

אפרופו אפרופים

מאת

ברכיהו ליפשיץ*

א. מטרת התיקון

הצעת החוק, הנושאת את הכותרת הסתמית הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 3) התשפ"ד-2024,¹ היא למעשה הצעה מעניינת במיוחד ויש לעיין בה.

המציעה, ממשלת ישראל, מצהירה בדברי ההסבר להצעה, שמטרת התיקון היא "לקבוע כללי פרשנות מותאמים לחוזים עסקיים אל מול חוזים אחרים [...] וזאת כדי להביא לוודאות רבה יותר בעולם העסקי ולסייע בהפחתת העומס בבתי המשפט". כלומר, ההצעה מכירה בכך שלפי המצב המשפטי כיום אין די ודאות בעולם העסקי, ובוודאי שלא בעולם ה"לא-עסקי", וכי הדבר מביא לעומס יתר בבתי המשפט. אכן, אלו טענות שעורכי הדין שעסקו בעריכת חוזים הרבו להעלות, ואף שהם עשו כל מאמץ לנסח חוזה באופן שבו כוונות הצדדים ואומד דעתם בדרך הברורה ביותר יובעו מתוך הלשון לבדה, הרי שהם הקפידו לציין בפני הלקוחות שבסופו של דבר אין לדעת מה יעשה בית המשפט. מכיוון שכך, מי שלא נחה דעתו מן התוצאות שבאו לאחר כריתת החוזה פנו לבית המשפט כדי שזה "יפרש" את החוזה לפי טענותיהם החדשות, שלא הובעו בנוסח החוזה עצמו, וכך התרבו אי-הוודאות והעומס על בתי המשפט.

* פרופסור (אמריטוס) ודיקן לשעבר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; חתן פרס א.מ.ת. למשפט עברי.

1 הצעת חוק הממשלה, מס' 1707, מיום 24.01.2024.

ב. איך הגענו עד הלום?

מהו המצב המשפטי שבשלו באו הדברים הבלתי רצויים הללו? עד למתן פסק הדין בעניין אפרופים,² נהגו הכול לפי האמור בסעיף 25(א) לחוק המקורי: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות". כלומר, הלשון היא העיקר, והיא נותרת העיקר גם אם חלק ממה שהיה בדעתם של הצדדים להביע בה נותר עמום, ובמידה זו בלבד אפשר להיעזר בנסיבות כריתת החוזה. כידוע, למרות השיבוש הנוהג, "במידה ש-" איננה לשון תנאי אלא לשון תיאור מידה.

בהלכת אפרופים חלק בית המשפט על עצם האפשרות להבדיל בין הנסיבות לבין הלשון, ובדוגמאות קיצוניות, כרגיל אצל ה"פרשנים", סבר להוכיח זאת, אך לא הוכיח דבר. בין כך ובין כך, מכיוון שהוראת המחוקק לא נראתה בעיניו כי ההוראה מגבילה את שיקול דעתו של השופט בענייני פרשנות על ידי שהיא מורה לו כיצד לפרש ודבר זה לא יעלה כלל על דעתו של בית המשפט, כי בכך יינטל ממנו הכוח של הפרשנות, ביטל בית המשפט את הוראת המחוקק ואת "תורת שני השלבים" שנהגה עד כה, והמניחה שאפשר לבחון את הלשון גם ללא הנסיבות שקדמו לכריתתו של החוזה, וקבע:

"כי יש לבחון את הנסיבות והלשון יחד, ומתוך הבחינה המשולבת הזאת לפרש את החוזה, וזאת מתוך מתן עדיפות לאומד דעתם של הצדדים העולה מלשונו הרגילה והטבעית של החוזה. עוד נקבע, שכאשר לא ניתן להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים לחוזה הקונקרטי, יש לפנות לתכלית המקובלת וההוגנת של חוזים דומים, שהיא התכלית האובייקטיבית, בהתחשב בזהות הצדדים ומאפייניהם של אנשים סבירים בנעליהם, תוך היעזרות בעקרונות משפטיים כגון סבירות ותום לב".³

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

3 מתוך דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1.

התוצאה המעשית הייתה, שסעיף 25 לחוק הוחלף בהנחיות שנקבעו בפס"ד אפרופים!

