סתירה לאמור בסעיף 1 לחוק החוזים הכללי כי "חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול", ובמקומו ניתן יהיה לומר "חוזה נכרת בדרך של הצעה

81 ראו ע"א 800/75 קוט נ' ארגון דיירים, פ"ד לא(3) 813 (1977); ד"ג 7/81 פנידר חברה להשקעות נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673 (1983).

82 ע"א 829/80 שיכון עובדים נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579 (1983) (להלן: עניין זפניק). בעניין זפניק הסבירה השופטת מרים בן פורת בהערת אוביטר שתרופות הפיצויים המנויות בסעיף 12 (ב) לחוק החוזים, אינן בגדר רשימה סגורה וממצה (שם, בע' 583).

83 ראו ע"א 651/82 מדינת ישראל נ' החברה האילתית לשירותים ואוניות בע"מ, פ"ד מ(2) 785 (1986) (להלן: עניין החברה האילתית); ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 688-689 (1993) (פסקאות 34-35 לפסק דינו של השופט חשין); ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002); ע"א 8144/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, פ"ד נו(1) 158 (2002).

84 ראו סיני דויטש "סעיף 12 לחוק החוזים: האמנם תרופה לכל מכאוב?" מחקרי משפט ד (תשמ"ו) 39.

וחוסר תום לב? תשובתי הייתה כי ספק אם מוצדק לקשור צד לחוזה בדרך של "חקיקה שיפוטית" כאשר הצדדים או אחד מהם לא גמרו בדעתם להתקשר. השגתי בנושא נותרה בלא כל מענה מאחר שהמגמה שרווחה בישראל בשנות השמונים והתשעים הייתה בדרך כלל של תמיכה גורפת באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון. במשך שני עשורים אלו היו הלכות מקובלות ורק באחרונה⁸⁵ העלו גם מחברים אחרים את השאלה אם אין לראות בהלכה זו משום אקטיביזם מוגזם ביני חוזים.

אין ספק שהלכה זו היא דוגמה קלאסית לאקטיביזם שיפוטי. יש כאן התערבות ביני החוזים, עקיפת לשון החוק, חידוש הלכה ואף התערבות ברצון הצדדים. האם יש הצדקה להלכה זו? מטרתה של הלכה זו היא בלי ספק להבטיח צדק והגינות ולחנך צדדים למשא ומתן לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת, אך השאלה היא אם יש הצדקה להלכה זו. האם לא היה ניתן להגיע באמצעים מרחיקי לכת פחות לתוצאה ראויה? אף אם במקרים נדירים יש מקום לפיצויים חיוביים, מה ההצדקה לאכיפה שהיא סעד חוזי מיוחד שמקורו בהסכמה? יתר על כן, הלכה זו פוגעת בציפיות הצדדים להבחין בין משא ומתן ובין חוזה ולהסתמך על כך שבינתיים אין חוזה. גם הוודאות והביטחון המשפטי משתבשים כאן, שכן מידת הפיצוי או ההחלטה בדבר אכיפה תלויה לחלוטין בשיקול דעת בית המשפט. לדעתי, הלכה זו פוגעת במוסד החוזים, והיה ניתן להגיע לתוצאה דומה בלא פגיעה קשה ברעיון ההסכמה או ההבטחה כבסיס לחוזה המבוסס על הצעה וקיבול. ייתכן שיהיה קשה להחזיר את הגלגל אחורנית מאחר שההכרה בתום הלב כבסיס לאכיפת חוזה היא חלק מהמגמה של הקלה בכניסה אל תחום החבות החוזית,⁸⁶ אך הפסיקה בנושא זה מעוררת בלא ספק קשיים.

(ב) תחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט על תרופות חוזיות

במשך שנים הייתה מקובלת ההלכה שתורפות בשל הפרת חוזה מעוגנות ביני

85 עניין זפניק, לעיל הערה 82, ועניין החברה האילתית, לעיל הערה 83 נפסקו בשנים 1983 ו-1986. הגדרת פסיקה זו כאקטיבית נעשתה בשנות האלפיים. ראו מאוטנר, לעיל הערה 1, בע' 25, אך ראו שלו, לעיל הערה 13, בע' 159–162 המבקרת הלכה זו, וראו שם, בע' 161 שגם במשפטי העמים הגישה הרווחת שהסעד המתאים להפרת חובת תום הלב במשא ומתן הוא פיצויים שליליים ולא פיצויי קיום.

86 ראו שירלי רנר "דיני חוזים: מגמות והערכה" משפטים כא (תשנ"א) 33. המגמה כוללת גם הרחבת הסעדים בגין חוסר תום לב במשא ומתן, צמצום דרישת הכתב והכרה רחבה יותר בזיכרון דברים. גישה זו קיימת במידה מסוימת גם במשפט המקובל. ראו: Gilmore, *supra* note 39, at pp. 47–48. ראו נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו (תשמ"ז) 13. שם תוארה מגמה זו במשפט הישראלי בהקשר של דרישת תום הלב.

התרופות החוזיות, ואילו דיני עשיית עושר ולא במשפט יחולו כאשר אין חוזה בין הצדדים.⁸⁷ שאלה שנידונה בספרות המשפטית של שנות ה-80 הייתה, אם יש מקום לתחולת ההגנות של דיני עשיית עושר ולא במשפט על דיני ההשבה החוזיים. כמה חוקרי משפט חיוו דעתם שאין מקום לדיני עשיית עושר כאשר קיים חוזה בין הצדדים.⁸⁸ כותבים אחרים סברו שיש מקום להחלת ההגנות של דיני עשיית עושר גם כאשר יש חוזה בין הצדדים.⁸⁹ במאמר שפירסמתי בנושא הצעתי לשמר את ההבחנות בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר ולייחד את דיני עשיית עושר למקרים שבהם לא נכרת חוזה בין הצדדים.⁹⁰

בשנת 1988 החליט בית המשפט העליון ברוב דעות בד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס,⁹¹ שניתן להחיל את דיני עשיית עושר ולא במשפט גם כאשר יש חוזה בין הצדדים, היינו ניתן לחייב את המפר בהשבת הרווח שנבע מהפרת החוזה אף אם רווח זה עולה על הנזק שנגרם לנפגע.

החלת דיני עשיית עושר ולא במשפט על דיני החוזים נהפכה להלכה רווחת בפסקי דין רבים.⁹² אמנם נמתחה ביקורת על הלכה זו,⁹³ אך היא נותרה בלא מענה. בשנות התשעים הוצג נושא זה כדוגמה נוספת להשפעת יישום כלל תום הלב על תחומים שאין

87 ראו לדוגמה את ע"א 815/80 הרלו אנד ג'ונס ג.ט.ב.ה. נ' אדרס חומרי בנין בע"מ, פ"ד לז(4) 225 (1982), פסקה 9 לפסק דינה של השופטת בן פורת: "דיני עושר ולא במשפט חלים מאז ומתמיד רק במקום שאין חוזה בין הצדדים, כך עתה לפי סעיף 6 (א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 וכך גם לפי הדין שקדם לו".

88 ראו גד טדסקי "המקיים את חיוב הזולת וזכותו להשבה" משפטים י (1980) 17, 35-37; מנחם מזוז "נסיונות העושות את ההשבה בלתי צודקת" – סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 משפטים י (1980) 487, 530-534.

89 ראו במיוחד את ספרו המקיף והחשוב של דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) 30-42 וכן דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, כרך א, תשנ"ח) 48-51 וראו שם, כרך ב, בע' 776-780.

90 ראו, 388 (1984) *Isr. L. Rev.* 19 "Recession and Its Effect on Restitution" Sinai Deutch 434-439.

91 פ"ד מב (1) 221 (1988) (להלן: עניין אדרס).

92 ראו לדוגמה ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297 (1991); ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540 (1993) (להלן עניין גינזברג); רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998).

93 ראו יצחק אנגלרד "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט" ספר זכרון לגד טדסקי: מסות במשפט אזרחי (תשנ"ו) 37; מיכל אגמון-גונן "ההשבה בעקבות ביטול חוזה בשל הפרתו: תרופה חוזית או תרופה שבעשיית עושר ולא במשפט" ספר שמגר – מאמרים (חלק ג, תשס"ג) 261. וראו ספרה של מיכל אגמון-גונן השבה בהקשרים חוזיים (תשס"א). וראו רנר, לעיל הערה 86, בע' 56-60 הרואה במגמת בית המשפט העליון בסוגיה זו מגמה של הקשחה ביציאה מתחום החבות החוזית. וראו שם, בע' 58 בהערה 113 שהנושא שנוי במחלוקת בין המלומדים בישראל ובעולם. מכאן שפסיקת בית המשפט בנושא זה לא הייתה הפתרון היחיד האפשרי. לדיון מעניין בנושא ראו חנוך דגן "הזכות לפירות הפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 601.

להם קשר ישיר לחובת תום הלב.⁹⁴ ההלכה בעניין אדרס הוצגה כאימוץ של תפיסה מוסרית שלפיה יש לראות בהפרת חוזה התנהגות שיש בה פסול מוסרי ויש ליצור תמריץ שלילי לשם מניעתה באמצעות שלילת רווחי המפר המופקים ממנה.⁹⁵ פרופ' מאוטנר רואה בגישה שהוצגה בהלכה בעניין אדרס "ביטוי בולט לרתיעתו של בית המשפט מן הגישה הפורמליסטית למשפט, המתעלמת מן המימד הערכי של המשפט", ו"מכשיר חשוב לאכיפת תפוסותיו המוסריות של בית המשפט".⁹⁶

תחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט על דיני התרופות החוזיות מקובלת כיום על כמה חוקרים⁹⁷ אם כי לא על כולם.⁹⁸ גישה זו מצביעה על העדפת שיקולים מוסריים והקניית שיקול דעת רחב ביותר לבית המשפט על חשבון הביטחון והוודאות המשפטית. הלכה זו, לפיה מקורם של דיני ההשבה החוזיים בדיני עשיית עושר ולא במשפט,⁹⁹ מטשטשת את ההבחנה המסורתית בין ביטול חוזה מכאן ולהבא לבין ביטול חוזה למפרע,¹⁰⁰ שהרי בכל מקרה של ביטול חוזה רשאי בית המשפט להחיל את דיני עשיית

94 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993) 60–62.

95 שם, בע' 102–105.

96 שם, בע' 62.

97 המלומד שמוביל מהלך זה הוא כמובן פרופ' דניאל פרידמן, לעיל הערה 89. וראו גם: Daniel Friedman "Restitution of Profits Gained by Parties in Breach of Contract" 104 *L.Q. Rev.* 383 (1988); דניאל פרידמן תוספת לספר דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ט) 64–69. עמדה זו של פרופ' פרידמן ושל בית המשפט העליון לכאורה התקבלה בסעיף 495 לתזכיר חוק דיני ממונות, שקבע שפרק עשיית עושר ולא במשפט יחול על הזכות להשבה, אך ראו להלן טקסט ליד הערות 325–329. וראו דויטש, לעיל הערה 41, בע' 112–115, 236–235, 372–373.

98 ראו לעיל הערות 88, 90, ו-93.

99 בעניין זה חל שינוי בפסיקה. בע"א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע"מ נ' טרבלוס, פ"ד לג(1) 197 (1978) (להלן: עניין טרבלוס), 204–205 הייתה דעת הרוב שיש לראות את חיוב ההשבה כחיוב חוזי, ואילו בע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורביץ, פ"ד לה(3) 533 (1981) (להלן: עניין כלנית השרון), 540–541 קבע השופט ברק שחובת ההשבה היא חיוב מן הדין מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, וכך נפתחה הדרך להחלת ההגנות של סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט על תרופת ההשבה החוזית. ההלכה בעניין כלנית השרון אומצה בפסיקה מאוחרת יותר בלא עוררין. ראו גם עניין אדרס, לעיל הערה 91, בע' 241.

100 ראו עניין כלנית השרון, שם, בע' 540 שם כתב השופט אהרן ברק: "איני גורס, כי ההבחנה בין ביטול מראש לביטול למפרע יש בה כדי להצמיח, כשלעצמה, תוצאות רצויות בענייננו... הבחנה זו בין ביטול מראש לביטול למפרע היא שפחת הדין ולא אדונו". לטעמי, הבחנות בין חיובים חוזיים לחיובים חוץ חוזיים, בין תרופות חוזיות לבין תרופות מכוח דיני עשיית עושר, בין ביטול למפרע לבין ביטול מכאן ולהבא אלו כללים המקנים יציבות וביטחון למשפט. ביטול כל הכללים והחלפת הכללים בסטנדרטים כלליים של עשיית עושר או תום לב פירושם שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל לבתי המשפט וחוסר ודאות גמור בתחום חשוב כמו דיני חוזים, המיוסדים בשונה מחיובים אחרים, על הסכם בין הצדדים. ראוי לציין כי בנקודה זו של הבחנה בין ביטול חוזה בשל פגם בכריתתו לבין ביטול חוזה בשל הפרתו לא התקבלה עמדתו של השופט ברק בכתבי המלומדים הסבורים שביטול חוזה בשל הפרתו פועל מכאן ולהבא ואילו ביטול בשל פגם בכריתתו פועל למפרע, ראו מיגל דויטש ביטול חוזה בעקבות הפרתו (תשנ"ג) 15–35. וראו דויטש, לעיל הערה 41, בע' 257–258; פרידמן כרך ב, לעיל הערה 89, בע' 707, 1082–1096.

עושר ולא במשפט והכול לפי שיקול דעתו של בית המשפט וכפי שימצא לנכון ממקרה למקרה.

סוגיה זו היא דוגמה מובהקת לאקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים שהתפתח בשנות השמונים. בסוף שנות השבעים עדיין היה רוב בבית המשפט העליון שסבר שיש להבחין בין תרופות חוזיות לבין תרופות מכוח דיני עשיית עושר,¹⁰¹ ואילו במהלך שנות השמונים הלכה גישה זו ונשחקה¹⁰² עד שבוטלה כליל בהלכה שנקבעה בעניין אדרס בשנת 1988. הלכה זו מקנה שיקול דעת רב ביותר לבית המשפט בשני כיוונים מנוגדים: האחד, הרחבת היקף הפיצויים באמצעות חיובו של המפר להשיב את ההתעשרות שנבעה מהפרת החוזה, העולה על הנזק הישיר שנגרם לנפגע. השני, צמצום חובת ההשבה, שכן במקום להשיב את מה שהתקבל מכוח החוזה בערכים אובייקטיביים, בית המשפט יכול להורות להשיב פחות ממה שהועבר וזאת מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט–1979. מאחר שאין אמות מידה ברורות להפעלת סמכות בית המשפט, והכול נעשה לפי שיקולי הצדק של בית המשפט, הרי יש כאן ערעור קשה של הביטחון והוודאות המשפטית, ולגופו של עניין לא ברור כלל אם התוצאות שבסופו של דבר בית המשפט מגיע אליהן הן תוצאות צודקות יותר.¹⁰³ ראוי לשקול מחדש הלכות אלו, אף שהסיכוי לכך אינו ברור כלל.

(ג) דיני כריתת חוזה – צמצום דרישת המסוימות

סעיף 1 לחוק החוזים הכללי קובע כי חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול. שתי הדרישות העיקריות למתן תוקף להצעה ולקיבול הן גמירת דעת ומסוימות.¹⁰⁴ שני

101 ראו עניין טרבלוס, לעיל הערה 99, משנת 1978. יש לציין כי אף שחוק עשיית עושר ולא במשפט נחקק רק בשנת 1979, דיני עשיית עושר ולא במשפט היו חלק מהמשפט הישראלי גם קודם לכן. ההסתייגות מהחלת דיני עשיית עושר על תרופות חוזיות בפסיקת סוף שנות השבעים אינה קשורה לעובדה שבאותו שלב טרם נחקק החוק.

102 ראו עניין כלנית השרון, לעיל הערה 99, משנת 1981. בפסק דין זה הגישה שמקור דיני ההשבה בשל הפרת חוזה נעוץ בדיני עשיית עושר ולא במשפט, הייתה דעת הרוב ולא דעה אחידה.

103 לדוגמה בפסק הדין בעניין כלנית השרון, שם, בע' 546 הציע השופט ברק כי מאחר "שמטרת ההשבה היא למנוע התעשרות שלא כדין... יש מקום לסברה, כי שיעור ההשבה יהא על-פי שיעור ההתעשרות, ובאין התעשרות אין השבה". אולם בפועל שיעור ההשבה שנקבע בפסק דין זה היה הצמדה למדר, שהיא השבה ריאלית-אובייקטיבית שאינה קשורה לשיקולי עשיית עושר ולא במשפט. כך גם נהגו בתי המשפט בעשרות פסקי דין, כאשר מצד אחד, מצטטים ומאזכרים את ההלכה בעניין כלנית השרון, אך בפועל, במקום להפעיל שיקולי השבה של עשיית עושר, חייבו השבה ריאלית-אובייקטיבית, שאליה ניתן להגיע במישור מכוח דיני התרופות החוזיות כפי שהוצע אצל Deutch, *supra* note 90. יש פער ניכר בין הרטוריקה לבין הפרקטיקה בנושא, אך גם לרטוריקה עלולה להיות תוצאה שלילית של ריבוי התדיינויות, הפוגע ביעילות המשפטית.

104 ראו סעיפים 1–5 לחוק החוזים הכללי.

פסקי הדין המנחים בנושא ניתנו עוד בשנות השבעים בע"א 440/85 זנדבנק נ' דנציגר¹⁰⁵ ובעניין רבינאי.¹⁰⁶ בשניהם נקבעו אמות מידה לא פורמליות למילוי דרישות גמירת הדעת והמסוימות ולהכרה רחבה בתוקפו החוזי של זיכרון דברים באמצעות פרשנות תוכנו והשלמת פרטים. גישה זו שלטת במשפט הישראלי זה עשרות שנים ומשמעותה היא שהכניסה לחוזה קלה מאוד.¹⁰⁷ לפיכך ראוי להיזהר בהכנת מסמכי ביניים וטיוטות, שכן גם למסמכים לא פורמליים עלול להיות תוקף מחייב. גישה זו הגיעה באחרונה לשיא חדש בהלכה שנקבעה ברע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור,¹⁰⁸ שם קבעה השופטת דורנר כי "במשפט המודרני דרישת המסוימות אבדה מחשיבותה",¹⁰⁹ וזאת בהסתמך על המשפט האמריקני.¹¹⁰ גם השופטת ביניש כתבה שם שהגישה המודרנית צימצמה במידה רבה את דרישת המסוימות.¹¹¹

לאור הגישה המוצגת בפסק הדין בעניין בית הפסנתר, ניתן להתעלם במידה רבה מדרישת המסוימות המופיעה במפורש בחוק החוזים הכללי כדרישה בסיסית למתן תוקף לחוזה. גישה זו ממשיכה את הקו של מתן משקל שולי ללשון החוק. גישה זו גם מאפשרת לבית המשפט להשלים חוזים ומציידת את בית המשפט בשיקול דעת נרחב לקבוע את תוקפם ואת תוכנם של חוזים.¹¹² פסק הדין בעניין בית הפסנתר הוא צעד נוסף בהעברת ההכרעה בשאלה אם נכרת חוזה אם לאו, מהצדדים לבית המשפט. גם מדרישת ההעדה על גמירת הדעת, המופיעה במפורש בסעיף 2 לחוק החוזים הכללי, התעלמו במידה רבה, ובמקום לדרוש ראיות מוכחות לגמירת דעת בהסכמים מוקדמים לא פורמליים, מסתפקים בבחינת נסיבות המקרה לפי שיקול דעת בית המשפט.

בעניין דרישת גמירת הדעת פירסמתי מאמר כבר בשנת 1980.¹¹³ במאמר הבעתי

105 ע"א 440/75 זנדבנק נ' דנציגר, פ"ד (2) 260 (1976).

106 לעיל הערה 64.

107 ראו רנר, לעיל הערה 86, בע' 40–46. במאמרה אזכור של עשרות פסקי דין משנות השמונים, ובינתיים פורסמו עשרות פסקי דין נוספים באותו כיוון. מסקנתה הייתה שמגמת בית המשפט העליון היא להקל בדרישות גמירת הדעת והמסוימות של הסכמים מוקדמים. אין טעם באזכור הפסיקה הענפה בנושא.

108 פ"ד נו(1) 577 (2001) (להלן: עניין בית הפסנתר).

109 שם, בע' 588.

110 שם, שם, סעיף (3) 204-2 ל-Uniform Commercial Code.

111 שם, בע' 591.

112 ראו מאוטנר, לעיל הערה 1, בע' 60–61. וראו זמיר, לעיל הערה 33, בע' 57; Eyal Zamir; "The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation" 97 *Colum. L. Rev.* (1997) 1710, 1751.

113 סיני דויטש "גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בינייני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי" שנתון המשפט העברי כרך ו-1 (תשל"ט-תש"מ) 71. המאמר דן בשאלת מקומו של המשפט העברי במשפט הישראלי באופן כללי ובמיוחד כאשר אין מחלוקת שמונחי החוק הישראלי לקוחים מתוך המשפט העברי. הצעתי לקלוט את רוח המשפט העברי כמסגרת פרשנית למונח "גמירת דעת" לא נקלטה בפסיקה או בספרות הפרשנית של חוק החוזים. ראו לדוגמה

ספק אם יש צורך והצדקה לתת שיקול דעת כה רחב לבית המשפט להשלים חוזים. לענייננו אצטט קטע קצר מהמאמר:

“לו היו משתמשים במשפט זנדבנק נ. דנציגר במקורות המשפט העברי יתכן והיו מגיעים לתוצאה שונה... קשה לראות בחילופי מכתבים גרידא, בנסיבות הענין, הוכחה מספקת לגמירת דעתם של הצדדים... מה עוד שהיו בעיסקה זו אלמנטים המערערים את גמירת הדעת... חסרון פרטים רבים הדרושים להשלמת העיסקה... יש גם מקום לשיקול מחדש אם מוצדק שבית משפט ישלים, באופן משמעותי, הסכמים עבור הצדדים, כאשר לא ברור שהצדדים אכן גמרו בדעתם להתקשר. יוצא, איפוא, שהפניה למקורות העבריים... יכולה להוביל לתוצאה שונה, אשר נראית לנו כצודקת יותר בנסיבות המקרה.”¹¹⁴

ביקורת זו, שפורסמה לפני יותר מעשרים וחמש שנים, לא הייתה לה השפעה של ממש. הפרשנות שהתגבשה לאחר חקיקת חוקי החוזים הייתה לאמץ גישה של אקטיביזם שיפוטי, המעבירה את שיקול הדעת מהצדדים לבית המשפט. ההתנגדות לאמות מידה פורמליות בכריתת חוזה נבעה בין השאר מההבנה שגישה כזו תחייב לא רק את הצדדים, אלא גם את בית המשפט. וזו אולי גם הייתה אחת הסיבות שלא להסתמך בדרך כלשהי על מקורות המשפט העברי, הנוטים יותר להבטחת הוודאות והביטחון המשפטי ופחות להקניית שיקול דעת שיפוטי לבתי המשפט.

פרשנות זו לדרישות המסוימות וגמירת הדעת הביאה לידי כך שבית המשפט בישראל, בעקבות חקיקת חוק החוזים הכללי, יצר דיני חוזים בלתי פורמליים. בית המשפט העדיף סטנדרטים מכללים, שכן הדבר מאפשר לו שיקול דעת רחב יותר. כפי שנראה בפרקים הבאים, בשנות האלפיים החלה להתגבש ביקורת רחבה יותר על מגמות אלו, הסותרות את מטרות דיני החוזים כפי שהצגנו אותן בפרק השני והפוגעות בוודאות בפנייה לבית המשפט.

(ד) פרשנות חוזה – ביטול הלכת שני השלבים

אחד הנושאים השנויים ביותר במחלוקת בסוגיה של האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים¹¹⁵

שלו, לעיל הערה 13, בע' 172. לו הייתה מתקבלת הצעתי, לא היה חל שינוי גדול בדין, אך היה מתקבל מסר שיש צורך במבחנים פורמליים יותר לכריתת חוזה, וזאת בניגוד למגמה הקיימת.

114 דויטש, שם, בע' 101.

115 בכנס השנתי של לשכת עורכי הדין באילת התקיים מושב בנושא של “אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים” ב-24.5.06. במושב הרצו, בין השאר, שלושה שופטים, השופט אליהו מצא, שופט בדימוס של בית המשפט העליון, וכן שופטי בית המשפט המחוזי השופטת ד”ר דרורה פלפל והשופט האשם חטיב. לכולם הייתה ביקורת על פסקי הדין בעניין אפרופים ובעניין ארגון מגדלי ירקות, וכן על האקטיביזם השיפוטי העודף של בית המשפט העליון בתחום דיני החוזים. ראו להלן הערות 203, 234–235.

הוא הלכת בית המשפט העליון בעניין אפרופים¹¹⁶ ובעניין ארגון מגדלי ירקות.¹¹⁷ לפי הלכה זו שוב אין צורך בתורת שני השלבים בפירוש חוזה. סעיף 25(א) לחוק החוזים הכללי קובע כי "חוזה יפורש לפי אומד דעת הצדדים, כפי שהיא משתמעת מן החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו, מן הנסיבות". לפי לשון החוק, על הפרשן לנקוט שני שלבים. בשלב ראשון עליו לאתר את כוונת הצדדים המשותפת מתוך לשון החוזה. בשלב השני, רק כאשר לא ניתן לאתר כוונה זו מתוך לשון החוזה, לבחון את אומד דעת הצדדים כפי שניתן להסיקו מתוך נסיבות ההתקשרות. כך פסקו בתי המשפט בישראל במשך שנים. ההבחנה בין פרשנות בשלב הראשון (פרשנות פנימית) ובין פרשנות בשלב השני (פרשנות חיצונית) הייתה לחלק בלתי נפרד מהמשפט הישראלי.¹¹⁸ רק כאשר לשון החוזה לא הייתה ברורה, ולא היה ניתן ללמוד ממנה על כוונתם המשותפת של הצדדים לחוזה, היה ניתן לבחון את נסיבות ההתקשרות.¹¹⁹ כך פעלו במשך עשרות שנים עד עניין אפרופים, שנפסק בשנת 1995.

ההלכה בעניין אפרופים היא אחת ההלכות המצוטטות במשפט הישראלי.¹²⁰ פירוש חוזים הוא מתפקידו החשובים של שופט בסכסוך הנוגע לחוזים. חלק ניכר מהסכסוכים בין צדדים לחוזה מוכרעים בבית המשפט לאור הפירוש שניתן לחוזה. לא פלא שהשופט אהרן ברק נטל את תחום הפרשנות, נושא שהיה מוזנח במידה רבה במשפט הישראלי, והפך אותו בספריו לנושא מרכזי.¹²¹ לא כאן המקום להיכנס לבחינה כוללת של תורת הפרשנות של השופט ברק, שכן נושא רחב זה חורג ממטרתו של המאמר: "אקטיביזם שיפוטי בידי חוזים". ההלכות בעניין אפרופים ובעניין ארגון מגדלי ירקות כבר ספגו ביקורת אקדמית מקיפה,¹²² ולכן אין להאריך בנושא.

116 לעיל הערה 11.

117 לעיל הערה 12.

118 ראו לדוגמה ע"א 705/82 אלטר נ' אלעני, פ"ד לח(2) 701, 710–712 (1984); ע"א 650/84 שטרן נ' זיוניץ, פ"ד מא(1) 380, 383–384 (1987); ע"א 406/84 נחמני נ' גלאור, פ"ד מא(1) 494, 499 (1987) (להלן: עניין נחמני). אלו דוגמאות בלבד והפסיקה בנושא רבה ביותר.

119 ראו לדוגמה ע"א 702/84 יובל גד בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מ(4) 802, 807 (1987); ע"א 633/88 הלבנון חברה לביטוח בע"מ (בפירוק) נ' ירדניה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(1) 563, 569–570 (1991). וכך הוצג הנושא במשך שנים בספרה של גבריאלה שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 298–304.

120 בבדיקה במאגרי המשפט הממוחשבים איתרתי אלפי אזכורים של ההלכה בעניין אפרופים. באתר התקדינט כ-1,100 אזכורים. בפדאור החדש קרוב ל-1,000 אזכורים. באתר נבו כ-1,800 אזכורים. אין זהות בין האזכורים, ואלו שלושה מתוך שמונה מאגרים ממוחשבים ואינטרנטיים בישראל.

121 השופט אהרן ברק פירסם חמישה כרכים בנושא פרשנות במשפט בשנים 1992–2001 (תשנ"ב–תשס"א) וכן כרך נוסף שכותרתו פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג). בספרו פרשנות במשפט – פרשנות חוזה (כרך רביעי, 2001) השופט ברק מציג את עיקרי גישתו לפרשנות חוזים. תורה זו מוצגת בקצרה בספרה של גבריאלה שלו, לעיל הערה 13, בע' 400–404. היא מבקרת את גישתו שם, בע' 404–412.

