

האם שבו הצדדים להיות שליטי החוזה לאחר תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973*?

יורם דנציגר, ** צביקה מצקין***

רשימה זו מתמקדת באופן שבו יש לפרש חוזים בשים-לב לתיקונו של סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. על בית-המשפט לתת משקל מהותי ללשון החוזה, וזאת כנגזרת של עקרון חופש החוזים, שהינו עקרון-על בדיני חוזים. עקרון חופש החוזים מתבטא אף בזכותם של הצדדים לחוזה ליהנות מהגנה מפני התערבות שיפוטית מיותרת בהסכמות החוזיות. קיים מתח בין הגשמת רצון הצדדים, כפי שהוא עולה מהטקסט החוזי, לבין תפיסת הפרשנות התכליתית, כפי שזו משתקפת ברטוריקה של הלכת אפרופים, על-אף הנסיונות להציב לה "תמרורי אזהרה" בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות. הגם שהלכת אפרופים אינה שגויה, הרטוריקה של הלכה זו בעייתית, היות שהיא מאפשרת לבית-המשפט להתערב בתוכן החוזה אף כאשר אין הצדקה לכך. כאשר מדובר בחוזה כתוב, אל לו לשופט-הפרשן להתחיל את התהליך הפרשני או להמשיכו בהסתמך על כל מקור שאליו תוביל אותו האינטואיציה שלו. עליו לפתוח תמיד את התהליך הפרשני בלשון החוזה ובמה שמשמע ממנה.

במסגרת פרק ד של רשימה זו מוצע מודל לפרשנות חוזה שיש בו כדי להגשים את עקרונות-היסוד של דיני החוזים. על-פי המודל המוצע, פנייה לנסיבות אפשריות, אולם זו תיעשה רק לאחר בחינת לשון החוזה ובהתקיים תנאים מסוימים. המודל המוצע נבדל מגישת הפרשנות התכליתית בכך שהוא נותן משקל מכריע ללשון החוזה בעת פרשנותו. עם זאת, אין מניעה שהצדדים יביאו את ראיותיהם בדבר הנסיבות החיצוניות לחוזה גם אם לשון

* מאמר זה עתיד להתפרסם במתכונתו המלאה בספר עיון המציין את פועלו של שופט בית-המשפט העליון בדימוס אליהו מצא. אנו מודים לשופט מצא, לפרופ' נילי כהן ולפרופ' שחר ליפשיץ על שהקדישו מזמנם לקריאת טיוטת המאמר ועל הערותיהם המועילות. כמורכב אנו מודים לד"ר עלי בוקשפן, לרם פרדס ולמערכת כתב-העת **משפט ועסקים** על ההערות המועילות.

** שופט בית-המשפט העליון. כאשר נעשה שימוש ברשימה זו בלשון יחיד בגוף ראשון, הדברים נאמרים בשם השופט דנציגר בלבד.

*** עורך-דין (LL.M, LL.B), אוניברסיטת תל-אביב, עוזר משפטי בבית-המשפט העליון.

החוזה ברורה ומפורשת, שכן סעיף 25(א) לחוק החוזים אינו קובע מגבלה ראייתית. לגישתנו, סעיף זה קובע מגבלה מהותית שלפיה השופט־הפרשן יוכל להיזקק לנסיבות החיצוניות לצורך פרשנות החוזה רק במקרים מיוחדים שבהם הוכיח צד לחוזה כי לשון החוזה אינה משקפת את אומדן־דעתם של הצדדים. לטעמנו, על אותו צד לעמוד בנטל ראייתי מוגבר לצורך הוכחת טענתו זו. לא למותר לציין כי המודל הפרשני המוצע שונה גם מגישת "שני השלבים" שנהגה עד הלכת אפרופים, שלפיה בשעה שלשון החוזה ברורה קם מחסום ראייתי המונע את הצדדים מלהביא את ראיותיהם בדבר הנסיבות החיצוניות לחוזה.

פרק א : מבוא

1. מטרת הרשימה והנושאים שיידונו במסגרתה
2. גישת "שני השלבים" והמעבר לגישת "הפרשנות התכליתית" של החוזה
3. הצבת "תמרורי אזהרה" להלכת אפרופים והאפקטיביות שבהם
4. הניסיון לתת משקל ראוי לשון החוזה על־אף הרטוריקה של הלכת אפרופים

פרק ב : עקרון חופש החוזים כעקרון־על בדיני החוזים

1. מבוא
 2. מעמדו של עקרון חופש החוזים והצדקותיו
 3. נפקותו האופרטיבית של עקרון חופש החוזים
 4. האם תורת הפרשנות התכליתית של החוזה עולה בקנה אחד עם עקרון חופש החוזים?
 5. על "אובייקטיביות", "סובייקטיביות" ומה שביניהן
 6. בין פירוש לבין השלמה
 7. נטישת התכלית הסובייקטיבית של החוזה לטובת תכליתו האובייקטיבית
 8. מעמדם של ערכי השיטה ואמות־מידה של "סבירות" ו"היגיון מסחרי"
 9. הקושי טמון באופן שבו יושמה הלכת אפרופים וברטוריקה שלה, אך לא בהלכה עצמה
 10. האם די ב"תמרורי האזהרה" שהוצבו בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות?
 11. תכליתו של תיקון מס' 2 לחוק החוזים
 12. השלכותיה של הפגיעה בעקרון חופש החוזים
- פרק ג : תפקידו של בית־המשפט במלאכת פרשנות החוזה
1. בית־המשפט אינו "צד" לחוזה

משפט ועסקים טו, תשע"ב האם שבו הצדדים להיות שליטי החוזה?

2. מעמדו של בית-המשפט בפרשנות החוזה לפי הרטוריקה של הלכת אפרופים
 3. בניגוד לרטוריקה של הלכת אפרופים, קיימים טקסטים חוזיים שאינם טעונים פרשנות
- פרק ד : המודל המוצע
1. הקושי שהמודל המוצע מתמודד עימו
 2. לפי המודל המוצע, אין להיזקק לתכלית האובייקטיבית של החוזה
 3. לפי המודל המוצע, לשון חוזית ברורה ומפורשת אינה מונעת במקרים המתאימים היזקקות לנסיבות חיצוניות
 4. אופן ההיזקקות לנסיבות חיצוניות בראי המודל המוצע
- (א) הערכים והעקרונות שצריך שישפיעו על אופן ההיזקקות לנסיבות החיצוניות
- (ב) בהתאם למודל המוצע, נסיבות חיצוניות עשויות לסתור את לשון החוזה
5. סעיף 25(א) לחוק החוזים ותיקונו
 6. לפי המודל המוצע, פרשנות לעולם תתחיל בלשון החוזה
 7. "החוזה השותק"
 8. חוזה שלשונו ניתנת ליותר מפרשנות אחת
 9. המודל המוצע – מילים לסיכום

פרק א: מבוא

1. מטרת הרשימה והנושאים שיידונו במסגרתה

על רקע הביקורת ההולכת וגוברת כלפי כללי הפרשנות החוזיים שאומצו בפסיקתו של בית-המשפט העליון החל בשנות התשעים של המאה העשרים, כפי שגובשו בעניין **אפרופים** ובדיון הנוסף בעניין **ארגון מגדלי ירקות**,¹ תוקן סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי) (להלן: חוק החוזים)² כך שנוסחו נכון להיום הוא: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו."³

1 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: עניין אפרופים או הלכת אפרופים); דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006) (להלן: הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות).

2 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118.

3 חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011, ס"ח 202 (להלן: תיקון מס' 2 לחוק החוזים).

מטרתה של רשימה זו היא להציג את האופן שבו יש לפרש לטעמנו חוזים בשים-לב לתיקון של סעיף 25(א) לחוק החוזים.⁴ רשימה זו תדגיש כי במסגרת פרשנותו של תיקון מס' 2 לחוק החוזים ויישומו הלכה למעשה של התיקון במלאכת פרשנותו של חוזה על-ידי בית-המשפט, שומה על בית-המשפט לתת משקל מהותי ללשון החוזה. זאת, כנגזרת של עקרון חופש החוזים, שהינו עקרון-העל בדיני חוזים, אשר מקנה לצדדים לחוזה את החופש לעצב את תוכנו של החוזה כאוות נפשם, בכפוף לסייגים מספר שאותם קבע המחוקק. עקרון חופש החוזים הינו גם זכותם של הצדדים לחוזה ליהנות מהגנה מפני התערבות שיפוטית מיותרת בהסכמות החוזיות תוך שימוש בתהליכי פרשנות והשלמה של חוזים. זאת ועוד, בכוונתנו להדגיש ברשימה זו כי לא כל טקסט חוזי טעון פרשנות. קיימים חוזים רבים שהם ברורים, בהירים ומובנים לחלוטין, כך שלשונם משקפת את אומדן-דעתם של הצדדים. חוזים כאלה אינם זקוקים לפרשנות.

הרשימה תעסוק כאמור בהגבלות שצריך שיחולו לטעמנו על הפרשן של הטקסט החוזי. לאחר-מכן תבחן רשימה זו את הצדקתה של דוקטרינת הפרשנות התכליתית של החוזה לאור עקרונות-היסוד של דיני החוזים. הרשימה תצביע על המתח שבין הגשמת רצון הצדדים, כפי שהוא עולה מהטקסט החוזי, לבין תפיסת הפרשנות התכליתית, כפי שזו משתקפת ברטוריקה של הלכת **אפרופים**, וזאת על-אף הנסיונות להציב לה "תמרורי אזהרה" בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין **ארגון מגדלי ירקות**. הרשימה תצביע על כך שכללי פרשנות החוזה העולים מהרטוריקה של הלכת **אפרופים** עלולים לסכל במידה רבה את היכולת להגשים באופן ממשי את עקרונות-היסוד של דיני החוזים, וכיום אף את מצוות המחוקק, כפי שהיא נלמדת מתיקון מס' 2 לחוק החוזים. יודגש: אין אנו סבורים כי הלכת **אפרופים** שגויה, ואנו מסכימים עם עיקריה. אולם לטעמנו הרטוריקה של הלכה זו בעייתית ואינה עולה בקנה אחד עם עקרונות-היסוד של דיני החוזים בישראל.

עוד תעמוד רשימה זו על כך שלהבדיל מגישת הפרשנות התכליתית של החוזה הגורסת כי השופט-הפרשן רשאי לדלג בין הטקסט החוזי לבין הנסיבות ב"תנועת

4 לאחרונה פירש בית-המשפט העליון את משמעותו ותכליתו של תיקון מס' 2 לחוק החוזים, ובתוך כך נקבע בדעת רוב כי תיקון מס' 2 לא שינה מגישת הפרשנות התכליתית כפי שהתגבשה בפסיקתו של בית-המשפט זה בעניין **אפרופים** ובדיון הנוסף בעניין **ארגון מגדלי ירקות**. ראו את פסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין ברע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ** (טרם פורסם, 26.2.2010) (להלן: עניין **המוסד לביטוח לאומי**). השוו לעמדתו של השופט נ' הנדל באותו עניין. אנו סבורים כי האופן שבו המשנה לנשיאה ריבלין מפרש את תכליתו של תיקון מס' 2 מרוקנת אותו מתוכן, ואינה עולה בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית הרלוונטית ששימשה לו רקע. להיסטוריה החקיקתית של התיקון ראו הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), התש"ע-2010, ה"ח 198. כן ראו פס' 12 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור בע"א 1062/09 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' בינר** (טרם פורסם, 27.3.2012). עוד ראו והשוו הערותיו של השופט דנציגר בע"א 11039/07 **אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ** (טרם פורסם, 6.7.2011) (להלן: עניין **אליהו**). השוו גם לפס' 11 להחלטתה של השופטת ע' ארבל בדנ"א 1797/12 **ליסטר נ' פרידנברג** (טרם פורסם, 16.8.2012).

מטוטלת" ולהתחיל את פרשנות החוזה גם בנסיבות החיצוניות,⁵ עמדתנו, כפי שנציגה, היא שכאשר מדובר בחוזה כתוב, אל לו לשופט-הפרשן להתחיל את התהליך הפרשני או להמשיכו בהסתמך על כל מקור שאליו תוביל אותו האינטואיציה שלו. עליו לפתוח תמיד את התהליך הפרשני בלשון החוזה ובמה שמשמע ממנה, בהתאם להוראת המחוקק בסעיף 25(א) לחוק החוזים כפי שתוקן זה לא כבר. יובהר: לגישתנו, פנייה לנסיבות אפשרית כמובן גם כיום, לאחר תיקונו של סעיף 25(א) לחוק החוזים, אולם פנייה זו תיעשה רק לאחר בחינת לשון החוזה ובהתקיים תנאים שעליהם נעמוד בהמשכה של רשימה זו.

במסגרת פרק ד תציע רשימתנו מודל לפרשנות חוזה הנגזר לטעמנו מתיקון מס' 2 לחוק החוזים ואשר יש בו כדי להגשים את עקרונות-היסוד של דיני החוזים. מודל זה נבדל מגישת הפרשנות התכליתית של החוזה, כפי שבאה לידי ביטוי בהלכת אפרופים ובדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, שכן לפי מודל זה יש לתת משקל משמעותי ומכריע ללשון החוזה בעת פרשנותו, ואין משקלן של הנסיבות החיצוניות שווה למשקלה של לשון החוזה. כמו-כן, לפי מודל זה, המסע הפרשני יתחיל לעולם בלשון החוזה. יובהר: לפי מודל זה אין מניעה שהצדדים יביאו את ראיותיהם בדבר הנסיבות החיצוניות לחוזה גם אם לשון החוזה ברורה ומפורשת, שכן סעיף 25(א) לחוק החוזים אינו קובע הגבלה ראייתית. עם זאת, לגישתנו, סעיף זה קובע מגבלה מהותית שלפיה השופט יוכל להיזקק לנסיבות החיצוניות לצורך פרשנות החוזה רק במקרים מיוחדים שבהם הוכיח צד לחוזה, תוך שהוא עומד בנטל ראייתי מוגבר, כי לשון החוזה אינה משקפת את אומד-דעתם של הצדדים. יצוין כי המודל הפרשני המוצע על-ידינו שונה גם מגישת "שני השלבים", שלפיה בשעה שלשון החוזה ברורה קם מחסום ראייתי המונע מהצדדים את האפשרות להביא את ראיותיהם בדבר הנסיבות החיצוניות לחוזה.

2. גישת "שני השלבים" והמעבר לגישת "הפרשנות התכליתית" של החוזה

עד לאמצע שנות התשעים של המאה הקודמת שלטה בכיפה שיטת פרשנות החוזה שזכתה בכינוי "שיטת שני השלבים" (או "השיטה הדו-שלבית"). לפי שיטה זו, יש לפרש חוזה בראש ובראשונה לפי לשונו, וכאשר זו ברורה, עוצרים בה ואין מתחקים אחר אומד-דעתם הנסתר של הצדדים כפי שהוא משתקף מהנסיבות החיצוניות לחוזה. ברקע של שיטה פרשנית זו עמד סעיף 25(א) לחוק החוזים בנוסחו הקודם, שלפיו "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות".⁶

גישת הפרשנות הדו-שלבית גורסת כי המהלך הפרשני הוא מהלך "טורי" דו-שלבי –

5 ראו להלן את המובאות ליד ה"ש 133 וליד ה"ש 211.

6 ראו בהקשר זה את דבריה של גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 48 (2005) (להלן: שלו החלק הכללי). ראו גם שם, בעמ' 418: "מאז שנחקק סעיף זה הובנה הוראתו כקובעת מסלול דו-שלבי לפירוש חוזים...".

כאשר השלב הראשון מוכתר בהצלחה, אין נזקקים לשלב השני, שעניינו חתירה לגילוי תכליתו של החוזה תוך היעזרות בנסיבות חיצוניות לו. אולם באמצע שנות התשעים של המאה הקודמת, עם פרסומו של פסק-הדין בעניין **אפרופים**, התחוללה מהפכה של ממש בתחום פרשנות החוזה.⁷ בניגוד להלכה המורשת של בית-המשפט העליון כפי שהתגבשה עד לפסק-הדין בעניין **אפרופים** ותוך התעלמות ממושכלות ראשונים בדיני החוזים – שלפיהם "הצדדים הם אדוני החוזה", "אין הצדדים משחיתים מילותיהם לריק",⁸ ויש ליתן תוקף ממשי לאוטונומיית הרצון החופשי של הצדדים לאור עקרון-העל בדיני החוזים, שהוא עקרון חופש החוזים – נוצרה יש מאין מציאות משפטית חדשה וסדרי עולם התיאור, שכן הגישה הפרשנית שהתגבשה בעניין **אפרופים**, אשר נודעה לימים בכינוי "גישת הפרשנות התכליתית של החוזה", קבעה כי לשון החוזה היא אך נקודת מוצא למהלך הפרשני.

גישת "שני השלבים" שנהגה עד הלכת **אפרופים** שיקפה את המסורת הפסיקתית הענפה, העקבית והמבוססת של בית-המשפט העליון שהייתה נהוגה מימים ימימה,⁹ והיא נתנה משקל מכריע ללשון החוזה.¹⁰ משמעותה של גישה זו אינה שלשון ברורה גוברת על תכלית ברורה הסותרת את הלשון, אלא שלשון ברורה מעידה על אומדן-דעתם של המתקשרים ועל תכלית התקשרותם. ואם הלשון ברורה, ממילא גם התכלית ידועה,

7 ראו, למשל, את דבריו של המשנה לנשיא מ' חשין בדיון הנוסף בעניין **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37 (פס' 1 לחוות-דעתו): "...ברבות הימים הסכימו הכול כי היה בה בהלכה [שניתנה בעניין **אפרופים**] כדי לשנות סדרים שנהגו 'לא רק בפרשנות חוזים אלא גם בנושאים אחרים כמו תפקיד בית-המשפט בתחום החוזים ומקומם של עקרונות חופש החוזים ותום-הלב בדיני החוזים'".

8 ראו, למשל, שלו **החלק הכללי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 428; גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת **אפרופים**)" **ספר מישאל חשין** 645, 646, 659–660 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009) (להלן: שלו "שליטי החוזה").

9 ראו, למשל, את הפניותיו של השופט מצא בחוות-דעתו בעניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 283–284. כן ראו את דבריו של הנשיא מ' שמגר בע"א 832/81 **רלפו (ישראל) בע"מ נ' נורוויץ יוניון פייר אינשורנס סוסייטי לימיטד**, פ"ד לט(1) 38, 43 (1985): "משמע, לאור נוסחו של הרישא לסעיף 25(א) אומדן דעתם של הצדדים נבחן בראש ובראשונה לפי הכתוב, ואין מקום לבידול של המחלוקת בקשר למה שהוסכם ובקשר למה שדובר, אם יש לנוסחו של החוזה או לנוסחה של התניה הרלוואנטית פירוש ברור ומובן...". על דבריו אלה חזר הנשיא שמגר אף בע"א 736/82 **כפר חסידיים, מושב עובדים דתי בע"מ נ' אברהם**, פ"ד לט(2) 490, 493 (1985). אף השופט ד' לוי, שבעניין **אפרופים** תמך בגישת הפרשנות התכליתית של החוזה, הכיר – במסגרת פסק-הדין שניתן בע"א 151/87 **ש. ארצי, חברה להשקעות בע"מ נ' רחמני**, פ"ד מג(3) 489, 501 (1989) – בכך שהלכה מורשת בפסיקתו של בית-המשפט העליון היא כי בהתאם לס' 25(א) לחוק החוזים, "ההפניה אל הנסיבות היא... חלופה, העולה רק כאשר אין מובן ברור לנוסחו של הכתוב". באופן דומה פסק השופט לוי בשבתו במוות יחד עם השופט מצא בע"א 3645/92 **קלנר נ' לופוביץ**, פ"ד מז(4) 133, 141 (1993). לכאורה נדמה כי עמדתם של השופט מצא ושל השופט לוי דומות, ומתעוררת השאלה כיצד בעניין **אפרופים** התיאור הוצרכו באופן שהשופט לוי בחר לסטות מההלכה המורשת שבה דבק לאורך השנים ולצרף את דעתו לגישת הפרשנות התכליתית של החוזה. כן ראו את דבריו של המשנה לנשיא חשין בדיון הנוסף בעניין **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 42.

10 ראו את עמדתו של השופט מצא בעניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 283.

ושוב אין בית-המשפט פונה להתעמק בצפונותיהם של המתקשרים, שמא בסתר ליבם כיוונו לתכלית אחרת, שלא הביאוה לידי ביטוי.¹¹ לפי גישה זו, רק אם לשון החוזה אינה ברורה ניתן לעבור לשלב השני, שבגדרו נבחנת תכלית החוזה גם לאור נסיבותיו החיצוניות. זאת ועוד, ייתכנו מקרים שבהם תידרש ראייה חיצונית לביאור משמעותם הסובייקטיבית של ביטויים לשוניים שמשמעותם האובייקטיבית ברורה – למשל, כאשר הצדדים השתמשו במילות "קוד".¹²

גם לפי גישת "שני השלבים", בחינת אומד-דעתם של הצדדים אינה מוגבלת לפירוש מילולי של הלשון שהצדדים נקטו, אלא עסקינן בתהליך שמטרתו הסופית היא בירור תכליתו של החוזה כפי שהיא משתמעת מתוכו, כמכלול שלם.¹³ אולם ככל שבגוף הוראותיו האחרות של החוזה אין משום ראייה לסתור, חזקה על הצדדים כי התכוונו ללשון שנקטו.¹⁴ שני שיקולי מדיניות עיקריים עומדים ביסודה של גישה זו: האחד – הגנת אינטרס ההסתמכות של הצדדים, אשר עמלו על כתיבת ההסכם וציפו כי זה יכובד ככתבו וכלשונו; והאחר – ראיית הכתב כמקור אמין ביותר ללימוד אומד-דעתם של הצדדים, שכן "דרך בני האדם היא להקפיד ולדקדק בניסוח הסכמותיהם החוזיות".¹⁵ הסוגיה של פרשנות החוזה שבה ועלתה לסדר-יומו של בית-המשפט העליון בפסק-הדין שניתן בעניין **ארגון מגדלי ירקות**,¹⁶ שבמסגרתו חזר השופט א' ריבלין על התפיסה כי "לשון הטקסט היא נקודת המוצא של הפרשנות, והיא התחמת את גבולות הפירוש, אך אין היא יכולה להוות נקודת סיום",¹⁷ וכי "בהירותה של הלשון אינה נקבעת על-פי תחושת לשון קדם פרשנית של השופט, אלא היא פרי מסקנה פרשנית הבאה בסיומו של התהליך הפרשני".¹⁸

על פסק-הדין שניתן בעניין **ארגון מגדלי ירקות** הוגשה בקשה לקיים דיון נוסף. הרקע לבקשה היה הוויכוח הסוער שעוררה הלכת **אפרופים**, כמורגם התמיכה בה בעניין **ארגון מגדלי ירקות** חרף הביקורת שהופנתה כלפיה בקהילה המשפטית.¹⁹

11 ש.ם.

12 ש.ם, בעמ' 285.

13 ש.ם, בעמ' 284.

14 ש.ם, בעמ' 285.

15 ש.ם.

16 ע"א 2553/01 **ארגון מגדלי ירקות** – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481 (2005) (להלן: עניין **ארגון מגדלי ירקות**).

17 ש.ם, בעמ' 492.

18 ש.ם.

19 בעניין הביקורת שעוררה הרטוריקה של הלכת **אפרופים** ראו, למשל, דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" **המשפט** ח 483 (2003) (להלן: פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות'"). כן ראו את התייחסותו של איל זמיר לתגובות שעורר פסק-הדין בעניין **אפרופים** ול"סערה" שהתחוללה סביבו בקהילה המשפטית – 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, 387, 405, 406 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: זמיר "השופט ברק ודיני החוזים"). עוד ראו אלכסנדר (סנדי) קדר, פנינה

3. הצבת "תמרווי אזהרה" להלכת אפרופים והאפקטיביות שבהם

הבקשה לקיום דיון נוסף בפסק-הדין שניתן בעניין ארגון מגדלי ירקות התקבלה, אולם על-אף הביקורת הקשה על הלכת אפרופים, שב בית-המשפט העליון ואשרר אותה בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות. השופט ריבלין, שכתב את חוות-הדעת המרכזית של דעת הרוב בדיון הנוסף, הדגיש כי "הלכה זו, שבאה לידי ביטוי ברור וסדור בפסק דינו של חברי הנשיא בעניין אפרופים הנ"ל, הינה ראויה בעיניי"²⁰. במסגרת הדיון הנוסף ניסה המשנה לנשיא חשין להציב גבולות להשתרעותה של הלכת אפרופים, תוך שהוא מבחין בין הלכת אפרופים עצמה לבין הרטוריקה שהתפתחה בעקבותיה והאופן המוטעה שבו היא הובנה ויושמה על-ידי בתי-המשפט:

"על דרך העיקרון מסכימים אנו עם עיקריה של ההלכה. לא כן היא דעתנו כאשר לרוח שהחלה מנשבת מן ההלכה, לפריצת המוסרות שההלכה הזמינה את הקורא בה. אין דעתנו נוחה מההשקפה – השקפה שהמבקשים מוצאים לה אחיזה בהילכת אפרופים – כי בתי-המשפט מותרים בנסיבות אלו ואחרות להתערב

אלון, עידן לרון וענת רום "ראיון עם השופטת (בדימוס) דליה דורנר" דין ודברים א 15, 17 (2004): "...יישומו של פסק הדין הביא לתוצאות לא טובות לטעמי, כאשר בתי המשפט לא נתנו לחוזה הכתוב את המשקל הכבד שיש להעניק לו. לימים ישבתי בהרכב אחר עם הנשיא ברק, בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב. בפסק דין זה, שופטת בית המשפט המחוזי פירשה לכאורה את החוזה לאור הלכת אפרופים, אך בפועל התעלמה לחלוטין מן הכתוב בחוזה, ובמקום זאת בנתה את פסק הדין על נסיבות חיצוניות בלבד. למקרא פסק הדין, חשתי כי הפירוש המרחיב של הלכת אפרופים הביא לפרשנות חוזה שספק אם עלתה בקנה אחד אפילו עם כוונתם של השופטים שכתבו את פסק דין אפרופים. הכוונה באפרופים הייתה כי בכל מקרה יש לתת לחוזה הכתוב משקל כבד מאוד, אחרת יתמוטטו חיי המסחר עקב חוסר הוודאות. על כן החלטתי לנצל את ההזדמנות ולכתוב את פסק הדין שבערעור שיבהיר ויחזיר אותנו למושכלות ראשונים ולפרופורציה נכונה בהבנה של פסק הדין. ואולם בסופו של דבר, הגיעו הצדדים לפשרה, כך שלמרבח הצער לא נזדמנה לנו האפשרות לסייג ולהבהיר את ההלכה."

עוד על הביקורת שנמתחה על הלכת אפרופים ראו במאמרו של ישראל ציגנלאוב "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים" הפרקליט נ 263, 264 (2008) והאסמכתות הנזכרות בה"ש 1 שם. עוד ראו בהקשר זה את דבריו של המשנה לנשיא חשין בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לחוות-דעתו: "אכן, רבים – גם מן המצדדים בהילכת אפרופים – אין דעתם נוחה מן הדרך שבה נתפשה ההלכה בחיי היומיום של המשפט; שרוחה של ההלכה ניכסה לבית-המשפט סמכויות החורגות מתחום הפרשנות במובנה המסורתי, ותוך כך חתרה תחת הוודאות והביטחון שהם כה חשובים למי שכורתים חוזה ביניהם. לא בכדי שוררת בקרב רבים מן העוסקים במשפט – שופטים, עורכי-דין וחכמי משפט – תחושה של חוסר ודאות מלונָה בחשש כי חוזה כתוב וחתום – ככתבו וכלשונו – אינו עוד יכול להבטיח את זכויות הצדדים לו, שכן כיום עשוי בית-משפט לפרשו כדרכו וכי כל תוצאה (כביכול) ניתנת להשגה באמצעות פרשנות."

