

שיקול ההדדיות בדיני החוזים: מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית

מאת

אביגיל פאוסט*

מאמר זה מציג כי מידת ההדדיות בחוזה היא שיקול משמעותי בהכרעות השיפוטיות בדיני חוזים, אף שהוא אינו חלק מהדוקטרינה של דיני החוזים בישראל באופן מובהק. מושג ההדדיות כפי שהוא נדון כאן מתייחס למצב בו מכלול ההטבות שצד אחד מפיק מן החוזה שקול, פחות או יותר, למכלול ההטבות שמפיק הצד השני; אך מכלול זה אינו מוגבל לתמורות חומריות כלכליות או לתמורות המוחלפות בעת כריתת החוזה בלבד. כדי לבסס את הטענה בדבר חשיבות שיקול ההדדיות נבחנת פסיקת בית המשפט העליון בשלוש סוגיות בדיני החוזים: שינוי חוזה בדרך של התנהגות, כפייה ופרשנות החוזה. ביחס לכל סוגיה המאמר מצביע על פער בין ההכרעות המהותיות בפסקי הדין לבין ההנמקות המלוות אותן, אשר יוצר קושי בהבנת הדוקטרינה. בהמשך לכך נטען כי ניתוח המבוסס על רעיון של הדדיות החוזה מאפשר הבנה טובה ועקבית יותר של ההכרעות השיפוטיות בסוגיות הנדונות. בחלקו האחרון של המאמר מוצע מבט נוסף על היחס בין הדדיות לבין רצון חופשי והסכמה בדיני החוזים.

מבוא; 1. מושג ההדדיות; 2. הדדיות למול צדק מהותי ופרוצדורלי; 3. שלוש סוגיות. **פרק ראשון – שינוי חוזה בדרך של התנהגות**. א. אנטומיה של שינוי חוזה; ב. שינוי – ויתור או השתק? ג. יציבות וגמישות, חליפין ומתנה; 1. יציבות וגמישות; 2. חליפין ומתנה. ד. תמורה וגבולות הרציונליות. ה. ויתור וחוזי יחס. ו. תמורה והשתק. ז. שיקול ההדדיות. **פרק שני – כפייה**. א. חוקיות, לגיטימיות והוגנות. ב. חליפין, גנבה והעברה כפוייה. ג. כפייה הדדית וחד-צדדית. ד. רצוניות והדדיות. **פרק שלישי – פרשנות**. א. פולמוס אפרופים. ב. פענוח האיון החוזי לפני חוק החוזים. ג. פענוח האיון החוזי לאחר חוק החוזים. ד. כוונת הצדדים, הגינות והדדיות. **סיכום ומסקנות**; 1. בין הדדיות לרצון והסכמה; 2. כיוונים למחקר עתידי.

* תלמידה לתואר שלישי, מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים, אוניברסיטת תל אביב. המאמר הוא עיבוד לעבודת תזה שנכתבה בהנחייתו המצוינת של פרופ' רועי קרייטנר (אביגיל ל' פאוסט עקרון ההדדיות בדיני חוזים: מבט על שלוש דוקטרינות) (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, תשע"א). על הערות מועילות שסייעו לי בעיבוד העבודה למאמר ובשיפורו אני מודה ליהודה אדר, חנוך דגן, אוהד סומך, ישראל פישר, רועי קרייטנר ומערכת דין ודברים. מאמר זה עתיד להתפרסם גם בספר עיונים בתורת החוזה – קובץ מאמרים לכבודה של פרופ' גבריאלה שלו (בעריכת יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח).

מבוא

במאמר זה אציע כי מידת ההדדיות בחוזה היא שיקול בעל חשיבות בפסיקה על דיני חוזים בישראל, אף שאינו חלק מהדוקטרינה באופן מוצהר. כדי לנסות ולבסס את הטענה האמורה אבחן פסיקה של בית המשפט העליון בשלוש סוגיות בדיני החוזים: שינוי חוזה בדרך של התנהגות, כפייה ופרשנות חוזה. ביחס לכל סוגיה אצביע על פער בין ההכרעות המהותיות בפסקי הדין לבין ההנמקות המלוות אותן, אשר יוצר קושי בהבנה הקיימת של הכללים המשפטיים. בהמשך לכך אטען כי ניתוח המביא בחשבון את מידת ההדדיות שבחוזה עשוי לאפשר הבנה טובה ועקבית יותר של אותן הכרעות. הרעיון שלפיו חוזה מבוסס על החלפה של תמורות שקולות מיוחס לאריסטו, אשר תיאר מצב של עסקה לא שקולה כהפרה של עקרון הצדק המתקן.¹ לאורך ההיסטוריה רעיון זה נזנח בהדרגה בשל שתי ביקורות עיקריות שהושמעו נגדו: על פי הביקורת האחת, שווי התמורות אינו מהותי להן אלא תלוי בהערכתם הסובייקטיבית של הצדדים, ולפיכך אין כל דרך אובייקטיבית להעריך את מידת השקילות שבחוזה.² על פי הביקורת השנייה, שהתפתחה במאה התשע-עשרה כחלק מהתאוריה הקלאסית של החוזה, תוכן החוזה הוא עניין להכרעתם האוטונומית של הצדדים. על כן, ולפי עקרון "חופש החוזים", אין מקום להתערבות בתכנים חוזיים שנקבעו בהסכמה, לרבות היחס בין התמורות.³

1 אריסטו הבחין בין שני סוגים של צדק: הראשון, צדק מחלק או חלוקתי, מתבטא ב"התאמת חלקו של המקבל לזכות מסוימת שמצויה בידו", כאשר הזכאות נקבעת על פי עיקרון חברתי-פוליטי שעשוי להשתנות בין חברות שונות. הצדק מהסוג השני, המתקן, מתבטא בכך שכאשר אדם אחד פוגע במה שיש לאחר על פי העיקרון הראשון, יש להשיב לנפגע את הרווח שקיבל הפוגע בעקבות הפגיעה (אריסטו **אתיקה: מהדורת ניקומאכוס** 116–120 (יוסף ליבס מתרגם, תשמ"ה)). כלומר, תפקידו של השופט הוא להחזיר על כנו את השוויון בין הצדדים, "כאילו מצא קו שנתחלק לקטעים בלתי שווים, והוא נוטל את החלק שבו עובר הקטע הגדול אל מעבר לנקודה האמצעית, ומצרפו לקטע הקטן" (שם, בעמ' 119). לדיון בתפיסת הצדק המתקן של אריסטו בהקשר של שקילות בדיני החוזים ראו לדוגמה James Gordley, *Equality in Exchange*, 69 CAL. L. REV. 1587, 1590–1588 (1981); Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, 97 COLUM. L. REV. 1710, 1778–1779 (1997); Eyal Zamir, *The Missing Interest: Restoration of the Contractual Equivalence*, 93 VA. L. REV. 59, 108 (2007).

2 ראו Gordley, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1592–1599. ראוי להזכיר בהקשר זה גם את הביקורת המוסדית שהתפתחה בתיאוריה של דיני החוזים בעשורים האחרונים, לפיה בתי משפט אינם בעלי כישורים מתאימים להבין את האינטרסים והצרכים הספציפיים של צדדים לחוזים מסחריים מתוחכמים, ולכן לא ראוי שיתערבו ביחסים חוזיים כאלה (ראו לדוגמה Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541 (2003) and the Limits of Contract Law, 113 YALE L.J. 541 (2003); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17, 68–69 (תשס"ה)). בהקשר של שקילות התמורות, הטענה של הביקורת המוסדית תהיה כי בתי המשפט אינם בעלי כישורים מתאימים להעריך את שווי התמורות עבור הצדדים הספציפיים לחוזה, ולכן לא ראוי שיכריעו בסכסוכים חוזיים על בסיס העיקרון של שקילות התמורות.

3 Gordley, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1600–1603. לדיון בעקרון חופש החוזים ומקורותיו ההיסטוריים ראו גם גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 45–47 (תשס"ה); Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563, 568–570 (1982).

עם זאת – ולצד תאוריות מודרניות אשר ממשיכות להשתית את דיני החוזים על עקרונות של אוטונומיה, רצון והסכמת הצדדים⁴ – הטענה כי שקילות התמורות היא אחד העקרונות המנחים את הפסיקה חזרה והפכה בעשורים האחרונים לטענה מוכרת, הן בהקשר של המשפט האנגלו-אמריקני והקונטיננטלי והן בהקשר הישראלי.⁵ מאמר זה מבקש להמשיך קו תיאורטי זה, על בסיס בחינה פרטנית של מופעי ההדדיות החוזית בשלושה הקשרים שונים בפסיקה ותוך זיהויו של שיקול ההדדיות כחלק מהבנה שיפוטית רחבה וגמישה של מידת האיזון באינטראקציה החוזית. מטרתו העיקרית של המאמר היא להראות, באמצעות ניתוח הפסיקה, כי הדדיות החוזה היא שיקול חשוב שכבר קיים בהכרעות השיפוטיות ויכול להסביר אותן טוב יותר מהעקרונות המוכרים של רצון חופשי וכוונת הצדדים לבדם. לפיכך ראוי לתת לשיקול זה מקום נכבד יותר בחשיבה עתידית על דיני החוזים שלנו.

1. מושג ההדדיות

הרעיון שלפיו חוזה מבוסס על חליפין של תמורות שקולות הוא, כאמור, רעיון ותיק בתאוריה של דיני החוזים, אשר לו הוקדשו דיונים רבים גם במחקר המודרני.⁶ מאמר זה מציע ניתוח פרטני של שיקול הדדיות החוזה במסגרת שלוש סוגיות ביני החוזים בישראל, תוך סקירת התפתחות הפסיקה לגביהן במשך כמה עשורים. בכך, הניתוח המוצע מאפשר להגיע לרמה מסוימת של הכללה לגבי אופן פעולתו של שיקול הדדיות החוזה בשיטת המשפט שלנו.

מושג ההדדיות כפי שהוא נדון כאן נועד לציין מצב שבו מכלול ההטבות שצד אחד מפיק מן החוזה שקול, פחות או יותר, למכלול ההטבות שמפיק הצד השני. מכלול ההטבות כולל יותר מהתמורה החוזית כפשוטה בשלושה מובנים: ראשית, הוא כולל לא רק את מהותו וטיבו של הנכס או השירות מצד אחד ואת המחיר ותנאי התשלום מן הצד השני, אלא את כלל התניות בחוזה, מתוך הנחה שכל הסכמה חוזית מגלמת תועלת או עלות מסוימת לכל אחד מהצדדים גם אם קיים קושי מעשי לקבוע את שוויה. למשל, גם תניות משניות שנועדו להיכנס לתוקף רק אם יפרוץ סכסוך בין הצדדים, כגון תניית פיצויים מוסכמים או תניית בוררות, הן חלק מהתמורה במובן רחב זה.⁷ שנית, מכלול ההטבות החוזיות כולל גם הטבות (או הרעות) שנוצרות כתוצאה משינוי בנסיבות חיצוניות או שינוי בהתנהלות הצדדים לאורך תקופת החוזה ולא רק את ההטבות המתוכננות על פי החוזה המקורי.

4 ראו לדוגמה Charles Fried, *Contract as Promise* (1981); Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, 86 COLUM. L. REV. 269 (1986); Daniel Markovits, *Contract as Collaboration*, 113 YALE L.J. 1417 (2004); Jody S. Kraus, *Philosophy of Contract Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE & PHILOSOPHY OF LAW 687 (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2002); HANOCH .DAGAN & MICHAEL HELLER, *THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS* (2017).

5 ראו להלן ה"ש 6.

6 Gordley, לעיל ה"ש 1; James Gordley, *Enforcing Promises*, 83 CAL. L. REV. 547 (1995); איל זמיר "פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו); איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות" משפטים כט 783 (תשנ"ח-תשנ"ט).

7 F.H. Buckley, *Three Theories of Substantive Fairness*, 19 HOFSTRA L. REV. 33, 36 (1990). להבחנה בין "חובות ראשוניות" לבין "חובות משניות" של הצדדים בחוזה ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ב 1108-1109 (תשנ"ג), ד 377-379 (תשע"א).

שינויים כאלה יכולים להוביל לסטייה מהאיזון המסוים שנקבע בחוזה המקורי באופן שפוגם במובנה בהדדיות בין הצדדים, אך הם יכולים גם לייצר סוג חדש של הדדיות.⁸ **שלישית**, מכלול ההטבות כולל גם הטבות שאינן חומריות או שאין להן שווי כלכלי הניתן למדידה.⁹ היבט זה של הדדיות בולט במיוחד כאשר נקשרים חוזים בין צדדים שיש ביניהם מערכות יחסים קודמות (עסקיות או אחרות), או כאשר מערכת היחסים החוזית עצמה היא ארוכת טווח ו"עבה" באופן שהיחסים בין הצדדים חורגים ממסגרת החוזה המקורי.

ניתוח הפסיקה המוצע במאמר זה מחדד את שלושת ההיבטים הללו של הדדיות חוזית: הפרקים העוסקים בשינוי חוזה בדרך של התנהגות ובכפייה ממחישים הן את את ביטוייה של ההדדיות החוזית במהלך תקופת הביצוע החוזי והן את חשיבותן של הטבות לא חומריות; ואילו הפרק העוסק בפרשנות ממחיש בעיקר כיצד הדדיות חוזית באה לידי ביטוי במכלול התניות החוזיות.

הבחירה במונח "הדדיות" נועדה להרחיב את מסגרת הדיון אל מעבר להתייחסות לתמורות הישירות והחומריות שבחוזה. אולם יש במונח זה גם כדי לצמצם את הדיון ביחס למונחים אחרים הרווחים בתאוריה של דיני החוזים, כגון הוגנות (fairness). אף כי המונח הוגנות יכול לתאר הדדיות כפי שהוצגה כאן, הספרות מייחסת לו לעתים משמעויות שונות ורחבות יותר. משמעויות אלה, הנוגעות לערכים כגון צדק חלוקתי והשאת היעילות חברתית, חורגות ממושג ההדדיות כפי שהוצג כאן.¹⁰

2. הדדיות למול צדק מהותי ופרוצדורלי

הבחנה יסודית בתאוריה של דיני החוזים, שאותה הציג ארתור לף, מתייחסת לסוגים של טענות הגנה במקרה של אי־קיום החוזה. לף הציע להבחין בין טענות הגנה פרוצדורליות, הנוגעות לפגמים שנפלו בתהליך כריתת החוזה (כגון הטעיה או כפייה), לבין טענות מהותיות, הנוגעות לפגמים בתוכן החוזה (כגון אי־חוקיות).¹¹ על בסיס הבחנה זו ניתן לערוך הבחנה כללית ועקרונית יותר בין שתי תפיסות של צדק בדיני החוזים.¹² תפיסה אחת, אשר התגלמה בצורה מובהקת בתאוריה הקלאסית של החוזה מהמאה התשע־עשרה, היא תפיסה של צדק פרוצדורלי המתמקדת בהבטחת תקינותו של תהליך

8 השוו איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפיה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית, פ"ד נה(3) 319) "משפטים לד 91 (תשס"ד-תשס"ה).

9 במובן זה מושג ההדדיות שונה משמעויות מרעיון שקילות התמורות כפי שהוא נדון אצל גורדלי (Gordley, לעיל ה"ש 1), אשר מתמקד בשאלה האם וכיצד חוזה שנעשה בהתאם למחיר השוק יכול להיות הוגן ולשמור על השוויון בין הצדדים (ומכאן שלדידו השקילות נמדדת ביחס לתמורות שיש להן שווי כלכלי).

10 Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 YALE L.J. 763, 771-772 (1983); Buckley, לעיל ה"ש 7.

11 Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause*, 115 U. PEN. L. REV. 485, 487 (1967).

12 ראו בנימין פורת "החוזה הכפוי ועיקרון הצדק החוזי: עיון משפטי-פילוסופי בסוגיית תליוהו וזבין" דיני ישראל כב 49, 51-52 (תשס"ג); איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" עלי משפט יג 7, 8-7 (תשע"ז).

שיקול ההדדיות ביני החוזים: מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית

הכריתה.¹³ על פי "תורת הרצון" (will theory), שעמדה בלב התאוריה הקלאסית, מפגש הרצונות של הצדדים הוא שמעניק לחוזה את תוקפו המשפטי והמוסרי. לפיכך ההגנה על תוכן החוזה כפי שנקבע בידי הצדדים הייתה קרובה למוחלטת, וההתדיינות המשפטית הייתה מוגבלת לבחינת הפן הפרוצדורלי של ההתקשרות: קיומם של רצון ובחירה חופשית להיכנס לחוזה.¹⁴ דיני הפגמים ברצון, שנועדו להבטיח את הסכמתו המודעת של צד להיכנס לחוזה, עמדו בלבה של התאוריה הקלאסית לצד דיני ההצעה והקיבול וסימנו את מסגרת ההתערבות המשפטית הלגיטימית ביחסים החוזיים. תפיסה שנייה ומנוגדת, המתמקדת בהגינות תנאי החוזה, מתגלמת ברעיון שקילות התמורות שהציג אריסטו, אשר מזוהה כיום עם מלומדים כגון ג'יימס גורדלי ואיל זמיר. על פי רעיון זה, פער בין התמורות הוא עוול כיוון שהוא מוביל להתעשרותו של צד אחד לחוזה על חשבון הצד האחר, ללא קשר לתקינות תהליך הכריתה.¹⁵

על פני הדברים, מתבקש לסווג את מושג ההדדיות שהוצג כאן כחלק מתפיסה של צדק מהותי, המתמקדת בבחינת תוכן החוזה. עם זאת, וכפי שיתברר בפרקים הבאים, מהפסיקה עולה תמונה של יחסים מורכבים בין שיקול ההדדיות לבין העקרונות ("הפרוצדורליים") של רצון חופשי והסכמה. אמנם זיהוי חשיבותו של שיקול ההדדיות שולל קריאה של הפסיקה כמבטאת תפיסה פרוצדורלית בלבד, אולם לטענתי מדובר בנקודת פתיחה, ולא סיום, לדיון בקשר הפנימי בין שתי התפיסות המתחרות. בפרק המסכם של מאמר זה אני מציעה הבנה ראשונית של אותו קשר לאור ניתוח הפסיקה. לפי הבנה זו, לכתחילה ניתן לראות בעקרונות של רצון חופשי והסכמה עקרונות שנועדו לפתור בעיות ראייתיות הכרוכות בפיקוח על הדדיות החוזה, ואילו בדיעבד תפקיד מרכזי של שיקול ההדדיות הוא לפתור בעיות ראייתיות באיתור קיומם של רצון, כוונה והסכמה.

3. שלוש סוגיות

המאמר דן בשלוש סוגיות ביני חוזים, שאליהן אני מתייחסת (בין היתר) באמצעות המונח דוקטרינה. מונח זה, השאול מן המשפט המקובל, בא לציין כאן את אוסף הכללים או הסטנדרטים הפרטניים שהתפתחו בפסיקה בנוגע לסוגיה משפטית מסוימת.¹⁶ כך למשל בפרק הראשון אני מתייחסת לשינוי חוזה בהתנהגות כאל דוקטרינה, מאחר שקיים במשפט הישראלי גוף של פסיקה העוסק ספציפית בהקשר העובדתי של שינוי חוזה קיים בדרך של התנהגות ומנחה את בתי המשפט כאשר הם עוסקים בסוגיה זו (לצד או כחלק מגוף רחב יותר של כללים העוסקים בכריתת חוזה חדש). עם זאת, כפי שניתן להיווכח מן הדיון בפרק הראשון, אשר לשינוי חוזה בהתנהגות לא התגבשה דוקטרינה עצמאית ומובחנת, ובית המשפט מכריע במקרים מסוג זה באמצעות שימוש בדוקטרינות אחרות. במובן זה

13 שם.

14 ראו מנחם מאוטנר "מגמות בפרשנות חוזים – אשר נ' בירנבאום" משפטים ראשונים 103, 105 (דפנה ברק-ארז עורכת, תשנ"ט); ענת רוזנברג "הפרט החוזי בין אינדיווידואליזם לקולקטיביזם" משפט ועסקים יג 379, 388 (תש"ע); זמיר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 9-10.

15 ראו לדוגמה Gordley, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1655; זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 155.

16 השו" Emersion H. Tiller & Frank B. Cross, *What is Legal Doctrine?* (May 2005), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=730284&download=yes.

הדיון בפרק הראשון הוא גם ביקורתי, ואני מקווה כי יהיה בו כדי לתרום להתפתחות דוקטרינה מגובשת יותר בסוגיה של שינוי חוזה בהתנהגות.

שלוש הדוקטרינות שבהן דן המאמר מייצגות תחומים רחבים של דיני החוזים.¹⁷ יתרוןן באשר לטיעון המוצע במאמר נעוץ בכך שהן מאפשרות להבחין בקלות יחסית במתח בין הרטוריקה השיפוטית לבין השיקולים המהותיים המנחים את ההכרעה. עם זאת אין להסיק מהבחירה בדוקטרינות אלה ששיקול ההדדיות אינו נוכח בפסיקה בהקשרים אחרים בדיני חוזים. אדרבה, הבחנות דוקטריניות הן לעתים קרובות מלאכותיות, שכן מצב דברים עובדתי אחד יכול כמעט תמיד להוליד טענות משפטיות שונות.¹⁸ משכך, קשה לקבל שההכרעה יכולה להשתנות רק לפי הטענה שבה בוחרים הצדדים, וכנגזרת מכך, לפי הדוקטרינה שבה ישתמש בית המשפט על מנת לנתח את המקרה ולהכריע בו.¹⁹ סביר יותר להניח שיש שיקולים או עקרונות מסוימים שחוצים גבולות דוקטריניים ומנחים את ההכרעה השיפוטית ללא קשר לטענה ספציפית, אלא שהאופן המסוים שבו הם נבחנים משתנה מדוקטרינה לדוקטרינה ועל פי עובדות המקרה. שיקול ההדדיות מסתמן כשיקול כזה בדיוק. משכך, הצבעה על קיומו של שיקול ההדדיות במסגרת שלוש דוקטרינות שונות יכולה להיות ראשית ראייה לחשיבותו של שיקול זה בפסיקה בדיני החוזים בכלל.²⁰ עם זאת, כפי שעולה ממאמר זה, מופעיו של עקרון ההדדיות משתנים מעט בהקשרים עובדתיים (ודוקטריניים) שונים. על כן יש חשיבות למחקר עתידי שיבחן את ביטוי של עקרון ההדדיות במסגרת דוקטרינות נוספות. בפרק הסיכום אני מצביעה על כמה כיוונים למחקר עתידי כזה.

17 כאמור, ניתן לראות את הדוקטרינה של שינוי חוזה בהתנהגות כחלק מדיני כריתת החוזה, שהרי ניתן לחשוב על שינוי חוזה בהתנהגות כעל מקרה פרטי וייחודי של כריתת חוזה חדש. דוקטרינת הכפייה היא חלק מדיני הפגמים ברצון, ואילו פרשנות היא בבחינת תחום בפני עצמה.

18 כך למשל צד הגורס שחוזה כולל תניה מסוימת יכול לטעון זאת הן כטענה בדבר פרשנות החוזה המקורי והן כטענה של שינוי החוזה המקורי בדרך של התנהגות, וצד המעוניין להשתחרר מתניה בחוזה יכול לטעון הן טענה בדבר פרשנות והן טענה בדבר כפייה (ראו לדוגמה ע"א 9609/01 מול הים (1978) בע"מ נ' שגב, פ"ד נח(4) 106 (2004)). באותו אופן, צד המעוניין לכלול תניה מסוימת בחוזה יכול לטעון טענה בדבר פרשנות החוזה או טענה בדבר החובה לקיים חוזה בתום לב (ראו לדוגמה בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828 (1980); ע"א 415/88 החברה הכלכלית לאילת (חכ"א) בע"מ נ' ברטון תכנון וייצור בע"מ, פ"ד מג(4) 672 (1989)), וצד המעוניין להשתחרר מתניה חוזית יכול לטעון הן טענה של פרשנות והן טענה של טעות (ראו לדוגמה ע"א 464/75 פרומוטפין נ' קלדרון, פ"ד ל(2) 191 (1976)). ככלל, בית המשפט מחויב להכריע על פי העובדות המהותיות ואינו חייב לדון בכל טענה משפטית שמעלים הצדדים (ראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 624 (תשע"ג)). כמו כן בית המשפט רשאי להעלות טענות משפטיות מיזמתו במקרים חריגים שבהם הצדק מחייב זאת כל עוד המסכת העובדתית שלה טענו הצדדים מאפשרת זאת (ע"א 11771/04 לשכת עורכי הדין בישראל נ' הארגון הבינלאומי של עורכי דין ומשפטנים, פס" 20 (פורסם בנבו, 22.1.2007)).