122 ראו גבריאלה שלו "פרשנות החוזה: תורת ברק" – על פרשנות במשפט כרך ד: פרשנות החוזה, מאת אהרן ברק" המשפט ח (תשס"ג) 675–694. בנושא של ביטול תורת שני השלבים ראו

בפסק הדין בעניין אפרופים הוחלט לבטל את תורת שני השלבים. במקומה נקבעה הלכה כי ניתן לבדוק בעת ובעונה אחת את לשון החוזה ואת נסיבות ההתקשרות. לפי תורת הפרשנות התכליתית, שהיא מאבני היסוד של תורת הפרשנות החדשה, יש לבחון את תכלית החוזה ולהוסיף תנאים שיביאו לידי שינוי החוזה או לידי השלמתו כאשר הדבר נדרש. אין לפרש חוזה מתוך הטקסט בלבד, אלא בכל מקרה יש לפנות ולבדוק את נסיבות ההתקשרות. בית המשפט רשאי לפנות לנסיבות גם כאשר לשון החוזה ברורה. הלכה זו אושרה ברוב גדול בעניין ארגון מגדלי ירקות.¹²³

הרעיון שעמד ביסוד תורת שני השלבים הוא שיש לתת משמעות ללשון החוזה, ובלשונו של פרופ' דניאל פרידמן, שיש להחיל את "כלל הזהב" לפיו יש לתת למילים את מובנן הרגיל.¹²⁴ כאשר ללשון יש מובן ברור, יש לתת משקל עדיף ללשון החוזה. ההלכה בעניין אפרופים מעוגנת במידה רבה בגישה הפרשנית החדשה של השופט אהרן ברק ולפיה כל טקסט דורש פירוש מכיוון ששום טקסט אינו ברור. בעניין זה ראוי להדגיש את דבריו של פרופ' פרידמן: "גישתי שונה. אני מאמין שיש בעולמנו טכסטים (בכתב ובעל פה) ברורים... עלינו להבין את השפה... אך טכסט ברור אינו זקוק להסבר או לפרשנות".¹²⁵

גבריאלה שלו, לעיל הערה 13, בע' 418–422 שהכתירה נושא זה בכותרת "תורת שני השלבים – חייה ומותה", וראו שם, בע' 422–427 ביקורת על הגישה של פרשנות תכליתית. ראו גם שם, בע' 407–410 ביקורת על ההלכה בעניין אפרופים מכיוון שהיא מאפשרת התעלמות מהרצון האמיתי של הצדדים לחוזה. ראו גם דניאל פרידמן "פרשנות חוזה" חוזים (כרך ג, דניאל פרידמן ונילי כהן, תשס"ד–2003) 245–249, שם כתב פרופ' פרידמן כי אף שמהבחינה העקרונית ההלכה בעניין אפרופים היא נכונה, פסק הדין מעורר קושי בשל הרטוריקה שלו ובגלל הדרך שבה יושמה הלכה זו במקרה הספציפי. הערותיו של פרופ' פרידמן צוטטו בדעת המיעוט בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות. וראו גם מאוטנר, לעיל הערה 1, בע' 48–55, פרשנות להלכה בעניין אפרופים. ראוי לציין כי למרות הביקורת, התקבלה ההלכה בעניין אפרופים על דעת כל תשעת השופטים בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות. הוויכוח היה רק בעניין "רוחה" של הלכה זו.

בעניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל הערה 12, נידונה פרשנות הסכם שנערך בין מדינת ישראל לבין ארגון מגדלי הירקות לפיצוי החקלאים בשל חשיפת תוצרתם לתחרות עם הגידולים של הרשות הפלסטינית בעקבות הסכמי אוסלו. סעיף 5 להסכם קבע שיטה של פיצוי בגין התחרות בשיווק תפוחי אדמה. בפועל לא היה ייבוא של תפוחי אדמה מהשטחים ולכן החליטה הממשלה שלא תשלם פיצויים למגדלים. ייבוא תפוחי אדמה מהשטחים היה מזערי ולמגדלים לא נגרם כל נזק. הסכום היה בעיקרו על פרשנות סעיף 5 להסכם. לשונו של ההסכם נוטה לטובת ארגון מגדלי ירקות, אולם לאור ההלכה בעניין אפרופים הוחלט בבית המשפט העליון וגם בדיון נוסף לדחות את ערעור מגדלי ירקות ולפסוק לטובת המדינה. בכנס אילת, ראו לעיל הערה 115, הסביר השופט מצא שפסק הדין בעניין ארגון מגדלי ירקות הן בערעור האזרחי והן בדיון הנוסף הוא שגוי, שכן גם לשון החוזה הייתה חד משמעית, ולפיה על המדינה היה לשלם פיצויים למגדלי תפוחי האדמה, וגם לפי מבחן הנסיבות צריך היה להגיע לכלל תוצאה זו. הביקורת על עניין אפרופים ועל עניין ארגון מגדלי ירקות איננה כל כך ברמה העקרונית אלא ביקורת על הרטוריקה של בית המשפט ועל התוצאות הספציפיות במקרים הרלוונטיים.

124 פרידמן, לעיל הערה 122, בע' 244–249.

125 שם, בע' 233.

אין לי אלא להסכים לדבריו של פרופ' פרידמן שנומקו היטב, ולו בדוגמאות מאירות עיניים.¹²⁶ תמיכתי מעוגנת לא רק בהסכמה לטיעוניו, אלא גם במטרות דיני החוזים.¹²⁷ ראיית כל טקסט כבלתי ברור מקנה שיקול דעת רחב ובלתי סביר לבתי המשפט. לעומת זאת, אימוץ עמדתו של פרופ' פרידמן מכבד את רצון הצדדים, את יסוד ההסכמה החוזית, את הסתמכות הצדדים על לשון החוזה, מקדם את הביטחון והוודאות המשפטית, ובמילים אחרות מקדם את מטרות דיני החוזים. אין סיבה לאמץ גישות חדשניות ומהפכניות הפוגעות במטרות דיני החוזים.

ראוי לציין כי גם לשיטתו של פרופ' פרידמן יש צדק בהלכה בעניין אפרופים ברמת העיקרון, שכן קשה לנתק בין לשון החוזה לבין נסיבות כתיבתו. עם זה, יש לפרופ' פרידמן ביקורת על הרטוריקה של ההלכה בעניין אפרופים ועל אופן החלת הלכה זו על עובדות המקרה. הרטוריקה יוצרת את התחושה¹²⁸ ששום חוזה אינו ברור, שהכול פתוח ושניתן להשיג כל תוצאה באמצעות פרשנות.¹²⁹ לדעת פרידמן, אף שיש מקרים יוצאים מהכלל, שבהם תידרש ראייה חיצונית לפירוש מושג שהצדדים השתמשו בו, כלל הוזהב הוא שמילים יפורשו לפי מובן הרגיל.

ביקורת קשה עוד יותר הייתה לפרידמן על יישום ההלכה בעניין אפרופים בנסיבות המקרה של אפרופים,¹³⁰ ועיקרה שלא הייתה הצדקה להתעלם מלשון החוזה, שניסחה המדינה, כדי לפרשו לטובת המנסח – המדינה, ואף להטיל קנסות על הקבלנים. הסטייה במקרה זה מהלשון הכתובה נעשתה בנסיבות שקשה להצדיקן. בעיה זו חזרה ביתר חומרה בעניין ארגון מגדלי ירקות. גם שם הופעלו תיאוריות פירוש חדשניות כדי לפסוק לטובת המדינה בחוזה שהיא ניסחה, התעלמו מכלל הפרשנות נגד המנסח ונתנו משקל רב לשיקולים חוץ חוזיים.¹³¹

פסקי הדין בעניין אפרופים ובעניין ארגון מגדלי ירקות מצביעים במלוא החריפות על הבעייתיות שבאימוץ שיקולים כלליים של "תכלית" החוזה ושיקולי סבירות והגינות במקום להסתמך על לשון החוזה. כלום יש הצדקה לערער את הביטחון והוודאות החוזיים כדי לאפשר למדינה להימנע מתשלומים שהתחייבה לשלם (עניין ארגון מגדלי ירקות) או לקבל פיצויים ובעצם קנסות מקבלנים (עניין אפרופים)? האם הגישה האקטיביסטית נועדה להגן על "הצד החזק" לחוזה – המדינה? אכן יש הצדקה לאקטיביזם שיפוטי כדי למנוע את עושק החלש וניצולו, אך האם אלו

126 שם, בע' 233–235.

127 שם, בע' 235, ראו התייחסות פרופ' פרידמן למטרות דיני החוזים ובמרכזם "הביטחון החוזי".

128 שם, בע' 246.

129 שם, ראו ציטוטים מגוף פסק הדין: "אין מילים 'ברורות' כשלעצמן", "מה שעל פניו נראה כברור, עלול להתברר כלא ברור לאור הנסיבות".

130 שם, בע' 264–269.

131 בשני המקרים, בעניין אפרופים ובעניין ארגון מגדלי ירקות, הפרשנות האקטיבית הביאה לידי פסיקה לטובת המדינה. האומנם יש הצדקה ל"חידושים" כה גדולים כדי לפסוק לטובת המדינה, שהייתה הצד החזק בשני החוזים שנידונו?

המקרים המצדיקים זאת? מה קל יותר מאשר לפסוק לטובת המדינה? בפסקי דין אלו מוצגת מעורבות רבה בתוכן החוזה ובפרשנותו בד בבד עם פסיקה לטובת הצד החזק, שגם ניסח את החוזה, ותוך התעלמות רבה מנוסח החוזה.

עולה בלבי חשש שמא המגמה היא לפסוק לטובת המדינה בתחום דיני החוזים שהוא תחום כלכלי מובהק. חשש זה מתגבר כשנוכחים לדעת שבית המשפט העליון בחר במקרים אחרים דווקא בפרשנות מרוסנת ושמרנית כדי להגיע לידי תוצאה של פסיקה לטובת המדינה בנושאים כלכליים, כמו בדנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון,¹³² שם דנו בשאלה, אם "תוכנית חיסכון בר מצווה" תכלול גם הצמדה של הכספים שנחסכו. נוסח התוכנית נקבע על ידי משרד השיכון על בסיס תקנון שאושר על ידי שר האוצר עוד בשנת 1963. במקרה הנידון נרכשה התוכנית בשנת 1974, ואחרי יותר מ-15 שנות חיסכון קיבלו החוסכים ריבית על בסיס הקרן הנומינלית בסך של פחות משקל חדש אחד. בערעור לבית המשפט העליון קבע בית המשפט כי יש לייחס לצדדים את הכוונה לשלם לחוסכים ריבית על הקרן כשהיא משוערכת לערכים ריאליים.¹³³ בית המשפט העליון בדיון נוסף בפרשה זו החליט ברוב דעות שגם פרשנות תכליתית אינה מחייבת את הצמדת הריבית שעל הקרן כאשר התוכנית אינה מחייבת זאת ואינה מציינת זאת במפורש. במקרה זה דווקא הפרשנות המרוסנת והפסיבית היא שהביאה לידי זכיית המדינה.

נראה לי שאין הצדקה לפרשנות אקטיביסטית כדי להגיע לידי תוצאה של פסיקה לטובת המדינה כצד לחוזה. ייתכן שזו הפרשנות הראויה, ייתכן אף שהתוצאה צודקת, אך אין לראות בתוצאה כזו בסיס מוצדק לאקטיביזם שיפוטי. נראה לי כי גם בתחומים אחרים ניכר שננקטת זהירות רבה לפני שמטילים על המדינה חיובים שונים.¹³⁴ יש אולי היגיון בגישה זו אך אין לראות בה אקטיביות רצויה.

התוצאה של ההלכה בעניין אפרופים היא צמצום חשיבות נוסח החוזה והעדפת תכלית החוזה מנוסחו. יש כאן העברה ברורה של שיקול הדעת מהצדדים ומהחוזה לפרשנות של בית המשפט. חוזה הוא במובנים רבים חוק פרטי בין הצדדים. כפיית תוכן חוזה שונה מזה שלו הסכימו הצדדים יש בה משום אקטיביזם שיפוטי מופרז המנוגד לציפיות הצדדים והפוגע באוטונומיה של הפרט ולכן גם אינו צודק ואינו הוגן. הלכות אלו, אף שיש לקוות כי לא יחולו כנגד כוונתם הברורה של הצדדים לחוזה, מצמצמות את חשיבות הניסוח החוזי. גם נוסח ברור ופשוט, שאינו מעלה על פניו שאלות כלשהן, יהיה כפוף לפרשנות.

132 פ"ד נו(5) 643 (2002).

133 רע"א 6072/98 שדמון נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 519 (2000).

134 לשם השוואה, בתחום התובענות הייצוגיות הצרכניות נפסק שחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 אינו חל על המדינה בפעילותה כרשות שלטונית. ראו רע"א 2701/97 מדינת ישראל נ' צ'רטוק, פ"ד נו(2) 876 (2002). להחלטה זו יש בסיס איתן בחוק הגנת הצרכן ופרשנותו ראויה. אקטיביזם שיפוטי אין כאן.

לדעתי, הרוח הנושבת מעניין אפרופים היא בעייתית. אחת המטרות החשובות בכריתת חוזה, כפי שצינו לעיל, היא הבטחת הביטחון והוודאות המשפטית, ואלו נפגעים קשות כאשר גם לשון חוזה ברורה אינה מבטיחה תוצאה ברורה. בדיקת כל חוזה על ידי בית המשפט לפי נסיבותיו ולפי תכלית החוזה פוגעת גם בייעילות המשפטית. אם בעבר, במקרה של חוזה שלשנו ברורה, היה ניתן לחסוך שמיעת עדויות, כיום הצדדים יכולים בכל מקרה לדרוש הצגת עדויות וראיות כדי לסתור את מה שכתוב בחוזה. לא פלא שיש ביקורת רבה בקרב הקהילייה המשפטית על הלכות אלו.¹³⁵ חידושי ההלכות שהיו בעניין זה בעשור האחרון מסמלות צעד נוסף באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון.

(ה) עקרון תקנת הציבור כעילה לביטול תניות מקפחות בחוזה

סעיף 30 לחוק החוזים הכללי קובע שתנאי הסותר את תקנת הציבור הוא תנאי בטל. סעיף זה החליף את סעיף 64(1) לחוק הפרוצדורה העותומנית, שקבע שחוזה הסותר את "הסדר הציבורי" בטל.¹³⁶ המונח "תקנת הציבור" הוא מונח שסתום שאינו ניתן להגדרה מדויקת ותוכנו משתנה לפי שינוי ההשקפות בחברה.¹³⁷ ההסתמכות על "הסדר הציבורי" או על "תקנת הציבור" לצורך ביטול תנאים בהסכם היא נושא שנוי במחלוקת, שכן יש בו פגיעה קשה בחופש החוזים. בעבר רק מיעוט השופטים היה מוכן לבטל

¹³⁵ בנוסף לביקורת של גבריאלה שלו ודניאל פרידמן הושמעה גם ביקורת רבה בכנס אילת (ראו לעיל הערה 115). בנייר עמדה שפירסם השופט בדימוס אליהו מצא לקראת כנס אילת הוא כתב דברים ברורים ולפיהם ההלכה בעניין אפרופים היא התפתחות האמורה להדאיג: "בפרשנות חוזה על בית המשפט לנהוג באיפוק מירבי. התערבות שיפוטית בתוכנו של חוזה על יסודן של דוקטרינות חיצוניות – כמו סבירות, הגינות וכדאיות מסחרית – היא, במחילה, בלתי לגיטימית". בית משפט אינו רשאי לכפות על הצדדים תוכן חוזי שונה מזה שלו הסכימו. על כך הוסיף השופט: "בהתערבות הזאת, המתאפיינים באקטיביזם שיפוטי מופרז, יש לערער את ציפיותיהם של המתקשרים בפועל. יוצא מכך – גם את הביטחון המשפטי והכלכלי". לא אחזור על כל טענותיו של השופט מצא, התומך בתורת שני השלבים והמתנגד להלכה בעניין אפרופים מכול וכול.

¹³⁶ המונח הוא תרגום מתורכית ויש המתרגמים אותו כ"סדר כללי". המונח לקוח מהמשפט הצרפתי, "public order" כלשון סעיף 6 לחוק האזרחי הצרפתי. לפירוש הוראה זו ראו ע"א 136/56 פוקס נ' אילון את עיוני בע"מ, פ"ד יא(1) 358, 361 (1957). משנחקק חוק החוזים הכללי, החליף סעיף 30 את הסעיף העותומני. סעיף 63 לחוק החוזים הכללי מבטל את הזיקה למשפט האנגלי.

¹³⁷ ראו דבריו של השופט שמגר בע"א 614/76 פלמונית ופלונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85, 94 (1977) שכתב: "הסוגיה של תקנת הציבור היא... בבואה לתפיסות עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה... מובן שהתפיסות ככגון דא משתנות עם חלוף העיתים ומבטאות תמיד את אמונותיה ודעותיה של אותה התקופה". ראוי לציין כי השופט שמגר היה בדעת מיעוט. ראו גם ע"א 566/77 דיקר נ' מוך, פ"ד לב(2) 141, 146 (1978) (להלן: עניין דיקר).

תנאים בחוזה על בסיס עקרון תקנת הציבור, ואילו הרוב סברו שאין להסתמך על עיקרון זה, שכן "המושג 'טובת הציבור' כמוהו כסוס פרוע שאין לרכב עליו, באשר הוא עשוי להוביל את השופט לדרך ללא מוצא".¹³⁸

ההתנגדות לשימוש רחב בעקרון תקנת הציבור כבסיס לביטול תנאים מקפחים בחוזה מעוגנת בעיקרון הגדול של חופש החוזים. אחד מיסודות חופש החוזים הוא שבתי משפט לא יתערבו בחוזה שנכרת מרצון בין צדדים בוגרים ובעלי הבנה. חופש החוזים הוכר כזכות יסוד חוקתית במשפט הישראלי,¹³⁹ וכאשר מעלים טענה שתנאי בחוזה פוגע בתקנת הציבור, לא ניתן להתעלם מהאמרה האנגלית שקבעה שמתן תוקף לחוזה שהוסכם בין צדדים גם הוא עיקרון גדול של תקנת הציבור.¹⁴⁰ לא פלא שהייתה התנגדות רבה לשימוש רחב בתקנת הציבור במשפט הישראלי.

עקרון תקנת הציבור הוא עיקרון חשוב גם במשפט האנגלי. עם זה תכניו אינם כוללים ביטול תניות פטור קשות בחוזה. בסוגיות רבות וחשובות במשפט האנגלו-אמריקני משמש עקרון "תקנת הציבור" כעילה שלא לתת תוקף לחוזה,¹⁴¹ אולם הדבר נעשה על פי כללים ברורים יחסית, ולא כבסיס לביטול תניות פטור ותנאים

138 שם, בע' 98. השופט עציוני כתב בהמשך דבריו "כי אם אפשר להימנע מלרכב על סוס זה, מעדיף אני לעשות כן, כי בסופו של דבר המונח 'טובת הציבור' הינו מונח די אבסטרקטי, וכל שופט עשוי למלאו בתוכן אחר" (שם, 98–99). השופט אשר הצטרף לדעתו של השופט עציוני ואף תמך דבריו במובאות רבות מהמשפט האנגלי והאמריקני על הסיכון שבשימוש בכלל "טובת הציבור" במשפט בלא צורך.

139 ראו רע"א 5248/90 אנטין נ' פרנקל, פ"ד מה(5) 139, 143 (1991). ראו אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 279 המסביר מדוע יש לראות בחופש ההתקשרות החוזית והחופש לעצב את תוכן החוזה זכויות חוקתיות מכוח עקרון כבוד האדם.

140 פסק הדין האנגלי המנחה בתחום זה, שהייתה לו השפעה רבה על המשפט האנגלו-אמריקני וגם על המשפט הישראלי הוא עניין *Printing, supra note 47*. הרעיון המרכזי של פסק-דין אנגלי חשוב זה אומץ בכמה פסקי-דין של בית המשפט העליון בישראל. ראו לדוגמה את דברי השופט מנחם אלון בע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, 629 (1979) (להלן: עניין רוט). וראו ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה, פ"ד מג(1) 441, 470–473 (1989).

141 ראו: Guenter H. Treitel *The Law of Contract* (11th ed., London, 2003) 439–480. מפרט ארבעה עשר סוגי חוזים הסותרים את תקנת הציבור (*id.* at pp. 439–452). אף אחד מהם אינו דן בתניות פטור ותנאים מקפחים בחוזה. סוג אחר של חוזים המושפעים מתקנת הציבור הוא חוזים המגבילים את חופש העיסוק. מלבד אלה, השימוש בתקנת הציבור כבסיס לביטול תניות בחוזה הוא מועט ביותר ובמקרים קיצוניים (*id.* at pp. 478–480). ראו גם: Michael P. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (14th ed., London, 2001) 405–475; Joseph Chitty *Chitty on Contracts* (28th ed., vol. 1, London, 1999) 835–911; William R. Anson *Anson's Law of Contract* (Jack Beatson ed., 28th ed., Oxford, 2002) 352–366. ובמשפט האמריקני ראו: Edward Allan Farnsworth *Contracts* (4th ed., Aspen, 2004) 513–551. נקודת המוצא במשפט האמריקני דומה למשפט האנגלי (318–313 pp. *id.*). הייתה נכונות רבה יותר להפעיל את תקנת הציבור במשפט האמריקני (334–318 pp. *id.*), אך עדיין השימוש דומה לזה של המשפט האנגלי, היינו מצמצם בדרך כלל לעילות ברורות מוגדרות יחסית.

מקפחים בחוזה. קיימת התנגדות לשימוש נרחב בעקרון תקנת הציבור באנגליה, שכן מדובר בעיקרון שכלליו אינם ברורים ואין לדעת מראש לאן הוא יוביל.¹⁴² תקנת הציבור כבסיס לביטול תניות פטור ותנאים מקפחים בחוזה היא במוכנים רבים חידוש ישראלי תוך סטייה ברורה מהדין האנגלי שנקלט במשפטנו דרך סימן 46 לדבר המלך במועצתו. ההכרה בעקרון תקנת הציבור כעילה לביטול תניות פטור מקפחות חדרה למשפטנו בפסק הדין החשוב רע"א 461/62 צים נ' מזיאר.¹⁴³ פסק הדין דן בתניית פטור מאחריות לנזקי גוף שגרמה חברת צים ברשלנותה לגב' מזיאר. תניית הפטור הייתה מעוגנת בחוזה אחיד, והיה צורך להשתמש בעקרון תקנת הציבור שכן המקרה נידון לפני חקיקת חוק החוזים האחידים, תשכ"ד–1964 (להלן: חוק החוזים האחידים). בפסק דין זה התייחס השופט זילברג לתחולה המצומצמת של עקרון תקנת הציבור במשפט האנגלי. במשפט האנגלי לא שימשה תקנת הציבור בסיס ראוי לביטול תניות פטור. השופט זילברג וגם השופטים האחרים החליטו להתעלם בעניין זה מהמשפט האנגלי וקבעו הלכה שאין תוקף לתניית פטור מקפחת בחוזה אחיד שתוכנה הוא הגבלת אחריות לנזקי גוף.¹⁴⁴

יש היגיון בראיית הגבלת האחריות לנזקי גוף כתניה הפוגעת בתקנת הציבור.¹⁴⁵ הדבר שונה כאשר עוסקים בפגיעה כלכלית. ואכן ניסיונות להרחיב את עקרון תקנת הציבור ולהחילו על תניות פטור כלכליות לא צלחו בעבר.¹⁴⁶ צריך גם לזכור שבאמצע שנות השישים נחקק חוק החוזים האחידים, ומאז יש לבית המשפט בסיס לבטל תניות

142 ראו כיצד מתאר השופט Burrough את עקרון "תקנת הציבור" בפסק הדין בעניין *Richardson v. Mellish* (1824) 130 E.R. 294, 303: "...It is a very unruly horse, and when once you get astride it, you never know where it will carry you. It may lead you away from sound law". עמדות אלו מקובלות גם כיום. ראו: *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 A. C. 59 at 100–101.

143 פ"ד יז 1319 (1963).

144 המבחן שקבע השופט ויתקון, ושאוּמץ מאוחר יותר בפסיקה, היה שתניה פוגעת בתקנת הציבור כאשר "תוכן התנאי בלתי רצוי מבחינה מוסרית וסוציאלית... שהוא הותנה במסגרת חוזה שהצד בו, הנמצא מקופח, לא היה חופשי להתנגד לו". שם, בע' 1338. אף שהדברים לא נאמרו במפורש, הוחל עיקרון זה רק על נזקי גוף. ראו גם ע"א 285/73 לגיל טרמפולין נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63 (1974).

145 הגבלת אחריות לנזקי גוף בעסקה צרכנית היא פסולה. סעיף 2(ב) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א–1981 קבע איסור פלילי כדלקמן: "לא יציג עוסק שלט ולא יודיע בכל דרך אחרת שאין הוא אחראי לכל נזק גוף העלול להיגרם לצרכן בתחום העסק או בחצרו". ראו גם סעיף 147(ב) לתזכיר חוק דיני ממונות הקובע כתנאי בטל בחוזה אחיד – "תנאי אשר פוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות המוטלת עליו על פי חיקוק לנזק גוף או מעשה זדון". הוראות אלו מצביעות על הסלידה הציבורית מפני תניות פטור לנזקי גוף.

146 ראו עניין דיקר, לעיל הערה 137; עניין רוט, לעיל הערה 140 (דעת הרוב); השופט מנחם אלון בע"א 793/76 לוקמן נ' שיף, פ"ד לג(2) 533, 563 (1979); השופט אור בע"א 624/80 אמארה נ' נמני, פ"ד לז(2) 606, 613 (1983). וראו שלו, לעיל הערה 13, בע' 512–514.

פטור מקפחות בחוזה אחיד בלי להיזקק לעיקרון כללי ולא מוגדר כעקרון תקנת הציבור.¹⁴⁷

השינוי בא עם פסק דינו של השופט ברק בע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום,¹⁴⁸ שם קבע השופט ברק כי ניתן לבטל תניה, המצמצמת את לשון הכיתוב על מצבות לעברית בלבד, על בסיס עקרון תקנת הציבור, וכי רתיעת שופטי ישראל בעבר מפני שימוש בעקרון תקנת הציבור אינה מוצדקת.¹⁴⁹ החידוש בפסק הדין היה, שגם אם החוזה אינו חוזה אחיד, וגם לו חברה קדישא הייתה גוף פרטי, ניתן לבטל תניה, המצמצמת את לשון הכיתוב, על יסוד העיקרון של תקנת הציבור, שכן יש מקום לתחולה עקיפה של עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על המשפט הפרטי וזאת באמצעות נורמות קיימות במשפט הפרטי כגון פרשנות, תום לב, תקנת הציבור ועוד. בעניין קסטנבאום קבע השופט ברק שיש מקום להחיל את המשפט הציבורי על המשפט הפרטי בדרך של תחולה עקיפה באמצעות העיקרון של תקנת הציבור.¹⁵⁰ בפסק דינו של השופט ברק היו שני חידושים. האחד, הכרה בעקרון תקנת הציבור כבסיס להתערבות בתוכן חוזים גם כאשר אינם חוזים אחידים. השני, תחולה עקיפה של עקרונות המשפט הציבורי על המשפט הפרטי באמצעות עקרונות קיימים במשפט הפרטי כגון עקרונות הפרשנות, תום הלב, הרשלנות, תקנת הציבור ועוד. אף שדעתו של השופט ברק בפסק דין זה הייתה דעת יחיד,¹⁵¹ היא אומצה וצוטטה במאות פסקי דין. הלכה זו מטשטשת את ההבחנה בין משפט פרטי לבין משפט ציבורי וקובעת את תקנת הציבור כבסיס לביטול תניות פטור מקפחות בחוזים. בעקבות הלכה זו בוטלו תנאים כלכליים מקפחים על יסוד פגיעה בתקנת הציבור בכמה פסקי דין.¹⁵² הלכה זו היא דוגמה מובהקת לאקטיביזם שיפוטי, שכן היא משנה את הדין הקיים, כוללת התערבות בתוכן חוזה שנכרת בין הצדדים ויש בה גם הרחבה של שיקול הדעת השיפוטי של בית המשפט. האפשרות לאמץ עקרונות של המשפט הציבורי ולהחילם על המשפט הפרטי, ולו בדרך עקיפה, מעבירה יותר ויותר מההסכמה הבסיסית של הצדדים בעת כריתת החוזה לשיקול דעת בית המשפט. השאלה המרכזית במאמר אינה אם גישה זו היא גישה אקטיבית, אלא אם היא ראויה ואם היא מקדמת את מטרות דיני החוזים. פסק הדין הבא יענה על שאלה זו.

147 ראו דניאל פרידמן "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור (ע"א 148/77 רוט נ' "שופה" (בניה) בע"מ) " עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"מ) 431.

148 פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום).

149 ראו שם, בע' 532-535 דיון בתכניה של "תקנת הציבור" ובדרך ליישומה במשפט כחלק מ"ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור".

150 שם, בע' 529-533. בין השאר קבע השופט ברק כי עקרונות היסוד של השיטה וזכויות האדם אינם מוגבלים אך ורק למשפט הציבורי וכלפי השלטון והם מתפרסים גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם.

151 הנשיא שמגר הגיע בפסק הדין לאותה תוצאה אך מנימוקים שונים.

152 ראו לדוגמה דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000).

בע"א 3833/93 לוי'ן נ' לוי'ן¹⁵³ נידון הסכם גירושין שבמסגרתו הוסכם לשלם מזונות לאישה עד לגירושין אך הוסכם כי תנאי זה "יהיה חסר תוקף משפטי". השופט יצחק זמיר קבע שלמרות האמור בחוזה, ניתן להסיק מהנסיבות שהצדדים התכוונו לחוזה מחייב ואין לראות בו הסכם ג'נטלמני בלבד וזאת גם משיקולים של תקנת הציבור. ההסבר שניתן היה שיש אינטרס ציבורי שיפנו לבית המשפט. גישה חופשית לבית המשפט היא זכות יסוד, ותנאי החוסם את הזכות לפנות לבית המשפט הוא פסול ובטל מעיקרו בהיותו מנוגד לתקנת הציבור.

אכן, תנאים בחוזה החוסמים צד מלפנות לבית המשפט הם תנאים שמקובל לראותם גם במשפט האנגלי כפוגעים בתקנת הציבור.¹⁵⁴ לו היה מדובר בחוזה אחיד, ברור שלתנאי כזה לא היה תוקף,¹⁵⁵ אולם כאן היה מדובר בחוזה שנערך לאחר משא ומתן, והצדדים היו מיוצגים על ידי עורכי דין. ראוי להדגיש כי עיקרו של החוזה נותר בתוקפו, ורק בעניין התחייבות אחת סוכם בהסכם כי אינה בת תוקף משפטי ולכן אין להסתמך עליה. ראוי להדגיש כי לא נחסמה זכות האישה לתבוע מזונות כדין. הסעיף הג'נטלמני דן כולו בשיעור המזונות הוולונטריים בלבד עד לגירושין שציפו שיהיו בהקדם.

