

## נאמנות הפרשן §

מאת  
נילי כהן\*

### תקציר

כל פרשן שמוטלת עליו המשימה להעביר מסר הוא שליח המתווך בין המסר לנמענים. שליחותו של הפרשן כרוכה בשאלה מורכבת הנוגעת ביחס שבין מחבר המסר, המסר והפרשן, כפי שפותחה – בעיקר בהקשרו של הטקסט הספרותי – בתורת ההרמנויטיקה: האם במוקד הפרשנות יש להעמיד את הטקסט או את המחבר? ואולי יש לנתק בין המחבר לבין היצירה ולפרשה באופן עצמאי? ומה מעמדו של הפרשן? האם הוא בבחינת צילה של היצירה או שמא הוא הנותן לטקסט את משמעותו, ובמעשה פרשנותו יוצק את היצירה לתוך תבנית חדשה והופך אותה ליצירה מקורית משלו?

הרשימה תציג את מעמדן של הצלעות השונות – הטקסט, המחבר, הפרשן – בהקשר של פרשנות חוזה, בעיקר חוזה עסקי הנכרת בין צדדים מסחריים. ארון תחילה (גם מההיבט ההיסטורי) בשאלה מה משקלה של כל אחת מצלעות המשולש – הטקסט (כלומר, החוזה), מחברי הטקסט (הם המתקשרים) והפרשן (בית המשפט) – בפרשנות חוזה. לאחר מכן אתייחס להלכת אפרופים, לשאלה עד כמה היא עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של דיני החוזים, ולמעמדה בפסיקה. עמדתי היא שהלכת אפרופים ביטלה לא כדין את סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (לפני שתוקן בשנת 2011), וחרגה מתפקידו הפרשני המקובל של בית המשפט, בהוסיפה – מכוח עקרון תום-הלב – תניית קנס לחוזה עסקי (שלא נפלה בו טעות) לטובת המדינה שניסחה אותו. ההלכה אומצה בפסיקה על-ידי רוב השופטים, אך גם נמתחה עליה ביקורת חריפה. בתגובה על כך נקטה הכנסת, בשנת 2011, יוזמה חקיקתית במטרה לבטל את ההלכה או לתקנה. ארון בשאלה אם התיקון השיג את מטרתו באופן מילולי, אגב בחינת משקלה של כל אחת מצלעות המשולש – הטקסט (הוא החוק המתקן), מחבר הטקסט (הוא המחוקק) והפרשן (בית המשפט) – בפרשנותו של התיקון. במסגרת זו אעמוד על הפרדוקס הנובע מהניגוד שבין כוונתו של המחוקק לעשות שינוי בהלכת אפרופים לבין לשונו של הטקסט המתקן, ואסביר מדוע פרשנות נאמנה של

---

\* חברת האקדמיה הלאומית למדעים; מופקדת הקתדרה לדיני חוזים השוואתיים על-שם בנו גיטר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

תודתי לעוזרי-המחקר אביגיל פאוסט, אלי בלכמן, ארון שפירא-בר-אור ונימרוד אהרון על הערות מצוינות, ולעמרי רחום-טוויג על סיועו המועיל. כן ברצוני להודות לעורך עיוני משפט נמרוד אברמוב ולחברי המערכת טופז איתן, יובל נעים ושלי רוזנבלום על עבודתם היפה. § המאמר נכתב לכבודו של המשנה לנשיא בית-המשפט העליון (בדימוס) אליהו מצא, ועתיד להתפרסם גם בספר אליהו מצא (בהוצאת עיוני משפט ונבו).

התיקון לחוק מצדיקה מסקנה שהלכת אפרופים שונתה. אסיים בהערה כללית על שליחותו הראויה של הפרשן כנאמנו של מחבר הטקסט, ובהערכה לשופט מצא על שליחותו הנאמנה. א. פרולוג

1. צלעותיו של המשולש הפרשני: טקסט, מחבר, פרשן
2. הפרשן המשפטי כשליחו הנאמן של המחבר
- ב. משקל הצלעות: הטקסט

1. עליונותם של הצורה והטקסט – הדגמה מקראית
2. הניגוד בין טקסט וצורה לבין כנות ומהות
3. הכלל של עצמאות המסמך וחריגיו
4. הכללים של עליונות המסמך ושלמות המסמך
- ג. משקל הצלעות: המתקשרים

1. חריגים לכללים של עליונות המסמך ושלמות המסמך
2. בין עולם המציאות לעולם המשפט
- ד. משקל הצלעות: הפרשן

1. סעיף 25(א) – מתי ניתן לחרוג מלשון החוזה?
2. טעות, ספק, תוצאה לא־סבירה ותוצאה אבסורדית
3. הדגמה – תוצאה אבסורדית ותוצאה לא־סבירה
4. בין תניה מכללא לעקרון תום־הלב
- ה. עניין אפרופים

1. מה נידון ומה נדרש להכרעה?
2. התיאוריה: איתור ההסכמה והיחס בין המסמך לנסיבות
3. היישום הבעייתי: תיקון חוזה ללא טעות לטובת מנסחו
4. ההשלכה הבעייתית: הפרשן מחליף את יוצר המסמך
- ו. הלכת אפרופים עד לתיקון חוק החוזים

1. הצהרות
2. מעשים

ז. תיקון סעיף 25 לחוק החוזים

1. מטרת התיקון
2. פרדוקס החוק המתקן – משקל הצלעות: הטקסט, היוצר, הפרשן
3. עד כמה ניתן להתנתק ממסורת קודמת
- ח. הסכנה שבכתב, פרשנות־יתר ושליחות הפרשן
- ט. אפילוג – השופט מצא כשליח נאמן
1. הפרשן, היוצר ו"חרדת ההשפעה"
2. פרשנות צוואה: הטקסט, המצווה, הפרשן
3. הטקסט, המתקשרים, הפרשן – "הסוחר מונציה" והלכת אפרופים

## א. פרולוג

### 1. צלעותיו של המשולש הפרשני: טקסט, מחבר, פרשן

כל טקסט, כל סימן, טעונים קליטה והבנה. הרמנויטיקה היא התורה המפרשת את הסימנים והמסרים המועברים בעולם. תחילתה בפרשנותם של כתבי דת, ואחריתם בפרשנותו של סימן כלשהו. היא נקראת "הרמנויטיקה" על-שמו של הרמס, שליח האלים. הרמס תיווך בין האלים והעביר את דברם לבני-האדם. לעיתים הוא גם שלח יד ברכוש האלים או במסריהם ללא ידיעתם. לכן הוא גם היה פטרון הגנבים. מובן שתפקידו של הרמס כמתווך וכגנב שונים לחלוטין. מכל מקום, כדי לשכך את חמת האלים, הוא פיתח מיומנויות שכנוע ויכולות מופלאות של גישור.<sup>1</sup>

כמו הרמס, כל פרשן שמוטלת עליו המשימה להעביר מסר הוא שליח המתווך בין המסר לנמענים. שליחותו של הפרשן כרוכה בשאלה מורכבת הנוגעת ביחס שבין מחבר המסר, המסר והפרשן. האם השליח חב נאמנות למחבר או למסר, ואולי לשניהם? האם הוא רשאי לחרוג משליחותו, כמו הרמס, ולעשות שימוש במסר למטרותיו שלו?