19 למשל, כאשר צד אחד טוען שיש לאכוף פרשנות מסוימת של החוזה, והצד השני טוען שהחוזה נכרת בכפייה, הטענות אינן מוציאות זו את זו מבחינה טכנית, ובכל זאת ניתן לצפות לקשר מהותי בין ההכרעה של בית המשפט באשר לשתי הטענות הללו באופן שאם טענת הפרשנות תידחה טענת הכפייה תתקבל, ולהפך. ראו לדוגמה עניין מול הים, לעיל ה"ש 18 (קבלה חלקית של טענת הפרשנות ודחיית טענת הכפייה); עניין אקספומדיה, להלן ה"ש 67 (דחיית טענת הפרשנות וקבלת טענת הכפייה).

20 הדברים נכונים בעיקר בנוגע לפרשנות, שכן ברמה המהותית סוגיות של פרשנות מלוות כמעט כל הכרעה שיפוטית בדיני חוזים, בין שהדבר נטען מפי הצדדים ובין שלא.

פרק ראשון – שינוי חוזה בדרך של התנהגות

א. אנטומיה של שינוי חוזה

הפסיקה העוסקת בשינוי חוזה מנסה להתמודד עם כמה דפוסים מובחנים של שינוי במערכת היחסים החוזית והבעיות שהם מעוררים. דפוס אחד הוא של שינוי בנסיבות חיצוניות, שהופך את הביצוע המתוכנן לבלתי אפשרי או משנה את חלוקת הסיכונים המקורית שינוי קיצוני.²¹ דפוס שני הוא התנהגות אופורטוניסטית של אחד הצדדים במהלך הביצוע החוזי, המתבטאת בניסיון לנצל עמדת כוח ולסחוט מהצד השני שינוי לרעתו בתנאי החוזה. דפוס שלישי, ובו יתמקד הפרק הנוכחי, הוא שינויים בחוזה המתרחשים בתוך תקופת הביצוע החוזי ללא הסכמה מפורשת של הצדדים, ובגדרם אחד הצדדים מוותר, לכאורה, על זכות כלשהי שהייתה מוקנית לו לפי החוזה המקורי.

הסוגיה של ויתור על זכות חוזית בדרך של התנהגות מתעוררת לרוב בהקשר של מערכות יחסים חוזיות ארוכות טווח שמתפתחים בהן יחסי אמון בין הצדדים. במקרים אלו החוזה המקורי נכרת לרוב בכתב, אך המשך היחסים בין הצדדים מתאפיין בתקשורת לא רשמית. משכך, השינוי החוזי הנטען מתבטא לרוב במחדל של אחד הצדדים לפעול לפי החוזה ולא בפעולה אקטיבית, ובדרך כלל אינו מלווה בתקשורת מילולית מפורשת.²² בנסיבות אלו השאלה אם שונה החוזה המקורי או לא צפה על פני השטח רק כאשר יחסי הצדדים עולים על שרטון, לעתים אחרי תקופה ארוכה של משא ומתן וניסיונות פשרה שלא צלחו. מה שעומד בפני בית המשפט בשלב זה היא מסכת עובדתית ארוכה של דפוסי התנהגות עמומים ולא דווקא עקביים, שלתוכם הוא נדרש ליצוק נרטיב ברור כלשהו. הבעיה היא שלרוב נראה שהעובדות בדבר התנהגות הצדדים הן מבלבלות וסותרות במידה כזו שאי אפשר לבנות מהן סיפור ברור כלשהו, בין שהסיפור הוא על קיומו של שינוי בדרך של התנהגות ובין שהוא על היעדרו.

העמימות האופפת את כוונת הצדדים אינה בהכרח תוצאה של התנהלות אסטרטגית אלא של הניגוד המובנה בין רצון הצדדים לתכנן קדימה לבין יכולתם המוגבלת לחזות את העתיד. מוגבלות זו קיימת לא רק באשר לנסיבות חיצוניות שמחוץ לשליטתם של הצדדים (כגון תנודות במחירי השוק) אלא גם באשר למניעים, לרצונות ולפעולות של הצדדים עצמם, שמשתנים באופן בלתי-נמנע ככל שתקופת הביצוע מתמשכת. כך, זכויות מסוימות שצד רצה להבטיח לעצמו בעת כריתת החוזה יכולות להתברר בהמשך כבלתי רצויות או בלתי נחוצות, אם משום שהתפתחו בין הצדדים יחסי אמון המאפשרים קיום גמיש של החוזה, אם משום שמהלך הביצוע משנה את האופן שבו הצדדים תופסים את פוטנציאל הרווח וההפסד שלהם ביחס לנקודת הכריתה, ואם מסיבות אחרות.²³ העדפות ורצונות

21 לדיון ראו מנחם מאוטנר "שינוי נסיבות בתקופה שלאחר כריתת החוזה: הערות מקדמיות בפרספקטיבה של המשפט האנגלו-אמריקני" **עיוני משפט** ט 363 (תשמ"ג-תשמ"ד).

22 יובהר כי אין מדובר ברשימה סגורה או במאפיינים הכרחיים לכל מקרה של ויתור על זכות חוזית בהתנהגות אלא במאפיינים שניתן לזהותם בקלות כמאפיינים טיפוסיים החוזרים על עצמם במקרים רבים שנדונו בפסיקה.

23 השו" *Lisa Bernstein, Merchants Law in a Merchants Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 144 U. PA. L. REV. 1765, 1796 (1996). כן ראו זמיר **פירוש והשלמה**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 74-76.

הם דברים שמשנתנים עם הזמן, בין השאר לפי הדינמיקה של היחסים בין הצדדים, ולכן קיים קושי אמתי לקבוע חד-משמעית "מה רצו הצדדים".²⁴ בית המשפט העליון אינו אדיש למורכבות זו, והיא מחלחלת בבירור להנמקות בפסקי הדין, שנושאות כמעט תמיד אופי דואלי: מחד גיסא נראה שבית המשפט מעוניין לבסס את הכרעתו על פעולה רציונלית ומכוונת של הצד שוויתר (לכאורה) על זכותו ולברר על מה בדיוק התכוון אותו צד לוותר ועל מה לא,²⁵ ומאידך גיסא בית המשפט מרבה להסתמך על דוקטרינות כגון שיהוי או השתק, שתחולתן תלויה בנסיבות אובייקטיביות ולא בכוונת הצדדים. להלן אבחן את שני סוגי ההנמקות הללו ואת הבעייתיות הכרוכה בהם.

ב. ויתור – שינוי או השתק?

אף כי טענה לויתור על זכות חוזית היא המקרה השכיח של שינוי חוזה בדרך של התנהגות, קשה לאתר בפסיקה בית המשפט העליון מבחן ברור וספציפי לניתוח טענת הויתור.²⁶ תחת זאת ניסתה הפסיקה להתמודד עם טענת הויתור באמצעות שימוש בדוקטרינות קרובות או על ידי ניתוח אד-הוק המותאם לנסיבות המקרה.

דוקטרינה בולטת אחת המופיעה בפסיקה היא דוקטרינת ההשתק. לפי הדוקטרינה, שמקורה במשפט המקובל ובדיני היושר, "מי שהציג מצג עובדתי (בהתנהגות או בדיבור) בפני הזולת בנסיבות שבהן ניתן היה לצפות שהזולת יפעל על סמך המצג, והלה אכן עשה זאת, ושינה מצבו לרעה, יהיה מנוע (או מושק) מלכפור בנכונות העובדה שהציג".²⁷ דיני היושר הכירו בכך שמצג אינו חייב להיות אקטיבי אלא יכול להתקיים גם מחמת הסכמה שבשתיקה.²⁸ בפסיקה העוסקת בויתור ההשתק אכן מבוסס לרוב על הסכמה שבשתיקה ולא על מצג אקטיבי של נכונות לוותר על זכות: שתיקה, ישיבה בחיבוק ידיים, אפס מעשה, השלמה עם המצב – אלה מקצת הביטויים שבהם משתמש בית המשפט כדי לתאר את התנהגות הצדדים במקרי הויתור.²⁹ אולם מהניתוח המשפטי לא לגמרי ברור אם בית המשפט סבור שהויתור הוביל להשתק, או שההשתק הוא שחולל את הויתור. למשל, בעניין נחמיאס

24 לדיון ראו Christine Jolls, *Contracts as Bilateral Commitments: A New Perspective on Contract Modification*, 26 J. LEGAL STUD. 203, 210, 219–224 (1997). להתייחסות לטענה בדבר הדינמיות של ההסכמה החוזית כתובנה פמיניסטית, ראו אורית גירמן **כפיה בדיני חוזים – מפגם ברצון לפערי כוחות** 137–138 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – החוג ללימודים בין תחומיים, תשע"א) והפניות שם.

25 על ויתור כפעולה מכוונת ורציונלית בחשיבה המשפטית, ראו David V. Snyder, *The Law of Contract and the Concept of Change: Public and Private Attempts to Regulate Modification, Waiver and Estoppel*, 1999 Wis. L. Rev. 607, 625.

26 בע"א 265/84 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(3) 163 (1986) ניסה בית המשפט להעמיד מבחן משפטי עצמאי לבחינת תוקף הויתור אשר התמקד בהתנהגותו של הצד המוותר ולא על דפוס ששני הצדדים שותפים לו, אך נראה כי פסק הדין לא הפך להלכה מנחה, והוא כמעט אינו נזכר בפסיקה מאוחרת.

27 פרידמן וכהן **חוזים א**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 87.

28 שם, בעמ' 88–89.

29 ראו לדוגמה ע"א 403/63 **תמיר נ' שמאלי**, פ"ד יח(1) 47, 52–53 (1964); ע"א 901/90 **נחמיאס נ' קולומביה**, פ"ד מז(1) 252, 261 (1993); ע"א 3264/01 **בסנינו נ' אליה**, פ"ד נו(6) 566, 573 (2002); והשוו לעניין **בנין**, להלן ה"ש 55, בעמ' 331, שם מאבחן בית המשפט ויתור מהשתק.

נ' קולומביה קבע בית המשפט שוויתור של צד לחוזה על זכות חוזית לאורך זמן, כשהצד השני הסתמך עליו ושינה את מצבו לרעה, **יוצר** השתק לטובת הצד השני.³⁰ מכך נובע לכאורה שקיומו של הוויתור אינו תלוי בהשתק, ורק אם הוויתור מתמשך לאורך זמן ומלווה בהסתמכות, הוא מוביל להשתק. אך מהבנה זו נובע שנדרש מבחן משפטי נפרד שיקבע אם התקיים ויתור, ולא ברור אם אכן קיימים בפסקי הדין כדוגמת עניין **נחמיאס** קריטריונים לבחינת קיומו של ויתור שהם נפרדים מהקריטריונים לקיומו של השתק: לרוב נדמה שבית המשפט היה יכול להגיע למסקנה בדבר השתק על סמך קיומם של מצג, הסתמכות ושינוי מצב לרעה, ללא כל צורך לקבוע שהתקיים ויתור. כלומר, נראה שכאשר בית המשפט מנתח מקרים של שינוי בדרך של התנהגות באמצעות דוקטרינת ההשתק, הוא נוטה להתרחק מהשאלה אם צד לחוזה **התכוון** לוותר על זכותו ומבסס את ההכרעה על העובדה האובייקטיבית של יצירת מצג כלפי הצד השני ועל ההסתמכות של אותו צד על המצג.

דוקטרינה חשובה אחרת המשמשת את בית המשפט בניתוח טענת הוויתור היא הדוקטרינה הכללית של שינוי חוזה, אשר מבוססת במידה רבה על הכללים בדבר כריתת חוזה. ההלכה הישראלית בנושא עוצבה בפסק הדין המנחה **פזגו נ' גזית הדרום**,³¹ אשר נסב על חוזים שכרתה פזגו, חברה לשיווק גז, עם גזית הדרום וגזב"ש, חברות הפצה באזור הדרום. החוזים כללו תניה שלפיה המפיצה מתחייבת להחזיק מחסנים שבהם תאחסן את מכלי הגז הריקים שהיא מחזירה מהלקוחות, אולם לאחר חתימת החוזה עם גזית הדרום ולפני חתימת החוזה עם גזב"ש פתחה פזגו סניף משלה בבאר שבע, שכלל מחסן, ושתי המפיצות השתמשו במחסן זה לשם אחסון המכלים הריקים. לאחר שמונה-עשרה שנים שבהן נהג הסדר זה החליטה פזגו לסגור את סניפה בבאר שבע, וחתימה עם המפיצות חוזים חדשים שאימצו את הוראות החוזים הקודמים. בהמשך לכך הודיעה פזגו למפיצות שמאחר שהיא סגרה את המחסן שלה יהיה עליהן עתה להחזיק מחסנים משלהן, כפי שנקבע בחוזה המקורי. המפיצות טענו כי במשך שמונה-עשרה שנות ההתקשרות החוזה שונה בדרך של התנהגות כך שפזגו ויתרה למעשה על זכותה לדרוש מהן להחזיק מחסן, ועל כן ביקשו מבית המשפט שיורה לפזגו להמשיך את ההסדר הקיים. בית המשפט קבע שהחוזה אכן שונה בדרך של התנהגות, אך השינוי היה רק השעיה זמנית של הסעיף בחוזה הדרוש מהחברות החזקת מחסן; השעיה ממנה הייתה פזגו רשאית לסגת כאשר ההסדר הפך לא רווחי מבחינתה. יותר מכך, נקבע כי המפיצות לא נתנו כל תמורה עבור השימוש במחסנה של פזגו, ולכן בסך הכול צמחה להן מההסדר טובת הנאה שאותה הייתה פזגו רשאית להפסיק בהודעה בתוך זמן סביר.

השופט שמגר קבע כי מסקנה בדבר שינוי החוזה בדרך של התנהגות יש לבסס על קיומו של "דפוס התנהגות מתמשך, לו שותפים שני הצדדים. רק דפוס כזה, במובחן מהתנהגויות אקראיות אשר אין בינן חוט מקשר, יכול לבסס את המסקנה כי הצדדים **התכוונו** שלא לקיים את החוזה כפי שהוסכם מלכתחילה ביניהם... בהיעדר טקסט כתוב אותו ניתן לפרש, נדרש בית המשפט לפרש את התנהגות הצדדים וליצוק לתוכה תוכן. **בהתחקות אחר אומר דעת הצדדים** נודעת חשיבות להיגיון המסחרי שביסוד העסקה ולמשמעויות המתלוות לפרשנות כזו או אחרת המוצעת לחוזה בין הצדדים".³²

30 עניין **נחמיאס**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 259–260.

31 ע"א 4956/90 **פזגו חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ**, פ"ד מו(4) 35 (1992).

32 שם, בעמ' 41–42.

קביעות אלה מבטאות תפיסה שלפיה הדוקטרינה של שינוי חוזה – כמו זו של פרשנות חוזה – מבוססת על **אומד דעת הצדדים**, מתוך הנחה שאכן קיים אומד דעת משותף שניתן להתחקות אחריו. מפסק הדין בעניין **פזגו** עולה אפוא כי ניתוח טענת הוויתור לפי הדוקטרינה של שינוי חוזה שונה בתכלית מהניתוח שלה לפי דוקטרינת ההשתק: הדוקטרינה של שינוי חוזה מבוססת על הרצון לגלות את **הכוונה המשותפת של הצדדים**, ואילו הדוקטרינה של השתק מבוססת על **מצג אובייקטיבי** שיצר הצד האחד והוביל להסתמכות של הצד השני, ללא כל דרישה לאומד דעת משותף. ניתן לסכם ולומר אפוא שההנמקה של שינוי חוזה משאירה את פסק הדין בגבולות של דיני החוזים הקלאסיים, אך דורשת מבית המשפט לייצר פיקציה של הסכמה לשינוי שאינה קיימת (שכן כאמור במקרה השכיח אין רגע ברור של "הסכמה" אלא התנהגות מעורפלת לאורך זמן), ואילו ההנמקה של השתק פוטר את בית המשפט מהצורך לייצר פיקציות, אך מתרחקת מהגרעין הרעיוני של הסכמת הצדדים המזוהה ברגיל עם דיני החוזים.³³

החיסרון הכרוך בכל אחת מהדוקטרינות הוא אולי הגורם לכך שברבים מפסקי הדין על ויתור אין כלל שימוש בדוקטרינה מוגדרת – שינוי חוזה או השתק – אלא ניתוח שניתן לאפיינו כניתוח אד הוק. היסוד החוזר בפסקי דין אלו הוא חלוף הזמן ללא פעולה אקטיבית למימוש הזכות, כאשר משך הזמן המגיע כדי ויתור מחייב נמדד לפי אמת מידה של סבירות ועל פי נסיבות המקרה.³⁴ למקרים שבהם מפעיל בית המשפט ניתוח אד הוק מסוג זה יש שני מאפיינים חשובים: ראשית, ההנמקה בהם קרובה לזו של שינוי חוזה, שכן נדרש דפוס התנהגות מתמשך שמעיד על כוונה. אולם הכוונה מיוחסת כמעט תמיד **רק לאחד הצדדים** – הצד המוותר – ולא לשני הצדדים, כמו במקרה של שינוי; שנית, בכל המקרים הללו ההנמקה אינה מבוססת על יסוד ההסתמכות, המאפיין את דוקטרינת ההשתק, ככל הנראה מפני שהצד הטוען לויתור לא הצליח להוכיח ששינה את מצבו לרעה. מאפיינים אלו מחדדים ביתר שאת את הבעייתיות בשימוש בדוקטרינות של שינוי חוזה או השתק לצורך ניתוח טענת הוויתור: אף אחת משתי הדוקטרינות הללו אינה לוכדת במדויק את המאפיינים העובדתיים הייחודיים של מקרי הוויתור, שבהם מחד גיסא אין הסכמה ברורה של שני הצדדים כנדרש להוכחת שינוי, ומאידך גיסא אין הסתמכות ברורה החיונית ליצירת השתק. התוצאה היא שבית המשפט נותר לכאורה ללא כלי משפטי אפקטיבי לניתוח מקרים של שינוי חוזה בדרך של התנהגות, ו"נגזר" עליו לנתח כל מקרה לגופו. עם זאת ברצוני לטעון כי למעשה ניתן לחלץ מן הפסיקה מבחן קוהרנטי לתקפות הוויתור במקרים של שינוי בדרך של התנהגות, אשר מבוסס על מידת ההדדיות בחוזה. על מנת לזהות מבחן זה אבקש להתחקות אחר השורשים הרעיוניים של השימוש בדוקטרינות של השתק ושינוי חוזה במקרי הוויתור, ולאחר מכן להשתחרר מהמונחים של הסכמה וכוונה, או הסתמכות ושינוי מצב לרעה, שעליהם מבוססות הדוקטרינות הללו.

33 למרות השוני בין הדוקטרינות (ואולי דווקא בגללו) ניתן לאתר סינתזה מעניינת ביניהן בע"א 5630/90 **תדמור נ' ישפאר**, פ"ד מז(2) 517 (1993), בו נקבע כי מחד גיסא יש לבסס דפוס התנהגות שמעיד על **כוונה** לשינוי החוזה; ומאידך גיסא, יש לבחון אם הייתה הסתמכות אובייקטיבית (השתק) (שם, בעמ' 523).

34 ראו לדוגמה: עניין **בנין**, להלן ה"ש 55, בעמ' 329; ע"א 156/76 **שטרן נ' פרידמן**, פ"ד לא(1) 572, 577 (1976); ע"א 2825/98 **אבר-זייד נ' מקל**, פ"ד נג(1) 402, 412 (1999); ע"א 829/01 **מלון זידאני נצרת נ' בנק דיסקונט**, פס' 6-7 (פורסם בנבו, 14.2.2007).

ג. יציבות וגמישות, חליפין ומתנה

לא בכדי נעה ההנמקה השיפוטית בעניין ויתור בין הקטבים של שינוי חוזה והשתק ומאמצת לעתים את מאפייניה של דוקטרינה אחת ולעתים את מאפייניה של האחרת. בבסיס הדוקטרינות הללו עומדים שני זוגות ניגודים שדיני החוזים נאבקים עמם – יציבות מול גמישות וחליפין מול מתנה. זיהוי הניגודים הללו מאפשר לנסח בצורה נכונה וברורה יותר את שורש הבעיה במקרים של ויתור ואת האופן בו בית המשפט מתמודד עם בעיה זו.

1. יציבות וגמישות

במסה חשובה מראשית המאה העשרים טען המלומד הצרפתי רנה דמוג כי המשפט מכיל בתוכו שני עקרונות יסוד מנוגדים: עקרון היציבות או הביטחון ולמולו העיקרון של התפתחות או שינוי.³⁵ דמוג הצביע על עקרון הסימטריה של הצורות (symmetry of formalities), שלפיו ניתן לשנות פעולה משפטית או לבטלה רק על-ידי חזרה על אותה פרוצדורה שיצרה אותה,³⁶ כעל אחד המוסדות המשפטיים שהתפתחו במהלך ההיסטוריה על מנת לרכך את המתח בין שני העקרונות המנוגדים. העיקרון אמור ליצור איזון בין הניגודים בכך שהוא מאפשר גמישות ושינוי מחד גיסא, אך דורש פרוצדורה ברורה שמעניקה הגנה לכל בעלי הזכויות הנוגעים בדבר מאידך גיסא.³⁷ בהקשר החוזי עקרון הסימטריה של הצורות מורה כי על כל האנשים שהיו שותפים ליצירת חוזה מסוים להסכים גם לשינויו.

הניגוד בין העקרונות של יציבות ושינוי והשימוש בעקרון הסימטריה של הצורות כדרך להתמודד עמו משתקפים היטב בניתוח טענת הויתור בפסק הדין בעניין פזגו. באותו עניין קבע השופט שמגר כי "עקבותם הפנימית של דיני החוזים מחייבת, כי המסקנה שהוראה חוזית שונתה או בוטלה תושחת על בסיס מוצק וברור, לא פחות מזה הנדרש לשם הסקת עצם קיום היחס החוזי בין הצדדים. גם הצורך במערכת יחסים יציבה וניתנת לחיזוי על-ידי הצדדים מחייב, כי לא בנקל יוסק מהתנהגות הצדדים הרצון בשינוי החוזה שביניהם..."³⁸

כלומר, השופט שמגר לא רק הצביע בפירוש על המתח בין הצורך לאפשר שינוי לבין הצורך להגן על הוודאות והיציבות אלא אף ייצר מעין עקרון סימטריה של צורות, שלפיו על המסקנה בדבר שינוי חוזה להיות מבוססת כמו מסקנה בדבר כריתת חוזה.

הצורך לאזן בין יציבות לגמישות בהקשר של ויתור מתבטא לא רק בפסיקה אלא גם בחקיקה. למשל, לפי סעיף 1(ג) לחוק המתנה, תשכ"ח–1968 מתנה יכולה להתקיים בין השאר בדרך של "ויתור של הנותן על זכות כלפי המקבל", וסעיף 5(ב) לחוק קובע ש"כל עוד לא שינה מקבל המתנה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה". כלומר, לכתחילה הויתור הוא גמיש ומותאם לנסיבות המשתנות, והמוותר יכול לסגת ממנו כל עוד לא בוצע בפועל, אך מרגע שהויתור הוביל

René Demogue, *Analysis of Fundamental Notions*, in A. FOUILLEE ET. AL., MODERN FRENCH LEGAL PHILOSOPHY 347 (Franklin W. Scott & Joseph P. Chamberlain trans., 1968) (1916)

שם, בעמ' 447–448.

שם, בעמ' 449.

עניין פזגו, לעיל ה"ש 31, בעמ' 44.

להסתמכות, הוא הופך להיות בלתי הדיר. כך, גם פסק הדין בעניין פזגו וגם חוק המתנה מעידים היטב על עצם הצורך להגיע לשיווי משקל בין יציבות לגמישות בהקשר של ויתור ועל הקושי הכרוך בכך.

2. חליפין ומתנה

חליפין ומתנה הם שני מוסדות שהגבולות ביניהם מעסיקים את חקר התרבות בכלל ואת התאוריה של דיני החוזים בפרט.³⁹ נהוג לחשוב כי ההבדל המרכזי בין השניים מתבטא בקיומה של תמורה: חליפין מבוססים במהותם על תמורה – כל אחד מהצדדים נותן משהו בציפייה לקבל משהו אחר – ואילו המתנה נתפסת כמעשה של נדיבות טהורה מצד הנותן.⁴⁰

שאלה מרכזית בבסיס הניתוח המשפטי של טענת הוויתור היא אם הוויתור שקול לחליפין (התחייבות חוזית רגילה), הדורשים תמורה, או להתחייבות לתת מתנה, שאינה תלויה בתמורה. שאלה זו אף היא באה לידי ביטוי בעניין פזגו, שם קבע השופט שמגר כי כדי ליצוק תוכן להתנהגות הצדדים יש להתחקות אחר אומד דעתם, כאשר בתהליך זה "נודעת חשיבות להיגיון המסחרי שביסוד העסקה".⁴¹ קרי, שמגר מניח שההיגיון שמאחורי ויתור הוא היגיון של חליפין, ולפיכך הוא ממשיך וקובע כך:

ההסדר אשר בוצע בפועל בין הצדדים נשען על קיומם של מיתקן מילוי/מחסן של פזגו בבאר-שבע... לא נטען, כי גזב"ש שינתה את מצבה לרעה בהסתמך על הקמת מתקנים אלו: דומה כי לא נגרמו לה הוצאות או התחייבויות כלשהן בשל התפתחות זו, והיא לא נתנה תמורה כלשהי בגינה. ההפך הוא הנכון – נראה כי לגזב"ש צמחה טובת הנאה ניכרת מקיומו של הסדר זה. ואולם, בטובת הנאה זו בלבד אין כדי להקנות לה ציפייה מוגנת לכך שההסדר ימשיך ויתקיים בכל תנאי... אופי ההסכם בין הצדדים (הסכם לטווח ארוך) עם מהות ההסדרים (הפועלים, בסופו של דבר, לטובת גזב"ש) מחייבים, בנסיבות בעניין, לפרש את ההסדר שנקט בין הצדדים ביוזמת פזגו כהשעיה של סעיף 5(א) לחוזה, כאשר לפזגו מוקנית היכולת לסגת ממנו בהתקיים נסיבות ההופכות הסדר זה לבלתי כלכלי.⁴²

39 בחקר התרבות, ראו לדוגמה: מרסל מוס מוסה על המתנה: צורתו וסיבתו של החליפין בחברות הארכאיות (2005). בתאוריה המשפטית, ראו לדוגמה Melvin A. Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, 85 CALIF. L. REV. 821 (1997). לדיון משולב, ראו צבי טריגר "בהחלט הייתם צריכים: מבט חוזי על תרבות מתנות החתונה בישראל" עיוני משפט לה 51 (תשע"ב).