²⁰ הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 30 – פס' 12 לחוות-דעתו של השופט ריבלין.

בחוזה שהצדדים עמלו ימים ולילות על ניסוחו ועורכי־דין בחנו כל תו ותג שבו שוב ושוב. כן מתקשים אנו לקבל מצב דברים שלרקע נסיבות כריתתו של חוזה בכתב עשוי בית־משפט למצוא בחוזה 'אי־בהירות', תהא לשונו של החוזה אשר תהא, וכי מכוחה של אותה 'אי־בהירות' ישליט בית־המשפט על החוזה 'תכלית אובייקטיבית' ויחייב את הצדדים בפירוש שמקורו בעקרונות 'אובייקטיביים' נעלים שבית־המשפט סובר שנכון וראוי כי ישלטו בחוזה הגם שאין להם אחיזה בהסכמתם ה'אובייקטיבית'. דומה עלינו כי בניסוחם של כללי הפרשנות שנוצקו בפרשת אפרופים רחק בית־המשפט מתפקידו המסורתי כפרשן במובנו המסורתי של מושג הפרשנות, והחל משים עצמו צד לחוזה ממש.²¹

אולם בסופו של יום נותר המשנה לנשיא חשין בדעת מיעוט, הגם שהשופט גרוניס הוסיף את אזהרתו כי על בתי־המשפט להימנע מליהפך לצד לחוזה, וכי עליהם להקפיד לא ליצור בעבור הצדדים את ההסדר החוזי. כפי שעוד נעמוד על כך להלן, "תמרורי האזהרה" שהציבה דעת הרוב בדיון הנוסף ביחס ל"רוח" שפרצה לאחר הלכת אפרופים לא מיתנו לטעמנו את אותה "רוח" ואת הרטוריקה המפליגה של הלכה זו, ולכן הוחמצה לדעתנו הזדמנות חשובה להתוות קווים ברורים יותר באשר לאופן יישומה של הלכת אפרופים, תוך העמדת הרטוריקה שלה על דיוקה. אנו סבורים כי קשה להשלים עם רטוריקה שלפיה הטקסט החוזי, גם כאשר הוא בהיר, מפורש וחד־משמעי, יהיה ברור אך ורק לאחר מהלך פרשני, וזאת אף ביתר שאת מקום שהמהלך הפרשני נוטש עד־מהרה את כוונת הצדדים הקונקרטיים ומגבש את אומד־דעתם בהתאם לערכי השיטה ולאמות־מידה אובייקטיביות שמעולם לא עמדו לנגד עיניהם של הצדדים לחוזה.

נשאלת השאלה: האומנם אין טקסטים ברורים שאין צורך לפרשם מלכתחילה? ומה באשר לעובדה שאופן יישומה של הלכת אפרופים מוטט את סדר הפרשנות בין הלשון לנסיבות באופן שהשופט־הפרשן רשאי "לקפוץ" בין הלשון לבין הנסיבות ללא מחויבות כלשהי ללשון המפורשת שהצדדים נקטו?

על־אף "תמרורי האזהרה" שהוצבו בדעת הרוב בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, איננו סבורים כי פסק־הדין שניתן בדיון הנוסף עונה על הקשיים שמעוררת הרטוריקה המלווה את גישת הפרשנות התכליתית של החוזה בכל הנוגע במשקלן ובמעמדן של נסיבות כריתת החוזה, בעיתוי ההיזקקות להן לאורך התהליך הפרשני כמו־גם בקושי הכרוך בהזרמתם של ערכי השיטה למערכת היחסים החוזית שבין הצדדים.

בשנת 2009, כארבע שנים לאחר הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, הונחה על שולחנה של הכנסת הצעת חוק פרטית של חבר־הכנסת יריב לוין לתיקון סעיף 25(א) לחוק החוזים,²² אשר התקבלה כאמור בשנת 2011, אם כי בנוסח שונה. הגם שיש

21 שם, בעמ' 37–38 – פס' 2 לחוות־דעתו של המשנה לנשיא חשין (ההדגשות במקור). כן ראו שם, בעמ' 44.

22 הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), התש"ע-2010, ה"ח 198.

הסבורים כי סעיף 25(א) לחוק החוזים תוקן באופן שיש בו כדי לאיין את הרטוריקה של הלכת אפרופים,²³ אחרים טוענים כי תיקון החוק לא השיג מטרה זו.²⁴

23 ראו את רשימתה של נילי כהן "נאמנות הפרשן", שעתידה להתפרסם בספר עיון לכבוד פועלו של השופט מצא. כן ראו נילי כהן "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה" **עורך הדין** 11, 102 (2011) (להלן: כהן "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה"): "למרות שלשון התיקון של סעיף 25 לחוק החוזים עומדת בניגוד למה שביקש המחוקק להשיג, תכליתו הברורה היא לבטל את כלל הפרשנות העולה מהלכת אפרופים, ולהשיב למרכז הבמה את הצדדים ואת לשון החוזה. סיכויי ההצלחה של התיקון החקיקתי המוצדק, המבקש להשיב את החוזה בחזרה לידי המתקשרים, הם גבוהים ביותר." נוסף על כך ראו את עמדתו של ד"ר אורי בן-אוליאל "אפרופו ברק" **גלובס** 3.9.2011, 12, שם הדגיש כי התיקון שבוצע בס' 25(א) לחוק החוזים שינה את כללי פרשנות החוזה, כפי שניתן ללמוד הן מלשונו של התיקון והן מההיסטוריה החקיקתית שלו ומהרקע הפסיקתי לחקיקתו. בעקבות זאת מדגיש ד"ר בן-אוליאל, שם, כי "אין לקבל את טענת המתנגדים לתיקון לחוק החוזים, כי התיקון לא עשה דבר, מפני שהוא שינה באופן ממשי את המצב המשפטי או שהוא אמור לעשות כן". עוד ראו את עמדתו של עו"ד ליפא מאיר כפי שבאה לידי ביטוי בכתבתו של משה גורלי "עו"ד ליפא מאיר: 'החזרנו את הכוח לעורכי הדין'" **כלכליסט** 21.2.2011, 26. ראו גם גבריאלה שלו ואפי צמח "דין פירוש החוזה – על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים" **קריית המשפט** י 1, 16 (2012): "מנגד ללשונו המפורשת של החוק מתייצבות במלוא עצמתן נסיבותיו החיצוניות, המשתקפות, בין היתר, בדברי ההסבר הרשמיים לחוק ובשיבוט הכנסת. מדברים אלה עולה, ללא עוררין, כי תכליתו של החוק אחת היא: סילוקה של הלכת אפרופים מעל פנינו והעלאתם מן האוב של תורת שני-השלבים ובכורת לשון החוזה."

24 ראו, למשל, את עמדתו הביקורתית של פרופ' שחר ליפשיץ ברשימתו "האם תוסר העמימות מהלכת אפרופים? החמצה בתיקון לחוק החוזים" **The Marker** 2.2.2011, 38. כן ראו איל זמיר "אפרופים עדיין כאן" **עורך הדין** 11, 98, 98–99 (2011) (להלן: זמיר "אפרופים עדיין כאן"): "מעבר לדברי ההסבר הרשמיים נשמעו בכלי התקשורת התבטאויות שלפיהן התיקון החדש נועד להפוך את הלכת אפרופים ולהשיב את עטרת תורת השלבים ליושנה. בשורות הבאות אטען שאם זו היתה מטרת התיקון, הרי שהוא נכשל כישלון חרוץ...". בהמשך מציין פרופ' זמיר (שם, בעמ' 99): "כאמור אינני סבור שתיקון זה פישט או בהיר את כללי הפירוש, הגביר את הוודאות המשפטית, או הפך את הלכת אפרופים... כל אחד מבני הפלוגתא ימצא בנוסח החדש של החוק כר נרחב להתגדר בו...". עוד ראו בהקשר זה את עמדתו של ד"ר יובל פרוקצ'יה ברשימתו "חוזה לך ברח" **גלובס** 16.2.2011, 12. לביקורת בנוגע להליך החקיקה של תיקון ס' 25(א) לחוק החוזים ראו רון דרור "לשכת עורכי הדין היא החומה של בית המשפט – ראיון חגיגי עם נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אהרן ברק" **עורך הדין** 11, 28, 32–34 (2011). עוד ראו את ביקורתה של פרופ' גבריאלה שלו על תיקון החוק במסגרת ראיון שהתקיים עימה – רון דרור "אני מאוד מוטרדת מהרוח הזאת – ראיון עם פרופ' גבריאלה שלו" **עורך הדין** 13, 56, 59 (2011) (להלן: שלו "על תיקון החוק"): "לשון התיקון לסעיף 25(א) אומרת למעשה את מה שנקרא הלכת אפרופים. קודם כל, צריך לראות מה משתמע מלשון החוזה ומנסיבותיו. תראה, הם ניסו לעשות שם 'מיש-מש'. רק אם מלשון החוזה 'משתמע במפורש' אומד דעת הצדדים. איך זה 'משתמע' ו'במפורש'? אני לא חושבת שאפשר לפרש את זה בשונה מהלכת אפרופים." ראו גם שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" (עתיד להתפרסם בשנת 2012): "לאחרונה, אמר גם המחוקק את דברו כאשר תיקן את סעיף 25(א) לחוק החוזים. עם זאת, תיקון החוק כשלעצמו עורר מחלוקת פרשנית חדשה, כאשר בניגוד ליומרה המוצהרת של יזמיו לביטול הלכת אפרופים, יש הסבורים כי התיקון דווקא נתן להלכת אפרופים עיגון חקיקתי." כן ראו את חוות-דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין **המוסד לביטוח לאומי**,

4. הניסיון לתת משקל ראוי ללשון החוזה על-אף הרטוריקה של הלכת אפרופים

סמוך לאחר מינויי לכהונת שופט בבית-המשפט העליון כתבתי חוות-דעת בשני תיקים שבמרכזם עמדה השאלה בדבר פרשנותו של חוזה.²⁵ בחוות-דעת אלה יישמתי את תפיסת-העולם המשפטית שבה אני מחזיק, כמו-גם את התובנות שצברתי במהלך השנים שבהן שימשתי עורך-דין, שלפיהן כאשר לשון החוזה בהירה, ברורה ומפורשת, היא משקפת את אומד-דעתם של הצדדים, ולכן יש לתת לה משקל מכריע בפרשנות החוזה.²⁶ תפיסה זו מבוססת על ההנחה שלפיה לא כל טקסט משפטי טעון פרשנות, שכן יש טקסטים מוכנים, ברורים ונהירים המשקפים את אומד-דעתם של הצדדים שכתבו אותם. סברתי – ועודני סבור – כי לא ניתן להשלים עם הרטוריקה המלווה את הלכת אפרופים, שכן יש בה כדי לערער את הוודאות המשפטית ולאפשר לבעלי-דין להשתחרר מהתחייבויותיהם החוזיות.

כמו-כן, גם לאחר מינויי כשופט לא נשתכחה ממני תחושת חוסר-האונים שהייתה מנת-חלקם של עורכי-דין רבים לאחר שבאה לעולם הלכת אפרופים,²⁷ בשעה שלא יכלו עוד ליתן חוות-דעת מבוססת ללקוחותיהם באשר לדרך שבה יכריע בית-המשפט במחלוקת שנתגלעה בעניין חוזה שהם צד לו על-אף מילותיו הברורות והמוכנות לחלוטין של החוזה. תוצאה זו, שנגרמה במידה רבה בשל הרטוריקה של הלכת אפרופים, יצרה אנטיזה למהותו ולתפקידו של החוזה – מנגנון שבאמצעותו הצדדים הם שקובעים את אופייה ותוכנה של ההתקשרות, תוך הגדרת מנגנון ברור וודאי לחלוקת סיכונים ביניהם. לא לחינם הופנתה ביקורת נוקבת מצד הפרקטיקה המשפטית נגד הלכת אפרופים, המתייחסת ללשון החוזה כאל נקודת מוצא בלבד, שכן עורכי-דין עמלים יומם

לעיל ה"ש 4; והשוו להערותיו של השופט דנציגר בעניין אליהו, לעיל ה"ש 4. עוד ראו את החלטתה של השופטת ארבל בעניין ליסטר, לעיל ה"ש 4.

25 ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ (טרם פורסם, 28.1.2008); ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סקסון – סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (טרם פורסם, 13.2.2008).

26 עניין לוי, שם, פס' 27 לחוות-דעתי; עניין בלום, שם, פס' 43 ו-45 לחוות-דעתי. כן ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 23, בעמ' 10–11: "על-אף הגושפנקה שניתנה להלכת אפרופים בעניין מגדלי הירקות, לא נדחקה שיטתו של השופט דנציגר לקרן זוית, וערכאות נמוכות אימצוה והלכו בעקבותיה." עוד ראו בהקשר זה, למשל, את פסק-דינה של סגנית הנשיאה ד"ר ד' פלפל בת"א (מחוזי ת"א-יפו) 1716/07 כהן נ' קצירי (טרם פורסם, 19.5.2011); את פסק-דינה של השופטת ר' רונן בת"א (מחוזי ת"א-יפו) 1597/07 אלקריאף נ' נצבא החזקות (טרם פורסם, 5.7.2010); את פסק-דינו של השופט ע' בנימיני בת"א (מחוזי ת"א-יפו) 1539/04 חלקה 24 גוש 8247 בע"מ נ' עיריית נתניה (טרם פורסם, 9.3.2011); את החלטתו ופסק-דינו של השופט ב' ארנון בת"א (מחוזי מרכז) 4857-09-08 הרט נ' קומרקס בע"מ (טרם פורסם, 18.12.2011); ואת פסק-דינה של סגנית הנשיאה השופטת ו' אלשיך בפר"ק (מחוזי ת"א-יפו) 1398/02 קופת תגמולים לעובדי האוניברסיטה העברית בים בע"מ נ' עו"ד ברגמן – מנהל מיוחד של בנק למסחר בע"מ (טרם פורסם, 25.3.2012).

27 ואשר רבים מחזיקים בה אף כיום, כפי שעולה מסקר שערכה לשכת עורכי-הדין לקראת כנס העשור שנערך באילת בחודש יוני 2010, אשר תוצאותיו יובאו להלן בה"ש 148 ו-153.

וליל על ניסוחם של כל תו ותג בחוזה, במטרה לנסח בצורה ברורה ובהירה את רצונותיהם וכוונותיהם של לקוחותיהם. אימוץ הרטוריקה של הלכת **אפרופים** – המעודדת פרשנות של הטקסט החוזי גם מקום שזו אינה נדרשת בהכרח, תוך כפייתם של ערכי השיטה ואמות-מידה של סבירות והיגיון מסחרי על הצדדים לחוזה – מרוקן מכל תוכן את העבודה הרבה והמשאבים המושקעים על-ידי צדדים לחוזה ועורכי-דינם בגיבושן של ההסכמות החוזיות כפי שאלה מוצאות ביטוי בלשון החוזה. זאת ועוד, האופן שבו פורשה הרטוריקה של הלכת **אפרופים** בכתיבתו האקדמית של פרופ' ברק²⁸ מאפשר הלכה למעשה להפחית מחשיבותה של לשון החוזה, היות שהיא מעודדת את השופט-הפרשן לא ליתן ללשון הבהירה והחד-משמעית של החוזה את המשקל המכריע שהיא ראויה לו, אלא מאפשרת לו לדלג הנה והנה בין הטקסט החוזי לבין נסיבות כריתת החוזה, כאשר מילותיו המפורשות והחד-משמעיות של הטקסט מהוות אך נקודת מוצא, ומשקלן של הנסיבות החיצוניות עשוי להשתוות למשקלה של לשון החוזה ואף לגבור עליו.²⁹

בהמשך הדרך שבה ועלתה לדיון הסוגיה של פרשנות החוזה בכמה מקרים שהונחו על שולחנו של בית-המשפט העליון, שבהם הבעתי את ביקורתי כלפי גישת הפרשנות התכליתית של החוזה. במקרים אלה הצבעתי על המתח והפער בין חובתו של השופט להביא לידי הגשמתה ומימושה של תכלית החוזה לבין תפיסת הפרשנות התכליתית, כפי שיושמה לאחר פסק-הדין שניתן על-ידי בית-המשפט העליון בעניין **אפרופים** וכפי שהיא משתקפת ברטוריקה שהתפתחה בעקבותיו. ציינתי אף כי מתח זה לא זכה במענה במסגרת הנסיונות לתחום את הרטוריקה של הלכת **אפרופים** בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין **ארגון מגדלי ירקות**.³⁰ לנוכח אמירותי בדבר

28 לשם הבחנה בין פועלו השיפוטי לבין פועלו המחקרי של אהרן ברק, תפנה רשימה זו ל**שופט ברק** בכל הנוגע בפועלו השיפוטי, ול**פרופ' ברק** בכל הנוגע בפועלו המחקרי. להבחנה בין כתיבתו השיפוטית של השופט ברק לבין כתיבתו המחקרית של פרופ' ברק, ולניתוח היחס שביניהן, ראו את הדיון אצל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים", לעיל ה"ש 19. לתרומתה של הכתיבה האקדמית של פרופ' ברק לעידוד הרטוריקה של הלכת **אפרופים** ו"הרוח שפרצה ממנה" ראו שם, בעמ' 403: "ניתן להדגים קושי זה בסוגיית הפירוש וההשלמה של חוזים, תוך עיון בשני הטקסטים המרכזיים שכתב ברק בנושא זה: פסק דין **אפרופים** והספר **פרשנות החוזה**. בשני הטקסטים מציג השופט ברק אותה תורת פרשנות תוך שימוש באותם נימוקים ובאותה רטוריקה." כן ראו שם, בעמ' 405: "הסערה שחולל פסק דין **אפרופים** קשורה לא רק למה שכתוב בו, אלא לא פחות מכך למה שכתוב בין שורותיו (כמו גם בין השורות של הניתוח המקביל בספר על פרשנות החוזה)."

29 עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 311; אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך רביעי – פרשנות החוזה 498–499 (2001) (להלן: ברק **פרשנות החוזה**).

30 ראו, למשל, את הערותיי בע"א 3559/07 **זקס נ' קרשנבוים** – **מפרק עמותת הקוטגיים בשועפט** (טרם פורסם, 7.7.2009); בע"א 7379/06 **ג.מ.ת.ל. חברה לבניין 1992 בע"מ נ' טהוליאן** (טרם פורסם, 10.9.2009); ברע"א 7816/06 **עו"ד בויאר – כונס נכסים נ' עזובן מרמלשטיין**, פס' 30 לחוות-דעתי (טרם פורסם, 1.10.2009); בע"א 9551/04 **אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 23–24 לחוות-דעתי (טרם פורסם, 12.10.2009); בע"א 10849/07 **פוארסה נ' פוארסה**, פס' 31 לחוות-דעתי

המשקל המכריע שיש לתת ללשון החוזה כאשר זו ברורה, בהירה ומפורשת, וככזו משקפת את אומדן-דעתם של הצדדים, השמיעו כמה מבין שופטי בית-המשפט העליון בעבר ובהווה ביקורת על גישתי. יש אף שגרסו כי ביקורתי כלפי גישת הפרשנות התכליתית היא שעלולה לגרום לחוסר יציבות ולחוסר ודאות במשפט.³¹ על-אף ביקורת זו, ברצוני להבהיר כי דבריי נאמרו דווקא מתוך רצון לקדם את האינטרסים החשובים של ודאות ויציבות בתחום דיני החוזים – אינטרסים שנפגעו אנושות בשל הרטוריקה של הלכת אפרופים, המזרימה את ערכי השיטה אל תוך החוזה באמצעות בחינת תכליתו האובייקטיבית, ועקב כך מובילה לתוצאה פרשנית אשר הצדדים לא היו יכולים לצפות אותה כלל.

לאחרונה אמר המחוקק את דברו בסוגיה של פרשנות החוזה בתקנו את סעיף 25(א) לחוק החוזים תוך שהוא מדגיש את הצורך במתן משקל מכריע ללשון החוזה.³² יש לקוות אפוא כי בתי-המשפט יפעלו תוך כיבוד רצון המחוקק בבואם לפרש חוזים.

פרק ב: עקרון חופש החוזים כעקרון-על בדיני החוזים

1. מבוא

פרק זה יעסוק במעמדו המרכזי של עקרון חופש החוזים בדיני החוזים בישראל, בהצדקותיו של עיקרון זה כמו-גם בנפקותו האופרטיבית בעת פרשנות החוזה. לאחר-מכן תידון השאלה אם תורת הפרשנות התכליתית של החוזה עולה בקנה אחד עם עקרון חופש החוזים. בהמשך נצביע על הפגיעה שנגרמה לעקרון חופש החוזים בשל האופן שבו יושמה הלכת אפרופים על-ידי בתי-המשפט. עוד נעמוד על כך שאין בפסיקתו של בית-המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות כדי לאיין את הפגיעה בעיקרון זה, שמקורה כאמור באופן שבו יושמה הלכת אפרופים. נוסף על כך נבהיר את ההשלכות המעשיות של הפגיעה בעקרון חופש החוזים ואת הצורך לפעול למניעתן. לבסוף יעסוק פרק זה בתיקון מס' 2 לחוק החוזים, שבמסגרתו ניתן משקל משמעותי – אם לא מכריע – ללשון החוזה.

2. מעמדו של עקרון חופש החוזים והצדקותיו

העיקרון החשוב ביותר של דיני החוזים הוא חופש החוזים. זהו אחד מעקרונות-היסוד

(טרם פורסם, 12.11.2009); ובע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, פס' 24–25 לחוות-דעתי (טרם פורסם, 23.2.2010) (להלן: עניין בלמורל).

31 ראו, למשל, את חוות-דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין בלמורל, שם, פס' 5.

32 ראו בהקשר זה את הדיון להלן בתת-פרק 1.11.

של תפיסתנו המשפטית והחברתית,³³ ובמסגרתו מוענקים לצדדים לחוזה כוחות נרחבים לעצב את אופייה ומהותה של ההתקשרות ביניהם. עניינו של חופש החוזים הוא החירות להחליט עם מי ברצוננו להתקשר בחוזה וכן החופש של הצדדים לחוזה לקבוע את תוכנו. דהיינו, שני פנים לחופש החוזים: הראשון, חופש ההתקשרות; והשני, חופש עיצוב החוזה – הן בנוגע לתוכן החוזה והן בנוגע למבנהו ולצורתו. שני פנים אלה של עקרון חופש החוזים נשענים על עקרון היסוד של אוטונומיית הרצון החופשי של הפרט,³⁴ שהוא מאושיות התפיסה הליברלית, הדוגלת בכיבוד חירותו של אדם לעצב את חייו כראות עיניו וללא התערבות מדינתית, כל עוד הדברים מתרחשים במגבלות החוק ותקנת הציבור.³⁵ לפי תפיסה זו, לכל אדם יש חופש בחירה וחירות לפתח את אישיותו ולהחליט על גורלו כפי רצונו. מקור אידיאולוגי חשוב נוסף שתרם להתפתחותו של עקרון חופש החוזים הוא תפיסה כלכלית תועלתנית שעומדת בבסיסה של אידיאולוגיית "השוק החופשי" ואשר זכתה בכינוי "תורת היד הנעלמה", מבית היוצר של אדם סמית,³⁶ שלפיה הפרט יודע ומבין בצורה הטובה ביותר כיצד להשיא את תועלתו.³⁷ לכן, אם יותר לפרט לפעול בשוק חופשי ותחרותי ללא התערבות מדינתית, יהיה בכך כדי להשיא לא רק את תועלתו האישית, כי אם את הרווחה הכלכלית המצרפית בחברה, ובכך יתאפשרו שגשוג ופריחה כלכליים.³⁸

זאת ועוד, חופש החוזים, כפי שעמדה על טיבו פרופ' גבריאלה שלו,³⁹ אינו רק העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים בישראל, אלא אף עיקרון בעל מעמד חוקתי. זו גם עמדתו העקרונית של פרופ' ברק:

"חופש זה, על היבטיו השונים, הוא זכות חוקתית. הוא זכות אדם המוגנת על-ידי חוקת המדינה. בישראל נגזר אופיו החוקתי של חופש החוזים מזכות היסוד בדבר כבוד האדם והקניין. כבוד האדם כזכות חוקתית משמעותו, בין השאר, חופש הבחירה שיש לאדם וחירותו לפתח את אישיותו ולהחליט על גורלו. כל אדם

33 ראו, למשל, ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס, פ"ד לז(1) 533, 560, 564 (1982) (להלן: עניין בית יולס); פסק-דינה של השופטת נתניהו ברע"א 5248/90 אנטין נ' פונקל, פ"ד מה(5) 139, 143 (1991) (להלן: עניין אנטין); ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח נ' פלוני, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (טרם פורסם, 6.8.2007); שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 45.

34 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 78–79; דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 365 (2000) (להלן: עניין רקנט).

35 לדיון על-אודות התפיסות הפילוסופיות העומדות בבסיסו של עקרון חופש החוזים ומקורותיו ההיסטוריים ראו, למשל, שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 46–47; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים א 17–20 (1991) (להלן: פרידמן וכהן חוזים כרך א).

36 אדם סמית עושר העמים (יריב עיטם ושמעון ענבל מתרגמים, 1996).

37 שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 49–50: "לפי תפיסה זו רואה המחוקק את הצדדים כאדונו הבלעדיים של החוזה וכשופטים הטובים ביותר של האינטרסים שלהם".

38 שם, בעמ' 47. כן ראו זמיר "השופט ברק ודיני החוזים", לעיל ה"ש 19, בעמ' 372–373.

39 שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 48.

חופשי להחליט עם מי להתקשר ומה יהא תוכן התקשרותו זו. חופש הקניין, הוא החופש לקיים רכוש, בגדריו נכללת גם הזכות החוזית. ממילא כלול בה הכוח לערוך חוזה ולקבוע את תוכנו.⁴⁰

עקרון חופש החוזים אף זכה בהתייחסות מפורשת של המחוקק בסעיף 24 לחוק החוזים, הקובע כי "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". אכן, כפי שיובהר להלן, עקרון חופש החוזים אינו עומד לבדו, וקיימות הגבלות שונות התוחמות את גבולותיו, כגון קביעתו המפורשת של המחוקק, בסעיף 30 לחוק החוזים, שלפיה על החוזה להיות חוקי ולעלות בקנה אחד עם תקנת הציבור. אולם הגבלות אלה אינן יכולות כשלעצמן להוות הצדקה לריקון עקרון חופש החוזים מכל תוכן ממשי, ולטעמנו אין להן השפעה של ממש על אופן פרשנותו של החוזה כל עוד החוזה חוקי ועולה בקנה אחד עם תקנת הציבור, וזאת מהנימוקים המפורטים להלן.⁴¹

3. נפקותו האופרטיבית של עקרון חופש החוזים

מכוח החופש המסור לצדדים לחוזה לבחור עם מי ברצונם להתקשר, באיזה אופן ומה יהיה תוכן ההתקשרות, ומתוך התפיסה היסודית כי ההתקשרות ביניהם היא פרי רצונם החופשי, נגזרת הגישה המושרשת כי חוזה מחייב את הצדדים ל⁴² וכי חוזים יש לקיים – pacta sunt servanda.⁴³ משכך יש להקנות לחוזים הגנה מפני פגיעה, באופן שעל בתי-המשפט לאוכפם ללא התערבות בתוכן החוזה.⁴⁴ כמו-כן, מעקרון חופש החוזים נגזרים עקרונות-היסוד המוגנים בדיני החוזים, דוגמת אינטרס ההסתמכות ואינטרס הקיום,⁴⁵ המבקשים להבטיח את הוודאות והיציבות במסגרת היחסים החוזיים

40 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 78. ראו גם עניין **אנטיין**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 143; ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' **קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 508, 464 (1992) (להלן: עניין **קסטנבאום**); עניין **רקנט**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 370, פס' 45; ע"א 2850/99 **בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ**, פ"ד נד(4) 862, 849 (2000). כן ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257, 327–328 (1997). השו"ס 8 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח התשל"ג 448, הקובע כי "כל אדם זכאי להתקשר בחוזים ולרכוש נכסים; אין מגבילים זכות זו אלא על-פי חוק".