השאלה מתעוררת בכל הקשר יצירתי, והיא פותחה – בעיקר בהקשרו של הטקסט הספרותי – בתורת ההרמנויטיקה.<sup>2</sup> ויכוחים עזים ניטשים באשר ליחסיה הגומלין בין הטקסט, המחבר והפרשן, ובאשר לשאלה מהי הצלע המרכזית מביין השלוש: האם במוקד הפרשנות יש להעמיד את הטקסט או את המחבר? ואולי יש לנתק בין המחבר לבין היצירה ולפרשה באופן עצמאי? ומה מעמדו של הפרשן? האם הוא בבחינת צילה של היצירה או שמא הוא הנותן לטקסט את משמעותו, ובמעשה פרשנותו יוצק את היצירה לתוך תבנית חדשה והופך אותה ליצירה מקורית משלו?<sup>3</sup> הוגים שונים הביעו עמדות שונות בשאלות אלה: יש המחויבים למחבר ולכוונתו,<sup>4</sup> יש המעמידים במרכז את היצירה, ואחרים מעלים על נס את מעשה הקריאה והפרשנות. ידועה במיוחד עמדתו של רולאן בארת (Roland Barthes), אשר הציג בצורה קיצונית את עליונות הקורא-הפרשן, בהכריזו על "מות המחבר".<sup>5</sup> הקורא-הפרשן

1 רות לורנד על פרשנות והבנה 11 (2010). המחברת מתמודדת עם העמדה הרואה כל פעולה קוגניטיבית כפעולה פרשנות, ומבחינה בין פעולות שהן פרשנות לבין פעולות קוגניטיביות אחרות, כגון הבנה. ראו ברוח זו דניאל פרידמן "פרשנות החוזה" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 227, 231-233 (2003). לעמדה שלפיה כל פעולה קוגניטיבית היא פרשנות ראו גד טדסקי "קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן" מסות במשפט 1 (1978); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך רביעי – פרשנות החוזה 57-59 (2001).

2 זאב לוי הרמנויטיקה (1989). ראו גם חנוך בן-פזי **הפרשנות כמעשה מוסרי** – ההרמנויטיקה של עמנואל לוינס (2012).

3 השוו לורנד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 42-57, המדברת על שלוש הצלעות הבאות: המחבר, הטקסט והקורא. כן השוו המחלוקת בהלכה חלק שני – מקורות ופירושים, ס' כט-ל (חנינה בן-מנחם, נתן הכט ושי וזנר עורכים, 2003), שם מדובר על ארבע תיאוריות של פרשנות: כוונת המחבר, הטקסט, הטקסט כפי שהוא מפורש על-ידי הפרשן, הפרשן הכופה את עצמו על הטקסט.

4 לוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 85-100, 139-154.

5 רולאן בארת "מות המחבר" מות המחבר/מהו מחבר 7-18 (דרור משעני מתרגם, 2005): "הולדתו של הקורא דורשת את מותו של המחבר." שם, בעמ' 18.

נהפך ליוצרה של יצירה חדשה במעשה פרשנותו,<sup>6</sup> הטעונה אף היא פרשנות, ולמעשה אין לדבר סוף.

## 2. הפרשן המשפטי כשליחו הנאמן של המחבר

השאלות המתעוררות בהקשר התרבותי-הספרותי לגבי היחס בין הטקסט, מחברו ופרשנו עולות גם בהקשר המשפטי. מהו היחס בין החוק, המחוקק והפרשן? האם מילות החוק הן המכריעות או שמא כוונת המחוקק? עד כמה הפרשן חופשי בבואו לפרש את החוק? היכול הוא להתעלם ממילות החוק ומכוונת יוצריו כדי להגשים את התכלית, הראויה בעיניו, של החוק? השאלה מתעוררת לגבי כל נורמה משפטית שהיא, תהא זו חוקה, חוק, תקנה, חוזה, צוואה או אפילו פסק-דין (שהרי גם פסק-דין המפרש את כל אלה טעון פרשנות). בכל אחד מן המקרים הללו מתעוררת שאלת היחס בין הטקסט המחייב (חוקה, חוק, תקנה, חוזה, צוואה, פסק-דין) לבין מחברי הנורמה (המחוקק, רשות מנהלית, הצדדים לחוזה, יוצר הצוואה, בית-המשפט הקובע הלכה) ופרשניה (על-פי-רוב בתי-המשפט).

אף שהשאלות המשפטיות מקבילות לאלה שבמישור התרבותי-הספרותי, מדובר בכל-זאת בעולמות שונים. לא הרי פרשנות אומנותית-ספרותית כהרי פרשנות משפטית. טקסט משפטי מיועד לכוון התנהגות, ולא טקסט ספרותי, יש לו פוטנציאל מחייב ואלים. לכן, בניגוד לטקסט ספרותי או יצירה אומנותית, שבהם רוחו של הפרשן יכולה לשאת אותו הרחק מעבר ליצירה המקורית, תפקידו של הפרשן המשפטי מוגבל יותר. עיקרו חתירה להבנת הנקרא, לפענוח כוונתו של מחבר הטקסט, יוצרו המוסמך של הטקסט, שהוא בבחינת "הריבון" המוסמך לקבוע את הנורמה המחייבת.<sup>7</sup> כזוה הפרשן אמור להיות שליחו הנאמן של יוצר הטקסט. בדרך זו תבטיח הפרשנות לא רק מידה גדולה יותר של ודאות ויכולת תכנון סבירה של נמעני הנורמה המסוימת, אלא אף תגביר את מידת ההסתמכות הכוללת על החוק ועל החוזה כעל מכשירים מהימנים להכוונת התנהגות ולתכנון העתיד.

השאלה מה מידת הנאמנות שהפרשן מחויב בה כלפי הנורמה ומחברה – הוא יוצרה המוסמך – זכתה בתשובות שונות בתקופות שונות, וגם כיום היא נתונה במחלוקת. יש המעמידים את הנורמה (הטקסט) במרכז; אחרים סוברים כי כוונתו של מחבר הנורמה היא המכרעת; ויש המעלים על נס את הכוונה האובייקטיבית שראוי לייחס ליוצר הנורמה, שאז הפרשן נהפך לשחקן מרכזי. בעניין זה קיים הבדל בין פרשנות של חוקה או חוק, שתחולתם חוצה דורות ונמעניהם בלתי-מוגבלים, לבין פרשנות של חוזה, שתחולתו תחומת-מועד רוב ונמעניו מוגבלים, ומכאן שהתביעה לפרשו בהתאם לכוונתו המקורית של המחבר (המתקשרים החוזיים) היא מובנת מאליה.

6 ;JACQUES DERRIDA, OF GRAMMATOLOGY (Gayatri Chakravorty Spivak trans., 1997) לוי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 264-282. לדיון מפורט בגישות השונות ראו שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" משפטים מג 55, 76-72 (2012).

7 ראו משה אור "פרשנות החותרת להבין את הנקרא" לשוננו 70, 553 (2008). המאמר נכתב על-ידי בלשן, ועמדתו היא כי ניתן לפתור אי-בהירות לשונית (להבדיל מעמימות) על-ידי הבנת משמעות הטקסט.

במסגרת הנוכחית אציג את מעמדן של הצלעות השונות – הטקסט, המחבר, הפרשן – בהקשר של פרשנות חוזה. כידוע, כללים שונים חלים בהקשרים חוזיים שונים, ואין דינו של חוזה צרכני כדינו של חוזה מסחרי-עסקי הנקשר בין צדדים מתוחכמים. השוני המהותי בין השניים משליך כמובן על כללי הפרשנות, והדבר יובהר בהמשך.<sup>8</sup> ברשימה זו אתרכז בפרשנותו של חוזה עסקי הנכרת בין צדדים מסחריים – אותו מצב שהוליד את פסק-הדין המרכזי בפרשנות חוזה, הוא עניין אפרופים<sup>9</sup> – ואציב קווים כלליים לדיון בנושא.