השימוש בתקנת הציבור כבסיס לביטול תנאים מקפחים שלא בהקשר של חוזים אחידים¹⁵⁶ מצמצם משמעותית את חופש החוזים, ואין להשתמש בעיקרון זה אלא במקרים קיצוניים. חופש החוזים אינו ערך יחיד וגם בעבר מצאו דרכים למתן אותו. השאלה היא אם עיקרון כללי כגון תקנת הציבור הוא מכשיר מתאים למטרה זו. הביקורת על גישתו של השופט ברק בנושא זה אינה חדשה.¹⁵⁷ פרופ' גבריאלה שלו כתבה בהרחבה על העניין.¹⁵⁸ בספרה היא מציגה את מגמות העבר בעניין תקנת

153 פ"ד מח(2) 862 (1994) (להלן: עניין לוי'ן). ראו דברי השופט יצחק זמיר במיוחד שם, בע' 876–871.

154 ראו: 446–450 (1994) (להלן: עניין לוי'ן). ראו גם: 445–447 (1994) (להלן: עניין לוי'ן).

155 סעיף 5 לחוק החוזים האחידים קובע כי "תנאי בחוזה השולל או מגביל את זכות הלקוח לפניה לערכאות משפטיות – בטל".

156 השופט מישראל חשין רואה בחוק החוזים האחידים "נסיך ממלכת תקנת הציבור". ראו ע"א 1795/93 קרן הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פ"ד נא(5) 433 (1987), בפסקה 14 לפסק דינו של השופט חשין; ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא, פ"ד נג(3) 600 (1998) בפסקה 5 לפסק דינו של השופט חשין.

157 ראו פרנסס רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג (תשנ"ד) 21, 23; מיגל דויטש קנין, כרך א (תשנ"ז) 224.

158 שלו, לעיל הערה 13, בע' 65–69 הציגה את עמדתה מדוע אין מקום להחיל את המשפט הציבורי על המשפט הפרטי. וראו לעיל טקסט נלווה להערה 150. היא הבחינה בין שירות לציבור, שם יש מקום לדין של שוויון לבין חוזה פרטי מובהק (שם, בע' 62–64). גישה זו היא גישה ראויה לדעת, שכן יש מקום להגנת הצרכן במובן של הצרכן הרחב, אך יש להשאיר לכוחות השוק עסקות מסחריות מובהקות. לפרשנות המונח צרכן במובן הרחב, ראו דויטש, לעיל הערה 33, בע' 169–171, 270–276, 334–336.

הציבור, ואת השינויים שחלו בו בעיקר בעקבות פסק הדין בעניין קסטנבאום.¹⁵⁹ שינויים אלו הביאו לידי ביקורת גם בדעת המיעוט של השופט יצחק זמיר בבית המשפט העליון בדנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה.¹⁶⁰ נצטט קטע קצר מדבריו של השופט יצחק זמיר:

"לדעתי, הנשיא ברק מרחיב את הסמכות של בית המשפט להתערב בחוזים על יסוד הטענה של תקנת הציבור, וכתוצאה מכך תרחב גם ההתדיינות הצפויה סביב טענה זאת מעבר למקובל עד כה ואף מעבר לראוי כיום לא רק בנוגע להפליה מחמת גיל, אלא גם בנוגע לעניינים רבים אחרים."¹⁶¹ [ההדגשות שלי – ס' ד']

אכן, זה אחד החששות שבשימוש בעקרון תקנת הציבור שלא בהקשר של חוזים אחידים או חוזים צרכניים. על אף החשיבות של תכליות הצדק וההגינות, לא ניתן להתעלם גם מהתכליות של ודאות, ביטחון ויעילות משפטית. על אף החשיבות של שיקולים מוסריים, אין להפוך את ההתערבות בחוזים על יסוד תקנת הציבור לדבר שבגרה. הקשיים שבשימוש בתקנת הציבור באו לידי ביטוי מיוחד בפסק הדין בעניין לויין.¹⁶² במקרה זה בית המשפט העליון, מתוך רצון לסייע לאישה, שהיא הצד החלש לחוזה, התעלם במידה רבה מכוונת הצדדים, מהציפיות שלהם ומהסתמכותם על הכתוב בחוזה, והפך "הסכם שבכבוד" להסכם מחייב. בית המשפט הקריב את השיקולים ארוכי הטווח לטובת תוצאה שנראתה לו מתאימה יותר למקרה זה.¹⁶³ נראה אפוא כי בעתיד יסרכו בעלים לתת הבטחת תשלום מזוונות בלתי מחייבת לנשותיהם, שכן קיים יותר מסיכוי סביר שבית המשפט ייתן להבטחה כזו תוקף מלא. ספק בעיני אם התוצאה במקרה הקונקרטי של פסק הדין בעניין לויין אכן הועילה לעשיית צדק יותר מתוצאה מנוגדת.¹⁶⁴

159 שלו, שם, בע' 511–514, 516–524.

160 לעיל הערה 152 (להלן: עניין רקנט).

161 שם, בע' 375. השופט זמיר היה בדעת מיעוט.

162 לעיל הערה 153.

163 לביקורת המתייחסת במיוחד לפסק הדין בעניין לויין, ראו אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני חוזים של ישראל" עיוני משפט כב (תש"ס) 647, 661–662.

164 עניין לויין, לעיל הערה 153, בע' 867. התחייבות הבעל לשלם מזוונות עד לגירושין ניתנה על ידי הבעל מתוך הבנה שזו התחייבות שבכבוד ולא התחייבות משפטית. הנחתו הייתה שהליכי הגירושין יסתיימו בתוך זמן סביר. הבעל הפסיק לשלם מכיוון שהליכי הגירושין נמשכו זמן רב והבעל טען כי האישה אשמה בעיכוב. יש מקום לספק אם בנסיבות אלו יש הצדקה להתעלם מהסיכום שהיה בין הצדדים. יש להבחין בין התערבות בדיני חוזים ובתוכן החוזה כדי לשמר כללי רקע של הגינות לבין התערבות בדיני חוזים על רקע הרצון להגיע לתוצאה צודקת יותר. צריך שייגרם עוול משמעותי ביותר כדי להצדיק התערבות. ספק אם העובדות במקרה של עניין לויין מצדיקות התערבות מסוג זה.

קיצורו של דבר, נטישת כללי משפט ברורים יותר כגון דיני החוזים האחידים ודיני החוזים הצרכניים לטובת עקרונות כלליים המקנים שיקול דעת נרחב ביותר לבית המשפט (בניגוד למגמות המשפט האנגלו-אמריקני) היא אקטיביזם משפטי נרחב ביותר. היא גם פוגעת ברוב התכליות של דיני החוזים. בסוגיה זו, בדומה לסוגיית הפרשנות, עיקר השינויים היו בעשור האחרון,¹⁶⁵ אך הבסיס לשינויים אלו כבר היה ברור לעין עוד בשנות השבעים והשמונים.

לסיכום, בחינת שמונה הסוגיות שהובאו בשני הפרקים האחרונים מצביעה על אקטיביזם שיפוטי נרחב של בית המשפט העליון בידיני חוזים. שמונה הסוגיות שנידונו בפרקים אלו הן סוגיות חשובות בידיני חוזים. אין אלו הסוגיות היחידות שבהן גילה בית המשפט העליון אקטיביזם שיפוטי בידיני חוזים. יש סוגיות רבות נוספות¹⁶⁶ שבהן גישת בית המשפט העליון הייתה גישה של אקטיביזם שיפוטי תוך

165 קו פרשת המים מתחיל בפסק הדין בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 148, ומגיע לשיאו בפסק הדין בעניין רקנט, לעיל הערה 152, ועניין לוי, לעיל הערה 153. אך תחילתה של מגמה זו בדבריו של השופט ברק בע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לז(1) 533 (1982) (להלן: עניין בית יולס). פסק הדין בעניין קסטנבאום פורסם בשנות התשעים אך פסק הדין בעניין בית יולס פורסם בשנות השמונים. מאז פורסמו פסקי הדין בעניין קסטנבאום ובעניין לוי פורסמו עשרות פסקי דין של בית המשפט העליון הדנים ב"תקנת הציבור". כמה פסקי דין לדוגמה: ע"א 1795/93 קרן גימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פ"ד נא(5) 433 (1997) (השופט טירקל); דנ"א 4465/98 טבעול (1998) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001); עניין רקנט, לעיל הערה 152; ע"א 5258/98 פלוגית נ' פלוגי, פ"ד נח(6) 209 (2004); רע"א 5777/04 מרנץ נ' רודריגז, פ"ד נט(1) 420 (2004); ע"א 6378/03 "אגד" נ' מורון, פ"ד נט(5) 920 (2005).

166 לדוגמה, עוד בשנות השישים נקבעה הלכה כי אין זה עניינו של בית המשפט להחליף את שיקול הדעת של מוסדות להשכלה גבוהה בעניינים אקדמיים. ראו ע"א 319/65 אלבלדה נ' האוניברסיטה העברית, פ"ד כ(1) 204. (1966). הלכה זו נקלטה לסעיף 33 לחוק החוזים הכללי שקבע שחווה למתן ציונים או תואר אינו נושא לדיון בבית המשפט. למרות האמור בחוק קבע בית המשפט העליון בע"א 838/87 שני נ' אוניברסיטת תל-אביב, פ"ד מב(2) 380 (1988) (להלן: עניין שני), שבנסיבות מסוימות ניתן להתערב בהחלטה להכיר בקורסים אקדמיים. החלטה זו צוטטה בפסקי דין מאוחרים יותר והביאה לידי התערבות בית המשפט בהחלטות אקדמיות שונות (ראו ה"פ (ת"א) 269/06 אוסדון נ' המכללה האקדמית, תקדין מחוזי 2006(2) 7926 (2006)).

גם בסוגיה זו הפגין בית המשפט העליון מידה רבה של אקטיביזם שיפוטי, ראה עצמו מוסמך להתערב בהחלטות אקדמיות למרות האמור בחוק, נטל לעצמו שיקול דעת נוסף וצימצם את חופש הפעולה האקדמי. ראו ביקורת על ההלכה בעניין שני אצל פרידמן וכהן כרך א (תשנ"א), לעיל הערה 13, בע' 336 שראו בפסיקה זו כיוון לא רצוי. גם במקרה זה התעלמו בתי המשפט מהביקורת והגבירו את ההתערבות בהחלטות אקדמיות בכמה פסקי דין מחוזיים.

סוגיה נוספת של אקטיביזם שיפוטי שקשה להצדיקו היא הסוגיה של מתן תוקף משפטי מלא להסכמים שבכבוד. גבריאלה שלו בספרה דיני חוזים מייחדת לנושא פרק שלם בספרה (שלו, לעיל הערה 13, בע' 21–31). היא מסבירה את החשיבות של החופש מחוזים, את תפקידם של הסכמים שבכבוד בחיי המעשה וגם את היתרונות שבתקשורת חוץ חוזית. היא גם מסבירה שיש מקום להתערבות שיפוטית במקרים שונים, אך הסעד צריך שיהיה חוץ חוזי כגון בנוזיקין. היא מסיימת פרק זה בביקורת על המצב במשפטנו במילים האלה: "גישה זו, של התעלמות מרצון הצדדים המקורי, מונחית על ידי השקפת עולם חברתית הדוחה במודע את עקרון החופש החוזי

שינוי הדין הישן והרחבת שיקול דעתו של בית המשפט, אך הן לא יידונו כאן. התחושה שבית המשפט העליון מגלה מעורבות רבה בדיני חוזים מעוגנת במציאות, שכן הדבר נכון ברוב התחומים של דיני החוזים. בית המשפט העליון מוכן לחדש הלכות, להרחיב את שיקול הדעת הנתון לבית המשפט, לצמצם את משקל לשון החוק או לשון החוזה וליטול חלק ניכר יותר בהכרעה אם נכרת חוזה, מה תוכנו של החוזה ומה התרופה הראויה בגין הפרתו. ספק אם בכל המקרים שבהם ננקט אקטיביזם שיפוטי נבחנה השאלה, אם ההתערבות מקדמת את מטרות דיני החוזים ואם נשקלו כל ההשפעות של חידושי ההלכה בדיני חוזים. יש מקום לטענה כי האקטיביות של בית המשפט העליון באה להבטיח צדק, הגינות וסבירות בדיני החוזים. אכן גם אלו מטרות של דיני החוזים, אולם לדעתי, בדיני החוזים המסחריים המטרות של הגשמת ציפיות הצדדים, הסתמכותם וקידום הביטחון, הוודאות והיעילות המשפטית הן מטרות חשובות יותר של דיני החוזים המסחריים, ולכן כאשר יש סתירה בין המטרות השונות, יש לאזן ביניהן לפי המדרג הראוי של המטרות לפי סוג החוזה.

פרק ה – פסיביות שיפוטית בדיני חוזים – אקטיביזם מסוג אחר

בפרק זה נצביע על כך שיש תחומים בדיני חוזים שבהם הייתה פסיקת בית המשפט העליון פסיבית, ניתנה מתוך ריסון עצמי רב ונטייה שלא להתערב בחוזה שנכרת. לפרק זה כמה מטרות. ראשית, להצביע על כך שהגישה האקטיבית של בית המשפט העליון בדיני החוזים אינה אחידה ויש תחומים שבהם העדיף בית המשפט פסיביות ואי התערבות. שנית, לבחון אם במקרים של היעדר התערבות היה יישום נכון של מטרות דיני החוזים ושקלול ראוי של מטרות אלו. שלישית, ייעשה ניסיון לברר מדוע דווקא בסוגיות מסוימות הועדפו התכליות של ודאות, ביטחון וריסון עצמי על פני התערבות, בזמן שברוב התחומים של דיני החוזים הועדפה הגישה של אקטיביזם שיפוטי. לענייננו אתייחס לשלוש סוגיות: (א) פגמים בכריתת חוזה; (ב) סיכול; (ג) טענת "לא נעשה דבר" – *non-est-factum*.

(א) פגמים בכריתת חוזה

פרק ב לחוק החוזים הכללי קובע את העילות שבגינן ניתן לבטל חוזה בשל פגם בכריתתו. עילות אלו מוכרות בשיטות משפט רבות. העילות הן: טעות (סעיף 14 לחוק החוזים הכללי), הטעיה (סעיף 15), כפייה (סעיף 17) ועושה (סעיף 18). עילות אלו עוצבו ונוסחו מחדש במשפט הישראלי והן אינן ממשיכות את מסורת

מפני עקרון הצדק החוזי. בית המשפט אינו מתעניין ברצונם האמיתי של הצדדים אלא בתוצאות החברתיות של הפעלת רצונם. וראו גבריאלה שלו "הסכמים ג'נטלמניים (שם זמני)" משפטים לב (תשס"ב) 3.

המשפט האנגלי¹⁶⁷ שקדם להן. עילות אלו נראות על פניהן רחבות במידה ניכרת מהעילות המקבילות במשפט האנגלי.¹⁶⁸ היה סביר לצפות שלאור השינויים המהותיים בידיני הפגמים במשפט הישראלי והרחבתם לעומת דיני הפגמים שלפני חקיקת חוק החוזים הכללי, יהיה לטענות בדבר פגמים בכריתה יותר סיכוי להתקבל. אולם בחינה של הפסיקה בתחום דיני הפגמים בכריתת חוזה מלמדת, כי בניגוד לשינויים בחקיקה ולציפיות שנוצרו בעקבותיה, מספר המקרים שבהם ביטול חוזה בשל פגם בכריתתו אושר בפסיקת בית המשפט העליון הוא נמוך. מתברר שגם לאחר הרחבת העילות לביטול חוזה בשל פגם בכריתתו, בית המשפט לא אישר יותר ביטולים של חוזים בשל פגמים בכריתתם. עדיין יש נושאים שבהם לו היו ממשיכים להחיל את הדין האנגלי, כפי שהיה לפני חוק החוזים הכללי, היו לצדדים יותר אפשרויות לבטל את החוזה בגין פגם בכריתתו מאשר לאחר חקיקת החוק.¹⁶⁹ במילים אחרות, בסוגיות של פגמים בכריתת

167 סעיף 14 לחוק החוזים הכללי, העוסק בעילת הטעות במשפט הישראלי, שונה באופן מהותי מעילת ה-Mistake האנגלית. התוצאה של טעות במשפט האנגלי היא שהחוזה בטל (void) ואילו במשפט הישראלי החוזה ניתן לביטול. ההכרה בטעות במשפט האנגלי נעשית במקרים נדירים. אין במשפט האנגלי סוגיה מקבילה לסוגיה של טעות בלתי ידועה המוסדרת בסעיף 14(ב) לחוק. ראו כמה מקורות מובילים בנושא במשפט האנגלי: Anson, *supra* note 141, at pp. 308–347, 236–275; Furmston, *supra* note 141, at pp. 251–336; Chitty, *supra* note 141, at pp. 286–404; Treitel, *supra* note 141, at pp. 295–410. השוני בין דיני הפגמים האנגליים לבין דיני הפגמים הישראליים ניכר בכל דיני הפגמים בכריתת חוזה. דוגמה נוספת, סוגיית העושק הישראלית, אינה לקוחה מהמשפט האנגלי אלא מהמשפט הגרמני, סעיף 138(2) ל-BGB הגרמני. ראו סיני דויטש "הוראת העושק בחוק החוזים" מחקרי משפט ב (תשמ"ב) 1, 13–16, 32–38.

168 כבר ציינתי שהמשפט הישראלי, בסעיף 14(ב) לחוק החוזים הכללי, מכיר בטעות שהצד האחר לא ידע ולא היה עליו לדעת על אודותיה. עילה זו התקבלה גם בפסיקה. ראו בג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469 (1987). המשפט האנגלי אינו מכיר בטעות "סובייקטיבית". ראו, גר טדסקי "טעות סובייקטיבית ושינוי הדין (ע"א 523/77 ברקוביץ נ' נוימן, פ"ד לב (2) 522)" מחקרי משפט א (תש"מ) 58. בסעיף 15 לחוק מכיר המשפט הישראלי בהטעיה במחדל. סוג זה של הטעיה מוכר רק בצורה מצומצמת במשפט האנגלי, והוא הדין בנושאים שונים בעילות הכפייה והעושק.

169 דוגמה טובה לכך היא השאלה בדבר מקומה של "השפעה בלתי הוגנת" כחלק מעילת העושק. עילה זו היא עילה חשובה במשפט האנגלי, אך קשה להכיר בה במסגרת סעיף 18 לחוק החוזים הכללי, אף שלכאורה סעיף 18 רחב בהרבה מהדין האנגלי שקדם לו. ראו דיון בסוגיה זו אצל דויטש, לעיל הערה 167, בע' 13–16. ראו דיון בנושא השפעה בלתי הוגנת בדין האנגלי בתוך: Furmston, *supra* note 141, at pp. 317–320. הדין האנגלי היה חלק מהמשפט הישראלי. ראו לדוגמה ע"א 413/79 ישראל אדלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור, פ"ד לד(4) 29, 39–40 (1980), וראו מרדכי א' רבילו "על מתנה ועושק" מחקרי משפט י (תשנ"ג) 183; גר טדסקי "על השפעה בלתי-הוגנת בדין-החוזים הישראלי" משפטים כא (תשנ"ב) 517. וראו באופן כללי שלו, לעיל הערה 13, בע' 341–352; פרידמן וכהן כרך ב תשנ"ג, לעיל הערה 13, בע' 969–1006. יש לקוות כי לכשיכנס הקודקס האזרחי המוצע לתוקפו, ימצא פתרון מסוים לבעיה זו. סעיף 116(ב) לתזכיר חוק דיני ממונות מכיר בחזקת עושק הדומה להשפעה הבלתי הוגנת במשפט האנגלי. ימים יגידו אם ההוראה תתקבל, ומה יעשה בה בית המשפט.

חוזר נקט בית המשפט העליון גישה של ריסון עצמי, של התערבות מועטה ושל מתן תוקף לחוזה כפי שנכרת. כמה פסקי דין ידגימו גישה זו.

פסק הדין בעניין ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי¹⁷⁰ הוא פסק דין חשוב בנושא ההטעיה החוזית. פסק דין זה מאזכר לעתים קרובות בפסיקה¹⁷¹ כדוגמה לחובות הגילוי בשלב הטרום חוזי ולכלל שהפרת חובת הגילוי היא הפרה של החובה לנהל משא ומתן בתום לב, המזכה את הצד שהוטעה עקב אי הגילוי בזכות לבטל את החוזה. אולם עיון בפסק הדין בעניין ספקטור מלמד כי עמדה זו הייתה דעת המיעוט של השופט אשר, ואילו הרוב (הנשיא לנדוי והשופט י' כהן) סבר כי מאחר שעוסקים "בחווה מסחרי רגיל, אל לו לבית המשפט לקבוע רמת מוסריות גבוהה מדי למשא ומתן בעסקות כגון אלה, שמא נפגע ביציבות חיי המסחר, וביציבותיו של אדם אשר חתם על חוזה"¹⁷². נימוקים אלו מקדמים את התכליות של הבטחת ציפיות הצדדים והסתמכותם על החוזה. יש בהם התחשבות רבה בשמירת היציבות של חיי המסחר – שיקולים המקדמים את הביטחון והוודאות החוזית.

בסדרה של פסקי דין¹⁷³ מנחים בסוגיות הטעות וההטעיה נדחתה הטענה בדבר פגמים בכריתת חוזה, ובית המשפט קבע שלא הייתה הצדקה לביטול החוזה בעילה של טעות או של הטעיה. אין פירוש הדבר שפסקי הדין שגויים מבחינת התוצאה שלהם.

170 פ"ד לב(1) 231 (1977) (להלן: עניין ספקטור).

171 ראו לדוגמה, ע"א 5332/03 רמות ארזים חברה לבנין ולהשקעות בע"מ, פ"ד נט(1) 931 (2004), פסקה 4 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו לדוגמה גם ע"א 578/88 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נצר, פ"ד מג(3) 828 (1989), פסקה 19 לפסק דינו של השופט לרין שבו הסתמכות על עניין ספקטור בדבר החובה שלא להסתיר מידע חיוני במהלך המשא ומתן.

172 עניין ספקטור, לעיל הערה 170, בע' 244. מן הראוי לציין כי אחד השיקולים שבגינם דעת הרוב לא קיבלה את דעתו של השופט אשר היה העובדה שהקונה המסחרי היה יכול לברר את פרטי הטעות בעצמו וכי חובת הגילוי חלה בעיקר על פרטים מהותיים שהצד האחר אינו יכול להשיגם בעצמו.

173 להלן כמה פסקי דין מנחים בסוגיות אלו: (1) בע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד מח(2) 513 (1994) (להלן: עניין ארואסטי) נפסק כי אין לראות בויתור על הערת הזהרה משום טעות בדין. התוצאה הייתה שהנכס חזר לבעליו והרוכשים נותרו בלא כספם ובלא דירה; (2) בע"א 544/78 בניני מ.י. גינדי הנדסה ופיתוח בע"מ נ' אפללו, פ"ד לג(2) 9 (1979) (להלן: עניין בניני גינדי) נקבע כי אין לראות הטעיה בשינוי תנאי זיכרון הדברים על ידי עורך הדין של שני הצדדים כאשר עורך הדין היה "במקרה" אחיהם של בעלי חברת גינדי. השינוי הביא לידי כך שהמוכר קיבל רק שני שלישי ממחיר הדירה שמכר לחברת גינדי. בית המשפט ראה בכך "רק" טעות בכדאיות העסקה; (3) בעניין נחמני, לעיל הערה 118, נפסק שמוכר שלא בדק את שיעור המשכנתה שלו, לא יוכל לטעון לטעות, כיון שזו טעות בכדאיות העסקה בלבד; (4) בע"א 338/85 שפיגלמן נ' צ'פניק, פ"ד מא(4) 421 (1987) נקבע כי שותף למוסך לא יוכל לטעון לטעות, כאשר שותפו קנה חלק מהמוסך שהופקע, שכן יש גבול לאפוטרופסות של בית המשפט לאנשי עסקים; (5) בעניין שלזינגר, לעיל הערה 75, קבע בית המשפט ברוב דעות כי חולה סרטן שביטל פוליסת ביטוח אינו יכול לטעון כי הביטול היה בטעות שכן המבוטח קיבל סיכון זה על עצמו.

לדעתי, ברובם התוצאה ראויה, ובמיעוטם שגויה,¹⁷⁴ אך על דבר אחד לא ניתן לחלוק. פסקי הדין המנחים בסוגיות הטעות וההטעיה הם פסקי דין פורמליסטיים, שמרניים ומרוסנים שאין להם ולא כלום עם המגמה של אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים. ברובם העדיף בית המשפט לתת תוקף לחוזה כפי שנכרת, ולא לקבל טענות בדבר פגמים בכריתת החוזה. ברור כי זו גישה של פסיביות משפטית מתוך ריסון עצמי. מכאן ניתן להסיק שיש תחומים שבהם העדיף בית המשפט שלא להתערב ולא לנקוט אקטיביזם משפטי. ספק אם גישה זו הביאה לידי תוצאות ראויות והיא מנוגדת לשינויים שנעשו בחקיקה, שמטרתם הייתה לכאורה להרחיב את האפשרות לבטל חוזים בשל פגמים בכריתה.

ייתכן שגישת בית המשפט לפגמים בכריתת חוזה הייתה שמרנית יותר מגישתו לתחומים אחרים של דיני החוזים, בשל הכלל הגדול בדבר החשיבות במתן תוקף לחוזים. חלק גדול מהגישה האקטיביסטית של בית המשפט העליון בדיני חוזים נועד להרחיב את גבולות דיני החוזים הן בשלבי הכריתה והן בשלבי התרופות.¹⁷⁵ הכרה רחבה יותר בפגמים בכריתת חוזה נוגדת את המגמה של בית המשפט להרחיב את דיני החוזים, וגישה עקרונית זו משפיעה על פרשנות הוראות החוק יותר מנוסח החוק או לשונו.

בסוגיית העושה בולטת מגמה זו אפילו יותר. נדירים המקרים שבהם התקבלה טענת עושה. ע"א 4839/92 גנז נ' כץ¹⁷⁶ ידגים היטב את הגישה הרווחת בבית המשפט העליון בסוגיית העושה ואת רתיעתו של בית המשפט מפני קבלת טענה זו. בשל חשיבות הנושא יובאו עובדותיו של עניין גנז בקצרה. רווק חרדי מבוגר, שריד יחיד

174 מתוך חמשת פסקי הדין שאוזכרו לעיל בהערה 173 מעורר עניין בניני גינדי את התמיהות הרבות ביותר. עיון בפסק הדין מלמד כי גם שופטי בית המשפט העליון בפסק הדין לא היו מרוצים מהתוצאה שאלה הגיעו, אך התוצאה נשארה כפי שהיא. גם עניין ארואסטי מציג שאלה לא פשוטה שכן בינתיים שונתה ההלכה בעניין תוקפה של הערת הזהרה, כל שכן שהתוצאה של פסק הדין הייתה קשה למדי. ההלכה בעניין ארואסטי אושרה באחרונה ברע"א 8925/04 סולל בונה נ' עזבון המנוח אחמד אלחמיד ז"ל, פדאו"ר 2006 (5) 20 (2005) (להלן: עניין סולל בונה) בהרכב של שבעה שופטים. פסק הדין בעניין סולל בונה עסק בתחולה הרטרופקטיבית של הלכת "השנים האבודות" ובשאלה אם ניתן להעלות טענת טעות כלפי הסכם פשרה שסוכם זמן קצר לפני שהשתנתה ההלכה בנושא זה. כל השופטים קבעו שאין מקום לטענת "טעות" בנסיבות במקרה. בפסק הדין בעניין שלזינגר, לעיל הערה 75, הייתה לפחות דעת מיעוט שסברה שיש לפצות ולו באופן חלקי את משפחת הנפטר, התוצאה השמרנית אינה כה משכנעת. בשני המקרים האחרים התוצאה נראית ראויה. פסקי דין אלו מעלים שאלה: האם הפרשנות שבית המשפט נותן לסוגיית הטעות וההטעיה אינה צרה מדי?

175 ראו בעניין זה את מאמרה של רנר, לעיל הערה 86, הקושרת חלק ניכר מפסיקת בית המשפט העליון בדיני חוזים למגמה של הרחבת החבות החוזית הן בשלבי הכניסה והן בשלבי היציאה. לדעתי, מגמה זו משתלבת היטב במהות של אקטיביזם שיפוטי, יותר חוזים, יותר דיני חוזים, יותר שיקול דעת לבית המשפט. האפשרות לביטול חוזים על ידי צד להתקשרות יש בה צמצום של דיני החוזים, ובמילים אחרות פחות יכולת התערבות ופחות שיקול דעת.

176 פ"ד מח(4) 749 (1994) (להלן: עניין גנז).