כפי שעולה עוד מדברי ההסבר, בפסיקה מאוחרת יותר הדגישו חלק מהשופטים "שהמטרה העליונה של פירוש החוזה היא בירור כוונת הצדדים לחוזה והדגישו את מעמד הבכורה של לשון החוזה והזהירו מפני הפיכת בית המשפט למעין צד לחוזה, תוך פגיעה באוטונומיה של החוזה".⁴

המחוקק סבר שמן הראוי לקבוע ההוראה שונה מזו של הלכת אפרופים ולכן העז לתקן את סעיף 25 לחוק, כדי להשיב אל מקומה את כוונתו המקורית, ולאחר מאבק עם נציגי הפרקליטות נוסחו של הסעיף הוא זה: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין. ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו". הסיפא בא כעת בלשון תנאי ("ואולם"), ונדרש שהשתמעות מתוך "לשון החוזה" תהיה "במפורש".

עד כמה עלה רצונו בידי של המחוקק? בפסק דין שניתן לאחר התיקון הנ"ל, "עמד בית המשפט העליון על משמעותו של תיקון מס' 2 וקבע כי גם לאחר תיקון החוק הלכת אפרופים עומדת בעינה".⁵ זהו פסק דין שתכליתו הברורה והמתריסה הייתה להותיר את הלכת אפרופים על כנה. בית המשפט מדגים לכול את יכולתו "הפרשנית" בדרכים הקלאסיות, תוך שימוש מוקפד בדברי הכנסת ובלשונם של הנוסחים שקדמו לנוסח הסופי של הסעיף, וכל זאת למרות הכרזותיו של בית המשפט בעניינים קודמים שדברי הכנסת וההסברים שניתנו להצעת החוק אינם יכולים לשמש יסוד לפרשנות, שהיא מוגבלת ללשון החוק ולתכליתו כפי שיקבעו אותה השופטים.⁶ וראו זה פלא: התוצאה המבוקשת הושגה! בית המשפט לא התייחס ברצינות ל"נסיבות העניין", דהיינו רצונו המפורש של המחוקק לשנות את הלכת אפרופים, כפי שהוא מחויב לעשות, ומעוניין מאוד לעשות, בעת שהוא דן בפירושו של חוזה. אולי הלשון אינה

4 דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2), 37 (2006).

5 מתוך דברי הסבר, לעיל ה"ש 1.

6 ראו ברכיהו ליפשיץ "חוק, פרשנות וסמכות" רשות הרבים (2023.8.17); ברכיהו ליפשיץ "אין לו לשופט אלא מה שענינו רוצות" רשות הרבים (2024.2.29).

ברורה, אך התכלית ברורה.⁷ אבל באמת הלשון ברורה מאוד, ורק מי שמבקש לפתוח לו דלת כדי "לפרש" את הלשון כרצונו, ולשים את עצמו תחת המחוקק ותחת עושי החוזה, ובכך לפגוע באוטונומיה שלהם ובסמכותם יראה "קושי" בלשון, ויציע לה "פרשנויות" רבות.

בין כך ובין כך, שוועתם של בני המגזר העסקי הגיעה לאוזני הפרקליטות, שהסכימה כי "יש הטוענים כי המצב המשפטי עודנו מאופיין בחוסר ודאות משפטית, אשר פוגע בעולם העסקי וביכולת להסתמך על חוזים עסקיים".⁸ לכך יש להוסיף, שבית המשפט עצמו, מתוך תחושה ברורה של חוסר נוחות מהלכת אפרופים, סייג אותה וקבע שהיא לא תחול על לגבי חוזים "סגורים ומפורטים, או חוזים שנחתמו בין צדדים עסקיים המורגלים בניהול עסקים, כשבחוזים אלה יש לתת מעמד בכורה ללשון החוזה".⁹

כאמור, זהו הרקע לתיקון הנוכחי. מוצע בו ש"חוזה עסקי" יפורש בהתאם ללשונו, אלא אם כן פרשנות כאמור תביא ל"תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת בנסיבות העניין", או שמלשון החוזה עולה סתירה בין הוראותיו. זהו כלל הפרשנות שנהג בבתי המשפט קודם להפיכה השיפוטית במישור הפרשנות ואשר קבעה את שיטת "הפרשנות התכליתית", והוא נהג הן באשר לפרשנות החוק והן באשר לפרשנות מסמכים שונים. כלל זה הכיר בעליונותם של יוצרי המסמך וכיבד את רצונם, אלא אם כן הלשון לא הייתה יכולה לאפשר זאת; או אז הייתה ההנחה שיש לגלות את רצון הצדדים בדרך אחרת.