41 ראו, למשל, פרידמן וכהן **חוזים א**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 39–40.

42 **שלו החלק הכללי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 45.

43 ע"א 6601/96 **AES System Inc. נ' סער**, פ"ד נד(3) 850, 861–862 (2000) (להלן: עניין **סער**); עניין **רקנט**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 364.

44 **שלו "שליטי החוזה"**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 660.

45 באשר לחשיבותו של אינטרס ההסתמכות ראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים ד** 64 (2011) (להלן: פרידמן וכהן **חוזים** כרך ד). ראו והשוו **שלו החלק הכללי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 49, אשר עושה שימוש במושג "אינטרס הציפיות", ולא "אינטרס הקיום". ודוק, פרידמן וכהן – בספרם **חוזים א**, לעיל ה"ש 35, פרק 4.24, בעמ' 102 – מבהירים כי המושג המתאים יותר בהקשר זה הוא "אינטרס הקיום". כן

בין הצדדים. נקודת המוצא היא כי פרטים שהתקשרו מרצונם החופשי בחוזה התכוונו לתת לו תוקף מחייב, ומשום כך יש להגן על הסתמכותו וציפייתו של צד לחוזה כי החוזה ייאכף ככתבו וכלשונו. לפי שָלו, נפקותו הבסיסית של עקרון חופש החוזים היא כי "מוקנה אפוא לאנשים בגירים החופש לעשות הסכמים כאוות נפשם. הסכמים אלה יזכו להגנה מפני פגיעה ויאיכפו על ידי בתי-המשפט, בלא התערבות בתוכנם".⁴⁶ ברוח זו ציין פרופ' איל זמיר כי "חופש החוזים מעמיד את הרצון הפרטי, ואת ההסכמה הרצונית של שני פרטים, בראש הפירמידה הערכית והמשפטית. רק אם נותר פער כלשהו בהסכמת הצדדים, נזקקים לאמצעי הפירוש וההשלמה, ההולכים ומתרחקים בהדרגה מהרצון האקטואלי של הצדדים".⁴⁷

יודגש כי בחוזים שלגביהם מלכתחילה לא מתקיים משא-ומתן שוויוני בין הצדדים, ותוכנו של החוזה מוכתב על-ידי צד אחד שבידו מרוכז הכוח להשפיע באופן חד-צדדי על תנאי ההתקשרות (למשל, בחוזים אחידים ובחוזים צרכניים שונים), לעקרון חופש החוזים קיימת נפקות אופרטיבית מועטה בלבד, משום שמלכתחילה התקשרותו של הצרכן בחוזה מסוג זה אינה נסמכת על רצונו החופשי, ולעיתים אף נעשית בהעדר פְּרָה אחרת. לעקרון חופש החוזים יש נפקות אופרטיבית במיוחד בחוזים עסקיים ומסחריים.⁴⁸ זו תהווה אף נקודת מוצא בדיון שנערוך להלן באשר לכללי פרשנות החוזה ולמשקל הנכבד שיש לייחס לטעמנו ללשון החוזה בעת פרשנותו.

אכן, עקרון חופש החוזים, ככל זכות חוקתית, אינו מוחלט, וככזה יש לאזנו לעיתים אל מול זכויות מתחרות ואינטרסים מתנגשים.⁴⁹ זאת ועוד, קיימות דוקטרינות שונות המעוגנות בדין שמכוון בית-המשפט רשאי להתערב בחופש החוזים של הצדדים.⁵⁰ כך, למשל, תיתכן התערבות בחופש החוזים מכוח הוראות קוגנטיות המעוגנות בחקיקה

ראו בהקשר זה דניאל פרידמן "אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים" ספר זכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה – חיבורי משפט 377 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראבילו עורכים, 1996).
 46 שְלוּ החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 46. כן ראו שְלוּ "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 659–660: "כי זאת יש לזכור ולהזכיר: במסגרת דיני החוזים יש חשיבות ומשקל לא רק לעקרון תום הלב. גם עקרון חופש החוזים, על כל המשתמע ממנו, הוא ערך חשוב, חשוב לא פחות – ואולי אף יותר – מעקרון תום הלב. שכן מעקרון חופש החוזים, בתפישתו הרחבה, משתמע לא רק החופש של הצדדים לערוך חוזה ולחלק ביניהם את הסיכונים הטמונים בעסקה כפי הבנתם ורצונם המשותף, אלא גם החירות המוקנית להם מהתערבות בית המשפט בחוזה – כמובן כל עוד שהחוזה שעשו אינו נוגד את החוק או את תקנת הציבור."

47 איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 11 (1996). יצוין כי זמיר אינו מאמץ תפיסה זו כפשוטה.
 48 גם בעסקות מכירה וקנייה של דירה "יד שנייה" מדובר בדרך-כלל בהתקשרות חוזית בין פרטים "שווי-כוחות". זאת, להבדיל מרכישת דירה מקבלן, שאז יכולתו של הרוכש להשפיע על תנאי ההתקשרות מועטה.

49 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 78–79.
 50 על-אודות ההגבלות השונות מכוח הדין על עקרון חופש החוזים ראו, למשל, גבריאאל שְלוּ "מה נותר מחופש החוזים" משפטים 465 (1987). כן ראו פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 35, בעמ' 53–45.

בתחומי משפט שונים.⁵¹ יתר על כן, חופש ההתקשרות של הצדדים מוגבל על-ידי איסור כריתתם של חוזה בלתי-חוקי או של חוזה הנוגד את תקנת הציבור,⁵² ומושפע גם מהגבלות הנגזרות מעקרון תום-הלב.⁵³ בפסקי-דין אחדים של בית-המשפט העליון⁵⁴ נקבע כי ערכים חוקתיים – דוגמת כבוד האדם וחירותו, הזכות לשוויון וחופש העיסוק – עשויים אף הם להשפיע על חופש החוזים, ולכן נדרש איזון בין הזכות לחופש החוזים לבין זכויות חוקתיות מתחרות.⁵⁵

ברם, גישה זו, אשר עושה שימוש-יתר בעקרון תום-הלב⁵⁶ ודוגלת בהחדרתם של נטלים חוקתיים מכבידים אל תוך מישור היחסים בין פרטים, אינה נקייה מביקורת, שאנו נוטים להסכים עימה.⁵⁷ מאחר שרשימה זו אינה מתמקדת בהגבלות שהטיל המחוקק על חופש החוזים, לא נרחיב בסוגיה זו. אולם אף בהתחשב בכך שעקרון חופש החוזים אינו עיקרון מוחלט, וחלות לגביו הגבלות כאלה ואחרות, אין בהגבלות אלה כדי להצדיק את

51 ראו בהקשר זה, למשל, את הוראותיו של חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, ס"ח 8. עוד ראו בהקשר זה את הדין אצל שלו **החלק הכללי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 52–54, בנוגע להגבלתו של עקרון חופש החוזים מכוח חקיקת-המגן דיני העבודה, כמו-גם מכוח חקיקה בתחומי הגנת הצרכן, דיני הבנקאות, דיני הביטוח ודיני הדיירות המוגנת.

52 ס' 30 לחוק החוזים.

53 ס' 12 ו-39 לחוק החוזים. כן ראו שלו **החלק הכללי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 54–56.

54 ראו, למשל, עניין **בית יולס**, לעיל ה"ש 33, בעמ' 554–555; עניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 40, חוות-דעתו של השופט ברק, החל בעמ' 529; עניין **רקנט**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 364; עניין **סער**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 861 ואילך.

55 ראו, למשל, נילי כהן "ה'שוויון' מול חופש החוזים" **המשפט** א 131 (1993).

56 לביקורת על שימוש-היתר בעקרון תום-הלב במסגרת פרשנותו של החוזה ראו שלו **החלק הכללי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 413: "אין זה למותר לחזור ולהזכיר כי עקרון תום-הלב, בהקשר של פירוש חוזה והשלמתו, טעון הפעלה זהירה ומתונה, וניתן לפנות אליו לשם התערבות בחוזה רק כאשר מתקיימים תנאים מיוחדים ויוצאי דופן". כן ראו שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 659–660; גבריאלה שלו "פרשנות החוזה – תורת ברק" **המשפט** ח 675, 681–682 (2003) (להלן: שלו "תורת ברק"); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17, 26–28 (2005) (להלן: מאוטנר "התערבות שיפוטית"), שם עומד המחבר על הגישה שלפיה משמעותו של עקרון תום-הלב היא דרישה לפעולה המגינה על ציפיותיו הסבירות של הצד האחר. לגישתו של מאוטנר, בית-המשפט העליון פירש את עקרון תום-הלב כדרישה להתנהגות העומדת בדרישת ההגינות, "באופן המקנה כוח יחסי רב לבתי-המשפט, על-חשבון הצדדים לחוזה, בכל הנוגע לקביעת תוכנו של ההסדר הנורמטיבי שחל על הצדדים" (שם, בעמ' 29).

57 ראו, למשל, שלו **החלק הכללי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 59–65, 68–69, 80–84; שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 691. השוו הלה קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת: על ערכה של שפיטה שאינה יודעת גבולות (חוזיים) מהם" **ספר ברק** 411, 440–451 (2009); מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 56, בעמ' 63–65, שם מדגיש המחבר כי "מטרתם של דיני החוזים היא ליחד בחייהם של בני-האדם ספּרה של פעילות שבה יוכלו לפעול על-פי הגיון פעולה אחר, כלומר, ספּרה שבה תהא להם מידה גדולה של שליטה בהסדרים הנורמטיביים שהם יוכפפו להם, דהיינו, שבאופן עקרוני הם לא יוכפפו להסדרים שהם לא הסכימו להם" (שם, בעמ' 64).

האידיאולוגיה הטמונה בגישת הפרשנות התכליתית של החוזה, המובילה, לטעמנו, לכרסום משמעותי ביותר במה שנתר מעקרונן חופש החוזים. בהקשר זה יש לשוב ולהדגיש כי דווקא בשל הגבלתו המפורשת של עקרונן חופש החוזים על-ידי המחוקק, יש להקפיד ולשמור על מה שנתר ממנו, ולא לאיינו.⁵⁸ זהו שיקול מרכזי שיש להביאו בחשבון גם במסגרת יישומם של כללי פרשנות החוזה, ולפיו יש ליתן תוקף ממשי לרצון הצדדים כל עוד הוא עומד בגדר החוק ותקנת הציבור. כזכור, עמדה זו זכתה לאחרונה בעיגון סטטוטורי בתיקון שנעשה בסעיף 25(א) לחוק החוזים, שבו הבהיר המחוקק כי בפרשנות החוזה יש לבכר את כוונת הצדדים כפי שהיא עולה מלשונו של החוזה הכתוב.

4. האם תורת הפרשנות התכליתית של החוזה עולה בקנה אחד עם עקרונן חופש החוזים?

תורת הפרשנות התכליתית של החוזה בכלל והלכת אפרופים בפרט מתיימרות לשאוב את הצדקתן מעקרונן חופש החוזים ומאוטונומיית הרצון של הפרט.⁵⁹ לפי תפיסה זו, תפקידו של השופט-הפרשן הוא להתחקות אחר רצונם האמיתי והמשותף של כל הצדדים לחוזה, אולם כדי לתת תוקף לרצון הממשי של הצדדים, על השופט-הפרשן להיות מסוגל לפנות בכל עת לכל מקור שממנו יוכל לקבל מידע אמין על הרצון המשותף של הצדדים. נוסף על כך, תפיסה זו מדגישה את הצורך לפנות לנסיבות כריתת החוזה לצורך הבנת הרקע והקשר הלשון, כדי להביא לידי הגשמה מלאה של רצונם המשותף של הצדדים.⁶⁰ ברוח זו נקבע כי "אם אמנם הפרשן לוקח ברצינות את אומדן דעת הצדדים כאמת מידה פרשנית", אזי אין הוא יכול או צריך להיות כבול ללשון החוזה.⁶¹ זאת, מכיוון שהתייחסות "רצינית" לאוטונומיית הרצון החופשי משמעותה שיש להגיע לחקר האמת, במובן זה שיש לחשוף את "הכוונה האמיתית" שעמדה לנגד עיניהם של הצדדים לחוזה, וכוונה זו אינה יכולה להתברר אם הפרשן יהיה כבול ללשון החוזה בלבד. ברוח זו מקשה המשנה לנשיא ברק בעניין אפרופים ושואל:

"אם אכן אנו מסורים ודבקים בכוונתם (המשותפת) של הצדדים – מדוע זה יוגבל הפרשן ללשון החוזה עצמו, ורק אם לשון זו אינה ברורה, יהא רשאי לפנות לנסיבות החיצוניות? האם, מאחורי הגישה כי אם הלשון ברורה אין מקום לבחון את אומדן הדעת על-פי הנסיבות החיצוניות, לא מסתרת התפיסה כי לא אומדן הדעת הוא הקובע אלא הלשון הברורה היא הקובעת? שכן אם אומדן הדעת הוא

58 שְׁלוֹ הַחֹלֵק הַכִּלְלִי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 409; שְׁלוֹ "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 686.

59 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 79, 113, 292–293.

60 ש.ם.

61 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 300.

כה קריטי בפרשנות החוזה, ואם הדבקות בו היא הפאראמטר המרכזי, האין זה חיוני לתת לשופט־הפרשן חופש (פרשני) לפנות לכל מקור אמין – בין שזו לשון החוזה ובין שאלה הנסיבות החיצוניות – כדי לעמוד מהן על אומד דעתם של הצדדים, שהוא כה חיוני למלאכת הפרשנות?⁶²

במבט ראשון, תפיסה זו שובה את הלב. אולם במרוצת השנים נמתחה ביקורת על תפיסה זו, עד אשר הוחלט לקיים בעניינה דיון נוסף. במסגרת הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות אישר בית־המשפט העליון את תוקפה של הלכת אפרופים, תוך שנקבע בחוות־דעתו של השופט ריבלין, שהייתה חוות־הדעת המרכזית במסגרת דעת הרוב, כי "הלכה זו, שבאה לידי ביטוי ברור וסדור בפסק דינו של חברי הנשיא ברק בעניין אפרופים הנ"ל, הינה ראויה בעיני. היא מאפשרת לבתי המשפט לחשוף בזוירות את כוונתם האמיתית של הצדדים, ולהגיע לתוצאות אותנטיות וצודקות".⁶³ ברם, אי־אפשר להתעלם מעמדתו של המשנה לנשיא חשין, במסגרת אותו דיון נוסף, שלפיה קיים מתח בין עקרון חופש החוזים לבין תורת הפרשנות התכליתית של החוזה, כפי שמצאה ביטוי בהלכת אפרופים:

"...היה בה בהלכה כדי לשנות סדרים שנהגו' לא רק בפרשנות חוזים אלא גם בנושאים אחרים כמו תפקיד בית־המשפט בתחום החוזים ומקומם של עקרונות חופש החוזים ותום־הלב בדיני החוזים'..."⁶⁴

ברוח דומה הזהיר השופט גרוניס באותו דיון נוסף כי על בתי־המשפט להימנע מליהפך לצד לחוזה המחליף את שיקול־דעתם של הצדדים בגיבוש ההסדר החוזי המחייב ביניהם. כמו המשנה לנשיא חשין, אף אנו סבורים כי הרטוריקה של הלכת אפרופים אינה עולה בקנה אחד עם אוטונומיית הרצון של הפרט וכי היא סותרת את עקרון חופש החוזים, שהינו כאמור עקרון־העל בדיני החוזים וזכות חוקתית. להלן נבאר את נימוקינו לכך.

5. על "אובייקטיביות", "סובייקטיביות" ומה שביניהן

כידוע, "כוונה" היא מושג פסיכולוגי־סובייקטיבי אשר קשה עד־מאוד להתחקות אחריו. לפיכך, לפני הלכת אפרופים ופסיקת בית־המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, נשענו דיני החוזים בישראל על התיאוריה האובייקטיבית אשר דורשת גילוי חיצוני וברור של הסכמתם המשותפת של הצדדים, ואינה מסתפקת במחשבות

62 שם.

63 הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 30 – פס' 12 לחוות־דעתו של השופט ריבלין.

64 שם, בעמ' 36–37 – פס' 1 לחוות־דעתו של המשנה לנשיא חשין.

הסובייקטיביות המלוות אותה.⁶⁵ הנה כי כן, במסגרת המודל של דיני החוזים שהיה מקובל בישראל עד לאימוצה של תורת הפרשנות התכליתית, הושם הדגש בהצהרת הרצון החיצונית של הצדדים לחוזה. אולם בניגוד למודל האובייקטיבי של דיני החוזים שנהג בישראל עד הלכת אפרופים, בהתאם להלכת אפרופים אין די בכיטוי האובייקטיבי והמפורש שנתנו הצדדים לכוונתם המשותפת באמצעות לשון חד-משמעית, שכן גם כאשר נקטו הצדדים לחוזה לשון חד-משמעית ובהירה, ובכך הצהירו על אומד-דעתם, יש לקיים לגביה הליך פרשני, המותווה באמצעות כללי הפרשנות התכליתית של החוזה, שהשלב הראשון בו הוא בחינת התכלית הסובייקטיבית של החוזה.⁶⁶ דהיינו, לפי גישת הפרשנות התכליתית של החוזה, על השופט-הפרשן להתחקות אחר כוונתם המשותפת של הצדדים הקונקרטיים, כאשר על אומד-הדעת הסובייקטיבי של הצדדים הוא למד מלשון החוזה אך גם מהנסיבות החיצוניות לו.⁶⁷ לפי גישה זו, ייתכן שקיימת כוונה משותפת של הצדדים שאינה מפורטת במילותיו של החוזה, אשר יש לחשוף אותה ולפרש את החוזה לאורה. דהיינו, בהתאם לגישה זו, השופט-הפרשן מחויב להניח כי יש אפשרות שהצדדים לא התכוונו לדברים המפורשים שאותם כתבו בחוזה שנכרת ביניהם, וכי יש להם כוונה סובייקטיבית המסתתרת אי-שם.

ודוק, לפי הלכת אפרופים, אף שהשופט-הפרשן מחויב להתחשב בכוונתם הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים, כוונה זו אינה נלמדת "מדברים שבלב", אלא מביטוי חיצוני בהתנהגותם.⁶⁸ כך, נקבע כי אומד-דעתם הסובייקטיבי של הצדדים הוא "המטרות, האינטרסים והתכליות אשר הצדדים גמרו בלבם ונתנו לכך ביטוי חיצוני בהתנהגותם".⁶⁹ משכך, לפי גישה פרשנית זו, לא צריכה להיות בהכרח עדיפות של הלשון הכתובה על ביטויים חיצוניים אחרים של כוונת הצדדים, כגון נסיבות כריתת החוזה.

אכן, לנסיבות כריתת החוזה עשויים להיות ביטויים חיצוניים, אך חלק מהביטויים החיצוניים יכול שיוביל למסקנה מסוימת ואילו החלק האחר יכול שיוביל למסקנה אחרת. לכן, אין להתפלא שכאשר מתעוררת מחלוקת בנוגע לפרשנות החוזה, כל צד

65 שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 687-688. ראו והשוו מנחם מאוטנר "חוזה, תרבות, כפייה: על הבעייתיות שבהחלת אמות-מידה אובייקטיביות בדיני החוזים" משפט ותרבות 281, 286-288 (2008); פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 35, בעמ' 23-24, 31; ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 305.

66 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 312.

67 שם, בעמ' 311.

68 שם, בעמ' 312. ראו גם ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 518. כן ראו את פסק-דינו של השופט מצא בע"א 692/86 יעקב בוטקובסקי ושות' – חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת, פ"ד מד(1) 57, 67 (1990), שם עמד השופט מצא על כך ש"את כוונתו של צד לחוזה להתקשר התקשרות חוזית מחייבת עם זולתו אין בוחנים על-פי הלון-נפשו הסמוי, אלא על-פי ביטויי החיצוניים הגלויים", ובכך ביקש להטעים כי "דברים שבלב אינם דברים".

69 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 312. ראו גם ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 518.

נאחז בנסיבות הנוחות לו ומפרש אותן בדרך המיטיבה עימו.⁷⁰ משכך, גישת הפרשנות התכליתית עשויה להוביל את בית-המשפט למסקנה בלתי-מבוססת שלפיה אין במקרה הנידון לפניו כוונה משותפת של הצדדים לחוזה.⁷¹ זאת, אף שמן החוזה עולה כוונה משותפת, ברורה ומפורשת של הצדדים. לחלופין, הנסיבות החיצוניות, המוצגות לבית-המשפט בדיעבד, עשויות לשמש את השופט-הפרשן לשם קביעת קיומה של כוונה סובייקטיבית משותפת בעבור הצדדים, הגם שאין לה זכר בלשון החוזה. כפי שנציין בהמשך, גיבוש כוונה סובייקטיבית משותפת בעבור הצדדים על-ידי בית-המשפט – הגם שהוא נעשה בהסתמך על ביטויים חיצוניים, ולא על יסוד "דברים שבלב" – עלול להיות מוטה ובלתי-מבוסס בשל הסובייקטיביזציה של מלאכת השיפוט בהערכת המסקנות הנובעות מהנסיבות החיצוניות. הערכה זו עלולה לייחס לצד האחד מודעות לכוונתו הסובייקטיבית ה"שונה" של הצד האחר, הגם שזו לא מצאה עיגון בלשון החוזה.⁷² זוהי, לטעמנו, אחת מנקודות התורפה של תורת הפרשנות התכליתית של החוזה. אנו חיים בעולם מורכב שבו ביטויים חיצוניים בהתנהלותם של בני-אנוש עשויים להתפרש באופן דו-משמעי, שכן אין מדובר בחלוקה דיכוטומית ל"שחור" או "לבן". אולם דווקא משום שהתנהגותם של בני-אדם ניתנת לעיתים מזומנות לפרשנות דו-משמעית, קביעת אומד-דעתם המשותף של הצדדים על-ידי בית-המשפט בהתחשב בנסיבות חיצוניות נוגדות ודו-משמעיות פירושה קביעת אומד-דעתם של הצדדים על בסיס הערכה בלבד של בית-המשפט לפי מיטב הבנתו ושיקול-דעתו. התוצאה תהיה אפוא "גיבוש אומד-הדעת של בית-המשפט", ולא של הצדדים לחוזה. דהיינו, תחת כוונה מפורשת ברורה וחד-משמעית של הצדדים עצמם, כפי שמצאה את ביטויה בחוזה הכתוב, נמצא את עצמנו עם אומד-דעת משוער בלבד, שעשוי להיות נכון או לא-נכון באותה מידה. במונח זה קביעת משקלן של הנסיבות החיצוניות לחוזה כרוכה בהכרח בהערכה הסובייקטיבית של בית-המשפט לגבי טיב הנסיבות החיצוניות, אופיין ומשמעותן. קביעה זו משתנה משופט אחד לרעהו בהתאם לתפיסות-העולם ולערכים שעל בסיסם התחנכו, כמו-גם בהתאם לסביבה המקצועית שבה פעלו עובר למינוים לכהונת שופט. מהלך פרשני כזה מכשיר את הדרך להתערבות שיפוטית מיותרת בתוכן החוזה – מצב דברים שהצדדים לחוזה ביקשו מלכתחילה למנוע בהעלותם עלי כתב את כוונותיהם ואת רצונותיהם, על רקע ציפיותם כי החוזה שביניהם ייאכף על-ידי בית-המשפט ככתבו וכלשונו. זאת ועוד, פרשנות כזו, אשר מבוססת כאמור על הערכה בלבד, עלולה לשבש את מנגנון חלוקת הסיכונים בין הצדדים לחוזה, ובכך לפגוע ביציבותה ובוודאותה של מערכת היחסים

70 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 541.

71 ראו והשוו שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 688.

72 השוו פסק-דינו של המשנה לנשיא ברק בעניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 302: "מכאן מתבקשת המסקנה, כי מקום בו קיימת גמירת-דעת סובייקטיבית של שני הצדדים, וניתן להוכיחה על יסוד נסיבות חיצוניות אמינות (כגון ראיות המעוגנות בכתב), נקבעים קיומו ותוכנו של החוזה על-פי גמירת-דעת זו, ולא על-פי תפיסה אובייקטיבית (כלומר, התנהגות הצדדים כאנשים סבירים) של החוזה, העולה מלשונו הברורה של החוזה...". כן השוו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 235–236 (2003) (להלן: פרידמן וכהן חוזים ג).

החוזית שבין הצדדים. כידוע, אחת מנגזרותיה של התיאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים היא הגנת אינטרס ההסתמכות של צדדים שנתנו ביטוי מפורש וחיצוני לכוונותיהם.⁷³ לכן ניסיון לרוקן ביטוי מפורש וחיצוני זה מתוכן, באמצעות התחקות אחר אומדן-דעתם הסובייקטיבי של צדדים לחוזה, משמעותו פגיעה הכרחית ובלתי-מוצדקת באינטרס ההסתמכות של הצדדים.

כמורכך, מכיוון שבחינת נסיבות כריתת החוזה נעשית לעיתים מזומנות שנים לאחר כריתת החוזה ולאחר פרוץ הסכסוך בין הצדדים, היא עלולה להוליך את השופט-הפרשן למסקנות בלתי-מבוססות. כך, לפני בית-המשפט מובאות נסיבות רבות אשר ייתכן כי נוצרו במנותק זו מזו, בנקודות זמן שונות במערכת היחסים שבין הצדדים,⁷⁴ אך עתה, כאשר הן מונחות כמקשה אחת לפני בית-המשפט, הן עלולות ליצור תמונה עוברתית מוטת שאינה משקפת בהכרח את נסיבות כריתת החוזה לאשורן.

מן הטעמים דלעיל איננו מוצאים מענה בתשובתו של פרופ' ברק לביקורת שלפיה תורת הפרשנות התכליתית של החוזה אינה עולה בקנה אחד עם התיאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים. פרופ' ברק מסביר כי ממילא התיאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים אינה חלה כלל מקום שכוונתו הסובייקטיבית של צד לחוזה ידועה לצד האחר.⁷⁵ היש בכך מענה לביקורת הנובעת מהגישה האובייקטיבית של דיני החוזים? לטעמנו, יש להשיב על כך בשלילה. מענה זה של פרופ' ברק אינו נותן פתרון לקשיים הטמונים בהתחקות אחר כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה כפי שהצבענו עליהם לעיל, שכן חשיפת כוונתו הסובייקטיבית של צד לחוזה כרוכה בהכרח בהערכות סובייקטיביות של השופט היושב לדין, כך שתחת כוונתם הסובייקטיבית האמיתית של הצדדים לחוזה אנו עלולים להיוותר עם כוונה סובייקטיבית משוערת של הצדדים שמקורה בפרשנותו של השופט. נוסף על כך, יש כאמור קושי בהתחקות אחר כוונתם הסובייקטיבית המשותפת של צדדים לחוזה בשל עיתוי ההבאה של מקבץ הנסיבות ודרך הבאתו לפני בית-המשפט. לא זאת אף זאת, פרופ' ברק מחזיר אותנו בתגובתו אל לב-ליבה של הבעיה, כפי שהיטיבה לתארה ג' שלו:

73 שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 688.