של משפחת ניצולי שואה, התקשה להתחתן ואף היה בטיפול פסיכיאטרי. שדכן חרדי שהייתה לו השפעה על הרווק שיכנע אותו לחתום לו על התחייבויות שונות לתשלום בגין שידוך שישיג לו. במכתב אחד החיוב היה בסך 100,000 דולר ובמכתב אחר אף בסך של 200,000 דולר. דמי השידוך המקובלים בעדה החרדית הם כאלף דולר בלבד. החתן התקשה לשלם סכומים אלו והשיג ממשפחתו סך של 20,000 דולר כתשלום דמי השידוך. לאחר החתונה הגיש השדכן תביעה בגין 180,000 הדולר הנותרים. בשל הפער בין המחיר המקובל למחיר שהובטח, ברור שבנסיבות אלו היה ניצול מצבו של המשוך וכן ניצול של השפעה בלתי הוגנת על הרווק המבוגר. טענת העושה וטענות אחרות נדחו על ידי בית המשפט. החתן חויב לשלם סכומי עתק לשדכן. הסכום המלא כמובן לא שולם בסופו של דבר.¹⁷⁷ הגישה שיישם בית המשפט העליון במקרה זה ובמקרים דומים רבים¹⁷⁸ הייתה של חוסר מעורבות, ריסון עצמי ומתן תוקף לחוזה כפי שהוא. שיקולים של הגינות, צדק וסבירות מילאו כאן תפקיד שולי לחלוטין. הדבר

177 עניין גז הוכרע בבית המשפט העליון בשנת 1994, אולם לאחריו היו כמה הליכים שיפוטיים נוספים שבהם משום מה צוין שם משפחתו של השדכן כגנץ ולא גז. לעניינו נסתפק בציון שני הליכים, ה"פ (ירושלים) 416/97 כ"ג נ' גנץ, תקדין מחוזי 198(1) 1240 (1998), שם נפסק כי למרות פסיקת בית המשפט העליון ישלם מר גנץ למר כ"ג 30,000 דולר בלבד, וזאת בשל הליך נוסף שנפסק בבית הדין הרבני. המשך ההליכים מתואר בהרחבה בפסק הדין המחוזי שאישר, בסופו של דבר את הליך הבוררות שהתקיים לאחר פסק הדין של בית המשפט העליון. אם בכך לא די הרי ברע"א 1442/98 כ"ג נ' גנץ, תקדין עליון 98 (3) 138 (1998) אישר גם בית המשפט העליון תוצאה זו, אף שהיא מנוגדת לפסיקה קודמת של בית המשפט העליון עצמו באותו עניין ובין אותם צדדים. כדי לשפוך אור על מקרה זה, ראוי להוסיף כמה פרטים. בעקבות פסק הדין שחייב את החתן לשלם סכומי עתק הוא הפסיק לעבוד לחלוטין מכיוון שלא היה ביכולתו לשלם סכומים כאלו. קשה להצדיק במקרה זה את הגישה של "חתמת – הסכמת". דעת המיעוט בפסק הדין בבית המשפט העליון הציעה תשלום של 30,000 דולר נוספים, שגם הם סכום עצום עבור שידוך, אך שאותו היה ניתן להשיג מהמשפחה. היה צורך בהתדיינות במשך עוד ארבע שנים בבתי דין רבנים, בבית משפט מחוזי ובבית משפט עליון כדי להגיע לפשרה שהוצעה בבית המשפט העליון מלכתחילה.

178 לדוגמה, בע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נז(6) 769 (2003) נידונה השאלה של הסדרי אשראי בין לקוח שנקלע לקשיים כספיים לבין הבנק. נטען שהייתה התניית שירות בשירות וכן שכתב הוויתור של הלקוח לבנק יש בו משום כפייה כלכלית וכן פגיעה בהוראות חוק הבנקאות (שירות ללקוח). טענות אלו התקבלו בבית המשפט המחוזי אך נדחו בבית המשפט העליון. העיקרון שנקבע שם בפסקה 17, תוך ציטוט פסקי דין רבים, היה שרק כפייה ולחץ שיש בהם פסול מוסרי-חברתי או לחצים כבדים החותרים תחת הרצון ישמשו בסיס לביטול חוזה בשל כפייה. אך לאחר בחינת העובדות והנסיבות (בפסקאות 18, 90, 20, 21) קיבל בית המשפט את טענות הבנק ודחה את ערעור החברה. ראו גם ע"א 7539/98 לוטם רהיטים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נג(1) 721 (1999); ע"א 1912/93 שחם נ' מנס, פ"ד נב(1) 119 (1998). בשניהם נקבע שלא בנקל עשוי בית המשפט להכיר בכפייה כלכלית כעילה לביטול חוזה. אמנם ברמה הדקלרטיבית ציין בית המשפט שבמקרים מתאימים ראוי לבחון את תוקפו של חוזה לא רק באמצעות מבחן סובייקטיבי אלא גם באמצעות מבחן אובייקטיבי, של סבירות תנאיו של החוזה. יש אפוא פער ניכר בין הרטוריקה של בית המשפט לבין הפסיקה הלכה למעשה.

דורש הסבר. הפער בין דמי שדכנות מקובלים לבין מה שהובטח במקרה זה הוא עצום. האם פער זה אינו מצדיק בנסיבות המקרה, כאשר צד אחד תלוי בצד האחר, כאשר אותו צד נמצא במצוקה, בבעיות נפשיות קשות ועוד, טענה של עושה? אלו המקרים שבהם היינו מצפים מבית המשפט להתערב, אך זה לא מה שקרה.

פסקי דין אלו מצביעים על כך שהסיכויים להצליח בבית משפט בטענות של טעות, הטעיה או עושה קטנים למדי. איני טוען שפסקי הדין שניתנו הם בהכרח שגויים, אך ברור שהם מציגים גישה פסיבית, פורמליסטית ושמרנית למדי. תפקידו של בית המשפט בסוגיות אלו מצומצם מאוד וזאת על פי החלטת בתי המשפט עצמם. פסקי דין אלו גם מצביעים על הפער הניכר בין הרטוריקה הליברלית לבין היישום של רטוריקה זו בתחום של פגמים בכריתת חוזה.

אפשר להסביר את נטייתו של בית המשפט העליון לריסון עצמי בסוגיות של פגמים בכריתת חוזה בנטיית בית המשפט העליון להרחיב את האחריות החוזית. הנושא נידון בהרחבה בספרו של מנחם מאוטנר על ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי¹⁷⁹ הן בהקשר של המשפט הציבורי¹⁸⁰ והן בהקשר של דיני החוזים.¹⁸¹ פרופ' מאוטנר רואה בהרחבת האחריות החוזית משום עליית מדרגה בהשפעת הערכים וירידה בדרישות הפורמליות. לדעתו, יש קשר בין גישה זו לבין האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון,¹⁸² שכן התופעה של ההתחזקות הגישה הלא פורמליסטית פירושה שבית המשפט משמיע את דעותיו יותר בעניין ערכים ובלשונו: "בית המשפט הוא איפוא, אקטיביסטי מבחינה זאת, שהוא מרחיב את היקף חלותן של נורמות המשפט ואת היקף הפיקוח שמפעילה המערכת השיפוטית".¹⁸³ הסבר זה אין בו כדי לענות על השאלה, מדוע בית המשפט נטה שלא להרחיב את התערבותו בסוגיות של פגמים בכריתת ובסוגיות דומות לכך. דומני שההגדרה שהוצגה בפרק הראשון לאקטיביזם השיפוטי תוכל לספק הסבר מסוים לנושא זה. כידוע הבאנו את דעתו של פרידמן כי אקטיביזם שיפוטי¹⁸⁴ הוא מגמה שיפוטית המרחיבה את סמכויות בתי המשפט ואת התחומים שבהם ניתן לבתי המשפט להפעיל שיקול דעת שיפוטי. ניתן לראות בהרחבת דיני החוזים באמצעות מתן הקלות בכניסה לחוזה,¹⁸⁵ ובאמצעות הקשחה ביציאה

179 ראו מנחם מאוטנר, לעיל הערה 94, בע' 101–117.

180 שם, בע' 101–105.

181 שם, בע' 105–106 ובהערות 24–38. בדבריו הוא מתייחס בקצרה לסוגיות של תום לב במשא ומתן, ריכוך דרישות הצורה, ריכוך הדרישה לגמירת דעת ומסוימות והרחבת היקף החבות החוזית הכוללת גם חבות בגין עשיית עושה ולא במשפט. ניתן לראות בדבריו בסיס למאמרה של רנר, לעיל הערה 86.

182 מנחם מאוטנר, שם, בע' 108.

183 שם, שם.

184 ראו פרידמן, לעיל הערה 13, בע' 6.

185 זאת באמצעות הרחבת כלל תום הלב, צמצום דרישות הצורה והמסוימות. ראו רנר, לעיל הערה 86, בע' 34.

מתחום החבות החוזית,¹⁸⁶ סוג של אקטיביזם שיפוטי. נמצא אפוא כי הרחבת דיני החוזים מגבירה את האקטיביזם השיפוטי.

לעומת זאת, הכרה בדוקטרינות כגון פגמים בכריתת חוזה או סיכול שיידון להלן מצמצמת את שיקול הדעת השיפוטי, שכן דוקטרינות כגון סיכול או טעות מוציאות את הצדדים מתחומי האחריות החוזית,¹⁸⁷ וממילא מצמצמות את מרחב שיקול הדעת של בית המשפט. לא היה קושי לבית המשפט להכיר בדוקטרינות חדשות המצמצמות את האפשרות לבטל חוזה בגין טעות,¹⁸⁸ אך לא הייתה נכונות להכיר בפגמים בכריתת חוזה, שכן יש בהם משום צמצום של דיני החוזים. הגישה האקטיביסטית בדיני חוזים נועדה, בין השאר, להרחיב את דיני החוזים ולא לצמצמם. לדעתי, יש מקום לספק אם תוצאה זו היא ראויה, שכן דווקא במקרה של פגמים בכריתת חוזה, היה מקום לתת משקל גדול יותר לשיקולים של צדק, הגינות וסבירות.

(ב) פסיקה פסיבית בנושא הסיכול

סעיף 18 לחוק החוזים תרופות משחרר את הצדדים לחוזה מאכיפה או פיצויים כאשר החוזה סוכל בנסיבות שלא היה ביכולתם לצפותן מראש. בסדרה ארוכה של פסקי דין נדחתה טענת הסיכול בישראל.¹⁸⁹ בעקבות פסיקה פסיבית זו נהפך סעיף 18 לחוק

186 שם, שם.

187 שם, בהערת שוליים 3. היא מפנה לספרו של: Grant Gilmore *The Death of Contract, supra*: note 39 הרואה בדוקטרינות צרות של סיכול וטעות דיני יציאה קשים, היינו שהכרה צרה בדיני הסיכול והטעות יש גם בה כדי להביא לידי הרחבת דיני החוזים. ראו בהרחבה שם. וראו נילי כהן "סטטוס וחוזת הפרת חוזה" הפרקליט לט (תש"ן) 304, 305–308 התומכת בגישה זו. ההכרה ב"תורת הסיכונים", שהיא חידוש מבית מדרשו של בית המשפט העליון, נועדה לצמצם עוד יותר את האפשרות לטעון שהייתה טעות בהתקשרות ויש בכך הרחבה נוספת של האחריות החוזית.

189 יש לא מעט פסיקה בסוגיה. לענייננו אסתפק בכמה דוגמאות: ע"א 421/74 שגן נ' מדר, פ"ד כט(1) 445 (1974) (פגעי טבע אינם סיכול שכן יש לצפות שהם יקרו); ע"א 101/74 חירם לנדאו עבודות עפר נ' פיתוח מקורות מים, פ"ד ל(3) 661 (1976) (גירוש ישראלים מאוגדנה אינו סיכול, שכן זו מדינה שנשלטה בזמנו על ידי משטר דיקטטורי חשון); ע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ, פ"ד לג(3) 639 (1979) (מלחמת יום כיפור אינה סיכול שכן יש לצפות למלחמות במזרח התיכון); ע"א 195/84 עיריית נהריה נ' ימין, פ"ד מ(3) 266 (1986) (שם הגדירו את טענת הסיכול כ"חסרת שחר" – פסקה 13 לפסק דינו של השופט דב לוין); ע"א 719/89 מחצבות חיפה בע"מ נ' חנירון, פ"ד מו(3) 305 (אם ניתן לראות בשינויים אינפלציוניים סיכול); ע"א 4481/90 ישראל אהרן נ' פרץ בן-גיאת חברה להנדסה, פ"ד מז(3) 427, 437 (1993) (צד שקיבל עליו סיכונים לא יוכל לטעון לסיכול). וראו גם בג"ץ 4157/98 "צוות" אגודת גימלאי שירות הקבע בצה"ל נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 769 (2004). בפסקה 31 לפסק דינו של השופט חשין הובאו כמה אסמכתאות מדוע יש לפרש את הוראת הסיכול בסעיף 18 לחוק התרופות בצמצום, בין השאר, תוך הסתמכות על "תורת הסיכונים". ראוי להעיר כי תורה זו היא חידוש של בית המשפט העליון שנועד לצמצם עוד יותר את האפשרות לטעון שהיו פגמים בכריתת החוזה. ראו לעיל הערה 75 וטקסט נלווה.

התרופות לאות מתה שכן "אין בנמצא אפילו פסק דין אחד של בית המשפט העליון שבו ניתן למפר פטור מחמת סיכול".¹⁹⁰ פסקי דין אלו מצביעים על פרשנות דווקנית להוראות חוק בסוגיה חשובה למדי. נקודת המוצא שלהם שמרנית ביותר. מי שחתם על חוזה חייב לקיימו, יהיה אשר יהיה. ודאי אין בפסיקה זו משום גישה אקטיביסטית של בתי המשפט בישראל.

בשנים האחרונות העלה בית המשפט¹⁹¹ את השאלה, אם יש הצדקה לפרשנות כה מצמצמת לעילת הסיכול. אף שמשמעת מפסיקת השנים האחרונות גישה מרחיבה יותר, בפועל לא הייתה הכרעה ברורה בנושא. אחד השינויים המוצעים בתזכיר חוק דיני ממונות הוא פרק שלם בסוגיית הסיכול.¹⁹² לדעת מנסחי הצעת הקודקס, הסוגיה נראית חשובה מספיק כדי להסדירה במפורט. מכל מקום, במצב המשפטי הקיים הוראת הסיכול בחוק החוזים תרופות פורשה בצמצום מתוך חוסר רצון של בית המשפט להתערב בחוזה במקרים מסוג זה. פרשנות זו מצביעה על פסיביות ולא על אקטיביזם שיפוטי כפי שהסברתי לעיל.

(ג) טענת "לא נעשה דבר" – *non-est-factum*

במשפט האנגלי היה ניתן להשתחרר מחוזה במקרים קיצוניים בטענה שצד לחוזה לא הביין במה מדובר או בטענה שההסכמה ניתנה בעקבות השפעה בלתי הוגנת. הלכות אלו היו לחלק מהמשפט הישראלי. לדוגמה בע"א 413/79 ישראל אדלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור¹⁹³ פסל בית המשפט עסקת מכירה של מגרש במחיר לא סביר על ידי ישיש שהיה על ערש דווי, בעילה של חוסר הבנה – "לא נעשה דבר" – ושל "השפעה בלתי הוגנת", הכול לפי הדין האנגלי שנהג אז בישראל. מקומם של כללים אלו במשפט הישראלי כיום אינו ברור וגישת בתי המשפט לטענות אלו מסויגת. לדוגמה, בע"א 1548/96 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לופו¹⁹⁴ ציטטה השופטת דורנר את השופט זוסמן:

"בדרך-כלל דין הוא, שאדם החותם על מסמך בלא לדעת תכנו, לא ישמע בטענה שלא קרא את המסמך ולא ידע על מה חתם וכמה התחייב. חזקה עליו שחתם לאות הסכמתו, יהא תוכן המסמך אשר יהא."¹⁹⁵

190 ראו שלו, לעיל הערה 119, בע' 503.

191 ראו ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506 (2000) (השופט אנגלרד); ע"א 5628/99 מרקין נ' משה פ"ד נז(1) 14 (2002) (בסופו של דבר, הוחלט שבנסיבות העניין הפקעת חלק מחלקת המקרקעין לא היוותה סיכול). וראו גם ת"א (י"ם) 3531/01 בן אבו חברה לבנין נ' מדינת ישראל, תק-מח 2002(2) 20053 (2002), שם התקבלה טענת הסיכול.

192 ראו תזכיר חוק דיני ממונות, לעיל הערה 40 סעיפים 131–137. לנושא יחד הפרק השישי בחלק המשנה שיוחד לדיני חוזים. יש כאן עליית מדרגה מסעיף מוזנח לפרק שלם בחוק מוצע.

193 לעיל הערה 169.

194 פ"ד נד(2) 559 (1997) (להלן: עניין לופו).

195 שם, בע' 570.

פסק הדין בעניין לופו צוטט בהסכמה בעשרות פסקי דין.¹⁹⁶ שתי הדוקטרינות של המשפט האנגלי "לא נעשה דבר" ו"השפעה בלתי הוגנת", שהיו לחלק מהמשפט הישראלי לפני חקיקת חוק החוזים הכללי, לא נקלטו בחוק החוזים הכללי, וגם לא נהפכו לחלק מהמשפט הישראלי בדרך של חקיקה שיפוטית ופרשנות אקטיבית של בית המשפט העליון.¹⁹⁷

גם בסוגיות אלו, בדומה לסוגיות שהוזכרו בחלקים קודמים של פרק זה, גישת בית המשפט הייתה פורמלית ולא אקטיביסטית. אני מקווה כי הנושא של "השפעה בלתי הוגנת" יורחב בעתיד במשפט הישראלי לכשייקלט הקודקס האזרחי המוצע.¹⁹⁸ מכל מקום, הפסיקה לא מצאה לנכון לקלוט כללים אלו אל תוך המשפט הישראלי בדרך של חקיקה שיפוטית וזאת מהנימוקים שהוצגו לעיל.

סיכומו של דבר, גם בתחומים שבהם העדיף בית המשפט גישה פסיבית של ריסון עצמי תוך מתן תוקף לחוזה, היה בכך סוג של אקטיביזם שיפוטי, במובן של הרחבת החבות החוזית, ובאמצעותה הרחבת תחום שיקול הדעת של בית המשפט.

196 ראו לדוגמה ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (2004). המאמר הועבר לכתב העת בנובמבר 2006 מאז נתנו פסקי-דין סותרים בסוגיה זו בבית המשפט העליון. ראו ע"א 6296/05 כהן נ' עזבון המנוחה בקשי כתיב ז"ל (טרם פורסם) (5.8.07), שם כתב השופט אליקים רובינשטיין בפסקה ט שלא נעשה שימוש בעילה של "לא נעשה דבר" ובמקרים בהם עלתה הטענה היא נדחתה, כדוגמה הובא עניין לופו, לעיל הערה 194. יום לאחר מכן ב-6.8.07 קבע בית המשפט העליון בע"א 8163/05 הדר חברה לבטוח בע"מ נ' פלונית (טרם פורסם) (6.8.07) (להלן: עניין הדר חברה לבטוח) כי יש לאמץ את ההגנה של "לא נעשה דבר" בנסיבות המקרה בו המשיבה שחתמה על ההסכם היתה חולת נפש, אף שלא הוכרזה פסולת דין והיתה תחת כפיה של בעלה. (השופטת עדנה ארבל בפסקאות 27–36). נסיבות המקרה הן קשות וניתן גם לראות בו מקרה צרכני המצדיק הפעלת שיקולי צדק ויושר. מכל מקום, זה המקרה הראשון מזה שנים רבות בו נעשה שימוש בכלל של "non-est-factum". במובן זה מהווה עניין הדר חברה לבטוח דוגמה מובהקת לאקטיביזם שיפוטי, פסק-הדין ביטל חוזה משיקולי צדק ורחמים. למרות שהצד השני (חברת הביטוח) לא היה מודע למצבה של המשיבה ולא פעל בחוסר תום-לב או באי הגינות, החליט ביהמ"ש לבטל את ההתחייבות. וכפי שאמרו "מקרים קשים מובילים לדין רע".

197 אשר למיקומה של הלכת "ההשפעה הבלתי הוגנת" במשפט הישראלי לאחר חקיקת חוק החוזים הכללי, ראו לעיל הערה 169.

198 סעיף 116 (ב) לתזכיר חוק דיני ממונות דן בחוזה שנכרת עקב יחסי תלות בין הצדדים. על היחס בין ההוראה בקודקס המוצע לבין הכלל של השפעה בלתי הוגנת במשפט האנגלי, ראו שלו, לעיל הערה 13, בע' 352.

פרק ו – סיכום ביניים: אקטיביזם שיפוטי – מגמה מובילה בדיני החוזים בישראל

(א) האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים בישראל – רקע ותיאוריה

בחלק הראשון של המאמר הצגנו את התיאוריה ואת הפרקטיקה של האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים. תחילה נבדקה השאלה, מהו אקטיביזם שיפוטי בכלל ומהו אותו אקטיביזם בהקשר של דיני החוזים. מתוך ההגדרות הרבות נבחרו אמות המידה האלה: אקטיביזם שיפוטי הוא נכונות של בית המשפט לשנות את הדין הקיים, ליצור דין חדש, לשכלל אמצעים משפטיים חדשים, להפעיל שיקול דעת שיפוטי ולבטל דין קודם שלא איפשר שיקול דעת כה נרחב. די בעמידה בחלק ניכר מתנאים אלו כדי לראות בהחלטה שיפוטית החלטה אקטיבית.

אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים מתייחס לא רק לנכונות של בית המשפט להתערב בתוכן החוזה אלא גם לנכונות של בית המשפט לשנות את הדין הקיים, לסטות מתקדימים קיימים, לתת משקל קטן יותר ללשון החוזה וללשון חוקי החוזים, לעצב מחדש את דיני החוזים ולבצע חקיקה שיפוטית.

האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים אינו תופעה של העשור האחרון, אלא תופעה שהחלה בסוף שנות השבעים בשורה ארוכה של החלטות של בית המשפט העליון. התופעה גברה בעשור האחרון, אך אין זו תופעה חדשה, אלא העמקת הגישה הקיימת במשפט הישראלי זה שלושה עשורים.

השאלה המרכזית בחלק הראשון של המאמר אינה רק אם הפסיקה בדיני חוזים היא אקטיביסטית, אלא אם אקטיביזם זה הוא טוב או רע. אמות המידה לבחינת האקטיביזם השיפוטי מבחינה ערכית הן האם האקטיביזם המשפטי שנוקט הוא מועיל, יעיל ורצוי? האם האקטיביזם מקדם את התכליות והמטרות של דיני החוזים? כשם שלכל חוק יש תכלית ומטרה, כך גם לדיני החוזים יש תכליות ומטרות. תכליות אלה פורטו בסעיף הראשון של תזכיר חוק דיני ממונות. הקושי הוא שהתכליות המנויות עלולות לסתור זו את זו ולפיכך יש צורך במדרג של חשיבות במקרים של סתירה בין התכליות השונות.

ההצעה במאמר היא שמדרג התכליות של דיני החוזים יהיה בסדר הזה: (1) הגנה על ציפיות הצדדים והסתמכות ראויה של הצדדים על החוזה; (2) קידום ביטחון, ודאות ויעילות במשפט; (3) הבטחת צדק, הגינות וסבירות. מדרג זה מבוסס על כך שדיני החוזים הם חיובים רצוניים ולכן יש משקל חשוב לחופש החוזים. התכלית הראשונה בחשיבותה היא כיבוד רצונם המשותף של הצדדים; השנייה, קידום ביטחון, ודאות ויעילות במשפט ורק במקום השלישי השיקולים של צדק, הגינות וסבירות. מאחר ששיקולי הצדק הם במקום השלישי במדרג שהוצע, יש לתת לשיקולים אלו משקל כבד רק כאשר חוסר הצדק או הסבירות בולטים ביותר. מובן שמדרג זה

משתנה כאשר אין עוסקים בחוזים מסחריים אלא בחוזים צרכניים או בחוזים אחידים (והוא הדין בחוזים אחרים שבהם קיים חוסר שוויון כולט בין הצדדים). שם יש לתת משקל גדול יותר לשיקולי צדק, הגינות וסבירות. סיכומו של דבר, אקטיביזם שיפוטי שמקדם את תכליות דיני החוזים הוא אקטיביזם ראוי ואילו אקטיביזם הפוגע בתכליות דיני החוזים הוא אקטיביזם שיפוטי שאינו ראוי.

(ב) הפרקטיקה של האקטיביזם השיפוטי בישראל

ההגדרות של האקטיביזם השיפוטי ואמות המידה לבדיקת האקטיביזם מבחינה ערכית באות לידי ביטוי במובנן הפרקטי והקונקרטי בסוגיות שונות של דיני החוזים ובכך עוסקים רוב הפרקים של החלק הראשון של המאמר.

(1) דוגמאות לאקטיביזם שיפוטי ראוי בדיני חוזים

(א) חידוש הלכת השיערוך באכיפה בסוף שנות השבעים קידם בלא ספק את ההגינות והסבירות שבאכיפה. חידוש זה הגיוני ונדרש וגם קידם מטרות של ודאות ויעילות. מאז נקלט הוא נהפך לחלק אינטגרלי מדיני התרופות החוזיות, ועל כן גם בקודקס האזרחי המוצע בתזכיר חוק דיני ממונות הסתפקו בפרקטיקה השיפוטית בנושא ולא מצאו לנכון לתקן הוראה זו בחקיקה.

(ב) אכיפה בקירוב – עוד בסוף שנות השבעים החזיר בית המשפט את הלכת הביצוע בקירוב למשפט הישראלי באמצעות עקרון תום הלב. גם כאן החידוש מקדם לא רק את ההגינות ואת הסבירות, אלא גם את הוודאות והיעילות. הלכת הביצוע בקירוב הייתה לחלק מהמשפט הישראלי בתקופה שקדמה לחקיקת חוקי החוזים, וחידוש ההלכה רק המשיך את המסורת המשפטית הקיימת והידועה לציבור עורכי הדין.

(ג) אימוץ "תורת הסיכונים" כאמת מידה לדחיית טענה בדבר טעות הוא חידוש של הפסיקה הישראלית בשנות האלפיים. חידוש זה מחזק את תוקפו של החוזה ולפיכך מחזק את ציפיות הצדדים ואת הסתמכותם על ההסכם, שהם מהתכליות החשובות של דיני החוזים.

בשלוש הדוגמאות שצוינו לעיל הייתה פסיקה אקטיבית וחדשנית. התוצאות היו ראויות ולפיכך התקבלו בהסכמה בקרב הקהילייה המשפטית.

(2) דוגמאות לאקטיביזם שיפוטי מופרז בדיני חוזים

במקביל לפסיקה אקטיביסטית שהתקבלה בלא עוררין, קידם בית המשפט העליון סדר יום אקטיביסטי שנוי במחלוקת בנושאים מרכזיים אחרים של דיני החוזים, וחלקם אף עוררו התנגדות רבה בקרב הקהילייה המשפטית.

(א) דרישת תום הלב היא עיקרון מרכזי בשיטתנו המשפטית. יש צידוק לראות

- בשיקולי ההגינות והסבירות שביסוד עקרון תום הלב תכלית חשובה וראויה של דיני חוזים. עם זה, הכרה זו לא בהכרח מחייבת להפוך את עקרון תום הלב במשא ומתן לתחליף לדיני כריתת החוזה. עיקרון חשוב זה אינו מצדיק טשטוש בין שלבי המשא ומתן הטרומים חוזיים לחוזה שנכרת כדת וכדין. גישת בית המשפט העליון, לפיה הפרת חובת תום הלב בשלב המשא ומתן יכולה להביא לידי פסיקת פיצויים חיוביים ואף לידי מתן תרופת האכיפה, מנוגדת לא רק ללשון החוק (בנוגע לאכיפה) אלא גם לתכליות חשובות של דיני החוזים.
- (ב) היחס בין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני התרופות החוזיות הוא נושא שנוי במחלוקת. העמדה שהתקבלה בפסיקה בשנות השמונים הייתה שבנוסף לתרופות החוזיות ניתן לקבל סעדים מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט. זו גישה אקטיביסטית המגבירה את שיקול הדעת השיפוטי של בית המשפט, מטשטשת את דיני התרופות החוזיות ופוגעת בביטחון המשפטי. גם אם נניח שלעתים התוצאה עשויה להיות צודקת יותר, הרי האפשרות לתבוע גם מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט כאשר יש חוזה בין הצדדים פוגעת לא רק בוודאות ובביטחון אלא גם ביעילות המשפטית. בעקבות חידוש הלכה זה קיים חשש שבעקבות הפרת חוזה ידרשו הצדדים גם סעדים מכוח דיני עשיית עושר, דבר שיסבך את הדיון המשפטי, וזאת כאשר רק במקרים ספורים תושג תוצאה טובה יותר.
- (ג) פסיקת בתי המשפט, המצמצמת את דרישת המסוימות כבסיס לכריתת חוזה, מרחיבה את שער הכניסה לחבות חוזית גם במקרים של הסכם מוקדם שחסרים בו פרטים רבים והמעורר ספקות בעניין גמירת הדעת של הצדדים. בית המשפט נוטל לעצמו תפקיד חשוב יותר בהשלמת פרטי החוזה במקום להותיר זאת לרצונם החופשי של הצדדים.
- (ד) ביטול תורת שני השלבים בפרשנות חוזה למרות האמור בסעיף 25 (א) לחוק החוזים הכללי הוא מקרה ברור של אקטיביזם שיפוטי בידיני חוזים. סעיף בחוק ניתן לתקן, אך לא ניתן להתעלם ממנו כל עוד לא תוקן, והבעיה אינה רק בהתעלמות מלשון החוק. גם הכלל עצמו אינו כה בעייתי. הקושי הוא ברוח הפרשנות התכליתית ובדרך יישומה הלכה ולמעשה. הלכה זו עלולה לפגוע בחשיבות נוסח הטקסט שכתבו הצדדים לחוזה. גישה המצמצמת את משקלו של נוסח החוזה, מעבירה את שיקול הדעת מהצדדים לבית המשפט, ומערערת את הביטחון והוודאות בידיני חוזים. התוצאות המושגות לא בהכרח צודקות יותר, ובפסקי הדין המובילים בסוגיה, פסקו בסופו של דבר לטובת המדינה, מנסחת החוזים.
- (ה) השימוש בתקנת הציבור כעיקרון המאפשר ביטול תנאים כלכליים בחוזה הוא חידוש ישראלי של הפסיקה. עוד בשנות השישים עוצב חידוש זה בעניין תניות פטור מאחריות לנזקי גוף בחוזים אחידים. השימוש בעקרון תקנת הציבור נהפך

לאמצעי רב עוצמה משאומצה הגישה של תחולה עקיפה של המשפט הציבורי על המשפט הפרטי באמצעות העיקרון של תקנת הציבור. ההתערבות במקרים אלו בתוכן החוזה ברורה. ההצדקה לכך לא תמיד מוכחת. התערבות כללית מכוח עיקרון זה פוגעת בביטחון החוזי, בהסתמכות הצדדים על החוזה, ביציבות המשפטית, בחופש החוזים, כאשר מצד אחר קידום הצדק לא תמיד ברור.