עוד נקבע בהצעת החוק, שבחוזה עסקי רשאים הצדדים לו לקבוע בחוזה הוראות לעניין פרשנות של החוזה, וכן יכולים הם לקבוע "מהן הראיות שיהיו קבילות לצורך פרשנותו".¹⁰

7 ראו דברי השופט הנדל בפסק דינו בעניין ארגון מגדלי ירקות הנ"ל ונילי כהן, "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה", עורך הדין 11, 102 (2011).

8 מתוך דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1.

9 ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (נבו 20.11.2019). (להלן: עניין ביבי כבישים).

10 מתוך דברי ההסבר, לעיל ה"ש 1.

ג. בא לתקן ויצא מקלקל

הצעת החוק הגדירה "חוזה עסקי" כשכל הצדדים לו פעלו לאחר קבלת ייעוץ משפטי לעניין עריכתו ונוסף על כך מתקיים לגביו אחד מאלה: כל הצדדים לחוזה הם עוסקים ואין בהם עוסק שמחזור העסקאות השנתי שלו בשנת המס שחלפה טרם כריתתו היה נמוך מ־4 מיליון ₪, או ששווי העסקה שלגביה נערך החוזה עולה על 15 מיליון ₪.

"עוסק", כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, הוא "מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן". פלוני הוא מנכ"ל בחברת ענק. הוא המוציא והמביא בכל פרטי העסקות שהיא עושה ברחבי התבל, אך הוא שכיר בחברה ואין הוא מי שחותם על חוזי העסקות הללו. הוא איננו "עוסק" ואין לו מחזור עסקאות כלל. הוא מבקש לרכוש את מרפאת השיניים של רופא שיניים שמחזור העסקות שלו גבוה מארבעה מיליון ש"ח אך את כל רכישותיו למרפאה שלו הוא עושה באמצעות סוכן. שווי העסקה הוא 10 מיליון ש"ח ושני הצדדים מיוצגים בידי עורכי דין מן השורה הראשונה, ולמרות כל אלה הם לא יוכלו להטיל תנאי בחוזה המגביל את דרך הפרשנות שלו ויהיו כפופים להחלטתו של שופט שמעולם לא עשה עסקה של ממש בחייו, שהרי כך מדגישה הצעת החוק: "יצוין כי מספיק שאחד מן הצדדים לחוזה יהיה בעל מחזור עסקאות הנמוך מן הסכום האמור כדי שהחוזה לא יהווה 'חוזה עסקי'".¹¹

הסכומים הנקובים נראים שרירותיים ומופרזים, וכאילו כל תכליתם היא לאשרר בחוק את הלכת אפרופים במלוא היקפה בניגוד לכתוב בהצעה גופה ולצמצם מאוד את החריגים לה, אפילו אלה שהוצעו בידי המשפט בעניין ביבי כבישים ("חוזים סגורים ומפורטים, או חוזים שנחתמו בין צדדים עסקיים המורגלים בניהול עסקים, כשבחוזים אלה יש לתת מעמד בכורה ללשון החוזה"). הרי הדרישה להיקף החוזה או המחזור השנתי של הצדדים באים לאחר שאנו מניחים שניתן להם ייעוץ משפטי ראוי, וכי החוזה נוסח בידיהם בדייקנות רבה. האם חוזה של 10 מיליון ₪ אינו דורש תשומת לב מרובה, וכי לגביו לא ניתן להניח שהצדדים לעסקה השקיעו משאבים רבים בניסוח מיטבי של החוזה, בהתאם לשווי הגבוה של העסקה? ומה על מי שאיננו עוסק ועשה

עסקה בשווי של 14 מיליון ש"ח, האם אין זה מן הראוי להניח שהוא השקיע משאבים רבים בייעוץ המשפטי שנתינת לו בהתאם לשוויה הגבוהה של העסקה והוא עשה כן דווקא בשל היעדר המומחיות שלו, כביכול, בעניינים כאלה?

