

הסיפור של שילה נ' רצקובסקי: איך ומדוע חדרה (במקרה) חובת תום הלב לסדר הדין האזרחי?

איסי רוזן-צבי*

חובת תום הלב מהווה כיום עקרון יסוד בסדר הדין האזרחי, עד כי לא ניתן לחשוב על הפרוצדורה בלעדיו. ואולם, התבוננות בהיסטוריה של סדרי הדין מגלה שמדובר בעיקרון חדש יחסית, שחדר לראשונה לעולמה של הפרוצדורה רק בשנות השמונים של המאה העשרים בדברי אוביטר של השופט אהרן ברק בפסק הדין **שילה נ' רצקובסקי**. עד אותה העת, עקרון תום הלב נחשב לעיקרון שמקומו לא יכירנו בהליך האדוורסרי שנהג בישראל. דברי האוביטר של ברק בפרשת **שילה** מהווים תעלומה בת מספר רבדים: ראשית, עקרון תום הלב אינו הולם את עובדות המקרה. ברק עשה שימוש בעיקרון זה על מנת לפסול דרישה, לגיטימית על פניה, של חברת ביטוח מתובע שהתגורר בירושלים להיבדק על ידי רופא מטעמה בתל אביב, תוך שהיא מתחייבת לממן לו מונית שתיקח אותו ממפתן ביתו למרפאה ובחזרה. שנית, עקרון תום הלב כלל לא היה נחוץ, שכן התקנה עצמה מכילה סטנדרט שניתן היה לעשות בו שימוש על מנת להגיע לתוצאה הראויה. שלישית, האוביטר של השופט ברק אינו הולם את התקופה שבה הוא ניתן. בתחילת שנות השמונים שלטה בשדה הפרוצדורה האזרחית השיטה האדוורסרית הקלאסית שלפיה הצדדים רשאים לנקוט תכסיסים ומניפולציות ולטעון במסגרת ההליך טענות שקריות ביודעין, אשר לא ניתן ליישב עם חובת תום הלב הדיונית. רביעית, התפיסה שרווחה אותה העת הייתה שסדרי הדין צריכים להיות מנוסחים ככללים ואילו חובת

* פרופסור מן המניין וסגן דקאן, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. אני מבקש להודות לאורי אהרונסון, לישי בלנק, לשרון המר, לדורי ספיבק, לחמי בן-נון, לחנוך דגן, לרועי קרייטנר ולמשתתפי הסמינר המחלקתי בבית הספר למשפטים של מכללת "שערי משפט" על שטרו וקראו גרסאות מוקדמות של המאמר והעירו הערות מצוינות שסייעו לי לשפרו. תודה מיוחדת מסורה לענת עובדיה-ירזוןר וליונתן חודורוב על עזרת מחקר מעולה, וכן למערכת "מעשי משפט", בהנהגתם של נעם וייס ועוז פנחס, על עבודת עריכה משובחת, שסייעה לי לשפר את המאמר ולחדד את טיעוניו. המאמר מוקדש באהבה ובהערכה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) פרופ' אהרן ברק, שופט דגול ואדם משכמו ומעלה אשר ההתמחות בלשכתו הייתה אחת החוויות המעשירות ביותר שחוויתי כמשפטן.

תום הלב היא נורמה מסוג סטנדרט המהווה חריג בנוף הפרוצדורלי, הדורש הסבר. ואחרון, השופט ברק מעולם לא התעניין בסדר הדין האזרחי וטביעת ידו כמעט אינה ניכרת בתחום זה. תמוה איפוא שהשופט ברק החליט לכתוב דווקא בעניין **שילה**, פסק דין תקדימי ובעל השלכות מרחיקות לכת, בתחום סדר הדין האזרחי. מאמר זה נולד מתוך התעלומה ומנסה לפותרת ולהתחקות אחר הסיבות לחדירת עקרון תום הלב לתוך סדר הדין האזרחי, בתקופה שבה הוא הוחדר, תוך שהוא מזקק מפתרון התעלומה תובנות רחבות על המשפט בכלל ועל המשפט הפרוצדורלי בפרט.

מבוא

חובת תום הלב מהווה כיום יסוד מוסד של סדר הדין האזרחי.¹ היא קיבלה תוקף בפסקי דין רבים של הערכאות השיפוטיות השונות – ובראשן בית המשפט העליון – שקבעו כי עקרון תום הלב "מצודתו פרושה על השרה הדיוני" וכי "כוחות משפטיים-דיוניים יש להפעיל בדרך מקובלת ובתום לב", והטילו סנקציות בגין הפרתו.² למעשה, קשה לחשוב על הפרוצדורה האזרחית ללא עקרון תום הלב. ואולם, התבוננות בהיסטוריה של הפרוצדורה האזרחית מגלה כי עד לשנות השמונים של המאה שעברה, לא זו בלבד שעקרון תום לב לא היווה חלק מן הקורפוס הדיוני, אלא הוא נחשב לצלם בהיכל; עיקרון שמקומו לא יכירנו בהליך האזרחי האדוורסרי שנהג בישראל. חובת תום הלב חדרה לראשונה לסדר הדין האזרחי בשנת 1981 בפסק הדין **שילה נ' רצקובסקי**,³ באמצעות אוביטר, או "קו מחשבה נוסף" כפי שכונה בפסק הדין אשר יצא מתחת ידיו של השופט (כתוארו אז) אהרן ברק – השופט החשוב והמשפיע ביותר שידעה מדינת ישראל מאז היווסדה ועד היום, אשר כיהן לימים כנשיא בית המשפט העליון. בפסק הדין ייבא השופט ברק את עקרון תום הלב, הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים,⁴ לתוך הפרוצדורה האזרחית באמצעות הטריק המפורסם של שימוש בסעיף 61(ב) לחוק, המרחיב את תחולת ההסדרים שבחוק החוזים גם לעניין "פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה".

עבורי האוביטר של השופט ברק בפרשת **שילה** היווה תעלומה בת מספר רבדים. ראשית, עקרון תום הלב אינו הולם את עובדות המקרה. ברק החדיר לראשונה את חובת תום הלב לתוך סדר הדין האזרחי, על מנת לקבוע כי דרישה של חברת ביטוח מתובע שהתגורר בירושלים להיכדק על ידי רופא מטעמה בתל אביב, תוך שהיא מתחייבת לממן לו מניית שתיקה אותו ממפתן ביתו למרפאה ובחזרה, היא דרישה הנגועה בחוסר תום לב. יש לזכור שאין המדובר בתקופת מלחמת השחרור, שבה על מנת לרדת מירושלים לתל אביב היה צורך בשיירת משוריינים. התקופה היא סוף שנות השבעים שבה הנסיעה בין שתי הערים לא הייתה כרוכה במאמץ ניכר, כך שבמקרה זה קביעה בדבר חוסר תום לב אינה מסקנה מתבקשת. שנית, עקרון תום הלב כלל לא היה נחוץ לבית המשפט על מנת לסייע לתובע ולהגיע לתוצאה הראויה בעיניו. בתקנה הרלוונטית ישנה נורמה ספציפית

הקובעת כי אם התובע לא נענה לדרישת הנתבע להיבדק על ידי רופא מטעמו ולא־ההיענות יש "הצדק סביר", לא ניתן להטיל עליו כל סנקציה,⁵ כך שניתן היה להסתפק בדיון בשאלת סבירותה של אי־ההיענות. מה ראה, אם כן, השופט ברק לעשות באופן תקדימי שימוש בנורמה הכללית של תום הלב, עת עמדה לו נורמה ספציפית שאפשרה לו להגיע לתוצאה זהה? שלישית, התקדים של השופט ברק אינו הולם את התקופה שבה הוא ניתן. בתחילת שנות השמונים שלטה עדיין בשדה הפרוצדורה האזרחית השיטה האדוורסרית הקלאסית שלפיה הצדדים רשאים לנקוט תכסיסים ומניפולציות ולטעון במסגרת ההליך טענות ככל העולה על רוחם, ובכלל זה טענות שקריות ביודעין. כיצד מתיישבת חובת תום הלב הדיני עם עמדה הופכית זו? רביעית, התפיסה שרווחה בשנות השמונים המוקדמות, ובמידה רבה רווחת גם היום, היא שסדרי הדין צריכים להיות מנוסחים בעיקר ככללים, ונורמות מסוג סטנדרט צריכות להישמר למקרים חריגים ומתוחמים היטב. פסק הדין של השופט ברק שהחדיר את חובת התום הלב לסדרי הדין מהווה אם כן חריג בנוף הפרוצדורלי שדורש הסבר. ואחרון, השופט ברק כלל לא התעניין בסדר הדין האזרחי. בניגוד לתחומי משפט אחרים – המשפט הציבורי והמשפט הפרטי המהותי על ענפיו השונים – שבהם כרכי הפר"י מלאים בתקדימים פרי עטו (או יותר נכון עפרונו) של השופט ברק, טביעת ידו כמעט אינה ניכרת בתחום הפרוצדורה האזרחית. מה ראה ברק בפרשת שילה שגרם לו לכתוב פסק דין תקדימי, בעל השלכות מרחיקות לכת, בתחום סדר הדין האזרחי?

מאמר זה נולד מתוך התעלומה ומנסה לפותרה ולהתחקות אחר הסיבות לחדירת עקרון תום הלב לתוך סדר הדין האזרחי, בתקופה שבה הוא הוחדר, ולתוצאותיו. המאמר נחלק לשישה פרקים: הפרק הראשון מספר את עובדות המקרה. הפרק השני מנתח את הגישות השונות של שופטי בית המשפט העליון. הפרק השלישי מפרט את חמש התמיהות שמעורר פסק הדין של השופט ברק המחדיר לראשונה את חובת תום הלב לתוך השדה הפרוצדורלי. הפרק הרביעי פותר את התעלומה. הפרק החמישי דן בהשלכות פסק הדין. לבסוף, הפרק השישי והאחרון של המאמר מזקק מפתרון התעלומה תובנות רחבות יותר על המשפט בכלל ועל המשפט הפרוצדורלי בפרט.

א. עובדות המקרה

התובע, רפאל שילה, תושב ירושלים, נפגע בתאונת דרכים בהיותו נער בשנות העשרה לחייו. בעקבות התאונה, הגישו הוא והוריו (כאפוטרופסים), באמצעות עו"ד שניאור זלמן פונדמינסקי, עורך דין נזיקי ידוע בירושלים, תביעה נזיקית לבית המשפט המחוזי כנגד הנהג הפוגע – מר שלמה רצקובסקי – וכנגד חברת הביטוח סהר. בכתב התביעה נטען כי כתוצאה מן התאונה, נגרמה לרפאל שילה נכות נפשית צמיתה של 25% וכי הוא סובל מהתקפי חרדה וממגבלות נפשיות נוספות. לכתב התביעה צורפה חוות דעת רפואית של מומחה לפסיכיאטריה כנדרש על ידי תקנות סדר הדין האזרחי. משמוגשת תביעה בגין נזקי גוף המלווה בחוות דעת רפואית, קובעות התקנות כי הנתבע רשאי

לדרוש כי "נושא חוות הדעת" יעמיד עצמו לבדיקה על ידי מומחה רפואי מטעמו.⁶ ואכן, מייד לאחר שהומצא לה כתב התביעה, שלחה חברת הביטוח לתובעים דרישה בכתב ולפיה על רפאל שילה להיבדק על ידי פסיכיאטר מטעמה במרפאתו שבתל אביב. חברת הביטוח אף מסרה כי היא מוכנה לממן לרפאל שילה ולהוריו הסעה שתיקח אותם מביתם בירושלים היישר למרפאה בתל אביב, ובגמר הבדיקה תסיע אותם בחזרה לירושלים. בהוראת עורך דינם, סירבו התובעים להיענות לדרישת חברת הביטוח. הם טענו כי אין זה סביר לדרוש מהם לטלטל את רפאל, שהיה כזכור קטין בשנות העשרה, כל הדרך מירושלים לתל אביב שעה שישנם מומחים רפואיים טובים רבים בתחום הפסיכיאטריה בירושלים. כמו כן הם טענו כי רפאל סובל מנכות נפשית עקב תאונת דרכים שעבר ולכן הנסיעה מירושלים לתל אביב עלולה לגרום לו "לאי-נוחות מעבר לרגיל". חברת הביטוח לא נסוגה מדרישתה, ומשהתובעים עמדו בסירובם, היא פנתה לבית המשפט בבקשה להפעיל את הסנקציה הקבועה בתקנות, המיועדת למקרים שבהם תובע אינו נענה לדרישת נתבע להיבדק על ידי מומחה מטעמו. במקרים אלה, לפי התקנות, על בית המשפט לבחון האם אי-היענות לדרישה הייתה ללא "הצדק סביר", ואם אכן כך הוא – אזי נאסר עליו להיזקק לחוות הדעת הרפואית שהוגשה על ידי התובע.⁷ הפעלת הסנקציה הייתה חורצת את גורל התביעה כולה לשבט, שכן בית המשפט לא היה יכול להסתמך על חוות הדעת שהוגשה מטעם התובעים ולא היו בידיהם ראיות שתאפשרנה להם להוכיח את הנזק שנגרם לרפאל בעקבות התאונה.

שופט בית המשפט המחוזי שרן בבקשה של חברת הביטוח, השופט עמיהוד זאבי ז"ל, לא היסס לרגע ומייד בתום הדיון נתן החלטה שלפיה דרישתה של חברת הביטוח כי הנתבע ייבדק על ידי מומחה רפואי הנמצא בתל אביב היא דרישה סבירה, ולכן הסירוב להיענות לה הוא "ללא הצדק סביר". חברת הביטוח, קבע השופט, רשאית להיעזר במומחה הנראה לה גם אם הלה נמצא בתל אביב, וככל שכרוכה בכך אי-נוחות מסוימת לתובע, אין בה כדי להצדיק שלילה של זכאות פרוצדורלית זו מן הנתבע, בייחוד לאור העובדה שחברת הביטוח התחייבה לשאת בכל הוצאות הנסיעה. עוד קבע השופט כי הבדיקה תוכל להיעשות בשעות אחר הצהריים המאוחרות, כך שרפאל יהיה מלווה על ידי אחד מהוריו תוך גרימת הפרעה מינימלית לשגרת החיים של הנער והמשפחה. עם זאת, הוא סבר שאין מקום (עדיין) להפעיל את הסנקציה החריפה הקבועה בתקנות. השופט אפשר לתובעים זמן נוסף להיענות לדרישת חברת הביטוח וקבע כי רק אם לא יעשו כן בתוך הזמן שקצב להם, הוא יאלץ להוציא מן התיק את חוות הדעת הרפואית שהוגשה מטעמם ולדחות את התביעה.⁸

רוב מכריע של עורכי הדין שהיו מקבלים החלטה שכזו היו מודים לשופט שלא הוריד את הגיליוטינה הדיונית על ראשם, ומצייתים לה. אחרי הכול, אין המדובר בהחלטה הרת גורל, אלא בעניין פעוט יחסית שאין לו השלכה על תוצאות התיק. הנסיעה מירושלים לתל אביב בתחילת שנות השמונים לא הייתה מסובכת או יקרה (בוודאי כאשר הצד השני נושא בכל העלויות), ולעומת זאת השגה על ההחלטה באמצעות הגשת בקשת רשות

ערעור לבית המשפט העליון הייתה כרוכה בעלויות לא מבוטלות ודוחה את הדיון בתיק לגופו בחודשים רבים. אך עו"ד פונדמינסקי לא היה ככל עורכי הדין. הוא היה ידוע בקהילת הנזיקיסטים כעורך דין עקשן במיוחד וכאחד ש"מסירותו ללקוחותיו, שתבעו את חברות הביטוח או את הרשויות, היתה לשם דבר. כשהשתכנע שיש 'קייס' לא היה מרפה ואפילו עד בית המשפט העליון הגיע לא פעם".⁹ שותפתו למשרד דאז, עו"ד עדנה אוריון, אמרה אחרי מותו כי "התעקשותו והברקותיו הביאו ללא מעט תקדימים".¹⁰ גם במקרה זה עו"ד פונדמינסקי הצדיק את המוניטין שזכה לו ובמקום להיענות לדרישה הוא הגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון על ההחלטה.