בכל הסוגיות האלו האקטיביזם השיפוטי פוגע ברוב תכליות ומטרות דיני החוזים. המטרה היחידה שמקודמת היא הבטחת צדק, הגינות וסבירות בחוזים. זו מטרה חשובה אך אינה בלעדית, וגם לא ברורה אם היא הושגה ברוב המקרים.

(3) דוגמאות לפסיביות משפטית בדיני חוזים – סוג חדש של אקטיביזם
 (א) בפרק האחרון של חלק זה הוצגו כמה סוגיות שבהן פסיקת בית המשפט הייתה פסיבית ושמרנית. המשותף לסוגיות שהוצגו הוא שמדובר בעילות המביאות לידי ביטול החוזה, בין בשל פגמים בכריתת החוזה ובין בשל אירוע מסכל או בשל הטענה ש"לא נעשה דבר". הפסיקה השמרנית במקרים אלו אינה נוגדת את לשון החוק, אך סותרת לדעתי את "רוחו". חוקי החוזים הכלליים התכוונו להרחיב את סמכות בית המשפט בנושאים אלו והפסיקה הפסיבית וחוסר המעורבות של בית המשפט הביאו לידי פסיקה שמרנית אף יותר מזו שהייתה במשפט הישראלי בתקופה שקדמה לחקיקת חוקי החוזים. האם מדובר כאן בריסון עצמי או שגם כאן זה סוג של אקטיביזם שיפוטי?

(ב) פרק זה מצביע לכאורה על כך שיש סוגיות בדיני חוזים שבהן היה בית המשפט פסיבי. מדוע דווקא בסוגיות אלו? – נראה לי, כי בית המשפט העדיף במקרים אלו גישה פסיבית כדי לתת משקל למגמה אחרת שלו והיא הרחבת החבות החוזית באמצעות הקלת הכניסה לחוזה, הקשחת היציאה ממנו ואי הכרה בפגמים בכריתת חוזה. הרחבת החבות החוזית מרחיבה את שיקול דעת בית המשפט, וגם בכך ניתן לראות סוג מסוים של אקטיביזם שיפוטי.

(ג) בדיקת הסוגיות של הפסיביות השיפוטית בדיני חוזים מלמדת כי גם פסיביות אינה מתכון בטוח לתוצאה ראויה. גם במקרים שבית המשפט נוקט בהם גישה של מעורבות מצומצמת יש לבחון אם גישה זו מקדמת את התכליות והמטרות של דיני החוזים. בסוגיות של פגמים בכריתת חוזה נותרת שאלה זו ב"צריך עיון".

(4) המסקנות הכלליות של החלק הראשון

(א) תופעת האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים היא תופעה רווחת.

(ב) במקרים רבים אקטיביזם זה אינו מקדם את מטרות דיני החוזים ולכן יש לבחון מחדש כללים אקטיביסטיים אלו.

(ג) הקושי העיקרי באקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים הוא הפגיעה בוודאות המשפטית ובביטחון החוזי וכן הפגיעה בהסתמכות הצדדים על החוזה ובציפיותיהם

- הסבירות. בדיקת התוצאות שאליהן הגיעו בעקבות האקטיביזם השיפוטי מעלה ספקות אם הפגיעה ברוב התכליות של דיני החוזים הייתה מוצדקת, שכן לא ברור אם התוצאות היו צודקות והוגנות יותר.
- (ד) האקטיביזם השיפוטי בידיני חוזים אינו תופעה חדשה. תחילתו בשנות השבעים והשמונים והוא קיבל תאוצה בעשור האחרון.
- (ה) האקטיביזם השיפוטי מרחיב את החבות החוזית הן בשלבי כריתת החוזה והן בצמצום האפשרות לצאת ממנו. אפילו את הפסיקה הפסיבית המצמצמת את האפשרות לבטל חוזה בשל פגמים בכריתתו ניתן לראות כסוג של אקטיביזם שיפוטי.
- (ו) לאור המסקנות בדבר האקטיביזם השיפוטי הנרחב בידיני חוזים זה עשרות שנים עולה השאלה, מדוע הייתה תמיכה רחבה בתופעה זו בשנות השמונים והתשעים ואילו בשנות האלפיים יש עליה ביקורת רבה. בשאלה זו ידון חלקו השני של המאמר.

חלק שני: אקטיביזם שיפוטי בידיני חוזים בישראל תמיכה, ביקורת והצעה לשיפור

בחלקו הראשון של המאמר התמקדתי בבדיקת האקטיביזם השיפוטי בפסיקת בית המשפט העליון בתחום דיני החוזים. החלק השני יעסוק בביקורת על הכתיבה האקדמית בנושא. הביקורת האקדמית על הפסיקה חשובה, שכן לספרים ולמאמרים המשפטיים יש השפעה. לדעתי, השפעתם של ספרי משפט ושל ספרות המאמרים על התפתחות המשפט בישראל אינה פחותה מהשפעתו של פסק דין יחיד זה או אחר או מתיקון כלשהו בחוק. אמנם לספרות המשפטית אין תוקף מחייב, אך במקרים רבים היא הבסיס לפרשנות החוק ולחידושי הלכה. בשל הערכת השפעתה של הספרות המשפטית כתבתי בעבר כמה ביקורות ספרים מקיפות.¹⁹⁹ בעולם מגמה זו מוכרת זה זמן מה.²⁰⁰ חשוב לציין שכתביהם של מלומדי משפט משפיעים על "משפט לעורכי דין" כמו דיני החוזים לא פחות מגורמי ממשל. אמנם חברי הכנסת הם שמאשרים את החוקים, אך מעורבותם בנושאים משפטיים מקצועיים מוגבלת למדי. החוקים מנוסחים על

199 בישראל יש מעט מאמרי ביקורת על ספרים ועוד פחות על מאמרים. כשלעצמי סברתי שיש חשיבות לכך ולכן פירסמתי ארבעה מאמרי ביקורת על ספרים. לענייננו אציין שניים: סיני דויטש "חוק המכר – קווים לפירושו והרהורים על יחסי מוכר-צרכן" משפטים יט (תש"ן) 493 (מאמר ביקורת על ספרו של פרופ' איל זמיר על חוק המכר); וראו גם דויטש, לעיל הערה 56.

200 במיוחד פורסם הנושא בכתב העת של בית הספר למשפטים באוניברסיטת מישיגן. ראו: David F. Cavers "Book Reviews in Law Reviews: An Endangered Species" 77 Mich. L. Rev. (1981) 557; Francis A. Allen "In Praise of Book Reviews" 79 Mich. L. Rev. (1979) 327; לדעות שונות בנושא ראו דויטש, שם, בע' 495 ובהערה 10.

ידי מומחים ובסיוע פעיל של חוקרי המשפט. לאקדמיה המשפטית משקל של ממש בניסוח החוקים וקביעת כללי המשפט. יש אפוא חשיבות לניתוח הספרות המשפטית בנושא האקטיביזם השיפוטי.²⁰¹

חלק זה של המאמר מתמקד בשתי שאלות בלבד: מדוע הגישה האקטיביסטית של בית המשפט העליון התקבלה בברכה בקרב רוב הכותבים האקדמיים בשנות התשעים? ומדוע השתנתה המגמה בשנות האלפיים?

כשם שטבעי שיהיו שינויים בפסיקה כדי להתאים את הדין למציאות החיים המשתנה, כך גם טבעי שהביקורת האקדמית על הפסיקה תשתנה עם שינוי העתים. המשפט איננו סטטי. המשפט דינמי. יש מקום לשינויים בגישתם של אנשי אקדמיה לנושאי משפט. השאלה היא מהו מקור השינוי. האם השינויים בביקורת נובעים מסיבות פנים משפטיות או מסיבות חוץ משפטיות, תרבותיות, כלכליות חברתיות ופוליטיות. לדעתי ההימנעות של רוב חוקרי המשפט מלבקר את האקטיביזם השיפוטי בשנות השמונים והתשעים תרמה להתגברות האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים. ביקורת מוקדמת יותר אולי הייתה מונעת את התרחבות האקטיביזם ומשפיעה על התפתחותה וגיבושה של הפסיקה בדיני חוזים.

פרק ז – אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים: תמיכה וביקורת

(א) התמיכה באקטיביזם השיפוטי בשנות השמונים והתשעים

בשנות השמונים והתשעים הגישה הרווחת הייתה לתמוך באקטיביזם השיפוטי בכלל ובאקטיביזם בדיני חוזים בפרט. לעומת זאת, המגמה הרווחת כיום בקרב הקהילייה המשפטית היא לבקר את האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים. במגמה זו תומכים כיום אנשי אקדמיה רבים,²⁰² וחלק מהשופטים²⁰³ ועורכי הדין.²⁰⁴ שינויים אלה בגישה

201 היה ניתן לכאורה להבחין בין תרומתה הישירה של האקדמיה לניסוח חוקים וקביעת כללי משפט לבין תרומתה העקיפה באמצעות כתיבה ביקורתית על הפסיקה. לדעתי, ההבדל בין השניים אינו גדול. לא אחת שימשה הביקורת על הפסיקה מנוף לשינויים בפסיקה ואף בחקיקה. לדוגמה, בנושא של חוזים אחידים, הביקורת שפורסמה על הפסיקה בשנות השבעים ותחילת שנות השמונים הביאה לידי שינויים משמעותיים בחוק. ביקורת זו גם צוינה כהסבר לשינויים בדברי המבוא להצעת חוק החוזים האחידים, ה"ח תשמ"ב 28, 30.

202 ראו לדוגמה את מאמריהם של פרופ' מאוטנר, לעיל הערה 1, ושל פרופ' פרידמן, לעיל הערה 1, וראו להלן את פרופ' שלו, להלן הערה 211, ואת פרופ' פורת, לעיל הערה 163.

203 בכנס השנתי של לשכת עורכי הדין בישראל שהתקיים באילת ב-24 במאי 2006, במושב בנושא "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים", הביעו שלושת השופטים שהשתתפו במושב (השופט בדימוס אליהו מצא, השופט ד"ר דרורה פלפל והשופט האשם חטיב) ביקורת על האקטיביזם השיפוטי בדיני החוזים בישראל.

204 עורכי דין, בשונה מפרופסורים ושופטים, בדרך כלל אינם מפרסמים מאמרים משפטיים, אולם "בתוך עמי אני יושב" ומשיחות רבות עם עורכי דין במפגשים שונים ובכנסים של הלשכה אני שומע בשנים האחרונות יותר ויותר ביקורת על האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים. הטענה

לאקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון ביני חוזים דורשים הסבר. אמנם היו שינויים מסוימים בפסיקה בעשור האחרון (משנת 1995 ואילך), ומגמת האקטיביזם השיפוטי עלתה מדרגה, אך השינויים לעומת הפסיקה של שנות השמונים אינם כה דרמטיים. האקטיביזם השיפוטי היה בשיאו כבר בשנות השמונים ובכל זאת בספרות המשפטית של שנות התשעים הייתה תמיכה גורפת, כמעט מקיר לקיר, באקטיביזם השיפוטי. כמה מאמרים משפטיים משנות התשעים יבהירו מגמה זו.

במאמר מקיף משנת 1993²⁰⁵ הסביר מאוטנר על פני כמאה עמודים את השינויים שחלו בפסיקת בית המשפט העליון בשנות השמונים. המאמר תומך בצורה גורפת באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון המביא לידי ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי. התמיכה באקטיביזם השיפוטי היא בלא סייג והמאמר מסתיים במילים:

“כל מי שסבור כי בשנים שיבואו חייבת זיקתה של ישראל למערב הליברלי להימשך ואף להתעצם חייב לייחל שמאבקו של בית המשפט יוכתר בהצלחה”.²⁰⁶

בכרך יז של עיוני משפט, כתב העת של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב משנת 1993, הוקדשה חוברת שלמה של מאות עמודים לאקטיביזם השיפוטי בישראל.²⁰⁷ הגישה הכללית במאמרים שפורסמו הייתה תמיכה בלא סייג באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון בישראל. השופט שלמה לויין כתב “שיש יתרונות לשימוש בכוחו היוצר של בית המשפט... במגמה להגיע, במסגרת הכללים הקיימים לתוצאות צודקות ומועילות יותר”.²⁰⁸ גם השופט יצחק זמיר כתב על היתרונות הרבים שבהרחבת שיקול הדעת השיפוטי.²⁰⁹ דעות אלו היו מקובלות גם על אנשי אקדמיה אחרים שהשתתפו באותה חוברת.²¹⁰

ניתן אפוא לסכם ולומר כי בשנות השמונים והתשעים הייתה הסכמה כמעט כללית לתמוך באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון. יוצאת מן הכלל הייתה פרופ'

העיקרית היא שגישה זו יוצרת קושי לתת ייעוץ ללקוחות מכיוון שאין לדעת כיצד יפעילו בתי המשפט את שיקול הדעת השיפוטי שלהם.

205 מאוטנר, לעיל הערה 34. הדברים ראו אור גם בספר באותו שם שפורסם באותה שנה (מאוטנר, לעיל הערה 94). בהקדשה בתחילת הספר נכתב “בתקוה שיגדלו במדינה שבה יצליח מפעלו של בית המשפט”. בעמוד האחורי של הספר מסביר המחבר שה“אקטיביזם” של בית המשפט העליון בשנות השמונים נועד להדגיש את המשמעות הערכיות והחברתיות של המשפט, וכי בית המשפט בשנות השמונים “השליט את מעורבותו בתהליך העיצוב מחדש של התרבות הישראלית, שהחל מתמוטט בסוף שנות השבעים”.

206 מאוטנר, לעיל הערה 34, בע' 596.

207 לעיל הערה 6.

208 שלמה לויין “אקטיביזם שיפוטי ביני ראיות ובדין אזרחי” עיוני משפט יז (תשנ"ג) 863.

209 זמיר, לעיל הערה 24.

210 ראו, ידידיה שטרן “אנטומיה של פסיכיות שיפוטית ביני חברות: קוצר הנורמה הפוזיטיבית” עיוני משפט יז (תשנ"ג) 811, שביקר את בית המשפט העליון על כך שאינו אקטיביסטי דיו בתחום דיני החברות. ראו גם נילי כהן “השוויון מול חופש החוזים” המשפט א (1993) 131.

שלו שבאופן מסורתי, משנות השמונים ואילך, התנגדה למעורבות היתר של בתי המשפט בחוזים, וזאת מאחר שראתה בכך פגיעה בחופש החוזים.²¹¹ כפי שראינו בחלק הראשון של המאמר, רוב הנושאים המבטאים גישה של אקטיביזם שיפוטי בידי חוזים נידונו והוכרעו בבית המשפט העליון עוד בסוף שנות השבעים ובמהלך שנות השמונים,²¹² ורק בחלק קטן מהנושאים נקבעו חידושי הפסיקה בעשור האחרון.²¹³ יש אפוא צורך בהסבר, מדוע התעוררה כאיחור של עשרות שנים אי נוחות וביקורת על התופעה של אקטיביזם שיפוטי בידי חוזים. מה קרה שגישה שזכתה לתמיכה רחבה בשנות השמונים והתשעים נתונה באחרונה, בשנות האלפיים, לביקורת?

(ב) הביקורת על האקטיביזם השיפוטי בידי חוזים בשנות האלפיים

בשני מאמרים שפורסמו האחד על ידי פרופ' מנחם מאוטנר בשנת 2005²¹⁴ והאחר על ידי פרופ' דניאל פרידמן בשנת 2006,²¹⁵ בכתבות בעיתונות²¹⁶ ובכנסים

211 להלן אחד עשרה מאמרים שבהם מבקרת פרופ' שלו את הפגיעה בחופש החוזים: גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים?" משפטים יז (תשמ"ז-ח) 465; גבריאלה שלו "זכרון-דברים ותום לב (ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו, פ"ד מב(2) 278) משפטים יט (תש"ן) 457; גבריאלה שלו "חווה הסותר את תקנת הציבור" ספר אורי ידין: מאמרים לזכרו של אורי ידין (כרך ב, תש"ן) 299; גבריאלה שלו "חופש וצדק בידי חוזים" שנתון משפט העבודה ה (תשנ"ה) 153; גבריאלה שלו "מכרזים פרטיים" משפטים כט (תשנ"ח) 179; גבריאלה שלו "השפעת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קרית המשפט א (תשס"א) 41; גבריאלה שלו "סוס הפרא – לאן, או מה ארע לתקנת הציבור?" קרית המשפט ב (תשס"ב) 21; שלו, לעיל הערה 166; גבריאלה שלו "עוד על עקרון תום הלב" קרית המשפט ג (תשס"ג) 121; שלו, לעיל הערה 122; גבריאלה שלו "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים" קרית המשפט ה (תשס"ד-ה) 335.

ראו גם שלו, לעיל הערה 13. בספרה דיני חוזים – חלק כללי מדגישה פרופ' שלו את חשיבות עקרון חופש החוזים ואת ביקורתה על צמצום חופש זה בפסיקת בית המשפט העליון בישראל. הנושא עובר כחוט השני בחלקים ניכרים מהספר. ראו במיוחד פרק 3: הסכמים שבכבוד; פרק 4: עקרון חופש החוזים; ופרק 22: חוזים הסותרים את תקנת הציבור.

212 שתיים מתוך שלוש סוגיות בפרק ג של מאמר זה (שיערוך באכיפה ואכיפה בקירוב) הוכרעו עוד בסוף שנות השבעים. שלוש מתוך חמש הסוגיות בפרק ד (תום לב כבסיס לאכיפה, תחולת דיני עשיית עושר, צמצום דרישת המסוימות) הוכרעו בשנות השמונים. גם הסוגיות שנידונו בפרק ה בדבר הפסיביות השיפוטית הוכרעו ברובן בשנות השבעים והשמונים.

213 שני הנושאים שבהם היו עיקר השינויים בעשור האחרון הם הסוגיות של ביטול הלכת שני השלבים בפרשנות חוזה בפסק הדין בעניין אפרופים, לעיל הערה 11, וכן ההחלטה להרחיב את תחולת הכלל של "תקנת הציבור" בפסק הדין בעניין קסטנבאום, לעיל הערה 148.

214 מאוטנר, לעיל הערה 1.

215 פרידמן, לעיל הערה 1.

216 לדוגמה, כתבתו של נועם שרביט בעיתון גלובס מיום 13-14 במארס 2001 במדור "דין ודברים", עמ' 16-17, שכותרתה "קולגות לשעבר במתקפה מאורגנת נגד נשיא בית המשפט העליון". בכתבה מפורטת סקר הכתב ערב עיון שבו כל המשתתפים תקפו את הלכת עניין אפרופים (השופטים אליהו מצא ודליה דורנר, פרופ' מנחם מאוטנר ועו"ד אילן בומבך, ראש ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין). וראו גם צבי נח "כשהפרשנות מאפילה על הכוונות" גלובס online (16.1.05); גבריאלה שלו "אפרופים ושאר מגדלי ירקות" גלובס online (13.9.06).

משפטיים²¹⁷ נמתחה ביקורת על האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון בידיני חוזים. השינוי במגמה הוא ברור. מאוטנר, שתמך באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון בתחילת שנות התשעים,²¹⁸ סובר בשנות האלפיים שיש להגביל ולצמצם את האקטיביזם השיפוטי בידיני חוזים, אף שלא היו שינויים דרמטיים בפסיקת בית המשפט העליון בידיני חוזים בעשור האחרון.²¹⁹

מאוטנר במאמרו משנת 2005 רואה בפסיקת בית המשפט העליון בידיני חוזים אקטיביזם נרחב והתערבות רבה בתוכני החוזה. הוא רואה בכך בעיה נורמטיבית²²⁰ ובעיה מוסדית.²²¹ הוא מגדיר את פסיקת בית המשפט העליון של שנות השמונים והתשעים כאקטיביסטית ביותר הן בעניין כריתת חוזה והן בעניין דיני התרופות.²²² הוא מבקר את ההתערבות השיפוטית של בית המשפט העליון בתוכן החוזה,²²³ בשאלות כגון אשם תורם בחוזים,²²⁴ פרשנות חוזה,²²⁵ צמצום דרישת המסוימות²²⁶ וצמצום ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי.²²⁷

דניאל פרידמן במאמר משנת 2006²²⁸ כותב כי אקטיביזם שיפוטי לא בהכרח מביא

217 ראו לעיל הערה 115 ולהלן הערות 234–235. ראו כתבתו של אריאל כהנא בעיתון "גלובס" מיום 5.1.07 "השופט כבוהן כליות ולב" במדור כלכלה עמ' 3–5. בכתבה מפורטת מתואר הדיון במושג "האקטיביזם השיפוטי בידיני החוזים" בכנס בנושא "דיני החוזים בתחילת שנות האלפיים" שהתקיים במכללה האקדמית נתניה ב-1 בינואר 2007. בכנס הרצו פרופסור גבריאלה שלו, פרופ' מנחם מאוטנר וד"ר משה גלברד וכולם ביקרו את הלכת עניין אפרופים ואת הרוח הנושבת ממנה. כן התראיינו לכתבה כמה עורכי דין בכירים ולכולם היו הסתייגויות מההלכה בעניין אפרופים ומההלכה בעניין ארגון מגדלי ירקות.

218 ראו מאוטנר לעיל הערה 34; וגם מאוטנר, לעיל הערה 94. ראוי לציין כי המאמר והספר שיצא בעקבותיו דנים במשפט הישראלי באופן כללי. דיני החוזים משמשים רק נושא אחד מתוך הנושאים שנידונו במאמר. יתר על כן, בהרצאה שנשא פרופ' מאוטנר ב-28 במאס 1996 בנושא "כללים וסטנדרטים בידיני חוזים" באוניברסיטת תל-אביב, תקף פרופ' מאוטנר את הגישה שבית המשפט העליון צריך לפעול כמחנך. לדעתו זה תפקיד בית המשפט במשפט הציבורי, אך לא במשפט הפרטי.

219 רוב הנושאים שצוינו במאמרו של מאוטנר הוכרעו כבר בשנות ה-80 (מאוטנר, לעיל הערה 1, בע' 24 ואילך). הנושאים החדשים סוכמו במאמר הנ"ל שם, בע' 65–66. בע' 66 הוא מתייחס במאמר במפורש לחידושי בית המשפט העליון בשני העשורים האחרונים. למעשה חלק מחידושי הפסיקה שעליהם הסתמך נקבעו כבר בסוף שנות השבעים ותחילת שנות השמונים.

220 שם, בע' 67, שם הוא מסביר את הגישות הנורמטיביות המקובלות בידיני חוזים (אוטונומיה של הפרט ויעילות כלכלית) ולכן האקטיביזם השיפוטי הנרחב בפסיקת בית המשפט העליון בעייתי מבחינה נורמטיבית.

221 שם, בע' 67–76, דיון נרחב בגישה המוסדית לבתי המשפט.

222 שם, בע' 24–26.

223 שם, בע' 26–39.

224 שם, בע' 40–45.

225 שם, בע' 48–59.

226 שם, בע' 60–61.

227 שם, בע' 61–65.

228 פרידמן, לעיל הערה 1. יש לציין כי מאמרו של פרידמן עוסק בסוגיות נוספות על דיני החוזים, אך במרכזה של ביקורתו על האקטיביזם השיפוטי עומדים דיני החוזים.

לידי תוצאות ערכיות יותר מפורמליזם משפטי. דרישות פורמליות מיועדות לבטא ערכים ולחזקם. ניתן לדעתו להוכיח מבחינה סטטיסטית את התועלת שבפורמליזם. הוא מציע לאמץ גישות פורמליות אך לתת אפשרות לחריגים. לדעתו יש באקטיביזם השיפוטי החריף של בית המשפט העליון פגיעה בביטחון השיפוטי, באוטונומיה של הצדדים, בציפיות הסבירות שלהם ובאמון בבתי המשפט.

הביקורת על האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים התגברה בשנתיים האחרונות, בין השאר בשל ההלכה בעניין אפרופים²²⁹ וההלכה בעניין ארגון מגדלי ירקות²³⁰ שבאה בעקבותיה. פסקי דין אלו דנים בפרשנות חוזה.²³¹ חשוב לציין כי בעוד באקדמיה ובקרב עורכי הדין נשמעה ביקורת על הלכות אלו, אושרה הלכת עניין ארגון מגדלי ירקות בדיון נוסף דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל²³² ברוב של שבעה שופטים נגד שניים. למעשה גם שופטי המיעוט לא חלקו על ההלכה בעניין אפרופים. הוויכוח היה רק בעניין יישומה של הלכה זו ורוחה.²³³

ככנס השנתי של לשכת עורכי הדין בישראל שהתקיים באילת במאי 2005 הסתייגו הדוברים באופן כללי מהגישה האקטיביסטית של בית המשפט העליון בדיני חוזים, ולא רק מהלכות אפרופים וארגון מגדלי ירקות.²³⁴ הביקורת התייחסה לא רק להלכות של שני פסקי הדין הללו אלא בעיקר ליישום שלהם ולתוצאות שאליהן הגיע בית

229 לעיל הערה 11, פסק דין זה כבר אוזכר במאות פסקי דין שבאו בעקבותיו. הוא בלא ספק אחד מפסקי הדין המשפיעים ביותר בדיני חוזים.

230 לעיל הערה 12.

231 לדיון מקיף יותר בביטול הלכת שני השלבים בפרשנות חוזה בעקבות עניין אפרופים ראו לעיל פרק ד (ד) טקסט גלויה להערות 115–135.

232 לעיל הערה 12.

233 שני שופטי המיעוט בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות היו השופטים מ' חשין ומ' נאור. השופט גרוניס הצטרף לדעת הרוב, אך תמך בביקורת של דעת המיעוט השופט חשין. ראו שם דברי השופט חשין בפסקה 2 לפסק דינו שהוא מסכים לעיקריה של הלכת עניין אפרופים, אך מתנגד ל"רוח שהחלה מנשבת מן ההלכה", ובמילים אחרות מתנגד להתערבות היתר של בית המשפט בתוכן החוזה. השופט גרוניס הצטרף לתוצאה של דעת הרוב, אך תמך בחלק הדוקטרינרי בחוות דעתו של השופט חשין, לפיה "מעורבות היתר של בתי המשפט בפרשנות חוזה צופנת בחובה פגיעה בוודאות המשפטית".

234 ככנס השנתי של לשכת עורכי הדין באילת התקיים ב-24 במאי 2006 מושב בנושא "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים". במושב הרצו שלושה שופטים, שופט בית המשפט העליון בדימוס אליהו מצא, שופט בית המשפט המחוזי ד"ר דרורה פלפל והאשם חטיב וכן שני אנשי אקדמיה, פרופ' סיני דויטש וד"ר עלי בוקשפן. כל השופטים ביקרו את הגישה האקטיביסטית של בית המשפט בדיני חוזים. היו הבדלים בחומרת הביקורת, בתכניה ובנושאה. חלקם גם מצאו מקום ללמד סנגוריה על בית המשפט העליון, אך כולם סברו שהגיע השעה למתן את מעורבות היתר של בית המשפט בהפעילו שיקול דעת שיפוטי. השופטים דרורה פלפל והאשם חטיב תקפו לא רק את ההלכות בעניין אפרופים ובעניין ארגון מגדלי ירקות אלא גם דוקטרינות אחרות בדיני חוזים המסמיכות את בתי המשפט לגלות מעורבות יתר כגון הכללים של אשם תורם בחוזים והשימוש הרחב שנעשה בעקרון תום הלב.

המשפט העליון בשני פסקי הדין.²³⁵ ואם ישאל השואל, מה החשיבות של הביקורת על התוצאות של פסקי הדין, הלוא הביקורת על האקטיביזם השיפוטי היא ביקורת עקרונית על הרחבת שיקול הדעת השיפוטי, הוויכוח הוא בעניין האקטיביזם השיפוטי ביני חוזים ולא בעניין תוצאה של פסק דין זה או אחר. טעויות בתוצאות המשפט יכולות להיות גם בשיטה משפטית שאינה תומכת באקטיביזם שיפוטי, התשובה היא שתוצאות שנויות במחלוקת מערערות את ההצדקה לפגוע בוודאות המשפט ובביטחון החוזי. אם הפגיעה בתכליות יסוד אלו של דיני החוזים אינה מבטיחה תוצאות טובות יותר, אזי מדוע לערער את יסודות דיני החוזים? לגופו של עניין, איני קובע עמדה בשאלה, אם התוצאות של שני פסקי דין אלו שגויות הן אם לאו. יש מקום לדעות שונות ויש לתת אמון בתוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון לאחר שבחן את כל הראיות ואת כל הנסיבות. ציון המחלוקת בעניין התוצאות נועד להדגיש נקודה אחרת. שיקול דעת רחב מאוד לבית המשפט מאפשר להגיע לתוצאות שונות. האקטיביזם השיפוטי פוגע בביטחון ובוודאות המשפטית, והתוצאות המושגות הן שנויות במחלוקת. אין הצדקה למעורבות כה רבה בחוזים מסחריים לשם השגת תוצאות שנויות במחלוקת. לביקורת על האקטיביזם השיפוטי ביני חוזים יש בסיס איתן. השאלה שעליה יש להשיב היא: מדוע ביקורת זו התעוררה במלוא עוצמתה בשנות האלפיים אף שרוב החידושים המעוגנים באקטיביזם השיפוטי ביני חוזים בוצעו בשנות השבעים והשמונים?