40 אף שדוקטרינת התמורה (consideration) במובנה הפורמלי לא נקלטה במשפט הישראלי, מושג התמורה לא נעלם מהחקיקה האזרחית שלנו. ראו לדוגמה ס' 1 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (מכר הוא הקניית נכס "תמורת מחיר"); ס' 1(א) לחוק המתנה, תשכ"ח-1968 (מתנה היא "הקניית נכס שלא בתמורה"); דניאל פרידמן "מושג התמורה בחקיקה הישראלית" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים (תשל"ה) (טוען כי בשל הגדרת המתנה בחוק "חוזר אלינו מושג התמורה ב'דלת האחורית', שהרי אנו נזקקים לו... לצורך הבחנה בין עסקאות שבגדר חוק המתנה ובין עסקאות עליהן יחול חוק החוזים בלבד", שם בעמ' 39); פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 7, בעמ' 471-474. קרי, במובנה המהותי תמורה כן נתפסת כאחד מיסודות העסקה החוזית גם בישראל.

41 עניין פזגו, לעיל ה"ש 31, בעמ' 42.

42 שם.

שיקול ההדדיות ביני החוזים: מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית

הניתוח שמציע השופט שמגר, ובמיוחד השימוש במונחים "תמורה" ו"טובת הנאה", ממקמים את שאלת הווייתור בתפר שבין מושגי החליפין והמתנה, כיוון שהם קושרים את ההכרעה המשפטית בעניין תקפות הווייתור בשאלת קיומה של תמורה. אך אולי חשוב מכך, ניתוח זה קושר ישירות גם בין הניגוד חליפין-מתנה לבין הניגוד יציבות-גמישות: לפי שמגר, טובת הנאה גרידא שעבורה לא ניתנה תמורה אינה מקנה למקבל ציפייה מוגנת שההסדר ימשיך לאורך זמן, כלומר היא אינה מבטיחה יציבות. אדרבה, טובת הנאה כזו מאפשרת לנותן לסגת ממנה לפי צרכיו. על מנת להבהיר מדוע עסקת חליפין נתפסת כראויה להגנה משפטית מוחלטת (קרי היא יציבה), ואילו התחייבות לתת מתנה נתפסת כראויה להגנה חלקית בלבד (קרי היא גמישה), אחזור לשני מושגים שכבר נזכרו לעיל: נדיבות ותמורה. קרול רוז מסבירה כי נדיבות כמובנה התרבותי מתאפיינת בהיותה גמישה, לא מחייבת, כזו שהנדבן יכול לחזור בו ממנה לפי רצונו. לפיכך אם כופים על הנדבן לתת מתנה נגד רצונו, המתנה מאבדת את משמעותה כביטוי של נדיבות. כל ניסיון לאכוף משפטית התחייבות לתת מתנה שהנותן רוצה לחזור ממנה, ינתק בין המתנה לבין רגש הנדיבות וירחק את הפרקטיקה של מוסד המתנה מהרציונל התרבותי שמאחוריה.⁴³

לעומת זאת, הקשר בין חליפין ליציבות נעוץ במושג התמורה. לון פולר הציע לראות בדרישת התמורה דרישה של צורה (formality)⁴⁴ והסביר כי התפקיד החשוב ביותר של דרישת הצורה בהקשר החוזי הוא התפקיד המתעל (channeling): יצירת דרך פשוטה עבור הצדדים לבחור את סוג מערכת היחסים שהם רוצים להיכנס אליה, משפטית או לא-משפטית.⁴⁵ ביני החוזים כניסה למערכת יחסים משפטית מאפשרת לבקש סעד של אכיפה, כלומר להבטיח את יציבותה של מערכת היחסים ולמנוע נסיגה חד-צדדית ממנה. התמורה, לפי פולר, ממלאת את התפקיד המתעל בהקשר החוזי ומאפשרת לצדדים לבחור בין עסקה אכיפה לעסקה לא אכיפה, בין יציבות לגמישות. התמורה אפוא היא שמעניקה לחליפין את אופיים היציב, בניגוד לאופייה הגמיש של מתנה, המתחייב מרגש הנדיבות שמניע אותה.

ד. תמורה וגבולות הרציונליות

הקשר בין סוגיית הווייתור לבין הניגודים יציבות/גמישות וחליפין/מתנה מאפשר לנסח ניסוח מושכל יותר את האתגר העומד בפני בית המשפט כאשר הוא מנתח את טענת הווייתור. נראה כי השאלה האמתית שבית המשפט מתחבט בה ואשר מובילה אותו לעתים קרובות לזנוח את הניתוח הדוקטרינרי ולהסתפק בניתוח אד הוק, אינה השאלה אם יש לנתח ויתור כמקרה של שינוי חוזה או כמקרה של השתק היוצר המצג, אלא אם את טענת הווייתור יש לנתח כטענה בדבר חליפין המבוססים על תמורה, שאי אפשר לחזור מהם ללא הסכמת שני הצדדים, או כטענה בדבר התחייבות לתת מתנה, המאפשרת למוותר לחזור בו לפי צרכיו.

Carol M. Rose, *Giving, Thieving, Trading and Trusting: How and Why Gifts Become Exchanges, and (More Importantly) Vice Versa*, 44 FLA. L. REV. 295, 307-308 (1992) 43
Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 COLUM. L. REV. 799 (1941) 44
שם, בעמ' 801. 45

ניסוח זה של השאלה מבהיר את שורש הבעיה בהנמקה השיפוטית – הצורך לבחור בין חליפין למתנה ובין יציבות לגמישות אף שהבחנה חדה בין הניגודים אינה הולמת את מאפייניהם העובדתיים של מקרי הוויתור. כפי שפורט לעיל, מקרי הוויתור מאופיינים בעמימות מסוימת, שכן מדובר במערכות יחסים ארוכות טווח שבהן ההעדפות והרצונות של הצדדים וכן יחסם זה לזה עשויים להשתנות. במערכות יחסים כאלו הגבול בין חליפין למתנה עשוי לעתים להיטשטש באופן שאף אחת מהגדרות לא תשקף במלואו את אופי האינטראקציה בין הצדדים בנקודת זמן מסוימת.

במובן זה, מקרי הוויתור ממחישים כי הבחנה חדה בין חליפין ויציבות למתנה וגמישות משקפת תפיסה צרה של רציונליות, כגון זו שאפיינה את התאוריה הקלאסית של החוזה במאה התשע-עשרה. התיאוריה הקלאסית גרסה כי על המשפט לאכוף רק מעשים רציונליים, כאשר בהקשר החוזי התכלית היחידה שנתפסה כרציונלית הייתה רצון לקבל תמורה כלכלית מוחשית. מאחר שמתנה אינה ניתנת כדי לקבל תמורה כזו, היא נתפסה כמעשה לא רציונלי שאינו ראוי להגנה משפטית.⁴⁶

דומה שכיום קשה לקבל הגדרה צרה זו של רציונליות, על השלכותיה המשפטיות. אף שמתנה עדיין נתפסת לרוב כאקט של נדיבות, נראה כי ראוי להבחין בין הקביעה שלמתנה אין תמורה במובן החוזי לבין הקביעה שהתחייבות לתת מתנה היא מעשה לא רציונלי שאינו ראוי להגנה משפטית. ואולם, ההבחנה בין היעדר תמורה לאי-רציונליות מתאפשרת רק ככל שהמשפט נכון להכיר בכך שלבני אדם יש מניעים מורכבים, שהרצון לזכות בתמורה חומרית ישירה אינו ממצה אותם. למשל, בהקשר העסקי-מסחרי, מתנה יכולה להינתן כמחווה לשם פתיחה חיובית של מערכת יחסים חוזית או לשם שימור של יחסים טובים מתמשכים במסגרת עסקית קיימת. במקרה כזה ניתן המתנה אולי אינו מצפה לתמורה ישירה במובן החוזי המקובל, אבל הוא כן מצפה ל**משהו**; הוא רוצה להשפיע השפעה כלשהי על היחסים בינו לבין מקבל המתנה, והרצון הזה יכול בהחלט להיחשב לרציונלי. לפיכך מבחן צר של תמורה או היעדר תמורה, חליפין או מתנה, עושה עוול למגוון ולמורכבות של המניעים האנושיים.⁴⁷

ה. ויתור וחוזי יחס

דרך טובה יותר לפענח את ההכרעה השיפוטית בעניין ויתור, אפוא, היא לחשוב על חליפין ומתנה כעל שני קצוות של רצף. אם מכירים בקיום מגוון של מניעים אנושיים רציונליים, שהרצון לקבל תמורה חומרית הוא רק אחד מהם, ניתן לחשוב על ההבדל בין חליפין ויציבות למתנה וגמישות כעל עניין של **דרגה** ולמקם את תופעת הוויתור בתוך המדרג. כך, ויתור אולי אינו דורש תמורה ברורה, אך המוות אינו פועל ללא מניע כלל; הוא פועל מתוך ציפייה להשפיע על אופי מערכת היחסים שבינו לבין הצד השני לחוזה: ליצור יחסי אמון, לעודד השגת פשרה בזמן סכסוך, לבטא רצון בהמשך היחסים לאורך זמן ועוד. קיומם של מניעים וציפיות כאלה במסגרת חוזית, אפילו עסקית גרידא, אינו צריך להפתיע.

ROY KREITNER, CALCULATING PROMISES: THE EMERGENCE OF MODERN AMERICAN CONTRACT DOCTRINE 91–93 (2007).

47 ראו והשוו – Hila Keren, *Considering Affective Consideration*, 40 GOLDEN GATE U. L. REV. 165, 191–216 (2010); נילי כהן "על הורים, על ילדים ועל כפיות טובה" **המשפט** 25, 53, 56 (תשס"ח).

הכלים התאורטיים לניתוח שלהם כבר מצויים במסגרת תאוריית חוזה היחס שפיתח מקניל (Macneil).⁴⁸

חוזה יחס הוא מונח שנועד לתאר מערכות יחסים חוזיות מורכבות, ארוכות טווח ורבות-משתתפים, שלא כחוזה הבדיד, סוג החוזה שהיה מושא התאוריה הקלאסית. מקניל אפיין את חוזה היחס ואת החוזה הבדיד באמצעות שורה של פרמטרים מנוגדים, בין השאר על פי המידה שבה הם משקפים את האינטרסים של יציבות וגמישות. כך, בחוזה הבדיד הצורך בשינוי וכוונון (adjustment) לפי הנסיבות ייעשה מחוץ למערכת היחסים, בעיקר בבחירה אם להיכנס לחוזה מסוים בנקודת זמן מסוימת או לא,⁴⁹ ומרגע הכניסה לחוזה ייעשה כל מאמץ אפשרי לחזות ולתכנן מראש את כל היבטי הביצוע. כלומר, מדובר במערכת יחסים המגנה הגנה מרבית על אינטרס היציבות.⁵⁰ לעומת זאת בחוזה יחס השינוי הוא חלק ממערכת היחסים החוזית עצמה, והצדדים מנסים לתכנן מנגנונים של גמישות לתוך מערכת היחסים מתוך הבנה של חוסר היכולת לתכנן את הביצוע מראש באופן מלא.⁵¹

על פי הבדלים אלו הגדיר מקניל נורמות מיוחדות החולשות על כל אחד מטיפוסי החוזים ומתוות את אופן התנהלותם של הצדדים. שתיים מהנורמות המיוחדות לחוזי יחס הן הרמוניזציה של הקשר ושימור היחסים החוזיים, כלומר רצון הצדדים להתגבר על מכשולים ובעיות במערכת היחסים והרצון להמשיך ולקיים את מערכת היחסים לאורך זמן.⁵² שתי הנורמות נובעות במישורן מהמאפיינים המיוחדים של חוזה יחס לעומת חוזה בדיד: חוזה בדיד הוא בהגדרה קצר בזמן, ולכן אין לצדדים רצון מיוחד לשמר אותו לאורך זמן, והם אינם פועלים לקדם מטרה זו. בגלל האופי התחליפי של החוזה אף אחד מהצדדים אינו חושש במיוחד מסיום הקשר העסקי עם האחר – שניהם יכולים לחזור לשוק ולמצוא שותף אחר להמשך הפעילות הכלכלית שלהם. כשמתעוררת מחלוקת בין הצדדים, ממילא לא נותר הרבה מה לשמר, שכן החוזה כולו סובב סביב העסקה הבודדת, ולפיכך הצדדים יפעלו באופן אדברסרי כדי להגן על זכויותיהם. תהליך יישוב הסכסוך יתמקד באופן טיפוסי באירועים שקרו בעבר, ובסופו ילך כל צד לדרכו. לעומת זאת בחוזה יחס השאיפה היא להמשיך את מערכת היחסים החוזית ללא מגבלת זמן. הקשר בין הצדדים הוא ייחודי, ואין להם אפשרות לחזור לשוק ולמצוא תחליף. לכן אם וכאשר יתעוררו מחלוקות, ינסו הצדדים להגיע לפתרון מתוך מחשבה לא רק על העבר אלא גם על שיתוף הפעולה העתידי ביניהם.⁵³

אף כי מקניל ניתח את חוזה היחס והחוזה הבדיד כשני מודלים המנוגדים זה לזה, למעשה הוא ראה בשניהם "טיפוסים אידאליים" וסבר שמאפייניהם קיימים בדרגות משתנות בכל חוזה. תובנה זו מחזקת את הטענה שהוצגה לעיל, שלפיה כדי להבין את תופעת הוויתור יש צורך להרחיב את גבולות תפיסת הרציונליות ולהכיר במגוון של מניעים אנושיים הפועלים במסגרת מערכת היחסים החוזית. בפרט, הניתוח של מקניל יכול להראות כי במסגרת של חוזה ארוך טווח רצון הצדדים לפתור מחלוקות

Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contract*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974) 48
Macneil, *Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854 (1978)
שם בעמ' 859. 49
שם, בעמ' 863 ה"ש 25. 50
שם, בעמ' 865–872, 889–899. 51
IAN R. MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT* 68 (1980) 52
Macneil, *Adjustment*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 860–861, 891. 53

ולשמר את הקשר הוא אחד המאפיינים של החווה כמערכת יחסים כלכלית. את הרצון בהרמוניה ובשימור הקשר ניתן אפוא לראות כרציונלי לא פחות מהרצון לקבל תמורה. אין ספק שהצורך להביא בחשבון מניעים מורכבים כאלו מציב קושי בפני המשפט, שרגיל להתחשב באלמנטים מוחשיים ומוגדרים מבחינה כלכלית של מערכות יחסים חוזיות. אך השארתם מחוץ לתחום הניתוח המשפטי חמורה עוד יותר, שכן היא מונעת מבית המשפט להתייחס להיבטים חשובים של האינטראקציות החוזיות שהוא בוחן. בית המשפט מודע לבעיה זו, ובחלק מפסקי הדין אכן ניתן לאתר התייחסות לשאלת קיומם של מניעים מלבד תמורה כמבחן לתקפות הויתור. למשל, בעניין **תדמור נ' ישפאר** מבחין בית המשפט בין התנהגות של המשיבה המכוננת ויתור, להתנהגות שאינה מכוננת ויתור:

המשיבה ידעה כל השנים על העובדה שהמערער לא הסתפק בסוכנות שקיבל ממנה אלא ייבא מוצרי אלקטרוניקה מסוגים שונים, אך בחרה, **משיקולים עסקיים שלה**, שלא להגיב... ורק משהחל המערער לייבא את מוצרי חברת I.T.T, החליטה לסיים את חוזה הסוכנות... אין לראות את המשיבה כמי שויתרה על זכותה החוזית שהמערער לא ישווק מוצרים דומים מתחרים, גם אם בהתנהגותה היא ויתרה על זכותה בקשר למוצרים דומים.⁵⁴

אף כי בית המשפט נמנע מלפרט מהם "השיקולים העסקיים", ברור שההבנה כי קיימים שיקולים כאלה – כלומר **שקיים מניע מאחורי הויתור** – משחקת תפקיד נכבד בהכרעה. בעקבות מקנל ניתן להציע שמניעים אלו קשורים ברצון בשימור היחסים החוזיים ובהרמוניזציה שלהם גם בעת סכסוך. גם בעניין **בנין נ' בנין**⁵⁵ נדרש בית המשפט לשאלת המניע. באותו עניין נדון סכסוך בין מוריס לאלברט בנין, בנים למשפחה מרובת נכסים. שותף עסקי של שני האחים הסכים לבטל תלוניה שהגיש נגד מוריס בגין גנבה מחברה משותפת, בתנאי שאלברט יחזיר לחברה כסף בשווי שגנב לכאורה מוריס. עובר להסכמה זו נחתם בין אלברט למוריס הסכם, ולפיו מוריס חייב לאלברט סכום כסף מסוים כפיצוי בגין עסקים קודמים ביניהם. במסגרת ההסכם נתן מוריס לאלברט ייפוי כוח בלתי חוזר למכור נכסי מקרקעין שבבעלותו כדי לגבות את החוב. כשנה לאחר מכן השתמש אלברט בייפוי הכוח על מנת להעביר נכס של מוריס לחברה שבשליטתו, אולם במשך שבע-עשרה השנים הבאות לא עשה אלברט כל פעולה נוספת לגביית חובו, והאחים אף המשיכו לשתף פעולה מבחינה עסקית. רק לאחר מכן התעורר סכסוך בין האחים, והם הגישו תביעות הדדיות, אשר נגעו בין היתר ליכולתו של אלברט להמשיך ולגבות את חובו של מוריס. אחת מטענותיו של מוריס הייתה כי מהתנהגותו של אלברט במשך שבע-עשרה השנים שחלפו עד להגשת התביעה נובע כי הוא מחל על חובו. בית המשפט קיבל טענה זו וקבע כי העובדה שאלברט לא עשה כל פעולה לגביית החוב במשך תקופה כה ארוכה מעידה שאכן ויתר על החוב. המרתק בעניין **בנין** הוא האמביוולנטיות של בית המשפט בנוגע להתייחסות שלו עצמו לשאלת קיומו של המניע:

54 עניין **תדמור**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 523.
55 ע"א 522/71 **בנין נ' בנין**, פ"ד כח(2) 309 (1974).

הימנעותו של אלברט מעשיית כל פעולה להעברת נכסים לשם גביית החוב במשך כ- 17 שנה... מהווה ראייה משכנעת, שאלברט הסתפק בהעברת חלקו של מוריס בנכס שברחוב יפו והוא ויתר או מחל למוריס על גביית החוב. **אין ביכולתנו ואף אין זה מתפקידנו לרדת לסוף מניעיו של אלברט לויתור זה ורק נוכל להעלות כאן השערה...** יתכן שאלברט היה מוכן להסתפק בקבלת חלקו של מוריס בנכס שברחוב יפו מתוך הכרה פנימית, שדי בכך כדי לפצותו על הנזקים שנגרמו לו. **יהא המניע של אלברט אשר יהא, הרי מחדליו ומעשיו מעידים, שהוא ויתר על חובו.**⁵⁶

חרף דברים זהירים אלו של בית המשפט נראה כי קשה ליצוק משמעות כלשהי למחדליו ולמעשיו של אלברט מבלי לנסות ולהתחקות אחרי מניע אפשרי להם. כפי שביקשתי לטעון בחלקו הראשון של פרק זה, התנהגות הצדדים במקרי ויתור היא לרוב לא עקבית, ואי אפשר להסיק מההיבטים העובדתיים שלה מסקנה חד-משמעית לכאן או לכאן. לפיכך ללא הניתוח המשפטי המתאים, מעשיו ומחדליו של אלברט אינם מעידים על דבר, והניתוח המשפטי המתאים הוא כזה המנסה להתחקות אחרי הרציונל שמאחורי מעשיו של המוותר, מתוך תפיסה רחבה של רציונליות שמוותרת על הבחנה חדה בין חליפין למתנה. אם כן, אני סבורה שהעובדה שבית המשפט היה יכול לזהות מניע רציונלי כלשהו להתנהגותו של אלברט הייתה גורם מכריע בהכרעה כי הוא ויתר על חובו.

עם זאת יש להדגיש שמשמעותה של תפיסה רחבה של רציונליות אינה שכל ויתור יהיה רציונלי, שהרי אם כך, שאלת המניע הייתה חסרת משמעות כמבחן לאכיפת ויתור. אדרבה, גם מתוך תפיסה רחבה של רציונליות יש מקרים שבהם בית המשפט יכול לקבוע שאי אפשר לזהות מניע משכנע לויתור, ומשום כך הויתור אינו אכיף. לדוגמה, אפשרות אחת להסביר את פסק הדין בעניין פזגז היא לומר שבהיעדר תמורה כלכלית מוחשית מצד גזית הדרום וגזב"ש ובהתחשב באופי מערכת היחסים שבין הצדדים ושאר עובדות המקרה, לא הצליח בית המשפט לזהות כל מניע הגיוני לויתור של פזגז על הדרישה החוזית המקורית להחזקת מחסן.

הקביעה בדבר מידת הרציונליות תתבסס, בכל מקרה, על היקף הויתור ועל אופי מערכת היחסים שבין הצדדים. למשל, אפשר שמניע מסוים ייחשב רציונלי במערכת יחסים בין שני אחים, אך לא רציונלי במערכת יחסים בין צדדים זרים, ולהפך.⁵⁷ ככלל, ככל שהסיטואציה החוזית-המסחרית היא מורכבת, ארוכה יותר בזמן ודורשת שיתוף פעולה, או לחלופין – ככל שהצדדים לחוזה אינם זרים זה לזה אלא מצויים במערכות יחסים נוספות על זו החוזית, כך יהיה מוטעה להניח שהמניע היחיד שמאחורי האינטראקציות ביניהם הוא תמורה במובנה הקלאסי.

לבסוף, דרישת המניע כמבחן לתקפות הויתור עשויה להבהיר הן מדוע הפסיקה משתמשת בדוקטרינה של שינוי חוזה והן מדוע דוקטרינה זו אינה מתארת במדויק את השיקולים שבבסיס ההכרעה השיפוטית. ברוב מקרי הויתור, הויתור נעשה בדרך של מחדל ולא בפעולה אקטיבית.

56 שם, בעמ' 330.

57 ראו לדוגמה ע"א 5205/05 שחם נ' נפ-גל (לא פורסם, 20.3.2008) והשוו עניין שטרן, לעיל ה"ש 34. נדמה שאת התוצאות השונות ניתן להסביר בהיעדר מניע משכנע לויתור על הזכות במקרה הראשון, שבו היה מדובר בצד מסחרי שרכש דירה כהשקעה, וקיומו של מניע כזה במקרה השני, שם מדובר בויתור של אח לטובת אחיו שביקש למכור נכס משותף.

המשמעות המשפטית של מאפיין זה היא שכשלב ראשון בבחינת הוויתור יש לשאול אם בכלל התקיימה פעולה כלשהי, שניתן להגדירה כוויתור, או שמדובר במחדל לא מכוון. אני סבורה ששאלה זו היא שמובילה את בית המשפט לשימוש בדוקטרינה של שינוי חוזה, אלא שדוקטרינה זו מבוססת (כאמור) על אומד דעת של הצדדים או על כוונה משותפת שלהם, שבמקרי הוויתור למעשה אינה קיימת. בפועל, בית המשפט מחפש את הכוונה של הצד המוותר בלבד, או – בניסוח שהוצע כאן – את המניע לפעולתו, שכן המניע הוא שיכול להבחין בין פעולה אקראית למכוונת. הדוקטרינה של שינוי חוזה היא אפוא בבחינת קירוב של הדרישה למניע, התואמת יותר את מאפייניהם של מקרי הוויתור.