ב. פסק הדין של בית המשפט העליון

בראש ההרכב שדן בבקשת רשות הערעור עמדה השופטת מרים בן פורת ז"ל, אשר למרות מינויה לכהונת שופטת בית המשפט העליון בסך הכול כארבע שנים קודם לכן, הייתה הבכירה מבין שלושת שופטי ההרכב. לצידיה ישבו השופט אהרן ברק והשופט משה כהן ז"ל; ברק מונה לבית המשפט העליון כשלוש שנים קודם לכן, בספטמבר 1978, לאחר קריירה ארוכה כחוקר באקדמיה וכהונה בת ארבע שנים כיועץ משפטי לממשלה. כהן כיהן אותה עת בבית המשפט העליון חודשים ספורים בלבד (ונפטר זמן קצר לאחר מתן פסק הדין). בדיון שנערך בעל פה, עקרון תום הלב כלל לא עלה לדיון, לא על ידי הצדדים ואף לא על ידי שופטי ההרכב.¹¹ עו"ד פונדמינסקי חזר וטען כי היה הצדק סביר לסירוב התובעים לשלוח את רפאל שילה לבדיקה בתל אביב, וכי מפאת נכותו הנסיעה תגרום לו לאי-נוחות מעבר לרגיל. הוא אף טען בשפה רפה ובלא כל תימוכין כי קיים חשש שהרופא מטעם חברת הביטוח עלול להיות מוטה לרעה כנגד התובע (אך בית המשפט קבע מייד כי אין לכך כל בסיס ודחה את הטענה).¹² מנגד, עו"ד חיים זליכוב, שייצג את חברת הביטוח סהר, טען כי את המסקנה שיש לאפשר לחברת הביטוח לבחור מומחה כרצונה יש לגזור מעקרון השוויון. כשם שהתובע רשאי לבחור מומחה רפואי כרצונו, מדין ועד אילת, שיספק חוות דעת מטעמו, כך גם אין להגביל את הנתבע בבחירת מומחה רפואי שנמצא בעיר מגוריו של התובע. ייתכן, הוסיף עו"ד זליכוב, שלא יהיה זה סביר לשלוח את התובע למומחה רפואי באילת, מאות קילומטרים מביתו, אך הדרישה להיבדק על ידי רופא בתל אביב, ולנסוע לשם כך עשרות קילומטרים בלבד היא לכל הדעות דרישה סבירה. עו"ד זליכוב היה אותה העת עורך דין צעיר בעל חמש שנות ניסיון בלבד וזה היה לו אחד התיקים הראשונים שבהם הופיע בפני בית המשפט העליון. הוא יצא מן הדיון שמח וטוב לב. פסק הדין, כך סבר, מונח בכיסו.¹³ הוא טעה בגדול. מקריאת פסק הדין עולה כי השופטת בן פורת, שכתבה את חוות הדעת המרכזית, לא מסתירה כי מדובר במקרה קשה. היא פותחת ואומרת כי הסנקציה החריפה המושתתת על תובע כאשר נקבע כי אי-היענות שלו הייתה ללא הצדק סביר – קרי, התעלמות מחוות הדעת הרפואית שהוגשה מטעמו – מחייבת פירוש המוטה לטובתו.¹⁴ בן פורת ממשיכה וקובעת כי השאלה האם הצדק כלשהו הוא סביר אינה יכולה להיות מוכרעת

באופן אפרירי, אלא יש לבחון אותה לאור נסיבות המקרה. אותה התנהגות עצמה עשויה להיחשב לסבירה במקרה אחד, ולבלתי סבירה במקרה אחר. בן פורת מציגה דוגמה של אישה דתייה המסרבת להעמיד עצמה לבדיקה על ידי רופא גבר: סירובה ייחשב לסביר אם ישנן רופאות בעלות כשירות מתאימה שיכולות לבדוק אותה, אך הוא יהיה בלתי סביר אם אין בנמצא רופאות כאלה אלא רק רופאים.¹⁵ יתרה מכך, בהסתמך על הלכות של בתי המשפט באנגליה, היא קובעת כי אין די בכך שדרישת הנתבע תהיה סבירה על מנת להפעיל את הסנקציה החמורה הקבועה בתקנות, אלא דרוש בנוסף לכך שסירובו של התובע יהיה עשוי לפגוע בהכרעתו הצודקת של המשפט לגופו.¹⁶ בהחילה את המבחנים שעיצבה על המקרה הנדון היא מכריעה כי לא נטען, ובוודאי לא הוכח, כי הרופא שאליה ביקשה חברת הביטוח לשלוח את התובע לבדיקה הוא בעל ידע וכישורים מיוחדים אשר לא ניתן למצוא כמוהו בירושלים. בהיעדר ממצא שכזה, אין מקום לכפות על התובע לנסוע מירושלים לתל אביב, ומכאן שסירובו להיענות לדרישה צריך להיחשב כבעל "הצדק סביר". בן פורת אף מטילה על המשיבים (חברת הביטוח) לשלם למערערים (משפחת שילה) הוצאות בסכום של 3,000 שקלים.¹⁷

השופט משה כהן משתף את הקוראים, בפסק הדין שכתב, בתהליך המחשבתי שעבר עליו מיום שקיבל את התיק ואת לבטיו ביחס לתוצאה הראויה. תחילה, לאחר שקרא לראשונה את החומרים שבתיק, סבר השופט כהן שהחלטתו של בית המשפט המחוזי כי אי-ההיענות של התובע לדרישת הנתבע הייתה ללא הצדק סביר היא נכונה, שכן דרישת חברת הביטוח שהתובע יבדק על ידי רופא מטעמה בתל אביב איננה, על פניה, בלתי סבירה. הוא ממשיך וכותב כי לאחר ששמע את טענות הצדדים בדיון בעל פה שנערך בבקשה – התחזקה דעתו זו. ואולם, לאחר שקרא את פסק דינה של השופטת בן פורת שינה את דעתו, וכעת הוא מסכים לתוצאה שאליה היא הגיעה במקרה הנדון, "אם כי לא בלי היסוסים".¹⁸ לאחר שהוא מנתח על פני עמודים אחדים את התקנות והפסיקה לענייני מומחים רפואיים ואת האיזון שהם קובעים בין זכות התובע להיבדק על ידי רופא לפי בחירתו ובין זכותו של הנתבע לבחור מומחה כרצונו, מכריע השופט כהן כי במקרה זה אי-ההנחות שתגרום לתובע עולה בחשיבותה על זכותו של הנתבע לבחור מומחה כרצונו. ביחס להוצאות קובע השופט כהן כי לדעתו "אין לחייב את המשיבים בהוצאות במקרה זה, שהוא מקרה גבול".¹⁹

לעומת ההיסוסים וההתלבטויות של חבריו להרכב, השופט ברק היה נחרץ. בפסק דין קצרצר, המשתרע על כעמוד אחד בלבד, הסכים ברק הן להנמקה והן לתוצאה שאליהן הגיעה בן פורת אך ביקש "להוסיף קו מחשבה נוסף, שיש בו כדי להוביל לאותה תוצאה".²⁰ התקנה שקובעת כי בעל דין רשאי לשלוח דרישה בכתב להעמיד את נושא חוות הדעת לבדיקה בידי רופא מטעמו, כתב ברק, אינה קובעת כיצד יש להפעיל את שיקול הדעת. על כך הוא מוסיף מייד: "לדעתי, הפעלת שיקול דעת זה צריכה להיעשות בדרך מקובלת ובתום לב". הכיצד? סעיף 39 לחוק החוזים מטיל את החובה לנהוג "בדרך מקובלת ובתום לב" לעניין חיובים הנובעים מחוזה ואילו סעיף 61(ב) לחוק החוזים מרחיב את

תחולתו גם לעניין "פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה". הפעלה של כוח הניתן לבעל דין בתקנות סדר הדין האזרחי נופלת בגדרי "פעולה משפטית שאינה בבחינת חוזה", שכן בעצם הפעלתו חל שינוי, במסגרת הדין, במצבו המשפטי של בעל הדין שכנגד. חובתו של בעל דין להפעיל את כוחותיו המשפטיים-דיוניים "בדרך מקובלת ובתום לב", מטילה עליו את החובה לפעול כפי שבעל דין הגון וסביר היה פועל במקומו. המבחן שבאמצעותו יוכרע האם הפעלת הכוח הייתה בתום לב אינו סובייקטיבי, ואינו מותנה בגישה האינדיווידואלית של בעל הדין באשר לראוי ולנכון, אלא אובייקטיבי, המעביר את נסיבות המקרה "ככור ההיתוך של ההתנהגות ההגונה והסבירה".²¹ בהחילו את חובת תום הלב על המקרה הנדון קבע ברק כי "דרישתם של הנתבעים כי הקטין ייבדק בתל אביב ולא בירושלים, אינה דרישה סבירה. יש בה פעולה שאינה עולה בקנה אחד עם דרישת תום הלב, שכן אין בה אותה מידת התחשבות שהדין דורש ביחסים שבין בעלי דין".²² ברק אף צירף את דעתו לדעת בן פורת לעניין ההוצאות שיושטו על המשיבים.²³ כך, בהינף קולמוסו, חדרה חובת תום הלב לתוך סדר הדין האזרחי.

ג. התעלומה: חמש התמיהות שמעורר פסק הדין של השופט ברק

פסק הדין של השופט ברק והאופן שבו עשה ברק שימוש בעקרון תום הלב מעוררים חמש תמיהות. התמיהה הראשונה נוגעת לאי-התאמה של עקרון תום הלב לעובדות המקרה. כפי שעולה מפסקי הדין של בית המשפט המחוזי ושל שני שופטי ההרכב הנוספים בבית המשפט העליון, המקרה הוא "מקרה גבול", אשר גם אם בסופו של יום ההכרעה בו הייתה שדרישת חברת הביטוח מן התובע להיבדק על ידי רופא בתל אביב הייתה לא סבירה בנסיבות העניין, נראה שלא מדובר בחוסר סבירות בולט או קיצוני. רק פרשנות המוטה מאוד לטובתם של התובעים, אפשרה לשופטים בן פורת וכהן להגיע בדוחק למסקנה כי היה הצדק סביר באי-היענותה של משפחת שילה לדרישת חברת הביטוח. עובדות המקרה אינן מלמדות – בוודאי לא בצורה ברורה וחד-משמעית – על התנהלות שאינה "בדרך מקובלת ובתום לב" מצד חברת הביטוח. למעשה, כל חברות הביטוח נהגו לדרוש מתובעים שהגישו תביעות בגין נזקי גוף להיבדק על ידי רופאים מטעמם, ובלא מעט מקרים הדבר היה כרוך בנסיעה של כמה עשרות קילומטרים.²⁴ החלה של עקרון תום הלב על סדר הדין האזרחי בפעם הראשונה דווקא במקרה גבולי שכזה דורשת הסבר.

תמיהה זו מתעצמת לנוכח תמיהה שנייה, והיא היעדר הצורך בעקרון תום הלב על מנת לפתור את הסוגיה הקונקרטיית ולהגיע לתוצאה צודקת. חובת תום הלב, בהיותה נורמה כללית בעלת תחולה רחבה, נחוצה במקרים שבהם אין בנמצא נורמה פרטיקולרית שבעזרתה ניתן להגיע לתוצאה ראויה וצודקת. כך למשל, אם על פי חוק המקרקעין, עסקה במקרקעין חייבת להיעשות בכתב וצד לעסקה מנצל כלל זה לרעה על מנת לחמוק מקיום חובותיו, יש צורך בעקרון תום הלב על מנת להגיע לתוצאה צודקת שלא ניתן היה להגיע אליה בדרך אחרת.²⁵ ואולם, בעניין שילה התקנה עצמה מכילה נורמה

פרטיקולרית – ההצדק הסביר – הניתנת לפרשנות בהרחבה או בצמצום והמייתרת את הצורך לפנות לחובת תום הלב הכללית. ואכן, כפי שראינו, השופטים בן פורת וכהן פירשו את הנורמה הפרטיקולרית שלפיה אי-היענות של התובע לדרישת הנתבע להעמיד את עצמו לבדיקת רופא מטעם הנתבע צריכה להיות "ללא הצדק סביר" על מנת לפטור את התובעים מן הסנקציה, כך שלא התעורר כל צורך לפנות לנורמה חיצונית על מנת להגיע לתוצאה הצודקת בעיניהם. מה גרם, אם כך, לשופט ברק, שהסכים עם הפרשנות של בן פורת לנורמה הפרטיקולרית, לפנות לנורמה הכללית של חובת תום הלב על אף חוסר הנחיצות שבדבר?