פרק ח – הסיבות להתגברות הביקורת על האקטיביזם השיפוטי בשנות האלפיים

ניתן לחשוב על כמה הסברים אפשריים להתגברות הביקורת על האקטיביזם השיפוטי בשנות האלפיים. סביר להניח שלכולם הייתה השפעה מסוימת. ראוי לדלות מתוך ההסברים השונים את הגורם המרכזי שהביא לידי השינוי, גם אם אינו היחיד, שכן הוא שיאפשר לנו להבין טוב יותר את התהליכים בנושא מורכב זה. הסיבות שיוצגו בפרק זה הן: (א) החמרה באקטיביזם השיפוטי ביני חוזים בעשור האחרון; (ב) התגברות המגמות הקפיטליסטיות בחברה הישראלית המעודדת חזרה לגישה פורמליסטית המצמצמת את חשיבות הערכים בחברה הישראלית; (ג) מגמה של מעבר לפורמליזם חדש ביני חוזים בעשור האחרון בארצות הברית; (ד) הסיבות לתמיכה באקטיביזם השיפוטי בשנות השמונים שוב אינן קיימות.

235 בהצאתו של השופט מצא בכנס אילת (לעיל הערות 115, 123 ו-135) הוא הסביר שלדעתו התוצאה בשני המקרים אינה צודקת גם לאור המבחנים של פרשנות תכליתית ומבחן הנסיבות.

(א) החמרה באקטיביזם השיפוטי בידי חוזים בעשור האחרון

אקטיביזם שיפוטי ברמה מסוימת הוא הכרחי וחיוני לכל מערכת שיפוטית. לא ראוי שבית המשפט העליון יהיה פסיבי ויראה את תפקידו ביישום הוראות החוק בלבד. הדבר נכון במיוחד בידי החוזים בשיטת המשפט הישראלית. במשפט הישראלי חוקי החוזים מנוסחים בקיצור רב.²³⁶ יש לצפות מבתי המשפט שייצקו תוכן להוראות השלדיות של חוקי החוזים, ואין מקום לפסיביות מוגזמת. בנוסף, חשוב לציין שלא נעשו כל שינויים בחוקי החוזים שנחקקו לפני עשרות שנים.²³⁷ אין ספק שהמשק והכלכלה עברו שינויים ניכרים מאז, אך הדבר לא בא לידי ביטוי בחוקי החוזים. הסיבה לכך היא שאלו חוקים מקצועיים, "משפט לעורכי דין", ולכן הם מעניינים פחות את המחוקק מחוקים רגולטוריים.²³⁸ בנסיבות אלו ברור שדיני החוזים הם מיוזם משותף של המחוקק ושל פסיקת בית המשפט העליון.

חידושי הפסיקה של שנות השבעים והשמונים התקבלו ברובם בכרחה בקרב הקהילה המשפטית, מכיוון שחידושים אלו באו לתת מענה על שאלות וצרכים שאין להם פתרון ברור בחוק. הצגת פתרונות בסוגיות כגון השיערוך באכיפה או האכיפה בקירוב היו חיוניים למשפט הישראלי ואין ספק שבנושאים אלו ואחרים תרם בית המשפט תרומה חשובה לקידום דיני החוזים, כל שכן שחידושים אלו אינם סותרים את המטרות והתכליות של דיני החוזים. הוא הדין בחלק ניכר מהחידושים בסוגיית תום הלב. קליטת עקרון תום הלב כעיקרון מרכזי בחקיקה היה חידוש גדול ורק טבעי הוא שבתי המשפט, כאשר נתקלו בראשונה במונח זה, נתבקשו להקנות לו תוכן ממשי. ברור היה שעקרון תום הלב אינו ממשיכו של הדין האנגלי, אלא יש כאן קליטה של עיקרון חשוב מהמשפט האירופי. לעיקרון זה לא היה מקום של ממש במשפט הישראלי בתקופה שקדמה להליך הקודיפיקציה של המשפט האזרחי.²³⁹ גם

236 ראו לעיל הערה 34, כמה מקורות המסבירים בעיה זו.

237 חוק החוזים תרופות נחקק בשנת 1970 ומעולם לא תוקן. חוק החוזים הכללי נחקק בשנת 1973 ותוקן פעם אחת ויחידה בשנת 1981 בנקודה לא מרכזית.

238 לדוגמה חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, שנחקק כעשור לאחר חוקי החוזים, תוקן בינתיים יותר מעשרים פעם! כמחצית מהתיקונים מקיפים ביותר. בנושאים רבים החוק כיום שונה מאוד מהנוסח המקורי שהתקבל. הסיבה לשינויים התכופים היא שחוק הגנת הצרכן הוא ביסודו חוק רגולטורי שנועד לפתור את בעיית חוסר השוויון שבין הספק לבין הצרכן. כאשר מתברר שהפיקוח אינו יעיל או כשמתעוררת בעיה חדשה, יש צורך בתיקון החוק. חוק אזרחי הוא ניטרלי והצורך בתיקונים נמוך בהרבה. אשר לפירוש המונח "משפט לעורכי דין" ראו לעיל הערה 35.

239 את מערך החוקים בתחום דיני החיובים ודיני הקניין, שחקיקתם החלה בשנות השישים והסתיימה בתחילת שנות השמונים והכוללת כעשרים חוקים ישראליים, מקובל לכוון "הקודיפיקציה הישראלית". ראו לדוגמה: אהרן ברק "הרצאת פתיחה: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג (תשל"ג) 5; אהרן ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים" משפטים ז (תשל"ו) 15; אורי ידין "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית" עיוני משפט ו (תשל"ח) 506. וראו מאמר המציג את העמדות השונות – דפנה ברק-ארז

אם אין מסכימים לכל פרטי הדינים וההלכות שחידש בית המשפט העליון בסוגיה זו, אין ויכוח על תפקידו החשוב של בית המשפט במתן תוכן ממשי לעקרון תום הלב. פסיקת בית המשפט העליון בסוגיות שהזכרנו ובסוגיות רבות נוספות של דיני החוזים הייתה בלא ספק פעילות של אקטיביזם שיפוטי, אך כפי שהסברתי בפרק השני למאמר, המבחן האמיתי אינו אם בית המשפט פסיבי או אקטיבי, אלא אם הוא מקדם את מטרות ותכליות דיני החוזים או שמא פוגע בהן. מכיוון שרבים מחידושי המשפט בסוף שנות השבעים ובשנות השמונים היו נחוצים וגם ראויים, הם התקבלו בדרך כלל בברכה בקרב הקהילייה המשפטית בכלל והקהילייה המשפטית האקדמית בפרט. אולם במהלך השנים חלה הקצנה באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון. אזכיר כמה דוגמאות: בית המשפט העליון מיתן עוד בשנות השבעים והשמונים את דרישת המסוימות²⁴⁰ כתנאי לכריתת חוזה, אך פסק הדין בעניין בית הפסנתר²⁴¹ צעד צעד נוסף וכמעט ביטל לחלוטין דרישה זו כתנאי עצמאי לכריתת חוזה, אף שהיא מופיעה במפורש בחוק. דרישת תום הלב הורחבה מאוד בפסיקה²⁴² עוד בשנות השמונים, אך הקביעה שדרישת תום הלב יכולה לבוא במקום דרישת הכתב היא חידוש מאמצע שנות התשעים.²⁴³ ההלכה בעניין אפרופים, העומדת במרכז הוויכוח הציבורי על פרשנות תכליתית, הוכרעה גם היא באמצע שנות התשעים, בשנת 1995, וגובשה שוב בהלכת עניין ארגון מגדלי ירקת בשנת 2005.²⁴⁴ גם השימוש הנרחב בתקנת הציבור כבסיס

“הקודיפיקציה הישראלית בראי דיני החוזים” עיוני משפט כב (תש”ס) 793. עד חקיקת החוקים הישראליים בנושאי החוזים נשלטו דיני החוזים בישראל על ידי המשפט העותומני וכן על ידי המשפט האנגלי כפי שנקלט דרך סימן 46 לדבר המלך במועצתו. בחוקי החוזים בוטלה הזיקה לסימן 46 לדבר המלך במועצתו. ראו סעיף 24 לחוק החוזים תרופות וסעיף 63 לחוק החוזים הכללי.

240 ראו לעיל הערות 105–107 וראו גם ע”א 532/82 גרדוס נ’ גרדוס, פ”ד (3) 617 (1985); ע”א 431/82 חסיד נ’ פרוזת, חברה ממשלתית עירונית לשיכון ירושלים בע”מ, פ”ד (4) 451 (1985) וראו ביקורת על הגישה המאפשרת השלמה רחבה אצל מיגל דויטש “על מסוימות החוזה העסקי” עיוני משפט טז (תשנ”ב) 337.

241 לעיל הערה 108.

242 אם בפסקי הדין הראשונים בסוגיית תום הלב הגישה הייתה שזו דרישה סובייקטיבית (ראו דעת הרוב בעניין ספקטור, לעיל הערה 170), הרי כבר בשנת 1980 הוחלט בבג”ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר”שבע בע”מ נ’ בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ”ד (1) 828 (1980) (להלן: עניין שירותי תחבורה ציבוריים), שמבחן תום הלב הוא מבחן אובייקטיבי, החלטה שהרחיבה מאוד את תחולת עקרון תום הלב. אף שהחלטה בעניין שירותי תחבורה ציבוריים התקבלה בשנת 1980 הביקורת עליה במאמרו של מאוטנר היא משנת 2005 (מאוטנר, לעיל הערה 1, בע’ 28–29). שם הוא מסביר שיש שלוש דרכים להפעלת חובת תום הלב הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים. לדעתו, בחר בית המשפט בישראל את הדרך השלישית – דרישה לפעולה על פי אמת מידה של הגינות. לדבריו בית משפט המפעיל את חובת תום הלב על פי דרך זו מתערב בתוכן החוזה במידה רבה יחסית לעומת שתי הדרכים האחרות “וכי הפעלה כזו של חובת תום הלב מקנה כוח יחסי רב לבית המשפט, על חשבון הצדדים לחוזה”.

243 ראו ע”א 980/93 קלמר נ’ גיא, פ”ד נ(1) 185 (1996) (להלן: עניין קלמר).

244 ראו לעיל הערות 11 ו-12.

לביטול תניות פטור קשות בחוזים בא לידי ביטוי מוחץ בעניין לויץ.²⁴⁵ יש אפוא מקום לטענה שההתנגדות לאקטיביזם השיפוטי בדיני החוזים מקורה בהתפתחויות נוספות בכיוון זה בשנות התשעים והאלפיים.²⁴⁶

אולם אין בשינויים שהזכרנו, ואחרים שלא הזכרנו, כדי להסביר את המהפך בגישת המלומדים לאקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים, וזאת מארבע סיבות לפחות. הראשונה היא שברוב הסוגיות האלו נקבעו ההלכות העקרוניות עוד בשנות השמונים, ואין לראות בפסיקת העשור האחרון משום שינוי מגמה. קיימת תופעה של חיזוק המגמה, אך לא של שינויה. כך בעניין המסוימות, כך בעניין תחולת דיני עשיית עושר על דיני התרופות החוזיות, וכך גם בעניין התנועה המתמדת של הרחבת התרופות בגין חוסר תום לב במשא ומתן. גם בסוגיות שבהן גילה בית המשפט העליון פסיביות, כגון דיני הפגמים בכריתת חוזה, המגמה הגורסת אי התערבות ומתן תחולה מצומצמת לדיני הפגמים קיימת עמנו מאז נחקקו חוקי החוזים. היו צעדים נוספים כגון "תורת הסיכונים" שצמצמו עוד יותר את האפשרות לבטל חוזה בעילה של טעות, אך זו אינה מגמה חדשה כי אם חיזוק בלבד של מגמות קיימות, ולכן לא ניתן להשתית את השינוי המשמעותי במגמת הביקורת הניכר בכתיבה האקדמית על האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים רק על חידושי הפסיקה של העשור האחרון. הסיבה השנייה היא, שאותם נושאים שבהם צוין לשבח בית המשפט העליון בעבר על תרומתו לחיזוק הערכים, שימשו בסיס לביקורת לאחר עשור ויותר. הסיבה השלישית היא, שהביקורת על פסיקת בית המשפט העליון בעשור האחרון מתמקדת גם בכך שהתוצאות שהושגו בפסקי הדין לא היו תוצאות ראויות. גם אם התוצאות של כמה פסקי דין נראות שגויות למבקרים, אין בהן כדי להסביר את השינוי המשמעותי בגישת האקדמיה והקהילייה המשפטית לפסיקת בית המשפט העליון בתחום דיני החוזים. כמה פסקי דין שגויים אינם סיבה למתקפה כללית. הסיבה הרביעית לכך שלא ניתן לראות בהחמרת האקטיביזם השיפוטי בעשור האחרון הסבר לביקורת על האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים היא שהביקורת של פרידמן ומאוטר אינה על נקודה זו או אחרת בפסיקה, אלא על עצם ההצדקה לאקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים. שום פסק דין יחיד כלשהו אינו יכול להסביר שינוי זה במגמה. הביקורת היא הן על בסיס נורמטיבי, הן על בסיס מוסדי והן על בסיס התוצאות של הפסיקה. לא ניתן להסביר שינוי כזה על בסיס פסיקת העשור האחרון בלבד.²⁴⁷

²⁴⁵ ראו לעיל הערה 153, פסק הדין הוא משנת 1994.

²⁴⁶ ניתן היה לומר שהואיל והאקטיביזם השיפוטי עלה דרגה, התגברה ההתנגדות לגישה זו. כאשר האקטיביזם היה מוחלש, קיבלו אותו באקדמיה ואילו כאשר גבר, החלה התנגדות למגמה החדשה ולכן אין לראות בכך שינוי מגמה באקדמיה. כפי שנראה להלן, טענה זו אין בה די כדי להסביר את השינויים במגמה.

²⁴⁷ יש גם מקום לטעון טענה מנוגדת שדווקא פסיקת העשור האחרון המשיכה את המגמות של שנות השמונים ומבחינה זו אין כאן מגמה של חידוש הלכות, אלא המשכיות של הפסיקה.

(ב) התגברות המגמה הקפיטליסטית בחברה הישראלית מעודדת חזרה לגישה פורמליסטית בידיני חוזים

אחד הנימוקים המעניינים במאמרו של מאוטנר משנת 1993 על ירידת הפורמליזם ועליית הערכים הוא הנימוק שבעקבות עליית תרבות כלכלת השוק והצורך להתמודד עם כלכלת השוק,²⁴⁸ העלה בית המשפט העליון את חשיבות עקרון תום הלב. בית המשפט הרשה לעצמו חירות נרחבת יותר לקבוע את תוכנם של חוזים כתגובת נגד על המעבר מחברה קהילתית לחברה שבה כל אדם דואג לעצמו.

לכאורה, הייתה צריכה גישה שיפוטית זו של שנות השמונים לעורר התנגדות קשה של עולם העסקים והמשפט העסקי, אך לא כך היו הדברים, שכן עדיין ריחפו בחלל המחשבה הישראלית אידיאולוגיות של שוויון, עזרה לזולת והתחשבות. תפקידו של בית המשפט העליון כגוף המקדם ערכים במשפט הישראלי היה אפוא נסבל גם בעיני האליטות המשפטיות הישראליות.

חלפו עשרים שנים וכיום כבר אין מחפשים אפילו הצדקה לכוחו של החזק. יש מנכ"לים המשתכרים עשרות מיליוני שקלים בשנה וכשליש מהציבור בישראל אינו משתכר משכורת מינימום. הפגיעה בזקנים, בחלשים, במשפחות חד הוריות ובמשפחות מרובות ילדים מקובלת כיום בחברה הישראלית. החברה הישראלית השלימה מהפך של מעבר מדמוקרטיה קהילתית לדמוקרטיה אישית. בנסיבות אלו שוב אין צורך לתת שיקול דעת נרחב לבית המשפט להתערב בחוזים. התגברה המגמה של התמיכה בחזק. משהתגברו המגמות הקפיטליסטיות החדשות והגישה שכל אדם דואג לעצמו, שוב אין הסכמה לאפשר לבתי המשפט לסייע לחלש מטעמים של צדק, הגינות, מוסר ויושר.

טיעון זה דורש הסבר נוסף. התהליכים שעוברים על החברה הישראלית בעשורים האחרונים הופכים את החברה הישראלית מחברה בעלת סממנים של אחריות משותפת לחברה מופרטת שבה עוצמת בעלי ההון גדלה ומנגד מגזרים שלמים באוכלוסייה מושלכים מחוץ למעגל היצרני.²⁴⁹ הטיעונים המוצגים במאמרו של גוטוויץ חורגים ממסגרת מאמר זה, אך ביסודם הטיעון שהפרטה הגורפת שעוברת על הכלכלה הישראלית בשני העשורים האחרונים מבשרת על פגיעה דרקונית במעמדות הנמוכים של החברה הישראלית ועל איום לנשלם משארית אחיזתם בחברה. ההפרטה בכל תחומי החיים והכלכלה מעבירה את הון המדינה לידי יחידים ודוחקת חלקים גדלים והולכים של האוכלוסייה למצב של חוסר ביטחון חברתי וכלכלי. הוא רואה בהליכים אלו הליכים של פוסט-ציונות. הליכים אלו הגיעו לשיאם בסוף שנות התשעים ותחילת שנות האלפיים בניצחונה של מהפכת הפרטה, לרבות אי השוויון הכלכלי, חוסר הביטחון החברתי והעוני שהיא חוללה.²⁵⁰

248 מאוטנר, לעיל הערה 34, בע' 570–580.

249 ראו דני גוטוויץ "שטר הפירעון של המהפכה הלא-נראית" ארץ אחרת 12 (תשס"ג) 72–76.

250 שם, בע' 76.

ניצחון הקפיטליזם הגמור במדינת ישראל ניכר מסוף שנות התשעים ואילך. שוב אין אפוא צורך להגן על ערכים חברתיים, שכן בנושאים כלכליים הערך העליון הוא יעילות ורווחים. הדבר בא לידי ביטוי בחיבור החשוב חברה וכלכלה בישראל: מבט היסטורי ועכשווי.²⁵¹ הדברים מתפרסים על פני מאות עמודים. לענייננו, די אם נצטט קטעים קצרים מתוך המבוא לספר:

“בשלושת העשורים האחרונים שונו כליל פניה של החברה הישראלית... אחד הגילויים הבולטים של השינוי הכלכלי-חברתי... הוא הגידול המהיר והחריף בפערים החברתיים והכלכליים. שלושה מאפיינים מייחדים את הגידול הזה: ראשית, מעבר מהיר וקיצוני ממידה רבה של שוויון כלכלי וחברתי בשנות השישים למידה רבה של אי-שוויון בשנות השמונים והתשעים... שנית, הגידול באי השוויון היה מלווה בירידה חריפה של מעורבות המדינה בכלכלה, ושלישית, בישראל התחוללה נסיגה גמורה מן האידיאולוגיה השוויונית ומהגשמתה במדינות הרווחה.”²⁵²

מסקנות אלו פורסמו בשנת 2002 על ידי ועדת חקירה פרלמנטרית שבחנה את הפערים החברתיים בישראל.²⁵³ בדו"ח הוועדה בדקו פערים בהכנסות, פערים בצריכה, פערים ברכוש, פערים בשפה, פערים בחינוך ובהשכלה ועוד. התפתחות פערים אלו הייתה מהירה ומדינת ישראל מדורגת כיום במקום השני בעולם המערבי בגודל הפערים בהכנסה ובתחולת העוני. מדינת ישראל נהפכה בתוך זמן קצר מחברה שוויונית לחברה לא שוויונית.²⁵⁴

תופעת אי השוויון קיבלה תנופה מסוף שנות השישים ואילך, אך השיח החברתי והמשפטי עדיין היה שיח שוויוני, ולכן כאשר התופעות של הקצנת כלכלת השוק באו לידי ביטוי בשנות השמונים, ראו בתי המשפט צורך לעדן תופעות חמורות אלו באמצעות הכנסת ערכים למשפט. דוקטרינות שתמכו בשוויון, בתום לב, בתקנת הציבור ועוד באו לעדן במקצת את עוללות השוק, אולם כיום תופעות אי השוויון, ההפרטה והגלובליזציה הן יסוד מוסד בחברה הישראלית ולכאורה ניתן לחזור לעקרונות דיני חוזים של סוף המאה ה-19. זה עשוי להסביר את התמיכה בפסיקה

251 חברה וכלכלה בישראל: מבט היסטורי ועכשווי (כרך א, אבי בראלי, דניאל גוטווין וטוביה פרילינג עורכים, תשס"ה).

252 שם, בע' 1.

253 דו"ח וסקירה על התפתחות הפערים החברתיים בישראל בעשרים השנים האחרונות: תקציר בוועדה השתתפו חברי כנסת מכל סיעות הבית. תקציר הדו"ח, המשתרע על 41 עמודים ומסתמך על עשרות מקורות, ותוצאותיו עגומים למדי.

254 בנושא פורסמו כמה ספרים ומאמרים. ראו שלטון ההון: החברה הישראלית בעידן הגלובלי (דני פילק ואורי רם עורכים, 2005); יובל אליצור ישראל והאתגר הגלובלי (תשס"ה). ראו במיוחד את פרק יא "האם הגלובליזציה תפרק את ישראל?" (שם, בע' 163–179).

הערכית של בית המשפט העליון בשנות השמונים והתשעים ואת ההתנגדות לה בשנות האלפיים.

הקושי בהסבר זה לשינוי בגישה של הכותבים האקדמיים לאקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים הוא שלא ניתן לאתר מקור כלשהו בספרות המשפטית התומך בהשערה זו. השיח החברתי בתחומים אחרים של המשפט לא נחלש.²⁵⁵ גם בפסיקת בית המשפט העליון, שהיא הקובעת את תוכן דיני החוזים, אין ביטוי של ממש לשינוי בנושאים החברתיים-כלכליים.²⁵⁶ אנשי האקדמיה המשפטית אינם חלק מהמסד הכלכלי בישראל ואינם בעלי הון ולכן קשה להסביר את השינוי המהותי שחל בגישה לאקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים על בסיס השינויים הכלכליים שחלו בישראל בשנים האחרונות. למרות הפיתוי שבאימוץ פרשנות זו, נראה לי שאין היא יכולה לשמש הסבר לשינויים שחלו.

(ג) הפורמליזם החדש בדיני חוזים בארצות הברית בעשור האחרון

החשיבה המשפטית האמריקנית משפיעה על המשפט הישראלי בכלל²⁵⁷ ועל הכתיבה האקדמית במשפט בפרט.²⁵⁸ שינויים במשפט האמריקני מביאים לא אחת לידי שינויים במשפט הישראלי בכלל²⁵⁹ וגם לידי שינויים בדיני החוזים, כגון בסוגיית חוזי היחס.²⁶⁰

255 לדעה שונה ראו יובל אלבשן "ההדרה והשתקתה – על הזכויות החברתיות בחוקה הישראלית הנרקמת" חברה וכלכלה בישראל, לעיל הערה 251, בע' 365–397.

256 פסקי דין בעלי גישה שאינה תומכת בחלש אינם אופייניים דווקא לשנות התשעים והאלפיים. המשפט האמריקני מאוזכר במאות פסקי דין בישראל כמקור להבחנה ולהשוואה. ראו יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז (תשנ"ו) 119, 157–159. וראו, גם סטיבן גולדשטיין "הערות על התייחסותנו למקורות המשפט של ארצות הברית" משפטים י (תש"מ) 172.

258 המשפט האמריקני תופס מקום של כבוד במאות ספרים ומאמרים משפטיים בישראל. ראו לדוגמה בנושא התובענות הייצוגיות. הנושא כולו הגיע לישראל מהמשפט האמריקני. אמנם הדגם הישראלי אינו זהה לאמריקני אך המקור של סוגיה זו ברור. ראו סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצגי השוא של המטעה" מאזני משפט ב (תשס"ב) 97, 132–148; סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: קשיים והצעה לפתרון" מחקרי משפט כ (תשס"ד) 299, 305–306 והערה 23; Sinai Deutch "Consumer Class Actions: Are they a Solution for Enforcing Consumer Rights? The Israeli Model" 179 *J. Cons. P.* (2004).

260 מי שהשפיע על המשפט האמריקני בתחום זה הוא איאן מקניל שכתב רבות בנושא. ראו לדוגמה: Ian R. McNeil *The New Social Contract: An Inquiry Into Modern Contractual Relations* (New Haven, 1980); Ian R. McNeil "Contracts: Adjustment of Long Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law" 72 *NW. U. L. Rev.* (1978) 854; Ian R. McNeil *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian McNeil* (London, 2001). עמדה זו נקלטה בפסיקה הישראלית. ראו רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד (4) 145 (1998) בפסקה 17 לפסק דינו של הנשיא ברק; ע"א 9946/01 אררט חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נח(1) 103 (2003), בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת חיות.

למשפט האמריקני השפעה רבה בסוגיות כגון הפרשנות התכליתית למשפט²⁶¹ ומקומו של השופט בחברה דמוקרטית.²⁶² יש אפוא מקום לסברה שהשינויים שחלו בעשור האחרון בגישתו של המשפט האמריקני לפורמליזם בדיני חוזים השפיעו גם על הכתיבה האקדמית הישראלית בנושא האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים.

ראוי לציין כי לאקטיביזם השיפוטי בנושא כללי יש התייחסות באלפי מאמרים בארצות הברית, אך אין כמעט כל התייחסות לאקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים. המתח שבין הפעלת שיקול דעת שיפוטי נרחב והתערבות שיפוטית בחוזים לבין מתן משקל גדול יותר ללשון החוזה ולדיני החוזים נידון במשפט האמריקני בהקשר של הפורמליזם בדיני חוזים (Formalism in Contract). הגישה הפורמלית לדיני החוזים בארצות הברית נותנת משקל רב יותר לחופש החוזים, ללשון החוזה ולכללי משפט קיימים ואילו הגישה האנטי-פורמליסטית מאפשרת שיקול דעת רב יותר לבית המשפט ומקנה משקל פחות לחופש החוזים וללשון החוזה. הפורמליזם החדש בדיני החוזים בארצות הברית תומך במעורבות פחותה של בית המשפט בדיני חוזים ואילו הגישה האנטי-פורמליסטית תומכת יותר באקטיביזם שיפוטי.

בעשור האחרון נכתבו ספרים ומאמרים רבים בארצות הברית על הפורמליזם בדיני חוזים ובבסיסם קריאה לתת משקל רב יותר לחופש החוזים, התנגדות למעורבות יתר בתוכן בחוזה והתנגדות לשיטה של הסדרת דיני החוזים באמצעות סטנדרטים במקום להסדירם באמצעות כללי משפט מוגדרים וברורים יותר.²⁶³ הנושא רחוק מהכרעה ויש גם התנגדות לא מעטה לגישה המציעה לאמץ מחדש את הגישה הפורמלית לדיני חוזים. החידוש הוא בכך שלאחר שנוצר הרושם שהגישה האנטי-פורמליסטית לדיני חוזים היא הגישה השלטת בדיני חוזים במשפט האמריקני, כיום יש חוקרים לא מעטים שקוראים תיגר על גישה זו.

הנושא נידון במקורות רבים. לענייננו נסתפק בכמה מהחשובים שבהם. ב-5-6 בפברואר 1999 התקיים סימפוזיון מקיף בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו

261 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003). רוב המקורות הלוועזיים הם מארצות הברית. לדוגמה, במפתח המאמרים בלועזית בע' 513-542, שבו כ-600 מאמרים, יותר מ-90% מהמאמרים הם מארצות הברית. וראו גם ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו (תשס"ג) 737, 748-754 (התפתחות הפרשנות התכליתית בארצות הברית), 754-758 (על התפתחות הפרשנות התכליתית בצפון אמריקה והשפעתה על ישראל).

262 די לעיין בספרו של אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (ברק, לעיל הערה 18, בע' 515-520, 532-538). הרוב המכריע של הספרים והמאמרים בלועזית מפנים למשפט האמריקני, וראו גם: Aaharon Barak "Foreword: A Judge on Judging: The Role of the Supreme Court in a Democracy" 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 16

263 לדיון כללי בארצות הברית בנושא של סטנדרטים לעומת כללים ראו: Louis Karpow "Rules Versus Standards: An Economic Analysis" 42 *Duke L. J.* (1992) 557; Kathleen M. Sullivan "Foreword: The Justices of Rules and Standards" 106 *Harv. L. Rev.* (1992) 22

בארצות הברית שהוקדש לבדיקה מחדש²⁶⁴ של סוגיית הפורמליזם במשפט.²⁶⁵ הוצגו הגדרות חדשות לפורמליזם, שאחד מעקרונותיו הוא פרשנות שאינה תכליתית.²⁶⁶ בכנס הצביעו על ההתנגשות בין פורמליזם לבין מוסר,²⁶⁷ וכן הצביעו על השפעת הפורמליזם על פרשנות החקיקה.²⁶⁸ לענייננו יש לתת משקל מיוחד לדיון המקיף בצורך בפורמליזם במשפט המסחרי. בנושא נכתבו חמישה מאמרים שמהם נפנה לשלושה.²⁶⁹ משקל מיוחד יש לתת למאמרו של פרופ' David Charny,²⁷⁰ שגם צוטט בהרחבה בספרות המאמרים בארצות הברית לאחר מכן.²⁷¹ במאמרו הוא טוען שארצות הברית נמצאת כיום בתקופה של פורמליזם בידיני חוזים המנוגדת לגישתו האנטי-פורמליסטית של Karl Llewellyn. הוא מסביר את חשיבות הפורמליזם, אך מציע לבדוק אם גישה זו אכן מביאה תועלת. יש מלומדים נוספים הטוענים כי בארצות הברית עברו לתקופה של פורמליזם בידיני חוזים.²⁷² טיעון זה מסתמך על מאמרים רבים שפורסמו בנושא.²⁷³ הגישה הפורמליסטית

- 264 הדיון בפורמליזם במשפט האמריקני מתנהל זה זמן רב. המיוחד בחוכרת שפורסמה בשיקגו הוא הקדשת יותר מ-400 עמודים לנושא. לכמה מאמרים שדנו בנושא בעבר ראו: Ernest J. Weinrib "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law" 97 *Yale L. J.* (1988) 949; Stephen R. Perry "Professor Weinrib's Formalism: The Not-So-Empty Sepulchre" 16 *Harv. J. L. & Pub. Pol.* (1993) 597.
- 265 ראו: "Symposium: Formalism Revisited" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 527. שם הוצגה השאלה, עד כמה צריכים להיות פורמליים בפרשנות חקיקה, בפרשנות חוזים ומה המחיר של סטייה מגישה פורמלית.
- 266 ראו: "With me, It's all er Nuthin': Formalism in Law and Morality" Larry Alexander 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 530; Richard H. Pildes "Forms of Formalism" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 607.
- 267 Leo Katz "Form and Substance in Law and Morality" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 566.
- 268 Cass R. Sunstein "Must Formalism be Defended Empirically" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 636.
- 269 Omri Ben-Shahar "The Tentative Case Against Flexibility in Commercial Law" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 781; Richard A. Epstein "Confusion about Custom: Disentangling Informal Customs from Standard Contractual Provisions" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 821; David Charny "The New Formalism in Contract" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 842.
- 270 Charny, *id.*
- 271 ראו לדוגמה: William J. Woodward "Neo-formalism in a Real world of Forms" *Wisc. L. Rev.* (2001) 971. במאמר מקיף זה בוחן המחבר את הגישות התומכות בפורמליות לעומת גמישות ואת הבעיות הנובעות מכל גישה. הנושא נדון בעשרות מאמרים שהדיון בהם חורג מתחום ענייננו.
- 272 ראו: Mark L. Movsesian "Formalism in American Contract Law Classical and Contemporary" *Hofstra U. Sch. of Law Legal Studies Research Paper Series No.* 06-8 (2006) 1-24 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894281 (נבדק ב-3.7.07).
- 273 Ralph J. Mooney "The שאר על מאמרו של: Charny, *supra* note 269. ראו גם: "New Conceptualism in Contract Law" 74 *Org. L. Rev.* (1995) 1131, 1133; Mark L. Movsesian "Rediscovering Williston" 62 *Wash. & Lee L. Rev.* (2006) 207.