74 ראו בהקשר זה את דבריו של מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 56, בעמ' 37-44, הגורס כי המהפכה בפסיקתו של בית-המשפט העליון באה לידי ביטוי, בין היתר, בהתחשבות ובמתן משקל ל"ריבוי של 'נקודות-זמן' לצורך קביעת מצב הזכויות והחובות של הצדדים" (שם, בעמ' 37). זאת, בניגוד לגישה הקלסית בדיני החוזים, שלפיה זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים נקבעות בהתאם למוסכם ברגע קריטי אחד בלבד, והוא מה שהוסכם בין הצדדים בחוזה עצמו ועובר לשלב ביצועו. בהמשך לכך המחבר מטעים כי הגישה החדשה, הסוטה מדיני החוזים הקלסיים, מנחה את השופט לקבוע אם הצדדים הפרו את החוזה לא בדרך של בחינת התנהגותו של כל צד על-פי מה שהוא התחייב לו בחוזה, אלא על-פי אמות-מידה עמומות של "תום-לב" ו"החובה לשתף פעולה" המתייחסות לנסיבות מאוחרות לכריתת החוזה (שם, בעמ' 44-45).

75 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 306.

"דא עקא, שכוונה היא מושג פסיכולוגי-סובייקטיבי, שקשה להולמו ולהתחקות אחריו. כבר נאמר כי 'רבות מחשבות בלב איש, ועצת ה' היא תקום' וכן נאמר כי 'רק השטן יודע מהן כוונותיו של האדם'. ואם כוונה אינדיבידואלית של היחיד היא מושג פסיכולוגי וסובייקטיבי, כוונה משותפת של שני צדדים לחוזה היא מושג מיסטי, שקשה, ואולי בלתי אפשרי, לבררו."⁷⁶

טעם נוסף שפרופ' ברק מציין במענה לביקורת העולה מהגישה האובייקטיבית של דיני החוזים הוא שממילא "תכלית החוזה אינה זהה עם כוונת הצדדים לחוזה", שכן תכלית החוזה היא "קונסטרוקציה משפטית"⁷⁷. אנו סבורים כי רטוריקה זו, המלווה גם את הלכת אפרופים, היא שגרמה לכך שבת-המשפט החלו ליישם את הלכת אפרופים באופן שמאייין הלכה למעשה את המושג "כוונת הצדדים", שכן היא כופה על הצדדים לחוזה את "רצון השיטה" באמצעות פיקציה משפטית אשר ספק אם מתיישבת עם אוטונומיית הרצון של הפרט.

לא זאת אף זאת, על-פי הלכת אפרופים, אם אומד-הדעת הסובייקטיבי של אחד הצדדים שונה מזה של הצד האחר, כ-אז אין כל אפשרות לגבש אומד-דעת סובייקטיבי משותף לצדדים, וכתוצאה מכך יפורש החוזה על-פי תכליתו האובייקטיבית, שהיא "המטרות, האינטרסים והתכליות שחוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים"⁷⁸. עוד נקבע בעניין אפרופים כי מדובר במבחן אובייקטיבי המושפע מעקרון תום-הלב וממערכת הערכים שהוא מבטא, וכן שהוא נגזר משיקולים של היגיון וסבירות.⁷⁹

הקושי העולה מתפיסה זו נובע מכך שניתן להגיע מכוחה למסקנה כי אומד-דעתם הסובייקטיבי של הצדדים אינו אחיד, ולמעשה לא קיימת כוונה סובייקטיבית משותפת לצדדים, וזאת חרף היותה של לשון החוזה ברורה, בהירה וחד-משמעית, באופן המשקף את אומד-דעתם של הצדדים.⁸⁰ לדידנו, גישה המניחה מלכתחילה כאפשרות לגיטימית כי לשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית שנקטו הצדדים לחוזה אינה מייצגת בהכרח את אומד-דעתם המשותף היא גישה פטרנליסטית, וככזו היא סותרת את עקרון חופש החוזים ואת אוטונומיית הרצון של הפרט.⁸¹

76 שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 686.

77 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 306.

78 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 313.

79 שם.

80 מובן שכאשר מדובר בחוזה בכתב שלשונו ברורה אך נפל פגם ברצון במהלך כריתתו, לעקרון חופש החוזים ולערכים הנגזרים ממנו יש נפקות אופרטיבית מועטה בלבד, שכן במקרים אלה הלשון הברורה אינה תוצאה של גיבוש הרצון החופשי. בעניין זה ראו להלן את הטקסט הצמוד לה"ש 92-93. כך גם כאשר מדובר בשפת "קוד", שהרי לשון החוזה אינה משקפת את רצון הצדדים. בהקשר זה ראו את הדיון להלן ליד ה"ש 197-198. ברם, אלה החריגים לכלל, ומשכך אין לבסס עליהם מודל כולל בדבר אופן פרשנותו של חוזה.

81 ראו והשוו בהקשר של הגישה הפטרנליסטית דיני החוזים את דבריו של המשנה לנשיא מ' אלון

6. בין פירוש לבין השלמה

להבדיל מהלכת אפרופים – הגורסת כי על-אף קיומה של לשון ברורה, בהירה ומובנת, המשקפת את אומד-דעתם של הצדדים, ניתן להגיע למסקנה כי אין בנמצא כוונה סובייקטיבית משותפת לצדדים – מקובלת עלינו האפשרות כי צדדים לחוזה לא הסדירו סוגיה מסוימת, שאז עסקינן ב"חוזה שותק". מצב דברים זה אינו נדיר. כך, לעיתים לא צפו הצדדים לחוזה את כל ההתפתחויות והמצבים האפשריים, ואולי אף לא הסכימו לגבי סוגיה זו או אחרת, ואף-על-פי-כן ביקשו לכרות חוזה המכיל את כל ההסכמות וההתחייבויות ההדדיות שהיו מקובלות עליהם בעת כריתתו. ברם, הסדרת הסוגיה שלגביה החוזה "שותק" לא תיעשה באמצעות פרשנות החוזה, כי אם באמצעות דוקטרינת השלמת החוזה. ודוק, אין מדובר בהבחנה טכנית או סמנטית גרידא, שכן עסקינן בשתי דיסציפלינות חוזיות שונות ומובחנות, וחלים לגביהן כללים שונים, אשר יש להם נפקות ממשית בהיבט של חופש החוזים.⁸² כך, מעקרון חופש החוזים נגזר כי עובדת "שתיקתו" של החוזה אין בה כשלעצמה כדי להצדיק את התערבותו של בית-המשפט בתוכן החוזה או לאפשר לו ליצור הסדר בעבור הצדדים באמצעות השלמת החוזה.⁸³ לפי כלל ידוע היטב בשיטתנו המשפטית, תנאי ראשוני להפעלת סמכות ההשלמה הקבועה בסעיף 26 לחוק החוזים הוא שקיים בחוזה פער שהצדדים לא נתנו לו את דעתם בהיסח הדעת, ולא במכוון, שאז עסקינן ב"שתיקה מדברת".⁸⁴ קרי, לשם ביצוע פעולת השלמה של החוזה נדרשת קביעה מוקדמת כי שתיקת הצדדים בנושא מסוים אינה מבטאת רצון להסדר שלילי,⁸⁵ בין היתר במובן זה שהצדדים צפו סוגיה מסוימת אך נשארו חלוקים בדבר אופן הסדרתה ובחרו לא לטפל בה במסגרת החוזה ביניהם. במקרה כזה אין זה ראוי שבית-המשפט ייצור בעבור הצדדים הסדרים שהם לא הסכימו לגביהם, וכך יאפשר למי מהם לקבל יותר מכפי שהצליח להשיג במהלך המשא-ומתן.

אכן, כדי להגיע למסקנה אם קיים בחוזה חֶסֶר שטעון השלמה או שמא מדובר בהסדר שלילי, יש לפרש תחילה את ההסכם, שכן פירוש החוזה קובע את תחומי

82 בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 468–471 (1989). כן ראו שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 662.

83 שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 691. שלו מדגישה גם כי גישתו של פרופ' ברק שונה, וכי לדידו אף השלמת חסר עולה כדי פעולה פרשנית "במובן הרחב": "ברק מבחין בין פרשנות במובן הצר, שעניינה מתן מובן משפטי ללשון החוזה, ובין פרשנות במובן הרחב, המתמקדת במסר הנורמטיבי העולה מתוך החוזה. לדעתו גם פרשנות במובן הרחב – כמו השלמת חסר – היא בגדר פרשנות." שם, בעמ' 690. כן ראו עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 316–317. על-אודות פירמית ההשלמה החוזית ראו שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 444.

84 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 324–325.

85 שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 445.

86 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 323; פרידמן וכהן חוזים ג, לעיל ה"ש 72, בעמ' 229.

השתרעותו.⁸⁶ אולם, כפי שהדגיש השופט מצא בעניין **ארגון מגדלי ירקות**, לא בנקל יתפרש טקסט חוזי כ"שותק". כך, לדברי השופט מצא, "אין די בקיומו של עיגון לשוני לכך שהצדדים לא נתנו דעתם על שאלה מסוימת או על התפתחות אפשרית כלשהי במהלך חיי החוזה. הלוא חלק מחופש החוזים הוא כי הצדדים רשאים להסכים על מנגנונים לחלוקתם ביניהם של סיכונים בלתי צפויים..."⁸⁷ לכן, לטענתו של השופט מצא, "כדי להגיע למסקנה כי הטקסט החוזי שותק, מן ההכרח להראות כי קיימת דרך 'בלשנית' כלשהי – ולוא דחוקה – להבין את מנגנוני חלוקת הסיכונים החוזיים כמותירים את השאלה הנדונה בלתי מטופלת מבחינה לשונית".⁸⁸

אולם לפי תורת הפרשנות התכליתית של החוזה, בכל סיטואציה שבה הגיע השופט-הפרשן למסקנה כי לא ניתן לזהות תכלית סובייקטיבית משותפת לצדדים, אין הוא מוגבל בפרשנות החוזה, אלא רשאי לצקת תוכן לחוזה באמצעות פנייה ישירה לשלב השני בפרשנות החוזה – גיבוש התכלית האובייקטיבית של החוזה. אנו מסכימים עם השופט מצא שסבר כי יש בכך התעלמות מעקרונות חופש החוזים, הסוללת את "הדרך לשוני שיפוטי נסתר של הטקסט הבלתי רצוי עד כדי כתיבת החוזה מחדש עבור הצדדים".⁸⁹

זאת ועוד, המשמעות של פרשנות החוזה היא התחקות אחר כוונת הצדדים. לעומת זאת, נקודת המוצא בתהליך ההשלמה היא שהצדדים לא גיבשו כוונה משותפת. לכן במסגרת דוקטרינת ההשלמה בית-המשפט אינו מחויב להתחשב באומדן-דעתם של הצדדים.⁹⁰ ישאל השואל: מה בין פרשנות החוזה לאור תכליתו האובייקטיבית, כפי שעוגנה בהלכת **אפרופים**, לבין השלמת החוזה? שניהם מנגנונים שאינם מחויבים לרצונם של הצדדים הקונקרטיים, ולכן עסקינן לכאורה בהבחנה סמנטית בלבד. ולא היא. כפי שהדגיש השופט מצא, "גם מי שסבור כי התערבות שיפוטית פולשנית בטקסט חוזי עשויה להיות לגיטימית צריך להסכים כי עליה להיעשות מתוך שקיפות. חיוני שהפרשן ידרש לתת – לעצמו ולקוראיו – דין וחשבון גלוי על מה שנראה לכאורה כהתערבות מצדו בחופש החוזים ובאוטונומיית הרצון הפרטי של הצדדים".⁹¹ כך, החדרת ערכים כגון סבירות ותום-לב במסגרת גיבוש התכלית האובייקטיבית של החוזה הינה פעולה המכרסמת ברצון הצדדים הקונקרטיים, ומשכך אל לו לשופט-הפרשן להציגם באצטלה של כוונת הצדדים, שכן מהלך כזה הינו פיקציה, שלהשלכותיה הקשות נתייחס בהמשך הדברים. ככל שהשופט סבור כי ההסדר החוזי שבו בחרו הצדדים במפורש אינו ראוי, וככל שיש הצדקה משפטית להתערבות בהסדר זה, עליו לבצע באמצעות כלים אחרים שהמשפט מעמיד לרשותו, ולא על-דרך פרשנות החוזה.

86 עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 323–324; שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 691; פרידמן וכהן **חוזים ג**, לעיל ה"ש 72, בעמ' 229.

87 עניין **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 501–502.

88 שם, בעמ' 502.

89 שם.

90 שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 691–692; שלו **החלק הכללי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 442.

91 עניין **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 502.

כך, מקובלת עלינו התפיסה שלפיה ייתכנו נסיבות שבהן תידרש התערבות חיצונית בתוכן החוזה, אם בשל טעות, הטעיה, סיכול, חוסר תום-לב, תקנת הציבור, תניה מקפחת בחוזה אחיד וכדומה.⁹² אולם כל אלה הם מקרים שבהם מצא המחוקק כי ראוי להגביל את חופש החוזים ולכרסם בחירות המסורה לפרט בשם הערכים המשותפים לאמנה החברתית שלאורה אנו חיים. זאת יש לזכור – אלה מקרים שבהם אוטונומיית הרצון הפרטי מוגבלת, ומשכך אין זה ראוי להציג את הערכים שבשמם נעשית ההתערבות השיפוטית במסגרת התהליך הפרשני כערכים אשר מגשימים את רצון הצדדים ונותנים תוקף לעקרון חופש החוזים.⁹³ אכן, שאלה נורמטיבית חשובה ביותר היא מהו גבול ההתערבות השיפוטית בחוזה שלא במסגרת פרשנותו – למשל, מכוח עקרון תום-הלב. קצרה היריעה מלהכיל דיון ממצה בשאלה זו, אשר פנים רבים לה. נציין רק כי לדידנו, גם התערבות שיפוטית זו צריכה להיות מוגבלת ומרוסנת, בשים-לב לתכליות המונחות בבסיסם של דיני החוזים, ובראשן עקרון חופש החוזים והערכים הנגזרים ממנו.

7. נטישת התכלית הסובייקטיבית של החוזה לטובת תכלית האובייקטיבית

לנוכח העובדה שתורת הפרשנות התכליתית של החוזה מאפשרת בכל מקרה ומקרה, ללא יוצא מן הכלל, היזקקות לנסיבות חיצוניות לחוזה, אשר קביעת משמעותן, משקלן והיחס שביניהן מסורה להערכתו הסובייקטיבית של השופט היושב לדין, בנקל יוכל השופט להגיע למסקנה כי לא ניתן לקבוע שקיים אומד-דעת סובייקטיבי משותף של הצדדים. אין זה חשש תיאורטי, אלא חלק בלתי-נפרד מהתפיסה המנחה את גישת הפרשנות התכליתית של החוזה, הגורסת כי כעיקרון, ועל-דרך הכלל, "מכיוון שהצדדים נוגדים זה את זה, כוונה משותפת אינה בנמצא".⁹⁴ בכך נפרץ המחסום המגן על הצדדים מפני התערבות שיפוטית מיותרת, שכן לפי הלכת אפרופים, בנסיבות אלה השופט היושב לדין רשאי לקבוע מהי כוונת הצדדים לאור התכלית האובייקטיבית של החוזה.⁹⁵ דהיינו, דווקא המימד הסובייקטיבי בפעילותו של השופט-הפרשן בהתאם לגישת הפרשנות התכליתית הוא המאפשר לבית-המשפט לכפות ביתר קלות ערכים אובייקטיביים שהם חיצוניים לרצון הצדדים. כך הדגיש בהקשר זה המשנה לנשיא חשין:

"ליבתו של עקרון חופש החוזים היא כיבוד רצונם של הצדדים – בכפיפות לחוק ולתקנת הציבור – ובהיגלות התכלית שהצדדים שניהם כיוונו אליה במועד

92 ש.ם.

93 שלן "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 686.

94 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 541.

95 ש.ם: "במצב דברים זה, אין מנוס מפנייה לתכלית האובייקטיבית".

כריתתו של החוזה, חייב הוא בית-המשפט לכבד תכלית זו... אלא שעיון בדברים מקרוב ילמדנו כי דוקטרינה לעצמה ויישומה של דוקטרינה לעצמו. הגם שהכל מסכימים כי תכלית סובייקטיבית – בה עיקר, הלכה למעשה נחפז בית-המשפט לעיתים להידרש לתכלית אובייקטיבית בלא שמיצה את מסעו אל התכלית הסובייקטיבית שעמדה נגד עיני הצדדים.⁹⁶

אולם ברור כי התרחקות מרצונם הקונקרטי של הצדדים בכל מקרה ומקרה, תוך החלת ערכים אובייקטיביים על מערכת היחסים שביניהם, משמעותה פגיעה קשה בזכותם החוקתית לחופש החוזים וריקון מכל תוכן ממשי של אוטונומיית הרצון הפרטי. ודוק, נטייתו של בית-המשפט למחר ולברר את כוונת הצדדים לאור התכלית האובייקטיבית של החוזה אינה בגדר חשש תיאורטי, כי אם חלק אינהרנטי מתורת הפרשנות התכליתית של החוזה. כך, פרופ' ברק מדגיש כי הגם שהתכלית הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה היא החשובה ביותר מהבחינה התיאורטית, "מן הבחינה המעשית, ידה של התכלית האובייקטיבית על העליונה".⁹⁷ פרופ' ברק מסביר כי הטעם לכך הוא מעשי, במובן זה ש"בדרך כלל יקשה על בית המשפט למצוא כוונה שהיא משותפת לשני הצדדים".⁹⁸ ברי אם כן כי אף-על-פי שתורת הפרשנות התכליתית של החוזה מתיימרת לשאוב את חיותה מעקרון חופש החוזים, היא ממהרת "לנטוש את ההתחקות אחר רצונם (הראלי, אך בהיעדרו – המשוער) של הצדדים",⁹⁹ ומבכרת את תכליתו האובייקטיבית של החוזה, באופן שאינו נותן משקל של ממש לאוטונומיית הרצון של הפרט, ובתוך כך סותר מושכלות ראשונים בדיני החוזים.

8. מעמדם של ערכי השיטה ואמות-מידה של "סבירות" ו"היגיון מסחרי"

כיצד אם כן מגבש השופט-הפרשן את תכליתו האובייקטיבית של החוזה? התכלית האובייקטיבית מושפעת מכמה מישורי הפשטה, שקיים לכאורה מדרג ביניהם. כך, בתחילה יש להתחקות אחר הרצון ההיפותטי של הצדדים, דהיינו, רצונם המשוער של הצדדים הקונקרטיים אילו צפו את הבעיה שתתעורר. לאחר שניסיון זה נכשל, יש לבחון

96 הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 54–55 – פס' 28 לחוות-דעתו של המשנה לנשיא חשין.

97 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 541.

98 שם.

99 שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 684. באשר לתורת הפרשנות התכליתית – שעוגנה במידה רבה בספרו של פרופ' ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29 – ג' שלו מדגישה כי נטישת רצונם של הצדדים נעשית על-ידי פרופ' ברק "על מנת להגיע למחוז חפצו: אמת המידה האובייקטיבית. קריאה בוחנת ומעמיקה של ספרו מעלה פער בין הצהרותיו של ברק בדבר עליונותה של כוונת הצדדים ועדיפותה של הפרשנות הסובייקטיבית ובין המשקל הרב והנכבד שהוא נותן במסגרת הפרשנות התכליתית לשיקולי מדיניות, לערכים חוקתיים ולאינטרסים ציבוריים" (שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 684). כן ראו שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 408.

את רצונם של הצדדים לאור אמת-המידה של האדם הסביר, כמו-גם לאור המקובל בסוג החוזה הנידון. אם מישור הפשטה אחרון זה לא הביא לידי גיבושה של התכלית האובייקטיבית, פונים לעקרונות-היסוד של השיטה.¹⁰⁰ פרופ' ברק טוען כי מדרג נורמטיבי זה בין שלושת מישורי ההפשטה נובע מהחשיבות הרבה שהוא מייחס לאוטונומיית הרצון החופשי.¹⁰¹ האומנם?

ראשית, אף שעל פניו קיים מדרג מסוים בין מישורי ההפשטה, פרופ' ברק עצמו מודה בעובדה כי "המעבר מרמת הפשטה אחת לשנייה אינו חד וברור. עניין לנו ברצף ולא במדרגות",¹⁰² ובהמשך הוא מדגיש: "הנה כי כן, המייחד את הפרשנות התכליתית, שאין היא מבוססת על שני שלבים נפרדים בתהליך הפרשני. אין בה הבחנה, מנקודת המבט של זמן, בין הפנייה (הראשונית) לכוונה הסובייקטיבית או האובייקטיבית של הצדדים..."¹⁰³ דהיינו, גיבושה של התכלית האובייקטיבית של החוזה מושפע כבר בראשית הדרך מערכי-היסוד של השיטה, קרי, "הרצון של הצדדים מוחלף ברצון של השיטה".¹⁰⁴

שנית, גם אם נסכים להכיר בקיומו של מדרג בין רמות ההפשטה כאמור, ממילא רמת ההפשטה הראשונה – הרצון המשוער של הצדדים – אינה קיימת מלכתחילה לפי שיטת הפרשנות התכליתית, שכן לפי שיטה זו, קשה ואף בלתי-אפשרי בדרך-כלל לזהות את רצונם הסובייקטיבי המשותף של הצדדים.¹⁰⁵ לכן באופן מעשי נותרנו בעת גיבושה של התכלית האובייקטיבית של החוזה עם נורמת "האדם הסביר" ו"ערכי השיטה" כמישורי הפשטה בלעדיים. עתה לא נותר אלא לתהות כיצד גישת הפרשנות התכליתית של החוזה עולה בקנה אחד עם עקרון חופש החוזים ואוטונומיית הרצון של הפרט, בהינתן שרצונם של הצדדים מוחלף בקלות יחסית ב"רצון השיטה" ובערכים אובייקטיביים שהצדדים מעולם לא שיוו לנגד עיניהם. נדמה כי נותרנו עם "אוטונומיית הרצון של השיטה", שאותה השופט-הפרשן אמור להחיל באופן שאינו מתיישב, לטעמנו, עם תפיסות-היסוד של דיני החוזים.

הנה כי כן, התכלית האובייקטיבית של החוזה לפי גישת הפרשנות התכליתית מושפעת מאמות-מידה של סבירות והיגיון;¹⁰⁶ "קומון סנס עסקי";¹⁰⁷ ועקרון תום-הלב, המהווה מקור משמעותי לגיבוש ערכי-היסוד של השיטה ולהחלתם במישור היחסים החוזי.¹⁰⁸ כך, ערכי-היסוד של השיטה כוללים גם שוויון, צדק, הגינות, טובת הכלל

100 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 539.
 101 שם.
 102 שם. כן ראו שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 407.
 103 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 291.
 104 שם, בעמ' 539.
 105 ראו לעיל ה"ש 94–98 והטקסט שלידן.
 106 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 313; שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 415.
 107 שם, בעמ' 426–427.
 108 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 327–328; שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 681; שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 411–412.

וזכויות האדם.¹⁰⁹ מכוח תורת הפרשנות התכליתית של החוזה, לאמות-מידה אלה יש כאמור השפעה משמעותית ביותר על פרשנות החוזה,¹¹⁰ כך שזו נעשית לעיתים קרובות תוך התעלמות מרצונם של הצדדים הקונקרטיים. דהיינו, על-אף הצהרותיה של תורת הפרשנות התכליתית בדבר חשיבותם של חופש החוזים ואוטונומיית הרצון של הפרט, בפועל המשקל שהיא נותנת לערכי-היסוד של השיטה מעלה תהיה באשר לתוקפן של הצהרות אלה.¹¹¹

ודוק, המושג "התכלית האובייקטיבית של החוזה" עשוי להתפרש בשתי דרכים שונות: האחת – התמקדות בטקסט החוזי, קרי, הסקת הגיונו הפנימי של הטקסט החוזי לאור לשונו של החוזה, וזאת להבדיל מכוונתם הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה; והאחרת – פרשנות החוזה לאור ערכי השיטה, כגון סבירות. לפי גישת הפרשנות התכליתית של החוזה, שאינה מקובלת עלינו, תכליתו האובייקטיבית של החוזה היא פרשנותו לאור ערכי השיטה. המודל המוצע על-ידינו, לעומת זאת, מאמץ את המשמעות הראשונה לעיל של התכלית האובייקטיבית, שלפיה השופט-הפרשן רשאי להיזקק לפרקיו השונים של החוזה ולתניות הרבות שבו לצורך קביעת משמעותה של לשונו. כך, למשל, כאשר לפנינו טקסט חוזי שאינו חד-משמעי ואשר ניתן לפרשו לכאן או לכאן – היזקקות לתכלית אובייקטיבית בהקשר זה עדיפה על אימוצה של פרשנות אפשרית הנגזרת מהנסיבות החיצוניות לחוזה.

אכן, הפרט אינו פועל בחלל ריק ובחירות מוחלטת, שכן קיימות כאמור הגבלות שונות מכוח הדין המשפיעות על חופש החוזים.¹¹² ברם, באופן עקרוני מטרתם היסודית של דיני החוזים היא לתת תוקף להסכמת הצדדים, ככל שהסכמה זו אינה מנוגדת להוראות החוק. משכך, אין הצדקה להחיל על הצדדים בדיעבד את הערכים הציבוריים והחברתיים המשפיעים על גיבושה של התכלית האובייקטיבית של החוזה, ואף לא אמות-מידה כגון סבירות והיגיון מסחרי, מקום שהצדדים התנו מפורשות על אפשרות החלתו של "הסביר" או "הנהוג" בעסקות דומות אחרות.¹¹³ יפים לעניין זה דבריה של ג' שלו:

"אמת, נכון הדבר: חופש החוזים אינו ערך מוחלט, ובמקרים רבים הוא נדחה מפני עקרונות אחרים, חשובים הימנו. דווקא משום שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים, יש לשמר את המעט שנותר ממנו. בוודאי אין זה נכון להוסיף לו הגבלות 'פנימיות', במסווה של האדרת כוונתם המשותפת של הצדדים. הפרשנות התכליתית של החוזה, מבית מדרשו של ברק, מתרחקת מאוד מכוונתם האמיתית של הצדדים, ולפיכך פוגעת

109 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 394.

110 שם, בעמ' 541: "אין מנוס מפנייה לתכלית האובייקטיבית".

111 שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 681, 683, 684.

112 שלו החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 51–58.

113 שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 682.

באינטרס ההסתמכות, בציפיותיהם הסבירות של הצדדים לחוזה ובעקרון חופש החוזים.¹¹⁴

כאמור, קיים מרחק רב בין הצהרותיה של גישת הפרשנות התכליתית של החוזה באשר למקומו של עקרון חופש החוזים לבין המשקל המשמעותי שגישה זו מייחסת לשיקולי מדיניות, לערכי השיטה ולאינטרסים ציבוריים.¹¹⁵ גישה זו מרחיקה לכת ומגבשת חזקה פיקטיבית לחלוטין שלפיה כוונתם המשותפת של הצדדים לחוזה היא לקדם את ערכיה של שיטת המשפט בישראל.¹¹⁶ גישה כזו אינה יכולה להתיימר ליתן תוקף לאוטונומיית הרצון של הפרט, לנוכח התעלמותה מרצון הצדדים והחלפתו ב"רצון השיטה".¹¹⁷ בהקשר זה מן הראוי להפנות לדבריה של ג' שְלוֹ:

"ספק רב בעיני אם ראוי ונכון להגשים את עקרונות היסוד של המשפט הישראלי ואת המטרות החברתיות שברק מנסה להגשים דווקא באמצעות דיני החוזים ופרשנות החוזה. לדעתי, הפעלת יתר של התכלית האובייקטיבית פוגעת בחופש החוזים ובאוטונומיית הרצון של הפרט. עקרון חופש החוזים אינו רק העיקרון הקובע את חופש ההתקשרות ואת חופש העיצוב. עקרון חופש החוזים פירושו גם, ואולי בעיקר, כי הסכמים שעשו פרטים, תוך הגשמת רצונם החופשי – יזכו להגנה מפני פגיעה ויאיכפו על ידי בתי המשפט – בלא התערבות בתוכנם. על ידי מתן משקל יתר לתכלית האובייקטיבית של החוזה אנו מתרחקים עד מאוד מכוונתם האמיתית של הצדדים, אותה כוונה שדיני החוזים מיועדים להגשים. על ידי ייחוס רצון (פיקטיבי) לצדדים להגשים ולקדם ערכי יסוד חוקתיים אנו מתערבים בתוכן החוזה ומכתיבים לצדדים ערכים ומטרות שכלל לא עלו בדעתם, וייתכן מאוד שאילו היו הוגים אותם היו משיבים בשלילה על אפשרות הכללתם בתוך החוזה שלהם."¹¹⁸

9. הקושי טמון באופן שבו יושמה הלכת אפרופים וברטוריקה שלה, אך לא בהלכה עצמה

ממהלך הדיון עד כה עלול להיווצר הרושם כי הלכת אפרופים היא שפוגעת בעקרון חופש החוזים. יובהר: לטעמנו, עיקריה של הלכת אפרופים נכונים ביסודם.¹¹⁹ בהמשך רשימה זו יוצג המודל הפרשני שאותו ראוי לטעמנו לאמץ בדיני החוזים. אולם כבר עתה נבהיר כי להבדיל מתורת הפרשנות הדו-שלבית, איננו סבורים כי לשון חד-משמעית

114 שם, בעמ' 686. כן ראו בהקשר זה את דבריה שם, בעמ' 682.