תמיהה שלישית נוגעת לתקופה שבה ניתן פסק הדין. בתחילת שנות השמונים של המאה שעברה עדיין שלטה בכיפה השיטה האדוורסרית הקלאסית שלפיה הצדדים הם ששולטים ללא מיצרין בהליך והם רשאים לטעון במסגרתו טענות ככל העולה על רוחם, ובכלל זה טענות שקריות ואפילו טענות עובדתיות סותרות.²⁶ כך למשל נתבע שהוגשה נגדו תביעה ובה נטען שלוהה מן התובע סכום כסף ולא השיבו בזמן שנקבע לכך בהסכם ההלוואה, רשאי היה לטעון בכתב ההגנה: "לא לווייתי מן התובע דבר, ואם לווייתי השבתי לו את ההלוואה, ואם לא השבתי התובע מחל לי". ביסוד פרקטיקה זו, שנראית כיום חסרת היגיון ואף פוגענית, עמדה תפיסת עולם סדורה שלפיה גילוי האמת – שנתפס כתכלית המרכזית של סדרי הדין – יושג בדרך המיטבית רק אם תוענק לצדדים הניצים האפשרות להציג את עניינם בכל דרך הנראית להם, ובכלל זה הזכות לטעון טענות שקריות ולנקוט מניפולציות, וכי האמת תצא לאור מתוך ההתגוששות ביניהם בבית המשפט.²⁷ כך למשל השופט זוסמן מציג תפיסת עולם זו בפרשת אינגסטור נ' לנגפוס, שבה הוא ציין כי יש לאפשר לבעלי דין לטעון בכתבי טענותיהם "ככל העולה על רוחם", והדגיש כי דווקא הטלת מגבלות על הצדדים והאיסור על שקרים ועל נקיטת "תכסיסים לגיטימיים" עלולים להביא לעיוות דין חמור.²⁸

ניצני שינוי הפרדיגמה, והמעבר משיטה אדוורסרית קלאסית לשיטה מעורבת המטמיעה לתוכה ערכים אינקוויזיטוריים, כגון מעורבות של השופט בהליך, משחק בקלפים פתוחים ועיונות כלפי שקרים וטקטיקות מניפולטיביות מצד בעלי הדין, אירעו רק בשלהי שנות השמונים, שנים לאחר פרסומו של פסק הדין בעניין שילה. באוגוסט 1988 הפיצה הוועדה המייעצת לשר המשפטים בענייני סדר דין אזרחי, בראשות נשיא בית המשפט העליון דאז השופט מאיר שמגר, הצעה לתיקון התקנות שכללה שינויים שסטו מן ההליך האדוורסרי שנהג אותה עת.²⁹ עיקרי השינוי המוצע היו הנהגת תצהירים בכתב לשם אימות טענותיהם העובדתיות של בעלי הדין כבר בכתבי הטענות הפותחים את ההליך, איסור מפורש על העלאת טענות עובדתיות חלופיות בכתבי הטענות והחלת חובה על בעלי הדין לצרף לכתבי הטענות רשימה של המסמכים שאותם הם עומדים להגיש כראיה ורשימה של עדים שבדעתם להעיד במהלך המשפט. בדברי ההסבר שליוו את ההצעה נאמר כי מטרתה המרכזית היא "הגברת הבהירות של הגירסה אשר מוצגת

בכתב הטענות, וגילוי מירבי מראש של הטענות העובדתיות של כל הצדדים; דבר זה יאפשר לבעלי הדין לשקול צעדיהם ללא גיטוי מיותר באפילה".³⁰ גם בשלב זה זכתה ההצעה לקיתונות של התנגדות מצד בכירים במערכת השפיטה, שתמכו בהשארת השיטה הדיונית האדוורסרית שנהגה אותה עת. בראש מחנה המתנגדים עמד שופט בית המשפט העליון ד"ר שלמה לויזן, שטען כי אם תתקבל ההצעה היא "רק תגביר מבוכה ותסייע לסבך את המשפט, לסכלו ולהשהותו".³¹ בסופו של יום התיקון שנעשה בתקנות סדר הדין האזרחי בשנת 1991, בעקבות הצעת הוועדה, היה מרחיק לכת הרבה פחות מן ההצעה המקורית. עם זאת, התיקון היה השלב הראשון בתהליך ההתנתקות של סדר הדין האזרחי הישראלי מן השיטה האדוורסרית הטהורה, וסימן את תחילתו של המעבר לשיטה המבוססת על "משחק בקלפים פתוחים", האוסרת העלאת טענות עובדתיות חלופיות ומטילה על הצדדים חובות גילוי נרחבות בשלבים מוקדמים של ההליך.³²

לאור האמור, אפשר להבין מדוע פסק הדין של ברק מעורר תמיהה: פסק הדין שהחדיר את חובת תום הלב לתוך סדר הדין האזרחי וחיבב את הצדדים לפעול בדרך מקובלת ובתום לב בכל עת שהם מפעילים כוחות משפטיים-דיוניים, אינו הולם את השיטה האדוורסרית שנהגה אותה עת. הוא הקדים את זמנו ככעשור. איך ניתן ליישב את החלת חובת תום הלב על סדרי הדין כאשר באותה העת הצדדים היו רשאים לטעון בכתבי הטענות טענות שקריות ביודעין, להעלות בהם טענות עובדתיות חלופיות ולנקוט תכסיסים נוספים של התחמקות והסתרה? ודוקו, לאחר פסק דין שילה, השופט ברק כלל לא ניסה לעשות שימוש בחובת תום הלב הדיונית על מנת לשנות את הגישה האדוורסרית השלטת ולטעון כי קיימת חובה לטעון טענות אמת בכתבי הטענות או שלא לנקוט מניפולציות דיוניות. למעשה, לאחר פסק הדין השופט ברק לא שב עוד להתעניין בסדרי הדין. מכאן, שאין כל ראייה לכך שהוא התכוון לעשות שינוי קיצוני בשדה הפרוצדורלי ופסק הדין שלו בעניין שילה מחייב הסבר אחר.

התמיהה הרביעית עניינה התפיסה המקובלת באשר למקומם של סטנדרטים – ובאופן ספציפי עקרון תום הלב – בסדרי הדין. כידוע, המשפט פועל באמצעות שני אבות טיפוס של הוראות המופנות לפרטים ומורה להם כיצד עליהם לפעול: כללים וסטנדרטים. כללים הם נורמות "סגורות", המאפשרות לפרטים לדעת ברמת ודאות גבוהה מה נדרש מהם וכיצד יכריע בית המשפט אם וכאשר העניין יגיע בפניו – ולכוון את התנהגותם בהתאם. סטנדרטים הם נורמות בעלות רקמה "פתוחה", שבתו המשפט יוצקים בהן תוכן בפסיקותיהם, אך הן אינן מספקות לפרטים מידע מלא מראש באשר לחובה המשפטית המוטלת עליהם במקרה קונקרטי.³³ היתרונות המרכזיים של כללים הם הוודאות שהם מספקים וכן היעדר שרירותיות ביישום הכלל בפסיקת בתי המשפט, שתוצאתו שוויון, היעדר משוא פנים בהפעלת הדין וחיזוק שלטון החוק, ומנגד החיסרון המרכזי של השימוש בכללים הוא שהפשטות והבהירות הטבועות בהם מחייבות מידה מסוימת, לעיתים גבוהה, של שרירותיות בקביעת הכלל ונוקשות ביישומו. היתרונות

של הסטנדרטים וחסרונותיהם הם תמונת ראי של אלה הגלומים בכללים. היתרון המרכזי של הסטנדרטים הוא גמישותם, המאפשרת לבתי המשפט להתאימם לעובדות הספציפיות של המקרה שלפניהם וכך להביא לתוצאות צודקות ויעילות יותר. נוסף על כך, סטנדרטים הכרחיים כדי למנוע ריק משפטי, קרי מקרים שבהם אין נורמה משפטית החלה על מצב דברים נתון. החיסרון המרכזי של הסטנדרטים הוא חוסר הוודאות באשר לתוכן הנורמות, המקשה את הכוונת ההתנהגות של הפרטים.³⁴

כל שדות המשפט כוללים נורמות משני הסוגים, אך תחומי משפט שונים מוסדרים באמצעות תמהיל שונה של כללים וסטנדרטים. התפיסה הרווחת כיום ואפילו יותר מכך בשנות השמונים ביחס לשדה הפרוצדורלי הייתה שסדרי הדין, יותר מכל תחום משפטי אחר, צריכים להיות מוסדרים באמצעות כללים. הטעמים לתפיסה זו הם: ראשית, סדרי הדין זקוקים לרמה גבוהה במיוחד של ודאות ויציבות. מכיוון שתפקיד הפרוצדורה הוא לסייע במימוש הזכויות המהותיות, על מערכת המשפט לספק לפרטים מנגנון יעיל ופשוט שבאמצעותו יוכלו להביא את עניינם בפני בית המשפט ולדאוג לכך שתהיה ודאות באשר לאופן שבו עליהם לנהל את ההליך. ככל שסדרי הדין דורשים יותר פרשנות ואינם מוסדרים לצדדים בצורה ברורה כיצד עליהם לפעול, כך יזכזכו בעלי הדין זמן רב יותר בפרוזדור הדיוני ולא יוכלו להיכנס לטרקלין המהותי, וכתוצאה מכך ייגרמו אי-צדק וחוסר יעילות.³⁵ על כן רצוי, כך נטען, שהפרוצדורה תהיה מורכבת מכללים שיאפשרו לצדדים לדעת ברמה גבוהה של ודאות כיצד עליהם לפעול בכל מצב נתון. שנית, בשיטת משפט אדוורסרית, כמו זו הישראלית, מטרת הפרוצדורה היא לכבול את שיקול דעתו של השופט למסגרת דיונית ברורה ומוכתבת מראש ולא להשאירה לשרירות ליבו, על מנת לקדם את השוויון ולשמור על זכויות בעלי הדין.³⁶

בתי המשפט עשו אומנם שימוש בסטנדרטים, כגון הסמכות הטבועה ליצור כלים דיוניים ולתקן פגמים והשימוש לרעה בהליכי משפט, על מנת למלא חללים שהותירו הכללים ולמנוע עיוות דין חמור, גם לפני חדירת עקרון תום הלב לתוך סדר הדין האזרחי, אך סטנדרטים אלה היו חריג בנוף הפרוצדורלי והשימוש בהם זהיר ומתוחם למקרים קונקרטיים, מתוך הבנה של הסכנות הטמונות בשימוש בכללים.³⁷ מה ראה, אם כן, השופט ברק להחדיר את חובת תום הלב – אם כל הסטנדרטים – לתוך הפרוצדורה, ולקבוע שהפעלה של כל כלל דיוני צריכה להיעשות מעתה ואילך בדרך מקובלת ובתום לב? תמיהה זו מתעצמת לאור עובדות פסק הדין שבו בחר ברק להחדיר את חובת תום הלב לסדרי הדין, המהוות לדעת שופט בית המשפט המחוזי ושני שופטי ההרכב הנוספים בבית המשפט העליון "מקרה גבול", באופן המקשה עד מאוד על היכולת להבחין בין התנהגות דיונית תמת לב לכזו הנגועה בחוסר תום לב.³⁸

התמיהה החמישית והאחרונה נוגעת לשופט ברק עצמו. השופט ברק היה אסטרטג משפטי מבריק, או כפי שהוא העיד על עצמו, "רץ למרחקים ארוכים".³⁹ כאשר ביקש לשנות הלכה כלשהי או לסלול דרך משפטית חדשה, אך חש כי הקרקע עדיין אינה מוכנה לשינוי, הוא לא ניסה לפעול לשינוי ההלכה באופן מיידי (ביודעו שהסיכוי שייכשל

גדול), אלא שתל בפסקי הדין שכתב אמרות אגב משמעותיות, שלא בהכרח התחייבו מן העובדות, וזאת על מנת לזרוע את זרעי השינוי. מאוחר יותר, כאשר הוא הגיע למסקנה שהקרקע בשלה לשינוי המיוחל, חזר ברק לאמרות האגב שהוא עצמו שתל בפסקי הדין והפך אותן להלכה מחייבת.⁴⁰ לכאורה אפשר היה לחשוב שבאסטרטגיה זו טמון פתרון החידה; גם במקרה של שילה זרע השופט ברק את זרעי השינוי והחדיר את חובת תום הלב לתוך סדר הדין האזרחי באמצעות "קו מחשבה נוסף", אף שלא היה בכך כל צורך בנסיבות העניין, על מנת שיוכל לקצור את פירות השינוי מאוחר יותר. ואולם, הסבר זה נתקל בקושי כאשר בודקים את מכלול הפסיקה שלו לאחר שניתן פסק הדין בעניין שילה. למרות החשיבות התקדימית העצומה של פסק הדין שילה, ציטט אותו השופט ברק רק פעמיים בכל הקריירה השיפוטית ארוכת השנים שלו בבית המשפט העליון, ובשתי הפעמים באופן אגבי שלא הותיר שום חותם.⁴¹ למעשה, בריאיון שערכתי איתו, השופט ברק כלל לא זכר את פרשת שילה, ואת העובדה שהחדרת עקרון תום הלב לסדר הדין האזרחי רשומה על שמו, אף שזיכרונו עודנו חד כתער.⁴²

ד. פתרון התעלומה: פרויקט תום הלב של השופט ברק

התעלומה נפתרת באחת אם מסיטים את המבט מן הסיפור הטלאולוגי של התפתחות סדר הדין האזרחי ובוחנים את פסק דין שילה באספקלריה של הפרויקט הברקי בעניין חובת תום הלב. כפי שראינו, כל הניסיונות להבין את פסק דין שילה, ואת האופן שבו חדר עקרון תום הלב לסדר הדין האזרחי, בהקשר פרוצדורלי עולים בתוהו: הוא לא הולם את עובדות המקרה, הוא אינו מתיישב עם הפרדיגמה הפרוצדורלית שרווחה בתקופה שבה הוא ניתן, והוא גם אינו יכול להיות מוסבר על ידי האסטרטגיה הברקית לזרוע זרעים של שינוי שאת פירותיהם יקצור מאוחר יותר. ואולם, אם מבינים שסדר הדין האזרחי כלל אינו עומד במרכז, ומשמש לא יותר מאשר שחקן משנה, התמונה הופכת חדה וברורה: הסיפור האמיתי המסתתר כאן הוא פרויקט רב השנים של השופט ברק להמליך עלינו את חובת תום הלב, ולהפוך אותה לעיקרון-על החולש על כל תחומי המשפט הפרטי והציבורי. לסיפור זה אעבור עתה.