1. תמורה והשתק

עד כה ראינו שאת התופעה של ויתור על זכות חוזית בהתנהגות קשה לאפיין בחדות כחליפין או כמתנה. עוד ראינו כי ההכרה במגוון של מניעים רציונליים כ"תמורה" לצורך אכיפה של שינוי חוזה בהתנהגות מעוגנת היטב בתאוריית חוזה היחס, ולכן רעיון זה אינו זר לעולם החוזים המסחריים. רעיון המניע (במקום תמורה חומרית ישירה במובנה הפשוט) הבהיר גם מה בית המשפט מנסה לאתר כאשר הוא מיישם את הדוקטרינה של שינוי חוזה, וגם מדוע הדוקטרינה כפי שהיא אינה מותאמת לכך. עתה אנסה להראות כי מהלך דומה ומשלים ניתן ליישם ביחס לדוקטרינת ההשתק.

כך, כדי להכריע האם לאכוף את הוויתור בית המשפט מנסה לזהות לא רק את המניע של המוותר (דהיינו באיזה אופן ביקש להשפיע על מערכת היחסים) אלא גם לבחון אם המוותר **אכן הצליח** להשפיע על מערכת היחסים באופן הרצוי לו.⁵⁸ הצלחה כזו תהיה תמיד תלויה בהתנהגותו של הצד השני, שכן אם הצד השני דוחה את הוויתור ואינו פועל בהסתמך עליו, הוויתור בוודאי אינו יכול להשפיע באופן משמעותי על יחסי הצדדים.

דוגמה טובה לכך מן הפסיקה היא פסק הדין בעניין Micro Balanced Products **נ' תעשיות חלאבין**,⁵⁹ שבו נדונה התקשרות עסקית בין תעשיות חלאבין, חברה ישראלית לייצור מוצרי טיפוח, לבין חברה אמריקנית בשם מיקרו באלאנסד פרודקטס (להלן – **מיקרו**), שבמסגרתה התחייבה מיקרו להפיץ את מוצרי חלאבין בארצות הברית. אחד ההסכמים שנחתמו בין הצדדים כלל תניה שלפיה אם תפר מיקרו את החוזה הפרה יסודית, חלאבין זכאית לסיימו בהתראה של תשעים יום. כעשר שנים לאחר מכן שיגרה חלאבין למיקרו הודעה בדבר סיום ההתקשרות ביניהן על בסיס אותה תניה, בנימוק שהיקף הרכישות של מוצרי חלאבין אינו כפי שהוסכם. מיקרו טענה כי אין מדובר בהפרה, שכן חלאבין, בהתנהגותה לאורך ארבע-עשרה שנות ההתקשרות בין הצדדים, ויתרה על קיום ההתחייבות בדבר רכישת כמויות מינימום ממוצריה. לטענת מיקרו, ויתור זה בא לידי ביטוי בין היתר בהמשך ההתקשרות בין הצדדים אף שלכל אורכה של התקופה לא רכשה מיקרו את הכמויות הנקובות בהסכם; בכך שזכויות ההפצה הבלעדיות שניתנו לה הורחבו למדינות נוספות; ובכך שחלאבין לא התנגדה להארכתו של ההסכם בהזדמנויות שונות בשנים שחלפו. מיקרו טענה גם שהסתמכותה על התנהגות

58 השוו Keren, לעיל ה"ש 47, בעמ' 211.

59 ע"א 8741/01 Micro Balanced Products **נ' תעשיות חלאבין**, פ"ד נז(2) 171 (2003).

חלאבין הביאה לשינוי מצבה לרעה, ועל כן חלאבין מנועה מלטעון להפרת ההסכם. חלאבין מצדה טענה שהביעה לא פעם במשך השנים את חוסר שביעות רצונה מאי־רכישת כמויות מספקות ממוצריה על ידי מיקרו, ואף כי הייתה נכונה להמתין ולא לבטל את החוזה, היא מעולם לא ויתרה על התחייבות מיקרו בעניין זה. בית המשפט קבע שחלאבין לא ויתרה כליל על זכותה לביטול החוזה בגין אי־רכישת הכמות המוסכמת ממוצריה, אולם בהתנהגותה הפכה חלאבין את ההפרה ללא־יסודית, ולכן הייתה חייבת לתת למיקרו ארכה לפני ביטול החוזה, על פי סעיף 7(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970.

ניתן לשער כי חלאבין נמנעה במשך השנים מלעמוד על זכותה לביטול החוזה משום שגם הכמויות המופחתות שמיקרו הצליחה למכור היו רווחיות עבורה, ולפיכך הייתה מעוניינת להמשיך בהתקשרות. כלומר, לחלאבין היה מניע גיוני לוותר על זכותה לבטל את החוזה בשל הפרה יסודית בהתראה של 90 יום בלבד. אך יתרה מזאת, עסקייהן המשותפים של חלאבין ומיקרו **אכן המשיכו** להתנהל במשך עשור: כלומר הוויתור של חלאבין השיג את המטרה המבוקשת מבחינתה – המשך שיתוף הפעולה העסקי. ברור למדי כי תוצאה מוצלחת זו לא הייתה יכולה להתקיים אילו הייתה מיקרו סבורה כי היא מצויה במצב של הפרה תמידית, החושפת אותה בכל עת לביטול החוזה. בדומה לזה, כאשר ויתור נעשה לצורך השגת פשרה בין הצדדים, יש לבחון אם הצד השני שיתף פעולה עם ניסיון הפשרה והוא צלח, שאם לא כן אכיפת הוויתור תהיה כנראה לא צודקת.⁶⁰ ברור שכאשר המוותר פועל לא לשם קבלת תמורה כלכלית אלא כדי ליצור תוצאה הקשורה באופי היחסים שבין הצדדים, יהיה לעתים קשה לקבוע אם השיג את מה שרצה או לא. אך גם במצבים עמומים כאלו יכול בית המשפט לבחון את הצלחת המוותר להשפיע על מערכת היחסים: התנהגותו של הצד השני, ובעיקר התנהגות שמבטאת אמון בקיומו של ויתור והסתמכות עליו, היא שיכולה להיות איתות שהוויתור פעל את פעולתו. זוהי כנראה הסיבה שבית המשפט פונה לדוקטרינת ההשתק, שההסתמכות ושינוי המצב לרעה הם מיסודותיה. אך הבעיה היא שההסתמכות בהקשר של ויתור אינה תמיד מתבטאת בשינוי מצב לרעה במובן החוזי הרגיל (הוצאה כספית לשם הביצוע). לעתים קרובות יותר המשמעות של ההסתמכות היא התאמת התנהלותו הכלכלית של הצד השני למצב החדש שנוצר בעקבות הוויתור או הימנעות מהשקעה באפיק אחר. למעשה, כאשר היחסים הם לטווח ארוך, הסתמכות מסוג כזה היא כמעט בלתי נמנעת, ובמקרים כאלו מבחן המניע עשוי להיות המבחן המכריע (כפי שקרה, אולי, בפסק הדין בעניין פזגו).

ז. שיקול ההדדיות

בתאוריה הקלאסית של דיני החוזים, הסכמת הצדדים הייתה הנקודה הארכימדית של החוזה. כפי שבאשר לכריתת החוזה ההנחה הייתה שקיים רגע אחד בזמן של "מפגש רצונות", כך באשר לשינוי חוזה הונח שהשינוי צריך להיות פרי החלטה ברורה של הצדדים ואף להיות מלווה בתמורה. חשיבה דומה ממשיכה ללוות את הפסיקה עד ימינו.⁶¹ אולם בפועל מקרים של שינוי חוזה בהתנהגות מהסוג שנידון בפרק זה (ויתור על זכות חוזית) מציגים דינמיקה מעורפלת ונתונה לפרשנות. במקום רגע אחד

60 השוו ע"א Biellony Castello S.A.10258/06 נ' גלובל רוטו שקע (פורסם בנבו, 2.2.2009).

61 ראו לדוגמה עניין פזגו, לעיל ה"ש 31, בעמ' 41–42, 44.

של הסכמה יש רצף של רגעים בזמן שבהם הצדדים מציגים זה לזה מצגים שונים, לעתים במעשה ולעתים במחדל ובשתיקה. לפיכך בתי המשפט מנתחים את המקרים ומכריעים בהם בעזרת דוקטרינות שונות, שמתכתבות עם ההיבטים השונים והמנוגדים של סוגיית הוויתור. כדי להתמודד עם ההיבט המכוון והרצוני של ויתור הם פונים לשינוי חוזה; כדי להתמודד עם ההיבט של הסתמכות אובייקטיבית הם פונים להשתק. בעקבות זאת סוגיית הוויתור נותרת ללא תאורטיזציה ברורה ועצמאית, וההנמקה השיפוטית נעה הלוך ושוב בין רציונלים שונים.

ההבנה שהוצעה כאן להכרעה השיפוטית בנושא ויתור מזהה ניסיון למצוא את האיזון הנכון בין יציבות לגמישות, בין חליפין למתנה. ניסיון זה משתקף בתנועה של הפסיקה בין הדוקטרינות של השתק ושינוי חוזה: מחד גיסא הפסיקה דורשת שיהיה למוותר מניע שהוא וריאציה של הדרישה לכוונה או הסכמה המתבטאת בדוקטרינה של שינוי חוזה. דרישת המניע היא שמאפשרת להבחין בין מחדל אקראי לבין פעולה שיש להעניק לה משמעות משפטית ולאכוף על צד רק ויתור שנעשה לטובת האינטרסים שלו. מאידך גיסא הפסיקה מבקשת להוסיף ולבחון אם המוותר הצליח להשפיע על מערכת היחסים השפעה העולה בקנה אחד עם אותם אינטרסים. מאחר שבחינתה של שאלה זו תתייחס לקיומה של הסתמכות אובייקטיבית (במובן הרחב), קיימת הגנה מובנית על האינטרס של הצד השני לעסקה, אותה הגנה שדוקטרינת ההשתק מבקשת לספק. הצירוף של שני היסודות, קיום המניע והתממשות מצב העניינים המבוקש, אמור להבטיח שהסתמכות לא תוגן באשר היא, אלא רק כאשר היא עולה בקנה אחד עם אינטרס אמתי של המוותר. מנגד, עצם המניע לויתור לא יספיק, אם הוויתור לא השיג את התוצאה המקווה. כלומר, הדרישה אינה דווקא לקיומו של אומד דעת משותף של הצדדים בנקודת זמן ספציפית אלא להדדיות בפעולתם לאורך תקופת ביצוע החוזה: המניע מעיד על קיומה של פעולה מהצד האחד, והצלחת הוויתור מעידה על קיומה של פעולה הדדית מהצד השני. אכן אין כאן מתנה, כיוון שהוויתור אינו נעשה מתוך נדיבות גרידא וללא כל ציפייה, אולם מדובר בסוג מיוחד של חליפין – מעין קטגוריית ביניים שאי אפשר להבינה ללא הרחבה של מושג התמורה המקובל. מושג ההדדיות המוצע כאן מאפשר הרחבה כזאת, ובכך מסביר מדוע בית המשפט מחליט לאכוף ויתורים מסוימים גם בהיעדר "תמורה".⁶²

פרק שני – כפייה

א. חוקיות, לגיטימיות והוגנות

בניגוד לויתור, לדוקטרינת הכפייה יש עיגון ברור במשפט הישראלי: סעיף 17 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973 קובע כי "מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה; אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום

62 יודגש כי אף שניתן למקם את הסוגיה של שינוי בהתנהגות (או ויתור על זכות חוזית בהתנהגות) כחלק מדיני הכריתה, איני מציעה כי ההבנה המתוארת כאן לפסיקה בנושא שינוי בהתנהגות רלוונטית להכרעות בנושא כריתת חוזה בכלל או כתאוריה כללית בדבר יצירת חיובים חוזיים. כפי שצוין בפרק המבוא, תת-פרק ג לעיל, מופעיו של שיקול ההדדיות עשויים להשתנות לפי ההקשר, ולכן אי אפשר לקבוע באיזה אופן בדיוק פועל שיקול ההדדיות בהקשר של כריתת חוזה חדש ללא מחקר נוסף.

לעניין סעיף זה". אולם כבר במבט ראשון ניתן לראות שהסעיף אינו מספק הגדרה פוזיטיבית של כפייה (למעט ההבהרה שהיא כוללת שימוש בכוח או באיום), וגם בית המשפט, כמו המחוקק, התקשה לא מעט בהגדרת העילה.

עד שנות השבעים נשענה פסיקת בית המשפט העליון על המשפט המקובל, שלפיו כדי לכונן כפייה איום צריך להיות "בלתי־חוקי" וליצור "כורח מידי ולוחץ" ה"שולל את רצונו החופשי של אדם".⁶³ כלומר, העילה הייתה מורכבת משני יסודות: אי־חוקיות והיעדר רצון חופשי. בבית המשפט העליון נדונו אז שני סוגים עיקריים של איומים, אשר נטען כי הם מכוננים כפייה במובנה החוזי: הסוג הראשון והדומיננטי היה איום שמטרתו לגבות חוב; הסוג השני היה איום מצד רשות למנוע שירות ציבורי. במקרים מהסוג הראשון השאלות המרכזיות היו אם מדובר בחוב מוסכם או שנוי במחלוקת,⁶⁴ ואם האיום היה על החייב עצמו או על צד ג.⁶⁵ במקרים מהסוג השני השאלה המרכזית הייתה אם השירות הוא בבחינת מונופול, שאז המאיום מאמין שאם לא יסכים לשלם תמורה נוספת הוא לא יוכל לקבל את השירות ממקור אחר.⁶⁶ בנוסף, על פי עקרונות היושר הנכפה נדרש לבטל את החוזה בתוך זמן סביר כדי לזכות בסעד. לאחר חקיקת חוק החוזים עוגנה דרישה זו בסעיף 20 לחוק, שלפיו "ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני... תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפיה".

הסדקים הראשונים בדוקטרינה המסורתית התגלו במקרים מסוג שלישי, שהחלו להגיע אל בית המשפט העליון בשנות השמונים והפכו בהדרגה לדומיננטיים בפסיקה: מקרים של **כפייה כלכלית** שבהם האיום היה להפר חוזה. באחד מפסקי הדין הידועים של בית המשפט העליון בנושא כפייה כלכלית, עניין **רחמים נ' אקספומדיה**,⁶⁷ ערכו שני הצדדים הסכם לעריכת יריד על קרקע שהייתה בבעלות המערערת וקבעו בו את חלוקת הרווחים. זמן קצר לאחר פתיחת היריד התברר שמדובר בכישלון כלכלי, והמערערת דרשה מהמשיבה לשלם לה 50,000 דולר או שתסגור את שטח היריד ובכך תמנע את המשך קיומו. בית המשפט קיבל את טענת המשיבה שהסכמתה לשלם ניתנה בכפייה, אך נמנע מהגדרת האיום "בלתי־חוקי" והשתמש תחת זאת במושג הלגיטימיות: "כאשר צד פעל כפי שפעל מנהל המערערת, אשר השתמש באיום מפתיע שהנזק הצפון במימושו הינו חמור ביותר ובלתי הפיך, וכאשר עיתוי האיום הוא דווקא זה בו יהיה הצד השני חשוף ופגיע ביותר עד כי יאלץ להיכנע לו, אין בכך משום לחץ לגיטימי".⁶⁸

הסיבה לשינוי המושגי הייתה, ככל הנראה, חוסר התאמתו של קריטריון אי־החוקיות למקרים של איום להפר חוזה. קריטריון אי־החוקיות הוא דיכוטומי, ולכן אם יש חובה לקיים חוזים, האיום להפר

63 ראו לדוגמה ע"א 278/56 סופרגו נ' רפאלי, פ"ד יב 394, 402 (1958).

64 ע"א 152/59 סוארי נ' ברגמן, פ"ד יד 2354 (1960); ע"א 352/61 זופוביץ נ' רייזל, פ"ד טז 1833 (1962); ע"א 216/73 סולמונוב נ' אברהם, פ"ד כח(1) 184 (1973). מקרים מסוג זה שבים ומופיעים בפסיקה גם בעשורים האחרונים, ראו לדוגמה ע"א 1912/93 שחם נ' מנס, פ"ד נב(1) 119 (1998); ע"א 5806/02 ארביב נ' קרני (לא פורסם, 22.4.2004).

65 עניין סוארי, לעיל ה"ש 64; ע"א 784/81 שפיר נ' אפל, פ"ד לט(4) 149 (1985).

66 ע"א 412/54 ראש העיר תל־אביב־יפו נ' חברת "ארמון אהרונוביץ 3 בע"מ, פ"ד י 1835 (1956); עניין סופרגו, לעיל ה"ש 59. לגולגולים מודרניים של איום מסוג זה ראו עניין רובינשטיין, להלן ה"ש 93; ע"א 2299/99 שפייר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 213 (2001).

67 ע"א 8/88 שאול רחמים בע"מ נ' אקספומדיה בע"מ, פ"ד מג(4) 95 (1989).

68 שם, בעמ' 99. ראו גם רע"א 7539/98 לוטם רהיטים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נג(1) 721 (1999).

חוזה צריך בהכרח להיחשב לא חוקי.⁶⁹ אולם מן הניתוח של בית המשפט את עובדות המקרה ניתן להבין שלא כל איום בהפרת חוזה ייחשב בעיניו לפסול אלא רק אותו "איום מפתיע שהנוק הצפון במימושו הינו חמור ביותר ובלתי־הפיך, וכאשר עיתוי האיום הוא דווקא זה בו יהיה הצד השני חשוף ופגיע". כלומר, בית המשפט זקוק לקריטריון מורכב ורגיש לנסיבות כדי לאתר איומים להפר חוזה שהם פסולים. קריטריון אי־החוקיות אינו נותן ביטוי למורכבות זו, משום שהוא מדמה שמצב הזכויות והחובות של הצדדים נתון מראש, והוא סיבה להכרעה השיפוטית ולא תוצאה שלה. בהקשר זה תובנה בסיסית של הראלזים המשפטי היא שהקביעה בדבר קיומן של חובות וזכויות היא קביעה פרשנית, המבוססת על המשמעות המשפטית־נורמטיבית שבית המשפט מייחס לעובדות. הראלזים המודרני אף רואה את לבה של ההכרעה המשפטית לא בהצהרה על עצם קיומן של זכויות אלא בקביעת ההיקף של כל אחת ובאיזון הנכון ביניהן במקרה הספציפי, וקביעה כזו חייבת להתגבש על סמך שיקולים נורמטיביים הקודמים לעצם קיומה של הזכות.⁷⁰ לענייננו, הכרעה בשאלת הכפייה על סמך קריטריון של חוקיות עלולה לייצר מעגל שוטה שבו הקביעה הנורמטיבית אם האיום כופה מבוססת לכאורה על הקביעה בדבר חוקיותו, בעוד שלמעשה, הקביעה בדבר חוקיות האיום מבוססת על קביעה נורמטיבית קודמת בדבר היותו כופה.

פסק הדין בעניין מאיה נ' פנפורד,⁷¹ שניתן כמה שנים לאחר עניין אקספומדיה, מבטא את המשך דחיקתו של יסוד אי־החוקיות מהגדרת עילת הכפייה. מאיה, סוחר יהלומים, קנה יהלומים מהמשיבות ושילם בשיקים דחויים. בדיעבד התברר שהיה נתון בקשיים כלכליים, ולפני שהגיע מועד פירעון השיקים נמלט מהארץ, אולם לאחר מכן הוא פנה למשיבות והציע להן לקבל ממנו יהלומים בשווי חלק מחובו בתמורה להתחייבותן בכתב לוותר על יתר החוב. המשיבות הסכימו וקיבלו את היהלומים, אך בהמשך טענו כי יש לבטל את ההתחייבות לוותר על יתרת החוב מחמת כפייה. הקושי להכריע במקרה השתקף במחלוקת בין שופטי המותב: השופט גולדברג סבר שלמשיבות מגיעים פיצויים בלבד, השופט שמגר סבר שהן זכאיות לביטול החוזה כיוון שהוא נוגד את תקנת הציבור, ורק השופט חשין קיבל את טענת הכפייה. אגב פסיקתו הסביר השופט חשין את מהותה של כפייה כלכלית:

בשוק חופשי רשאי פלוני לעשות שימוש ביתרון עסקי־כלכלי שיש לו על אחרים, וחוזה הצומח מתוך מערכת מעין זו לא נסווג אותו כחוזה שנכרת בכפייה... ואולם, גם בשוק חופשי יש כללי התנהגות ראויים ומקובלים... ובתי־המשפט יקבעו את גבוליהם מעת לעת, ברוח הזמן והמקום... הפרת חוזה או איום בהפרת חוזה אפשר [ש]יראו בהם סטייה מכללי ההתנהגות הראויים בחיי העסקים והמסחר, לאמור: יעלו כדי כפייה־מקנה־זכות.⁷²

באמרו ש"הפרת חוזה או איום בהפרת חוזה אפשר [ש]יראו בהם סטייה מכללי ההתנהגות הראויים" – קרי אפשר ולא הכרח – ממשיך השופט חשין את המגמה של עניין אקספומדיה. בכך הוא מבסס את

69 השוו פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 919–920.

70 ראו לדוגמה חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (תשס"ה).

71 ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705 (1994).

72 שם, בעמ' 719–720.

שיקול ההדדיות ביני החוזים: מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית

המסקנה כי אי-חוקיותו של האיום אינה המבחן המתאים להבחנה בין סוג הכפייה המטריד את המשפט הפרטי לסוג הכפייה שאינו מטריד אותו. אולם גם קריטריון הלגיטימיות של עניין **אקספומדיה**, שנראה מושך על פני הדברים, הוא מעורפל לחלוטין: מתי ייחשב איום ל"מפתיע"? ומהם אותם "כללי משחק מקובלים" שעליהם צריך בית המשפט להגן? אמירתו של השופט חשין שלפיה בית המשפט הוא שיקבע מעת לעת מהם כללים אלו מעוררת לא מעט שאלות, וקשה לוותר על השאיפה לקבל מושג ברור יותר בדבר השיקולים המנחים את בית המשפט בהחלטותיו.

בשל חוסר הבהירות האמור מרתק לראות כי בד בבד עם תיאורו החדשני של השופט חשין לכפייה הכלכלית – תיאור אולי גמיש עוד יותר מ"היעדר הלגיטימיות" של עניין **אקספומדיה** – השופט שמגר חוזר בפסק דינו בעניין **מאיה** ליסודות הכורח והיעדר הרצון החופשי שבלטו בפסיקה המוקדמת וקובע כי "כדי שתוכר עילת כפייה, חייבת להיות פגיעה חריפה בחופש הרצון החוזי של המתקשר. בלי למצות אפשר לומר כי חופש רצון חוזי הוא מצב שבו ניצבת לפני המתקשר ברירה סבירה אחרת. אם ישנה ברירה סבירה, הרי שאין לומר כי נפגם הרצון החוזי".⁷³

ניתן לראות בדברים אלו של שמגר ניסיון ליצור המשכיות בהגדרת הדוקטרינה של כפייה גם על רקע השינוי המתחייב מהמעבר למקרים המורכבים של כפייה כלכלית, אך בדיעבד ניתן לקבוע שהיה זה ניסיון שווא, מפני שבשנים הבאות איימה הפסיקה לנטוש את הרצון החופשי כיסוד המרכזי של כפייה בדיוק כפי שעשתה ליסוד אי-החוקיות.

בהקשר זה פסק הדין בעניין **ש.א.פ. נ' בנק לאומי**⁷⁴ נראה כלא פחות ממהפך בדוקטרינה המסורתית של כפייה. באותו מקרה נקלעה חברת ש.א.פ., שחשבונוותיה התנהלו בסניף בנק לאומי, לקשיים כלכליים. במהלך כמה שנים שבהן חרגה מהאשראי שלה בקביעות פתח הבנק יותר משלושים תכניות חיסכון על שמה ושעבד אותן להבטחת חובה לבנק. בשלב מסוים ביקשה ש.א.פ. לפדות את התכניות וערכה הסכם עם הבנק שלפיו הבנק ייתן לה אשראי נוסף שסייע לה להיחלץ מהמשבר שבו הייתה נתונה, ובתמורה היא תוותר על כל טענה שיש לה נגד הבנק בגין פתיחת תכניות החיסכון. לאחר שהתאוששה מהמשבר בזכות האשראי שהעניק לה הבנק, ביקשה ש.א.פ. להעביר את חשבונוותיה לבנק אחר ושלחה לבנק לאומי הודעת קיזוז, שלפיה הוא חייב לה כספים בגין הפסדים שנגרמו לה בשל פתיחת תכניות החיסכון. הבנק סירב לקיזוז, וש.א.פ. תבעה את הבנק בטענה שהחתימה על כתב הוויתור נעשתה בכפייה. את הכרעתו בטענת הכפייה פתח השופט מצא כך:

אמות המידה המכבידות שנקבעו בפסיקה להכרה בקיומה של כפייה כלכלית מתיישבות עם ההבנה שהתגבשה בעידן המודרני, שלפיה דיני החוזים שוב אינם מגבילים את עצמם להסדרת התקשרויות רצוניות בין יחידים אלא עוסקים במערכות יחסים נרחבות ומורכבות הרבה יותר של אינטראקציות כלכליות, חברתיות וציבוריות, שקיום רבות מהן בכלל אינו מבוסס על חופש הבחירה החוזי במשמעותו הקלאסית... השאלה העיקרית הטעונה הכרעה, כאשר צד מבקש להסתלק מן החוזה בטענה שהתקשר בחוזה עקב כפייתו על-ידי הצד האחר, אינה אם לצד האחר היה כוח

73 שם, בעמ' 740.