ומדוע כל שאר החוזים, אלו שאינם באים תחת הגדרת החוזה העסקי, יהיו נתונים לחוסר ודאות? הלוא ההצעה מניחה קיומו של היעדר ודאות כזה, ומדוע אין בעלי החוזים האחרים זכאים להתרת הספקות, שאין שמחה בהתרתם? ומדוע אין חשיבות כלכלית לוודאות זו, והלוא בוודאי מדובר במספר רב ועצום של עסקות? ומדוע לא יפנה בית המשפט את זמנו לעניינים אחרים מלבד עריכתם של חוזים אחרים מאלו שנכתבו על פי תפיסת הצדק שלו כך שהכול ידברו שפה אחת ודברים אחדים? מדוע יהפוך בית המשפט את הצדדים לאובייקטים, שדבריהם ניתנים לפרשנות אובייקטיבית וישלול מהם את היותם בסובייקטים בעלי תבונה והחופש לערוך חוזים כראות עיניהם, ואף לשאת בהפסד בשל כך? אף זוהי חירותם!¹²

דברי ההסבר מנמקים את הדרישה ששני הצדדים לעסקה יהיו כאלה ש"אין ביניהם פערי כוחות משמעותיים, ולכן ההנחה היא כי מדובר בחוזה המשקף את רצונם המשותף של כל הצדדים". חוק החוזים נותן מענה לחששות הצדדים מפני פגם בפגמי הרצון, כמו דיני החוזים האחידים, הטעות וההטעיה, תום הלב, הכפייה והעושה, שהוא החשוב לענייננו, ועליהם להידון על פי המגבלות שהוטלו בחוק.¹³ לחץ כלכלי עצמי, המביא לצורך בעשיית עסקה איננו נחשב כעושה, לא במשפט הישראלי ולא במשפט העברי. והנה בא בית המשפט, וההצעה מחזקת אותו, ומעניק עילה נוספת למי שהוא סבור שראוי לעשות אותו צדק על פי דרכו של בית המשפט תוך רמיסת כבודו והאוטונומיה שלו עצמו ושל הצד שכנגד, וזאת על ידי "פרשנות החוזה" – הרי אנו מניחים שכל הפגמים הנזכרים אינם מעלים ארוכה לנפגעים.

12 גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה? (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" ספר מישאל חשין 645 (אהרן ברק ואחרים עורכים, 2009). דברים רבים נכתבו על הלכה זו, ומפליא לראות את הניסיונות מכמירי הלב לערוך לה "תיאורטיזציה"; מקום שיש בו מן השרירות אין הוא ניתן לריסון על ידי דיון משפטי מלומד.

13 סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים): "מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה".

אגב, יש בדברים מן האירוניה, כי אילו היה החוזה נקבע לפי ההצעה הנוכחית, לא היה מקום לפסיקה שניתנה בעניין אפרופים ובעניין מגדלי הירקות, שהרי שם, כך נראה, היו הצדדים באים בגדרה של ההצעה. (משום מה ההצעה מגבילה את תחולתה לחוזים שנכרתו אחרי החוק. מדוע? והרי כמה פעמים הסבירו לנו שענייני פרשנות ודומיהם אינם בגדר זכות המוקנית לבעלי הדין).

ד. לא פרשנות – חוזה חדש

אם עד כה סברנו שמה שלא נאמר בחוזה כאילו נאמר בו שהוא "לא", הרי שכעת על הצדדים לעשות כן במפורש, כי ההנחה היא שלמרות היותם מצוידים ביעוץ משפטי מן השורה הראשונה לא הכול נכלל בחוזה, כלומר: מה שראוי היה לו שייכלל בחוזה לפי דעתו של בית המשפט. זו איננה פרשנות אלא עריכת חוזה חדש.¹⁴

אכן, יש בהצעה בשורה מסוימת, והיא שעולה ממנה שבית המשפט איננו הבעלים כלל של דרכי הפרשנות ודרכי הראיות, ובוודאי שאין הוא הבעלים הכול יכול על כך. עובדה היא שהצדדים רשאים להתנות על עניינים אלה. אכן, לא היינו צריכים לכך, שהרי סעיף 24 לחוק קובע ש"תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים", ובוודאי שקביעת דרך הפירוש קובעת את תוכנו (והלכת אפרופים תוכיח). זכות זו עומדת גם למי שאינם עונים על המגבלות שמטילה עליהם הצעת החוק כדי שיהיו זכאים לכך. הכול יכולים אפוא לקבוע בחוזים שהם עורכים שהחוזה יפורש לפי נוסחו הראשון של סעיף 25 לחוק ובלי להתחשב בהלכת אפרופים.