115 שם, בעמ' 684.

116 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 394–395.

117 ראו והשוו שְלוֹ "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 684.

118 שם, בעמ' 685–686. עוד ראו בהקשר זה שְלוֹ החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 407–411.

119 השוו פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות'", לעיל ה"ש 19, בעמ' 488.

ומפורשת צריכה למנוע מבית-המשפט בחינת ראיות בנוגע לנסיבות כריתת החוזה. אף אנו סבורים כי לנסיבות כריתת החוזה יש מקום במסגרת ההליך הפרשני, הגם שלגישתנו מקומן ומשקלן שונים, כפי שיבואר להלן. אכן, לעיתים ייתכן שאומד-דעתם של הצדדים לא בא לידי ביטוי הולם בלשון החוזה אף שהסכמת הצדדים נוסחה בכתב ובאופן ברור לכאורה. התעלמות מהנסיבות יכול שתגרום במקרים מסוג זה לעיוות דין, אף שלטעמנו יהיו אלה מקרים חריגים.¹²⁰

לצד זאת אנו סבורים כי הקושי המרכזי הטמון בהלכת אפרופים נובע מהרטוריקה של הלכה זו.¹²¹ הבחנה זו בין ההלכה גופה לבין הרטוריקה שלה ואופן יישומה על-ידי בתי-המשפט הודגשה על-ידי המשנה לנשיא חשין בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות:

“...עיקר הוא שנדע ונזכור כי בהילכת אפרופים כשהיא לעצמה לא נפל פגם, הגם שניתן היה למתן את הרטוריקה שקבעה את ההלכה. הקושי הוא ברוח שההלכה מְשִׁיבָה אל כל עבר, רוח פרצים שהחלה סוחפת עימה כללים והלכות שנוצקו והיו עימנו שנים רבות, ותחתיים לא הותירה לנו אלא הנחיות כלליות בלבד לדרכי פירושו של חוזה. אלא שאותה רוח אין היא צונָאמי המאבדת ומשמידה כל אשר עומד בדרכה. הרוח היא אמנם רוח לא-מצויה, ואולם שליטים אנו בה. בכוחנו לכלוא אותה רוח ולהשיב אותה כרוח מצויה בתעלות-רוח שהמשפט מעמיד לשירותנו. ואמנם, מטרתנו בחוות-דעתנו היא לעצור אותה רוח פרצים בדרכה הסוחפת, ולאלף אותה כך שנפיק ממנה את הטוב שבהילכת אפרופים. מי יתן וחפצנו יעלה בידינו.”¹²²

120 כך, למשל, ברי כי כאשר הצדדים השתמשו בשפת “קוד” – למשל, כתבו “סוס” אך התכוונו למעשה ל”מכונית” – יש לפרש “סוס” כ”מכונית”. ראו את הדוגמה שהציג המשנה לנשיא ברק בעניין אפרופים, לעיל ה”ש 1, בעמ’ 304; והשוו פס’ 5 להערותיו של המשנה לנשיא א’ ריבלין בעניין בלמורל, לעיל ה”ש 30.

121 כאשר להבחנה בין הלכת אפרופים לבין הרטוריקה שלה ראו את עמדתו של זמיר במאמרו “השופט ברק ודיני החוזים”, לעיל ה”ש 19, בעמ’ 387: “אינני סבור אפוא שמעמדו של פסק דין אפרופים נובע מהתוצאות האופרטיביות שלו ואף לא מהחידוש בשאלה הכמעט-טכנית, האם מותר לבחון את נסיבות ההתקשרות בעת שמפרשים את לשון החוזה. חלק מההסבר לתגובות שעורר פסק הדין נעוץ באופן הכתיבה של פסק הדין, ברמות הגבוהות של הכללה והפשטה שבהן הוא מצטיין וברטוריקה החזקה, הפולמוסית, הנחרצת והאקדמית שלו. הסבר נוסף... נעוץ באקטיביזם השיפוטי הגלום בין שורותיו של פסק הדין...”. לביקורת הנוגעת בהבחנה בין הלכת אפרופים לבין הרטוריקה שלה ואופן יישומה של ההלכה ראו שלו “שליטי החוזה”, לעיל ה”ש 8, בעמ’ 654–655.

122 הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה”ש 1, בעמ’ 72 – פס’ 52 לחוות-דעתו של המשנה לנשיא חשין (ההדגשות במקור). כן ראו את דבריו שם, בעמ’ 39 (פס’ 6 לחוות-דעתו), שם הדגיש כי “אכן, רבים – גם מן המצדדים בהילכת אפרופים – אין דעתם נוחה מן הדרך שבה נתפשה ההלכה בחיי היומיום של המשפט; שרוחה של ההלכה ניכסה לבית-המשפט סמכויות החורגות מתחום

אכן, הרטוריקה של הלכת אפרופים – שאנו מתנגדים לה בדומה למשנה לנשיא חשין – מצדיקה התחקות אחר כוונה סובייקטיבית משותפת של הצדדים לחוזה בכל מקרה ומקרה ללא יוצא מן הכלל, על כל הקשיים הכרוכים בכך, כפי שעמדנו עליהם לעיל. זאת ועוד, הרטוריקה של הלכת אפרופים מעודדת את השופט-הפרשן לנטוש עד-מהרה את ההתחקות אחר התכלית הסובייקטיבית של החוזה לטובת התכלית האובייקטיבית שלו. לא זאת אף זאת, הרטוריקה של הלכת אפרופים מאפשרת לשופט-הפרשן, כבר מראשיתו של ההליך הפרשני, להיזקק לערכי השיטה ולאמות-המידה של סבירות והיגיון כלכלי מבלי ליתן משקל ראוי ללשון החוזה, גם כאשר זו ברורה, חד-משמעית ובהירה וככזו משקפת את אומד-דעתם של הצדדים. זוהי אותה רטוריקה שלפיה "אין מלים 'ברורות' כשלעצמן".¹²³

לטעמנו, בעוד עיקריה של הלכת אפרופים נכונים, הרטוריקה שלה מאפשרת לבית-המשפט להפעיל שיקול-דעת שהיקפו בלתי-מוגבל כמעט במסגרת ההליך הפרשני של הטקסט החוזי, באופן שמתעלם מרצונם האמיתי של הצדדים ופוגע בעקרון חופש החוזה. רטוריקה זו מאפשרת לבית-המשפט לעצב מחדש את מנגנון חלוקת הסיכונים שבו בחרו הצדדים, לעיתים אף בניגוד לאומד-דעתם האותנטי של הצדדים לחוזה.

10. האם די ב"תמרווי האזהרה" שהוצבו בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות?

יש הסוברים כי פסק-דינו של בית-המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות פתר את הקושי הנובע מהרטוריקה של הלכת אפרופים ומאופן יישומה על-ידי בתי-המשפט, באופן שגידר את תחומי תחולתה של ההלכה. כך הדגיש המשנה לנשיא ריבלין בעניין בלמורל:

"הנה כי כן, אם הייתה מיתולוגיה של אפרופים, ואם הרוח שנשבה ממנה – הפכה לרוח פרצים עד כדי חשש מפני פגיעה בוודאות המשפטית ומפני הפיכת בית המשפט ל'צד' לחוזה, הרי שפסק-הדין של בית משפט זה, בהרכב מורחב, בעניין מגדלי הירקות, העמיד הלכה על מכונה וביאר את הטעון ביאור."¹²⁴

בהקשר זה ראוי להפנות לעמדתה של ג' שָׁלֹ, שממנה עולה כי ב"תמרווי האזהרה" שהוצבו בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות אין כדי לרסן את הרטוריקה הבעייתית של הלכת אפרופים.¹²⁵ אכן, במסגרת הדיון הנוסף ניסתה דעת הרוב להציב גבולות

הפרשנות במובנה המסורתי, ותוך כך חתרה תחת הוודאות והביטחון שהם כה חשובים למי שכורתים חוזה ביניהם".

123 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 298.

124 עניין בלמורל, לעיל ה"ש 30, פס' 4 להערותיו של המשנה לנשיא ריבלין.

125 שָׁלֹ "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 651.

לרטוריקה של הלכת אפרופים, על-מנת להתוות קווים ברורים יותר ליישומה של ההלכה. כך ציין השופט ריבלין, שכתב את חוות-הדעת המרכזית של דעת הרוב בדיון הנוסף:

"ככלל נכון לדעתי להניח, כי דרך בני האדם היא להקפיד ולדקדק בניסוח הסכמותיהם החוזיות. והמלה הכתובה, מקום שמשמעותה ברורה וכוונתה המסתברת עולה בקנה אחד עם נושא ההתקשרות, עודנה, כמדומה, המקור האמין ביותר לאומד דעתם של המתקשרים..."¹²⁶

עוד הדגיש השופט ריבלין כי –

"בגדרי התכלית הסובייקטיבית, נתונה עדיפות נורמטיבית לאומד הדעת העולה מלשונו הרגילה והטבעית של החוזה, על פני אומד הדעת העולה מלשונו החריגה או מהנסיבות החיצוניות. 'החזקה הינה, כי תכלית החוזה תוגשם, אם תינתן ללשון החוזה המשמעות הרגילה, הנודעת לו בלשון בה נקטו הצדדים. הנטל מוטל על הצד הטוען למשמעות מיוחדת'... 'חזקה היא, כי משמעותה הרגילה של הלשון בה בחרו הצדדים בחוזה באה לשקף את המוסכם ביניהם, וכן הגשמת המוסכם בין הצדדים היא גם תכליתו של החוזה'..."¹²⁷

ובהמשך לכך הטעים השופט ריבלין:

"אכן, גם אם יקשה על בית המשפט לאתר את הכוונה המשותפת לשני הצדדים, הוא יעשה כל שביכולתו כדי לעשות כן. העובדה שבשעת המשפט טוען כל אחד מהצדדים היריבים שכוונתו הייתה אחרת מזו של חברו – אין בה דבר. זהו טבעו של כל סכסוך חוזי. אל לשופט להירתע מכך, ולקבוע שלא ניתן לאתר כוונה משותפת... אל לו לשופט למהר לקבוע שלא ניתן לאתר את תכליתו הסובייקטיבית של החוזה. על בתי המשפט להימנע מליצור 'תחושה או 'אווירה' שלפיה אף חוזה אינו ברור, הכל פתוח, וכל תוצאה ניתנת להשגה באמצעות פרשנות'... אין זה תפקידו של בית המשפט ליצור עבור הצדדים חוזה סביר יותר מזה שהם יצרו לעצמם. הבחינה האובייקטיבית תעשה רק כאשר איתור כוונתם המשותפת הסובייקטיבית של הצדדים אינו אפשרי..."¹²⁸

126 הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 26 – פס' 10 לחוות-דעתו של השופט ריבלין (ההדגשה במקור).

127 שם.

128 שם, בעמ' 29 – פס' 12 לחוות-דעתו של השופט ריבלין.

אולם על-אף אמירות חשובות אלה, אנו סבורים כי שופטי הרוב בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות נתנו משנה תוקף גם לרטוריקה של הלכת אפרופים.¹²⁹ זאת ועוד, בגדריהם של "תמרווי האזהרה" שהציב השופט ריבלין נשזרו אמירות שגם אם אין בהן כדי לחזק את הרטוריקה של הלכת אפרופים, אין הן קובעות לה סייגים מתבקשים. כך, למשל, בדומה לרטוריקה של הלכת אפרופים, הדגיש השופט ריבלין כי לשון החוזה היא אך נקודת המוצא להליך הפרשני, בציינו כי "תחנתנו הראשונה היא באותו כתב שהצדדים הסכימו עליו ויצרוהו, אך אין זו התחנה האחרונה במסענו לגילוי כוונתם המשותפת...".¹³⁰ השופט ריבלין אף הבהיר את תמיכתו בגישה שלפיה אין טקסטים ברורים כשלעצמם, כאשר הטעים כי "בדרך כלל, לא ניתן להעניק משמעות למילים מבלי לדעת באיזה הקשר ובאילו נסיבות נכתבו. מילים ומשפטים מקבלים משמעויות שונות בהקשרים שונים".¹³¹ ברוח זו הוא הוסיף ואמר כי "תחושת הבהירות" שנוצרת בחלל הריק עלולה להטעות... באותו אופן, סעיף בחוזה שעל פניו נתפש כברור, עלול להיראות מוקשה לאחר בחינת ההקשר והנסיבות בהם נכתב...".¹³² בדומה לרטוריקה של הלכת אפרופים – שלפיה אין חשיבות אם הפרשן יחל את מסעו מהנסיבות או מלשון החוזה, והוא רשאי ללכת הנה והנה תוך דילוג מתמיד בין הלשון לבין הנסיבות – ציין השופט ריבלין כי "על בית המשפט לבחון הלך ושוב את לשון החוזה ואת נסיבותיו החיצוניות...".¹³³ באשר ליחס שבין התכלית הסובייקטיבית של החוזה לבין תכליתו האובייקטיבית, קבע אומנם השופט ריבלין כי "במקרים בהם לא ניתן, בשום אופן, לברר את התכלית הסובייקטיבית, לא נותר לבית המשפט מנוס מלפנות לתכלית האובייקטיבית של החוזה".¹³⁴ בכך ניתן לכאורה לראות משום ניסיון למתן את הרטוריקה של הלכת אפרופים, שעודדה את השופט-הפרשן לנטוש את התכלית הסובייקטיבית לטובת התכלית האובייקטיבית של החוזה. אלא שבאותה נשימה הפנה השופט ריבלין לרטוריקה שלפיה "מן הבחינה התיאורטית ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה... אך מן הבחינה המעשית, ידה של התכלית האובייקטיבית על העליונה".¹³⁵ לבסוף הדגיש השופט ריבלין כי "דומה שפסיקתם של בתי המשפט בשנים האחרונות מצביעה יותר ויותר על אותה מגמה, להתיר את מוסרותיהן של המלים הכתובות ולהגיע לחקר הכוונה האמיתית, שהייתה לנגד עיניהם של המתקשרים".¹³⁶

129 הדבר עולה, בין היתר, גם מניתוח דעת הרוב ברשימתה לעיל של שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 651.

130 הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 25–26 – פס' 9 לחוות-דעתו של השופט ריבלין.

131 שם, בעמ' 26 – פס' 10 לחוות-דעתו של השופט ריבלין.

132 שם, בעמ' 27 – פס' 10 לחוות-דעתו של השופט ריבלין.

133 שם, בעמ' 28 – פס' 11 לחוות-דעתו של השופט ריבלין.

134 שם, בעמ' 28 – פס' 12 לחוות-דעתו של השופט ריבלין.

135 שם, בעמ' 28–29 – פס' 12 לחוות-דעתו של השופט ריבלין.

136 שם.

11. תכליתו של תיקון מס' 2 לחוק החוזים

יתר על כן, על-אף הניסיון להציב את "תמרורי האזהרה" כאמור, התחושה שנוטרה לאחר הדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות הייתה כי פסק-הדין שניתן בעקבותיו לא מיתן את הרטוריקה של הלכת אפרופים, אלא שב ונתן לה גושפנקה. על רקע תחושה זו, אשר חלקים לא-מבוטלים של הקהילה המשפטית היו שותפים לה, יש אף לעקוב אחר הליכי החקיקה שמכוחם תוקן אך לא מכבר סעיף 25(א) לחוק החוזים במסגרת תיקון מס' 2. בשנת 2009 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק פרטית מטעם חבר-הכנסת יריב לזין לתיקון סעיף 25(א) לחוק החוזים, שבה הוצע לקבוע, בין היתר, כי "חוזה יפורש באופן שתואם, ככל הניתן, את הפירוש שניתן לו על ידי הצדדים". בדברי ההסבר להצעת החוק הודגש כי –

"כלל הפרשנות הקיים יוצר חוסר ודאות משפטית ופותר פתח לריבוי מחלוקות והתדייניות, להתמשכותם של הליכים משפטיים ולהגברת העומס על מערכת המשפט. יתרה מזו, כלל זה אף אינו עולה בקנה אחד עם מהותו של החוזה ועקרון היסוד העומד בבסיסו – היותו ביטוי של הסכמה רצונית שאליה הגיעו הצדדים. האפשרות שיש לבית המשפט לבחור בפירוש לחוזה שלא נטען כלל על ידי מי מהצדדים לו ולכפותו עליהם שוללת את מהותו ההסכמית."¹³⁷

לאחר שהצעת החוק הנ"ל עברה בקריאה טרומית במליאת הכנסת, ונערכו לגביה דיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט, הובאה הצעת החוק לקריאת השנייה והשלישית במליאת הכנסת, והיא התקבלה ביום 17.1.2011. בנוסחה הסופי של הצעת החוק נקבע, בין היתר, כי במקום סעיף 25(א) הנוכחי יבוא הנוסח שלהלן:

"חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו."¹³⁸

בדיון שנערך במליאת הכנסת כאשר הובאה הצעת החוק להצבעה בקריאת השנייה והשלישית, הדגיש חבר-הכנסת דוד רותם, יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, כי –

"מטרת הצעת החוק היא לנסח מחדש את כללי הפרשנות לחוזים באופן שיגביר את הוודאות המשפטית ויבטיח היצמדות מרבית להסכמות שהיו בין הצדדים בעת כריתת החוזה.

137 הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), לעיל ה"ש 22.

138 תיקון מס' 2 לחוק החוזים.

כלל הפרשנות הקבוע כיום בסעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, קובע כי חוזה יפורש לפי אומד דעת הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה ובמידה שאינה משתמעת ממנו מתוך הנסיבות. כלל הפרשנות הקיים, כפי שפורש על-ידי בית-המשפט העליון בפסק-דין בעניין 'אפרופים', מעניק משקל שווה בפרשנות החוזה ללשון החוזה ולנסיבות כריתתו. פרשנות זו שניתנה לחוק בהלכת אפרופים יצרה חוסר ודאות משפטית ופתחה פתח לריבוי מחלוקות והתדייניות, להתמשכותם של הליכים משפטיים ולהגברת העומס על מערכת המשפט. יתירה מזאת, המציאות המשפטית שנוצרה בשל פסק-הדין החלישה את עקרון היסוד העומד בבסיסו של כל חוזה – היותו ביטוי של הסכמה רצונית שהצדדים הגיעו אליה, כפי שהיא משתקפת בלשון החוזה. נוכח האמור, מוצע לנסח מחדש את כלל הפרשנות באופן שיעניק משקל משמעותי ללשונו של החוזה, מקום שבו דעתם של הצדדים משתמעת במפורש מלשון החוזה.¹³⁹

יטען הטוען כי אין כל חידוש בתיקון חקיקתי זה, שכן גם הלכת אפרופים וגם "תמרורי האזהרה" שהוצבו בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות גורסים כי יש ליתן עדיפות ללשון החוזה כאשר זו ברורה.¹⁴⁰ ודוק, אנו סבורים כי לפי הרטוריקה של הלכת אפרופים, ממילא אין טקסט חוזי ברור, ובהתאם לדעת הרוב בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, הלשון החוזית היא רק "תחנתנו הראשונה", ואין לסיים בה את המסע הפרשני. התהליך התחיקתי, כפי שהוצג לעיל, מלמד כי המחוקק ביקש לערוך רוויזיה ממשית בכללי הפרשנות שהותוו בהלכת אפרופים, וזאת לאחר שהוצבו "תמרורי האזהרה" בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות כאמור. עולה אפוא כי גם המחוקק סבר כי אין ב"תמרורי האזהרה" שהוצבו בדיון הנוסף כדי להגן על אוטונומיית הרצון החופשי של הפרט ועל זכות-היסוד לחופש החוזים, המתבטאת במתן משקל משמעותי – אם לא מכריע – ללשון החוזה.¹⁴¹ נדמה כי הדוגלים בתורת הפרשנות התכליתית צריכים להיות נאמנים לגישתם גם בבואם לפרש את תכלית התיקון שערך המחוקק בסעיף 25(א) לחוק החוזים. דהיינו, על האוחזים בגישת הפרשנות התכליתית להתחשב גם במקרה זה בנסיבות החיצוניות לתיקון המגלות את אומד-דעתו של המחוקק. נסיבות אלה מלמדות בכיורו כי המחוקק ביקש, לכל-הפחות, לדחות את הרטוריקה של הלכת אפרופים.¹⁴² אנו סבורים כי ההיסטוריה החקיקתית הנ"ל אינה יכולה לתמוך בגישתם של אלה הסבורים כי התיקון אימץ את הלכת אפרופים. משעה

139 פרוטוקול ישיבה מס' 204 של הכנסת ה-18, 173–174 (17.1.2011) www.knesset.gov.il/plenum/data/00274111.doc

140 ראו את חוות-דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 4.

141 ראו את הערותיו של השופט דנציגר בעניין אליהו, לעיל ה"ש 4.

142 ראו את הרשימות הנזכרות בה"ש 23 לעיל.

שגילה המחוקק את דעתו, על בתי-המשפט לכבד את רצונו ולהימנע מנקיטת מהלך פרשני אשר הלכה למעשה עלול לרוקנו מתוכן ממש. ¹⁴³

בפסק-הדין בעניין **הביטוח הלאומי** ציין המשנה לנשיא ריבלין כי אי-אפשר ללמוד מהנסיבות החיצוניות לתיקון מס' 2 לחוק החוזים כי תכלית התיקון היא להעביר מן העולם את הרטוריקה של הלכת **אפרופים** לאחר שהוצבו לה "תמרורי אזהרה" בדיון הנוסף בעניין **ארגון מגדלי ירקות**. זאת, משום שבחינת ההיסטוריה החקיקתית המלאה שהובילה לתיקון מס' 2 לחוק החוזים מצביעה לטעמו על פשרה בין גורמים שונים שאינה עולה בקנה אחד עם דברי ההסבר שפורטו בהצעת החוק של חבר-הכנסת יריב לוי. ודוק, אנו סבורים כי מסקנתו זו של המשנה לנשיא ריבלין מתעלמת מהמשקל המשמעותי שיש לייחס לנסיבות שהניעו את המחוקק ליזום את תיקון מס' 2 לחוק החוזים, כפי שפורטו בהצעת החוק של חבר-הכנסת יריב לוי, ומתעלמת אף מהדברים המפורשים שצינו במליאת הכנסת כאשר הובאה הצעת החוק לקריאת השנייה והשלישית. אנו סבורים כי בקהילה המשפטית ובקרב מלומדים שונים, שמדבריהם הבאנו לעיל, אין מחלוקת של ממש כי הנסיבות החיצוניות שהובילו לחקיקתו של תיקון מס' 2 לחוק החוזים מצביעות בבירור על שאיפה לביטול הרטוריקה הבעייתית של הלכת **אפרופים**, אשר לא מצאה לה כאמור מזור במסגרת "תמרורי האזהרה" שהוצבו בדיון הנוסף בעניין **ארגון מגדלי ירקות**. גם השופט הנדל, בעניין **המוסד לביטוח לאומי**, עמד על כך שאף-על-פי שתיקון מס' 2 לחוק החוזים הוא בסופו של יום פשרה בין גורמים שונים, במבחן התוצאה לשונו של התיקון, שלפיה יש לתת עדיפות ללשון החוזה על נסיבותיו החיצוניות, מעידה על תכלית התיקון.

יובהר: איננו סבורים כי התיקון לסעיף 25(א) לחוק החוזים ביטל כליל את הלכת **אפרופים**. ¹⁴⁴ אנו סבורים כי התיקון לחוק הבהיר, בצורה שאינה משתמעת לשני פנים, כי אי-אפשר עוד לנהוג בהתאם לרטוריקה של הלכת **אפרופים**, ומובן שאין ליישמה בעת פרשנות החוזה. לטעמנו, תיקון סעיף 25(א) לחוק החוזים שולל באופן חד-משמעי את התפיסה שלפיה כל טקסט חוזי טעון פרשנות, כך שלשון החוזה היא תחנת מוצא בלבד, כמו-גם את האפשרות להחליף את רצון הצדדים – גם אם קיבל ביטוי מפורש ובהיר בלשון החוזה – בערכי השיטה ובאמות-מידה אובייקטיביות אחרות שהמרחק בינן לבין רצון הצדדים הקונקרטיים הוא רב. עוד יוער כי יש הסוברים שתיקון סעיף 25(א) לחוק החוזים מהווה התערבות לא-רצויה במחלוקת פסיקתית שהיה מוטב לפותרה ב"כלים פסיקטיים", ולא על-דרך התערבות חקיקתית חיצונית הנובעת משאיפה להצרת שיקול-הדעת השיפוטי. ¹⁴⁵ אין מטרתה של רשימה זו לעסוק בסוגיה של חלוקת הסמכויות בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת. ברם, נבקש להדגיש כי מקום שההלכה

143 ראו והשוו ש'לו "על תיקון החוק", לעיל ה"ש 24, בעמ' 59: "אני לא חושבת שהוא לא חוקתי, אני חושבת שהכנסת היא הריבון."

144 השוו חוות-דעתו של השופט הנדל בעניין **המוסד לביטוח לאומי**, לעיל ה"ש 4.

145 ראו, למשל, את רשימתו של עו"ד רם כספי "מחוקקים, הניחו לבית המשפט העליון" *The Marker* 23, 18.1.2011.

הפסוקה סותרת עקרונות יסוד מובהקים בתחום דיני החוזים, וגורמת לפגיעה מתמשכת בוודאות המשפטית, זוהי פררוגטיבה לגיטימית של המחוקק לומר את דברו באשר להסדר המשפטי הרצוי והראוי. זאת ועוד, אנו סבורים כי התיקון לסעיף 25(א) לחוק החוזים אינו מגביל את שיקול-הדעת השיפוטי, אלא מתווה קווים ברורים וראויים יותר להפעלתו באופן שעולה בקנה אחד עם תפיסות יסוד של דיני החוזים.