74 ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נז(6) 769 (2003).

להכתיב לו תנאי התקשרות כאלה ואחרים... אלא אם החוזה על מכלול תנאיו הוא הוגן
וסביר....⁷⁵

ואכן, באותו עניין קבע מצא שלא התקיימה כפייה מפני שהחוזה היה הוגן, אף שמתאור העובדות עולה כי המערערת עמדה בהחלט במצב של "כורח מידי ולוחץ" כשהסכימה לחתום על כתב הוויתור. בקריאה ראשונה נדמה כי פסק הדין בעניין **פ.א.פ.** יוצר מהפכה ב**דוקטרינה** של כפייה ומקרב אותה במידה ניכרת אל דוקטרינת העושק של סעיף 18 לחוק החוזים, הדורשת בחינה של איכות תנאי החוזה. אך למעשה, לפחות חלק ממהפכותו של פסק הדין נובע מהפער שנפער עד אליו בין **הרטוריקה** שליוותה את דוקטרינת הכפייה לבין יישומה בפועל. פער זה נבע מהמתח הרעיוני שאפיין את הדוקטרינה בפסקי הדין הראשונים של בית המשפט העליון, אשר התבססה על צירוף של שני מבחנים שונים לגמרי זה מזה – היעדר הסכמה (כורח מידי ולוחץ) והסכמה פסולה (איום בלתי חוקי) – מבלי להכריע איזה מהם יגבר, אם בכלל, במקרה של התנגשות.⁷⁶ ואמנם, אף שהפסיקה והספרות ממשיכות לתאר את דוקטרינת הכפייה כמבוססת על מבחן דו-שלבי (קודם נבחן טיב האיום, ולאחר מכן עצמת האיום),⁷⁷ לעתים קרובות לא ברור אם ההכרעה השיפוטית מבוססת באמת על שני המבחנים או רק על אחד מהם. למשל, נדמה שבמקרים שבהם האיום חמור מאוד מבחינת עצמתו ייטה בית המשפט לראות בו גם איום בלתי חוקי, או פסול,⁷⁸ ומנגד לעתים נדמה שהתוצאה נשלטת דווקא על ידי טיב האיום – פסול או לגיטימי⁷⁹ – ומבחן עצמת האיום הופך לאלמנט משני בניתוח המשפטי. עילת הכפייה מצויה אפוא במצב מתמשך של חוסר בהירות.⁸⁰ שני האדנים שעליהם התבססה מראשיתה – אי-חוקיות ושליטת הרצון – לא עלו מראש בקנה אחד, ובהמשך נדחקו בהדרגה מהפסיקה. קריטריון הלגיטימיות נראה מושך בגלל הגמישות שהוא מאפשר בהגדרת הכפייה, אך נדמה שזוהי גם חולשתו הבולטת, שכן הגמישות גובלת במידה של ערפול. חולשתם של מבחני החוקיות והלגיטימיות משאירה אותנו עם מבחן הגינות החוזה שהציע השופט מצא בעניין **פ.א.פ.**, וכפי שאסביר להלן, אני סבורה כי מבחן זה אכן מקרב אותנו להבנה הנכונה של עילת הכפייה מלכתחילה.⁸¹

75 שם, בעמ' 787–788.

76 השווה John Dalzell, *Duress by Economic Pressure I*, 20 N.C. L. Rev. 237, 238 n.3 (1941).

77 ראו לדוגמה ALAN WERTHEIMER, COERCION (1987); RESTATEMENT (2nd) OF CONTRACTS § 175 (1) (1981).

78 ראו עניין **סולמונוב**, לעיל ה"ש 64; John Dalzell, *Duress by Economic Pressure II*, 20 N.C. L. Rev. 341, 344–356 (1941).

79 ראו לדוגמה עניין **מאיה**, לעיל ה"ש 71.

80 השווה Frank C. Huntington, *The History, Indeterminacy and Ideological Significance of the Doctrine of Economic Duress* 72–100 (December 30, 2010), available at ssrn.com/abstract=1727465.

81 יודגש כי אני טוענת שהמבחנים של חוקיות ולגיטימיות נעלמו כליל מהפסיקה לטובת מבחן הגינות החוזה. מבחנים אלה ממשיכים ללוות את הפסיקה, בוודאי ברמה הרטורית. מטרתו העיקרית של הדין כאן הייתה להצביע על חולשתם של המבחנים הללו בהסבר מהותי של ההכרעה **במקרים של כפייה כלכלית**, כלומר הטענה היא שמבחנים אלה כפי שהם מנוסחים בפסיקה אינם באמת מצדיקים את ההחלטה של בית המשפט אם לקבל את טענת הכפייה אם לאו, כיון שאין בהם תוכן שמאפשר לבצע את ההבחנה בין כפייה לגיטימית ללא לגיטימית. לפיכך אני מציעה לקרוא גם את המקרים שבהם בית

ב. חליפין, גנבה והעברה כפויה

הרעיון שלפיו עילת הכפייה מבוססת על משטור ההגונות המהותית של החוזה אינו חדש. כבר באמצע המאה הקודמת הציע ג'ון דוסון כי כפייה הייתה במקורה דוקטרינה נלווית לאלו של המשפט הפלילי ודיני הנזיקין, שהופעלה במקרים של העברת קניין בשל איום באלימות או כליאת שווא.⁸² ממקרים אלו צמח למעשה מבחן חוקיות האיום כמבחן לתחולתה של כפייה. רק במאה התשע־עשרה, לטענתו, התפתחה כפייה לכדי עילה עצמאית, והרציונל של שלילת הרצון החופשי התחיל להתגבש בפסיקה נוסף על המבחן של חוקיות האיום.⁸³ על בסיס ניתוח של סוג המקרים שדרכם התפתחה העילה בפועל מגיע דוסון למסקנה שההיגיון האמתי של הפסיקה במקרי כפייה הוא ביקורת על ההגונות המהותית של העסקה.⁸⁴ קרי, דוקטרינת הכפייה מיועדת להתמודד עם מצבים שבהם החלפה לא שקולה של תמורות נכפית בידי אחד הצדדים באמצעות ניצול של עמדה עדיפה במשא ומתן.⁸⁵ טענה זו של דוסון זכתה מאז לעיגון בכתיבה אקדמית על שיטות משפט שונות,⁸⁶ וגם בהקשר הישראלי מצא איל זמיר כי כאשר התמורה החוזית הוגנת בעיני בית המשפט, סיכוייהן של טענות כפייה קטנים למדי (ולחפך).⁸⁷ על רקע זה ובהתחשב באי־הבהירות הקיימת בפסיקה, דומה שהניתוח של דוסון מציע תשובה מושכת לשאלה איזה סוג של כפייה יוביל להתערבות משפטית. אך למרות זאת אני סבורה שהבנתה של עילת הכפייה ככלי לפיקוח על שקילות התמורות אינה מספקת תמונה שלמה של העילה ושל אופן יישומה בפסיקה: ראשית, מפני שהיא מבוססת על הגדרה צרה מדי של תמורה; שנית, מפני שהיא אינה מבהירה כראוי את היחס שבין בחינת ההוגנות המהותית של העסקה לבין ההגנה על הרצון החופשי של הצדדים. כדי להשלים חסרים אלו אבקש לחזור עתה למושגי החליפין והמתנה.

בפרק הקודם הצעתי שאחד המתחים שבבסיס הדוקטרינה של שינוי חוזה בדרך של התנהגות הוא הניגוד בין חליפין למתנה: שני סוגים של העברה **רצונית**, שהראשון בהם כרוך בהחלפה **הדדית** של תמורות, ואילו השני מערב העברה **חד־צדדית** בלבד. אולם כפי שמסבירה קרול רוז, מושג המתנה הוא רק אחד מתוך שלושה מושגים מנוגדים למושג החליפין: המושג השני, העברה כפויה (כגון הפקעת

המשפט מיישם את המבחנים הללו כמקרים שבהם השיקול ה"אמתי" המנחה את הפסיקה הוא שיקול ההדדיות.

John Dawson, *Economic Duress – An Essay in Perspective*, 45 MICH. L. REV. 253, 254–255 (1946) 82

שם, בעמ' 255–256. 83

שם, בעמ' 281. 84

יותר מכך, אם העסקה שבנידון מועילה באותה המידה לשני הצדדים, לעתים נדירות יהיה מניע להפעיל לחץ כדי להביא לביצועה או להביא לביטולה לאחר שהלחץ מסתיים. שם, בעמ' 285. 85

במשפט האנגלי, ראו, PATRICK S. ATIYAH, *Contract and Fair Exchange*, in *ESSAYS IN CONTRACT* 329, 346–343 (1986) 86
329–330, 346–343; במשפט הגרמני, הצרפתי והאמריקני ראו Gordley, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1625–1637.

זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 43–44; זמיר "רצון חופשי", לעיל ה"ש 6; זמיר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 29–30; גיירמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 46 והפניות שם; פורת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 58 ה"ש 23. אך ראו פרידמן וכהן **חוזים** א, לעיל ה"ש 27, בעמ' 22–23. 87

קרצע), מנוגד לחליפין מבחינת הרצוניות שבו אך לא מבחינת ההדדיות, והמושג השלישי, גנבה, מנוגד לחליפין הן מבחינת ההדדיות והן מבחינת הרצוניות.⁸⁸

לא רצוני	רצוני (הסכמה)	
גנבה	מתנה	תמורה חד-צדדית
העברה כפויה	חליפין	תמורה הדדית

מרובע הניגודים מאפשר הבנה מורכבת יותר של עילת הכפייה – כזו שאינה ממוקדת רק בממד הרצון או רק בממד ההדדיות אלא מביאה בחשבון את שניהם. כך, אין ספק שמטרה מרכזית של דוקטרינת הכפייה היא להבחין בין עסקאות לא רצוניות ולא הדדיות (גנבה) לבין עסקאות רצוניות והדדיות (חליפין). זהו התפקיד ה"קל" יחסית של העילה, אולי מפני שהוא מבחין בין שני הניגודים המושלמים ואינו מעורר את הצורך לבחור מפורשות בין רציונל ההדדיות לבין רציונל ההגנה על הרצון. אך מרובע הניגודים מעניק כלים מושגיים לזיהוי מטרה חשובה לא פחות של עילת הכפייה והיא הבחנה בין גנבה להעברה כפויה: שני סוגי העברות שההבדל ביניהן הוא בממד ההדדיות בלבד. הכרה במטרה זו עשויה לתרום להבנה טובה יותר של האופן שבו בית המשפט מבחין את מקרי הכפייה הפסולה ממקרי הכפייה הלגיטימית.⁸⁹

כמו בהקשר של ויתור, גם כשעולה טענת כפייה בית המשפט מנסה להתחקות אחר קיומה של תמורה ולברר אם העסקה הדדית ושקולה,⁹⁰ וכמו במקרי הוויתור, גם במקרי הכפייה אין מדובר בשקילות התמורות במובן המקובל, ובית המשפט יתחשב גם בתמורות לא כלכליות ואף (כפי שאציע בהמשך) במה שניתן לראות בו ניצול או חוסר תום לב הדדיים. רצונם או הסכמתם של הצדדים, לעומת זאת, משחקים במקרים אלו תפקיד משני: הצדדים אולי אינם מעוניינים בעסקה בכל מאוּדָם, אך גם קשה לומר שהם פועלים בניגוד לרצונם ממש. יש כאן מעין הפחתה של דרישת "היסוד הנפשי" ביני חוזים מאידאל של בחירה חופשית לרמה של כוונה כגון זו הנדרשת במשפט פלילי – מודעות למעשה, לנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאות⁹¹ – ודי בכך כדי שהעסקה לא תיפסל. בכל זה אין כדי לומר

88 Carol M. Rose, *Giving, Trading, Thieving and Trusting: How and Why Gifts Become Exchanges*, 44 FLA. L. REV. 295, 296–297 (1992) *and (More Importantly) Vice Versa*, הטבלה מבוססת (בשינויים) על מאמרה של רוז, שם.

89 מובן שגם ההבחנה בין חליפין ובין עסקה כפויה היא הבחנה מרכזית שיכולה לשמש בסיס לפסילת עסקה בגין כפייה (ראו ה"ש 92 להלן וטקסט סמוך), אולם לא די בהבחנה זו, ובהחלט אי אפשר להסתפק בה על מנת להסביר את האופן שבו מופעלת עילת הכפייה, כפי שאי אפשר להסתפק בהבחנה הקיצונית בין חליפין לגנבה. כפי שאבקש להראות בהמשך הפרק, בדיעבד בית המשפט לא בהכרח יפסול עסקאות כפויות, ולכן לעניין עילת הכפייה חשוב להבחין לא רק בין חליפין לעסקה כפויה אלא גם בין חליפין ועסקה כפויה מחד גיסא לבין גנבה מאידך גיסא.

90 על ההקבלה בין כפייה לויתור ראו עניין **ש.א.פ.**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 788.

91 השוו לפרשנות שמציע בנימין פורת לגישת רב הונא בסוגיה התלמודית "תליוהו וזבין", העוסקת בתוקפו של חוזה כפוי, שלפיה "הקפדה על עקרון הצדק החוזי המהותי (תמורות שקולות וחלוקה מאוזנת של

שבית המשפט יתעלם לגמרי מהיעדר רצוניות כאשר העסקה שקולה – ייתכן מצב שבו יופעל איום חמור אשר יוביל לעסקה שקולה, ובית המשפט יראה בכך עילה לביטול החוזה,⁹² אך בפועל מקרים כאלה הם נדירים יחסית, מפני שכאשר העסקה שקולה, בדרך כלל שני הצדדים יהיו מעוניינים בה. המעניין הוא שבכל הנוגע להגדרה המקובלת של הדוקטרינה המקרה הנדיר יותר, שבו היעדר רצוניות הוא הקריטריון הדומיננטי בזהו כפייה פסולה, הצליח איכשהו לדחוק מהתודעה את המקרה שהוא כנראה שכיח יותר, שבו הדדיות העסקה היא שמשחקת תפקיד מרכזי, והרצון הוא שיקול משני.

ברצוני להדגים טענה זו באמצעות שלושה פסקי דין של בית המשפט העליון שבהם נדחתה טענת הכפייה.⁹³ אמנם פסקי הדין הללו עלולים להיראות חריגים ואף אוטוריים ביחס לפסיקה המוכרת בנושא כפייה, אך לעתים דווקא פנייה למה שנראה כשוליים של הדוקטרינה יכולה להוביל לנקודת מבט חדשה ושונה על הליכה.⁹⁴ אכן, כפי שאבקש לטעון בהמשך, שלושת המקרים שיוצגו להלן – אולי דווקא משום חריגותם – מצליחים להדגיש היבטים חשובים של עילת הכפייה שלרוב נותרים ברקע.

בפסק הדין הראשון, **לוי נ' האניה "איריני"**,⁹⁵ לוי כרת חוזה עם בעלי אנייה לשם הובלת מטען של מלט לנמל אשדוד. בעלי האנייה התחייבו שהאנייה תגיע לנמל בתאריך מסוים אך לבסוף איחרו בכמה ימים, מה שהיה עתיד לגרום נזק ללוי, שהתחייב לפצות צד שלישי בגין כל יום של איחור בהספקת המלט. כאשר האנייה התקרבה לבסוף לנמל, הורו בעליה לרב החובל שלא להכניסה לנמל בטרם יתחייב לוי לא להגיש תביעה על נזקיו עד שתעזוב האנייה את שטח ישראל. לוי אכן התחייב לכך בכתב, אך ביום שבו הגיעה האנייה פנה לבית המשפט לימאות בתביעת פיצוי וקיבל צו מעצר נגד האנייה במעמד צד אחד. אולם לוי מסר את הצו למשיבים רק כמה ימים מאוחר יותר, זמן קצר לפני שסיימו לפרוק את המטען מן האנייה והתכוונו להמשיך בהפלגה. כאשר ביקשו בעלי האנייה לבטל את הצו על סמך התחייבותו של לוי, התגונן לוי בטענה שהתחייב לכך בכפייה. בפסק הדין העיר בית המשפט כי ספק אם התקיים איום במשמעות סעיף 17 לחוק החוזים, אך מכל מקום לוי לא ביטל את ההתחייבות תוך זמן סביר כנדרש לפי סעיף 20 לחוק. בית המשפט הוסיף וקבע שלוי לא פעל בתום לב כאשר השהה את הגשת צו המעצר לבעלי האנייה ונמנע מלבטל את החוזה מיד כאשר הגיעה לארץ, באופן שהיה מאפשר להם להתגונן בפני טענת הכפייה.

האיום בעניין **איריני** לא נועד לסחוט מלוי תשלום נוסף וגם לא למנוע ממנו להגיש תביעה על נזקיו; ההתחייבות היחידה שהתבקשה הייתה לא להוציא צו מעצר שיעכב את האנייה בנמל ויגרום

החובות והזכויות) תגרוור נכונות להפחית את דרישת הצדק החוזי התהליכי... פורת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 92, 98. לדיון במורכבות של מושג ההסכמה במקום תפיסה בינארית שלו, ראו Orit Gan, *The Many Faces of Contractual Consent*, 65 DRAKE L. REV. 615 (2017).

92 ראו לדוגמה: ע"א 5493/95 **דיוור לעולה נ' קרן**, פ"ד נ(4) 509 (1996) והדיון בפסק הדין אצל זמיר "רצון חופשי", לעיל ה"ש 6. ניתן להציע, כמעין כלל אצבע, כי היעדר רצוניות יהיה שיקול מכריע ויוביל לפסילת עסקה הדדית במקרים שבהם בית המשפט יתרשם כי הצד הנכפה לא התכוון כלל "להיכנס לשוק" ולבצע עסקה כלשהי, קרי כי בעיניו הסובייקטיביות של הנכפה, אין תמורה כלשהי (חומרית או לא חומרית) שתהיה שקולה לנכס או לשירות שסופק במסגרת העסקה.

93 זוהי ההכרעה במרבית המקרים שבהם נטענת כפייה (ראו גיירמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 48 והפניות שם), ולפיכך נראה שיש חשיבות לנתח מקרים מסוג זה לא פחות ממקרים שבהם הטענה מתקבלת.

94 השוו KREITNER, לעיל ה"ש 46, בעמ' 7-8.

95 ע"א 650/73 **לוי נ' האניה "איריני" ובעליה**, פ"ד כח(1) 506 (1974).

לבעליה נזק כספי. ברור שהתנהגותם של בעלי האנייה אינה ראויה לשבח, ושהם השתמשו ביתרון אחד שהיה בידיהם זמנית (שליטה על מועד ההגעה) כדי להקנות לעצמם יתרון אחר (פטור מצו מעצר) שלא הגיע להם. אולם גם לוי לא היה טלית שכולה תכלת. בקשתו להוציא צו מעצר הייתה כנראה לגיטימית, ולכן גם התקבלה בבית המשפט לימאות, אך החזקת הצו בידיו במשך כמה ימים, בהמתנה לרגע שבו הוא יהיה מוגן מכל נזק ואילו לבעלי האניה ייגרם הנזק המקסימלי – התנהגות זו מבטאת התעלמות מוחלטת מהאינטרס של הצד השני בנסיבות שבהן הוא הפך להיות הצד הפגיע, וזו כנראה הסיבה שבית המשפט ראה בתקופת זמן קצרה כל-כך חריגה מדרישת הזמן הסביר.⁹⁶

אמנם, האיחור בהגעת האוניה גרם ללוי הפסד כספי; אבל גם לוי, מצידו, גרם לבעלי האוניה הפסד כספי בכך שמסר להם את צו המעצר ברגע האחרון, וההפסדים הפכו, במובן מסוים, לשקולים. סביר להניח שאילו היה לוי מוסר את הצו מיד, היה בית המשפט מקבל את הטענה שההתחייבות נחתמה בכפייה (חד-צדדית) ומבטל אותה. אך משום שלוי פעל במכוון לגרימת הפסד לבעלי האנייה, נוצרה מחדש הדדיות בינו לבינם, והניסיון לקבל נוסף על כך פיצוי על הנזק שנגרם לו היה פוגם בהדדיות זו ומטה את הכף לטובתו. ברור שהדדיות מסוג כזה, הדדיות של הפסדים, היא נדירה, אך נדמה שדווקא החריגות של פסק הדין מבליטה את התפקיד העקרוני של רציונל ההדדיות בהכרעה בעניין כפייה, וההבנה של רציונל זה יכולה לסייע גם בניחות מקרים שגרתיים יותר.⁹⁷

בפסק הדין השני, **קוגלר נ' שוסהיים**,⁹⁸ שימש עורך הדין קוגלר נאמן עבור קבוצת משקיעים לרכישת מניות בחברה. במסגרת ההסכם עם החברה התחייב לשמש נאמן לרכישת מניות גם עבור חמותו של מנהל החברה, גב' שוסהיים. בתחילה הוסכם שהמשקיעים יקבלו רבע ממניות החברה, ואילו עבור גב' שוסהיים ירכוש קוגלר 2.6% מהמניות, אך בהמשך לחץ מנהל החברה על קוגלר לשנות את ההסכם באופן שחלקה של חמותו במניות יגדל על חשבון חלקם של המשקיעים באימו לעכב את הנפקת מניות החברה לציבור. קוגלר הסכים לשינוי, אך לאחר מכן פנה לבית המשפט וטען שההסכמה ניתנה בכפייה, ושהוא ביטל את החוזה. בית המשפט קבע כי אף אם התקיימה כפייה היא בוודאי פסקה עם הנפקת המניות לציבור, ובכל זאת העביר קוגלר לגב' שוסהיים את המניות לאחר מועד זה. מכאן שאף אם קוגלר נתן הודעת ביטול, היא לא ניתנה תוך זמן סביר מעת שפסקה הכפייה. למעלה מן הצורך הוסיף בית המשפט שספק אם התגבשה עילת כפייה, משום שקוגלר שקל את דרישותיו החדשות של בעל החברה וכנראה הגיע למסקנה שהן עדיין כדאיות למשקיעים. לפיכך אי אפשר לקבוע שהסכמתו לשינוי הושגה באמצעים פסולים.

בעניין **קוגלר יש** הדדיות מסוג שכיח יותר. אף כי לסיטואציה זו דמיון שטחי לזו של איום פסול להפר חוזה, יש ביניהן הבדל חשוב: במקרים של איום להפר חוזה שבהם הוכרה טענת הכפייה האיום נעשה בתוך שלב הביצוע, כאשר המאויים כבר השקיע משאבים בקיום החוזה. לעומת זאת בעניין **קוגלר** האיום נעשה לפני תחילת שלב הביצוע, ולכן ההפסד המרבי היה למעשה אבדן העסקה. שוב,

96 ראו פרידמן וכהן **חוזים ב**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1099.

97 ניתן להציע גם הבנה אחרת של פסק הדין, ולפיה לב ההכרעה אינו נוגע לקיומה או היעדרה של כפייה אלא להפעלה של הזכות לביטול חוזה בשל פגם בכריתתו בחוסר תום לב. עם זאת לטעמי מה שניתן לראות בו חוסר תום לב בהפעלת הזכות משתלב ללא הפרד בסוגיית ההדדיות בהתנהלות הצדדים (ראו דיון בטקסט הסמוך לה"ש 105–106 להלן). לפיכך קריאת ההכרעה בפסק הדין כמבוססת על הדדיות נכונה יותר בהסתכלות רחבה על השיקולים המניעים את ההכרעה במקרי כפייה.

98 ע"א 189/85 **קוגלר נ' שוסהיים**, פ"ד מג(1) 241 (1989).

גם כאן ברור שמנהל החברה נהג בצורה פסולה כאשר איים לעכב את הנפקת המניות. בית המשפט קבע בהקשר זה כי "בסופו של דבר שקל המערער [קוגלר] את הרווח שהיה צפוי לו ולקבוצת המשקיעים שייצג מהעסקה כולה, וכפי הנראה הגיע למסקנה שגם נוכח התנאים הנוספים שהציב [מנהל החברה] לביצועה, עדיין כדאית הייתה למערער ולקבוצת המשקיעים. כאמור, **ייתכן שאין** [מנהל החברה] **ראוי לציון לשבח בכל הנוגע לביצוע העסקה הנידונה**, אולם בכל הנסיבות לא ניתן לקבוע כי הסכמתו של המערער הושגה באמצעים אשר מונעים את אכיפת החוזה".⁹⁹ כלומר, בית המשפט סבר שגם בכפוף לשינוי, הייתה הדדיות בעסקה, והעובדה שקוגלר לא מיהר לבטל אותה גם לאחר שהונפקו המניות והאיום חלף – מה שבית המשפט ראה כחריגה מדרישת הזמן הסביר – חיזק סברה זו. נראה ברור שהעסקה טרם השינוי הייתה כדאית יותר, אך בית המשפט אינו נכנס להערכה כמותית של התמורות; די לו בכך ששני הצדדים המשיכו לחשוב שהעסקה כדאית, וזה כנראה היה המצב. ניתן רק לשער שקוגלר ציפה לעסקים עתידיים עם אותה קבוצת משקיעים, ולכן עצם סגירת העסקה הייתה חשובה לו יותר מאחוז המניות המסוים שיובטח להם.