סדר הדיון יהיה כדלקמן: ארון תחילה (גם מההיבט ההיסטורי) בשאלה מה משקלה של כל אחת מצלעות המשולש – הטקסט (כלומר, החוזה) (פרק ב), מחברי הטקסט (הם המתקשרים) (פרק ג) והפרשן (בית-המשפט) (פרק ד) – בפרשנות חוזה. עמדתי היא כי ככל שמדובר בחוזה עסקי, עיקר תפקידו של הפרשן הוא איתור כוונת הצדדים כפי שהיא עולה מן החוזה. לאחר-מכן אתייחס להלכת אפרופים (פרק ה), לשאלה עד כמה היא עולה בקנה אחד עם עקרונות-היסוד של דיני החוזים, ולמעמדה בפסיקה. אטען כי הלכת אפרופים ביטלה לא כדין את סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) (לפני שתוקן בשנת 2011), וחרגה מתפקידו הפרשני המקובל של בית-המשפט, בהוסיפה – מכוח עקרון תום-הלב – תניית קנס לחוזה עסקי (שלא נפלה בו טעות) לטובת המדינה שניסחה אותו. ההלכה אומצה בפסיקה על-ידי רוב השופטים, אך גם נמתחה עליה ביקורת חריפה (פרק ו). בתגובה על כך נקטה הכנסת בשנת 2011 יוזמה חקיקתית במטרה לבטל את ההלכה או לתקנה. ארון (בפרק ז) בשאלה אם התיקון השיג את מטרתו באופן מילולי, אגב בחינת משקלה של כל אחת מצלעות המשולש – הטקסט (הוא החוק המתקן), מחבר הטקסט (הוא המחוקק) והפרשן (בית-המשפט) – בפרשנותו של התיקון. במסגרת פרק זה אעמוד על הפרדוקס הנובע מהניגוד שבין כוונתו של המחוקק לעשות שינוי בהלכת אפרופים לבין לשונו של הטקסט המתקן, ואסביר מדוע פרשנות נאמנה של התיקון לחוק מצדיקה מסקנה שהלכת אפרופים שונתה. אסיים בהערה כללית על שליחותו הראויה של הפרשן כנאמנו של מחבר הטקסט (פרק ח) ובהערכה לשופט מצא על שליחותו הנאמנה (פרק ט).

## ב. משקל הצלעות: הטקסט

### 1. עליונותם של הצורה והטקסט – הדגמה מקראית

כאשר צדדים מתקשרים ביניהם בחוזה, ניתן להניח שהם עושים זאת באמצעות סימנים מוסכמים<sup>10</sup> – הן כדי להגביר את מידת הבנתם בנוגע לחוזה ואת מידת ציותם לו, הן כדי

8 ראו להלן תת-פרק ג.

9 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). בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנ"א 2485/95

אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על-95(2) 1446 (1995).

10 יואל זוסמן "מקצת מטעמי פרשנות" ספר היובל לפנחס רוזן 147 (חיים כהן עורך, 1962).  
Holmes הסביר את תהליך הפרשנות כמבוסס על מוסכמת השפה הנובעת מהמסמך כולו:  
Oliver Wendell Holmes, *The Theory of Legal Interpretation*, 12 HARV. L. REV. 417 (1899).

לעשותו נגיש לפרשנותו של צד שלישי במקרה של סכסוך.<sup>11</sup> חוזים רבים, במיוחד בעלי משמעות כלכלית, נעשים בכתב. תפקידו של הכתב הוא "לגבור על הזמן, על השכחה, על הטעות, על השקר".<sup>12</sup> לא יחא זה מיותר להדגיש בהקשר זה את החשיבות שרוב האנשים באוכלוסייה ("האדם הסביר", "האזרח הקטן") מייחסים לכתב ולחתימה כאשר הם עורכים חוזה. והרי רובם אינם מודעים לעיקרון של "חופש הצורה",<sup>13</sup> ומבחינתם "חוזה" הוא רק חוזה כתוב וחתום, היוצר ציפייה שהוא גם ייאכף כמות שהוא. תחושת הוודאות של המתקשרים ניוונה מעצם קיומו של כתב. על השופט, לדירם, ליישם את מה שהצדדים טרחו לכלול בחוזה הכתוב, ולהתעלם ממה שאינו נמצא בו. אך עד כמה הכתב שליט על המערכת ההסכמית בין הצדדים? עד כמה הכתב מגלם את החוזה? עד כמה הטקסט אוטונומי ומנותק מהנסיבות שאפפו אותו?

גישה השמה בטקסט את הדגש המרכזי, ולעיתים הבלעדי, מתקשרת בדרך-כלל עם עמדה פורמליסטית. בצורתה הקיצונית תמנע גישה זו כל התייחסות לנסיבות שמחוץ לטקסט. דוגמה מאפיינת נמצאת בסיפור הברכה של יצחק ליעקב. כזכור, יעקב קנה את הבכורה מעשיו. בעקבות זאת מבקש יעקב, בהתחזו לעשיו, לקבל מיצחק את הברכה שהוא מיעד לבנו הבכור. גם כאשר מסתבר ליצחק שיעקב קיבל את ברכתו במרמה, אין הוא חוזר בו. הסיפור מעורר מתח חריף בין צורה למהות.<sup>14</sup> ברכה (בדומה לקללה) משוקעת באמונה שמדובר במעין כוח טבעי משפיע הפועל בעולם. אך במקרה שלנו היוותה הברכה יותר מכך: היא שימשה אמצעי שמכוחו היה יעקב, שרכש את הבכורה מידי עשיו, אמור לקבל מאביו את פירות הבכורה. הברכה נהפכה אפוא לטקס מכוון. טקס כזה אמור לשקף פעולה רצונית חד-צדדית שבה, כמו בצוואה, מה שקובע הוא בעיקר כוונתו של צד אחד, הוא המברך. אך לא כך במקרה שלנו, שכן עקב התרמית של יעקב, לא העניק יצחק את ברכתו באופן רצוני: הוא סבר שהוא מברך את עשיו אך בפועל בירך את יעקב. במונחים מודרניים היה יצחק יכול לחזור בו מההענקה עקב תרמית קיצונית, בטענה של "לא נעשה דבר" (non est factum),<sup>15</sup> אך לא כך במונחים מקראיים, שכן הצורה והטקס מאפילים על המהות. מאותה סיבה גם לא היה יעקב יכול לחזור בו מנישואיו ללאה, אף שרומה באופן דומה. יעקב עבר את לבן, שהתחייב להעניק לו בתמורה את בתו הצעירה, רחל, לאישה. אך לבן התכחש להבטחתו, והעניק ליעקב במרמה את לאה, בתו הבכורה. יעקב חשב שהוא מממש

11 לכך שטקסטים נבחנים ומפורשים לאור המוסכמות בקהילות שבהן הם מושמעים השוו: Stanley Fish, *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities* (1980). בוודאי כך, מקל וחומר, כאשר מדובר בפרשנות חוזה, אשר ניסוחו אמור לציית למוסכמות לא רק כדי לשמש בסיס למחויבות ברורה בין המתקשרים, אלא גם כדי להקל את מלאכת הפרשן.

12 רולאן בארת הנאת הטקסט – וריאציות על הכתב 116 (אבנר להב מתרגם, 2007).

13 הקבוע בס' 23 לחוק החוזים.

14 בראשית כז; נילי כהן "משפט וספר" עיוני משפט טז 435, 439-441 (1991).

15 הניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 682-688 (1992); ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית, תק-על-2007 (3) 1976 (2007) (הפעלת הטענה של "לא נעשה דבר" במצב מיוחד של כפייה שהופעלה כלפי המתקשרת לא על-ידי המתקשר האחר לחוזה, אלא על-ידי בעלה, שותפה להתקשרות) (השופטת ארבל).

את נישואיו לרחל, כפי שהבטיח לו לבן, והנה בבוקר הסתבר לו שהייתה זו לאה. למרות התרמית לא היה יעקב יכול לחזור בו ממחויבותו ללאה. כמו במקרה הברכה גם כאן: הטקס, שהאפיל על המהות, מנע מיעקב את האפשרות להתכחש למה שנעשה.<sup>16</sup> יעקב היה שותף לשתי התרחשויות, לשתי פעולות משפטיות, שמקורן בהטעיה לגבי זהות המתקשרים: בראשונה הוא היה המטעה; בשנייה הוא עצמו הוטעה. אולם טעות חמורה זו, פרי הטעיה, לא היה בכוחה לבטל את הפעולות שנעשו – לא את הברכה ולא את הנישואים – בשל עליונותה של הצורה. לכן בסיפור הברכה נהנה יעקב מהכלל הפורמלי, שפעל לטובתו, ואילו בפרשת נישואיו ללאה פעל הכלל לרעתו.