12. השלכותיה של הפגיעה בעקרון חופש החוזים

מעבר לפן העקרוני והתפיסתי שלפיו גישת הפרשנות התכליתית של החוזה אינה עולה בקנה אחד עם תפיסות יסוד שהיו נהוגות בשיטתנו המשפטית לפני שניתן פסק-הדין בעניין **אפרופים**, לפגיעה בעקרון חופש החוזים יש משמעות אופרטיבית וממשית, ומשכך יש ליתן את הדעת להשלכותיה הקשות בעולם המעשה.¹⁴⁶

כאמור, אחת מנגזרותיו המרכזיות של עקרון חופש החוזים היא כיבוד רצונם של הצדדים להבטיח יציבות וודאות במערכת היחסים שביניהם. מקום שעסקינן בחוזה הנוקט לשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית, ברי כי הצדדים לא הותירו את חלוקת הסיכונים ביניהם ליד המקרה ולתחולת הדין הדיספוזיטיבי, וציפיתם הלגיטימית היא כי רצונותיהם יכובדו ויאכפו כמות שהם על-ידי בית-המשפט. כפיית התכלית האובייקטיבית של החוזה על הצדדים, ובמסגרתה אמות-מידה של סבירות וערכים חוקתיים שהצדדים לא התכוונו כלל לאמצם, משמעותה פגיעה קשה בציפיותיהם של צדדים שניסחו חוזה מפורש ובהיר, כמו-גם פגיעה בוודאותה וביציבותה של מערכת היחסים החוזית ביניהם. בוודאי כך הדבר ביחסים בין צדדים אשר מתקשרים בחוזים מסחריים מורכבים ונעזרים לשם כך בעורכי-דין. המשא-ומתן לקראת כריתתם של חוזים מסוג זה עשוי להימשך לעיתים שבועות ואף חודשים, שבמהלכם הצדדים דנים לפרטי-פרטים בהיבטים השונים הכרוכים בהתקשרות ביניהם. כך, עובר לכריתת החוזה הסופי מוחלפות בין הצדדים, לאחר ישיבות ארוכות, טיוטות רבות שלניסוחן הוקדשו שעות ארוכות ומשאבים רבים.¹⁴⁷ במקרים אלה הצדדים חותרים לניסוח הבהיר ביותר האפשרי של החוזה, כדי שישקף באופן מיטבי את חלוקת הסיכונים ביניהם. זאת, בין היתר, משום שהם מבקשים להשיג ודאות ויציבות במערכת היחסים החוזית ביניהם, ומעוניינים למנוע אי-הבנות בעתיד כמו-גם התערבות שיפוטית מיותרת בתוכן החוזה, אשר עלולה, בהתאם לגישת הפרשנות התכליתית, להביא גם לידי החלתם של ערכי השיטה ואמות-מידה אובייקטיביות, כגון סבירות.

החוזה הוא כלי-עזר שמטרתו לתמוך בהגשמת אינטרסים כלכליים, וככזה עליו

146 ש'ן "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 661–664.

147 ראו את דבריו של המשנה לנשיא חשין בדיון הנוסף בעניין **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37 (פס' 2 לחוות-דעתו): "אין דעתנו נוחה מההשקפה – השקפה שהמבקשים מוצאים לה אחיזה **בהילכת אפרופים** – כי בתי-המשפט מותרים בנסיבות אלו ואחרות להתערב בחוזה שהצדדים עמלו ימים ולילות על ניסוחו ועורכי-דין בחנו כל תו ותג שבו שוב ושוב".

להביא בחשבון את הצרכים ועקרונות-היסוד שגורמים מסחריים פועלים על בסיסם. בשל כך מן הראוי שדיני פרשנות החוזה לא יתבססו על עקרונות הסותרים את הצורך הבסיסי בוודאות, ביציבות וביכולת לתכנן לטווח ארוך.

אולם גם כאשר מדובר בחוזים הנוגעים בעסקות לא-מורכבות, קרי בחוזים סטנדרטיים למדי, נדמה כי דווקא בשל "פשטותם" של חוזים אלה הצדדים אינם מעלים על דעתם את האפשרות שעל ההתקשרות ביניהם יחלו ערכי-היסוד של השיטה. זאת ועוד, גם כאשר אין עסקינן בחוזה מסחרי מורכב, אלא בעסקה "פשוטה", כגון עסקה למכירת דירת מגורים על-ידי בעליה ורכישתה על-ידי הקונים, יש נפקות רבה ליכולת ההסתמכות הכלכלית ולציפייה הלגיטימית של הצדדים לוודאות ביחסים החוזיים שביניהם. לכן לא יהיה זה נכון לשבש את ציפיותיהם של הצדדים, אשר מסתמכים על ההסכמות וההתחייבויות המפורטות בחוזה שבו התקשרו, ומצפים כי החוזה שאותו כרתו יכובד הן במישור היחסים שביניהם והן על-ידי בית-המשפט. ברם, הרטוריקה של הלכת אפרופים פוגעת בציפיותיהם הלגיטימיות של הצדדים לחוזה, שכן בבסיסה היא גורסת כי חוזה לעולם אינו מובן וברור אלא לאחר שעבר תהליך פרשני, כמו-גם בשל העובדה שהיא מאפשרת לכפות על הצדדים בצורה מלאכותית את ערכי השיטה, תוך שימת הדגש וכובד המשקל על התכלית האובייקטיבית של החוזה. לא יהיה זה שגוי לומר כי יישום הרטוריקה של הלכת אפרופים עלול לערער את יסודותיו של משטר כלכלי יעיל, הנשען על יכולת הסתמכות וציפייה מראש.¹⁴⁸

בהקשר של הפגיעה בוודאות וביציבות הנגרמת בעקבות גישת הפרשנות התכליתית של חוזה, משיב פרופ' ברק למבקריו כי לא תיתכן שיטת פרשנות ללא שיקול-דעת שיפוטי, שכן "פרשנות ללא שיקול דעת היא אגדה".¹⁴⁹ אנו מסכימים עם הקביעה כי לא תיתכן פרשנות ללא שיקול-דעת. השאלה, לטעמנו, אינה אם לשופט-הפרשן יש שיקול-דעת בהליך הפרשני, אלא מהו היקף שיקול-הדעת המסור לו. אנו סבורים כי במישור היחסים הפרטי שבין הצדדים, כאשר החוזה ברור ובהיר, מעמדו הנורמטיבי של עקרון חופש החוזים מחייב את בית-המשפט ליתן את המשקל הראוי להסכמות הצדדים אשר פורטו בו. דהיינו, היקף שיקול-הדעת הפרשני של בית-המשפט בנוסחה אלה אינו יכול

148 ראו והשוו שלן "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 661. יצוין כי לקראת הכנס השנתי העשירי של לשכת עורכי-הדין, שנערך באילת בחודש יוני 2010 ואשר נטלו בו חלק יותר מ-2,200 משתתפים, ולפני המושב שעסק ב"פרשנות חוזים", הופץ בקרב כ-70% ממשתתפי הכנס סקר מטעם המכון להשתלמות עורכי-דין של לשכת עורכי-הדין בישראל. במסגרת הסקר הוצגו כמה שאלות. בין היתר נשאלה השאלה: "האם לדעתך תורמות ההלכות שנפסקו בפס"ד אפרופים ובפס"ד ארגון מגדלי ירקות [הדיון הנוסף] ליציבות הנדרשת ולעשיית צדק בתחום דיני החוזים?" הגם שאין מדובר במחקר אמפירי העונה על הכללים והעקרונות המקובלים, מתברר כי 64% ממשתתפי הסקר השיבו בשלילה על שאלה זו, ורק 36% השיבו בחיוב. תוצאות הסקר ממחישות את הביקורת הקשה של ציבור עורכי-הדין על תורת הפרשנות התכליתית כפי שיושמה על-ידי בתי-המשפט לאחר פסקי-הדין שניתנו בעניין אפרופים ובדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות. לסוגיית הוודאות וההסתמכות ראו עוד פרידמן וכהן חוזים ד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 64.

149 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 307-308.

להיות משמעותי, ובוודאי אין זה רצוי או ראוי שהשופט־הפרשן יכפה על צדדים לחוזה חוקי, שאינו מנוגד לתקנת הציבור, ערכים כגון סבירות והיגיון מסחרי. בהגנותו מודה פרופ' ברק כי אכן עוצמת שיקול־הדעת השיפוטי במסגרת תורת הפרשנות התכליתית של החוזה היא מוגברת בהשוואה לתורות פרשניות אחרות, אולם הוא סבור כי יש לכך הצדקה, היות ש"זהו שיקול דעת גלוי, הבוחן את השאלות הפרשניות הראויות, ואינו מסתתר מאחורי פיקציות שאין בינן לבין פרשנות הטקסט ולא כלום"¹⁵⁰. האומנם אלה פני הדברים? נדמה כי דווקא בלב-ליבה של תורת הפרשנות התכליתית מונחת פיקציה משפטית שעניינה החזקה שלפיה צדדים לחוזה מבקשים לקדם את ערכי השיטה. זאת ועוד, משטר חוזי המנותק מהצרכים הכלכליים של חיי המסחר עלול להרתיע יזמים ואנשי עסקים מלהביא את ההכרעה בסכסוכים חוזיים מורכבים לפתחם של בתי-המשפט,¹⁵¹ אם באמצעות פשרה שתושג מחוץ לכותלי בית-המשפט¹⁵² ואם באמצעות פנייה לבוירות.¹⁵³ מצב דברים זה עלול לגרום לכך שבתי-המשפט יתבקשו להכריע בעיקר בתיקים שעניינם "חוזים פשוטים", באופן שיוביל לפגיעה באמון הציבור ביכולתה של המערכת המשפטית להתמודד עם אתגרים חוזיים מורכבים.¹⁵⁴

150 שם, בעמ' 308.

151 של'ן "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 663. כן ראו והשוו מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 56, בעמ' 17, 77-85, שם מציע המחבר הסברים נוספים לכך שאנשי עסקים מעדיפים להדיר את רגליהם מבתי-המשפט, אך מדגיש כי "אין ספק שאקטיביזם בכל הנוגע לקביעת תוכנם של חוזים עשוי להרתיע אנשי עסקים מלהביא את סכסוכיהם החוזיים להכרעת בתי-המשפט של המדינה" (שם, בעמ' 85). עוד ראו והשוו מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" **עיוני משפט** לד 527, 537, 559 (2011) (להלן: מאוטנר "התפתחות דיני החוזים"). גם במחקר זה עומד מאוטנר (בעמ' 535-539) על גורמים נוספים שנידונו בספרות המקצועית והועלו על-ידי עורכי-דין ככאלה המביאים לידי הדרת רגליהם של אנשי עסקים מבתי-המשפט.

152 של'ן "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 661.

153 כך, למשל, במסגרת הסקר שנערך לקראת כנס העשור של לשכת עורכי-הדין, בחודש יוני 2010 (ראו לעיל ה"ש 148), הוצגה למשתתפי הסקר השאלה: "האם המלצת אי פעם למרשך שלא להביא מחלוקת שהתעוררה בעניין פרשנות חוזה להכרעה בבית המשפט, בשל אי יכולתך להעריך בצורה סבירה מה תהיה הכרעת בית המשפט?" 91% ממשפטי הסקר השיבו בחיוב, ורק 9% השיבו בשלילה. תוצאה זו רק מבהירה את השלכותיה הקשות של גישת הפרשנות התכליתית של החוזה על הוודאות המשפטית והיציבות המשפטית, אשר כה חיוניות ברניי חוזים.

154 של'ן "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 663. מאוטנר "התפתחות דיני החוזים", לעיל ה"ש 151, בעמ' 527, 556-559, מצביע במחקרו האמפירי כי "אף שדיני החוזים של ישראל חלים על מספר גדול של סוגי עסקות, הם מתפתחים על גבה של עסקה חוזית מסוג אחד, היא עסקת המקרקעין" (שם, בעמ' 527) (ממחקרו של מאוטנר עולה כי על-פי אחד הסיווגים האפשריים, 47.14% מהחוזים שהובאו לפתחו של בית-המשפט העליון קשורים למקרקעין – ראו שם, בעמ' 555-556). מאוטנר מדגיש גם כי "תרומתן של עסקות מסחריות לפיתוחם של דיני החוזים של ישראל נמוכה יחסית" (שם, בעמ' 560). עוד מטעים מאוטנר כי "ממצאי המחקר מאשרים גם את מה שעולה מהספרות האמפירית האמריקנית, וכן מתגובותיהם של עורכי-הדין שהעירו את הערותיהם לנוסח מוקדם של מאמר זה, באשר לרתיעתם של אנשי עסקים מלהביא את סכסוכיהם להכרעתם של בתי-המשפט ובאשר לגורמים העומדים ביסודה של רתיעה זו" (שם, בעמ' 556).

מאידך גיסא, יש הסבורים כי כפיית התכלית האובייקטיבית של החוזה על הצדדים, כמו־גם התפיסה כי אין טקסט חוזי החסין מפני פרשנות, עלולות להקטין באופן משמעותי את המוטיווציה של הצדדים להשקיע משאבים בניסוח ברור ובהיר של ההסדרים המחייבים ביניהם, שכן ממילא לאור גישת הפרשנות התכליתית של החוזה, הלכה למעשה ידה של התכלית האובייקטיבית על העליונה, והצדדים אינם עוד אדוני החוזה.¹⁵⁵ העדר תמריץ כאמור לניסוח חוזי מפורט ובהיר של ההסדרים המחייבים בין הצדדים עלול להגביר את הסיכוי לאי־הבנות בין הצדדים ואת הצורך בפנייה לבית־המשפט על־מנת שיפרש את החוזה העמום, באופן שיעביר בפועל את האחריות החוזית מהצדדים לחוזה אל בית־המשפט. מעבר כזה יהיה בלתי־מוצדק הן מטעמים של יעילות ההליך השיפוטי והן מטעמים כלכליים טהורים, במובן של זהות הגורם הנכון והראוי לקביעת ההיגיון הכלכלי של העסקה.¹⁵⁶

מעבר לכך, בשל העובדה שגישת הפרשנות התכליתית של החוזה מקנה משקל־יתר לתכלית האובייקטיבית ול"רצון השיטה" תחת רצונם הקונקרטי של הצדדים, היא עלולה להוביל ליצירת פער עמוק בין המציאות החוזית לבין תוצאות התהליך הפרשני בבית־המשפט, וכך ייגרמו תוצאות התלושות מהמציאות.¹⁵⁷ אנו מורגלים אומנם לקיומו של פער מסוים בין האמת העובדתית לבין האמת המשפטית, ולא תמיד חד המה, אך יש לשמור פער זה בגבולות הסביר, ולא להעמיקו עד כדי כך שתוצאותיה של פרשנות החוזה יהיו מנותקות לחלוטין מכוונת הצדדים. הפער הגדול שעלול להיווצר בין כוונת הצדדים לבין אומד־דעתם כפי שייקבע על־ידי השופט־הפרשן בתום התהליך הפרשני עלול להיות גורם נוסף בהעמקת חוסר האמון כלפי בתי־המשפט – תופעה אשר אל לנו להקל בה ראש.

פרק ג: תפקידו של בית־המשפט במלאכת פרשנות החוזה

1. בית־המשפט אינו "צד" לחוזה

במשך עשרות שנים דגלה שיטתנו המשפטית בעיקרון המקובל בשיטות משפט רבות ברחבי העולם שלפיו אל לו לבית־המשפט ליהפך ל"צד לחוזה". תפקידו של בית־המשפט הוא לפרש את החוזה שהצדדים כרתו, אך לא לגבש חוזה חדש בעבורם או לשנות את הקיים בהתאם למושגי הצדק ותבונתו הכלכלית של בית־המשפט.¹⁵⁸

155 שְׁלוֹ "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 662.

156 ש.ם.

157 ש.ם, בעמ' 663.

158 שְׁלוֹ החלק הכללי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 410; שְׁלוֹ "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 690. עוד ראו ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 62 והאסמכתות המובאות ש.ם. כן ראו פס' 2 לחוות־דעתה של השופטת א' חיות בע"א 8239/06 אברון נ' פלדה (טרם פורסם, 21.12.2008): "עלינו להישמר

לתפיסה מושרשת זו של "חלוקת העבודה" בין בית-המשפט לבין הצדדים לחוזה ייתכנו הצדקות שונות, שעל חלקן עמד פרופ' מנחם מאוטנר בחיבורו "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל"¹⁵⁹. החשובה מבין ההצדקות נובעת מעקרונות-היסוד של דיני החוזים, שהם אוטונומיית הרצון הפרטי וחופש החוזים. לפי עקרונות מושרשים אלה, על בית-המשפט ליתן תוקף לרצון הצדדים כפי שמצא את ביטויו בלשון החוזה, כל עוד זו מפורשת ובהירה. לכן בית-המשפט אינו מוסמך להחליף את שיקול-דעתם של הצדדים בשיקול-דעתו שלו. כפי שהדגישה שלו, חופש החוזים אינו רק החופש של הצדדים להתקשר ולעצב חוזים על-פי רצונם המשותף, אלא כולל גם את ההגנה מפני התערבות שיפוטית:

"...פרטים רשאים לעשות חוזים בלתי הגיוניים, בלתי סבירים, בלתי כלכליים ואף טיפשיים. חופש החוזים מאפשר להם ליטול סיכונים ולקוות לסיכויים, על חשבונם שלהם. מובן שאל להם לעשות חוזים אסורים, בלתי חוקיים או חוזים הנוגדים את תקנת הציבור. אולם ערכי הצדק הכללי והמוסר הציבורי אינם צריכים, לדעת, לבוא לידי ביטוי בחוזים פרטיים רגילים. ערכים חשובים אלה נדחים בדיני החוזים מפני שיקולים של צדק יחסי (בין הצדדים), תועלת כלכלית והגינות עסקית."¹⁶⁰

יוזכר כי אף בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות היו שהדגישו כי אל לו לבית-המשפט ליהפך לצד לחוזה, וכי "מעורבות היתר של בתי המשפט בפרשנות חוזים צופנת בחובה פגיעה בוודאות המשפטית"¹⁶¹. כפי שהדגשנו בפרק הקודם, הוודאות החוזית ואינטרס ההסתמכות והציפייה של הצדדים כי החוזה שביניהם ייאכף ללא התערבות שיפוטית מיותרת הינם ערכים מוגנים הנגזרים מעקרון חופש החוזים.

הצדקה נוספת לתפיסה שלפיה אל לו לבית-המשפט לגבש חוזה חדש או לשנות את ההסדר החוזי בעבור הצדדים נעוצה, לפי מאוטנר, בגישה הכלכלית למשפט, הדוגלת בהשאת היעילות הכלכלית.¹⁶² הגישה הכלכלית למשפט כוללת בתוכה זרמים שונים ומגוונים, אך תמציתה בהקשר דנן היא שהצדדים לחוזה הינם בדרך-כלל אנשים רציונליים ותבוניים, ולפיכך יודעים טוב יותר מכל אחד אחר מהו מנגנון חלוקת הסיכונים היעיל והמתאים ביותר בעבורם, ואיזה הסדר חוזי ישיא את התועלת הכלכלית

ככל הניתן מלקרוא לתוך החוזה תניות חדשות תוך כדי התהליך הפרשני שמא נימצא כותבים עבור הצדדים חוזה חדש שהם מעולם לא כתרו ושאליו מעולם לא התכוונו. "בנוגע למשמעותם של דבריה הנ"ל של השופטת חיות ראו כהן "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 105.

159 ראו מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 56, בעמ' 67.

160 שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 691. ראו גם שלו **החלק הכללי**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 410–411.

161 הדין הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 91 – חוות-דעתו של השופט א' גרוניס.

162 מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 56, בעמ' 67.

במסגרת ההתקשרות ביניהם. יצוין כי הנחת-המוצא שבבסיס הדברים היא שהשאת היעילות בהתקשרות הקונקרטית תסייע בהשאת היעילות המצרפית. הצדקה שלישית שמאוטנר מציג היא "הגישה המוסדית" של דיני החוזים, אשר מכונה לפרקים אף "גישת הפורמליזם החדש בדיני החוזים".¹⁶³ אנשי הגישה המוסדית מצביעים על כך ששופטים אינם מצוידים בכישורים הנדרשים כדי להבין כהלכה את צורכיהם של צדדים המתקשרים בחוזים, וכי בשל המגוון הגדול של סוגי החוזים הנוצרים בכלכלה מורכבת, אי-אפשר לצפות ששופטים יפתחו הבנה לגבי כל סוגי החוזים, ואף לא לגבי חלק קטן מהם. ההצדקה העומדת בבסיס הגישה המוסדית גורסת כי "שופטים הינם General Practitioners, דהיינו, לא רק שהם אינם מתמחים בענף חוזה זה או אחר, אלא בדרך-כלל הם אינם מתמחים אפילו בדיני החוזים בכללותם, מבין כלל ענפי המשפט. צדדים המתקשרים בחוזים, לעומת זאת, מצוידים... בכישורים המאפשרים להם לקבוע כיאות את תוכנם של החוזים שבהם הם מתקשרים".¹⁶⁴ גישה זו מכונה לעיתים "גישת הפורמליזם החדש", משום שמסקנתה היא כי על בתי-המשפט לדבוק בלשון החוזה בלבד וליתן לה בלעדיות.¹⁶⁵

איננו מסכימים עם הנמקותיה של הגישה המוסדית, שכן הקושי שאנשיה מצביעים עליו אינו ייחודי לדיני חוזים. מהותה של ההכרעה השיפוטית נעוצה בעקרונות ניתוח משפטיים, ולא בשליטה של בית-המשפט בגוף ידע מקצועי זה או אחר. כך, למשל, אף ששופטים אינם בעלי מומחיות רפואית, מוטל עליהם ויש ביכולתם לקבוע אימתי התרשל רופא במילוי תפקידו. שופטים מכריעים במהלך חייהם המקצועיים במגוון רחב של נושאים שאין להם מומחיות ספציפית בהם, וזאת באמצעות דפוסי חשיבה משפטיים. זהו כורח המציאות, שכן לשופטים לא יכולה להיות הפריבילגיה לא להכריע בסכסוכים שונים ומגוונים המובאים להכרעתם. לא למותר לציין כי לצורך הכרעה בנושא הטעון הבנה מקצועית מעמיקה השופט רשאי להיעזר במומחים, אם מטעם הצדדים ואם מטעם בית-המשפט; אין בכך כל פסול, ולעיתים הדבר אף מתבקש. אכן, התערבות בתוכן החוזה מחייבת לעיתים קרובות הבנה מסחרית ומיומנות כלכלית, אולם אלה אינן זרות בהכרח לשופטים.

2. מעמדו של בית-המשפט בפרשנות החוזה לפי הרטוריקה של הלכת אפרופים

לכאורה, נדמה כי הלכת אפרופים מאמצת את "חלוקת העבודה" המקובלת בין הצדדים לבין בית-המשפט. כך, למשל, מדגיש המשנה לנשיא ברק כי "בית המשפט אינו רשאי לכתוב חוזים בעבור הצדדים" וכי "פעילותו של השופט בתיקון הטקסט שנעשה על-ידי

163 שם, בעמ' 68–69.

164 שם, בעמ' 68.

165 שם, בעמ' 69.

הצדדים צריכה, מטבע הדברים, להיות מוגבלת למקרים קיצוניים.¹⁶⁶ בדונו בהבחנה שבין פרשנות "במובן הצר" לבין פרשנות "במובן הרחב", מציין השופט ברק כי פרשנות החוזה במובן הצר עניינה במתן משמעות ללשונו של החוזה בלבד,¹⁶⁷ וכי עסקינן בפעילות פרשנית "צרה" היות ש"אין היא מוסיפה ללשון הטקסט או גורעת ממנו. כל כוחה אינו אלא במתן מובן לטקסט נתון".¹⁶⁸ נדמה לכאורה כי אין סיבה לחלוק על אמירה זו. אולם בדונו בפעילות פרשנית במובן הצר,¹⁶⁹ מפנה השופט ברק לעניין **אתא**.¹⁷⁰ קריאה ביקורתית של הפרשנות "במובן הצר" שננקטה בעניין **אתא** חושפת כי זו אינה "צרה" כלל ועיקר. נדמה כי מכוח "פרשנות צרה" של הטקסט החוזי ראה עצמו בית-המשפט בעניין **אתא** מוסמך לכפות על הצדדים ערכים אובייקטיביים שאינם משקפים את רצונם הפרטי. ברוח זו "הפרשנות הצרה" מאפשרת לכפות על הצדדים אמות-מידה אובייקטיביות כגון סבירות ותום-לב. בהקשר זה עמד איל זמיר על הפער שבין הרטוריקה של גישת הפרשנות "במובן הצר" לבין מהותה של פרשנות כזו הלכה למעשה. בהקשר זה ציין זמיר את הדברים הבאים:

"דוגמה מאלפת לפער בין רטוריקה המחויבת לתורת השלבים המסורתית לבין פרקטיקה המחויבת לערכים של תום לב, שקילות התמורות, הוגנות, סבירות וצדק, נמצאת בפסק דין **אתא**. במסווה דק של 'פירוש במובן הצר' – כלומר ללא הודאה בקיומו של פער כלשהו הטעון השלמה בהסכמת הצדדים – הורה שם השופט ברק על השבת פיקדון בערכים ריאליים למרות שהחוזה הורה על תוספת ריבית נומינלית בלבד. פסק דין **אתא** אינו יוצא דופן, אולם הוא בולט במיוחד משום שדובר בו בהתערבות מרחיקת לכת בתוכן החוזה, תוך סטייה ברורה מפשט לשונו של החוזה... מכל הדוקטרינות בחר השופט ברק בדוקטרינה הצנועה ביותר האפשרית – פירוש החוזה במובן הצר. לא פחות משבע פעמים מופיעה בפסק דינו של השופט ברק בנוסחים שונים הקביעה שבית המשפט לא יעשה בעבור הצדדים חוזה חדש שהם לא עשו ולא יוסיף לחוזה תניות שהם לא הסכימו עליהן. למרות הרטוריקה המינימליסטית, היה ברור לכל השופטים שהיו שותפים לכתיבת פסק הדין ולכל משפטן שקרא אותו כי מדובר בחידוש עצום במשפט הישראלי."¹⁷¹

הערותיו הנ"ל של א' זמיר מאירות באור בהיר יותר את הרטוריקה של הלכת **אפרופים**, ובמיוחד את קביעתו של השופט ברק שלפיה פרשנות במובן הצר מבוססת על

166 עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 322.

167 שם, בעמ' 316.

168 שם, בעמ' 317.

169 שם, בעמ' 316.

170 ע"א 554/83 "אתא" חברה לטקסטיל בע"מ נ' עיזבון זולוטוב, פ"ד מא(1) 282, 299 (1987) (להלן: עניין **אתא**).

171 זמיר "השופט ברק ודיני החוזים", לעיל ה"ש 19, בעמ' 404.