תומכת בכללי חוזים ברורים, בפרשנות אובייקטיבית ובהבטחת האוטונומיה של הפרט, ורואה את הפיקוח על עסקאות בשל שיקולי הגינות מהותיים כדבר השייך לעבר. בתי המשפט צריכים להימנע מלהתערב בעסקאות בשוק.²⁷⁴ זו אינה התקופה הראשונה של פורמליזם במשפט האמריקני ששלט בארצות הברית גם בשנים 1870 עד 1930. עם זה, הפורמליזם החדש אינו ממשיכה של הגישה הקלאסית אלא גישה המנסה לבסס את דיני החוזים על דוקטרינות מתחומי החברה, הכלכלה והסטטיסטיקה.²⁷⁵

הפורמליזם החדש, בשונה מהגישה הקלאסית, אמנם נותן משקל גדול לכללים, אך מאפשר סטייה מהם משיקולים פרגמטיים או אתיים.²⁷⁶ לפי גישה זו כללים משפטיים מגבילים את שיקול הדעת של בית המשפט, אך אין הגבלתם הגבלה מוחלטת.

הגישות הפורמליסטיות החדשות בכתובה בדיני חוזים בארצות הברית אינן נוקשות כמו הגישה הקלאסית של דיני חוזים, שם הכללים הנוקשים איפשרו מתן תוקף לחוזים גם כאשר היה פער גדול בכוח המיקוח של הצדדים. הגישה הפורמלית החדשה לדיני חוזים מסתמכת על טיעונים פונקציונליים מבית המדרש של הגישה הכלכלית למשפט ועל נימוקי יעילות ומטרתם כיבוד האוטונומיה של הפרט.²⁷⁷ לגישה הכלכלית למשפט השפעה רבה על גישה זו, שכן ביסודה הגישה של יעילות והכרה בכך שחברה צריכה להימנע מלהתערב בבחירה של הצדדים לחוזה. צדק חלוקתי יש להשיג באמצעים אחרים. גם לפי הגישה הכלכלית למשפט יש מקום להתערב במקרים של חוזים שהושגו בלחץ וכפייה אך לא במקרים אחרים.

בנוסף לטיעונים הנורמטיביים עולה השיקול שאין להתערב בחופש החוזים משיקולים של היעדר יכולת מוסדית של מערכת בתי המשפט (institutional competence). לדעת המלומד Michael J. Trebilcock²⁷⁸ בתי המשפט אינם מוכשרים דיים והם חסרי אינפורמציה, ניסיון ומומחיות כדי להתערב ולפסוק על פי שיקולים חברתיים מקיפים, ולכן על בתי המשפט להימנע מלהתערב בעסקאות של פרטים על בסיס שיקולים חברתיים. לדעת Trebilcock רגולציה ישירה של השלטון היא מכשיר טוב יותר לזיהוי כשל שוק מהתערבות בית המשפט.²⁷⁹

274 ראו: Movsesian, *supra* note 272, at p. 1.

275 ראו: Melvin A. Eisenberg "The Emergence of Dynamic Contract Law" 88 *Cal. L. Rev.* (2000) 1743, 1750–1251; Alan Schwartz & Robert E. Scott "Contract Theory and the Limits of Contract Law" 113 *Yale L. J.* (2003) 541, 547. במאמרם של Schwartz & Scott מוצע לתת עדיפות ל-"Plain meaning" של החוזה ומוצע שלא להתחשב בראיות חיצוניות, שכן הדבר יגדיל את הרווח המשותף מן העסקה.

276 ראו: Frederick Schauer "Formalism" 97 *Yale L. J.* (1988) 509, 546, 548; Schauer, *supra*, note 34, at pp. 197, 203.

277 ראו, Francis H. Buckley "Introduction" *The Fall and Rise of Freedom of Contract* (Francis H. Buckley ed., Duke, 1999) 170.

278 ראו: Michael J. Trebilcock *The Limits of Freedom of Contract* (Cambridge Mass., 1993) 241.

279 לדיון מקיף בנושאים אלו ראו: Movsesian, *supra* note 272.

לגישות של הפורמליזם החדש בידי החוזים הייתה בלא ספק השפעה על הכתיבה המשפטית בישראל בסוגיית ההתערבות השיפוטית בחוזה.²⁸⁰ אך גם בה בלבד לא ניתן להסביר את השינוי בגישת רבים מחוקרי המשפט בישראל לסוגיית האקטיביזם השיפוטי בידי חוזים. ראינו שגם בארצות הברית הגישה הפורמליסטית שנויה במחלוקת ואינה מקובלת על כולם. ראינו גם שהפורמליזם החדש בידי חוזים אין בו משום חזרה מלאה לגישות הקלאסיות של סוף המאה ה-19. אמנם מוצע לתת משקל גדול יותר לחופש החוזים ומשקל גדול יותר לטקסט הכתוב מאשר לשיקולים אחרים, אך עמדות אלו אינן מוחלטות. הגישה של הפורמליזם החדש מושפעת גם מההשפעה הגוברת של הגישה הכלכלית למשפט מבית מדרשו של Richard Posner, הסבור כי לא ראוי שהשלטונות יתערבו בכוחות השוק. אך קריאה בעיון של הספרות המשפטית האמריקנית מלמדת שלדעת רובם יש מקום לשיקולי צדק, לערכים ולהתערבות כאשר יש צד חלש לעסקה. הגישה של הפורמליזם החדש בחוזים אינה טוענת שהאקטיביזם בעייתי בשל כך שהוא מקדם צדק והגינות אלא בשל כך שהוא מקדם צדק והגינות במובן הלא נכון. גם אלו התומכים בפורמליזם החדש בידי חוזים אינם מציעים לנטרל את דיני החוזים משיקולי הגינות, צדק ויושר, ויש לראות בה גישת ביניים בין גמישות מרבית לגישה הקלאסית. עם זה, לא ניתן לתלות את השינויים שחלו בשנים האחרונות בגישה של האקדמיה המשפטית בישראל לאקטיביזם השיפוטי בידי חוזים בכתיבה האקדמית בידי חוזים בארצות הברית בלבד, מאחר שקשה להוכיח קשר ישיר בין השפעות המשפט האמריקאי לבין שינוי הגישה בנושא זה במשפט הישראלי.

(ד) הסיבות לתמיכה באקטיביזם השיפוטי בשנות השמונים שוב אינן קיימות

הסיבות שהביאו לידי תמיכה באקטיביזם השיפוטי בשנות השמונים הוצגו כאמור בהרחבה ובצורה משכנעת בשני חיבורים חשובים של מאוטנר: האחד, מאמרו וספרו ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי²⁸¹ והאחר, מאמרו "שנות השמונים: שנות החרדה".²⁸² בתקציר המאמר השני מציין מאוטנר כי במהלך שנות השמונים של המאה העשרים חלו שינויים ניכרים בפסיקת בית המשפט העליון. בין השינויים שצוינו התייחס מאוטנר לכך שבית המשפט אימץ אקטיביזם גורף בהתייחסותו לרשויות השלטון האחרות. במאמר הוא מסביר כי יש להבין שינויים אלו כתגובה של בית המשפט העליון על התמוטטות ההגמוניה הפוליטית של מפלגת העבודה בסוף שנות השבעים. בית המשפט העליון אמר את דברו לקידום היעדים הפוליטיים והתרבותיים של הקבוצה היהודית-החילונית-הליברלית במאבק על עיצוב אופייה של מדינת ישראל. הדבר נבע מתגובה של חרדה שהביאה לידי כך שהקבוצה הנ"ל, שהיא הקבוצה השלטת

280 ראו מאוטנר, לעיל הערה 1, בע' 22 ובהערות 3, 4 ו-5, ובע' 67-76 ובהערות 116-142.

281 לספר ולמאמר ראו בהתאמה מאוטנר, לעיל הערה 94; מאוטנר, לעיל הערה 34.

282 מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו (תשס"ג) 645.

בישראל (והכוללת כמובן גם את אנשי האקדמיה המשפטית), נמנעה מלמתוח ביקורת, במשך שנים לא מעטות, על השינויים הנרחבים שחלו בפסיקת בית המשפט העליון בשנות השמונים.²⁸³

המאמר ארוך ומקיף ומתייחס לתחומים רבים במשפט, בחברה, בפוליטיקה ובתרבות. אחד הנושאים המרכזיים הוא עליית האקטיביזם השיפוטי, בעיקר במשפט הציבורי ובמשפט הנוגע לחיים הפוליטיים. בכתיבתו הוא מתייחס למאמרים רבים שהוא פירסם בנושאים של משפט ותרבות.²⁸⁴ לענייננו אתייחס לחרדה בעקבות המהפך השלטוני בשנת 1977 כגורם מרכזי להשתקת הביקורת על בית המשפט העליון בכלל²⁸⁵ ובתחום דיני החוזים בפרט.²⁸⁶

מאוטנר מצביע על כמה שינויים יסודיים²⁸⁷ אך אני אתייחס רק לנושא עלייתו של האקטיביזם השיפוטי.²⁸⁸ לדבריו, במהלך שנות השמונים היה בית המשפט העליון אקטיביסטי ביותר.²⁸⁹ למסקנה זו הגענו גם במאמר זה.²⁹⁰ לא אתייחס לאקטיביזם השיפוטי בסוגיות של זכות העמידה והשפיות²⁹¹ מאחר שסוגיות אלו חשובות פחות בדיני חוזים ויותר במשפט הציבורי. חוזה מגיע לדיון בבית המשפט בגלל סכסוך בין שני צדדים או יותר, וברור שלצדדים זכות עמידה ונושא הסכסוך בדרך כלל שפיט. אתרז

283 שם, בע' 645. וראו גם נעמי לויצקי כבודו: אהרן ברק ביוגרפיה (2001) 24–32. שם היא טוענת כי המהפך הפוליטי בשנת 1977 סימן נקודת מפנה חברתית ותרבותית. זה מול זה התייצבו הקבוצה החילונית-ליברלית מול הקבוצה הדתית ובלב המאבק נכנס בית המשפט העליון, שהיה חוד החנית של הקו שהוביל אקטיביזם שיפוטי ורצון להשתתף בקביעת דמותה של המדינה (שם, עמ' 26). הכותבת אינה משפטנית, אך דבריה (שם, בע' 24–53) מסבירים היטב את מקור השינוי שהביא לידי האקטיביזם השיפוטי ומדוע הוא נתמך על ידי הקבוצה החילונית-ליברלית.

284 ראו לדוגמה, מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5 (תשנ"ה) 25; מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16 (תשנ"ח) 45; מנחם מאוטנר "המשפט הישראלי בחברה רב תרבותית" שלטון החוק בחברה מקוטבת: היבטים משפטיים, חברתיים ותרבותיים (איל ינון עורך, תשנ"ח) 27.

285 ראו מאוטנר, לעיל הערה 282, בע' 683 פרק ג (4): "סיכום ביניים: החרדה והשתקת הבקורת על בית המשפט העליון".

286 רוב המאמר מתייחס לאירועים בעלי משמעות פוליטית וציבורית ולא דווקא ל"משפט לעורכי דין". לדוגמה, בתחום יחסי דתיים וחילוניים מובאות בין השאר הדוגמאות של מינוי שר חינוך דתי, כביש רמות, חפירות ארכיאולוגיות, מעמד אגודת ישראל, קולנוע היכל בפתח-תקוה, כניסת ש"ס לכנסת (שם, בע' 693–706). בסוגיות אחרות הוא מציין את החרדות מפני פגיעה בדמוקרטיה ומשינוי אופי הפוליטיקה, את עלייתן של עיירות הפיתוח, את הקיטוב הפוליטי-חברתי ואת החשש לאובדן שליטה של האליטות החברתיות (שם, בע' 706–716, 725–732).

287 שם, בע' 651–653, פרופ' מאוטנר מצביע בין השאר על השינוי בתפיסת תפקידו של בית המשפט, שעיקרו נטילת הסמכות לבטל חוקים והשינוי בדרכי ההנמקה בפסקי הדין.

288 שם, בע' 653.

289 שם, שם ובהערות 5–6.

290 ראו לעיל פרק ו "סיכום ביניים: אקטיביזם שיפוטי כמגמה מובילה בדיני חוזים בישראל".

291 ראו מאוטנר, לעיל הערה 282, בע' 654.

בדוקטרינות מהותיות של המשפט הפרטי. כאן כתב מאוטנר כי גם בתחום החוזים התערב בית המשפט באופן נרחב בקביעת תוכנם של חוזים ובקביעת השלב במשא ומתן הטרם חוזי שבו ייחשב משא ומתן לחוזה שנכרת, ובכך יצר חלוקת עבודה חדשה בינו לבין הצדדים המתקשרים בחוזה, ולפיה נתון לבית המשפט כוח נרחב לקבוע את תוכנו של החוזה ואת השלב שבו תתחיל החבות החוזית בין הצדדים.²⁹²

מאוטנר מעלה גם הוא את השאלה, כיצד שינויים גורפים כל כך במשפט לא נתקלו כמעט בכל ביקורת שהיא,²⁹³ ובמיוחד לא בביקורת של קהיליית המשפטנים בישראל.²⁹⁴ תשובתו העיקרית היא שבשל מצב החרדה שאליו נקלעו האליטות בישראל, נמנעו חברי קבוצה זו מביקורת על בית המשפט העליון. למותר להוסיף כי האקדמיה המשפטית היא ברובה חלק מאותן אליטות. בסופו של דבר החרדות שהוצגו בהרחבה במאמרו המקיף של פרופ' מאוטנר²⁹⁵ הן הסיבה העיקרית להשתקת הביקורת על בית המשפט העליון בכל תחומי המשפט.

סבורני שהחרדות של האליטות המשפטיות בישראל בשנות השמונים בעקבות המהפך של 1977 יכולות להצביע על ההסבר המשכנע ביותר לכך שהאקטיביזם השיפוטי בידי חוזים התקבל בישראל במשך עשרות שנים כמעט בלא עוררין. אף שדיני החוזים אינם קשורים לא לפוליטיקה, לא לדת ואף לא לעצירת הפיתוח. לחרדות הייתה השפעה שנשארה במידת מה עד היום, שכן לחרדות אין היגיון ואף אין הן צריכות להתחשב בעובדות.

תכלית דיני החוזים היא להגשים את מטרות הצדדים ואת ציפיותיהם, להבטיח ודאות ויציבות ולא להעביר את יכולת ההחלטה מהצדדים לבית המשפט. הדברים נכונים במיוחד כאשר מדובר בחוזים בכלל או בחוזים מסחריים, אף כי יש מקום לדין שונה כאשר מדובר בחוזים צרכניים או בחוזים אחידים. לכן קשה להצדיק את הדוקטרינות החדשות שעירערו את הביטחון, הודאות והיעילות בחוזים מסחריים.

מאוטנר מצביע באומץ לב על הסבר נוסף לשינויים שהתחוללו בפסיקתו של בית המשפט העליון בשנות השמונים. בעקבות השינויים שחלו בסוף שנות השבעים בהרכב החברתי של הקבוצות השולטות במוסדות המרכזיים של המדינה ובמינהל הציבורי שלה,²⁹⁶ בחר בית המשפט העליון צד במאבק בין הקבוצות הישנות (הקבוצה

292 שם, שם ובהערה 8.

293 כפי שמציין פרופ' מאוטנר, הייתה בקורת מסוימת (שם, בע' 655 ובהערה 9). וראו לדוגמה משה לנדוי "על שפיטות וסבירות במשפט המנהלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5. לדעתי, ביקורת זו הייתה מועטה מדי וחסרת כל השפעה.

294 מאוטנר, לעיל הערה 282, בע' 657–663.

295 שם. המאמר הארוך עוסק בעשרות דוגמאות מהספרות והתרבות בדבר החרדות של הקבוצה היהודית-החילונית-האשכנזית. נושאים אלו אינם משפטיים. וראו גם מנחם מאוטנר "שנות התשעים – שנות ההתקרבות" עיוני משפט כו (תשס"ג) 887, שם הוא מצביע על רגיעה מסוימת בחרדות בשנות התשעים.

296 מאוטנר, לעיל הערה 282, בע' 673.

היהודית-החילונית-האשכנזית) לבין הקבוצות החדשות (מסורתיות – עדות מזרח – תושבי הפריפריה). מאחר שהקבוצות הישנות נכשלו בניסיונותיהן להשתלט מחדש על המוסדות המרכזיים במדינה, הן פנו לבתי המשפט לסייע להן.²⁹⁷ אמנם האליטות הישנות המשיכו לשלוט בכלכלה הישראלית, אך לא היה ספק שהן איבדו שליטה מבחינה פוליטית. שינויים אלו הביאו הן לידי חידושי הפסיקה והן לידי היעדר ביקורת על חידושי פסיקה אלו. בסיכום ביניים מאוטר מבהיר כיצד החרדה שנוצרה הביאה לידי השתקת כל ביקורת על בית המשפט העליון²⁹⁸ וזאת מתוך רצון לשמר את כוחו של בית המשפט העליון שדאג לאינטרסים של הקבוצות ששלטו במדינת ישראל במשך עשרות שנים עד סוף שנות השבעים.²⁹⁹

הסבר זה מבהיר היטב מדוע הייתה תמיכה כללית באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון בדיני חוזים כשם שהייתה תמיכה של האקדמיה המשפטית בכל חידושי בית המשפט העליון.

בינתיים חלפו קרוב לשלושים שנה מאז "המהפך" של סוף שנות השבעים. התברר שמאומה לא קרה וכי מעולם לא היה מהפך של ממש. מרכזי העוצמה בחברה הישראלית נשארו בשליטה גמורה של הקבוצה השלטת במדינת ישראל מאז הקמתה שהיא הקבוצה היהודית-החילונית-הליברלית. הדבר נכון בכל תחומי הכלכלה, המשפט, התקשורת הכתובה והאלקטרונית, התרבות, הפרקליטות, הייעוץ המשפטי, בתי המשפט, הקולנוע, התיאטרון והטלוויזיה. אכן מפעם לפעם (לעתים קרובות מדי) יש בחירות, אך השפעת חבר כנסת מהשורה קטנה משל כל איש תקשורת ידוע או בעל תפקיד שיפוטי בכיר. מי שקובע את המותר והאסור אינם נבחרים הציבור אלא גורמי המשפט. התברר כי החרדות של שנות השמונים היו נטולות בסיס. השלטון בכלכלה נשאר בידי האליטות הקודמות (הקבוצה היהודית-החילונית-הליברלית). השלטון נשאר, ולא זו בלבד אלא שחוסר השוויון בחברה הוגבר ומצבן של השכבות החלשות הוחמר.³⁰⁰ אם נבחן אחד לאחד את גורמי החרדה של שנות השמונים כפי שהוצגו במאמרו של פרופ' מאוטר הרי יתברר שחרדות אלו היו חסרות בסיס.

297 שם, שם.

298 שם, בע' 683. פרופ' מאוטר התלבט גם בשאלה, מדוע לא הושמעה ביקורת על ידי מתנגדיו של בית המשפט (שם, בע' 684). הנושא מעניין ביותר, אך חורג לחלוטין מהנושא של אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים.

299 שם, שם. הטיעונים שהציג מאוטר במאמרו "שנות השמונים – שנות החרדה", לעיל הערה 282, כבר הוצגו בחלקם במאמרו, לעיל הערה 34, ובספרו ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, לעיל הערה 94. בספר מנותחת בהרחבה ירידת הפורמליזם במשפט הישראלי בשנות השמונים (שם, בע' 33–99) והרחבת האחריות המשפטית (שם, בע' 101–117). לענייננו חשוב הפרק הרביעי המסביר את תפקידו של בית המשפט בהקשר התרבותי והפוליטי (שם, בע' 119–154) ובמיוחד הסעיפים הדנים ב"חידוש המאבק על דמותה של ישראל וקריאת תגר על ערכיו של בית המשפט" (שם, בע' 127–130), וכן "בית המשפט והמערכת השלטונית-הפוליטית" (שם, בע' 132–136).

300 ראו דני גוטוויץ, לעיל הערה 249 ולעיל טקסט נלווה להערות 249–250.

כוחו של הציבור הדתי ירד בשנות התשעים, אורח החיים בישראל נעשה חילוני יותר ויותר. בתי הקולנוע פתוחים בשבתות ובחגים ויותר עסקים נפתחים בשבתות מאשר אי פעם. דיני המשפחה הדתיים, לפחות במגזר היהודי, הולכים ונמוגים. המפלגות הדתיות מאבדות מכוחן. גירוש אלפי חברי המפלגות הדתיות מגוש קטיף הוכיח סופית שאין להם השפעה פוליטית. החששות מפני עליית הפריפריה, עדות המזרח ויישובי הפיתוח התבררו כחסרי כל יסוד. "מדינת גוש דן" שולטת וגוברת על כל אזורי הפריפריה,³⁰¹ שנהפכו במידה רבה ללא רלוונטיים. במלחמת לבנון השנייה ביולי 2006 התברר שבזמן שהצפון מופגז בקטיושות והדרום בקסאמים, חיי הלילה בגוש דן ממשיכים בלא הפוגה. למעשה הופרכו רוב החששות שבגינם נוצרה החרדה בשנות השמונים.³⁰² הסיבות שבגינן לא הייתה נכונות לבקר את פסיקת בית המשפט העליון, ושהביאו לידי תמיכה גורפת באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט, שוב אינן קיימות. באיחור של עשרים שנה ויותר התברר שניתן לבחון את כללי המשפט השונים מתוך ראייה מפוכחת. אין מקום לחשש מפגיעה בבית המשפט העליון, שהתברר כגוף חזק יותר מהכנסת ומהפוליטיקאים. ולכן המגמה הכללית של תמיכה באקטיביזם שיפוטי שוב אינה שלטת בלא עוררין. שוב יש מקום לבחון אם האקטיביזם השיפוטי ראוי מבחינה נורמטיבית ומבחינה מוסדית. יש נכונות לקלוט רעיונות פורמליסטים מהמשפט האמריקני. יש מקום למגוון של דעות בנושא, וכאשר הלכות בית המשפט העליון מביאות לידי תוצאות בלתי רצויות, יש מקום לבקרן. לא פלא שחלו שינויים מרחיקי לכת בביקורת על האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון בתחום דיני החוזים, ולא פלא שהתגברה הביקורת, שכן הסיבות שחסמו והשתיקו אותה שוב אינן קיימות. מארבעת ההסברים שהוצגו בפרק זה נראה לי ההסבר האחרון כמשכנע ביותר, אם כי הוא אינו ההסבר היחיד. הייתה חרדה מפני ביקורת מתוך רצון שלא לפגוע בבית המשפט העליון.³⁰³ אנשי האקדמיה סברו שיש לשבח את בית המשפט על כל

301 ראו ארנון סופר ויבגניה ביסטרוב מדינת תל-אביב: איום על ישראל (2006).

302 בתחום יחסי דתיים וחילוניים חזר המצב לשנות החמישים והשישים שבהן הדתיים חשו עצמם כמיעוט שדעתו אינה רלוונטית. אין כל סיכוי למינוי שר חינוך דתי, אגודת ישראל אינה פרטנר לממשלה, ש"ס איבדה מכוחה. מצבן של עיירות הפיתוח מעולם לא היה גרוע יותר. התרבות והכלכלה בישראל מבוססות על השקפות עולם גלובליות. ניתן בקלות להצביע על כך שרוב החרדות של שנות השמונים לא התממשו.

303 המאמר נמסר לפרסום למאזני משפט בנובמבר 2006. בפברואר 2007 מונה פרופ' דניאל פרידמן לשר המשפטים בישראל. לפרופ' פרידמן, משפטן ידוע ורב מוניטין וחתן פרס ישראל משפט, אג'נדה ידועה שעיקרה צמצום האקטיביזם השיפוטי והטלת מגבלות מסוימות על סמכויות בית המשפט העליון. לאחר עשרות שנים של אקטיביזם שיפוטי והרחבה ניכרת בסמכויות בית המשפט העליון, ללא הוראות מפורשות בחוק בנדון, התמנה שר משפטים, משפטן מצויין ובעל ידע עמוק במשפט הסבור שסמכויות בית המשפט העליון הורחבו בשני העשורים האחרונים על חשבון רשויות שלטוניות אחרות. מינויו עורר מיד חרדה עמוקה בקרב האליטות המשפטיות. תוך זמן קצר לאחר מינויו החלה מתקפה כוללת על פרופ' פרידמן. מפברואר 2007 עד ספטמבר 2007 פורסמו יותר ממאה כתבות בעתונות הכתובה התוקפת אותו בגין כל הצעותיו, כולל

החלטותיו כדי להגן על בית המשפט מפני מבקריו, אך כאשר התברר שההתנגדות לבית המשפט העליון אינה רצינית ושלא חל שינוי של ממש במרכזי הכוח בחברה הישראלית, נוצרה מחדש הנכונות לבדוק את השאלות הרלוונטיות לגופו של עניין. והנה פלא, כאשר ההלכות נבדקו בלא חרדה ובאופן אובייקטיבי, מתברר שהן מעוררות שאלות לא פשוטות.

סיכומו של דבר, אחרי המהפך השלטוני של 1977 התחדש המאבק על דמותה של מדינת ישראל. הקבוצות השולטות ראו במהפך השלטוני משום קריאת תיגר על ערכי המשפט. בשנים שחלפו התברר שהחששות מהמהפך היו מוגזמים. מרכזי הכוח נותרו בידי הכלכלה, התקשורת והמשפט. בנסיבות אלו חוזרים לערכים אחרים, חשובים לא פחות, של ודאות משפטית, יציבות משפטית והכרה באוטונומיה של הפרט. מה שהשתנה בשנות האלפיים לעומת שנות השמונים הוא שהקבוצות השולטות בישראל שוב אינן חוששות למעמדן. השינויים התכופים בתוצאות הבחירות לא החלישו את מערכת המשפט אלא העצימו את כוחו של בית המשפט העליון. בנסיבות אלו, הקהילייה המשפטית שוב אינה רואה הצדקה לתת שיקול דעת כה נרחב לבית המשפט, והיא מעדיפה בתחום דיני החוזים את הביטחון המשפטי, את היציבות ואת תוכן החוזה כפי שנוסח על ידי הצדדים.

פרק ט – צמצום האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים –

האומנם מטרה שניתן להשיגה?

בחלק הראשון של המאמר ראינו כי האקטיביזם השיפוטי הוא המגמה המובילה בדיני חוזים בישראל.³⁰⁴ אקטיביזם זה בא לידי ביטוי בנכונות בית המשפט להתערב בתוכן

ההצעות המתונות ביותר. זו דוגמה נוספת לחרדת האליטות מפני האפשרות לפגיעה כלשהי במעמדן. לרשימה חלקית של עשרות כתבות בנושא ראו באתר (תגית חיפוש דניאל פרידמן): www.themarker.com/web2/tags.jhtml (נבדק ב-10.10.07). יש לציין כי עשרות פרופסורים למשפטים התארגנו להתקפות אישיות כנגד פרופ' דניאל פרידמן בעצומות ובכתבות בעתונות. לדוגמה אחת מיני רבות ראו, פרנסיס רדאי "המקיאולזים של דניאל פרידמן" *Ynet* (10.8.07) <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3444129,00.html> (נבדק ב-10.10.07). בין התוקפים שופטים של בית המשפט העליון בדימוס, פרופ' יצחק זמיר "הרשות השופטת: מהי? האם היא עצמאית? מי עומד בראשה?" *מאזני משפט ו* (תשס"ז) 105 התוקף בחריפות את משנתו של פרופ' דניאל פרידמן. ראוי לציין כי יש גם פרופסורים התומכים בהצעותיו של פרופ' פרידמן לגופו של ענין. ברור שניתן לחלוק על עמדותיו של פרידמן, אך הצורה שדבר נעשה, ההתלהטות, ההתלהמות והעצומות כולם מעידות על חרדה עמוקה בדומה לזו שהיתה באליטה המשפטית בשנות השמונים. אך לא המגמה היחידה. ראו לעיל פרק ה המביע על כך שבמקרי פגמים בכריתת חוזה הנטייה הייתה לפסיביות משפטית וזאת בשל המגמה להרחיב את החבות החוזית, שגם בה ניתן לראות סוג של אקטיביזם שיפוטי. וראו לעיל הערה 196 על המגמה לקלוט את הכלל "לא נעשה דבר" כבסיס לביטול ההתחייבות שנתנה גם כאשר כצד השני, לא ידע על קשיי המתחייב.