## 2. הניגוד בין טקס וצורה לבין כנות ומהות

בהקשר כללי יש המצביעים על מתח מתמיד בין כללי הטקס לבין הפעילות הפנה, האוטנטית, שהטקס אמור לגלמה. הטקס מחייב את המשתתף בו לקטגוריות חיצוניות של סדר, ואלה מדללות את משמעותו הפנימית. התוצאה היא לא רק שמעשה הטקס מאפיל על מהותו, אלא גם שחיפוש אחר המשמעות האוטנטית של הטקס חותר נגד הטקס ומאיים על קיומו.<sup>17</sup> חיפוש כזה אחר המשמעות והאמת נהפך אפוא, מנקודת-מבטו של הטקס, ללא-לגיטימי. גם במשפט, שבו טקסים פורמליים תופסים מקום מרכזי, קיים לא אחת ניגוד טבוע בין טקסיות לבין כנות. בשיטות משפט עתיקות, שבהן תפסו כללי הטקס מקום מרכזי, פעל המשפט – האמור לשמש מכשיר לגילוי האמת – דווקא לבלימת האמת ולחסימתה,<sup>18</sup> ושתי העסקות של יעקב יוכיחו. אך דוגמות מקבילות לכך ניתן למצוא גם בשלבים מאוחרים יותר בהתפתחותו של המשפט.

במאמרו הקלסי *Consideration and Form* דן Fuller<sup>19</sup> בדוגמה המובהקת של החוזה הפורמלי, היא העסקה המופשטת (האבסטרקטית). העסקה המופשטת מחייבת מעצם היותה,

16 בראשית כט; דניאל פרידמן הרצחת וגם ירשת – משפט, מוסר וחברה בסיפורי המקרא 68–83 (2000); יאיר זקוביץ יעקב – הסיפור המפתיע של אבי האומה 34–49; 66–69 (2012). חז"ל התייחסו לקשר בין שתי התקריות: "והנה היא לאה. אמר לה: מה רמייתא בת רמאה לאו בליליא הוה קרינא 'רחל', ואת ענית לי? אמרה ליה: אית ספר דלית ליה תלמידים לא כך היה צווה לך אבוך 'עשו', ואת עני ליה?!" כלומר: "והנה היא לאה, אמר לה: מה, רמאית בת הרמאי, לא כלילה קראתי 'רחל', ואת ענית לי? אמרה לו: יש סופר שאין לו תלמידים, לא כך היה צווה לך אביך: 'עשו', ואתה ענית לו?" לתרגומו העברי של המדרש ראו יאיר איכר "ידיה בבוקר והנה היא לאה" (2005) [www.daat.ac.il/daat/tanach/tora/vayehi-2.htm](http://www.daat.ac.il/daat/tanach/tora/vayehi-2.htm) (מאהדורת תיאודור-אלבק 818–819).

17 ADAM B. SELIGMAN ET AL., RITUAL AND ITS CONSEQUENCES: AN ESSAY ON THE LIMITS OF SINCERITY (2008); שמעון זנרבנק "על כנות וטקס" הארץ – מוסף ספרים 9.2.2011.

18 לטענה כי המשפט משתמש בפיקציות כדי לקדם מטרות חברתיות ראו: LON L. FULLER, LEGAL FICTIONS (1967). ובעקבותיו: Nancy J. Knauer, *Legal Fictions and Juristic Truth*, 23 ST. THOMAS L. REV. 1 (2010). Fredrick Schauer, *Legal Fictions Revisited* (Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2011-29), available at [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1923314](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923314).

19 Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 COLUM. L. REV. 799, 802–803 (1941).

והיא מנותקת מעסקת-היסוד שיצרה אותה. אם ענתה העסקה על דרישת הצורה, היא תחייב, בלי קשר לשאלה אם מבחינה מהותית ראוי לחייב על-פיה. דוגמה לכך היא החוזה בחותם (deed under seal): צורת החוזה – חותם – מנעה כל אפשרות לערער על תוקפו, אם בטענת תרמית ואם בכל טענה אחרת היורדת לשורשו, בדיוק כמו בסיפור הברכה ליעקב. הכתב, שנועד כביכול לתקשר ולמסור מסרים, שימש דווקא כדי להסתיר את מה שהופקד בו.<sup>20</sup> העסקה המופשטת קנתה את תוקפה המחייב מהצורה שבה נערכה – צורה שהאפילה על עסקת-היסוד. במהלך השנים פינו בהדרגה כללי הצורה והטקס את מקומם לכללים ממתנים, שהתבססו על עסקת-היסוד, ואשר חשפו, ולו באופן חלקי, את מהלך הדברים האמיתי. לא זה המקום לסקירה היסטורית של הנושא, אך בהקשר המשפטי ברור שככל שהכתב – שהוא צורה טקסית לגיבוש נורמות – היה נחלתם של מעטים, וככל שהשימוש בו היה מצומצם ויקר, כן יוחס לו מעין מעטה של קדושה.<sup>21</sup> ניתן גם לשער שעצם העלאתה של העסקה על הכתב הייתה כרוכה במשאבים ובוזירות מופלגת. בנסיבות אלה קל לתרץ את הזיהוי בין הצורה למהות. אך במרוצת השנים, ככל שנהפך הכתב לנחלת הכלל, הוא איבד את מעמדו הייחודי, ופינה את מקומו לכללים המתמקדים במהות. הצורה אינה משמשת עוד מטרה לעצמה, אלא מבטאת תכלית, וככזו אפשר למצוא לה לעיתים תחליף.<sup>22</sup> כך, למשל, בעבר הביא אובדן מסמך לידי אובדנה של העילה לפיו. זה הכלל שחל על חוזה בחותם.<sup>23</sup> כללי החוזה בחותם אינם חלים במשפט הישראלי, אך אפשר להקבילם לכללים החלים על חוזה הכפוף לדרישת כתב מהותית. הכלל לגבי מסמך שחלה עליו דרישת כתב מהותית הוא שאם המסמך אבד בלא כוונת זדון של מי שמסתמך עליו, הפעולה נוצרה כדיו, וניתן להביא ראיות לגביה.<sup>24</sup>

ההתפתחות המשפטית ההיסטורית מתאפיינת בתנועה מצורה למהות. אך גם כיום קיימים מוסדות וכללים חוזיים השומרים על אופיים המופשט, המנותק מעסקת-היסוד,

20 בארת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 85.

21 בארת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 89, מציין שתקופה ארוכה מאוד היה הכתב נכס מעמדי.

22 HENRY MAINE, ANCIENT LAW: ITS CONNECTION WITH THE EARLY HISTORY OF SOCIETY AND ITS RELATION TO MODERN IDEAS 313 et seq. (1887)

23 A. W. BRIAN SIMPSON, A HISTORY OF THE COMMON LAW OF CONTRACT 95 (1975)

24 ע"א 7119/08 חיימי נ' שמיר, תק-על 3164 (3)2010, שבו נאכף הסכם למכירת מקרקעין למרות אי-הצגת החוזה הכתוב. לדברי השופטת חיות (שם, פס' 9), "מקום שיעלה בידי התובע להראות כי הסכם בכתב נוצר ונכרת אך אבד או שאין בידי התובע להציגו מסיבות שונות שאינן בשליטתו, כי אז יוכל התובע להוכיח בראיות משניות אף את תוכנו של ההסכם הכתוב ותביעתו לא תיכשל אך בשל העובדה שהמסמך גופו אינו מצוי בידיו". השוו להתפתחות שחלה לגבי הדרישה להצגת כרטיס מפעל הפיס כתנאי לזכייה. בעבר מנע אובדן הכרטיס מהזוכה את האפשרות לקבל את זכייתו – ראו ע"א 251/64 ע"א גונשירוביץ נ' מפעל הפיס, פ"ד יט(3) 286 (1965) (דעת רוב – השופטים ויתקון וזוסמן; דעת מיעוט – השופט חיים כהן), וראו בפרט שם, בעמ' 292, את דיונו של השופט ויתקון בכלל המסמכים האבודים; אולם ברבות השנים שונה הכלל, וכיום יקבל הזוכה את זכייתו אף אם איבד את הכרטיס – ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס, תק-על 2733 (3)2005, וזאת בין על בסיס עקרון תום-הלב (השופט ארבל) בין על בסיס פרשנות של תניית החוזה (השופט נאור).