בחודש נובמבר 1977 יצא מתחת ידיה של הערכאה העליונה פסק דין תקדימי בתחום דיני החוזים: ספקטור נ' צרפתי שמו.⁴³ בפרשת ספקטור התעוררה השאלה כיצד יש לפרש את החובה לנהוג בתום הלב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה; חובה שחוקקה שנים ספורות קודם לכן, בסעיף 12 לחוק החוזים.⁴⁴ מבלי להיכנס לפרטי המקרה, שעסק בהיקף חובות הגילוי המוטלות על צדדים למשא ומתן, בית המשפט נדרש להכריע בשאלה עקרונית – האם חובת תום הלב היא סובייקטיבית או אובייקטיבית. פרשנות של חובת תום הלב כעניין סובייקטיבי דורשת מבית המשפט לבחון את כוונותיהם ואת הבנתם של הצדדים למשא ומתן באשר לאופן שבו הם פעלו, ואם המסקנה היא שהצד למשא ומתן היה סבור שהוא פועל באופן הגון – לא ניתן לראות בו כמי שהפר את חובת תום הלב. לעומת זאת, אם לחובת תום הלב יסוד אובייקטיבי אזי כוונת הצדדים

למשא ומתן אינה חזות הכול. על בית המשפט לבחון האם התנהגותם עולה בקנה אחד עם נורמות התנהגות ראויות אובייקטיביות המקובלות בחברה, ומכאן שגם צד למשא ומתן אשר התכוון בכל מאורדו לפעול באופן הגון עשוי להימצא כמי שהפר את חובת תום הלב. בית המשפט הכריע, בדעת רוב, כי חובת תום הלב צריכה להתפרש כעניין סובייקטיבי. המשנה לנשיא משה לנדוי, נימק עמדה זו כך:

אנו עוסקים בחוזה מסחרי רגיל ואל לנו לקבוע רמת מוסריות גבוהה מדי למשא ומתן בעסקאות כגון אלה, שמא נפגע ביציבות חיי המסחר וביציפיות של אדם אשר חתם על חוזה והוא ערך את ענייניו על פי הנחה שהעסקה תצא לפועל כמוסכם.⁴⁵

השופט יצחק כהן הסכים עם עמדתו של לנדוי והוסיף:

אני נוטה לדעה (כי חובת תום הלב היא סובייקטיבית) בעיקר מהטעם שהביטוי 'תום לב' כפשוטו ובמובנו הרגיל משמעותו היא סובייקטיבית, ואין אני רואה כל סיבה להוציאו לצרכי סעיף 12 מפשוטו, מה גם ומדובר כאן בהתנהגות אדם בשלב שלפני התקשרות חוזית, וכפי שהסביר מ"מ הנשיא, מוטב שלא להכביד יתר על המידה בקביעת נורמות התנהגות לגבי שלב זה.⁴⁶

פחות משנה לאחר שניתן פסק הדין בעניין ספקטור, בספטמבר 1978, מונה אהרן ברק לכהונת שופט בבית המשפט העליון. לפני מינויו כשופט, שימש פרופ' אהרן ברק במשך שנים רבות כחבר סגל בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, ואף הנהיג אותה כדיקאן הפקולטה. ברק היה מומחה בעל שם עולמי בתחום המשפט הפרטי ונטל חלק פעיל בתהליך הקודיפיקציה האזרחית, שיצא לדרך בשנת 1968 (אך נתקע בשלב כלשהו ולא חוקק עד היום).⁴⁷ ההלכה שנקבעה בבית המשפט העליון בפרשת ספקטור הייתה לצנינים בעיניו. הוא סבר כי היא אינה רק שגויה, אלא גם מסוכנת ובעלת פוטנציאל הרסני. כבר באותה עת ברק היה בדעה, שאותה העלה בצורה מחודדת על הכתב כשני עשורים מאוחר יותר, כי:

עיקרון מרכזי של המשפט הישראלי הוא עקרון תום הלב. זהו עיקרון 'מלכותי'. הוא חל על 'כלל המערכת המשפטית בישראל'. הוא מהווה 'ביטוי של כלל ההתנהגות האוניברסלי, הנדרש בין אדם לחברו, וכן בין אדם לרשות'. זהו כלל אובייקטיבי שאינו קשור לזדונו או לחוסר זדונו של הפועל. הוא משקף אמת מידה להתנהגות ראויה. הוא קובע את העיקרון כי בני אדם צריכים להתנהג זה כלפי זה ביושר, באמון וכפי שראוי לאנשים הגונים, גם אם הם מצויים ביחסי יריבות.⁴⁸

מכאן, שלפרשנות המצמצמת של בית המשפט העליון לחובת תום הלב הייתה, לדעת ברק, השלכה החורגת הרבה מעבר לגבולות המצומצמים של המשא ומתן החוזי. היא הייתה עשויה להשפיע לרעה על כלל מערכת המשפט בישראל. לכן, מייד עם שבתו על כס השיפוט, המתין השופט ברק להזדמנות הראשונה שתיקרה בדרכו על מנת לשנות את ההלכה ולהושיב את עקרון תום הלב על כס המלכות שנגזל ממנו בפסק דין ספקטור.

הוא לא היה צריך לחכות זמן רב. במרץ 1978 פרץ סכסוך עבודה בין שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ, חברה שהפעילה שירותי אוטובוסים בעיר הדרומית, לבין נהגיה. הסכסוך נסב סביב השאלה האם אסיפת הסברה שקיימו כלל נהגי החברה מהווה "שיבוש עבודה" כמשמעו בהסכם שנחתם בין החברה לבין מועצת פועלי באר שבע, אשר בהתקיימו החברה הייתה רשאית להפסיק לשלם לנהגים פרמיה על שכרם. "שיבוש עבודה" הוגדר בהסכם כ"שביתה, הפסקת עבודה חלקית או מלאה שלא על דעת ואישור הועד הפועל או מועצת פועלי באר שבע". נהגי החברה פנו לבית הדין האזורי לעבודה ותבעו תשלום הפרמיה והלנת שכר. לאחר שתביעתם נדחתה, הם ערערו לבית הדין הארצי אשר קיבל את הערעור וקבע כי הנהגים זכאים לפרמיה ולפיצויים בגין הלנת שכרם, שכן אסיפת ההסברה הייתה על דעתה ואישורה של מועצת פועלי באר שבע ועל כן לא ניתן לראות בה "שיבוש עבודה".⁴⁹

העניין הגיע לבית המשפט העליון בעתירה של חברת שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע לבג"ץ כנגד בית הדין הארצי לעבודה בתחילת שנת 1980, כאשר השופט ברק ישב על הכס הרם קצת למעלה משנה.⁵⁰ מלבד ברק, ישבו בהרכב גם השופט משה בייסקי והשופט יצחק כהן, שכזכור נתן בפרשת ספקטור את ברכתו לפרשנות הסובייקטיבית המצמצמת של חובת תום הלב. השופט ברק לקח על עצמו לכתוב את פסק הדין הראשי, וקיבל את העתירה. ברק לא התערב בממצאים העובדתיים שקבע בית הדין הארצי, שלפיהם הפסקת העבודה הייתה על דעתה ובאישורה של מועצת פועלי באר שבע. השאלה שהוא העלה לדיון הייתה האם לא היה זה מחובתם של המועצה ושל הנהגים ליתן לחברה הודעה מראש לפני מועד קיומה של אסיפת ההסברה, שמשמעותה השבתה של שירותי האוטובוסים, על מנת שיהיה סיפק בידה לכלכל את צעדיה. השופט ברק סבר שהתשובה לשאלה זו היא בחיוב. את המקור לחובה הוא מצא בהוראת סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) המחייב צדדים לחוזה לקיים את חיובם בדרך מקובלת ובתום לב. אי-הודעה מראש, פסק ברק מהווה הפרה של חובת תום הלב המחייבת את הצדדים לנהוג זה כלפי זה ביושר ועל פי המקובל בין בעלי חוזה הוגנים. בהקשר זה, הדגיש ברק בצורה מפורשת כי:

אמונתו של בעל חוזה, כי הוא פועל בהגינות וביושר אינה מכרעת, שכן לבעל חוזה עשויים להיות סטנדרטים מעוותים של יושר והגינות [...] המטען הערכי הניתן ליושר, אמון והגינות, אינו יכול להיות תלוי בשיקולים סובייקטיביים אלה, אלא הוא נקבע על ידי הסטנדרטים הערכיים הראויים של החברה הישראלית.⁵¹

במילים אחרות, ברק קבע כי חובת תום הלב היא חובה אובייקטיבית ולא סובייקטיבית. לשמחתו הרבה, שני השופטים האחרים שישבו בהרכב בחרו שלא לכתוב פסקי דין משלהם והסתפקו במילים "אני מסכים".⁵² כאשר נדרש לכך לאחרונה בריאיון שערכתי איתו, אמר ברק שהחלק החשוב ביותר בפסק דין שירותי תחבורה היה ה"אני מסכים" של השופט יצחק כהן, שהיה כזכור חבר בהרכב בפרשת ספקטור.⁵³

זו הייתה יריית הפתיחה. באותה העת היו תלויים ועומדים בבית המשפט העליון שני ערעורים אזרחיים נוספים, אשר השופט ברק ישב בהם, שבמרכזם עמדה פרשנות חובת תום הלב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה: האחד, פניד נ' קסטרו,⁵⁴ עסק בניהול משא ומתן באמצעות שלוח (אשר פסק הדין בו ניתן במרץ 1981), ואילו השני רכיב משה נ' בית יולס,⁵⁵ בחובות החלות על המפרסם מכרז פרטי (שהוכרע בנובמבר 1982 ולאחר מכן נדון שוב במסגרת דיון נוסף). השופט ברק ניצל את שני המקרים וכתב פסקי דין ארוכים ומלומדים שתמכו בהלכה שקבע בפסק דין שירותי תחבורה, ולפיה עקרון תום הלב משקף את "הסטנדרטים הערכיים הראויים של החברה הישראלית, כפי שבית המשפט מבין אותם", ולפיכך אמת המידה לקיומו חייבת להיות אובייקטיבית.⁵⁶ במהלך שנת 1980, שעה שהקמפיין של השופט ברק לפרשנות מחודשת של עקרון תום הלב היה בעיצומו, נחתה על שולחנו בקשת רשות הערעור בעניין שילה נ' רצקובסקי. פרוצדורה מעולם לא עוררה אצל השופט ברק עניין מיוחד. הוא הכיר אומנם בחשיבותה, אך הותיר לחבריו – תחילה לנשיא יואל זוסמן ומאוחר יותר לשופט שלמה לוין – את העיסוק בה. עם זאת, ברק ראה בהליך שנקרה בדרכו הזדמנות נוספת לחזק את עקרון תום הלב. מבלי לתת את הדעת להתאמה שלו לעובדות המקרה או לאופן שבו עיקרון זה מתיישב (או לא מתיישב) עם דוקטרינות וכללים פרוצדורליים אחרים ועם התקדימים בתחום סדר הדין האזרחי, השופט ברק החדיר את חובת תום הלב היישר לתוך ליבה של הפרוצדורה האזרחית, קבע כי היא חלה על כל הפעלה על כוח דיוני, וחשוב מכול כי יש לפרשה באופן אובייקטיבי.⁵⁷ ואולם, לא הפרוצדורה עניינה אותו. היה זה צעד בדרך להמלכת עקרון תום הלב על כלל המערכת המשפטית הישראלית, ושום דבר לא היה יכול לעמוד בדרכו.

פסק דין שילה היה אפוא הסנונית הראשונה; מקרה אחד מני רבים שבאו אחריו שבהם החדיר השופט ברק את עקרון תום הלב לתחומי משפט נוספים, באמצעות שילוב הוראת סעיף 39 לחוק החוזים הקובע את החובה לקיים חוזה בתום לב עם סעיף 61(ב) לחוק החוזים, המחיל את הוראותיו גם על פעולות משפטיות אחרות ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה. באמצעות השימוש בסעיף 61(ב) הפך השופט ברק את עקרון תום הלב לעיקרון החולש על כלל תחומי המשפט האזרחי. ואכן, קובעת פרופ' גבריאלה שלו במאמר משנת 2003, "בתחום המשפט האזרחי במוכנו הרחב אין כמעט איזור, נושא או גיזרה שבהם לא הופעל או נדון עקרון תום הלב".⁵⁸

ה. ההשלכות של פסק דין שילה

פסק דין שילה נפל על חברות הביטוח כרעם ביום בהיר. בשבועות שלאחר מתן פסק הדין, חברות הביטוח קיימו התייעצויות קדחתניות באשר להשפעות האפשריות שלו. הקביעה כי הן חייבות להפנות תובעים שהגישו תביעות בגין נזקי גוף, למומחים רפואיים בסמוך למקום מגוריהם הייתה עשויה לשנות בצורה רדיקלית את האופן שבו הן פעלו שנים רבות. לכל חברת ביטוח הייתה רשימה של רופאים, שעליהם הן סמכו ושאליהם

הן נהגו לשלוח בקביעות את התובעים לצורך מתן חוות דעת רפואית נגדית, שתלווה את כתב ההגנה שהוגשה מטעמם לבית המשפט. רופאים אלה עבדו בעיקר באזור תל אביב. חברות הביטוח חשבו כי פסק הדין יחייב אותן לגייס מייד עשרות רבות (ואולי מאות) של רופאים, בתחומים שונים, בכל רחבי הארץ, והדבר יהיה כרוך בהשקעת משאבים עצומה שתפגע בהכנסותיהן. בשבועות ובחודשים שבהן קוימו ההתייעצויות, התביעות לא הפסיקו לזרום, וחברות הביטוח אשר לא היה סיפק בידן להנהיג כל שינוי בפרקטיקה הנוהגת, המשיכו לשלוח את התובעים לכדיקה אצל הרופאים מן הרשימות הישנות. והנה, הרוב המכריע של התובעים לא מחה ולא דרש להיבדק על ידי רופאים בקרבת מקום מגוריהם. לאחר חודשים אחדים, נרגעו חברות הביטוח והבינו שאין צורך לשנות ממנהגן. פסק הדין, כך התברר, לא הביא לשום שינוי בפרקטיקה הנוהגת.⁵⁹ כל המכיר את שוק תביעות הביטוח אינו מתפלא על כך. חשוב לזכור כי לתובעים אין אינטרס להרגיז את חברות הביטוח, המחזיקות בידן את המפתח לפשרה המיטיבה עימם. סוד גלוי הוא שכל מי שהולך "ראש בראש" עם חברת ביטוח עשוי לגלות ששכרו יצא בהפסדו, שכן חברת הביטוח תסרב להסכים לכל פשרה ותתעקש לנהל את התיק עד תומו על כל הכרוך בכך מבחינת הוצאת משאבים.⁶⁰

בתי המשפט לא מיהרו לאמץ אל חיקם את חובת תום הלב הדיוני ולהחיל אותה על סדר הדין האזרחי. כזכור, הטלת חובה זו לא עלתה בקנה אחד עם השיטה האדוורסרית הקלאסית שעדיין שלטה בכיפה באותה העת, שלפיה לבעלי דין עמדה הזכות לשקר בכתבי הטענות ולנקוט טקטיקות דיוניות מניפולטיביות. למעט במקרים נדירים, שופטי כל הערכאות המשיכו לנהוג כפי שנהגו עשרות בשנים, מבלי להזדקק למכשיר החדש והמהפכני שהעמיד לרשותם השופט ברק. כך, בעשור שלאחר מתן פסק הדין בעניין שילה, הוא צוטט בשבעה עשר פסקי דין בלבד ככל הערכאות השיפוטיות (עליון, מחוזי, שלום ועבודה), ורק בכחמישה מהם הייתה לו השפעה כלשהי על התוצאה של פסק הדין.⁶¹ יתרה מכך, אפילו בפסקי דין של בית המשפט העליון מאמצע שנות השמונים, אשר החלו לסטות קמעא מן הגישה האדוורסרית הטהורה, ואך טבעי היה שיעשו שימוש בכלי החדש ורבי-העוצמה שסיפק להם השופט ברק בפרשת שילה, כגון עניין חברת החשמל נ' דוידוביץ,⁶² עניין ליסנסס וג'נרל חברה לבטוח נ' בורכרד ליינס⁶³ ועניין "אריה" חברה לביטוח נ' שטמר⁶⁴ – לא בא זכרה של חובת תום הלב.⁶⁵