בפסק הדין השלישי, **רובינשטיין נ' עיריית חולון**,¹⁰⁰ בנו המערערות, חברות קבלניות, על שטח שבבעלותן הנמצא בשטח השיפוט של עיריית חולון. לפני הענקת היתרי הבנייה דרשה העירייה מהחברות להשתתף בתשלום להקמת מבני ציבור בשטח. החברות חתמו על הסכם שלפיו הן מסכימות לשלם מרצונן הטוב ומבלי שתחול עליהן חובה חוקית לשלם, והעירייה התחייבה להפקיד את כל הכספים שתגבה מבעלי המקרקעין למטרה זו בחשבון נפרד, אשר מתוכו תוציא כספים רק לצורך בניית מוסדות חינוך ועבודות פיתוח. כמו כן נקבע בהסכם כי ההסכמה לתשלום ניתנת לאור הצהרת העירייה כי תעשה כל אשר ביכולתה על מנת לגבות מכל בעלי המקרקעין האחריים בשטח דמי השתתפות באותו שיעור. לאחר שלוש עשרה שנים, כאשר התברר שהעירייה לא גבתה אותה השתתפות מכל אחד מבעלי המקרקעין האחריים, תבעו החברות את ביטול ההסכם והשבת הכסף מחמת אי-חוקיות, ובמהלך הדיון העלה בית המשפט המחוזי מיזמתו גם טענת כפייה. בערעור קבע בית המשפט העליון שלא התקיימה כפייה, כיוון שגם מקום שבו הרשות מתנה שירות בתשלום ייתכן שהדבר ייעשה מתוך שיתוף אינטרסים עם הפרט. בית המשפט הוסיף וציין שהקמת מבני הציבור על ידי העירייה העלתה את שווי נכסיהן של החברות, ולפיכך התשלום פעל לטובתן, והן שילמו אותו מתוך רצון חופשי. בדעת המיעוט של השופטת דורנר נקבע שבשל המונופול של העירייה על מתן ההיתרים לא הייתה בררה לחברות אלא לשלם, ולכן התקיימה כפייה. עם זאת הן אינן זכאיות לסעד משום שלא ביטלו את החוזה תוך זמן סביר – התביעה הוגשה רק כעבור למעלה מעשור, כאשר בינתיים הן נהנו מההשבחה בערך הרכוש, והעירייה הסתמכה על הסכמתן לשלם ושינתה את מצבה לרעה.¹⁰¹

עניין **רובינשטיין** מציג סיטואציה של איום מצד רשות. במקרה הקלאסי של איום כזה האזרח מבקש שירות חיוני כלשהו, והרשות מאיימת למנוע אותו אם לא תינתן לה תמורה שאינה זכאית לה. בעניין **רובינשטיין** העירייה אכן איימה במרומז לעכב את מתן היתרי הבנייה, אך התמורה שביקשה לא נכנסה לכיסה שלה (או לפחות לא רק לכיסה שלה) אלא שימשה להקמת מבני ציבור שהעלו במידה ניכרת את ערך המבנים שבנו המערערות. כלומר, התשלום עצמו היה **הדדי** והועיל לשני הצדדים. כפי

99 שם, בעמ' 250.

100 ע"א 7664/00 **רובינשטיין נ' עיריית חולון**, פ"ד נו(4) 117 (2002).

101 לביקורת על התעלמות דעת הרוב בפסק הדין מפערי הכוחות בין הצדדים, ראו גירמן, לעיל ה"ש 24 בעמ' 66.

שנקבע בדעת הרוב, "יש לראות בהסכם – למרות אי-החוקיות שבדרישת התשלום – כהסכם שנועד להעניק למערערות יתרונות... המערערות והעירייה כרתו איפוא את ההסכם מתוך רצון חופשי ואחרי ששקלו היטב את התועלת שכל אחת מהן מפיקה ממנו".¹⁰² אף שביית המשפט משתמש בביטוי "רצון חופשי", נראה ברור למדי שהבסיס להכרעה הוא ההכרעה ("התועלת שכל אחת מהן מפיקה ממנו"), ולא רצוניהם.¹⁰³

זאת ועוד, נראה כי קביעתה של השופטת דורנר בדעת המיעוט כי התקיימה כפייה אך החוזה לא בוטל בתוך זמן סביר, היא קביעה חריגה. מפסקי דין רבים בסוגיית הכפייה, לרבות שלושת פסקי הדין שנדונו לעיל, עולה שיש הלימה כמעט מלאה בין ההכרעה השיפוטית בדבר קיום עילת הביטול לבין ההכרעה בעניין קיום דרישת הזמן הסביר.¹⁰⁴ נדמה שהדבר אינו מקרי אלא מרמז על קשר מהותי הקיים בפסיקה בין ההכרעה בדבר סבירות הזמן, שהיא קריטריון גמיש ביותר,¹⁰⁵ לבין ההכרעה המהותית בעניין קיומה של כפייה. כך, ברבים מפסקי הדין העוסקים בכפייה נראה כי אי-ביטול החוזה תוך זמן סביר אינו סייג חיצוני לקיום העילה אלא קריטריון מרכזי שבאמצעותו בוחן בית המשפט את מידת ההדדיות שבעסקה ומכריע אם התקיימה כפייה פסולה: ככל שזמן הביטול מתעכב ללא סיבה מוגדרת, סביר יותר בעיני בית המשפט שהצד הטוען לכפייה ראה בעסקה עסקה הודדית, ובדיעבד הוא מנסה להשתמש בטענת הכפייה כדי להטות אותה לטובתו.¹⁰⁶ לפיכך אף כי ניתן לראות את עילת הביטול המהותית ואת הדרישה לביטול החוזה בתוך זמן סביר כנפרדות מבחינה אנליטית, בהקשר של כפייה נדמה שהשתיים מתקרבות עד כדי התלכדות, שכן אי-עמידה בדרישת הזמן הסביר עשויה להיות ראייה חזקה להדדיות.

ג. כפייה הודדית וחד-צדדית

בשל מורכבותה של שאלת הרצון וההסכמה והיחס שביניה לבין הדדיות, לא די בתובנה העקרונית שלפיה עילת הכפייה נועדה להבחין גם בין גנבה להעברה כפויה ולא רק בין גנבה לחליפין; יישומה של עילת הכפייה בפועל צריך להיות מורכב ולבטא את הרצף האפשרי בין סוגי העסקאות. על רצף זה מצויות עסקאות התואמות יותר את אידאל החליפין, שבהן הצדדים מתכננים מראש החלפה הדדית ומוסכמת של תמורות, עסקאות שמתקיים בהן אלמנט ההדדיות בתמורות אך לא אלמנט ההסכמה והרצוניהם ועסקאות הדדיות שאינן נעדרות רצוניהם ממש, אך אלמנט הרצוניהם מתקיים בהן במידה פחותה. לכתחילה היינו אולי מעדיפים, על בסיס טיעוני אוטונומיה, יעילות ועוד, שכל העסקאות יתאמו את אידאל החליפין ויהיו רצוניהם במובן החזק, אך בדיעבד ההתערבות השיפוטית תידרש בדרך כלל רק באותם מקרים שבהם העסקה אינה רק לא מוסכמת אלא גם, ובעיקר, לא הדדית: דהיינו במקרים של גנבה ממש. המקרים האופייניים של כפייה ביחסים בין פרטים בשוק אינם דומים לגנבה כזו. במקרים אופייניים כאלו הכפייה היא הדדית, במובן זה שכל צד מצליח להשיג יתרונות מסוימים

102 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 100, בעמ' 130.

103 השו"ע"א 435/68 **מדינת ישראל נ' לי-עור בע"מ**, פ"ד כג(1) 436, 446 (1969).

104 השו"ע פרידמן וכהן **חוזים ב**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1101.

105 ראו לדוגמה ע"א 760/77 **בן-עמי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד לג(3) 567, 575 (1979) ("יש ותקופה קצרה של מספר ימים תיראה כבלתי סבירה ויש ותקופה שבועות וחודשים תראה סבירה").

106 השו"ע גיררמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 41-42 והפניות שם.

מהאינטראקציה עם הצד השני באמצעות שימוש בכוח זכויותיו המשפטיות מקנות לו, והעסקה כן מערכת דרגה כלשהי של רצוניות.¹⁰⁷ הבעיה המרכזית שדורשת התערבות שיפוטית היא **כפייה חד-צדדית**, שנוצרת כאשר יש פער בין עמדות הכוח של הצדדים שאינו חוסה תחת הענפים המיוחדים של דיני החוזים (כגון דיני עבודה וחוזים אחידים), ופער זה מאיין גם את דרגת הרצון הפחותה הקיימת במקרי הכפייה ה"רגילים". פער כזה יכול להיות תולדה של נסיבות משתנות (כמו במקרים של איום להפר חוזה מהסוג של עניין **אקספומדיה**) או מובנה (כמו במקרים שבהם רשות מאיימת על הפרט¹⁰⁸). בכל מקרה כזה האתגר של בית המשפט הוא לזהות את אותם מקרים חריגים של כפייה חד-צדדית, שבהם יש לקבל את טענת הכפייה ולהבחין אותם ממקרי הכפייה ההדדית.

עסקאות מסחריות רגילות ישתייכו לרוב לקטגוריה של המקרים האופייניים שבהם עמדות הכוח של הצדדים שוות פחות או יותר, וכך אם צד אחד מנסה להפעיל כפייה, הצד הנכפה מסוגל להשיב בכפייה משל עצמו ולאזן את המצב.¹⁰⁹ המעניין הוא שגם במקרים אופייניים כאלה, אם אחד הצדדים בוחר לפנות לבית המשפט ולטעון לכפייה, טענת הכפייה עצמה היא שעלולה להפוך את הכפייה ההדדית לכפייה חד-צדדית. למעשה, זהו בדיוק המצב שנוצר בשלושת פסקי הדין שהוצגו לעיל: האינטראקציה החוזית המקורית הייתה הדדית גם אם לא לגמרי רצונית, וכל צד זכה ליתרונות. לאחר מכן מבקש אחד הצדדים להשתמש בטענת הכפייה כדי להשיב לעצמו את התמורה שנתן לצד השני, ובכך להפוך את העסקה, שממוקמת אי שם על הרצף שבין חליפין להעברה כפויה, לגנבה ממש. בהתאם לכך, בכל המקרים עולה מפסק הדין כי ההדדיות שבעסקה היא הבסיס לדחיית טענת הכפייה, ולא הרצוניות.

הן בשלושת המקרים שנבחנו והן במקרים אחרים¹¹⁰ ההכרעה שלפיה העסקה הייתה הדדית, ולכן יש לדחות את טענת הכפייה אינה מבקשת להכשיר מראש את סוג ההתנהגות של הצד שכנגדו מופנית טענת הכפייה, אלא לאזן אותה בדיעבד עם התנהגותו של הצד הטוען לכפייה. הרעיון הוא שבזמן אמת הצד המעלה את טענת הכפייה היה בעמדת כוח שאפשרה לו להפעיל מעין "סעד עצמי" ולהפוך את הגנבה בפורטנציה להעברה כפויה. בעקבות זאת חדלה טענת הכפייה להיות רלוונטית, והעלאתה אינה אלא ניסיון להפוך שוב את היוצרות ולהפר את האיזון שנוצר. הבנת עילת הכפייה כמבוססת על הדדיות, ולא רק על רצוניות, מאפשרת הבנה טובה יותר של ההכרעה השיפוטית במקרים כאלו.

ד. רצוניות והדדיות

בפרק זה ביקשתי להגיע להבנה שלמה יותר של עילת הכפייה. לאחר בחינת הבעייתיות של הדוקטרינה המקובלת במקרי כפייה כלכלית וזיהוי הצורך בקריטריון שיסנן את מקרי הכפייה הפסולה ממקרי

107 טענה שכל האינטראקציות הכלכליות בשוק חופשי מבוססות על כפייה, ושמקור הכפייה הוא בזכויות שהמשפט הפרטי מעניק לפרטים ראו Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 POL. SCI. Q. 470 (1923) ה"ש 24 בעמ' 129-130.

108 ראו לדוגמה עניין **ארמון אהרנוביץ'**, לעיל ה"ש 66.

109 נקודה זו עשויה להסביר חלק מהחשיבות שמייחס השופט שמגר למעמד הכלכלי האיתן של המשיבות בעניין **מאיה**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 740-741.

110 ראו לדוגמה: עניין **ש.א.פ.**, לעיל ה"ש 74; עניין **קרן**, לעיל ה"ש 92; ע"א 126/89 **מפרק קופל טורס נ' מלונות דן**, פ"ד מו(3) 441 (1992).

הכפייה הלגיטימית, הצעתי לפתח את התאוריה שלפיה כפייה נוגעת לפיקוח על שקילות התמורות. טענתי המרכזית הייתה שמטרה חשובה של עילת הכפייה המודרנית היא לזהות מקרים של כפייה חד-צדדית ולהבחין ממקרים של כפייה הדדית שאינם דורשים התערבות שיפוטית אף אם קיימת בהם דרגה מופחתת בלבד של רצוניות. טענה זו התבססה בין היתר על ניתוח שלושה מקרים בפסיקה שבהם נדחתה טענה הכפייה, ושניתן לזהות בהם חליפין הדדיים אך לא בהכרח מוסכמים. הבנת ממד זה של עילת הכפייה, כך נטען, דורשת פירוק של ההבחנה הבינארית בין חליפין לגנבה. פירוק זה מאפשר לראות בעילת הכפייה כזו שתפקידה להבחין לא רק בין שני המקרים הקיצוניים של חליפין וגניבה, אלא גם בין המקרים הקרובים יותר של גנבה והעברה כפויה. קרי הוא מאפשר לראות בעילת הכפייה כזו שיכולה לאשרר בדיעבד סוגים שונים של העברות, שחלקן מוסכמות והדדיות וחלקן הדדיות אך לא מוסכמות לגמרי. בסופו של דבר לא ביקשתי לטעון שרצון אינו משחק כל תפקיד במסגרת עילת הכפייה, אלא שיש לרצון מופעים מורכבים שאינם בהכרח תואמים את האידאליים של בחירה חופשית ואוטונומיה המזוהים עם דיני החוזים הקלאסיים, ושליפין יסוד ההדדיות הוא שיכריע לעתים קרובות אם עסקה תיחשב לכפויה או לא. מטרתו של הניתוח המוצע הייתה אפוא לחדד את התמונה הקיימת של עילת הכפייה באמצעות העמדה נכונה יותר של שני יסודותיה: הדדיות ורצוניות. בפרק הסיכום אחזור לבירור היחס שבין שני היסודות הללו במבט רחב יותר.

פרק שלישי – פרשנות

א. פולמוס אפרופים

בשנים האחרונות מתנהל דיון מתמשך בין תומכיה ומבקריה של ההלכה שנקבעה בעניין **מדינת ישראל נ' אפרופים**¹¹¹ בעניין פרשנות החוזה. אין ספק שהשאלות המתעוררות במסגרת דיון זה, בדבר "ארגז הכלים" הלגיטימי בפרשנות חוזה, מצדיקות ליבון נוסף, אולם ראוי לשים לב שהפרקטיקה שלפיה בית המשפט סוטה מלשון החוזה ומגשים את הרצון האובייקטיבי של הצדדים התקיימה גם הרבה לפני הלכת **אפרופים**. ההבדל המרכזי הוא שבעבר היא לוותה ברטוריקה פרשנית שמרנית.¹¹² כדי לנסות ולקבל תמונה ברורה יותר של פרקטיקת הפרשנות (להבדיל מהרטוריקה או מהכלל הפרשני) של בית המשפט העליון אסקור בפרק זה חלק מפסיקת בית המשפט בנושא פרשנות החוזה לאורך השנים. אנסה להראות כי קיים עיקרון המנחה את בית המשפט באופן עקבי בפסיקתו והוא כי החוזה צריך להיות הדדי או מאוזן¹¹³ מבחינת חלוקת הזכויות והחובות. מבחינה דוקטרינרית, עיקרון זה משתקף בכלל המוכר שלפיו חוזה יש לפרש לפי תכליתה המסחרית של העסקה: כלל שאותו בית המשפט מיישם ללא קשר לכלל-העל או לשיטה הפרשנית שעליה הוא מצהיר ברמה הרטורית.

111 ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים**, פ"ד מט(2) 265 (1995).

112 ראו איל זמיר "מגמות בפרשנות חוזים – אשר נ' בירנבאום" **משפטים ראשונים**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 97. לשינוי דה-פקטו של לשון החוזה המלווה ברטוריקה שמרנית, ראו למשל ע"א 138/74 **חסקין נ' חסקין**, פ"ד ל(2) 365 (1976).

113 בהקשר של פרשנות חוזה איני רואה הבדל מהותי בין "הדדיות" ל"איוון". המונח "איוון", המשמש בפסיקה עצמה, מבטא את הרעיון של הדדיות בין מכלול התחייבויות הצדדים בחוזה, שהוא אחד היבטים של מושג ההדדיות כפי שהוגדר בפרק המבוא.

ב. פענוח האיזון החוזי לפני חוק החוזים

הדוקטרינה העיקרית שבה השתמש בית המשפט בפסיקתו עובר לחקיקת חוק החוזים הייתה דוקטרינת התנאי מכללא, שמקורה במשפט האנגלי. בעניין **אשר נ' בירנבאום**,¹¹⁴ אחד מפסקי הדין הראשונים של בית המשפט העליון בעניין פרשנות החוזה, נדון חוזה שכירות שבו נקבע שהשוכרת תהיה אחראית לתיקון קלקולים במושכר שנגרמו באשמתה. בית המשפט נדרש להכריע אם המשכירים הם שאחראים לתיקון קלקולים אחרים שלא נגרמו באשמת השוכרת, לאחר שזו הפכה במהלך תקופת החוזה לדיירת מוגנת לפי חוק. פסק הדין יישם בצמצום את דוקטרינת התנאי מכללא וקבע כי אין לקרוא תנאי מכללא לתוך חוזה כל עוד החוזה ניתן להגשמה גם ללא התנאי. את העובדה שהשוכרת-המערערת באותו מקרה תיקנה את הקלקולים על חשבונה ראה בית המשפט כראיה ליכולת להגשים את חוזה השכירות גם ללא תנאי מכללא שלפיו יהיו המשכירים אחראים לאותם קלקולים. בכך דחה בית המשפט את טענת השוכרת שלפיה בנסיבות העניין לא היה סביר מצדה מבחינה מסחרית לשכור בית לצורך ניהול פנסיון ולהתחייב לתקן קלקולים שנגרמו באשמתה מבלי שיהיה ברור שהאחריות לתיקון קלקולים אחרים תהיה על המשכירים.¹¹⁵ הרטוריקה של השופט אגרנט בפסק הדין היא מופת של ריסון שיפוטי והכפפת בית המשפט לרצון הצדדים. לדבריו, "חלילה לו, לבית המשפט, לפרש את החוזה לפי עקרונות יושר סתם, או להתחשב במה, שלדעתו של בית המשפט, היו צריכים הצדדים, באופן הגיוני, להתכוון לו".¹¹⁶

בית המשפט אינו רק מדגיש שהתוצאה שלפיה השוכרת תישא בעלות התיקונים (כפי שקרה בפועל) נגזרת מרצון הצדדים, אלא אף טורח לציין שהיא אינה בהכרח עולה בקנה אחד עם שיקולי צדק:

אין ברצוננו לומר בזה שמצב דברים כנ"ל הוא, בין מנקודת ראות הדיירים (לרבות המערערת) או בכלל, מוצדק או אידיאלי או מתקבל על הדעת. כל מה שחפצים אנו להדגיש הוא, שאף אם אין חובת תיקון זאת מוטלת על בעל-הבית, הרי בכל זאת ניתן הסכם השכירות להגשמה, וגם משום כך, ואולי דווקא משום כך, אין בית המשפט רשאי או צריך להסיק מסעיפי החוזה מיום 23.1.40 שהתנאי הנידון הוא הכרחי כדי שכוונת הצדדים לא תיעשה פלסטר.¹¹⁷

כלומר, פסק דין **בירנבאום** מבחין בין פתרון "מוצדק" לבין פתרון המגשים את כוונת הצדדים. על פי הרטוריקה של פסק הדין, בית המשפט יעשה כל מאמץ להתחקות אחר כוונת הצדדים כפי שהיא, מבלי להוסיף עליה או לגרוע ממנה, אך יהיה למעשה אדיש לשאלה אם החוזה שאליו התכוונו הצדדים הוא סביר והוגן. מעניין אפוא שבניתוחים השונים שהציעו לפסק הדין הסכימו איל זמיר, מנחם מאוטנר וגיא מונדלק שהעובדה המכרעת בו היא הפיכתה של השוכרת לדיירת מוגנת לפי חוק במהלך תקופת

114 ע"א 39/47 אשר נ' בירנבאום, פ"ד ב 533 (1949).

115 שם בעמ' 538.

116 שם, בעמ' 540.

117 שם, בעמ' 541.

השכירות, כך שהמשכירים לא יכלו לפנותה בתום תקופת החוזה.¹¹⁸ כלומר, לדידם, הסיבה שבגינה נמנע בית המשפט מלקרוא תנאי מכללא לחוזה לא הייתה הגנה דווקנית על הסכמת הצדדים בחוזה השכירות המקורי אלא רצון שלא להשית הוצאות על משכירים שהפכו "שבויים" בעסקת שכירות בניגוד לרצונם.¹¹⁹

מכך עולה שמגמתו של בית המשפט בעניין **בירנבאום** הייתה למנוע, במידת האפשר, החרפה של **חוסר איזון** שנוצר בהתקשרות שבין הצדדים. הנחתו של בית המשפט הייתה כי בחוזה המקורי נקבע איזון שתאם את האינטרסים של הצדדים. איזון זה נוצר בין השאר על סמך ההנחה (המשותפת) שתקופת החוזה היא שלוש שנים, ולאחריה תהיה למשכירים אפשרות לסיים את השכירות. כניסתה לתוקף של הפקודה המנדטורית בעניין דיירות מוגנת הפרה איזון זה לטובתה של השוכרת, שכן היא אפשרה לה להמשיך את השכירות לפי רצונה **באותם תנאים**. לפי הבנה זו, בית המשפט קרא את החוזה המקורי ככזה שכן הטיל חובת תיקון על המשכירים, אך על מנת לאזן את מצבם עם זה של השוכרת בנסיבות חדשות שנוצרו בתוך תקופת הביצוע הוא פירש את החוזה כאילו הוא אינו כולל תניה כזו. קריאה זו הופכת את הרטוריקה של פסק הדין על ראשה: בית המשפט לא דבק ברצון הצדדים והתעלם משיקולי צדק, אלא דבק בשיקולי צדק תוך התעלמות מרצון הצדדים.

אותם שיקולים של איזון החוזה המשיכו ללוות את פסיקת בית המשפט גם בשנים הבאות. השינוי המרכזי הוא שברמה הדוקטרינרית והרטורית בית המשפט הפסיק להבחין בין המטרות של פירוש החוזה לפי כוונת הצדדים לפירוש הדדי ומאוזן של החוזה. מגמה זו משתקפת היטב בפסק הדין בעניין **במאיר נ' תיאטרון קומדיה**.¹²⁰ בעניין **במאיר** התחייב המערער לממן הצגות בתאטרון שניהלה המשיבה. לפי החוזה שנכרת בין הצדדים, המערער התחייב להשקיע את הסכומים הנדרשים לעריכת ההצגות, ובנוסף "להקדים" למשיבה את הכסף הדרוש לשם פירעון חובה לאמרגן קודם. נקבע שלאחר ניכוי ההוצאות יתחלקו המערער והמשיבה ברווחי ההצגות לפי יחס של 3:1, ושאר ההוצאות האחרונות יסתיימו בהפסד יישא בו המערער. עוד נקבע שהסכום שישלם המערער לפירעון חובה הקודם של המשיבה יושב לו מתוך חלקה של המשיבה ברווחים, ושחובות של המשיבה שנוצרו לפני כניסת המערער לעסק לא יחולו עליו. לאחר שהעסק הסתיים בהפסדים, פרצה מחלוקת בין הצדדים בדבר החזר הכספים "הקדים" המערער למשיבה לשם פירעון חובה. המשיבה טענה שסכום החזר נכלל במסגרת ההפסדים שבהם התחייב המערער לשאת (אם ההצגות האחרונות יסתיימו בהפסד), ואילו המערער טען שמדובר בהלוואה שהוא זכאי לפירעונה על אף כישלון העסק. בבית המשפט העליון נחלקו שלושת שופטי ההרכב בשאלה אם יש לקרוא לתוך החוזה תנאי מכללא, שלפיו המשיבה חייבת בהחזר החוב גם אם העסק יסתיים בהפסדים. השופט זוסמן, בדעת המיעוט, אימץ את הגישה המצמצמת לדוקטרינת התנאי מכללא:

אין זה מסמכותו של שופט להמיר חוזה שהצדדים עשו בחוזה שלפני דעתו הם צריכים היו לעשותו. רק במקרים נדירים, כאשר העסקה כלשונה חסרת תכלית מסחרית, עשוי הדבר לסתור את החזקה האמורה, ולהרשות לשופט לומר: "לא ייתכן שלכך התכוונו

118 זמיר, מאוטנר ומנדלך "מגמות בפרשנות חוזים – אשר נ' בירנבאום" **משפטים ראשונים**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 97, 103, 114 (בהתאמה).