ומבוססים על יסוד צורני. בעידן המודרני אופייה של העסקה המופשטת נובע מהסכמת הצדדים ומכוונתם ליצור עסקה כזו. בוודאי אין להתפלא על כך שגם לגביה ניכרת נטייה לעמעם את הדרישות הצורניות ולהתרכז במהות. אזכיר עתה בקצרה אחדים ממוסדות אלה המבוססים על רעיון העסקה המופשטת.

### 3. הכלל של עצמאות המסמך וחריגיו

שטר הוא מסמך משפטי שצורתו מהותו, וככזה הוא מאפיל על העסקה שהניעה את יצירתו. לכן ניתן לממשו ללא קשר לעסקת היסוד. העצמאות המאפיינת את השטר מצמצמת את טענות ההגנה המהותיות של אלה החבים על-פיו, ומקרבת אותו לאמצעי התשלום המובהק, הוא הכסף.<sup>25</sup> מכאן שמי שנוטל שטר כאמצעי פירעון חייב לדעת מתוך התבוננות על השטר מי אחראי על-פיו. לכן נדרשת הקפדה צורנית יתרה כתנאי להטלת אחריות על מי שחתום על השטר.

אך התהליך שהוביל למיתונן של דרישות הצורה באופן כללי לא פסח גם על תחום זה, והרי דוגמה לכך:<sup>26</sup> פלוני חתם שתי חתימות על שטר. הוא טען כי חתם את החתימה השנייה בשם אשתו. על-פי סעיף 92(א) לפקודת השטרות [נוסח חדש], התשי"ז-1957, ניתן לחתום כמורשה על שטר, אך הדבר מותנה (על-פי סעיף 25(א) לפקודה) בשני תנאים מצטברים: ראשית, תנאי צורני, שלפיו על המורשה לציין על-גבי השטר כי הוא חותם כמורשה; שנית, תנאי מהותי, הדרוש שבפועל אכן ניתנה אותה הרשאה. במקרה דנן לא התקיים התנאי הראשון, שכן פלוני לא ציין על-גבי השטר כי הוא חותם עליו כמורשה. בבית-המשפט התגלעה מחלוקת בשאלה אם ניתן לוותר על הדרישה הצורנית. השופט דנציגר תמך בגישה הלשונית-הפורמלית לנוכח התכלית המונחת בבסיסו של שטר, וקבע כי אין לוותר על התנאי הצורני. משום כך אין לחייב את האישה על-פי השטר. זו הייתה עמדת המיעוט. עמדת הרוב אימצה את "הגישה ההוליסטית" שפותחה על-ידי הנשיא ברק,<sup>27</sup> שלפיה אין לבודד את השטר מן הנסיבות. בעקבות זאת קבעה עמדת הרוב כי אין חובה בחתימת שליחות מפורשת על-גבי השטר, וכי די בכך שניתן להסיק את קיומה של ההרשאה ממכלול הנסיבות החיצוניות. התוצאה הייתה שהאישה חויבה על-פי השטר. הוויכוח בעניין אפרופים לגבי השאלה אם יש לתת עדיפות לטקסט או לנסיבות (שיידון להלן בפרק ה) מהדהד בעוצמה גם בהקשר הנוכחי, והשופט דנציגר, חלוץ מבקריה של הלכת אפרופים, חלק על העמדה גם בהקשר השטרי, ואולי אף ביתר שאת לנוכח אופיו המיוחד של השטר.<sup>28</sup>

25 אך מובן שקיימת הבחנה בין שטר לבין כסף. ראו שלום לרנר דיני שטרות 23-26 (1999).

26 ע"א 4085/07 אוזן נ' תבל נכסים והשקעות י.מ. (1994) בע"מ, תק-על 2009 (4) 881 (2009).

27 ראו ע"א 4294/90 עזבון רינסקי נ' רחמני ושות' מימון בע"מ, פ"ד (1) 453 (1996) (עמדת המיעוט הפורמלית הובעה שם על-ידי השופט קרמי).

28 ראו את ההפניות לעניין אפרופים, לעיל ה"ש 9, בעניין עזבון רינסקי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 470 ו-474, ואת הסתייגותו של השופט דנציגר בעניין אוזן, לעיל ה"ש 26, פס' 33, 39-51. אך נראה כי לנוכח העובדה שדובר שם ביחסים בין צדדים קרובים, השאלות הנוגעות בעצמאות השטר מעילת-היסוד מאבדות מחשיבותן. ראו את עמדתו של שופט הרוב ג'ובראן בעניין אוזן - שם, פס' 14-18.

ערבות בנקאית אוטונומית ומכתב אשראי הם מוסדות משפטיים קרובים מבחינה רעיונית לשטרות. גם אותם מאפיין עקרון העצמאות, המבטא את אי-התלות של הערבות הבנקאית או של מכתב האשראי בעסקת-היסוד. עקרון העצמאות בערבות בנקאית ובמכתבי אשראי כפוף לשני חריגים עיקריים, הם חריג המרמה וחריג הנסיבות המיוחדות, אשר בהתקיימם יעכב בית-המשפט את מימושם של הערבות או של מכתב האשראי.<sup>29</sup> חריגים אלה הם ביטוי ליסוד מהותי הפוגם ביתרונות שיסוד הצורה אמור להעניק לזכאי על-פי מסמכים אלה. יתר על כן, קיימת נטייה בעייתית להרחיב את היקף החריגים, באופן שמערער את מעמד המסמך ואת עקרון העצמאות המאפיין אותו.<sup>30</sup>

במשפט הישראלי קיימות הוראות אחדות המחילות דרישת כתב מהותית על חלק מהחוזים. דרישת כתב מהותית מעוררת שאלות דומות לאלה שהתעוררו בהקשר הקודם, שעיקרן היחס בין הכתב לבין עסקת-היסוד. שתי השאלות המרכזיות הן אלה: ראשית, בהעדר כתב, האם עסקת-היסוד יכולה להתקיים? שנית, בהתקיים כתב, האם הוא מאפיל על עסקת-היסוד? החשובה ביותר מבין הוראות הכתב המהותי היא הוראת סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, המטילה דרישת כתב על התחייבות להקנות זכות במקרקעין. סעיף זה נוגע בשאלה הראשונה שהעלינו, כלומר, אם בהעדר כתב עסקת-היסוד יכולה להתקיים. שוב, לא במפתיע, גם הדרישה שבסעיף 8 זכתה בפרשנות מקילה, אשר הפכה בפועל את אופייה של דרישת הכתב המהותית לראיית, ולעיתים אף ויתרה עליה כליל.<sup>31</sup> השאלה השנייה – כלומר, מה התוצאה הנובעת מקיומו של מסמך בכתב ואם הוא מאפיל על עסקת-היסוד – תידון עתה.

- 29 מנחם מאוטנר "עיסקת היסוד ומכתב האשראי: תרמית וביטול החוזה בדרך של התנהגות" עיוני משפט יא 501 (1986); יואב דותן "האשראי הדוקומנטרי: מרמה במכר ומרמה במסמכים" משפטים יז 92 (1987); רע"א 4256/93 שיכון עובדים בע"מ נ' ארו תעשיות בניה, פ"ד מח(1) 450 (1993); רוי ברק"הן "ערבות בנקאית: החריגים לעקרון העצמאות" הפרקליט נ 403 (2010). ראו עוד רע"א 11123/03 ט.ש.ת. חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, תק-על 2005(4) 1 (2005); רע"א 9123/05 אדמוב פרוייקטים (89) בע"מ נ' סיטי סטייט מקבוצת אלפו בע"מ, תק-על 2007(4) 533 (2007).
- 30 ברע"א 1221/10 א. ארנסון בע"מ נ' מע"צ – חברה לאומית לדרכים בישראל, תק-על 2010(2) 4617 (2010), עוכב ביצוע ערבות בנקאית אוטונומית חרף העובדה שלא התקיים אף לא אחד משני החריגים. הטעם לעיכוב התבסס על טענת החייב כי מימוש הערבות יסכן את המשך פעילותה של החברה. טעם זה לעיכוב ערבות אוטונומית נראה על פניו בעייתית. האם סכנה לפעילות החברה אינה מצדיקה כשלעצמה מימוש ערבות? לגישה המסורתית, שלפיה גם טענת סיכול חוזה לא תמנע את חילוט הערבות, ראו רע"א 3041/12 מגנזי תשתיות בע"מ נ' החברה הכלכלית לפיתוח בית אריה בע"מ, תק-על 2012(2) 5036 (2012).
- 31 לסקירה כוללת ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 386–469 (1991). כן ראו רע"א 10849/07 פוארסה נ' פוארסה, תק-על 2009(4) 2256, פס' 27 לפסק-דינו של השופט דניציגר (2009). ראו גם עניין חיימי, לעיל ה"ש 24, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת חיות (הכלל לגבי אובדן מסמך, המאפשר הבאת ראיות בעל-פה להוכחת העסקה).