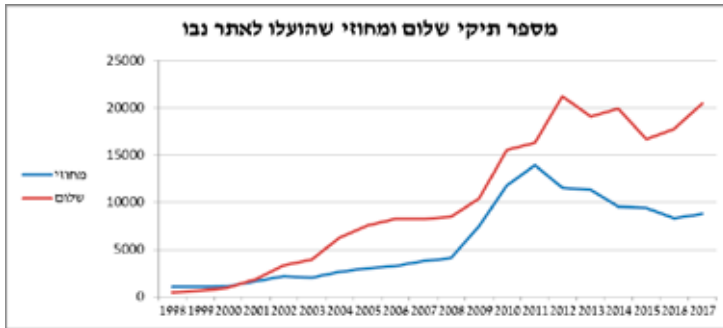
מלומדי הפרוצדורה לא הריעו אף הם לחידוש שחידש השופט ברק בתחום המשפט הדיוני, ולמעשה זיכו אותו במקלחת של צוננים. פרופ' גואלטירו פרוקצ'יה טען במאמר שכתב בשלהי שנות השמונים כי סעיף 61(ב) לחוק החוזים "איננו מאפשר להחיל את חובת ההתנהגות בתום לב [...] על דיני ראיות, ופעולות פרוצסואליות אחרות."⁶⁶ הוא הדגיש את הבעייתיות הטמונה בהטלת חיוב על עורך דינו של התובע להיות נאמן של בית המשפט ושל הצד שכנגד, כאשר נאמנותו צריכה להיות בראש ובראשונה ללקוח שלו. קיים הברדל, טען פרוקצ'יה, בין "יושר" לבין "תום לב". חובת תום הלב היא רחבה מדי וכוללת חובות שמקומן לא יכירן בשדה הפרוצדורה. אבסורד הוא שעורך דין לא

יוכל להכחיש טענה גם ביודעו שההכחשה היא שקרית. עורכי הדין, הוא סיכם, "ממלאים את תפקידם כשהם פועלים ביושר, כל אחד כנאמן של שולחו, ואין להטיל עליהם חובות נוספות, שעשויות רק לפגוע בחופש פעולתם ובסופו של דבר ביעילות עבודתם ובחשיפתן הסופית של השאלות אשר הן במחלוקת בסכסוך".⁶⁷ פרופ' נינה זלצמן לא חסכה אף היא את שבטה מהלכת שילה. בספרה מעשה בית דין בהליך אזרחי שפורסם בשנת 1991 היא טענה כי "בשיטת הדין האדוורסרית הנוהגת במשפט הישראלי, אין בעל דין נדרש לעשות את מלאכתו הדיונית של בעל הדין יריבו".⁶⁸ והוסיפה: "יש לנקוט בזהירות בהפעלת עקרון תום הלב [...] נראה לנו שיש להביא בחשבון לעניין זה את מהותה של שיטת הדין האדוורסרית הנוהגת במשפט הישראלי, ולאורה יש לבחון את התנהגות היריב".⁶⁹ ופרופ' דודי שוורץ, ביקר במאמר שכותרתו "תחולת עקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי",⁷⁰ אשר פורסם בשלהי שנות התשעים, את האופן שבו השופט ברק פירש את חובת תום הלב הדיונית בהלכת שילה וקרא לצמצם אותה כך שתהלום את הסביבה הדיונית האדוורסרית שאליה היא הוחדרה:

השיטה הדיונית הנוהגת בארץ היא האדוורסרית. [...] ההחלה של עקרון תום-הלב, במתכונת החלתו בענפי משפט אחרים בארץ, גם על השיטה הדיונית האדוורסרית עשויה להוביל להפקעה של חירות בעלי-הדין מלחלוש על הליכי הדין, ולהכפיפם להתנהגות הדיונית שבית-המשפט רואה בה התנהגות ראויה. מכוח עיקרון זה, בית-המשפט עשוי איפוא לשים עצמו במקום הפרטים הקונקרטיים, ולהכתיב להם את הדרך שראוי לילך בה לאור הערכים הדיוניים שהוא רואה בהם ערכים ראויים. במוכח זה, הפעלה מסיבית של עקרון תום-הלב, כעיקרון המבטא יותר מכל את כוח ההתערבות של בית-המשפט, על סדרי הדין האזרחי עשויה, מבחינה רעיונית, לרדת לשורשה של שיטת הדין האדוורסרי, בהציבה את השופט מעל השיטה, ולא ככפוף לה.⁷¹

כפי שניתן להיווכח מהתרחישים שלהלן, שינוי גישה ביחס לעקרון תום הלב הדיוני אירע רק כשני עשורים לאחר מתן פסק הדין. בפתחה של המאה העשרים ואחת, הערכאות השיפוטיות השונות החלו לעשות שימוש הולך וגובר בחובת תום הלב בהקשרים דיוניים שונים ומגוונים ולצטט כאסמכתה את פסק דינו של השופט ברק בעניין שילה. מגמת הגידול החדד במספר הציטוטים ממשיכה עד לשנת 2006; או אז, דווקא כאשר תורת תום הלב קנתה לה שביתה בפרוצדורה האזרחית ואין עוד חולק כי היא מהווה חלק בלתי נפרד מתורת המשפט הדיונית,⁷² מתחילה מגמה של ירידה במספר הציטוטים.⁷³ מגמה אחרונה זו ניתן אולי לקשור לא בירידת קרנו של עקרון תום הלב הדיוני, אלא בפרישתו של הנשיא ברק מכס השיפוט בשלהי שנת 2006.⁷⁴

במקביל, החלו להישמע זמירות חדשות גם בקרב מלומדי ומלומדות המשפט, אשר החלו להטמיע את חובת תום הלב בכתיבה שלהם על סדר הדין האזרחי. כך למשל, דורון מנשה הכריז במאמר אשר התפרסם במפנה המאות ועסק בפרספקטיבה החוקתית של סדרי הדין שעברו לטענתו "קונסטיטואליזציה" נוכח חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,



כי "שנת המשפט החולפת אופיינה גם בדיון מחודש בפסיקה ובספרות המשפטית בדבר תחולתו של עקרון תום-הלב כעקרון-על על זכויות הנובעות מסדר-הדין האזרחי".⁷⁵ לימור זר גוטמן המליצה להרחיב את השימוש בעקרון תום הלב הדיוני ולהחילו לא רק על כוחות משפטיים דיוניים שמפעיל עורך דין במסגרת ההליך המשפטי אלא גם על כל פעולה משפטית שעורך דין עושה עבור הלקוח, גם אלה הנעשות מחוץ לכותלי בית המשפט, כגון פנייה לגופים ציבוריים או לצדדים שלישיים.⁷⁶ השופט קובי ורדי במאמר שכותרתו "השפעת שיקולי צדק ויושר על ההליך האזרחי" מביא את עקרון תום הלב כדוגמה לסטנדרט שנמצא בארגז הכלים של השופט והמאפשר לו לספק פתרון צודק בהליך האזרחי.⁷⁷ ויובל סיני מתייחס לחובת תום הלב שקבע ברק בפסק דין שילה ואומר "המגמה לעבור [...] לשיטה האינקוויזיטורית, במשחק ב'קלפים גלויים' ובחובת ניסוח כתבי טענות בתום לב, רצויה בעיניי ביותר, כי יש בכך כדי לתרום לגילוי האמת".⁷⁸ כיום, אין עוד חולק כי "תורת תום הלב קנתה לה שבייתה בכל ענפי המשפט האזרחי" וכי "היא מתפרשת כיום גם על פעולות משפטיות בעלות אופי דיוני: עיקרון תום הלב חל בסדרי הדין".⁷⁹

ו. הלקחים שניתן ללמוד מפרשת שילה

מפרשת שילה, ובאופן מדויק יותר מן הניסיון להבין אותה בהקשר פרוצדורלי בלבד, ראוי ללמוד שלושה לקחים תורת-משפטיים חשובים שנובעים כולם מן החלוקה של

המשפט לשדות ידע שונים ומובחנים, ואשר להם משמעות החורגת מן ההלכה הקונקרטיה שנקבעה בפסק הדין ביחס לחובת תום הלב הדיוני. הראשון, עניינו העיוותים הנגרמים עקב החלוקה הדיסציפלינרית של המשפט לשדות ידע מובחנים; השני הוא העובדה שהמשפט, ומערכות היחסים במסגרתו, מתעצבים על ידי תפיסות עולם שונות של השחקנים הפועלים בשדה המשפטי, המביאות לציפיות שונות והפעלת כללים נבדלים בשדות המשפט השונים; השלישי, עניינו היחס מקל הראש שיצרני המשפט נוהגים בשדה הפרוצדורה, המאפשר את היווצרותם של תקדימים מקריים (precedent by accident) בשדה זה. ארון בהם אחד לאחד.

1. חלוקת ענפי המשפט לשדות ידע מובחנים ותוצאותיה

תורת המשפט המודרנית מחלקת את גוף הידע המשפטי לשדות שונים ומובחנים, אשר לכל אחד מהם מיוחסת היסטוריה נפרדת והיגיון נבדל משלו: משפט בין-לאומי וכנגדו משפט המדינות, משפט ציבורי לעומת משפט פרטי, משפט פלילי מול משפט אזרחי, וסדרי דין מול הדין המהותי. בתוך חלוקות-על אלה ישנן קטגוריות משנה: המשפט הציבורי נחלק למשפט חוקתי ולמשפט מינהלי, המשפט הפרוצדורלי לפרוצדורה פלילית ולפרוצדורה אזרחית, והמשפט הפרטי מתפצל לדיני חוזים, דיני נזיקין, דיני קניין, דיני עשיית עושר, משפט העבודה ועוד. חלוקות משנה אלה אינן כמובן סוף פסוק, ואף הן מתפלגות לתתי-קבוצות: משפט העבודה מסתעף למשפט העבודה האינדיווידואלי והקיבוצי, דיני הקניין מחולקים לקניין גשמי ולקניין רוחני ועוד ועוד. שלא במפתיע, מלומדי המשפט נחלקים גם הם על פי החלוקה הדיסציפלינרית האמורה, ומתמקצעים בתחומי ידע מצומצמים יותר ויותר.

בעבר ניתן היה למצוא בנקל משפטנים שחקרו את "המשפט הפרטי" או את "המשפט הציבורי", והיו אפילו אלה שראו עצמם כחוקרי משפט באופן כללי (generalists), ולא תחמו את המחקר שלהם לגבולותיו של גוף ידע משפטי מסוים. כיום, לעומת זאת, חוקרי המשפט מתמחים בתחומי ידע צרים. משפטנית החוקרת בשדה דיני הפטנטים תסנוט בכך על בורותך אם תעז לשאול אותה שאלה מתחום דיני זכויות היוצרים או דיני המדגמים (כולם, יש לזכור, ענפים שצמחו מדיני הקניין הרוחני). חשוב לציין שתופעה זו אינה ייחודית למשפט, והיא מאפיינת תחומי ידע רבים אחרים, ובהם רפואה, מדע, היסטוריה ופילוסופיה.⁸⁰ ככל שתהליכי ההתמקצעות הולכים ומתעצמים וככל שכמות הידע הנצברת בכל שדה ידע הולכת וגדלה, החלוקות והפיצולים לתחומי ידע צרים יותר ויותר הופכים לעניין שהוא כמעט בלתי נמנע.⁸¹

הבעייתיות הטמונה בחלוקה הזו לא נעלמה מעיניהם של חוקרי המשפט. הספרות בתחומי משפט שונים הצביעה על הבעייתיות של החלוקה הדיסציפלינרית בין המשפט הציבורי לפרטי,⁸² הפלילי לאזרחי,⁸³ ובתוך המשפט הפרטי בין דיני החוזים, הנזיקין והקניין.⁸⁴ כך למשל חברתי, טליה פישר, ואנוכי הוזהרנו במאמר שעסק בשרירותיות

ובחוסר התחלת הטמונים בהבחנה המקובלת והמוכנת מאליה בין הפרוצדורה האזרחית לפלילית כי:

תורת המיון (טקסונומיה) ממלאת תפקיד חיוני בתפקודה היעיל של כל מערכת משפטית. זיהוי כללי המשפט החלים על מערכת עובדתית מסוימת תלוי בסיווגן המקדמי של העובדות לקטגוריות מובחנות. [...] עם זאת, כאשר הטקסונומיות המשפטיות קופאות על שמריהן ומופעלות באורח מכני, תוך התעלמות מהדינמיות המאפיינת את המשפט ואת המציאות, השימוש בהן נהפך לבעייתי. מכאן, השימוש יעיל ונכון בטקסונומיות מחייב בחינה מתמדת של מידת ההתאמה בין קבוצות ההבחנה לערכים ולמטרות שאותם הן נועדו להגשים.⁸⁵

דוגמה נוספת עניינה ההבחנה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי. במאמרה מאיר העיניים על בג"ץ הפרטת בתי הסוהר,⁸⁶ אשר פסל חקיקה שהתירה את הקמתו של בית סוהר פרטי, מראה הילה שמיר עד כמה הדיכוטומיה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, מעוותת אותנו מלראות את מורכבות היחסים בין השוק (הפרטי) לבין המדינה (הציבורי). לטענתה, שתי העמדות המנוגדות – זו של העותרים מחד גיסא וזו של המדינה מאידך גיסא – מבטאות גישה שניתן לכנותה "פטישיזם מוסדי", שלפיה מוסדות השוק והמדינה מהווים ספרות שונות ונפרדות, בעלות מאפיינים מובהקים, קבועים ושונים, באופן חד וקל לזיהוי, המצדיקות החלה של נורמות משפטיות נבדלות עליהם. יתרה מכך, בית המשפט נוקט גישה שלפיה המדינה עדיפה באופן אינהרנטי על השוק ועקב כך קובע כי הקמת בית הסוהר הפרטי אינה חוקתית. למעשה, טוענת שמיר, המדינה והשוק הם מוסדות דינמיים, אשר תוכנם ומערכת היחסים ביניהם, אינם יציבים וקבועים, ומציעה כי על מנת לענות באופן מיטבי על האתגרים שמדינת הרווחה ניצבת בפניהם, יש מקום לבחון מחדש את ההנחות הבסיסיות ביחס למדינה ולשוק, כמו גם את תפקידה של המדינה ביצירתו ובעיצובו של השוק באמצעות הכלים המשפטיים שעומדים לרשותה, בעידן של הפרטה.⁸⁷

העיוורון שלי, כמו גם של מומחים אחרים בתחום הפרוצדורה, באשר לסיבות שהביאו לחדירת עקרון תום הלב לתוך הפרוצדורה בפרשת שילה, מהווה תמרור אזהרה נוסף באשר לסכנות הטמונות בחלוקה של המשפט לשדות ידע מובחנים. חלוקה זו מקשה עלינו לראות תופעות רוחביות המשותפות לתחומי משפט שונים. כך למשל החלוקה בין הפרוצדורה הפלילית לבין הפרוצדורה האזרחית נתפסת בקרב משפטנים כמוכנת מאליה, וכמעט אין עליה עוררין, באופן המקשה עליהם להבחין בכך שההצדקות הרעיוניות לקיומה אינן יכולות לעמוד בפני הביקורת וכי למעשה ראוי היה לעצב את החלוקה הפרוצדורלית בין השדות השונים של המשפט המהותי באופן שונה לחלוטין.⁸⁸ על חטאיי שלי אני מודה. כחוקר ביקורתי של סדר הדין האזרחי, פסק דין שילה ואי-ההתאמה שלו לעובדות או לתקופה שבה הוא ניתן נותרו אצלי במשך שנים בגדר תעלומה בלתי פתורה, שבחרתי לטשטש.⁸⁹ לא עלה בדעתי להתבונן בתחומי משפט אחרים ולנסות להבין את פסק דין שילה באופן רוחבי.