119 זמיר, שם, בעמ' 97; מונדלך, שם, בעמ' 114.

120 ע"א 131/71 **במאיר נ' תיאטרון קומדיה**, פ"ד כה(2) 744 (1971).

שיקול ההדדיות ביני החוזים: מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית

הצדדים... כשאנו חייבים עכשיו, בדיעבד, לנחש מהו היו המשיבים עונים בזמנו על השאלה, כיצד תיפרע ההקדמה, מאין רווחים, אני כשלעצמי אינני משוכנע שהיו אומרים: "כמובן, במקרה זה אנו נשלם מכיסנו"... העסקה אינה חסרה הגיון מסחרי, גם אם המערער לא יוכל להיפרע.¹²¹

אך השופט עציוני, שאליו הצטרף במבחן התוצאה גם השופט קיסטר, הציג עמדה שונה. הוא דחה את "מבחן הטרדן המתערב" (עובר אורח השומע את הצדדים נושאים ונותנים ומתערב בשיחתם) כדרך לעמוד על כוונת הצדדים, משום שלדבריו ה"טרדן" הוא לא אחר מהשופטים עצמם, והמבחן הופך למבחן הסובייקטיבי של כל שופט. תחת זאת הציע:

לפנות אל אותו יצור שהמחוקק ובתי המשפט מכירים בו – "האדם הסביר", ולייחס לצדדים לחוזה את תכונותיו של אותו אדם עם כוונה להשיג מטרות סבירות מהעסקה עליה הסכימו הצדדים... ואין זה סביר להניח, ובמיוחד כשהמדובר בעסקאות מסחריות, שכוונת הצדדים הייתה להטיל על צד אחד את כל הסיכונים של העסקה או לשחרר צד מכל הנטלים.¹²²

לפיכך קבע כי יש מקום לקרוא לתוך החוזה תנאי מכללא שלפיו יוחזר למערער הכסף שהקדים למשיבה, משום שתנאי זה הוא שיגשים את תכליתה המסחרית ההגיונית של העסקה כעסקת הלוואה.¹²³

אם כן, לפי פסק הדין בעניין במאיוור אין די בכך שהעסקה "ניתנת להגשמה" כדי לקבוע שהיא בעלת ערך מסחרי ולשלול את קיומו של תנאי מכללא. הדרישה היא שתנאי העסקה יהיו כאלה שהיו קובעים צדדים "עם כוונה להשיג מטרות סבירות מהעסקה". השופט עציוני אף מתאר את מהות החוזה שצפוי להיווצר בין צדדים כאלה: חוזה שיחלק את הסיכונים והנטלים בין הצדדים בצורה מאוזנת. על מנת שהעסקה שנידונה באותו עניין תעמוד ברף זה של התכלית המסחרית, השופט עציוני מפרק אותה לשתי עסקאות נפרדות: עסקת השקעה ועסקת הלוואה. בגדרי עסקת ההשקעה סיכון ההפסד שלקח במאיוור על עצמו התאזן עם הסיכוי לרווחים מפעולת התאטרון. אך הכספים שניתנו כהלוואה לא היו אמורים לייצר רווח כלשהו, שכן הם נועדו לפרוע חוב קודם. כלומר אם נראה גם בכספים אלה חלק מעסקת ההשקעה, הרי שמדובר בסיכון נוסף ללא סיכוי מקביל להגדלת הרווח. פרשנות כזו של העסקה תעמיד אותה כעסקה לא סבירה מבחינה מסחרית, שכן לא סביר שצד לעסקה מסחרית ירצה לקבל עליו התחייבות שאינה מתאזנת על ידי התחייבות מקבילה של הצד השני. אך אם נפרש את החוזה – באמצעות קריאת תנאי מכללא לתוכו – כמורכב משתי עסקאות, נגיע למצב שבו הסיכונים והסיכויים מאוזנים. כל זאת מתוך הנחה (או חזקה) שהצדדים לחוזה הם צדדים מסחריים סבירים, ושצדדים סבירים לעולם יכוונו לכרות עסקה הדדית.

התוצאה שאליה הגיע השופט עציוני בעניין במאיוור אינה מתחייבת כמובן מיישום מבחן התכלית המסחרית. כפי שהצעתי בפרקים הקודמים, גם בהקשרים מסחריים התמורה החוזית אינה תמיד בעלת

121 שם, בעמ' 749.
122 שם, בעמ' 752–753.
123 שם, בעמ' 754.

מהות כלכלית ברורה, וניתן להעלות על הדעת מניעים אחרים שבגינם הקדים במאיוור למשיבה את התשלום לפירעון חובה מלבד ציפייה להשבת הכסף, ושהיו מאזנים את העסקה גם ללא קריאת תנאי מכללא לתוכה.¹²⁴ מכל מקום, חשיבותו של פסק הדין בניתוח הנוכחי אינה בתוצאה הספציפית אלא באופן שבו הוא מתאר את מהותו ומטרתו של ההליך הפרשני. כפי שניתן לראות, תיאור זה הולם במידה רבה גם את ההבנה המהותית של ההכרעה בעניין **בירנבאום** ככזו המעדיפה את שיקול ההדדיות והאיזון של החוזה על פני היצמדות לרצון המקורי של הצדדים. אופן יישומה של דוקטרינת התנאי מכללא בעניין **במאיוור** חשוב בשל הנטייה לראות בדוקטרינת התנאי מכללא דוקטרינה המכפיפה את בית המשפט לרצון הצדדים הקונקרטיים, בניגוד לדוקטרינת תום הלב, המטילה על הצדדים חובות הנגזרות מערכי הגינות אובייקטיביים.¹²⁵ ההשוואה בין עניין **בירנבאום** לעניין **במאיוור** מלמדת שאת דוקטרינת התנאי מכללא ניתן לפרש פירושים שונים, אך יישומה המעשי אינו מנותק בכל מקרה מתפיסות של הגינות.¹²⁶ בעניין **בירנבאום** החתירה להגינות מסתתרת מאחורי היצמדות דוקטרינת לרצון הצדדים, והשתיים נתפסות כמנותקות, אך בעניין **במאיוור** קושר בית המשפט את כוונת הצדדים לעקרונות של איזון והדדיות בקשר בל-ינתק, באמצעות הרף הגבוה שהוא מעמיד לקיום מבחן התכלית המסחרית.

הבנת מבחן התכלית המסחרית כמשקף איזון של סיכונים עולה גם מפסקי דין אחרים שקדמו לחקיקת חוק החוזים ושאינם מיישמים את דוקטרינת התנאי מכללא דווקא. כך למשל בעניין **"שחף" נ' אליאנס חברה לביטוח**¹²⁷ נדון פירושה הנכון של פוליסת ביטוח לצי ספינות. בפוליסה עצמה נמנו כל הספינות ושווי כל אחת, וסכום הביטוח הוגבל ל-60% מהשווי הכולל. לאחר שניזוקו אחת מאניות הצי והמטען שעליה, שילמה חברת הביטוח למערערת 60% מהנזק לגוף הספינה, אך המבוטחת טענה שהביטוח כולל גם את המטען, ושעל חברת הביטוח לפצות אותה על הנזק כולו כל עוד הוא נמוך מהתקרה הכוללת שבפוליסה. השופט ברנזון דחה את טענת המבוטחת בהסתמכו על העובדה שבפוליסת הביטוח הקודמת שלה בוטחה כל ספינה בנפרד, וסכום הפרמיה באותה פוליסה היה זהה לזה שבפוליסה מושא הערעור:

אנו דנים בעסקה מסחרית ועלינו לנסות לתת לה תוקף מתקבל על הדעת כפי שאנשי עסק היו עושים זאת בשים לב לכל נסיבות המקרה... עובדה היא, כאמור, כי לפני הביטוח הנדון היה קיים ביטוח דומה נפרד על כל ספינה ומטענה לחוד באותו סכום המופיע בתוספת לפוליסה החדשה ליד כל ספינה כזאת וסכומי הפרמיה גם הם לא השתנו. לא יתואר, כי חברות הביטוח התכוונו לקבל על עצמן סיכון גדול פי כמה וכמה על-ידי הביטוח החדש בלי תוספת פרמיה, ואין גם להניח כי המערערת שביטחה את צי ספינותיה סברה אחרת בזמן עשיית הפוליסה.¹²⁸

124 זוהי למעשה אפשרות שמעלה השופט זוסמן, בציינו כי "לא מן הנמנע ש[המערער] קיבל על עצמו את הסיכון של אי-פירעון הסך 2990 לירות תמורת צירופו לעסק". שם, בעמ' 749.

125 ראו מאוטנר "מגמות בפרשנות חוזים – אשר נ' בירנבאום" **משפטים ראשונים**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 59.

126 השוו מנחם מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא" פרידמן וכהן **חוזים**, ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 3.

127 ע"א 492/62 "שחף" נ' אליאנס חברה לביטוח בע"מ, פ"ד יז 1898 (1963).

128 שם, בעמ' 1901–1902.

כלומר, כמו בעניין **במאיור**, גם כאן ההנחה היא שצד לא יקבל על עצמו תוספת סיכון ללא תמורה הולמת. ההבדל הוא שבעניין **שחף**, בניגוד לעניין **במאיור**, היה לבית המשפט קו בסיס מוגדר – הפוליסה הקודמת – שביחס אליו היה ניתן לזהות את תוספת הסיכון. בעניין **שחף** בית המשפט אינו חוקר את מידת האיזון שהתקיימה בפוליסה הקודמת, כפי שבעניין **בירנבאום** לא חקר בית המשפט את מידת האיזון שבהסכם השכירות המקורי. הסכמים קודמים אלו מוחזקים כמאוזנים, ורק שינוי – או ניסיון לשינוי – של אותם איזונים נבחן במבחן התכלית המסחרית. לעומת זאת בעניין **במאיור** עמדה בפני בית המשפט משימה קשה בהרבה – לנסות לפענח את האיזון החוזי המקורי. משימה זו דורשת מבית המשפט לגבש סטנדרט מופשט של איזון, שכן אין בנמצא איזון אחר שהצדדים הסכימו עליו, ושכך בית המשפט יכול להיעזר בו כבסיס להשוואה. מטבע הדברים, הסיכוי לטעות בהכרעה כזו הוא גדול יותר; אתייחס לכך בהמשך. אך בכל זאת ברצוני לטעון שההבדל בין סוג ההכרעה בעניין **במאיור** לסוג ההכרעה בעניין **שחף** אינו עקרוני אלא מעשי: שתי ההכרעות מסתמכות על אותה תפיסת עולם פרשנית – זו החותרת לפרש את החוזה כמטיל על הצדדים חובות הדדיות ומאוזנות מתוך הנחה שזוהי גם כוונת הצדדים עצמם.

בגדריה של תפיסת עולם פרשנית זו בית המשפט אינו סבור שהוא יודע טוב יותר מהצדדים עצמם מהו האיזון הראוי. לכן אם קיימת עסקה קודמת ודומה בין הצדדים שהיא אינה שנויה במחלוקת, בית המשפט יאמץ אותה כאבן בוחן למידת האיזון בהסכמה מאוחרת.¹²⁹ אולם כאשר העסקה היחידה שהצדדים הסכימו עליה שנויה בעצמה במחלוקת, אין לבית המשפט בררה מעשית אלא לנסות ולפענח בעצמו את האיזון החוזי באמצעות בחינת נסיבות העסקה והאינטרסים השונים של הצדדים.

ג. פענוח האיזון החוזי לאחר חוק החוזים

חוק החוזים, שנחקק בראשית שנות השבעים, הניח תשתית דוקטרינרית חדשה לפירוש חוזים. ס' 25(א) לחוק קבע כי "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות". זוהי "תורת שני השלבים" אשר נדונה באריכות בפרשת **אפרופים**, ולפיה בית המשפט יפנה לנסיבות רק כשאי אפשר להבין את כוונת הצדדים מתוך לשון החוזה. למעשה, כפי שאבקש להראות להלן, סעיף 25(א) לא שינה את פרקטיקת הפרשנות של בית המשפט העליון: גם לאחריו המשיך בית המשפט לפרש חוזים בהתאם לעקרונות האיזון וההדדיות.

דוגמה טובה להמשכיות המהותית בפסיקה על פרשנות לאחר חוק החוזים היא פסק הדין בעניין **מדינת ישראל נ' חירם לנדאו**.¹³⁰ באותו עניין כרתה המדינה חוזים זהים עם המשיבה ועם חברה אחרת לאחר ששתיהן זכו במכרז להספקת תערובת אספלט. בהליך משפטי בין המדינה לבין החברה האחרת נקבע כי יש לפרש את החוזה פירוש שסתר את האופן שבו ביצעה המדינה את החוזה עם המשיבה. המשיבה ביקשה ליישם קביעה זו גם בחוזה עמה, ואילו המדינה טענה שיש לפרש את החוזה על פי

129 ראו גם ע"א 9803/01 תחנת שירות רמת-גן נ' סנוול ישראל, פ"ד נח(3) 105, 112 (2004).

130 ע"א 450/82 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מ(1) 658 (1986).

התנהגות הצדדים בפועל.¹³¹ השופטת בן-פורת הצטרפה לשופט גולדברג בקבעה, על פי תורת שני השלבים, כי "רק כאשר הכתוב אינו ברור דיו, פונים אל הוכחות חיצוניות בדבר הנסיבות כדי לדלות מהן את אומדן הדעת",¹³² אך נימוק חשוב לא פחות ביסוד הכרעתה לטובת המשיבה היה כי מדובר "בנוסחים של חוזה, שהומצאו בשעתו על-ידי המדינה במסגרת מכרז שפרסמה לכל המשתתפים בו... לא יעלה על הדעת, שעל-פי נוסחים של אותו חוזה במסגרת אותו מכרז יקבל זוכה פלוני פחות מפלמוני".¹³³

אף כי הנמקה זו מסתמכת על עקרון השוויון בדיני מכרזים, דומה שניתן להמשיגה גם במונחי עקרון האיזון או ההדדיות. לבית המשפט קל יחסית לבחון את מידת האיזון שבחוזה כאשר יש עסקה אחרת בין הצדדים המוחזקת כמאוזנת ויכולה לשמש בסיס להשוואה: בעניין **חירם לנדאו** עמדה לפני בית המשפט עסקה זהה בין אחד הצדדים לבין צד שלישי, ואף פסק דין קודם שקבע את הפרשנות הנכונה (קרי המאוזנת) של התנאים באותה העסקה. מאחר שהשינוי בהתנהגות שלו טענה המדינה הקטיף את שווי העסקה מבחינת המשיבה, דווקא התחשבות בנסיבות והעדפתן על לשון החוזה הייתה מובילה לחוסר איזון. התוצאה היא הכרעה מהותית לכל דבר, הניתנת בלשון פורמליסטית ונובעת לכאורה מהציווי של סעיף 25(א) לפנות לנסיבות רק כאשר הלשון אינה ברורה.

עתה אפנה לפסיקה הממחישה את סוג ההכרעה הקשה יותר בהקשר של פרשנות חוזה, שבו נדרש בית המשפט לבחון את האיזון החוזי ללא עסקה אחרת שתשמש קו בסיס. בעניין **אגסי נ' ח.ל.ג.**¹³⁴ היה המערער אחד מארבעה שותפים שייסדו את החברה המשיבה. השותפים התחייבו בהסכם ביניהם לעבוד ארבע שנים בחברה, להחזיק יחד מניות בשיעור שיקנה להם שליטה בחברה ולהצביע הצבעה אחידה בכל האספות של החברה. לאחר פחות משנה התפטר המערער מתפקידו כמנכ"ל החברה בשל מחלוקת בינו לבין שאר השותפים. בישיבת דירקטוריון שנערכה לאחר מכן הוחלט לפטר את המערער מעבודתו בחברה, ובתגובה הודיע המערער לשותפים כי הוא רואה בפיטוריו הפרה של ההסכם ביניהם, המזכה אותו בביטול ההסכם. בית המשפט קמא קיבל את תביעת השותפים למתן פסק דין הצהרתי שלפיו החוזה ביניהם תקף, אולם בערעור לבית המשפט העליון נקבע שהעסקתו של המערער היא תנאי שהפרתו משמיטה את הקרקע מתחת לחוזה כולו, ועל כן הוא היה זכאי לבטלו:

קשה להעלות על הדעת, שאדם סביר כלשהו היה נכנס להתקשרות בה הוא משקיע ממון ומומחיות, תוך הבנה, כי יכול להיווצר מצב, בו מצד אחד יפוטרו מעבודתו בחברה ויוצא מכל פעילות במסגרתה, ומצד אחר יישאר ככול בהוראות החוזה, המונעות ממנו להיפטר ממניותיו והמאלצות אותו לתמוך בהצבעותיו באותם שותפים לשעבר, שגרמו לפיטוריו ולנישולו מכל השפעה בחברה. אין לשכוח, כי לא הייתה זו עסקה רגילה... אלא הייתה זו התקשרות מיוחדת, הבנויה כולה על ניצול משותף של הידע והכישורים של המייסדים. משום כך יש, לדעתי, להסיק מנוסח ההסכם ביחד עם

131 נראה כי היה ניתן לנסח את הטענה בדבר פרשנות החוזה גם כטענה לשינוי/היעדר שינוי בהתנהגות של החוזה. בכך ניתן לראות אינדקציה נוספת למלאכותיות של הגבולות הדוקטרינריים וחזיון למסקנה כי נוכחותו של עקרון ההדדיות בהקשר מסוים מעידה על קיומו גם בהקשרים אחרים.

132 עניין **חירם לנדאו**, לעיל ה"ש 130, בעמ' 666–667.

133 שם, בעמ' 668–669.

134 ע"א 552/85 **אגסי נ' ח.ל.ג. חברה ישראלית לעבוד נתונים בע"מ**, פ"ד מא(1) 214 (1987).

נסיבות הלוואי, שברגע שפוטר המערער מכל עבודתו בחברה, הרי שנעלמה עבורו התשתית להתקשרות כולה, ושפג לדידו תוקף החוזה על כל תנאיו.¹³⁵

כך, בהיעדר עסקה אחרת שממנה בית המשפט יכול ללמוד על האיזון שהתכוונו הצדדים להשיג, הוא נפנה ללמוד את העסקה מתוך עצמה. במסגרת זו בית המשפט מנסה להעמיד אלו מול אלו את הזכויות (הטבות/סיכויים) ואת החובות (נטלים/סיכונים) שמקנה החוזה לכל אחד מהצדדים. העמדה זו נגזרת מהבנתו של בית המשפט את תכלית העסקה ואת מניעיהם של הצדדים להיכנס אליה. בעניין **אגסי** סבר בית המשפט שהניהול המשותף של החברה עמד בלב החוזה, וממנו נגזרו הן החובות והן הזכויות של הצדדים. ברגע שהניהול המשותף פסק, חדל המערער למעשה ליהנות מצד הזכויות וההטבות של החוזה. לפיכך, ועל פי עקרון האיזון, לא היו צריכות לחול עליו גם החובות הנלוות.

בעניין **אפרופים**¹³⁶ לקח בית המשפט את ההיגיון של עניין **אגסי** צעד אחד קדימה: כך, אם בית המשפט יכול להבין את האיזון החוזי באופן שמאפשר לו לזהות תלות הדדית בין חובות לזכויות מסוימות, אזי כאשר קיים בחוזה מערך שיטתי של זכויות וחובות מאוזנות שאחת מהן חסרה בשל ניסוח רשלני, אין סיבה שבית המשפט לא יוכל להשלים את החסר באופן שיחזיר את האיזון על כנו.¹³⁷ הרקע לפרשת **אפרופים** מוכר וידוע. בראשית שנות התשעים החליטה הממשלה לעודד בניית דירות לעולים חדשים באמצעות הקצאת קרקעות לבנייה על ידי מינהל מקרקעי ישראל והתחייבות של משרד השיכון לרכוש מן הקבלנים את הדירות שייבנו. לשם מימוש התכנית ניסח משרד השיכון חוזה אחיד ("חוזה הפרוגרמה"), אשר הבחין בין בנייה ב"אזורים מבוקשים", שבהם התחייבה המדינה לקנות עד 50% מהדירות והקבלן היה רשאי לדרוש את מימוש התחייבות הרכישה רק משלב השלמת המבנה, לבין בנייה ב"אזורי פיתוח", שבהם התחייבה המדינה לרכוש עד 100% מהדירות, והקבלן היה רשאי לדרוש את מימוש ההתחייבות כבר משלב גמר בניית השלד. חוזה הפרוגרמה קבע סנקציה של הפחתת מחיר הרכישה במקרה של איחור בהשלמת הבנייה של דירות באזורים המבוקשים. בנוסף נקבעה סנקציה של הפחתת מחיר הרכישה במקרה של "מימוש התחייבות הרכישה" לאחר תום תקופת הביצוע, הן כאשר לאזורים המבוקשים והן כאשר לאזורי הפיתוח.

אפרופים התקשרה עם המדינה בחוזה פרוגרמה ובגדרו התחייבה לבנות דירות באזור פיתוח. לאחר שאפרופים השלימה את הבניה באיחור של חמישה שבועות, טענה המדינה כי היא זכאית להפחית את מחיר הרכישה בהסתמכה על הסעיף המתייחס לאיחור ב"מימוש התחייבות הרכישה". אפרופים, מצדה, טענה כי אותו סעיף עוסק אך ורק באיחור בהצגת הרכישה למימוש התחייבות הרכישה ולא באיחור בהשלמת הבנייה.

בית המשפט קמא קבע כי הפירוש שלו טענה אפרופים הוא הפירוש המתחייב מלשונו הברורה של הסעיף ודחה את טענת המדינה כי לשון החוזה אינה חד-משמעית, וכי יש להעדיף פירוש המתיישב עם

135 שם, בעמ' 244–246.

136 לעיל ה"ש 111.

137 מנגד ניתן לטעון, כמובן, כי אם צד לחוזה הסתמך על הניסוח הרשלני של הצד השני, אין הצדקה להשתמש במנגנון השלמה. עם זאת דעת הרוב בעניין **אפרופים** סברה בכירור אחרת (קרי, כי ניתן להשתמש במנגנון השלמה), ומאחר שמטרת העיקרית היא לספק תיאור קוהרנטי של ההכרעות בפסיקה הנוהגת באמצעות רעיון ההדדיות ולא הצדקה להכרעות אלה, איני דנה כאן בביקורות האפשריות על פסק הדין בעניין **אפרופים** ובמענה להן.

מטרתו של חוזה הפרוגרמה.¹³⁸ בערעור המדינה לבית המשפט העליון נחלקו השופטים. השופט מצא, בדעת מיעוט, קיבל את עמדת בית המשפט קמא. לדבריו, הסעיף הרלוונטי נוקט את הלשון "מימוש התחייבות הרכישה", אשר בסעיפים הקודמים בחוזה מתייחסת בבירור להצגת הדרישה מצד הקבלן. לעומת זאת לפרשנות המדינה אין כל אחיזה בלשון הסעיף. לדבריו, "אילו נדרשנו לפרשנותו של הסעיף על-פי סדר העדיפויות המתחייב מתכליתו העסקית של חוזה הפרוגרמה ומהגיונו המסחרי, אכן הייתי נוטה לקבל את עמדת המדינה. אך מילותיו הברורות של החוזה חוסמות את דרכנו לעברן של אמות מידה חיצוניות".¹³⁹

השופט דב לוין, בדעת רוב, קיבל את עמדת המדינה. לדידו, במקרה זה הייתה חשיבות רבה לנסיבות כריתתו של חוזה הפרוגרמה, דהיינו חפצה של הממשלה לעודד בנייה מהירה. לפי החוזה, ניתנו הטבות ניכרות לחברות הבונות באזורי הפיתוח, מאחר שחששם של הקבלנים שלא יצליחו למכור את הדירות שנבנו באזורים אלה גדול יותר. לדברי השופט לוין, "אין ספק כי מערכת כזו של הטבות ותמריצים מחייבת גם יצירת מנגנוני פיקוח על אותם קבלנים וקביעת 'סנקציות' שיבטיחו כי מטרתו של החוזה הנ"ל, שהיא העשרת מלאי הדירות בארץ בזמן הקצר ביותר, אכן תמומש".¹⁴⁰ פרשנותו של בית המשפט קמא מובילה לתוצאה שלפיה אין כל סנקציה על איחור בביצוע הבנייה בפרויקטים שבאזורי פיתוח, ותוצאה כזו אינה הגיונית בבחינת המכלול החוזי.¹⁴¹ השופט ברק הצטרף כידוע לדעתו של השופט לוין. לדידו, המשמעות העולה מתוך הלשון, שלפיה הסנקציה על איחור בהשלמת הבנייה חלה רק על בנייה באזורים המבוקשים, "נסתרת על-ידי התכלית (האובייקטיבית) העולה משאר חלקי החוזה, ומתוך קריאת החוזה כיחידה אינטגרטיבית, המבוססת על תמריצים חיוביים ושליליים המשתלבים זה בזה... אכן, על-פי עצם מהותה ועל-פי הגיונו הפנימי של החוזה, צריכה הסנקציה לחול על שני סוגי הפרויקטים".¹⁴² פסיקתם של השופטים לוין וברק נשענת אפוא על אותו היגיון של איזון חיוביים ששליו הסתמך בית המשפט בעניין אגסי, ואילו השופט מצא, שנתור בדעת מיעוט, לא הסביר את עמדתו במונחי האיזון החוזי.