עקרון ה"שליפה", במובן זה שיש "לשלוף" את המשמעות המשפטית מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות האפשריות של הטקסט החוזי, וזאת על-פי "התכלית המונחת ביסוד הנורמה 'הכלואה' בטקסט".¹⁷² בפרק השני של רשימה זו כבר הבענו את דעתנו כי הרטוריקה של הלכת אפרופים בנוגע לפרשנות התכליתית של החוזה, וליתר דיוק בנוגע ליחס שבין התכלית הסובייקטיבית של החוזה לבין תכליתו האובייקטיבית, אינה עולה בקנה אחד עם עקרון חופש החוזים. זאת, בפרט, משום שהיא מאפשרת לשופט להתרחק מרצונם הפרטי של הצדדים ולכפות על הצדדים נורמות אובייקטיביות כגון סבירות, היגיון עסקי ותום-לב, באופן המשבש את מאזן הכוחות הראוי בין הצדדים לבין בית-המשפט בכל הנוגע לפרשנות החוזה. היטיב לתאר זאת א' זמיר בצינונו כי –

"הסערה שחולל פסק דין אפרופים קשורה לא רק למה שכתוב בו, אלא לא פחות מכך למה שכתוב בין שורותיו (כמו גם בין השורות של הניתוח המקביל בספר על פרשנות החוזה)... אילו באמת התמצתה הסטייה של ברק מתורת השלבים המסורתית בנקודה הטכנית של ביטול האיסור להתחשב במידע ממקורות ומסוגים שונים, כי אז עדיין קשה היה להבין את הסערה שעורר פסק הדין. להערכתנו, הסערה שעורר פסק דין אפרופים לא נבעה מנקודה טכנית זו, אלא בין היתר מההכרה של ציבור עורכי הדין והמשפטנים כי מאחורי ההנמקה ה'פרגמטית', מסתתרת תפיסה מהותית, שכמו בהקשרים אחרים, גם בסוגיה של פירוש והשלמה מצביעה על שינוי בחלוקת הכוח בין הצדדים לבין המשפט ובית המשפט. התכלית האובייקטיבית גוברת על התכלית הסובייקטיבית לא רק – ואפילו לא בעיקר – בשל הקושי המעשי לחשוף את הרצון הסובייקטיבי של הצדדים. התכלית האובייקטיבית כה חשובה משום שתפקידו של בית המשפט לקדם ערכים של הוגנות, סבירות, צדק והתחשבות הדדית (הגלומים כולם בתכלית האובייקטיבית של החוזה), בעוד שהגשמת הרצון של הצדדים – ככל שהוא ניתן לקביעה – חשובה פחות."¹⁷³

בהמשך הדרך, כאשר השופט ברק מבהיר את כוונתו באשר לפרשנות במובן הצר, הוא מסביר כי הלשון היא אך תחנת המוצא התוחמת את פרשנות החוזה, אולם פרשנות הטקסט החוזי צריכה להיעשות לאור תכליתו.¹⁷⁴ בכך למעשה מונצחת רטוריקה בעייתית שלפיה לא תיתכן לשון חוזית חד-משמעית כשלעצמה, אלא הלשון החוזית היא בדרך-כלל מסגרת תוחמת בלבד, המזמינה את בית-המשפט לפרשה וליצוק לתוכה תוכן באמצעות ערכי השיטה. בכך הרטוריקה של הלכת אפרופים מפרה לטעמנו את האיזון המקובל בין תפקידו של בית-המשפט לבין תפקידם של הצדדים לחוזה, אשר השקיעו לעיתים מזומנות משאבים רבים לשם ניסוח בהיר, ברור וחד-משמעי של הטקסט החוזי,

172 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 316–317.

173 זמיר "השופט ברק ודיני החוזים", לעיל ה"ש 19, בעמ' 405–406.

174 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 318.

וציפו כי בית-המשפט ייתן תוקף למשמעות המקובלת של הלשון שנקטו ולחלוקת הסיכונים ביניהם כפי שהם בחרו לאמצה. בהקשר זה הבהיר השופט י' זמיר בעניין **רקנט** כי כפיית ערכי השיטה על החוזה (במקרה הנידון – תקנת הציבור) גורמת לפגיעה בוודאות המשפטית כמרגם באוטונומיה הפרטית, משום שהיא מגבירה את כוחו של בית-המשפט על-חשבון הצדדים בכל הקשור לגיבושם של תוכני החוזה, ובלשונו של השופט זמיר:

"לסיכום, אני מבקש להבהיר בתמצית הקיצור את עיקר ההבדל בין דעתו של הנשיא ברק לבין דעתי. ההבדל נעוץ במידת המשקל שבית-המשפט נותן להסכמה של הצדדים לחוזה, וכפועל יוצא מכך לאפשרות שבית-המשפט נותן לאחד הצדדים להשתחרר מן ההסכמה שנתן, וכן להיקף השימוש של בית-המשפט בסמכות לעצב את החוזה מחדש, שלא לפי הסכמת הצדדים, על יסוד הטענה של תקנת הציבור. לדעתי, הנשיא ברק מרחיב את הסמכות של בית-המשפט להתערב בחוזים..."¹⁷⁵

זאת ועוד, במסגרת תורת הפרשנות התכליתית, כפי שמצאה את ביטויה גם ברטוריקה של הלכת **אפרופים**, ניתן מעמד בכורה לעקרון תום-הלב בפרשנות החוזה:

"לעקרון תום הלב השלכות שונות בחיי החוזה... לעניין פרשנותו של החוזה יש לעקרון תום הלב שלושה היבטים. ההיבט האחד הוא שתום הלב דורש כי לחוזה יינתן מובן העולה בקנה אחד עם כוונתם המשותפת של שני הצדדים. השפעתו של עקרון תום הלב, לעניין היבט זה, היא על התכלית הסובייקטיבית של החוזה... היבט שני הוא, שלחוזה יינתן מובן העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה (כגון שוויון). בהיבט זה משפיע תום הלב על התכלית האובייקטיבית של החוזה..."¹⁷⁶

הנה כי כן, תורת הפרשנות התכליתית מעניקה לעקרון תום-הלב מעמד בכורה לאורך כל שלביה של פרשנות החוזה, שכן הוא משפיע, לפי תורה זו, הן על גיבושה של התכלית הסובייקטיבית והן על גיבושה של התכלית האובייקטיבית של החוזה.¹⁷⁷ ברי כי החלת מושג-שסתום דוגמת עקרון תום-הלב במסגרת תהליך פרשנותו של החוזה מאפשרת לבית-המשפט ליטול חלק פעיל יותר בגיבוש ההסדרים החוזיים, תוך כרסום עקרון חופש החוזים ופגיעה בוודאות המשפטית. בהקשר זה הדגישה שלו את הדברים הבאים:

175 עניין **רקנט**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 375–376.

176 עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 327.

177 שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 690–691.

"ברק מעניק תפקיד חשוב, לדעתי חשוב מדי, לשופט ולפרשן בגיבוש כוונת הצדדים לחוזה ובאומד דעתם, ונותן משקל רב, לטעמי רב מדי, לעקרון תום הלב בתהליכי הפירוש וההשלמה. באמצעות תורת הפרשנות שלו מרחיב ברק את סמכות בית המשפט להתערב בחוזים ואף לעצב מחדש את תניותיהם."¹⁷⁸

יובהר: איננו מתנגדים לשימוש בעקרון תום-הלב כדיני החוזים בנסיבות המתאימות ובכפוף למגבלות שהושתו על החלתו בפסיקה. מדובר בעיקרון המעוגן בחוק החוזים עצמו ובנורמה חשובה שיש לה השפעה מהותית על תחומי משפט רבים. אולם יש להבחין בין שימוש בעקרון תום-הלב במסווה של פרשנות החוזה, באופן המייחס לצדדים לחוזה כוונות שמעולם לא חלפו במחשבתם ומאפשר להזרים לחוזה את ערכי השיטה, לבין החלה ישירה של עקרון תום-הלב על-ידי בית-המשפט, שהיא התערבות חיצונית "שקופה" בתוכן החוזה מתוך הכרה נורמטיבית של בית-המשפט כי ההסדר החוזי אינו עולה בקנה אחד עם ערכי-יסוד בשיטתנו, כגון הגינות חוזית והסכמה רצונית שלא דבקו בה פגמים.

לא זאת אף זאת, גישת הפרשנות התכליתית של החוזה משנה את יחסי הכוחות בין הצדדים לבין בית-המשפט לא רק בשל הקושי הטמון באפיונה של הפרשנות במובן הצר, אלא גם משום שתורת הפרשנות התכליתית אינה מסתפקת בסוג זה של פרשנות, אלא מרחיבה את סמכותו של בית-המשפט לקיים גם פרשנות "במובן הרחב"¹⁷⁹, שכן כלשונו של המשנה לנשיא ברק בעניין **אפרופים**, "הפעילות השיפוטית בהקשרו של טקסט משפטי אינה מוגבלת לפרשנות במובן הצר בלבד"¹⁸⁰. כפי שציינה ג' שלו, אף שלכאורה הלכת **אפרופים** מתייחסת לפעילות שיפוטית בהקשר זה כאל "פרשנות", הלכה למעשה מדובר בפעילויות שיפוטיות נורמטיביות ובפעילויות לבר-טקסטואליות.¹⁸¹ קרי, מדובר בפעילות חוץ-פרשנית המוצגת באמצעות רטוריקה כפעילות פרשנית. ואלה דבריה של שלו בהקשר זה:

"...לכאורה מכיר אפוא ברק בכך כי בית המשפט אינו מוסמך ליצור חוזה חדש אגב פרשנותו. לפיכך הוא מחפש, ואף מוצא, מקור חדש ללגיטימיות הפעילות השיפוטית היוצרת. בכך הוא עובר מדוקטרינות פרשניות לדוקטרינות לבר-פרשניות... ברק מבחין בין פרשנות במובן הצר, שעניינה מתן מובן משפטי ללשון החוזה, ובין פרשנות במובן הרחב, המתמקדת במסר הנורמטיבי העולה

178 שם, בעמ' 692.

179 עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 317.

180 שם, בעמ' 318.

181 שלו "תורת ברק", לעיל ה"ש 56, בעמ' 690.

מתוך החוזה. לדעתו גם פרשנות במובן הרחב – כמו השלמת חסר – היא בגדר פרשנות.¹⁸²

בין הפעולות הנכללות בגדר פרשנות במובן הרחב, הרטוריקה של הלכת אפרופים מאפשרת לשופט לשנות את התוכן החוזי, להוסיף עליו או לגרוע ממנו, ואף ליתן לו משמעויות שאינן מתיישבות עם מובנו הלשוני:

"לעתים השאלה המכרעת אינה רק המובן של לשון הטקסט (כלומר, פרשנותו הצרה), אלא האפשרות לשנות מובן זה בדרך של הוספת לשון או גריעתה או מתן משמעויות לטקסט שאינה עולה בקנה אחד עם מובנו בלשון שבה הוא מבוטא. השופט מתבקש לתקן את לשון הטקסט, ובכך להביא גם לשינוי מובנו."¹⁸³

אומנם, בהלכת אפרופים הודגשה פעמים מספר האמירה כי הסמכות לתקן את לשון החוזה נועדה למנוע אבסורד, וכי הפעלתה תיעשה בזהירות ותוגבל למקרים קיצוניים.¹⁸⁴ אולם עיון מעמיק יותר ברטוריקה של הלכת אפרופים מגלה כי למרות האזהרה כי יש להפעיל סמכות זו רק במקרים קיצוניים, הלכה למעשה תתאפשר פרשנות במובן הרחב כעניין שבשגרה. כך, למשל, הודגש בהלכת אפרופים כי "קו הגבול המפריד בין פרשנות במובן הצר ופרשנות במובן הרחב הוא דק. לעתים קרובות אין כל חשיבות באיפיונה המיוחד של הפעילות".¹⁸⁵ זאת ועוד, לפי גישה זו, השופט הפרשן מוסמך להוסיף על הטקסט החוזי, לגרוע ממנו או לתת לו מובן אחר שאינו מתיישב עם מובנו הלשוני, כדי למנוע את הכשלת התכלית המונחת ביסוד הטקסט.¹⁸⁶ כך, הודגש בהלכת אפרופים כי חריגה מלשון החוזה אפשרית לשם הגשמת תכליתו האובייקטיבית.¹⁸⁷ מן הדברים האמורים עולה אפוא כי תיקון לשון החוזה לפי הרטוריקה של הלכת אפרופים אינו מיועד למקרי קיצון בלבד, אלא מהווה אמצעי להגשמת תכלית החוזה. אולם אם גיבוש התכלית הוא מהלך נורמטיבי המסור לשופט, שבמסגרתו אפשר כאמור לכפות על הצדדים ערכים אובייקטיביים הרחוקים מרצונם הפרטי, ואם בכל מקרה ומקרה, ללא יוצא מן הכלל, יש לפרש את הטקסט החוזי בדרך של פרשנות תכליתית, שכן אין לכאורה טקסט ברור כשלעצמו, כי-אז פועל יוצא מכך הוא שבכל מקרה נתון השופט רשאי לנקוט פרשנות במובן הרחב ולתקן את לשון החוזה.

182 שם.

183 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 317.

184 שם, בעמ' 317 ו-322.

185 שם, בעמ' 317.

186 שם, בעמ' 320–321.

187 שם, בעמ' 320.

כפי שהדגשנו בפרק הקודם, תורת הפרשנות התכליתית של החוזה מעודדת את השופט-הפרשן לנטוש את המאמץ לאיתור התכלית הסובייקטיבית של החוזה, ומכל מקום ידה של התכלית האובייקטיבית לפי הרטוריקה של הלכת אפרופים על העליונה. משכך, לפי שיטת הפרשנות התכליתית, השופט-הפרשן מגיע עד-מהרה לגיבוש התכלית האובייקטיבית של החוזה, ולשם הגשמתה הוא רשאי כאמור לנקוט פרשנות במובן הרחב, ובכלל זה אף לנטוש את לשון החוזה ולשנותה,¹⁸⁸ תוך חריגה ממאזן הכוחות שהיה מקובל מקדמת דנא בין הצדדים לחוזה מזה לבין בית-המשפט מזה.

זו המסקנה העולה גם לנוכח יישומם של הכללים הנ"ל בחוות-דעתו של השופט ברק במקרה הקונקרטי שנידון בעניין אפרופים, שם קבע כי "אכן, יש לנקוט פרשנות (במובנה הרחב) לעניין פירושו של סעיף 6(ח)(3). הפירוש שניתן להוראה זו על-פי לשונה מחטיא את התכלית המונחת ביסוד החוזה. הוא שולל מהמדינה סנקציה מרכזית שהחוזה ביקש להעניק לה ואשר נועדה להבטיח את מטרתו המרכזית..."¹⁸⁹ ברם, תוצאה כזו לא הייתה הכרחית בנסיבות העניין, כפי שציין השופט מצא בחוות-דעתו, והיא התאפשרה על רקע שאיפתו של השופט ברק להגשים את תכלית החוזה. הפועל היוצא היה הוספת טקסט שזכרו לא בא כלל בגדרי החוזה. היה זה מקרה קלסי של יצירת חוזה בעבור הצדדים, באופן הסותר את התפיסה הראויה לטעמנו בנוגע למעמדו של בית-המשפט בתהליך פרשנותו של החוזה.

אין להתכחש לכך שקיימים מקרים קיצוניים שבהם יש לאפשר לבית-המשפט להתערב בטקסט החוזי. כך, למשל, כאשר מהראיות המובאות לפני השופט עולה כי הצדדים השתמשו במילות "קוד", וכך גם במקרים שבהם ברור כי לשון בני-אדם ומובנה המקובל בנסיבות המקרה אינם מאפשרים ליתן לטקסט החוזי – בהיר ומפורש ככל שיהא – את המשמעות שאותה ביקשו הצדדים לייחס לה. כמורכך, מקובלת עלינו העמדה כי מקום שהחוזה שותק יהיו נסיבות שבהן יפעיל בית-המשפט את סמכותו וישלים את החוזה. אולם להבדיל מהגישה העולה מהלכת אפרופים, שלפיה פעולה של השלמת החוזה כמוה כפרשנות (במובן הרחב), לטעמנו פעולת ההשלמה אינה פעולה פרשנית, והיא כפופה להגבלות שונות.

3. בניגוד לרטוריקה של הלכת אפרופים, קיימים טקסטים חוזיים שאינם טעונים פרשנות

בהתאם לרטוריקה של הלכת אפרופים, אין חוזה שחסיין מפני פרשנות, שכן כל טקסט חוזי יהיה לעולם ברור רק לאחר שעבר את כור-ההיתוך של הפרשנות התכליתית. זהו אחד המרכיבים הבעייתיים ביותר לטעמנו ברטוריקה של הלכת אפרופים, שכן הוא מזמין את בית-המשפט ליטול בכל מקרה ומקרה חלק פעיל בעיצוב תכניו של החוזה. זהו שער הכניסה של השופט-הפרשן אל תוך החוזה. זוהי "הזמנה" להתחיל מסע פרשני

188 שם, בעמ' 321–322.

189 שם, בעמ' 322–323.

מיותר גם מקום שעסקינן בלשון חוזית חד-משמעית, בהירה, ברורה ומפורשת המשקפת את אומדן-דעתם של הצדדים לחוזה.

האומנם כל טקסט טעון פרשנות? אנו סבורים כי התשובה לשאלה זו שלילית. כפי שטען פרופ' דניאל פרידמן, קיימים טקסטים ברורים שמובנם נהיר כשלעצמו בלא כל צורך בפרשנות.¹⁹⁰ התפיסה שלפיה קיימים חוזים ברורים אשר ככאלה אינם טעונים פרשנות הוכרה בשיטת המשפט הישראלית והייתה מקובלת במשך שנים,¹⁹¹ עד שתורת הפרשנות התכליתית של החוזה קנתה לה אחיזה בשיטתנו המשפטית. הגישה שלפיה קיימים טקסטים ברורים כשלעצמם התבססה על העיקרון הפשוט והמובן שלפיו "הברור אינו טעון פרשנות" – In claris non fit interpretatio.¹⁹² ברוח זו הדגיש מ' מאוטנר:

"אולם, וזה עיקר, ברוב המכריע של המקרים שבהם בני-אדם אומרים דברים, האנשים שהדברים מופנים אליהם מבינים נכון את הקשר שבין הדברים לבין הנסיבות שבהן הדברים נאמרים, דהיינו, הם מבינים היטב איזו משמעות צריכה להינתן לדברים לנוכח הנסיבות שבהן הן נאמרים, ולפיכך הם מבינים בלא קושי את הכוונה האמיתית של הדובר."¹⁹³

אכן, המובן שבני-אדם שונים נותנים לטקסט אינו זהה תמיד, שכן הוא מושפע, בין היתר, מהסביבה התרבותית שבה גדלו, מהחינוך ומהערכים שלאורם התפתחו, מהקהילה שבה הם חיים כמו גם מסביבתם המקצועית. משכך, ייתכן שביטוי מסוים או התנהגות מסוימת יתפרשו באופן שונה בקהילות ובחברות שונות. אולם אנו סבורים כי ניתן להניח שכאשר עסקינן במובן שיש לתת לטקסט בקהילה או בחברה מסוימת, בניה של אותה קהילה או חברה – שיש להם בסיס משותף של תרבות, חינוך וערכים – ייתנו לביטוי או למונח פירוש זהה.

באשר למובן שיש לייחס למונח או למילה בהקשר מסוים ובסביבה נתונה, ידועה היטב דוגמתו של השופט י' זוסמן ברשימתו "מקצת מטעמי פרשנות"¹⁹⁴ לעניין הפרשנות של המספר 15 כאשר הוא מופיע בכל פעם בהקשר אחר:

190 פרידמן וכהן חוזים ג, לעיל ה"ש 72, בעמ' 233.

191 שם, בעמ' 231. כן ראו את דבריו של השופט ח' כהן בהקשר זה בע"א 383/77 מוצרי אספלט ואבן בנגב בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 641, 642 (1979). עוד ראו בהקשר זה את דבריה של השופטת א' חיות בע"א 3196/01 גלמן פינץ בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נח(2) 682, 689 (2004): "הלכה פסוקה היא כי כאשר לשון החוזה מצביעה בבירור על כוונת הצדדים, אין צורך ואין הצדקה ללכת אל מעבר לה, שכן חזקה על הלשון הברורה והמפורשת שהיא משקפת את רצונם". לגבי האופן שבו פורשו דבריה הנ"ל של השופטת חיות ראו כהן "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 105.

192 פרידמן וכהן חוזים ג, לעיל ה"ש 72, בעמ' 232.

193 מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 56, בעמ' 50.

194 י' זוסמן "מקצת מטעמי פרשנות" ספר היובל לפנחס רוזן 147 (חיים כהן עורך, 1962).

"בכניסה למגרש הרוסים מוצב שלט או תמרור, ועליו כתוב '15 ק"מ'. מה פירושו? הוה אומר, כלי רכב לא יגבירו שם את מהירותם מעל ל-15 קילומטר לשעה. בקרבת מקום עובר אוטובוס ציבורי ובחזיתו מתנוססת אותה ספרה '15'. האם גם משמעותה היא כי לא יסע האוטובוס במהירות גדולה מזו? או שמא לא יסעו בו יותר מאשר 15 איש? או שדמי הנסיעה עולים ב-15 אגורה? או שהשרות מסתיים בשעה 15? כל הגרסאות האלה אינן נכונות; הספרה באה לומר לך, מהו מהלך האוטובוס או כברת העיר בה יעבור. בסמוך מצוי המספר 15 על אחד הבתים שברחוב יפו. האם משמעותו היא כי יש בו 15 דירות, או שגרות בו 15 נפשות, או שבלשכת רישום המקרקעים ניתן לו המספר 15, או שמותר לבנות במקום 15 חדרים או קומות? ושוב כל אלה אינם ניהושים נכונים; משמעות המספר 15 היא הפעם, כי רשות עירונית קבעה לבית הזה את המספר 15 להבדילו משכניו, הבית מס' 13 מזה והבית מס' 17 מזה, ולהקל עליך למצאו."¹⁹⁵

בהמשך לכך מעיר ד' פרידמן את הדברים הבאים, שעמם אנו מסכימים ללא היסוס:

"האם עשרות אלפי העוברים ושבים ברח' יפו בירושלים הרואים את המספר 15 על אותו בית עוסקים בפרשנות? כאמור, אין מניעה לגרוס כך. השאלה היא סמנטית. אני הייתי מעדיף להסתפק באמירה שהעוברים ושבים מבינים את משמעותו של מספר זה בחזית הבית. הטעם לכך הוא שהאפשרויות האחרות (מספר הדיירים, מספר החדרים וכו') הן כה מופרכות שאיש לא יעלה אותן על הדעת. במקרה זה אין השאלה של בחירה בין מספר אפשרויות מתעוררת כלל, וההבנה בדבר משמעות המספר הרשום בחזית הבית משותפת לכל הציבור."¹⁹⁶

דהיינו, בבואנו לעסוק בפרשנות של מספר, של מונח או של תיבה לשונית אשר יכולים לכאורה להתפרש בכמה אופנים, עלינו להניח כי אם נעשה בהם שימוש בסביבה נתונה ובנסיונות מסוימות, אזי יש להם על-פירוב מובן הגיוני אחד. זו דרכם של בני-אדם סבירים, וזהו מנהגו של עולם. על רקע תובנה זו אנו סבורים כי השופט-הפרשן מחויב ליתן ללשון החוזה את המשמעות המקובלת שלה. משכך, עצם העובדה שקיימות לכאורה כמה פרשנויות אפשריות ללשון החוזה אינה מצדיקה מסע פרשני מיותר ברחבי הטקסט החוזי. אמת-המידה הנ"ל היא שצריכה להנחות את בית-המשפט, ולא תכלית אובייקטיבית מופשטת שרחוקה מרחק רב מרצונם הפרטי של הצדדים לחוזה. אין בעמדתנו זו כדי להפוך את השופט לבלשן. גם לפי גישתנו, כפי שעוד נעמוד עליה להלן, לשופט מוקנה שיקול-דעת בפרשנות הטקסט החוזי.

ביקורת מקובלת על גישה זו היא הטענה כי יש מקרים שבהם הצדדים משתמשים בלשון ברורה וחד-משמעית אך מדובר ב"קוד", ולמעשה באומרם ביטוי מסוים הם

195 שם, בעמ' 147.

196 פרידמן וכהן חוזים ג, לעיל ה"ש 72, בעמ' 234.

מתכוונים להיפוכו.¹⁹⁷ אכן, מקרים כאלה אפשריים, אבל נדמה כי הם החריג לכלל, שכן צדדים לחוזה מעוניינים בדרך-כלל לקבוע הסדר בהיר וחד-משמעי ככל האפשר על-מנת להימנע מאי-הבנות מיותרות, שעלולות להסב להם נזק כלכלי ולעיתים אף התנצחות ממושכת בערכאות. באותם מקרים חריגים תותר התערבות שיפוטית. ישאל השואל: כיצד יוכל השופט לדעת שמדובר ב"קוד", אם לא ישמע ראיות ולא יפנה לנסיבות חיצוניות? על כך נשיב כי לגישתנו, כפי שתובהר להלן, אין מניעה שבמסגרת התהליך הפרשני יבחן השופט את הראיות לעניין נסיבות כריתתו של החוזה, ואז ממילא יוכל לקבוע אם הצדדים השתמשו בלשון "קוד". ברי כי במקרים שבהם השתכנע השופט, על-סמך הראיות שהובאו לפניו, כי אכן נעשה שימוש במילות "קוד", הוא יוכל להתערב בלשון החוזה, אולם התערבות זו אינה נעשית במסגרת פרשנות החוזה, אלא באמצעות "תרגום" של מילות ה"קוד".¹⁹⁸ לטעמנו, אין להקיש מהמקרים החריגים ויוצאי-הדופן לעניין גיבושם של כללי פרשנות שאמורים לחול על המקרים המקיימים את הכלל.

פרק ד: המודל המוצע

1. הקושי שהמודל המוצע מתמודד עימו

מן הדיון עד כה עולה אפוא כי הביקורת ביחס לרטוריקה של הלכת אפרופים ממוקדת בעיקרה בשני נדבכים העומדים בבסיסה של גישת הפרשנות התכליתית של החוזה: **האחד** – היקף השימוש ואופן השימוש בנסיבות החיצוניות לחוזה לצורך גיבוש התכלית הסובייקטיבית שלו; **והאחר** – הזרמת ערכיה ועקרונותיה של השיטה אל תוך החוזה, אף שהצדדים העלו על הכתב את רצונם המשותף והמפורש באופן בהיר וברור. בפרק זה של רשימתנו נציע מבחן פרשני אשר מאפשר התמודדות עם הקשיים הנעוצים ברטוריקה של הלכת אפרופים, כפי שפורטו לעיל, אך עולה בקנה אחד עם אחד מעיקריה היסודיים של הלכת אפרופים – סמכותו של השופט-הפרשן להיעזר בנסיבות החיצוניות לחוזה לצורך גיבוש תכליתו הסובייקטיבית. לדידנו, אין מקום להיזקק לפרשנות החוזה באמצעות תכליתו האובייקטיבית, אולם ניתן להיזקק לנסיבות החיצוניות לחוזה לצורך גיבוש תכליתו הסובייקטיבית, במגבלות שיפורטו להלן.

2. לפי המודל המוצע, אין להיזקק לתכלית האובייקטיבית של החוזה

גישה קוהרנטית ביחס לעקרונות-היסוד של דיני החוזים ולערכים הניצבים בבסיסם – ובראשם אוטונומיית הרצון החופשי, הגנת אינטרס ההסתמכות והגנת אינטרס

¹⁹⁷ שם.

¹⁹⁸ שם, בעמ' 235.

הציפיות – אינה יכולה לאפשר הזרמה של ערכים אובייקטיביים אל תוך החוזה על-חשבון רצונם הסובייקטיבי של הצדדים. בהתאם לעקרון חופש החוזים, "סבירות" ו"היגיון מסחרי" הם שיקולים המסורים לפררוגטיבה בלעדית של הצדדים, אשר נהנים מהגנה חוקתית על זכותם לעשות אף חוזים שאינם הגיוניים ואינם רווחיים כחלק בלתי-נפרד מאוטונומיית הרצון הפרטי שלהם.¹⁹⁹ לכן איסור פרשנותו של חוזה לאור תכליתו האובייקטיבית צריך להיות – בראי המודל המוצע – איסור מוחלט שאינו מתיר סייגים, שכן עקרונות-היסוד של דיני החוזים, ובראשם עקרון חופש החוזים, אינם מאפשרים מסקנה אחרת זולת מתן הבכורה לרצונם הסובייקטיבי של הצדדים לחוזה. בהקשר זה הטעים השופט מצא בעניין ארגון מגדלי ירקות כי –

"...התכלית הסובייקטיבית הידועה היא אפוא אמת המידה המכרעת בגיבוש תכליתו הכללית של החוזה (הכוללת הן את תכליתו הסובייקטיבית הן את תכליתו האובייקטיבית). בהתנגשות שבין התכלית הסובייקטיבית הידועה לתכלית האובייקטיבית ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה... כך מתחייב מעקרונות היסוד של דיני החוזים, ובראשם רעיון האוטונומיה של הרצון הפרטי..."²⁰⁰

על עליונותה של התכלית הסובייקטיבית הנלמדת מלשון החוזה על-פני תכליתו האובייקטיבית של החוזה עמד לאחרונה השופט א' רובינשטיין, בהדגישו את הדברים הבאים:

"...היו בעקבות ההלכה מי שנטו לפרש חריג ככלל; תחת אשר יראו את פרשנותו של החוזה הרגיל כמבוססת בעיקר על לשונו המשקפת את כוונת הצדדים, ראו בפסק הדין בעניין אפרופים, מעין רישיון לבית המשפט לפרשנות תכליתית שמעבר ללשון החוזה בחינת 'נתת תורת כל אחד ואחד בידו' (משנה שביעית ב', א'), קרי, איש הישר בעיניו יעשה. כמובן לא היא, ואין צורך להאריך, והעדפת התכלית עקב הלשון, שתהא במקרים מסוימים, היא החריג; אומר אני את אלה כמי שתומך בהלכת אפרופים במקומה הנכון."²⁰¹

אף-על-פי שאין דעתנו זהה לדעתו של השופט רובינשטיין, שכן איננו סבורים כי יש לאפשר היוקקות לתכלית האובייקטיבית של החוזה, אפילו לא כחריג, יש בדבריו הנ"ל

199 להבדיל, למשל, מחוזים מקפחים או מחוזים שנכרתו על רקע פגם ברצון, שאז חירותם של צדדים להתקשר בחוזים אלה מוגבלת באמצעות כלים משפטיים הייצוניים לחוזה, כגון חוק החוזים האחידים, תקנת הציבור ומנגנונים נוספים המעוגנים בפרק ב לחוק החוזים, שעניינו פגמים ברצון, דוגמת הטעיה.