2. "משפט זה שאיננו אחד" – המקום המרכזי של השקפת העולם בהבנת המשפט הלקח השני קשור בטבורו לזה הראשון: פסק הדין בעניין שילה ממחיש כי סיווג המשפט לענפים שונים שלהם היגיון נבדל איננו מהלך טבעי או בלתי נמנע, אלא הוא תוצר של השקפת עולם (שניתן לכנות גם "אידיאולוגיה") הרווחת במקום מסוים ובזמן נתון. בהתאם, אופי מערכות היחסים החברתיות שראוי שיתקיימו ואשר אותן יש לקדם בכל שדה משפטי, וסוג הפרקטיקות המובנות כלגיטימיות או כבלתי לגיטימיות במסגרתן, מהווים גם הם תוצר של אותה השקפת עולם ושל הכללים המשפטיים שעוצבו בעקבותיה.⁹⁰ בשל התפקיד המרכזי שממלא המשפט בחברה, הכללים המשפטיים, לאחר שנוצרו, פועלים לביצור השקפת העולם והופכים אותה למובן מאליו.

חשוב להדגיש כי בדבריי על "השקפת עולם" איני מתכוון לעמדות האידיאולוגיות של שופט מסוים המשפיעות, ברמות שונות של מודעות, על החלטותיו (למשל שופט דתי או שמרן המכריע בהתאם לעמדות דתיות או שמרניות), אלא על השקפת עולם במובנה כסדרה של פרקטיקות, נורמות וערכים הנתפסים כמובנים מאליהם בשדה משפטי מסוים, אשר השחקנים השונים בשדה – שופטים, עורכי דין ואזרחים מן השורה – פועלים על פיהם ללא עוררין. השקפת עולם במובן זה מגבילה את הראייה של אותם שחקנים ומתעלת אותם לאופן פעולה מסוים, ולמעשה אינה מאפשרת להם לפעול באופן אחר או אפילו לדמיין מציאות שונה.

דוגמה לכך אפשר למצוא בהשקפת העולם השונה ביחס לאופי מערכות היחסים החברתיות אשר ראוי שישררו, ולסוג הפרקטיקות שנתפסו כלגיטימיות, בשדה החוזי ובשדה הפרוצדורלי. כבר בשנות השבעים המוקדמות הובנה מערכת היחסים בין צדדים לחוזה כמערכת סולידרית שבה הצדדים חבים זה לזה חובות אמון והגינות בסיסיות. עמדה זו השתקפה בחוק החוזים (חלק כללי), משנת 1973, שקבע כי הצדדים למערכת היחסים החוזית חבים האחד לשני חובת תום הלב, הן במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה (ס' 12) והן במהלך ביצוע החיובים הנובעים מן החוזה (ס' 39) ובמקביל גם כוננה על ידו. כפי שראינו, גם לאחר חקיקת החוק נתגלעה בקרב שופטים ומלומדים מחלוקת באשר לשאלה האם חובת תום הלב צריכה להיות צרה יותר (סובייקטיבית) או רחבה יותר (אובייקטיבית), כאשר כל צד העלה בתמיכה לפרשנותו את סעיפי החוק סדרה של שיקולי מדיניות – משפטיים, מוסריים וכלכליים.⁹¹ אך בסופו של יום, כבר בשנות השמונים המוקדמות הייתה ידה של הפרשנות הרחבה על העליונה. לעומת זאת, התנהגויות המבטאות מערכת יחסים אנטי-סולידרית של "אדם לאדם זאב", המבוססת על אגואיזם וניכור, שנתפסו כבלתי לגיטימיות בשדה החוזי כבר בפתחן של שנות השבעים, הובנו באותה העת כמקובלות וכלגיטימיות בשדה הפרוצדורלי. בסדר הדין האזרחי, כפי שהראיתי לעיל, פרקטיקות של שקרים, הסתרה ומניפולציות מכוונות, הובנו לא רק כהכרחיות על מנת להשיג את מטרות ההליך האזרחי, אלא אף כראויות. רק בתחילת שנות התשעים החלה השקפת עולם זו להיות מוחלפת בהשקפה אחרת,

שלפיה הדרך שבה על הצדדים להליך האזרחי לנהוג היא דרך של הוגנות, אמירת אמת ו"משחק בקלפים פתוחים".

העמדה שבה אוחזים חלק מן המשפטנים ולפיה ההבחנה בין השדות המשפטיים השונים היא טבעית וכי ניתן להצדיק את השוני בין דיני החוזים לבין סדר הדין האזרחי בתכלית השונה שהם נועדו לקדם – דיני החוזים לקידום מטרה משותפת הדורשת אמון הדדי, סולידריות ושיתוף פעולה, ואילו סדרי הדין להגנתו של תנאי קרב בין בעלי דין יריבים שלהם אינטרסים המנוגדים זה לזה – לוקה במהותנות (essentialism) ובהחלפת סיבה ומסובב,⁹² שכן אופי היחסים החברתיים המתקיימים באותו שדה הוא במידה רבה תוצר של הכללים המשפטיים. כך לדוגמה, גם היחסים בין צדדים לחוזה הוכנו בעבר כעוינים זה את זה; המשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה נתפס כ"משחק סכום אפס", שבו צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים מנסים לקדם את מטרותיהם האחד על חשבון השני. הדוקטרינה "יזהר הקונה" (caveat emptor), שפטרה מוכר של נכס ממרבית חובות הגילוי על אודות מצבו של הנכס, ביטאה אידאולוגיה זו של אינדיווידואליזם קיצוני, אגואיזם וניכור והעניקה לה לגיטימציה.⁹³ לעומת זאת, סדרי דין המטילים על הצדדים חובות גילוי רחבות זה כלפי זה, משקפים תפיסת עולם נורמטיבית הרואה ערך בסולידריות חברתית ובפיוס בין הצדדים הניצים והמבקשת לאפשר להם להידבר ביניהם ולהגיע להסכמות, בין בתוך כותלי בית המשפט ובין מחוצה לו. סדרי דין כאלה משקפים ומכוננים מערכת יחסים חברתיים סולידרית הרואה בזולת בר שיח ולא אויב. השופט ברק היה ועודנו משפטן רב-תחומי (generalist), שסירב להעניק משקל ניכר לסיווגים של המשפט לענפים שונים ולא קיבל את העמדה הרווחת שלפיה חל על ענפים אלה היגיון שונה. כך לדוגמה הוא כתב על ההבחנה המקובלת בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי:

העולם הוא משפט, והמשפט הוא אחדות. השופט עוסק בכל תחומי המשפט, ולפעולתו נודעת השפעה של כלים שלובים על המשפט כולו. מלאכותי הוא אפוא לבודד את המשפט הציבורי מכלל המשפט. [...] מבחינתו של השופט סדנא רדינא חד הוא.⁹⁴

ובמקום אחר הוא כתב:

אנו רגילים לשקול סוג זה של שיקולים בתחומי המשפט הציבורי שלנו, וזאת מאז הלכת קול העם. שיקולים אלה אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. הם קיימים בכל ענפי המשפט. ההבחנה בין ענפי המשפט היא, לעתים קרובות, מלאכותית. עולם המשפט אחד הוא, והתשובה המשפטית אחת היא. ערכי היסוד של השיטה קיימים בכל ענף מענפי המשפט. יש לשקול אותם בכל סוגיה וסוגיה.⁹⁵

דווקא משום שהשופט ברק סירב לקבל את ההבחנות המקובלות, פסק הדין שלו בעניין שילה מאיר עבורנו את התפקיד המרכזי שממלאת השקפת העולם בהתפתחות המשפט, ואת האופן שבו היא גורמת לשחקנים השונים – שופטים, עורכי דין, אקדמאים והציבור

הרחב – לקבל פרקטיקות מסוימות כמוכנות מאליהן בתחום משפטי אחד, ולראותן כהפרה בוטה ובלתי לגיטימית בעליל של צורת ההתנהגות הראויה בשדה משפטי אחר. בפסק דינו ברק התעלם לחלוטין מן ההבחנה בין השדה החוזי לשדה הדיוני ועורר עליו, כפי שראינו, את חמתם של מלומדי הפרוצדורה בני אותו הזמן. הלקח שניתן ללמוד מפסק הדין הוא, אם כן, שהכללים המשפטיים החלים על דיני החוזים ועל הפרוצדורה (כמו גם על כל תחומי המשפט), כדוגמת דוקטרינת תום הלב, לא רק משקפים את תפיסת העולם השלטת ביחס למערכת היחסים אשר ראוי שתשרור בין הצדדים, אלא גם מעצבים אותה ונותנים לה תוקף.⁹⁶

3. הסכנה שביצירת תקדימים מקריים

לקח שלישי ואחרון שניתן ללמוד מפרשת שילה עניינו האופן שבו צריכות להתקבל החלטות שיפוטיות והסכנה שביצירת תקדימים מקריים. בכל שדה משפטי קיימת סכנה ששופטי בית המשפט העליון יכריעו בתיק באופן לא זהיר, וללא מחשבה מעמיקה מספיק שמביאה בחשבון את כל ההשלכות האפשריות של ההכרעה, ואגב כך יקבעו תקדים שישפיע על מאות אלפי תיקים המתנהלים כיום ויתנהלו בעתיד בערכאות השיפוטיות השונות. סכנה זו גדלה מאוד בשני העשורים האחרונים בשל העומס הרב המוטל על בתי המשפט, שאינו מאפשר להם להקדיש די זמן ומחשבה לכל אחד מעשרות אלפי התיקים המתנהלים בפניהם, והלחץ המערכתי המופעל עליהם לסיימם במהירות כדי שלא לפגוע בסטיסטיקה של קצב סגירת תיקים בבתי המשפט, המולך החדש שמערכת המשפט כולה סוגדת לו.⁹⁷ בשדה הפרוצדורלי הסכנה גדולה יותר מאשר בשדות אחרים. כידוע, סדרי הדין אינם קובעים מהן הזכויות המהותיות העומדות לפרטים, אלא מסדירים את האופנים שבהם פרט הרואה את עצמו נפגע יוכל להביא את עניינו בפני ערכאה שיפוטית, ואת דרכי התנהלות ההליך בפני אותה ערכאה. משום כך יש נטייה בקרב משפטנים, אפילו רמי דרג, להפחית בחשיבותם של סדרי הדין ולהתמקד בדין המהותי, מתוך הנחה שהפרוצדורה אינה יותר מאשר מסגרת ניטרלית וחפה מאידיאולוגיה לפעילות השחקנים השונים במהלך ההליך המשפטי. לפי גישה רווחת אך שגויה זו, הדין המהותי מבוסס על ערכים ותכליות שמטרתם להכווין התנהגות של פרטים ותאגידים בעולם, ואילו הפרוצדורה, המורכבת מכללים טכניים של אדמיניסטרציה שיפוטית, אינה אלא כלי שרת למימושם.⁹⁸ מכאן קצרה הדרך לתפיסה שלפיה הפרוצדורה היא "שפחתו של הדין המהותי", אשר הערכים היחידים שחלים עליה הם ערכים ניהוליים, ואילו שאלות ערכיות – חברתיות, כלכליות ופוליטיות – זרות לה לחלוטין. כתוצאה מכך, שופטים ושופטות המבקשים להגיע לתוצאה המהותית הנכונה בעיניהם, אך נתקלים בכלל פרוצדורלי המהווה עבורם מכשול שיש להתגבר עליו, עלולים לקבוע מבלי משים תקדימים שישפיעו, לטובה או לרעה, על כלל ההליכים האזרחיים.⁹⁹

המהלך שעשה השופט ברק בפרשת שילה, החדרתה של חובת תום הלב באופן אגבי, במטרה להמליך את עקרון תום הלב על המשפט האזרחי כולו, ומבלי לתת את הדעת

להשלכות הרוחב של הכנסת חובת תום הלב לתוך הפרוצדורה, הוא בעייתי הן מבחינה תורת משפטית והן מבחינת תוצאותיו. אינני טוען חלילה שאין מקום לעקרון תום הלב בסדרי הדין. עם זאת, החלה של נורמה בעלת רקמה פתוחה כמו עקרון תום הלב על סדר הדין האזרחי, המורכב ברובו מכללים והדורש ודאות וצפיות, עלולה לגרור אחריה פגיעה בערכים דיוניים חשובים ולגרום לתקלות חמורות, ועל כן כאשר עושים זאת לראשונה, ראוי כי הדבר ייעשה בזהירות רבה תוך שרטוט ברור עד כמה שאפשר של גבולות הגזרה לתחולתה, והתמודדות עם טענות הנגד. דבר מזה לא נעשה בפסק הדין. השופט ברק שרטט בפסק דינו הקצרצר את גבולות הגזרה שבהן חל עקרון תום הלב על סדרי הדין בצורה כה רחבה שדומה כי אף פעולה בתחום הדיוני אינה חסינה מפני הכרזה עליה ככזו הנגועה בחוסר תום הלב, ומבלי לטרוח לעמוד על הצורך בעקרון תום הלב או בבעיות הפוטנציאליות שהוא עשוי לעורר בתחום הדיוני. זהו אינו האופן האידיאלי שבו אנו חושבים על יצירת תקדימים משפטיים. אנו חסרים את התהליך של שקלא וטריא, אותו ניתוח מעמיק של שיקולים בעד ושיקולים נגד, שבסופם מגיע בית המשפט לתוצאה הראויה. ייתכן שלו היה השופט ברק שוקל את היתרונות של החדרת עקרון תום הלב הדיוני ואת חסרונותיו, הוא היה מכריע בצורה שקולה ומדודה יותר. יתרה מכך, פסק הדין של ברק מחייב אותנו לחשוב ברצינות על ההבחנה שכמעט חלפה מן העולם בין אוביטר לרציו. כפי שלומד כל תלמיד שנה ראשונה בפקולטה למשפטים, את ההכרעות בפסק הדין יש לחלק לשני סוגים של אמרות: אוביטר (obiter dicta) הוא אמרות האגב הנכתבות על ידי השופטים אך אין בהן צורך להכרעה בעניין הנדון, ואילו רציו (ratio decidendi) הוא אותם חלקים בפסק הדין הנדרשים לצורך ההכרעה. בעבר שלטה בכיפה העמדה שרק הרציו בפסק הדין מהווה חלק מן התקדים המחייב. "כל מה שאינו נכנס בגדר רציו זו, אינו אלא אוביטר ואינו מחייב; כבודו במקומו מונח, אך אין השופטים המאוחרים קשורים בו".¹⁰⁰ לכך היגיון רב. בעוד שהרציו, הנדרש צורך לפסק הדין, מחייב את השופטים להעמיק חקר ולבחון את מכלול ההשלכות של פסיקתם, ביודעם שתהיה לו השפעה מחייבת על כלל מערכת המשפט עוד שנים רבות, הם אינם מחויבים לאותו סטנדרט של העמקה וחובת זהירות ביחס לאמרות האגב, שהן כדברי השופט חיים כהן "מעין מתנת חינם שאין לה עילה או סיבה מיידית או צורך של ממש. כשם שגם מתנת חינם עשויה לשמח את מקבלה, כן אמרות האגב יכולות לשמח את לב קוראיהן וללמדם תורה, אך עדיין הן בגדר מותרות ומיותרות".¹⁰¹ במהלך השנים ההבחנה בין רציו לאוביטר הלכה והיטשטשה מסיבות שונות, שחלקן פרקטיות (הקושי ולעיתים חוסר האפשרות להבחין בין החלקים המהווים רציו לאלה שהם אוביטר) וחלקן מהותיות.¹⁰² פסק הדין בעניין שילה צריך לגרום לכולנו לעצור ולחשוב האם אין מקום לחשוב מחדש על מקומו של האוביטר במשפטנו. לתקדימים הנקבעים בבית המשפט העליון השפעות מרחיקות לכת על זכויות הצדדים והם משפיעים על עשרות אלפי תיקים אזרחיים המתנהלים מדי יום ביומו בבתי המשפט. האם כך הם צריכים להיקבע?