#### 4. הכללים של עליונות המסמך ושלמות המסמך

כאשר צדדים מעלים את העסקה ביניהם על הכתב, סביר להניח שהם מתכוונים שהכתב ימצה את ההסכמה שהושגה ביניהם. כוונה זו באה לידי ביטוי בכללים של עליונות המסמך ושלמות המסמך, שאותם אפרט להלן בקצרה. הרעיון של עליונות המסמך הכתוב מוצא ביטוי בהקשר החוזי הכולל בפלל האוסר הבאת ראיות חיצוניות כנגד מסמך. כלל זה מגובש אצלנו עדיין בסעיף 80 סיפא לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני, הקובע לאמור:

"טענה או תביעה נגד מסמך בכתב... צריך להוכיח במסמך בכתב או על ידי הודאתו או פנקסו של הנתבע."

במשפט האנגלו-אמריקני התגבש רעיון דומה בפלל של שלמות המסמך – ה-Parol Evidence Rule – המגביל הבאתה של ראיה כדי לסתור חוזה בכתב. כלל זה קובע חזקה שאם הצדדים העלו הסכמה מלאה על הכתב, אזי הכתב, והוא בלבד, משקף את הסכמתם. מסיבה זו המסמך הכתוב חוסם הבאת ראיות אחרות הבאות לשנותו, להוסיף עליו או לערער על עצם קיומו, לרבות ראיה כתובה הבאה לערער על מה שנכלל במסמך, כגון טיוטות שהוחלפו במשא-ומתן.<sup>32</sup>

הכלל של סעיף 80 סיפא וזה של שלמות המסמך (ה-Parol Evidence Rule) דומים, אף שהם אינם זהים.<sup>33</sup> לשניהם יש צביון ראייתי, אך לאמיתו של דבר יש בהם גרעין מהותי משותף,<sup>34</sup> הנובע מהעיקרון של חופש הצורה וחופש החוזים.<sup>35</sup> וכך ציין השופט זוסמן לגבי סעיף 80 סיפא:

"הכלל הפוסל עדות שהובאה לסתור תכנו של מסמך איננו בעצם כלל מדיני הראיות... מה שאינו רשום במסמך, ממילא אינו מוסכם בין הצדדים, ומטעם זה... אינו ניתן להוכחה."<sup>36</sup>

32 JOSEPH M. PERILLO, CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS 106–107 (6th ed. 2009) פרידמן, לעיל ה"ש 1, ס' 21.12.

33 להבחנה ולזיהוי בין הכללים ראו פרידמן, לעיל ה"ש 1, ס' 21.17–21.18.

34 ע"א 303/62 מנדל נ' מפעלי טכסטיל נצרת בע"מ, פ"ד טז 1977, 1980–1979 (1962) (השופט זוסמן); ע"א 101/74 חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות חוץ) בע"מ, פ"ד ל(3) 661, 666–667 (1976) (השופט לנדוי) (איסור הבאת טיוטה).

35 במטרה להדגיש את אופיו המהותי של ה-Parol Evidence Rule, יש שהציעו לשנות את שמו ולכנותו Written Contract Exclusionary Rule, כלומר, "כלל הייחודיות לגבי חוזה בכתב": Juanda Lowder Daniel, *K.I.S.S. The Parol Evidence Rule Goodbye: Simplifying the Concept of Protecting the Parties' Written Agreement*, 57 SYRACUSE L. REV. 227, 261, 264 (2007).

36 עניין מנדל, לעיל ה"ש 34, בעמ' 1980–1979. השופט זוסמן חזר על כך בע"א 22/63 בן-ציון נ' אזולאי, פ"ד יז 1410, 1417–1416 (1963). דומה כי במהלך השנים פחתה ההסתמכות על ס' 80 סיפא, אך לא בטלה כליל. להחלה של ס' 80 סיפא בפסיקה חדישה יחסית ראו ע"א 8837/05 מרשוד נ' אל שורטי, תק-על 2009(1) 557, פס' כה-כח לפסק-דינו של השופט

ההנחה העומדת מאחורי שני הכללים היא שאם הצדדים העלו את הסכמתם על הכתב, הם התכוונו מן הסתם להתחייב ולזכות רק בהתאם לתניות הכתובות. כלל זה אינו קשור בהכרח לשאלה אם הצדדים חייבים על-פי חוק להעלות את הסכמתם על הכתב. בכל מקרה שבו בחרו הצדדים לגבש את הסכמתם בכתב, ניתן להניח – כחוקה שניתנת לסתירה – כי הכתב מבטא באופן ייחודי את הסכמתם. ביטוי לכך נתנה השופטת בן-פורת בצינינה:

”משחתמו הצדדים על החוזה, עומדים הם בחזקתם שהסכימו לכלל האמור בו, לשבט או לחסר. אם נגרוס אחרת ונסטה מעקרון ההסתמכות על תוכנו של החוזה כפי שנחתם, יהיו לכך תוצאות בלתי רצויות של אי-יציבות וחוסר ודאות.”<sup>37</sup>

### ג. משקל הצלעות: המתקשרים

#### 1. חריגים לכללים של עליונות המסמך ושלמות המסמך

הכללים של עליונות המסמך ושלמות המסמך מבוססים על חזקה שלפיה מסמך שלם משקף את ההסכמה במלואה. אולם החזקה ניתנת לסתירה, והאפשרות לסתור את החזקה מסיטה את הדגש מהמסמך אל היוצר – היא מנתקת בין צורה ומהות, ממתנת את משקלו של המסמך, ומגבירה את משקלם של יוצרי המסמך, הם הצדדים המתקשרים. גישה זו נובעת מעקרון-היסוד של חופש החוזים, הקבוע בסעיף 24 לחוק החוזים, שלפיו “תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים”. על-פי גישה זו, אין המסמך חזות הכל, וניתן לקבל ראיות חיצוניות על כוונת הצדדים אשר אינה משתקפת ממנו בהכרח. קדושת הצורה, המשקפת ערכים ציבוריים של יציבות ואובייקטיביות, מפנה את מקומה לערכים פרטיים של אמת וסובייקטיביות.

גישה זו באה לידי ביטוי בסייגים שפותחו בפסיקה האנגלו-אמריקנית לגבי הכלל של שלמות המסמך, כמו-גם בחריגים שפיתחה הפסיקה הישראלית לגבי הכלל של עליונות המסמך שבסעיף 80 סיפא.

במשפט האנגלו-אמריקני זכה הכלל של שלמות המסמך בפיתוח מפורט וגדוש בחריגים, שביטאו את ירידתה של עליונות הכתב. הדבר היה כרוך בבעיות לא-קלות, אשר גרמו לערפולו של הכלל, לחילוקי-דעות לגבי ולבעיות קשות בהפעלתו.<sup>38</sup> אחד הקשיים נעוץ בכך שתחולתו של הכלל מושתתת על חזקה (חזקת שלמות המסמך) הניתנת לסתירה, וסתירתה של החזקה עלולה לחתור תחת עצם קיומו של הכלל.<sup>39</sup> כך, קיומו של חוזה כתוב מעלה ראשית את השאלה אם המסמך נועד להיות החוזה הסופי המחייב את הצדדים.<sup>40</sup> אם התשובה לכך חיובית, יש לשאול אם המסמך משקף את החוזה במלואו או רק את חלקו.<sup>41</sup>

רובינשטיין (2008) (דחיית טענה שחוזה בוטל בשל אי-תשלום תמורה, לנוכח קיומו של ייפוי-כוח שבו נכתב כי התמורה למוכר שולמה).