200 עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 16, בעמ' 506.

201 ע"א 8234/09 שם טוב נ' פרץ, פס' ב לחוות-דעתו של השופט רובינשטיין (טרם פורסם, 21.3.2011).

כדי לבטא את הכלל בדבר עליונותה של כוונתם הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים על התכלית האובייקטיבית של החוזה – עליונות שזכתה לאחרונה אף בעיגון חקיקתי במסגרת תיקון מס' 2 לחוק החוזים, שעליו עמדנו בפרקים הקודמים של רשימה זו. מדברי ההסבר להצעת החוק שעל בסיסה נעשה התיקון הנ"ל עולה כי לנוכח המציאות השיפוטית, שבה ניתן משקל-יתר לתכלית האובייקטיבית של החוזה, ביקש המחוקק להתוות כלל שלפיו תינתן הבכורה לתכלית הסובייקטיבית של החוזה, תוך הגבלת סמכותו של בית-המשפט כך שלא יורשה "לבחור בפירוש לחוזה שלא נטען כלל על ידי מי מהצדדים לו ולכפותו עליהם" באופן ש"אינו עולה בקנה אחד עם מהותו של החוזה ועקרון היסוד העומד בבסיסו – היותו ביטוי של הסכמה רצונית שאליה הגיעו הצדדים".²⁰²

ודוק, ככל שהשופט-הפרשן סבור כי החוזה המפורש והברור אינו עולה בקנה אחד עם ערכי השיטה – למשל, משום שהחוזה סותר את עקרון תום-הלב או את תקנת הציבור – ייתכן שהוא יוכל להתערב בתוכן החוזה, אך את זאת יהא עליו לעשות לא על-דרך "פרשנות" של החוזה המייחסת לצדדים כוונה פיקטיבית שמעולם לא הייתה לנגד עיניהם, כי אם על-דרך התערבות שיפוטית גלויה באמצעות כלים חיצוניים לחוזה ותוך שמירת שקיפות שיפוטית,²⁰³ והכל בשים-לב להגבלות החלות לעניין התערבות שיפוטית בתוכן החוזה.

3. לפי המודל המוצע, לשון חוזית ברורה ומפורשת אינה מונעת במקרים המתאימים היזקקות לנסיבות חיצוניות

כאמור, לפי גישת "שני השלבים", מקום שלשון החוזה ברורה אין נזקקים לראיות חיצוניות. הביטוי הקלסי לגישת "שני השלבים" הוא הקביעה כי אם השופט מגיע למסקנה שלשון החוזה בהירה וחד-משמעית, עליו להציב לפני בעלי-הדין מחסום דיוני האוסר עליהם לטעון לקיומן של ראיות חיצוניות הסותרות את לשון החוזה. ודוק, איננו שותפים לגישה זו. לטעמנו, גם מקום שהשופט משוכנע בבהירותה של הלשון החוזית ובחד-משמעותה, שומה עליו לאפשר לצדדים לטעון לקיומן של נסיבות חיצוניות אשר יש בהן, לגישתם, כדי לסתור את לשון החוזה. הגישה המוצעת גורסת אם כן כי על בית-המשפט להתיר לכל צד להביא את מלוא ראיותיו, בכפוף לכללי הקבילות ולהגבלות שבדיני הראיות ובסדרי הדין.

הטעם לכך הוא שאי-אפשר להתעלם מקיומם של מקרים חריגים ויוצאי-דופן שבהם לשון החוזה אינה משקפת את כוונתם הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים או מקרים שבהם הצדדים השתמשו במילות "קוד". יודגש כי שימוש ב"קוד" הוא רק אחד החריגים, וייתכנו כאמור חריגים נוספים שבהם לשון החוזה אינה משקפת את אומד-

202 ראו לעיל תת-פרק ב11, שבתחילתו צוטטו דברי ההסבר להצעת החוק שהובילה לתיקון מס' 2.
203 ראו את דבריו של השופט מצא בנוגע לשקיפות השיפוטית בעניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 16, בעמ' 502 ובעמ' 505.

דעתם של הצדדים. בית-המשפט יוכל להגיע למסקנה כי אכן מדובר באחד מאותם מקרים חריגים רק אם ייחשף למלוא המסכת הראייתית. זאת ועוד, אם מדובר ב"חוזה שותק", כיצד יוכל השופט-הפרשן לדעת אם החוזה שותק משום שמדובר ב"הסדר שליילי" או שמא מדובר במקרה שאותו לא צפו הצדדים כאשר כתבו את ההסכם? מעבר לכך, מקובלת עלינו העמדה כי על-מנת שבית-המשפט יוכל לרדת לחקר האמת ולהגיע לתוצאה הנכונה, יש לאפשר לו להיחשף למלוא הטענות והראיות שהצדדים מעוניינים לשטוח לפניו. קבלת הכרעה שיפוטית על-סמך מסד ראייתי חלקי, תוך חסימת הדרך בפני בעל-דין לטעון את טענותיו, עלולה להוביל חלילה לעיוות דין.

4. אופן ההיזקקות לנסיבות חיצוניות בראי המודל המוצע

(א) הערכים והעקרונות שצריך שישפיעו על אופן ההיזקקות לנסיבות החיצוניות
הנה כי כן, אף לפי המודל המוצע השופט-הפרשן מוסמך לשמוע טענות ולבחון ראיות בדבר קיומן של נסיבות חיצוניות לחוזה, אך השאלה היא מה תהיה השפעתן של ראיות אלה על פרשנות החוזה. דהיינו, יש להבחין בין המישור הראייתי לבין המישור המהותי של פרשנות החוזה. במישור הראייתי אין מניעה, גם לשיטתו של המודל המוצע, שהשופט ישמע ראיות בדבר נסיבות חיצוניות לחוזה, אולם במישור המהותי המודל המוצע גורס כי השפעתן של הנסיבות החיצוניות על פרשנות החוזה צריך שתהא מוגבלת. אנו סבורים כי התשובה לשאלה מה צריכה להיות השפעתן של הנסיבות החיצוניות על פרשנותו של החוזה אמורה להיגזר מעקרונות-היסוד של דיני החוזים ומן הערכים הניצבים בבסיסם, ובראשם עקרון חופש החוזים והחובה לאכוף את החוזה ככתבו וכלשונו. לא זאת אף זאת, הנחת-מוצא יסודית שצריכה להנחותנו היא שקיימים טקסטים ברורים שאינם טעונים פרשנות.

בשים-לב לעקרונות-היסוד של דיני החוזים ולערכים הנגזרים מהם, אי-אפשר לטעמנו לקבל את הרטוריקה הגורסת כי "תכלית הטקסט נלמדת מכל מקור אמין ומתגבשת על-פי שיקול-דעתו של הפרשן באשר למשקלן היחסי של התכליות העולות מהמקורות השונים..."²⁰⁴ וכי "אם לאחר בחינת לשון החוזה והנסיבות החיצוניות עדיין קיימת התנגשות בין אומד הדעת של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה, לבין אומד הדעת של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך הנסיבות, יד אומד הדעת של הצדדים המשתמע מתוך הנסיבות על העליונה".²⁰⁵ רטוריקה זו של הלכת אפרופים אינה מסתפקת בראיית הנסיבות החיצוניות כשוות-משקל ללשון החוזה, אלא אף מדגישה את עליונותן של הנסיבות החיצוניות על לשון החוזה. עם גישה זו אין להשלים, שכן היא אינה עולה בקנה אחד עם היסודות העקרוניים ביותר של דיני החוזים, שעליהם עמדנו בפרקים הקודמים של רשימה זו.

204 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 299 (ההדגשה הוספה).

205 שם, בעמ' 310.

(ב) בהתאם למודל המוצע, נסיבות חיצוניות עשויות לסתור את לשון החוזה

כאמור, לפי המודל המוצע, לשון החוזה היא המשקפת את כוונתם המשותפת של הצדדים לו ואת תכליתו. דהיינו, המודל המוצע גורס כי קיימת חזקה ראייתית שלפיה לשון החוזה היא המייצגת את תכליתו ואת כוונתם המשותפת של הצדדים לו. אולם חזקה זו ניתנת לסתירה.

ודוק, ראיות בדבר קיומן של נסיבות חיצוניות לחוזה הנוגדות את לשונו עשויות לשמש את בעל-הדין לסתירת החזקה שלפיה לשון החוזה היא המשקפת את תכלית החוזה ואת רצונם הסובייקטיבי המשותף של הצדדים לו. ברם, להבדיל מהרטוריקה של הלכת אפרופים, אנו סבורים כי עקרונות-היסוד ותכליתם של דיני החוזים מחייבים מסקנה שלפיה סתירת לשון החוזה הברורה והמפורשת תתאפשר אך ורק אם בעל-הדין הטוען לפרשנות שאינה עולה בקנה אחד עם לשון החוזה או לפרשנות שלפיה החוזה "שותק" יוכיח את טענותיו ברמת הוכחה גבוהה מזו המקובלת ביישומו הרגיל של מבחן מאזן ההסתברויות הנוהג במשפט האזרחי. לפי המודל המוצע, על בעל-הדין הטוען להפרכת החזקה לעמוד בנטל ראיה מוגבר. יודגש כי אין מדובר ברף הוכחה שונה ממבחן מאזן ההסתברויות הנוהג במשפט הפרטי, אלא מדובר ביישום שונה של מבחן זה שיהיה מותאם לטיבה ולמהותה של הטענה שלפיה הטקסט החוזי אינו משקף את כוונת הצדדים. במסגרת יישום שונה זה של מבחן מאזן ההסתברויות, על בעל-הדין הטוען לסתירת החזקה להביא לפני בית-המשפט ראיות בעלות עוצמה יזרה יותר מבחינת היקפן, טיבן, משקלן ואיכותן בהשוואה לראיות הנדרשות בשעה שמיישמים את מבחן מאזן ההסתברויות במקרים "רגילים", שאם לא כן נמצא את עצמנו נותנים מעמד שווה לנסיבות החיצוניות וללשון החוזה.

עמדתנו זו בדבר יישומו השונה של מבחן מאזן ההסתברויות בכל הקשור לסתירת לשון החוזה נשענת על הגישה הגורסת כי יישומו של מבחן זה משתנה בהתאם לנסיבות המקרה, בהתחשב במהות הטענות ובחומרתן, ולפי רצינות העניין השנוי במחלוקת, כפי שעמד על כך השופט ריבלין באחת הפרשות שעסקו בנטל ההוכחה במשפט הפרטי:

"בית-המשפט המחוזי סבר כי על המערערת, הטוענת שהמנוח שם קץ לחייו, מוטל 'נטל ראיה מוגבר'. המערערת משיגה על קביעה זו. לטענתה, אין מוטל עליה נטל הוכחה מוגבר, כי אם נטל הוכחה רגיל במשפט אזרחי, לאמור הוכחה על-פי מאזן ההסתברויות. סבורני כי הדין בעניין זה עם המערערת, עם זאת מקובלים עליו דבריו החלופיים של בית-המשפט המחוזי, ולפיהם כמות הראיות הנדרשת להוכחת טענה נגזרת ממהותה ומחומרתה של הטענה. כך, בעניינינו המערערת מייחסת למנוח התנהגות יוצאת-דופן, שאיננה מעשה של יום ביומו. בבואה לשכנע את בית-המשפט כי גירסתה סבירה מן הגירסה האחרת, על המערערת להציג ראיות בכמות ובמשקל שדי בהם כדי להטות את הכף לטובתה. לא ברף הוכחה שונה קא עסקינן, כי אם ביישומו של רף

ההוכחה של מאזן ההסתברויות בהתחשב בנסיבות המקרה, במהות הטענות ובחומרתן...²⁰⁶

לפי גישה זו, מידת ההוכחה הדרושה בגדרי מאזן ההסתברויות משתנה בשים-לב לרצינות הנושא, ונמדדת הן בהיקף הראיות והן באיכותן. גישה זו אינה קובעת מידת הוכחה מוגברת, אלא דורשת ראיות בעלות משקל מוגבר להוכחת נושאים רציניים ביותר.²⁰⁷ לגישתנו, טענה שלפיה לשונו הברורה והחד-משמעית של חוזה בכתב אינה משקפת את כוונתם המשותפת של הצדדים הינה טענה שקיים קושי מהותי לבססה, שכן צדדים המעגנים את התחייבויותיהם החוזיות בכתב באופן חד-משמעי וברור, המשקף את אומד-דעתם, מוחזקים כמי שהתכוונו לדברים הכתובים בחוזה שאותו ערכו. לכן טענה שלפיה הצדדים התכוונו להסדרה חוזית שונה מזו המשתקפת מלשון החוזה הינה, בלשונו של השופט ריבלין, טענה בדבר "התנהגות יוצאת-דופן, שאיננה מעשה של יום ביומו". טענה כגון דא מבקשת לקעקע את לשון החוזה, ולכן קבלתה ב"מאזן הסתברויות רגיל" עלולה לפגוע בעקרון חופש החוזים כזכות חוקתית. לכך אל לנו להסכים.

5. סעיף 25(א) לחוק החוזים ותיקונו

אף לפני תיקון מס' 2 לחוק החוזים היו שטענו כי סעיף 25(א), בנוסחו הקודם, קבע כלל ראייתי שלפיו מקום שהחוזה ברור וחד-משמעי אין מקום לאפשר לבעלי-הדין להביא ראיות בדבר נסיבות חיצוניות לחוזה לצורך פרשנותו.²⁰⁸ ברם, איננו נמנים עם האוחזים בגישה זו, ובהקשר זה אנו מסכימים עם הלכת אפרופים, שלפיה "הסעיף אינו יוצר שני שלבים ראייתיים אשר הגבול המבדיל ביניהם הוא לשון ברורה/לא ברורה של החוזה. סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי) אינו דן כלל בדיני ראיות. אין הוא סעיף העוסק בקבילותו של מידע".²⁰⁹ אכן, סעיף 25(א) בנוסחו הקודם לא קבע כלל ראייתי, אלא קבע אמת-מידה מהותית לפרשנות החוזה הנגזרת מעקרונות-היסוד ומהערכים הניצבים

206 ע"א 2976/00 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' לידאווי, פ"ד נר(6) 874, 877 (2002).
 207 ראו והשוו ע"א 475/81 זיקרי נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589 (1986); ע"א 373/89 מסרי נ' חילף, פ"ד מה(1) 729, 742 (1991); עמ"נ (חי') 14450-11-08 שחייבר נ' בוקאעי, עמ' 6-7 לפסק-דינו של השופט ר' שפירא והאסמכתות הנזכרות שם (טרם פורסם, 16.2.2009); עת"מ (ת"א-יפו) 1439/05 סגל נ' עיריית הרצליה, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת נ' אחיטוב (טרם פורסם, 8.11.2007). בהקשר של הפגיעה הקשה הטמונה בהתערבותו של בית-המשפט בחופש החוזים, אשר מצדיקה התייחסות שונה לסדרי הדין למרות היות הנושא בעל מהות "אזרחית", ראו והשוו יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489, 520-521 (2008).

208 ראו עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 310.

209 שם.

בבסיסם של דיני החוזים, שלפיהם יש לתת משקל מכריע ללשון החוזה כאשר מפרשים אותו.

סעיף 25(א) לחוק החוזים בנוסחו הנוכחי אף הוא אינו קובע לטעמנו כלל ראיית, ואין בו איסור שמיעת ראיות בדבר נסיבות חיצוניות לחוזה. "החידוש" שהביא עימו סעיף 25(א) בנוסחו המתוקן, כפי שציינו בפרקים הקודמים של רשימה זו, הוא חידוד והדגשה של כללי פרשנות החוזה הראויים, תוך הענקת כלי חקיקתי שבאמצעותו יוכל השופט-הפרשן להתמודד עם הקושי העולה מהרטוריקה של הלכת אפרופים בכל הנוגע בהיקף השימוש ובאופן השימוש בנסיבות החיצוניות לחוזה לצורך פרשנותו. במובן זה, התיקון החקיקתי של סעיף 25(א) לחוק החוזים שם את הדגש בהגנתם ובחזוקם של ערכי-היסוד של דיני החוזים, ובראשם אוטונומיית הרצון הפרטי ועקרון חופש החוזים.²¹⁰

6. לפי המודל המוצע, פרשנות לעולם תתחיל בלשון החוזה

כאמור, אחד מעיקריה של הלכת אפרופים הוא שהשופט-הפרשן אינו נדרש לנקוט הליך מסודר בבואו ללמוד על אומד-דעתם של הצדדים:

"פרשן אחד יפנה ללשון החוזה וממנה לנסיבות החיצוניות. פרשן אחר עשוי לפנות תחילה לנסיבות החיצוניות ולאחר מכן ללשון החוזה. יהא סדר הפנייה אשר יהא – ובדרך כלל תהא זו תנועת מטוטלת מהלשון לנסיבות, ומהנסיבות ללשון..."²¹¹

גישה זו נעוצה בהשקפתה של תורת הפרשנות התכליתית, הגורסת כי אין מדרג של ממש בין לשון החוזה לבין הנסיבות החיצוניות לו, וכי תכלית החוזה עשויה להתגבש על בסיס הנסיבות החיצוניות גם אם אלה נוגדות את לשונו. משכך מובן גם מדוע לשיטתה של גישה זו ההליך הפרשני יכול להתחיל לאו דווקא בלשון החוזה, ואין מניעה לילך הלוך ושוב מן הלשון אל הנסיבות. השופט-הפרשן בוחר ללא כל הגבלה היכן להתחיל את ההליך הפרשני, ובשלב מאוחר יותר – היכן ומתי לסיימו. לפי גישה זו, הלשון והנסיבות משמשות ב-זמנית ובערבוביה מקורות השראה לפרשן. לטעמנו, גישה כזו מאפשרת לשופט-הפרשן, הלכה למעשה, ליצור חוזה, ולא רק לפרשו, שכן סדר הפנייה למקורות הפרשניים עשוי לקבוע במידה רבה את תוצאתו של ההליך הפרשני, במיוחד מקום שללשון החוזה אין עדיפות בולטת ומשמעותית על הנסיבות החיצוניות לו.

ודוק, בהתאם למודל המוצע, הרואה את לשון החוזה כמשקפת את כוונתם

²¹⁰ באשר לשינוי שהביא עימו התיקון לס' 25(א) לחוק החוזים ראו לעיל ה"ש 23 וכן את הדיון בסוגיה זו לעיל בתת-פרק ב.11.

²¹¹ עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 311.

הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים, אי-אפשר להתחיל את פרשנות החוזה בנסיבות החיצוניות לו, אלא יש להתחילה תמיד בלשונו. השופט אומנם אינו בלשן, אלא פרשן, אך הפרשן כפוף ומוגבל בראש ובראשונה לרצונם של הצדדים כפי שהוא עולה מן החוזה שאותו הם ניסחו, שכן הצדדים הם אדוני החוזה. לפיכך הפרשן אינו רשאי לבחור מתי והיכן להתחיל ולסיים את המסע הפרשני. רק במקרים חריגים, שבהם הנסיבות החיצוניות לחוזה יגבשו עוצמה ראייתית גבוהה מהרגיל, יורשה הפרשן לסיים את המסע הפרשני בנסיבות החיצוניות לחוזה, ולא בלשונו.

7. "החוזה השותק"

כפי שכבר ציינו, לעיתים מזומנות שאלת פרשנות החוזה אינה עוסקת בהכרח במובנו של מונח או ביטוי זה או אחר בחוזה, אלא בשאלה אם החוזה שותק באשר לסוגיה העומדת על הפרק או שמא ניתן לדלות ממנו מענה לה, על-ידי קריאתו על כל חלקיו וסעיפיו, אף שאין בו תניה מפורשת המסדירה אותה.²¹² במה דברים אמורים? פעמים רבות אחד הצדדים לחוזה טוען כי החוזה שותק באשר לסוגיה העומדת על הפרק, וכי הצדדים לא צפו מצב דברים כגון זה המונח לפתחו של בית-המשפט. לפני הפעלתו של מנגנון השלמת החוזה יש להשיב על שתי שאלות מקדמיות שהן פרשניות במהותן: האם החוזה אכן שותק באשר לסוגיה שעל הפרק אם לאו? ואם הוא שותק, האם זה משום שהצדדים לא צפו מראש את מצב הדברים שהתעורר בהמשך או שמא משום שהם לא הסכימו בנושא ומשכך עסקינן בהסדר שלילי שיש בו כדי למנוע התערבות שיפוטית? בהקשר זה יודגש כי לפי המודל המוצע גם המשמעות שיש ליתן לשתיקתו של החוזה צריך שתתברר מתוך החוזה עצמו, על כל חלקיו וסעיפיו, ועל-פי לשונו, ולא על-פי תכליתו. בהקשר זה הבהיר השופט מצא בעניין ארגון מגדלי ירקות את החשיבות בבחינת לשון החוזה לפני הכרזת החוזה כשותק:

"גם מסקנה פרשנית בדבר שתיקתו של טקסט חוזי חייבת למצוא עיגון מינימלי כלשהו (עיגון 'שלילי') בלשון הטקסט... מוטל על בית-המשפט להשתכנע כי לשון החוזה אינה סותרת את ההנחה כי החוזה הותיר את הסוגיה שבמחלוקת בלתי מטופלת..."

ואולם דרך בלשנית זו אינה פתוחה לפני בית-המשפט בכל מקרה שבו נראה לכאורה כי שאלה מסוימת לא הוסדרה בחוזה... אכן, אילו קיבלנו כי החוזה עשוי 'לשתוק' גם במקרים חד-משמעיים מעין אלה... כי אז הפכנו את טענת השתיקה לפיקציה. הטענה כי החוזה שותק הייתה הופכת כסות לטענה האמיתית כי החוזה

212 ראו בהקשר זה, למשל, מאוטר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 56, בעמ' 55 (ההדגשה במקור): "...במקרים רבים בעיית הפרשנות מתעוררת ביחס לחוזה בכללותו, דהיינו, אם ניתן לראותו כמכלול שלם המכיל מכללא הוראה מסוימת, שאף-על-פי שלא ננקבה בו במפורש ניתן לראותה, לנוכח כל שאר הוראותיו של החוזה, כמהווה חלק ממנו גם-כן."

'מדבר' בקול שאינו רצוי. בכך הייתה נסללת הדרך לשינוי שיפוטי נסתר של הטקסט הבלתי רצוי עד כדי כתיבת החוזה מחדש עבור הצדדים...²¹³

הננו מסכימים לדבריו אלה של השופט מצא, הנתמכים בעקרונות-היסוד של דיני החוזים, ובמיוחד בעקרון חופש החוזים ובאוטונומיית הרצון החופשי.

8. חוזה שלשנו ניתנת ליותר מפרשנות אחת

לעיתים עסקינן בחוזה הנוקט לשון אשר ניתן להעניק לה יותר מפרשנות אחת. במקרים מסוג זה המודל המוצע על-ידינו יבקש לקבוע תחילה את המשמעויות השונות שניתן לצקת אל תוך לשון החוזה שנקטו הצדדים, שכן לשון החוזה היא אבן הראשה של ההתקשרות בין הצדדים, וכל המסלולים יוצאים ממנה ומתנקזים אליה. מתוך מגוון האפשרויות שניתן להקנות ללשון החוזה על הפרשן לבחור במשמעות הלשונית המתאימת עם החוזה בכללותו – תחילה עם הפרק הספציפי שהתניה ממוקמת בו, ולאחר-מכן בהתייחס לחוזה על כל פרקיו ותניותיו. גישה זו מבוססת על כך שעל השופט-הפרשן להיות נאמן להיגיון הפנימי של החוזה, אשר יש בו כדי לבטא את אומדן-דעתם של הצדדים. על השופט-הפרשן להעדיף במקרים אלה את ההיגיון הפנימי של החוזה על נסיבותיו החיצוניות, אשר עשויות להוביל לאימוצה של פרשנות מילולית שונה.

9. המודל המוצע – מילים לסיכום

המודל המוצע מושתת כאמור על עקרונות-היסוד של דיני החוזים, ולכן הוא שולל את אפשרות פרשנותו של החוזה לאור תכליתו האובייקטיבית. לפי המודל המוצע, קמה חזקה ראייתית שלפיה לשון החוזה היא המשקפת את תכליתו ואת כוונתם המשותפת של הצדדים. בניגוד לגישת "שני השלבים", איננו סבורים כי לשון ברורה וחד-משמעית של החוזה מציבה מחסום דיוני בפני אפשרות סתירתה של החזקה באמצעות ראיות המעידות על קיומן של נסיבות חיצוניות המצביעות על כך שלשון החוזה אינה משקפת את כוונת הצדדים. אולם את החזקה הזו יהיה אפשר לסתור רק במקרים חריגים ויוצאי-דופן. אם אחד הצדדים מבקש לסתור את החזקה, עליו להציג מסד ראייתי רחב, מקיף, יסודי ומובהק. לפי המודל המוצע, הליך פרשנותו של חוזה לעולם יתחיל בלשון החוזה, ותנועת מטוטלת חוזרת ובלתי-פוסקת מן הלשון אל הנסיבות ובחזרה – אסורה. פרשנותו של "החוזה השותק" תיעשה אף היא, בראש ובראשונה, בשים-לב ללשונו של החוזה, וגיבוש מסקנה בדבר שתיקתו של החוזה לא יתאפשר בנקל, שכן מסקנה כזו צריכה לקבל ולו עיגון מינימלי בלשון החוזה. גם כאשר החוזה שותק לכאורה, אין די

213 עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 16, בעמ' 501–502.

משפט ועסקים טו, תשע"ב

האם שבו הצדדים להיות שליטי החוזה?

בכך לאפשר התערבות שיפוטית בתוכנו על-דרך השלמתו, שכן תחילה על השופט-
הפרשן להשתכנע כי אין מדובר בהסדר שלילי.
מודל זה, כך אנו סבורים, מאפשר את הגשמת תכליתו של תיקון מס' 2 לחוק החוזים,
כפי שעמדנו עליה לעיל, תוך מתן משקל ראוי לעקרונות-היסוד המונחים בבסיסם של
דיני החוזים.²¹⁴

214 מלומדים שונים – ביניהם שלֹו וצמח, לעיל ה"ש 23, בעמ' 12; ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 39–40; וזמיר "אפרופים עדיין כאן", לעיל ה"ש 24, בעמ' 101 – מפרשים בדרכים מגוונות את גישתו הפרשנית של השופט דנציגר. אולם אין אנו מוצאים מקום לדון בהן במסגרת רשימה זו. כן ראו והשוו מערכת כתב-העת "מגמות חדשות בפרשנות חוזים?" **משפט ועסקים** יא 431 (2009).