סיכום

פסק הדין של השופט ברק בפרשת **שילה**, שהחיל את חובת תום הלב על סדר הדין האזרחי, הוא מקרה מובהק של תקדים מקרי. הוא לא היה בא לעולם אלמלא עסק השופט ברק אותה העת בביסוסה של חובת תום הלב האובייקטיבי והחדרתה לכל אתר משפטי שנקרה בדרכו, מבלי לעצור ולחשוב על התוצאות – המכוונות והבלתי מכוונות – שעשויות להיות לכך. הוא מראה לנו גם את התפקיד החשוב שמשחק הרובד האידאולוגי, והסמוי מן העין, במשפט, בקובעו אילו טענות ייתפסו כלגיטימיות בתחום משפטי מסוים, ואילו טענות ייחשבו בו לבלתי קבילות.

מעבר לכך, פסק הדין מלמד אותנו שיעור חשוב באשר לדינמיקה של התרחשות שינויים טקטוניים במשפט. בתחילה, השתל הזר לא נקלט היטב בגוף הפרוצדורלי, וקיומו כמעט לא הורגש. שופטים ועורכי הדין התעלמו במרבית המקרים מחובת תום הלב והמשיכו לעשות שימוש בדוקטרינות אחרות, כגון השימוש לרעה בהליכי משפט, המניעות והסמכות הטבועה, שבהם נהגו אותה עת למלא חללים ולמנוע עיוות דין במקרים קונקרטיים.¹⁰³ מאוחר יותר, כאשר התחלפה השקפת העולם השלטת, והפרדיגמה ששלטה בכיפה כבר לא הייתה זו האדוורסרית הקלאסית, החלו בתי המשפט לעשות שימוש הולך וגובר בעקרון תום הלב בתחום הפרוצדורה. ואולם, הלקח החשוב ביותר שאנו כמשפטנים יכולים ללמוד מפרשת **שילה** הוא אותו הלקח שדורות של ילדים מתחנכים עליו: כמו במעבר חצייה, כך גם בלימוד המשפט, רצוי להסתכל ימינה ושמאלה.

הערות

- 1 ראו למשל בש"א 2236/06 חממי נ' אוחיון, 7 (פורסם בנבו, 5.6.2006) (חובת תום הלב "מתפרשת כיום גם על פעולות משפטיות בעלות אופי דיוני: עיקרון תום הלב חל בסדרי הדין"); ע"א 3496/15 הורמוז בכלפור נ' גבעת מרום בע"מ, 2 (פורסם בנבו, 17.1.2017) ("עקרון תום הלב המעוגן בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) נתקבל ונתקבע במשפט הישראלי כעיקרון יסוד שמצורתו פרושה – מכוח הוראת סעיף 61(ב) לחוק – על כל המערכת המשפטית בישראל. ביהמ"ש החיל את החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת גם בשדה הדיוני וקבע כי על בעל דין מוטלת חובה להפעיל את כוחותיו המשפטיים-דיוניים בדרך מקובלת ובתום לב"). מבדיקה שערכתי באתר נבו עולה כי חובת תום הלב הדיוני מוזכרת במאות פסקי דין שניתנו בערכאות השיפוטיות האזרחיות השונות מבית המשפט השלום ועד לבית המשפט העליון וכן בערכאות מיוחדות כגון בית המשפט לענייני משפחה ובית הדין לעבודה.
- 2 ראו בש"א 6479/06 בנק דיסקונט נ' שנפ, 7-8, 12 (פורסם בנבו, 15.1.2007). לדיון בפסיקה ראו יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי** 248-245 (2015) (להלן: רוזן-צבי).
- 3 בר"ע 305/80 **שילה נ' רצקובסקי**, פ"ד לה(3) 449 (1981) (להלן: עניין **שילה**).
- 4 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
- 5 ראו תקנה 137(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקסד"א). באותה העת היו התקנות ממוספרות באופן שונה ומספר התקנה הרלוונטית היה 179(ב). עם זאת לשון התקנה אז אינו שונה מלשונה היום.
- 6 ראו תקנה 128(א) לתקסד"א. באותה העת התקנה הרלוונטית הייתה 171(א).
- 7 ראו תקנה 137(ב) לתקסד"א. באותה העת התקנה הרלוונטית הייתה 179(ב).
- 8 ראו עניין **שילה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 451.

- 9 אורי דרומי "לוחם נועז למען לקוחותיו: עו"ד שניאור זלמן פונדמינסקי, פרקליט מוביל בתחום הגזיקין, 1939-2009" הארץ 27.2.2009.
- 10 שם.
- 11 ריאיון עם עו"ד חיים זליכוב, שייצג את חברת הביטוח סהר (21.5.2017) (להלן: ריאיון זליכוב).
- 12 עניין שילה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 452.
- 13 ריאיון זליכוב, לעיל ה"ש 11.
- 14 עניין שילה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 452.
- 15 שם, בעמ' 452-453.
- 16 שם, בעמ' 453.
- 17 שם, בעמ' 454-456.
- 18 שם, בעמ' 457.
- 19 שם, בעמ' 460.
- 20 שם, בעמ' 461.
- 21 שם.
- 22 שם, בעמ' 462.
- 23 שם.
- 24 ריאיון זליכוב, לעיל ה"ש 11.
- 25 ע"א 589/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278 (1988).
- 26 ראו למשל ע"א 236/64 חברת "ארדה" בע"מ נ' כץ, פ"ד יח(3) 518, 521 (1964) ("מפני תובענה רגילה רשאי הנתבע להתגונן ככל העולה על רוחו ולטעון גם טענת הגנה אשר הוא יודע, כי לא אמת היא").
- 27 ראו Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978).
- 28 ע"א 254/58 אינגסטר נ' לנגפוס, פ"ד יג 449, 457 (1958) ("בית משפט זה פסק כבר פעמים אחדות בעבר, כי בעלי הדין רשאים להביא את דבריהם בכתבי הטענות. כתב התביעה מזה וכתב ההגנה מזה, מכל העולה על רוחם, והשאלות שבמחלוקת המתגבשות בדרך זו הן השאלות עליהן בית המשפט מכריע בפסק דינו").
- 29 ראו תזכיר ההצעה לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ג-1988.
- 30 דברי ההסבר לתזכיר ההצעה לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי, נוסח מתוקן, התשמ"ג-1988.
- 31 שלמה לוי "השגות עקרוניות לריפורמה בתקנות סדר-הדין האזרחי (תגובה להרצאתו של פרופסור גולדשטיין)" משפטים יט 675, 678 (1990).
- 32 ראו תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשנ"א-1991, ק"ת 1228. לדיון רחב יריעה בשינוי הפרדיגמה שחל בסדר הדין האזרחי ראו יששכר רוזן-צבי "ביזור מערכת השפיטה בישראל: התפקיד הנסתר של סדרי הדין" משפטים מו 717 (2017).
- 33 לדיון בהבחנה בין כללים לסטנדרטים ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" משפטים יז 321, 326 (התשמ"ח).
- 34 שם, בעמ' 326-329; יואב דותן "החובה לקבוע כללים מנהליים" משפטים כג 437, 449-450 (התשנ"ד); Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. LEGAL STUD. 257, 262-267 (1974); Kathleen M. Sullivan, *The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV. L. REV. 22, 62-63 (1992); Cass R. Sunstein, *Problems with Rules*, 83 CAL. L. REV. 953, 971-977 (1995).
- 35 בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 502-א-ב (1994); דודי שוורץ סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 34, 58-62 (התשס"ו) (להלן: שוורץ סדר דין אזרחי); ש' גינוסר "עייכוב הדין" הפרקליט לא 29 (1977); משה לנדוי "על השמרנות בסדרי הדין" ספר זוסמן 285 (אהרן ברק, יצחק זמיר וחיים כהן עורכים, 1984).
- 36 שוורץ סדר דין אזרחי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 55.

- 37 ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 227-233 (דיון ב"סמכות הטבועה" ובאופן שבו הוא פורש בפסיקת בתי המשפט).
- 38 שם, בעמ' 241.
- 39 נועם שרביט "השופט אהרן ברק: 'אגרנט היה ונשאר הגדול מכולם'" גלובס 19.10.2006 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000143357 ("כתבתי למעלה מ-15 ספרים, רובכם לא קראתם אותם. אני חושב שגם את הדברים החדשים שאכתוב רובכם לא תקראו. אבל אני רץ למרחקים ארוכים, אני לא חושב על היום ולא כותב להיום. אני משתדל להניח תשתית לעתיד").
- 40 ראו איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 343, 358-359 (2009); רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי קאנון בהתהוות" עיוני משפט כא 81 (1997).
- 41 פסק הדין הראשון שבו השופט ברק ציטט את פסק הדין בעניין שילה היה ע"א 579/83 זוננשטיין נ' גבסו, פ"ד מב(2) 278, 290 (1988) שבו הוא סבר, בדעת מיעוט, שיש להכפיף את דרישת הכתב בעסקאות מקרקעין לחובת תום הלב. בפסק הדין הזכיר השופט ברק את עניין שילה באופן אגבי כדוגמה לשרה משפטי נוסף שבו חלה חובה זו. הפעם השנייה הייתה ע"א 5480/98 מנורה חברה לביטוח נ' אבו, פ"ד נב(4) 476, 480 (1998) שבה הוזכר עניין שילה, שוב בדרך אגב, בהקשר של פסלות שופט.
- 42 ריאיון עם אהרן ברק, נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) (8.5.2017) (להלן: ריאיון ברק).
- 43 ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231 (1977) (להלן: עניין ספקטור).
- 44 לחובה זו נלוותה גם חובה תאומה, הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ולפיה על הצדדים לחוזה לנהוג בתום לב לעניין חיוב הנובע מחוזה ולעניין שימוש בזכות הנובעת מחוזה.
- 45 עניין ספקטור, לעיל ה"ש 43, בעמ' 241.
- 46 שם, בעמ' 246.
- 47 ראו אהרן ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג(1) 5 (1973); אהרן ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכויים וסיכונים" משפטים ז 15 (1976). ראו גם הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595, 712.
- 48 אהרן ברק פרשנות במשפט – כרך רביעי: פרשנות החוזה 213 (2001).
- 49 דיון לט/7-2 (ארצי) עובדי שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' חב' שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ, פד"ע יא 57 (1979).
- 50 בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828 (1980).
- 51 שם, בעמ' 835.
- 52 שם, בעמ' 840.
- 53 ריאיון ברק, לעיל ה"ש 42.
- 54 ע"א 270/80 פנידר חברה להשקעות פתוח וכו' בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713 (1981).
- 55 ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533 (1982).
- 56 ראו למשל שם, בעמ' 557 ("העיקרון של תום לב ודרך מקובלת אינם עקרונות, אשר המסקנות המתבקשות מהם נגזרות באופן מתמאטי, אלא הם ערכים, אשר הרשות השופטת צריכה לקבוע את תוכנם ואת פעולתם במקרים קונקרטיים").
- 57 עניין שילה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 461.
- 58 גבריאלה שלו "עוד על עיקרון תום הלב" קריית המשפט ג 121, 128 (2003); ראו גם גבריאלה שלו "בעקבות בג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה – תחכום משפטי ושיקולי דק" המשפט יד 267, 267 (2011). פרופ' שלו מביאה כתמיכה לטענתה את פסקי הדין הבאים (כה"ש 8): ע"א 817/79 קוסי נ' בנק י.ל. פויכטונגר, פ"ד לח(3) 253 (1984) (דיני חברות); בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828