פסק הדין האחרון שבו אדון הוא בלום נ' אנגלו-סכסון,¹⁴³ אחד מסדרה של פסקי דין שבהם הסתייג השופט דניגר, במפורש או במשתמע, מההלכה שנקבעה בעניין אפרופים.¹⁴⁴ בעניין בלום התקשר המערער עם המשיבה, רשת משרדי תיווך, בהסכם זיכיון בלתי-קצוב בזמן לניהול אחד מסניפיה. לאחר קרוב לשלושים שנה ביקש המערער למכור את הזיכיון, אך המשיבה ביקשה כי ההסכם שייחתם עם הזכייין החדש יכיל תנאים המגבילים את משך ההסכם. המערער סירב לבקשה זו בטענה שהוא בעל זכות קניינית בזיכיון ולפיכך רשאי להעבירו לאחר באותם התנאים, ובתגובה טענה המשיבה שהמערער מזניח את הזיכיון ונמנע מלשתף אתה פעולה והודיעה לו על הפסקת הסכם

138 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 111, בעמ' 279–280.

139 שם, בעמ' 282–284.

140 שם, בעמ' 289.

141 שם, בעמ' 290–294.

142 שם, בעמ' 301.

143 ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (פורסם בנבו, 17.1.2008).

144 ראו גם ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט (פורסם בנבו, 28.1.2008); ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ'

ירון כהן, פ"ד סג(3) 577 (2010).

שיקול ההדדיות ביני החוזים: מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית

הזיכיון. המערער הגיש תביעה לקבלת פסק דין הצהרתי שלפיו המשיבה אינה רשאית להפסיק את ההסכם או לבטלו; טענתו הייתה כי המשיבה רשאית להפסיק את הזיכיון רק בהתקיים אחד מרשימת המקרים המנויים בהסכם, ורק לו מוקנית הזכות לבטל את ההסכם מכל סיבה שהיא. בית המשפט קמא דחה את התביעה בקבעו בין היתר שהסכם הזיכיון העניק לבלום זכות לסיים את החוזה בהודעה מראש בלי כל סיבה שהיא, ואילו לאנגלור-סכסון לא ניתנה זכות כזאת, ולא ייתכן חוסר איזון בין הצדדים בעניין זה.¹⁴⁵ בערעור הפך השופט דנציגר את התוצאה וקבע כי היעדר הסימטריה בזכות הביטול אינו מעיד על חוסר איזון בין הצדדים:

מתן זכות ביטול גורפת לבעל הזיכיון בלבד בשעה שהמזכה רשאי לבטל את ההסכם רק בהתקיים מקרה מבין רשימה סגורה של מקרים, מתיישבת עם ההיגיון המסחרי הפשוט.

לפי היגיון זה, בהסכמי זיכיון בעל הזיכיון עמל ומשקיע בפיתוח הזיכיון במשך שנים רבות, בשעה שהמזכה נהנה מפירות ההשקעה האמורות. אשר על כן, מתן זכות ביטול גורפת למזכה, יפחית באופן משמעותי את תמריציו של בעל הזיכיון לפתחו ואף עלול לגרום להימנעות מרכישת הזיכיון עקב חשש מתמיד מביטולו.

... אנגלור סכסון אינה כבולה לנצח בהסכם עם בלום. הוראות סעיפים 6(ד) ו-18 להסכם פותחות בפניה פתח להפסקת ההתקשרות כל אימת שמתקיים אחד המקרים הקבועים בהם...סעיפים אלו מהווים את האיזון הראוי לזכותו הבלתי-מסוייגת של בלום להפסיק את ההסכם.¹⁴⁶

קרי, בנסיבות עניין בלום סבר השופט דנציגר שעקרון האיזון החוזי מתיישב עם פירוש זכויות הביטול כזכויות א-סימטריות, משום שהעמדות, המטרות והאינטרסים של הצדדים במסגרת חוזה זכיינות טיפוסים הם עצמם אינם סימטריים. דהיינו, השופט דנציגר אינו מקבל את היישום הספציפי של בית המשפט קמא לעקרון האיזון, משום שלדעתו יישום זה אינו עולה בקנה אחד עם ההיגיון ועם התכלית המסחרית של חוזה הזכיינות, אך הוא מקבל בהחלט את עקרון האיזון עצמו.

ד. כוונת הצדדים, הגינות והדדיות

בפרק זה הצעתי שעקרון האיזון הוא עיקרון מרכזי המלווה את פסיקת בית המשפט העליון בנושא פרשנות והצדתי להבחין בין שני אופנים טיפוסיים שבהם בית המשפט משתמש בעיקרון זה: במצב הראשון, בית המשפט בוחן את האיזון החוזי בעסקה שלפניו למול איזון קודם בעסקה דומה שאינה שנויה במחלוקת. במצב השני, המורכב יותר, בית המשפט נדרש לפענח את האיזון החוזי בפני עצמו, על-ידי התעמקות במטרות ובנסיבות של העסקה העומדת בפניו. כל אחד משני המצבים הללו עשוי

145 ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 1356/05 בלום נ' אנגלור-סכסון (פורסם בנבו, 25.5.2006).

146 עניין בלום, לעיל ה"ש 143, פס' 43-46.

להטות את עקרון האיזון לאחד משני קטבים שהוא מנסה ליישב ביניהם: הקוטב התיאורי (כוונת הצדדים הקונקרטיים) והקוטב הנורמטיבי (הדדיות העסקה).

כזכור, בעניין **בירנבאום** הציג בית המשפט את כוונת הצדדים ושיקולי הצדק כנפרדים זה מזה, ואילו בעניין **במאיר** ובפסיקה שלאחריו נעשה ניסיון לאחד את שתי המטרות לתוך מבחן התכלית המסחרית. במסגרת זו בית המשפט מבין את מבחן התכלית המסחרית ככזה הדורש שהעסקה תגלם את המטרות שצדדים סבירים היו מבקשים להשיג באמצעותה, והוא מניח, כמעין חזקה, שצדדים עסקיים סבירים מתכוונים שהעסקה ביניהם תהיה מאוזנת מבחינת חלוקת הסיכונים. דרך אמצע זו מתרחקת גם מההבנה הקלאסית של כוונת הצדדים וגם מהבנה מופשטת של שיקולי צדק והגינות. מבחינת כוונת הצדדים, בית המשפט בוחן את כוונת הצדדים הקונקרטיים במשקפיים של סבירות, במובן זה שהוא מייחס להם רצון להגיע לעסקה מאוזנת; מבחינת שיקולי הצדק, בית המשפט מכפיף שיקולי צדק מופשטים של הגינות ושוויון לאותו איזון המתחייב מהמטרות שצדדים סבירים היו רוצים להשיג מהעסקה הקונקרטיים באותן נסיבות.¹⁴⁷ כל עוד מבחן התכלית המסחרית מיושם בעסקאות בין צדדים מסחריים שאין ביניהם פערי כוח משמעותיים, החזקה כי הם מתכוונים לכוונת עסקה מאוזנת אינה נראית רחוקה מהמציאות: האיזון יהיה פועל יוצא של הניסיון של כל אחד מהצדדים לכוונת את העסקה הטובה ביותר מבחינתו. מידת הסבירות של המהלך הכפול הזה תלויה אפוא כולה ביכולתו של בית המשפט להבין כראוי את האיזון שהצדדים ביקשו ליצור. אם בית המשפט טועה בהבנת האיזון, הפרשנות מתרחקת מהמטרה של הגשמת כוונת הצדדים ומבטאת שיקולי צדק מופשטים המנותקים ממאות העסקה. אם בית המשפט צודק, המטרות של הגשמת כוונת הצדדים ושל הגשמת שיקולי הצדק מתמזגות ומתגשמות יחדיו.¹⁴⁸

הקשיים העומדים בפני בית המשפט בניסיונו לפענח את האיזון החוזי הם רבים. קושי בולט אחד הוא הצורך לקבוע אם קיימת תלות הדדית בין תניות מסוימות בחוזה, שאז הפרתה של אחת תצדיק את ביטולה של האחרת (בעניין **אגסי**), או שקיומה של אחת יצדיק השלמת חסרונה של האחרת (בעניין **אפרופים**). מלבד זאת, לעתים בית המשפט נדרש לזהות תמורות נסתרות או לא מוחשיות שיש להן תפקיד ביצירת האיזון – למשל, נכונות להתפשר על תנאי החוזה בגלל רצון להימנע מסכסוך משפטי.¹⁴⁹ – ולעתים הוא נדרש לשחזר, בדיעבד, את ציפיותיהם של הצדדים באשר לשינויים

147 במונחים שהציע דיויד צ'ארני, בית המשפט עושה לצדדים אידאליזציה, משום שהוא מניח שהם לפחות סבירים ומעוניינים בעסקה מאוזנת, אך הוא חושב עליהם ברמה נמוכה של הכללה, שכן שהוא מנתח את האינטרסים הספציפיים שלהם בעסקה המסוימת, ואינו חושב עליהם רק כבעלי אינטרסים של צדדים טיפוסיים מאותו סוג. ראו David Charny, *Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation*, 89 MICH. L. REV. 1815, 1820–1821 (1991).

148 זאת כמובן בהנחה שהצדדים הם אכן צדדים סבירים ותואמים את ההנחה (או האידאליזציה) של בית המשפט. ככל שהצדדים רחוקים מקריטריון הסבירות, שיקולי הצדק יגברו על הגשמת כוונת הצדדים. כך למשל ניתן לטעון כביקורת על פסיקת בית המשפט העליון בעניין **אפרופים** כי בית המשפט נטה לכיוון האידאליזציה והסבירות בקביעת האיזון הנכון על חשבון התחשבות במאפיינים הספציפיים של הצדדים ושל העסקה שלפניו.

149 עניין **סונול**, לעיל ה"ש 129, בעמ' 116. לדיון מפורט יותר בנושא תמורות לא מוחשיות ראו פרק המבוא בתת-פרק א. וכן הפרק הראשון לעיל.

שיקול ההדדיות בדיני החוזים: מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית

אפשריים בערך הכסף.¹⁵⁰ על כל אלו יש להוסיף כמובן את הקושי שעליו מתבססת הביקורת המרכזית על תאוריות של הגינות מהותית בדיני חוזים: הקושי להעריך את שוויין של התמורות בחוזה בהיעדר מחיר שוק אובייקטיבי.¹⁵¹ קושי זה הוא ניכר, ויחד עם הקשיים האחרים שנמנו לעיל הוא פותח פתח לביקורת תקפה על ההכרעות המהותיות שבית המשפט העליון מקבל לאור עקרון האיזון. אך ראשית כול יש להכיר בכך שההכרעות אכן מתבססות על ניסיון לפענח את מידת ההדדיות שבחוזה, וכך היו גם בעבר, ללא קשר לסוג הרטוריקה שנקטת בפסק דין זה או אחר. בין שבית המשפט טוען שהוא נצמד ללשון החוזה ולכוונת הצדדים, ובין שהוא פונה לנסיבות, ובין שהוא משתמש בדוקטרינת התנאי מכללא או בדוקטרינת תום הלב, השאלה היא שאלה של הדדיות ואיזון בין זכויות וחובות הצדדים.

סיכום ומסקנות

במאמר זה ביקשתי להצביע על שיקול חשוב שבית המשפט מביא בחשבון כאשר הוא מכריע בסכסוכים חוזיים והוא מידת ההדדיות שבחוזה. את קיומו והשפעתו של שיקול ההדדיות בחנתו באמצעות ניתוח פרטני של פסיקת בית המשפט העליון על אודות שלוש סוגיות בדיני החוזים. בהקשר של שינוי חוזה בהתנהגות הצעתי שעקרון ההדדיות מתבטא בחיפוש אחרי מניע (של צד אחד) והסתמכות (של הצד השני); בהקשר של כפייה הצעתי שתפקידו של עקרון ההדדיות להבחין בין כפייה פסולה (חד-צדדית) ללגיטימית (הדדית), ואילו בהקשר של פרשנות הצעתי שעקרון ההדדיות מבטא רעיון של איזון בין הסיכונים לסיכויים, שלאורו בית המשפט מפרש חוזים מסחריים. מטרתו של הניתוח שהוצע הייתה מחד גיסא להצביע על אלמנטים בעייתיים בדוקטרינה, שתופסים חלק נכבד ברטוריקה של פסקי הדין אך אינם באמת תורמים להכרעה השיפוטית, ומאידך גיסא לזהות ולחדד אלמנטים של ההכרעה השיפוטית המהותית שאינם זוכים לביטוי רטורי הולם, אך ראוי שיהפכו לחלק מוצהר מן הדוקטרינה וינחו את המשך התפתחותה. לפני סיום אציע כמה כיוונים למחקר עתידי אשר יאפשר הבנה טובה יותר של שיקול ההדדיות ומופיעו בפסיקה, וכן מחשבות ראשוניות על אודות היחס שבין שיקול ההדדיות לבין העקרונות של רצון חופשי והסכמה בדיני החוזים.

1. בין הדדיות לרצון והסכמה

ניתוח הפסיקה במאמר זה הצביע על פער ניכר בין הדומיננטיות של רצון חופשי והסכמת הצדדים ברמה הרטורית לבין חולשתם היחסית בהסבר המהותי של ההכרעה השיפוטית בדיני חוזים. נוכח מסקנה זו נדמה כי מתבקש עיון נוסף ביחס שבין שיקולי הרצון וההסכמה לבין שיקול ההדדיות, שעליו הצבעתי כשיקול מרכזי המנחה את ההכרעה. אף כי התמונה העולה מן הפסיקה היא של מערכת יחסים מורכבת, אבקש להציע כמה מחשבות ראשוניות בהקשר זה.

150 שאלה זו מתעוררת במקרים שבהם בית המשפט צריך להכריע אם לקרוא תניה משערכת לתוך החוזה. ראו לדוגמה: ע"א 224/76 חברת נופש ערד בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד לא(1) 449 (1976); ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811 (1992).

151 עניין מול הים, לעיל ה"ש 18.

כפי שציינתי בפרק המבוא, שיקולי הרצון וההסכמה עומדים בלב התפיסה הפרוצדורלית של הצדק החוזי, ואילו מקומו של שיקול ההדדיות הוא (לכאורה) בתחומיה של תפיסה מהותית. בנימין פורת הציע לנסח את היחסים האפשריים בין צדק חוזי מהותי לפרוצדורלי במונחים של דיות והכרחיות, קרי אם על החוזה לעמוד הן במבחן פרוצדורלי והן במבחן מהותי כתנאי לתוקפו, או שמא די בעמידה באחד מהם.¹⁵² אף כי היה ניתן לאמץ המשגה כזו לגבי היחס שבין שיקול ההדדיות לבין שיקולי הרצון וההסכמה כפי שהוצגו במאמר זה, אני סבורה כי גלומה בה הנחה שאינה מוצדקת בדבר עצמאותם של השיקולים זה מזה. למעשה, נראה כי נכון יותר לחשוב עליהם כבלתי נפרדים, כך שרצונם של הצדדים בעסקה והסכמתם להיכנס אליה הם ראייה חזקה להדדיות העסקה,¹⁵³ ואילו מידת ההדדיות של העסקה היא ראייה חזקה לרצון שני הצדדים בה (שהרי חזקה על צדדים שלא היו מגיעים להסכמה על עסקה לא הדדית).¹⁵⁴ על בסיס תפיסה כזו של הקשר הפנימי בין השיקולים ניתן להציע כי המשקל שניתן להם בפסיקה קשור בנקודת הזמן שבה הם נבחנים. כך, גם אם ברמה הנורמטיבית-עקרונית אין היררכיה ברורה בין השיקולים, ניתן להניח כי בשלב כריתת החוזה ניתנת עדיפות ברורה לשיקולי הרצון וההסכמה, בשל ההיקף והמגוון העצום של העסקאות השונות בשוק ובשל ההבדלים בין התפיסות הסובייקטיביות של פרטים שונים את הערך של תמורות מוחשיות ולא מוחשיות. קיים קושי מעשי לייסד מנגנון שיפקח על תוכני כל העסקאות ויודא את מידת ההדדיות בכל אחת מהן, ועלותו של מנגנון כזה תהיה לא סבירה. לפיכך בנקודת זמן זו מתבקש לתת לשיקולי הרצון וההסכמה את הבכורה, מתוך הנחה שברוב המוחלט של המקרים צדדים יסכימו רק על עסקאות הדדיות. התוצאה היא שלכתחילה הגדרת הסכמה כיסוד הרעיוני והמעשי של החוזה אמורה להגשים הן את שיקול הרצון וההסכמה והן את שיקול ההדדיות.

עם זאת כאשר אנו מגיעים לשלב ההתדיינות המשפטית, הרלוונטי לשיעור קטן יחסית מן העסקאות בשוק, תמונת המצב מתהפכת במידה רבה. ראשית, בשלב זה כבר ברור כי הרצון או ההסכמה של הצדדים שנויים במחלוקת ודורשים בירור מורכב; שנית, מאחר שבשלב זה ממלא מוקצים משאבים לבחינה פרטנית ומעמיקה של העסקה על ידי גוף מומחה (בית המשפט), ניתן באותה מידה לנצל משאבים אלה לבחינת מידת ההדדיות שבעסקה ולא רק לבירור שאלת הרצון וההסכמה. אדרבה, ניתן לטעון שדווקא למידת ההדדיות בעסקה יש ביטויים חיצוניים שקל לבררם יותר משקל לברר את צפונות לבם של הצדדים. לפיכך בשלב זה הנימוקים שבגינם ניתנת עדיפות לשיקולי הרצון וההסכמה בשלב הכריתה נחלשים במידה ניכרת, ודווקא מידת ההדדיות שבעסקה תופסת את הבכורה, אך זאת כדי להבטיח שהעסקה הייתה גם מוסכמת. העמדה כזו של היחס בין השיקולים עשויה להסביר גם את מרכזיותם של שיקולי הרצון וההסכמה ברטוריקה של פסקי הדין וגם את העובדה שלמרות מרכזיותו של שיקול ההדדיות בהכרעות המהותיות, שיקול זה כנראה לא יתגבר על ראיות ברורות וחד-משמעיות בסוגיית הרצון וההסכמה.

ניסוח מדויק יותר של היחסים בין השיקולים השונים ידרוש הן בחינה מקיפה יותר של הפסיקה והן עיון מעמיק יותר בתאוריה של דיני החוזים. אולם כך או כך, מה שנראה ברור הוא שקיים קושי בניסיון לבצע רדוקציה של דיני החוזים לערך אחד אולטימטיבי – יהא זה הסכמת הצדדים, הדדיות, הוגנות או

152 פורת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 56–57.

153 ראו שם, בעמ' 99–100.

154 ראו זמיר "רצון חופשי" לעיל ה"ש 6, בעמ' 788–789, 798–799.

שיקול ההדדיות ביני החוזים: מבט על שלוש סוגיות בפסיקה הישראלית

ערך אחר. ההפרדה המוחלטת בין הערכים והשיקולים השונים דורשת רמה כלשהי של הפשטה, ואילו בסיטואציה חוזית קונקרטית קשה לנתק את השאלה "מה הוגן" מהרצונות הסובייקטיביים של הצדדים. במובן זה, ההצבעה על שיקול ההדדיות אינה ניסיון להפחית מחשיבותה העקרונית של הסכמת הצדדים אלא בעיקר דרך להבהיר את חוסר המשמעות של דיבור על הסכמת הצדדים במנותק משאלות של הדדיות ואיזון, אשר ממלאות תפקיד מרכזי בהכרעה השיפוטית.

2. כיוונים למחקר עתידי

כפי שהיה ניתן להיווכח לאורך המאמר, מופעיו של שיקול ההדדיות משתנים לפי ההקשר הדוקטרינרי שבו הוא מופעל. על כן בטרם יהיה ניתן לספק תיאור מדויק ושלם של שיקול ההדדיות במשפט הישראלי, נדרשת בחינה של אופן פעולתו בהקשרים דוקטרינריים נוספים. שני יעדים שנראים מושכים במיוחד לעניין זה הם תרופות בשל הפרת חוזה וניהול משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. ככלל, תחום התרופות הוא תחום מרכזי ביני החוזים, ולפיכך אבן בוחן טובה לכל טענה בדבר שיקול או עיקרון כללי ביני החוזים היא תחולתו ביני התרופות. חיזוק קונקרטי להשערה בדבר השפעתו של שיקול ההדדיות ביני התרופות במשפט הישראלי ניתן למצוא ברעיון שחזור השקילות החוזית, שעליו הצביע איל זמיר בהקשר של פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **ארבוס נ' רובינשטיין**.¹⁵⁵ באותו עניין פסק בית המשפט כי מוכרים שמסרו דירה באיחור ניכר לקונים ששילמו את תמורתה במועד ישלמו לקונים ריבית על מלוא סכום התמורה למשך כל תקופת האיחור. זמיר מציע שמטרת ההכרעה היא לשחזר את נוסחת השקילות שבחוזה המקורי באמצעות התאמתה לביצוע (הלקוי) של החוזה בפועל.¹⁵⁶ בהבנה זו של פסק הדין בעניין **ארבוס** יש כדי ללמד כי בהקשרים מסוימים ההיגיון המנחה את ההכרעה השיפוטית בעניין תרופות דומה להיגיון של ההכרעה בסוגיות של פרשנות מהסוג שהתעורר בעניין **אפרופים**, קרי פענות מערכת האיזונים שבחוזה באמצעות שרטוט קשרי הגומלין בין חובות הצדדים לזכויותיהם, ולאחר מכן "תיקון" של הכשל (בניסוח או בכיצוע) באופן שיגשים את אותו איזון.¹⁵⁷

ניהול משא ומתן לקראת כריתת החוזה, הכפוף לפי סעיף 12 לחוק החוזים לחובת תום הלב, הוא תחום שהתפתח בצורה ניכרת במשפט הישראלי והניב כמה מההלכות החשובות של בית המשפט העליון בתחום החוזים.¹⁵⁸ בשל רוחבו ועמימותו של מושג "תום הלב" והקושי המיוחד המתעורר בסוגיות כגון היקף חובות הגילוי במשא ומתן, ניסוח ברור יותר של השיקולים המנחים את ההכרעה

155 זמיר, לעיל ה"ש 8; Zamir, *The Missing Interest*, לעיל ה"ש 1.

156 זמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 143–145.

157 הקשר בין ההכרעה בעניין **ארבוס** לבין פרשנות החוזה משתקף היטב בפסק דינה של השופטת דורנר, שחלק נכבד ממנו מוקדש לשאלה (הפרשנית) אם חיובי התשלום והמסירה במסגרת החוזה מקבילים או עצמאיים (ראו ע"א 1632/98 **ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות'**, פ"ד נה(3) 913, 922–923 (2001)).

158 ראו לדוגמה ע"א 846/76 **עטיה נ' "אררט" חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד לא(2) 780 (1977); ד"נ 7/81 **פנידר נ' קסטרו**, פ"ד לז(4) 713 (1983); ע"א 892/80 **שכון עובדים נ' זפניק**, פ"ד לז(1) 579 (1983); ע"א 579/83 **זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין**, פ"ד מב(2) 278 (1988); ד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג(1) 441 (1989); ע"א 4850/96 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נב(5) 562 (1998); ע"א 6370/00 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נו(3) 289 (2002).

השיפוטית בנושא יכול להיות מועיל במיוחד. לפיכך נראה כי מדובר בשדה מעניין נוסף לבחינת תחולתו של שיקול ההדדיות.

בד בבד עם ההרחבה הדוקטרינרית, כיוון חשוב נוסף הוא בחינת שיקול ההדדיות בפסיקה של הערכאות הדיוניות, במיוחד בשל הניסיון להצביע על חשיבותן של תמורות לא חומריות להפעלת שיקול ההדדיות בכל אחד מן ההקשרים שנבחנו במאמר זה. לעומת תמורה כלכלית, שהיא קלה יחסית לאיתור ולכימות, זיהוי והערכה של תמורות אחרות עשוי לדרוש הבנה עמוקה של מערכת היחסים החוזית ושל מערכות יחסים אחרות בין הצדדים (ככל שהן קיימות). בחינת פסקי דין של הערכאה הדיונית, שנחשפת במישרין לעדויות ולראיות, יכולה אפוא לתרום תרומה חשובה להבנת יישומו של שיקול ההדדיות.