עוד עולה מן ההצעה – ומכל ניסוחיו של סעיף 25 – שאפשר גם אפשר לפרש את החוזה גם בלי להזדקק לנסיבות כריתתו, וזאת בניגוד גמור לדבריו של בית המשפט בפרשת אפרופים. שם, כזכור, סבר בית המשפט שאי אפשר

14 לפי סעיף 26 לחוק החוזים: "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה – לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים". סעיף זה מעניק ביטחון נוסף לשלימותו של החוזה, אך בגבולותיו. ראו: איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים (1996).

לפרש את החוזה רק לפי לשונו, הברורה כשלעצמה, ותמיד יש להיעזר בנסיבות לפירושו הנכון וכי עליו להשתמש בכל המידע הזמין לו כדי לפרש את הלשון. אם כך הוא, הרי שהלשון כשלעצמה היא ברורה לחלוטין, ומה שכביכול מעורר את העמימות בלשון הוא דווקא הנסיבות, אלו שלא בא זכרן בחוזה. כלומר, התהליך הוא הפוך מזה שנקבע בחוק, ומתחילים מן הנסיבות וחוזרים אל הלשון כדי לגלות את עמימותה כביכול.

ה. מן הפרטי אל הציבורי

עניין מיוחד יש בחרג ההצעה והוא ה"חוזה שהמדינה צד לו שמטרתו יישום מדיניות הממשלה או מדיניות של שר משרי הממשלה, שעניינו בנושא בעל חשיבות לאומית ויש לו השלכה כלכלית משמעותית". חוזים כאלה יהיו תחת שלטון הפרשנות של בית המשפט לפי הלכת אפרופים. לממשלה או לשר משריה לא תהיה הסמכות להתנות על דרך הפרשנות של החוק. דווקא חוזים בעלי פרשנות לאומית וכלכלית משמעותית, שחזקה עליהם שנערכו בהקפדה יתירה ובייעוץ משפטי מדוקדק ומובחר – הם יהיו נתונים להכרעתו של בית המשפט. ודוק: אין כאן נימוק הנתלה בטענותיו של הצד האחר לחוזה, שאיננו המדינה, לעשיית צדק, אלא עצם טיבו של החוזה ועניינו הם אלה שיובאו לדיון לפני בית המשפט. בעניינים אלה המדינה כבר איננה *fiscus*, והחוזים שהיא עורכת, שחשיבותם הלאומית והכלכלית רבה מאוד, דווקא הם יהיו כפופים ל"פרשנותו היוצרת" של בית המשפט, והוא זה שיכריע בעניינם והוא זה שיקבע את המדיניות הראויה, אפילו מיד עובר לכריתתם של הסכמים אלו.

כך מתרחבת לה, בהיתר, כביכול, סמכותם של בתי המשפט על בני המדינה, הסבורים שהם חיים בדמוקרטיה.

מכאן קצרה הדרך למסקנה שכך הוא גם באשר לחוקים ולפרשנותם. הוראות פרשנות שיוצמדו לחוק, או הוראות פרשנות כללית שתכליתן לצמצם ולהגדיר את דרכי הפרשנות של בית המשפט יוכלו להיות מוכרזות כבטלות: הגנה – סעיף 25 לחוק החוזים וחוזי מדינה שהוחרגו ממנו. כך מתרחבת לה סמכותם של בתי המשפט להתערב בעניינים הלאומיים והכלכליים של המדינה בלי שיש להם הסמכות והיכולת לעשות זאת.

ועל הממשלה יש לתמוה: אם את סבורה שאין מקום להלכת אפרופים, כפי שסברת בעת התיקון הראשון לחוק, ובית המשפט סיכל את כוונתך, מדוע לא תכתבי ברחל בתך הקטנה: הלכת אפרופים, על סייגיה ועל ההסתייגויות ממנה – בטלה ומבוטלת, וכן בטל התיקון הראשון לחוק, שלא שינה דבר, ולקבוע שתורת "שני השלבים" שרירה וקיימת, וכי בכל עניין של פרשנות של חוזה תחילה יש לפנות ללשון החוזה ואין לסטות ממנה אלא אם, ורק אם, פרשנות כאמור תביא לתוצאה שאינה מתקבלת על הדעת בנסיבות העניין, או שמלשון החוזה עולה סתירה בין הוראותיו.

אין לך פשוט מכך. אכן, אין זו "דרך אלגנטית", אך עם נְבִיר תִּתְבָּרַר וְעַם עֲקֹשׁ תִּתְפָּל (תהלים פרק יח פסוק כז).