- (1980) (דיני עבודה); ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104, 116 (1990) (דיני צוואות); ע"א 4372/91 סיטין נ' סיטין, פ"ד מט(2) 120, 131 (1995) (דיני ירושה); ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 742, 736 (1984) (דיני משפחה); רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 223, 276 (1999). ראו גם רע"א 1407/94 credit lyonnais נ' mediterranean shipping co. פ"ד מח(5) 122 (1994) (בוררות).
- 59 ריאיון זליכוב, לעיל ה"ש 11.
- 60 עו"ד זליכוב תיאר זאת כך: "אני רמזתי קודם לאותו עורך דין שכשהוא התחיל להתעקש, אמרתי לו בוא, חבל, אני אמצא רופא בעיר אחרת, אבל אחר כך אני אציק לך. מה אני חייב להתפשר איתך? אני חייב לרוץ? עוזב אותך [...]". שם.
- 61 כך עולה מחיפוש שערכתי באתר נבו שבדק את כל האזכורים של פסק דין שילה בפסקי הדין של כל הערכאות השיפוטיות שפורסמו באתר. עם זאת, חשוב לציין כי מחקר זה מוגבל משום שלא כל פסקי הדין שניתנו בערכאות השונות פורסמו באתר נבו. אחד מפסקי הדין החריגים שבהם לפסק הדין בעניין שילה הייתה השפעה על התוצאה הוא בג"ץ 566/81 אליהו עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(1) 1 (1983), שבו קבע השופט מנחם אלון, בהסתמך על העמדה של השופט ברק, כי טענת חוסר סמכות שנשמעה על ידי המבקש כלפי בית הדין הרבני הגדול, שדן בהסכם הגירושין שלו, מהווה שימוש בזכות דיונית שלא בתום לב. ראו שם, בעמ' 9-10.
- 62 ע"א 734/83 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' שפיר דוידוביץ' (שותפות רשומה), פ"ד לח(1) 613 (1984) (על בעל דין להסב במקרים מסוימים את בעל הדין שכנגד למחולו הדיוני).
- 63 ע"א 685/81 ליסנסט וג'נרל חברה לבטוח בע"מ נ' בורכרד ליינס בע"מ, פ"ד לח(3) 421 (1984) (על תובע שחתם על כתב ויתור להעלות עובדה זו כבר בכתב התביעה ולהתמודד עימה).
- 64 ר"ע 218/85 "אריה" חברה לביטוח בע"מ נ' שטמר, פ"ד לט(2) 452 (1985) (תובע שחתם על כתב שחרור, המבקש לטעון כי הוחתם עליו בעושק, חייב להעלות את עובדת קיומו של כתב השחרור כבר בכתב התביעה. תובע שהשמיט טענה זו מכתב התביעה, לא יהיה רשאי להעלות אותה מאוחר יותר בכתב התשובה אם קיומו של כתב השחרור הועלה על ידי יריבו בכתב ההגנה).
- 65 יצוין כי על פסקי דין אלה נמתחה ביקורת נוקבת מצד שופטים ומלומדים, המבוססת על השקפת עולם אדוורטרית קלאסית. המשנה לנשיא, השופט (בדימוס) שלמה לויין כתב על פסקי דין אלה כי "הם לוקים בטעות תיאורטית בסיסית: בעקרון לא נועדו כתבי הטענות לברר את אמיתות הטענות אלא להציב מסגרת חיצונית, התחלתית, לטיעונים של בעלי הדין. למטרה זו חייב המשפטן לערוך מיון של הנתונים, ונתונים אלה – ולא אחרים – הם שאמורים לעמוד בבסיס טענותיו, על מנת שבית המשפט יוכל לברר בצורה מושכלת מה הן השאלות שבמחלוקת לפי הטענות שבעלי הדין העלו. הכנסת מרכיבים נוספים, זרים, לטיעון יש בה כדי להחטיא את מטרתן של כתבי הטענות ולשבש את ההליכים. לפיכך – כך סבורים אנו – בטעות חמורה יסודם". שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד 144 (1999). פרופ' דודי שוורץ ביקר אף הוא את פסקי הדין וטען כי "נראה שבית המשפט היה מגיע לתוצאה שונה, לו בחן את התנהגות התובע מנקודת מבט דיונית, ולא מנקודת מבט של תום-לב מהותי, כאשר התנהגות התובע תיבחן על-פי סטנדרט התנהגות של בעלי-דין יריבים, הנמדד על-פי מבחן הפלוגתאות במחלוקת, הקצאת הטיעונים בכתבי-הטענות וחלוקתם בין התובע לבין הנתבע תהא שונה מזו שנקבעה בפסקי-הדין האמורים ומתוחמת בגבולות ברורים וחד-משמעיים. על התובע יהיה להציג בכתב-תביעתו את העובדות המקימות את עילת תביעתו בלבד, ולא עובדות שהן חלק מעילת ההגנה של הנתבע. עילת ההגנה של הנתבע תבוטא בכתב-הגנתו, ולתובע תישמר הזכות להגיש כתב-תשובה המתייחס לכתב-הגנתו של הנתבע". דודי שוורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר הדין האזרחי" עיוני משפט כא(2) 295, 324-325 (1998) (להלן: שוורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב").
- 66 גואלטירו פרוקצ'יה "תחולת עקרון תום הלב בשיטה המשפטית הישראלית" הפרקליט לט(2) 291, 300 (1989).
- 67 שם, בעמ' 302-303 (ההדגשות הוספו – א"ר).
- 68 נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 110 (1991).

- 69 שם, בעמ' 423.
- 70 שוורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב", לעיל ה"ש 65, בעמ' 295.
- 71 שם, בעמ' 309.
- 72 בש"א 2236/06 חממי נ' אוהיון (פורסם בנבו, 5.6.2006).
- 73 הבדיקה שערכתי נתונה למגבלה משמעותית הקשורה במאגר הממוחשב של פסקי הדין שבו נעזרתי – אתר נבו. רק בתחילת המאה העשרים ואחת החלו להעלות לאתר נבו באופן סדיר ובמספרים הולכים וגדלים פסקי דין של בתי המשפט השלום והמחוזי, אשר עד לאותה עת הועלו לאתר רק באופן ספורדי. מכאן שלא ניתן להפריד בין הגידול במספר הציטוטים של פסק דין שילה לבין הגידול הכללי במספר פסקי הדין שהועלו לאתר. עם זאת, כפי שעולה מן הגרפים, אחוז הגידול במספר הציטוטים של פסק דין שילה אינו הולם את אחוז הגידול במספר פסקי הדין הכללי. בעוד שבין השנים 1998 ו-2006 הגידול במספר הציטוטים הכללי הוא מתון, הגידול במספר הציטוטים של שילה הוא חד בהרבה. לעומת זאת, בשנת 2006 מתחילה צניחה במספר הציטוטים של פסק דין שילה ואילו מספר פסקי הדין הכללי דווקא נמצא במגמה של עלייה חדה.
- 74 עשויות כמובן להיות סיבות נוספות או אחרות לנפילה החדה במספר הציטוטים של עניין שילה בפסיקת בתי המשפט, כגון הנטייה לצטט פסקי דין חדשים יותר או הפיכת תום הלב הדיוני לעיקרון מובן מאליו שאינו דורש עיגון בפסיקה. עם זאת, להערכת התופעה של ירידה במספר הציטוטים לספרים, מאמרים ופסקי דין של השופט ברק מאפיינת תחומי משפט רבים. עד כה לא נערך מחקר בנושא ולכן השערה זו נותרת בגדר ספקולציה שאין לה תימוכין.
- 75 דורון מנשה "סדר-דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית" עיוני משפט כב 205, 220, ה"ש 69 (1999).
- 76 לימור זר גוטמן "חובת עורך-הדין לא להטעות את בית-המשפט" עיוני משפט כד 413 (2000).
- 77 קובי ורדי "השפעת שיקולי צדק ויושר על ההליך האזרחי" המשפט יב 203 (2007).
- 78 יובל סיני "הדוקטרינה של הודאה והדחה וכללי נטל השכנוע במשפט האזרחי: ניתוח ביקורתי והצעת מודל חדש-ישן" מחקרי משפט כד 165, 206 (2008). למאמרים נוספים שמקבלים את עקרון תום הלב כחלק בלתי נפרד מסדר הדין האזרחי (גם אם תוך העברת ביקורת על האופן שבו הוא מופעל) ראו ארנה רבינוביץ' עניני ודורון דורפמן "שימוש לרעה וחוסר תום לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט-אדברסרי למודל ייצוג מסורתי" ספר שלמה לזין 255 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013); יצחק כהן "עקרון תום הלב בסדרי הדין ביני המשפחה" משפטים מג 293 (2012); רוזן צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 233-248; יצחק כהן ואמל ג'בארין "חקיקה שיפוטית במישור הדיוני – תביעה נגד נתבע אנונימי, בעקבות פרשת מור" עלי משפט יג 135 (2016).
- 79 בש"א 2236/06 חממי נ' אוהיון (פורסם בנבו, 5.6.2006).
- 80 ראו אורן גול-אייל ונוחי פוליטיס "התמקצעות או כלליות? – השפעה של התמקצעות של שופטים על ההליכים וההחלטות" משפטים מד 891, 895-896 (2015); וראו למשל בהנחיות ההסתדרות הרפואית בישראל (הר"י), "מגמות של התמקצעות וריבוי התמחויות ברפואה" www.ima.org.il/MainSiteNew/ViewCategory.aspx?CategoryId=11330.
- 81 ראו John Hardwig, *The Role of Trust in Knowledge*, 88 JOURNAL OF PHILOSOPHY 693, 696 (1991).
- 82 ראו Talia Fisher, *Separation of Law and State*, 43 U. MICH. J.L. REFORM 435 (2010); הילה שמיר "הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית-הסוהר הפרטי" עיוני משפט לה 747 (2013).
- 83 ראו אליקים רובינשטיין "פיצויים עונשיים – מבט מכס המשפט" ספר אור 97 (אהרן ברק ורון סוקול עורכים, 2013).
- 84 ראו Robert Cooter, *Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution*, 73 CAL. L. REV 1 (1985); יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" דין ודברים ו(1) 17 (2011).

- 85 יששכר רוזן־צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" **משפטים** לח 489, 495 (2009) (להלן: רוזן־צבי ופישר).
- 86 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).
- 87 ראו הילה שמיר "הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית־הסוהר הפרטי" **עיוני משפט** לה 747 (2013).
- 88 רוזן־צבי ופישר, לעיל ה"ש 85, בעמ' 504–521, 544–558 (2009).
- 89 כך למשל בספרי **ההליך האזרחי**, כאשר אני דן בעקרון תום הלב, אני מטשטש את העובדה שעיקרון זה חדר לסדר הדין האזרחי עשור מוקדם מדי ומתעלם מכך לחלוטין. ראו רוזן־צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21–22.
- 90 תודה לחברי ישי בלנק שהציע לי את הלקח החשוב הזה. לדיון במקום המרכזי של השקפת העולם, או האידאולוגיה, בהכנה של שדות משפטיים ראו ישי בלנק "הגישה הביקורתית למשפט והחינוך המשפטי: היררכיה, זעם ומה הלאה?" **מעשי משפט** ט(1) 35 (2017).
- 91 כך למשל, בעניין חובת תום הלב החוזי, שופטים ומלומדים שתמכו בצמצום חובת תום הלב העלו בתמיכה לעמדתם את השיקול המוסרי שלפיו על צד לחוזה לא מוטלת חובה מוסרית לפעול לקידום האינטרסים של הצד השני וכי "יש לבחור את שביל הזהב שבין האגואיזם המורה על אי־גילוי, ניכור מוחלט והסתרת מידע במהלך משא ומתן, ובין האלטרואיזם המצווה על גילוי של קלפי המיקוח, גם אם היא בכך כדי לפגוע באינטרס של המגלה עצמו" **עניין ספקטור**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 238). מנגד, התומכים בפרשנות רחבה של חובת תום הלב העלו את הטענה המוסרית הנגדית לפיה "המחוקק שלנו הרגיש בצורך להבטיח רמה מוסרית גבוהה ככל האפשר בניהול עסקים ולשם כך התקין, בין היתר, את סעיף 12 לחוק החוזים המחייב כל צד לנהוג בתום־לב במשא־ומתן לקראת כריתתו של חוזה" וכי "צדדים המתחילים לנהל ביניהם משא ומתן יוצרים ביניהם יחסים קרובים. אין הם 'זרים' יותר איש לרעהו, כי אם עשויים להפוך בעתיד הקרוב ל'שותפים' במובן של צדדים לחוזה" **עניין ספקטור**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 237). מתחום הרווחה החברתית נטען כי אם יורחבו יתר על המידה חובות תום הלב המוטלות על הצדדים לחוזה עלולה להיגרם "פגיעה ביציבות חיי המסחר" וכי "דרישת גילוי מוגזם, ולו גם באיצטלה של תום לב עלולה לחתור תחת אשיות הכלכלה החפשית ולסכל יוזמה פרטית" **עניין ספקטור**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 238) (פסק הדין מפנה למאמר של גבריאלה שלו "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן" **משפטים** ז 118, 138 (1976)). ואילו מן הצד השני נטען כי דווקא פרשנות מצמצמת של חובת תום הלב היא זו שתפגע ברווחה החברתית, שכן קיימת סכנה שהצדדים שלא ידעו פרטים מהותיים לעסקה לא יוכלו לכלכל את צעדיהם בהתאם **עניין ספקטור**, לעיל ה"ש 43 בעמ' 236) (השופט אשר)). ההוגה הביקורתי דנקן קנדי, כינה טיעונים מסוג זה "מקטעי טיעון" (argument bites), והראה באופן משכנע שהם מלמדים על האופן שבו המשפט פועל ככלי רטורי, המשמש להצדקה של פרקטיקות מסוימות ולדחייתן של אחרות בהתאם לאידאולוגיה או להשקפת העולם השלטת בשדה המשפטי. ראו Duncan Kennedy, *A Semiotics of Legal Argument* 42 SYRACUSE L. REV. 75, 76 (1991).
- 92 "מהותנות" היא עמדה שלפיה לעצמים ולאיראות יש מהות, כלומר אוסף של תכונות קבועות שאינן משתנות ואינן נפרדות מאותו העצם או אותה האיראה, ההופכות אותם למה שהם. דוגמה לשני מאמרים בתחום הפרוצדורה שלוקים במהותנות: שוורץ "תחולתו של עקרון תום־הלב", לעיל ה"ש 65; יצחק כהן "עקרון תום הלב בסדרי הדין ביניי המשפחה" **משפטים** מג 293 (2012). לביקורת על עמדה זו ראו רוזן־צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 234–240.
- 93 ראו גבריאלה שלו "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן" **משפטים** ז 118 (1976).
- 94 אהרן ברק "הנשיא שמגר והמשפט הציבורי" **משפט וממשל** ג(1) 11, 12 (1995).
- 95 אהרן ברק "דיני הנוזיקין לאן?" בתוך **מבחר כתבים** ב 1067, 1080 (2000).
- 96 לדיון מעמיק בביקורת על הגישה של דודי שוורץ ראו רוזן־צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 234–240.

- 97 לדיון ביקורתי ב"בעיית העומס" על בתי המשפט והשפעתה על האופן שבו מתנהלים הליכים אזרחיים, ראו יששכר רוזן־צבי "ביזור מערכת השפיטה בישראל: התפקיד הנסתר של סדרי הדין" **משפטים** מו 717 (2017).
- 98 ראו למשל שוורץ סדר דין אזרחי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 24; משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין **במשפט האזרחי הלכה למעשה** 15 (2007).
- 99 לבעיה דומה בארה"ב ראו Emily Sherwin, *The Story of Conley: Precedent by Accident*, CIVIL PROCEDURE STORIES 281 (2008).
- 100 חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" **משפטים** לא 415, 419 (2000).
- 101 שם.
- 102 שם, בעמ' 418-424. ראו גם יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי־ודאות במשפט" **דין ודברים** ו 1, 34-35 (2011); ורע"א 1990/06 רונלד (רוני) ארבס נ' סיבל נהריה בע"מ, פס' ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.4.2007).
- 103 ראו רוזן־צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 227-233 (הסמכות הטבועה). ראו גם ע"א 4928/92 עזרא נ' המועצה המקומית תל מונד, פ"ד מז(5) 94 (1993) (מניעות מכוח מצג); ע"א 8/74 לייזרוביץ' נ' לייזרוביץ', פ"ד כח(2) 436 (1974) (שימוש לרעה בהליכי משפט).