37 ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661, 670 (1988).

38 PERILLO, לעיל ה"ש 32, בעמ' 106.

39 שם, ס' 3.7; פרידמן, לעיל ה"ש 1, ס' 21.19.

40 PERILLO, לעיל ה"ש 32, ס' 3.3.

41 שם, ס' 3.4.

שאלות אלה פותחות פתח לסתירת החזקה שהכתב הוא ההסכמה. הצדדים יכולים להצביע על כך שהם לא התכוונו כלל שהמסמך יחייבם או שהוא יגבש באופן ייחודי את הסכמתם. כל זה מאפשר לצדדים להביא ראיות חיצוניות למסמך הכתוב, בכתב ובעל-פה, המתייחסות הן לעצם ההסכמה הן לתוכנה.<sup>42</sup> בכך מועלים סימני שאלה לא רק לגבי עצם תוקפו של המסמך, אלא גם לגבי היותו כלי ייחודי המבטא את הסכמת המתקשרים. התוצאה היא שהכוונה הסובייקטיבית המשותפת מאפילה על מה שמשמע באופן אובייקטיבי מהמסמך, שהרי ניתן לצאת מן המסמך ולאתר את ההסכמה האמיתית של המתקשרים החוזיים מחוץ לו.<sup>43</sup> בכך מוסט הדגש מפרשנות המסמך הכתוב לבחינת משקלה של כוונת הצדדים בפרשנות החוזה. עמדה דומה באה לידי ביטוי במשפט הישראלי. החזקה של שלמות המסמך חלה כאשר המסמך נחזה לשלם. אך רבים המקרים שבהם צדדים אינם טורחים לערוך חוזה "מסודר" ושלם, אפילו בעסקות שחלה עליהן דרישת כתב מהותית, כגון חוזה מקרקעין. הפסיקה עצמה נתנה גיבוי לחוזים כאלה, והייתה מוכנה להכיר בתוקפם המחייב גם כאשר דובר בשכרי מסמכים, ואפילו בקבלות שהעידו על עריכת העסקה בעל-פה.<sup>44</sup> מובן שכאשר מדובר בעסקה שרק ראשיתה בכתב, קשה לדבר על עליונותו הראייתית של המסמך, שהרי החוזה נעשה בחלקו – ואולי אף ברובו – בעל-פה.

אבל גם כאשר הועלה החוזה על מסמך שנחזה כשלם, קבעה הפסיקה חריגים לכלל הקבוע בסעיף 80 סיפא בדבר עליונותו הראייתית של המסמך. החריג המרכזי מקורו בהבחנה בין טענה נגד המסמך לבין טענה נגד התביעה. טענה נגד המסמך כופרת בתוכנו של המסמך הכתוב, ולכן היא בלתי-קבילה אם היא נשענת על ראיות בעל-פה. כך, למשל, אם נאמר במסמך שהחייב מתחייב לפרוע הלוואה של 100, אי-אפשר להוכיח שהצדדים הסכימו כי גובה ההלוואה הוא 80. טענה נגד התביעה, לעומת זאת, מניחה כי המסמך כשלעצמו משקף את תוכן ההסכמה בין הצדדים, אך בשל אירועים שהתרחשו עם כריתת החוזה (או אחריה) התערערה ההסכמה עצמה או שהיא תלויה על בלימה.<sup>45</sup> אירועים אלה ניתן להוכיח בעל-פה. כך, למשל, נקבע בפסיקה כי אם ההסכמה הייתה נגועה בתרמית, ניתן להוכיחה בעל-פה, שהרי אין דרך הרמאים לערוך מסמך בכתב על תרמיתם.<sup>46</sup> על-פי גישה זו היה

42 פרידמן, לעיל ה"ש 1, ס' 21.15-21.16.

43 שם, ס' 25.8.

44 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 31, ס' 10.41-10.57.

45 ההבחנה פותחה בע"א 138/56 דוידון נ' חברת בוני חיפה בע"מ, פ"ד יא 1474 (1957), לעניין הוכחת ביטולה המאוחר של עסקת מקרקעין. ראו גם פרידמן, לעיל ה"ש 1, ס' 21.22. לכלל המקביל הנובע מהעיקרון של שלמות המסמך ראו PERILLO, לעיל ה"ש 32, ס' 3.2(a). שיטות פורמליות יציבו דרישה לביטול עסקה שלפיה צורת הביטול תהיה זהה לצורת יצירתה. השוו מגילת אסתר ח 3-8. כאשר אסתר מבקשת מאחשוורוש לבטל את הצו להריגת היהודים שנחתם בטבעתו, משיב אחשוורוש שאי-אפשר לבטל את הצו הקיים, "כִּי קָתַב אֲשֶׁר נִכְתָּב בְּשֵׁם הַמֶּלֶךְ וְנִחַתּוֹם בְּטַבְעַת הַמֶּלֶךְ – אֵין לְהָשִׁיב" (מגילת אסתר ח 8). אולם ניתן להוציא צו חדש, שגם הוא נחתם בטבעת המלך. כלומר, צו חדש יכול לבטל את הקודם אם הוא נעשה באותה צורה כמו הישן. השוו לעניין קריס, להלן ה"ש 171 (ביטול צוואה).

46 עניין בן-ציון, לעיל ה"ש 36; ע"א 2036/94 טרבליס נ' טרבליס, פ"ד נג(1) 466, 457 (1999). PERILLO, לעיל ה"ש 32, ס' 3.7(c).

אפשר להוכיח בנקל את התרמיית של יעקב בסיפור הברכה,<sup>47</sup> וברוח זו ניתן להכיר בחריג לגבי פגמים נוספים ברצון, כגון כפייה ועושק.<sup>48</sup> כך גם במקרה שבו החוזה למראית-עין<sup>49</sup> או שיש בו טעות-סופר.<sup>50</sup> בכל המקרים הללו ניתן להציג ראיות חיצוניות לטקסט כדי להצביע על כך שהצדדים פעלו מתוך כוונה משותפת שונה מזו המשתקפת מן הטקסט. בגדר טענה נגד התביעה כללה הפסיקה גם מצב שבו החוזה הכתוב מותנה בתנאי (שלא נכלל בחוזה הכתוב, אלא הוסכם בין הצדדים בעל-פה), והיא התירה הבאת ראיות בעל-פה להוכחתו. הטעם לכך הוא שמדובר בעניין היורד לשורשה של ההסכמה.<sup>51</sup> אולם חריג זה מעורר קושי: נכון שקיומו של תנאי לחוזה מערער את עצם ההסכמה, ומה שנראה כחוזה כתוב שלם ומחייב תלוי על בלימה. אלא שאם התנאי סוכם במועד כריתת החוזה, לא הייתה מניעה לכלול אותו בחוזה הכתוב. ואם הוא אינו כלול בחוזה, האם לא משתמע מכך שהתנאי אינו חלק מהחוזה, ומכאן שאין להוכיח את דבר קיומו בראיות בעל-פה?<sup>52</sup> הלכה זו מדגימה את מגבלותיהם של הכללים בדבר שלמות המסמך ועלינותו, ואת הסתירות הפנימיות שנוצרו במהלך פיתוחם של הכללים. סתירות אלה הן פרי המאבק בין צורה למהות – בין נוקשות ראייתית, הדבקה בטקסט, לבין גמישות מהותית, הדבקה בכוונת הצדדים. האפשרות להוכיח בראיות בעל-פה תנאי שסוכם עליו במועד חתימת החוזה מעידה על נצחונה של הגמישות המהותית. כדי ליישב מעט בין השיקולים הסותרים, קבעו בתי-המשפט כי הנטל להוכיח קיומו של תנאי כזה, בהעדר ראיה בכתב, הוא כבד.<sup>53</sup>

## 2. בין עולם המציאות לעולם המשפט

השאלה עד כמה ניתן לחרוג מהטקסט כדי לחשוף כוונה משותפת של המתקשרים החוזיים עומדת במרכזם של דיני החוזים המודרניים. קיימת טענה – ששורשיה במחקרי האמפיריים