החווה, בנכונותו לסטות מתקדימים קיימים, ובנכונותו לתת משקל קטן יותר ללשון החווה וללשון החוק ולעצב מחדש את דיני החוזים. הצבענו על כך שהשאלה העיקרית אינה אם בית המשפט אקטיבי או פסיבי בדיני חוזים, אלא אם הפסיקה מקדמת את התכליות והמטרות של דיני החוזים. הצגנו כמודל את סעיף התכליות של תזכיר חוק דיני ממונות (סעיף 1 להצעה). מודל זה נבחר לא בשל המשקל המיוחד שיהיה בעתיד לקודקס האזרחי, אלא בשל כך שהוא מגבש את המשפט הנוהג בדיני חוזים ופועל בעניין זה כ-*Restatement*. לחלק מהתכליות שהוצגו הצענו מדרג רלוונטי לדיני חוזים כדלקמן: בראש וראשונה הגנה על ציפיות הצדדים ועל הסתמכותם הראויה של הצדדים על החווה. במקום השני קידום הביטחון, הוודאות והיעילות במשפט ורק במקום השלישי הבטחת צדק, הגינות וסבירות. מדרג זה רלוונטי כמובן לחוזים שבהם יש עמדה מאוזנת לצדדים ולחוזים מסחריים, אך לא לחוזים צרכניים או לחוזים אחידים.³⁰⁵

פסיקת בית המשפט העליון בשלושת העשורים האחרונים נטתה בכיוון האקטיביסטי, היינו נטתה לתת משקל יתר לשיקולי צדק ויושר על חשבון הביטחון והיציבות החוזית ובכך התערעה הוודאות החוזית. הדבר בא לידי ביטוי בסוגיות רבות בדיני חוזים, כגון תרופת האכיפה בגין התנהגות בחוסר תום לב במשא ומתן, הכפפת דיני התרופות החוזיות לתרופות בגין עשיית עושר ולא במשפט, צמצום דרישת המסוימות בכריתת חווה, ביטול תורת שני השלבים בפרשנות חווה ושימוש נרחב בתקנת הציבור לביטול תנאים מקפחים בחוזים. הרחבת שיקול הדעת השיפוטי של בתי המשפט בסוגיות אלו ועוד רבות אחרות³⁰⁶ מערערת את הביטחון ואת הוודאות המשפטית, שהם תנאים חיוניים בחוזים עסקיים ומסחריים. גם התוצאות שאליהן הגיעו בתי המשפט לא היו בהכרח התוצאות הראויות בנסיבות המקרה,³⁰⁷ דבר המערער עוד יותר את ההצדקה לפגוע בביטחון ובוודאות החוזית.

חשוב לחזור ולציין כי האקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים היה תמיד סלקטיבי והיו

305 ראו דויטש, לעיל הערה 16, ודויטש לעיל הערה 33, בע' 118–128 "הסברים לדיני הגנת הצרכן: סיכום ביניים" ובמיוחד שם, בע' 114–126 "מטרות דיני הגנת הצרכן: הגנת ערכים חברתיים, הגנת ציפיות הצדדים, כשלי שוק, צדק חלוקתי וחוסר שוויון" וכן שם, בע' 317–349. גם בחוזים אחידים יש הצדקה להתערבות הרשויות ובתי המשפט, ראו: Sinai Deutch "Standard: Contracts-Methods of Control: The Conceptual Framework of the 1982 Law" 7 *Tel Aviv Stud. L.* (1985) 160. וראו גם סיני דויטש "חוק החוזים האחידים: כישלון ולקחים לעתיד" מחקרי משפט א (תש"מ) 62. וראו גם לוסטרוויז ושפניץ, לעיל הערה 45, בע' 15–18.

306 כמה דוגמאות: צמצום דרישת הכתב בעסקאות מקרקעין כאשר אחד הצדדים התנהג בחוסר תום לב (עניין קלמר, לעיל הערה 243); טשטוש ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי (עניין קסטנבאום, לעיל הערה 148, בע' 530); התערבות בהחלטה אקדמית של אוניברסיטת תל-אביב בדבר הכרה בלימודים קודמים (עניין שני, לעיל הערה 166), וראו ביקורת על עניין שני בפרידמן וכהן, לעיל הערה 13, כרך א בע' 336.

307 ראו טיעונו של פרופ' דניאל פרידמן, שפסיקה לא פורמלית לא בהכרח מביאה לידי תוצאות טובות יותר, לעיל טקסט נלווה להערות 228–235.

תחומים שבהם הפסיקה הייתה שמרנית למדי.³⁰⁸ מכל מקום, באותם תחומים שבהם הייתה התערבות יתר, יש מקום לשקול מחדש אם ההתערבות לא הייתה מרחיקת לכת ואם אין הצדקה בחלק מהמקרים לחזור לערכים אחרים, חשובים לא פחות, כגון ההגנה על ציפיות הצדדים לחוזה וקידום הביטחון, הוודאות והיעילות במשפט. ניתן להבטיח ערכים אלו באמצעות חזרה לרמה גבוהה יותר של דרישות פורמליות. יש להדגיש שאין הכוונה לזנוח שיקולים של הגינות, צדק ויושר, וכמובן אין לזנוח את הגנת הצד החלש בעסקה ואת מניעת הפגיעה בתקנת הציבור. השוני המוצע הוא שההתחשבות בשיקולים אלו תיהפך ליוצא מן הכלל ולא לכלל. במקרים רגילים יש לתת משקל לדרישות פורמליות³⁰⁹ של דיני כריתת חוזה, פרשנות חוזה ותרופותיו.

הצעתי למתן את הגישה האקטיביסטית לדיני חוזים ברוב התחומים תחייב נסיגה מסוימת מהלכות שנקבעו, אך אין בכך כל חידוש, שכן המשפט הוא מעגלי ותופעות משפט שונות מגיעות לשיא ולאחר מכן נסוגות במקצת. על התופעה של המעגליות במשפט כבר נכתב לפני שנים רבות³¹⁰ והדבר נכון גם כיום.³¹¹

יש מקום לבחון מחדש הלכות שהתקבלו בשנים האחרונות, כמו המשקל שיש לתת ללשון החוזה לעומת המשקל של הנסיבות,³¹² ולאמץ את הגישה שבחוזים מסחריים יש לתת את המשקל העיקרי ללשון החוזה כמבטאת את הסכמת הצדדים, ורק במקרים קיצוניים לתת לנסיבות משקל גדול יותר ממשקל לשון החוזה. הוא הדין בסעדים בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן. הסעד בשל חוסר תום לב צריך להיות פיצויים ולא אכיפה.³¹³ פיצויים חיוביים ראוי שיהיו הסעד במקרים יוצאים מן הכלל

308 ראו לעיל פרק ה.

309 ראו פרידמן, לעיל הערה 1, בע' 6.

310 ראו: Nathan Isaacs "The Standardizing of Contracts" 27 *Yale L. J.* (1917) 34. וראו במיוחד: "The cycles of legal history" (*id.* at pp. 40–45).

311 ראו לעיל טקסט ליד הערות 258–280 על הפורמליזם במשפט האמריקני – וראו במיוחד את מאמרו של Charny, *supra* note 269. ראו את מאמרו של Movsesian, (*Movsesian, supra* note 272 ו-*supra* note 273) שבהם הוא מסביר שהגישה הפורמליסטית לחוזים בארצות הברית שלטה בשנים 1870–1930. משנות ה-30 למאה ה-20 ואילך שלטה הגישה האנטי-פורמליסטית בדיני חוזים, ובעשור האחרון הולכת ומתגבשת גישה שהיא אנטי-אנטי-פורמליסטית.

312 ראו לעיל פרק ד סעיף (ד) "פרשנות חוזה – ביטול הלכת שני השלבים" המתייחס לפסקי הדין בעניין אפרופים ובעניין ארגון מגדלי ירקות, טקסט נלווה להערות 115–135.

313 בתזכיר חוק דיני ממונות, לעיל, הערה 40, מוצע לאחד במידה רבה את התרופות החוזיות והנזיקיות. הפרק השני לחלק המשנה השישי דן באכיפת חיובים וקובע בסעיף 448 את הזכות לאכיפת חיוב במגבלות שונות. שוב אין הוראה מיוחדת לאכיפת חוזה, אלא אכיפת חיובים באופן כללי. וראו מיגל דויטש, לעיל הערה 41, בע' 301–302, שלדעת מנסחי הקודקס האזרחי המוצע אין הצדקה מספקת להבחנה בין חוזים לבין נזיקין בעניין זה. עם זה קובע סעיף 99(ב) לתזכיר החוק כי הסעד בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן החוזי הוא סעד פיצויים בגין הנזק שנגרם במשא ומתן. אין כל קושי להגיע לתוצאה שהוראת סעיף 99(ב), שהיא הוראה מיוחדת, תגבר על ההוראות הכלליות של תרופות בגין הפרת חיוב.

בלבד. דרישת המסוימות חשובה לוודאות של כריתת חוזה, ואין לצמצם את תחולתה למינימום, אף כי הגיוני שלא להטיל דרישות פורמליות מדי כתנאי למתן תוקף להסכם שבין הצדדים. אין סיבה לחזור לפורמליזם של המאה ה-19, כשם שאין סיבה להתנער מדרישות של ביטחון וודאות משפטית בכריתת חוזים. סיכומו של דבר, יש להקנות משקל חשוב לשיקולים של הוגנות וסבירות גם בידיני החוזים,³¹⁴ אך יש לאזן שיקולים אלו עם שיקולים חשובים יותר כגון ציפיות, הסתמכות הצדדים, וכן הצורך בקידום הביטחון, הודאות והיעילות בידיני החוזים. שינויים אלה עשויים להביא לידי פורמליזם חדש בידיני החוזים בדומה להתפתחות שעובר המשפט האמריקני בעשור האחרון.³¹⁵ שינויים אלו אינם דורשים שינויי חקיקה. כשם שחידושי הפסיקה בידיני חוזים בעשורים האחרונים אינם מעוגנים בתיקוני חקיקה, כך גם שינוי מגמה בנושאים אלו אינו דורש שינויים בחקיקה. דיני חוזים הם "משפט לעורכי דין" והם מיזם משותף של החקיקה והפסיקה. לאור הדברים שהוצגו במאמר ראוי לבצע שינוי הדרגתי, שקול ומתון בכיוון של הבטחת ביטחון וודאות רבים יותר בחוזים על חשבון צמצום שיקול הדעת של בית המשפט. הכרה רחבה יותר בחופש החוזים ומתן משקל עיקרי לציפיות הצדדים ולהסתמכות על החוזה היא צעד נכון בכיוון של מימוש תכליות ומטרות דיני החוזים.

שינויים אלו אינם פשוטים. ראשית, כפי שציינתי בחלק הראשון של המאמר, חידושי פסיקה אלו החלו עוד בסוף שנות השבעים.³¹⁶ דור שלם של שופטים ומשפטים גדלו על ברכי גישה זו. קשה יהיה לשנות מה שהשתבש. שנית, שינוי זה תלוי כולו בשופטים והוא יכול להיעשות אך ורק על ידי השופטים עצמם. ציינתי שהשינוי צריך לבוא באמצעות הפסיקה ולא בדרך של חקיקה. השופטים התרגלו, כחלק מהאקטיביזם השיפוטי, למידה רבה של שיקול דעת שיפוטי בידיני חוזים. לשון החוקים היא כללית ומאפשרת פירושים שונים. לשון החוזה כפופה גם היא לפרשנויות שונות. שינוי המגמה יחייב את השופטים לקבל עליהם ריסון שיפוטי רב יותר. קשה לראות כיצד דבר זה קורה, וברור שאין לו סיכוי אלא אם כן השופטים ישתכנעו שדרך זו ראויה יותר לפרשנות חוזים ולפרשנות החוק מן הדרך המקובלת בשנים האחרונות. שלישית, אימוץ גישה של פחות אקטיביזם שיפוטי תדרוש גם היא בשלבים הראשונים גישה אקטיבית של שינוי הלכות קיימות. מצב זה יוצר פרדוקס, שכן הנסיגה מאקטיביזם שיפוטי תהיה היא עצמה סוג מסוים של אקטיביזם שיפוטי,³¹⁷ אולם כפי שציינתי בפרק השני למאמר, הקושי אינו באקטיביזם השיפוטי, שכן יש אקטיביזם שיפוטי ראוי (פרק

314 משום כך יש חשיבות לחידושי הפסיקה בסוגיות כגון שיערוך באכיפה ואכיפה בקירוב. ראו לעיל פרק ג.

315 ראו לעיל טקסט נלווה להערות 258–280.

316 ראו לעיל הערות 212 ו-213.

317 ראו לעיל הערה 27 ור-29 וטקסט נלווה להערות אלו המציג הגדרות של אקטיביזם שיפוטי של השופט ברק ופרופ' דניאל פרידמן.

ג) ויש פסיביות שיפוטית שאינה ראויה.³¹⁸ המבחן הוא אם האקטיביות או הפסיביות מקדמים את המטרות ואת התכליות של דיני החוזים. ולפיכך אם השינויים ההדרגתיים שיאומצו בפסיקה יקדמו את דיני החוזים, הרי שיש לראות בכך רק ברכה, אף שגם גישה זו היא אקטיביסטית.

רביעית, חלק מחידושי ההלכות ומהאקטיביזם השיפוטי בדיני חוזים נבעו ממגמה כללית להרחיב את החבות החוזית.³¹⁹ שינוי מגמה בתחום זה, לפיו לא כל הסכמה וסיכום ייצרו חוזה,³²⁰ ידרוש שינויים בחשיבה על מטרות דיני החוזים. לדעתי, לא מועיל ולא רצוי ליצור חוזה עבור הצדדים כאשר הם עצמם טרם גמרו בדעתם וטרם סיכמו ביניהם להיות קשורים בחוזה. גם אין טעם להרחיב את סעדי החוזה מעבר לנזקים שהפרתו גורמת, אלא אם כן הייתה כוונה רעה בהפרה, המצדיקה פיצויים עונשיים.³²¹ חמישית, חלק מחידושי הפסיקה אומצו לכאורה בתזכיר חוק דיני ממונות. האם אימוץ הפסיקה בחוק דיני ממונות יהיה סיבה שתצדיק שלא לשנות את רוח הפסיקה בנושאים הרלוונטיים? הטיעון יהיה שאין לראות עוד בפסיקה הקיימת פסיקה אקטיביסטית שכן היא קיבלה אישור בחוק. לדעתי, השינויים בקודקס המוצע לא ישפיעו על הגישה האקטיביסטית או המרוסנת לדיני החוזים. השינויים בדיני החוזים בעקבות הקודקס הם מועטים יחסית וברוב הסוגיות שנידונו במאמר זה³²² לא חלו שינויים בהצעת הקודקס. גם בסוגיות שבהן חל שינוי, עדיין נותר מקום רב לפרשנות בית המשפט וניתן לפרשם בדרך אקטיביסטית או בדרך פסיבית. ניתן לפרש את ההוראות תוך מתן משקל גדול יותר לרצון הצדדים או מתן משקל גדול יותר למעורבות בית המשפט.

318 ראו לעיל פרק ה על הפסיביות השיפוטית בדיני פגמים בכריתה וסוגיות אחרות, וביקורת על גישה זו לעיל טקסט נלווה להערות 178–188.

319 ראו רנר, לעיל הערה 86, וכן טקסט נלווה להערות 182–186.

320 ראו לעיל טקסט נלווה להערות 104–114 על צמצום הדרישה למסוימות וגמירת דעת וביקורת על גישה זו. ראו לעיל הערה 306 סוגיות נוספות בכיוון זה, וראו לעיל טקסט נלווה להערות 153 ו-164 המתייחסות לפסק הדין בעניין לויץ, לעיל הערה 153, וכן טקסט נלווה להערות 82–86 על חוסר תום לב במשא ומתן כבסיס לאכיפת הסכם אף שהצדדים טרם הגיעו לידי הסכמה.

321 סעיף 462 לתזכיר חוק דיני ממונות, מאפשר פיצויים לדוגמה: "בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנוק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון". זה סעיף חדש שאינו קיים בחוק הקיים. הסעיף מקנה לבית המשפט שיקול דעת להורות על פיצויים לדוגמה כאשר ההפרה הייתה בזדון. בנוסח קודם של הצעת הקודקס משנת 2004 הוגדרו פיצויים אלו בסעיף 564 של ההצעה כפיצויים מוגברים. הנוסח שהוצע בזמנו היה בעייתי במובנים שונים ובעקבות הביקורת הנוסח שונה. ראו מיגל דויטש לעיל הערה 41, בע' 359–363 ובמיוחד סעיף 5.72.

322 מתוך אחת עשרה סוגיות שנידונו בפרקים ג, ד וז למאמר זה, רק בשלוש מוצעים שינויים בתזכיר חוק דיני ממונות לעומת הדין הקיים בחוקי החוזים. סוגיות אלו הן: פרשנות חוזה, תחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט על תרופות חוזיות ודיני סיכול. בשתי הסוגיות הראשונות תיבחן השאלה אם השינויים בקודקס המוצע יחייבו אימוץ הפרשנות האקטיביסטית. השינויים בתרופות הסיכול, המפורטות בסעיפים 131–137 לתזכיר חוק דיני ממונות, מביאים לידי ביטוי שינויים שזמנם הגיע זה מכבר. שינויים אלו נועדו לתת פתרון לפסיביות המשפטית המוגזמת של בית המשפט בנושא זה.

שתי סוגיות שבהן מוצעים שינויים בתזכיר חוק דיני ממונות יבהירו את האמור. בנושא של פרשנות חוזים, אחד הכללים הטעונים ביותר הוא תורת שני השלבים בפרשנות חוזה. למרות הוראת סעיף 25(א), ש"חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות", בוטלה תורת שני השלבים ואומצה במקומה בפסיקה גישה של פרשנות בשלב אחד ושל התחשבות בו בזמן הן בחוזה והן בנסיבות.³²³ לכאורה אומצה בסעיף 123(א) לתזכיר חוק דיני ממונות התורה של פרשנות בשלב אחד המשלבת את ההתחשבות בלשון החוזה ובנסיבות העניין: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין". לדעתי אין בכך קושי של ממש. אם היה ניתן לפרש את סעיף 25(א) לחוק החוזים הכללי כהוראה המאפשרת התחשבות בנסיבות בד בבד עם ההתחשבות בלשון החוזה, וזאת למרות מילותיו המפורשות של החוק, אין דבר המונע מבתי המשפט לפרש את סעיף 123(א) בשיטה של שני שלבים, ולצמצם את ההתחשבות בנסיבות למקרים שבהם החוזה אינו ברור.³²⁴ שינויים בחקיקה לא תמיד מובילים לתוצאות שונות והדבר תלוי בסופו של דבר בכל מקרה בפרשנות שניתנת להוראות החוק בבתי המשפט.³²⁵

הדוגמה השנייה היא תחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט על דיני התרופות החוזיות. הנושא נידון בפסקי דין רבים והעמדה שהתקבלה הייתה שיש מקום להכפיף את דיני התרופות החוזיות לדיני עשיית עושר ולא במשפט.³²⁶ ניתן לטעון שהנושא הוכרע בסעיף 495 לתזכיר חוק דיני ממונות הקובע: "פרק שני: עשיית עושר ולא במשפט בחלק משנה רביעי (סעיפים 411–420) יחול על הזכות להשבה, בכפוף להוראות פרק זה". סעיף 495 הוא המשכו של סעיף 494 הקובע את הזכות להשבה בעקבות ביטול חוזה. הוראות סעיף 495 הם המשך סעיף 412 לתזכיר החוק הקובע

323 ראו במיוחד את ביקורתה של שלו, לעיל הערה 122.

324 פרשנות זו לא תסתור את לשון הסעיף המוצע, גם אם יתקבל, מאחר שבכל מקרה יש לפרש את החוזה לפי אומד דעת הצדדים בראש וראשונה מתוך החוזה עצמו ורק לאחר מכן מנסיבות העניין, אך גם כאן לפי אומד דעת הצדדים. סדר הדברים בסעיף המוצע הוא תחילה לשון החוזה ולאחר מכן הנסיבות. ההצעה שהפרשנות תהיה בראש וראשונה מתוך לשון החוזה גם כאשר אין מתעלמים מנסיבות העניין היא פרשנות ראויה של הסעיף המוצע והיא גם מעוגנת בתכלית של ציפיות הצדדים והסתמכותם על החוזה.

325 דוגמה מתחום שונה לחלוטין היא הפרשנות שניתנה בבית המשפט העליון לחוק יסודות המשפט, תשמ"מ–1980. סעיף 1 לחוק קובע שיש להכיר במורשת ישראל כמקור משפט משלים לשאלות שאין עליהן תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש. למרות שמו המרשים של החוק, "יסודות המשפט", כמעט מעולם לא נעשה בו שימוש, שכן בדרך של פרשנות הפכו את החוק להוראה שאין מתחשבים בה כלל. ראו לדוגמה, אהרן קירשנבאום "חוק יסודות המשפט: מציאות וציפיות" עיוני משפט יא (תשמ"ז) 117; אהרן ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 265; מנחם אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי (תשמ"ז) 227. וראו גם סיני דויטש "הפניה למורשת ישראל מכח חוק יסודות המשפט" הקונגרס העולמי העשירי למדעי היהדות (תש"ן) 328.

326 ראו לעיל הערות 91 ו-92. וראו ביקורת על גישה זו, לעיל הערה 93.

גם הוא כי "הוראות פרק זה (עשיית עושר ולא במשפט) יחולו גם על חיובי השבה הקבועים בפרקים אחרים בחוק זה, בכפוף להוראות שבאותם פרקים". לכאורה הוויכוח הוכרע בהוראת חוק מפורשת (אם תתקבל), ועמדת הרוב בפסיקה תהיה גם עמדתו של החוק החרות.³²⁷ אולם ניתן לטעון כי הוראה זו מוגבלת לסוגית ההשבה בלבד,³²⁸ וכאשר התביעה היא לפיצויים, יש להגבילם לפיצויים חוזיים ולא להשבת פירות ההפרה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.³²⁹ אין כל ודאות שאכן כך ינהגו בתי המשפט בעתיד, אך השינוי בחוק לא ימנע את בתי המשפט מלחזור לכלל הקודם, לפיו בתביעה חוזית יש לצמצם את סוג התרופה לתרופות החוזיות למעט מקרים נדירים ויוצאי דופן.³³⁰

עולה מכאן, כי הקודקס האזרחי המוצע אינו מונע את האפשרות לחזור לכללים הקודמים של דיני החוזים שבמרכזם יציבות, ודאות וביטחון משפטי. איני מציע לחזור לפורמליזם הקלאסי של המאה ה-19, אלא לפורמליזם החדש שמבטיח מצד אחד ביטחון וודאות משפטית, אך מותיר בכל זאת מקום לבית המשפט להתערב במקרים קיצוניים משיקולים הכרחיים של סבירות והגינות.³³¹ ניתן לחשוב על מקרים המצדיקים סטייה מלשון החוזה, אך הדבר צריך להיעשות במשורה ובמקרים קיצוניים.³³² ראוי לחזור ולציין כי גם לדעת המיעוט בעניין ארגון מגדלי ירקות³³³ יש מקום להלכת עניין אפרופים,³³⁴ הכוללת התחשבות גם בנסיבות המקרה. הוויכוח נגע למידת ההתחשבות

327 עמדת הרוב בפסיקה היא שיש מקום לתחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט על דיני ההשבה החוזיים. ראו עניין גינזברג, לעיל הערה 92; ע"א 9371/00 אלבשאהר לעידוד תיירות בע"מ נ' קוסטודיה פריסיקה דה טרה סנקטה, פ"ד נו(4) 798 (2002); ע"א 5393/03 פרגי נ' מיטל, תק"על 2005 (1) 452. עמדה זו נקלטה בהצעות הקודקס. ראו דויטש, לעיל הערה 41, בע' 372–373.

328 ראו דויטש, שם, בע' 116 טקסט נלווה להערה 418, שההוראה מוגבלת לחיובי השבה בלבד. וראו גם שם, בע' 372–373.

329 לדיון מעניין בשאלת הזכות לפירות ההפרה כחקיקה שיפוטית, ראו דגן, לעיל הערה 93. הוא מצביע על סוגיה זו כמעבר של המשפט הישראלי מתורת משפט של כללים לתורת משפט של טעמים ובוחן חידוש זה לאור הכללים של יעילות, התעשרות שלא כדין, זכויות קניין, קיום הבטחות, תום לב וקוהרנטיות במשפט.

330 ראו פרידמן מהדורה שנייה כרך ב, לעיל הערה 89, בע' 776–789 התומך בעיקרון בגישה של תחולת דיני עשיית עושר על דיני ההשבה. אולם לדעתו יש לצמצם את תחולת הגנת הצדק למקרים נדירים ביותר מאחר שקיימת הודיות בהשבה החוזית. נראה שזו עמדתו, בדרך כלל, בנוגע לשקילת שיקולי צדק כאשר הם פוגעים ביציבות ובוודאות. ראו פרידמן, לעיל הערה 1.

331 פרידמן, לעיל, הערה 1, בע' 2, 5–6.

332 ראו פרידמן, לעיל הערה 122, בע' 231–235. לדעתו ישנם טקסטים ברורים והוא דוחה את הגישה שכל טקסט אינו ברור לפחות בכל הנוגע לחוזים מסחריים או חוזים בין צדדים במעמד שווה. אשר לחוזים אחידים או חוזים בין ספק ללקוח, הדין שונה (ראו שם, בע' 289–292).

וראו גם שם, בע' 242–248.

333 ראו לעיל הערה 135 בסופה.

334 ראו לעיל הערות 120–131.

בנסיבות לעומת ההתחשבות בלשון החוזה. גישה זו מתאימה יותר לתכליות ולמטרות של דיני החוזים.

לנוכח כל הקשיים שהוצגו, האם יש סיכוי שיחול שינוי במגמות הפסיקה של בית המשפט העליון? לא ניתן לשער מראש מה יהיו ההתפתחויות בעתיד והכול תלוי בשופטי ישראל. הדבר אפשרי. הוא אינו מנוגד לעקרונות היסוד של דיני החוזים, אלא להפך, הוא מחזק אותם. הוא גם אינו מנוגד למגמות החדשות בשיטות משפט אחרות.³³⁵ יש לקוות שהעמדות שהוצגו בכתיבה האקדמית החדשה³³⁶ יבואו לידי ביטוי גם בפסיקת בית המשפט העליון בתחום דיני החוזים בשנים הקרובות.

הערה לפני סיום, במאמר כמעט לא התייחסתי לחוזים צרכניים ולחוזים אחידים. בסוגי חוזים אלו המבחן לדעתי צריך להיות שונה, וכאן יש מקום לתת פרשנות אובייקטיבית יותר,³³⁷ ולתת משקל גדול יותר לשיקולים של הגינות וסבירות ופרשנות כנגד המנסח.³³⁸ בחוזים כלליים ומסחריים, מכל מקום, יש לצמצם את האקטיביזם השיפוטי בדרך כלל.³³⁹

סיכומי של דבר, האם ראוי לצמצם את האקטיביזם השיפוטי בידיני חוזים? – התשובה היא חיובית. האם ניתן לצמצמו? – התשובה היא חיובית. האם הדבר אכן יקרה? – הדבר תלוי בשופטי ישראל ואין כל אפשרות לצפות את העתיד. מטרתו של המאמר הייתה להצביע על הדרך הראויה. שופטי ישראל בבית המשפט העליון הם שיחליטו אם להרים את הכפפה.

335 ראו פרק ח (ג) "הפורמליזם החדש בידיני חוזים בארצות הברית בעשור האחרון" לעיל תקסט נלווה להערות 257–280.

336 בנוסף למאמר זה, מאמר מאוטנר, לעיל הערה 1; פרידמן, לעיל הערה 1; ושלו בספרה החדש שלו, לעיל הערה 13.

337 ראו סיני דויטש, לעיל הערה 33, בע' 432, שם כתבתי שנראה לי שבחוזים צרכניים קשה מאוד לאתר כוונה משותפת לצדדים, ולפיכך יש יותר חשיבות לפרשנות אובייקטיבית. וראו שם, בע' 431–441. וראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003) 254, 396 שכתב שלחוזה צרכני ייחוד משלו. מתבקש איזון מיוחד בין הצרכן לבין העוסק ואיזון זה ניתן להשיג באמצעות דיני הפרשנות. בפירושו של חוזה צרכני יש לתת משקל כבד לתכלית האובייקטיבית של החוזה, וזאת בהסתמכות (שם, בהערה 57) על דויטש, שם, בע' 432. השופט ברק מעלה ספק אם דין זה כבר קיים בשיטה. וראו גם ברק, שם, בע' 395–396, שם נכתב שבחוזים אחידים ובחוזים צרכניים אין לתת משקל כבד לתכלית הסובייקטיבית. וראו שם, בהערה 122. וראו גם דניאל פרידמן לעיל הערה 122, בע' 289–292.

338 תחום שבו גישה זו כבר התקבלה הוא התחום של פרשנות פוליסות ביטוח. ראו דודי שוורץ וריבי שלינגר דיני ביטוח (2005) 299–355. העמדה של התחשבות בצד החלש התקבלה במידה רבה בסעיף 122(ד) לתזכיר חוק דיני ממונות, לעיל הערה 40, הקובע כי: "חוזה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש כנגדו עדיף על פני פירוש לטובתו".

339 גם כאן יש מקום ליוצאים מן הכלל כמו הפרשנות במקרים של פגמים בכריתת חוזה. הריסון השיפוטי כאן גדול מדי וניתן תוקף לחוזים שספק אם היה מקום לתת להם תוקף. ראוי לבחון שאלות אלו ביתר תשומת לב.