- 
- 47 ראו לעיל ליד ה"ש 14.
- 48 ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 369, 389 (1995) (השופט שטרסברג-כהן).
- 49 עמדה זו אינה מתיישבת עם התוצאה בהמ' 356/58 כורי נ' כורי, פ"ד יג 402 (1959), שבו נחסמה הוכחה בראיות בעל-פה כי שטר היה למראית-עין. טענה זו של מראית-עין יורדת לשורשו של חוזה, אך גם לא הייתה מניעה שהצדדים יצטיידו במסמך נגדי להוכחתה. אולם בע"א 196/87 שוויגר נ' לוי, פ"ד מו(3) 2, 19 (1992), אפשר השופט שמגר קבלת ראיות בעל-פה כדי להוכיח שחוזה המכר בכתב אינו אלא חלק מעסקה רחבה יותר שהיא עסקת משכון (שם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט שמגר).
- 50 ס' 16 לחוק החוזים; ע"א 5892/06 דואק נ' המועצה המקומית גדרה, תק-על 2009 (2) 2053 (2009). ראו להלן את האמור בה"ש 89.
- 51 עניין בן-ציון, לעיל ה"ש 36.
- 52 PERILLO, לעיל ה"ש 32, ס' 3.7(b).
- 53 ע"א 545/79 בראונר נ' דיאמסלס פ.ו.ב.א., פ"ד לח(2) 191, 198 (1984) (השופט י' כהן); ע"א 2028/93 אפרים נ' שרון, דינים עליון מ 440 (1995) (השופט דורנר). אולם כאשר טען מתקשר כי תנאי לתוקף החוזה היה שתשולם לו תמורה, הוא לא הורשה להוכיח בעל-פה את דבר קיומו של התנאי, שכן בחוזה נקבע מפורשות שהוא קיבל תמורה. ראו ע"א 100/87 סלאמה נ' בשיר, פ"ד מו(2) 409 (1992).

של Macaulay<sup>54</sup> – שהמתקשרים החוזיים מאכלסים שני עולמות: עולם המציאות, שהם שותפים פעילים בייצורו, והעולם המלאכותי, הנוצר על-ידי המשפט.<sup>55</sup> טענה זו נטענת גם בהקשרים רחבים יותר, והיא כרוכה במתח הקיים בין טקס לאותנטיות, שאותו הזכרתי לעיל: הטקס מכונן עולם "כאילו" (as if), השרוי במתח מתמיד עם העולם "כמות שהוא" (as is). העולם "כמות שהוא" הוא כאוטי, נטול חוק וסדר, ומעורר תהיות. באמצעות הטקס העולם "כאילו" מבקש ליצור אינטגרציה עם העולם "כמות שהוא", השביר והמרסק, על-ידי בניית איים של סדר בתוכו.<sup>56</sup> והנה, היחס בין עולם העסקות לבין עולם המשפט מזכיר אותו מתח שבין עולם המציאות לבין העולם המדומה. הדבר בא לא אחת לידי ביטוי בפער שנפער בין הנייר החוזי לבין המציאות שהמתקשרים פועלים בה. המציאות – העסקה האמיתית – היא זו המשקפת את כוונת הצדדים, המיועדת להגשים מטרה משותפת (כלכלית בדרך-כלל), והיא נתמכת בציפיות ובנורמות שנתקמו בין הצדדים במהלך כריתתו של החוזה וקיומו. העולם העסקי מלווה את הצדדים כל עוד החוזה מתקיים כשורה. אך בעקבות סכסוך עלול להיווצר חיץ בין העולם העסקי-האמיתי לבין העולם המלאכותי המשתקף מן הנייר החוזי. עולם הנייר החוזי הוא עולם משפטי המוטען על-ידי מושגים כגון חובה, הפרה, סיכון, התדיינות. עולם המציאות יונק ממושגים כגון תום-לב, מניעות, ויתור ושיתוף. האם ראוי לאפשר לעולם המסמך להאפיל על המציאות העסקית שנתקמה בין הצדדים – מציאות אשר לעיתים קרובות אינה תואמת את מה שקובע המסמך? היש לאפשר לטקס המשפטי לבלום את האמת? האם עליונותו של הטקס המשפטי, בעולם השואף לאותנטיות, אינה מערערת את הסדר שהמשפט מנסה לבנות?

על השאלה כיצד יש להתמודד עם הנתק בין שני העולמות – עולם העסקה ועולם המסמך – ניתן להגיב בשתי עמדות קוטביות. העמדה האחת תסבור שהכללים המשפטיים, המופעלים לרוב עם כשלון העסקה, חייבים לעבור שינוי. עליהם להתקרב לציפיות העסקיות האמיתיות של הצדדים, ולהתנתק מההבנה הצרה של עורכי-הדין המעורבים בחוזה (העסקה גוברת על הנייר). עמדה זו – המשתקפת מן הכללים הממתנים של השתק ההבטחה ותום-לב, הנוגסים בדין החוזים הפורמלי<sup>57</sup> – יפה במיוחד לחוזה הצרכני או לחוזים שיש בהם

54 תמצית תורתו מובאת במאמרו: Stewart Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationship, Complexity and the Urge for Transparent Simple* HUGH COLLINS, REGULATING CONTRACTS *Rules*, 66 MOD. L. REV. 44–79 (2003) (2003) גם: RAU. (1999).

55 Catherine Mitchell, *Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction Between the 'Real' and 'Paper' Deal*, 29(4) OXFORD J. LEGAL STUD. 675 (2009) השו, בהקשר כללי, להבחנה בין המציאות החוזית לבין העולם החוזי הטקסי בכל הנוגע בעיקרון המוסרי העומד ביסוד החוזה: Jean Braucher, *The Sacred and the Profane Contract Machine: The Complex Morality of Contract Law in Action*, 45 SUFFOLK U. L. REV. 101 (2012).

56 SELIGMAN ET AL., לעיל ה"ש 17, בעמ' 17–28.

57 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 31, ס' 12.15–12.32.

פער משמעותי בכוח המיקוח בין הצדדים.<sup>58</sup> בחוזים מסוג זה ציפייתו של המתקשר הפגיע היא שמה שהתרחש בעולם האמיתי יקבל גם גושפנקה משפטית, וכי הבטחות שניתנו לו על-ידי ספק מקצועי בעל-פה, או קיום החוזה באופן שמשנה את ההבנה החוזית הכתובה, יהיו חלק מן החוזה או ישנו את תוכנו. אכן, בהקשרים אלה הנכונות לצאת אל מחוץ למסמך, אשר נוסח לרוב על-ידי הספק המקצועי, ולקבל ראיות על הסכמה שהתרחשה בעולם האמיתי אך לא מצאה ביטוי במסמך הכתוב – גדולה יותר.<sup>59</sup>

*העמדה האחרת, הנוגדת, אינה מתעלמת אומנם מעולם המציאות, אולם היא מפקפקת ברלוונטיות שלו לעיצובו של דין החוזים. על-פי עמדה זו, דיני החוזים הם כללי-רקע המאפשרים יכולת תכנון נאותה, ולכן יש לשמור על אופיים הפורמלי (הנייר גובר על העסקה).<sup>60</sup> עמדה זו יפה לחוזה העסקי, אשר מתגבש לרוב לאחר העברת טיוטות רבות, תוך השקעת ממוץ, זמן ואנרגייה. משום כך היא תציב חומות הגנה סביב המסמך החוזי, ותחסום קבלת ראיות המבקשות לפגום במה שעולה ממנו. אכן, עולם העסקה משקף את ההיגיון של חזקת שלמות המסמך ושל הכלל בדבר עליונות המסמך. כאשר צדדים (במיוחד צדדים עסקיים) מעלים את הסכמתם המלאה על מסמך, הם מתכוונים שזכויותיהם וחובותיהם יוכרעו על-פי המסמך, ולא על-פי נסיבות חיצוניות שאפפו את עריכתו או את קיומו. פעמים רבות הם אף מציינים זאת מפורשות במסמך – למשל, בניסוחים הבאים: "הסכם זה ממצה את כל ההסכמות בין הצדדים בעניינים מושא ההסכם, ולא יהיה תוקף לכל הצעה, מצג, סיכום או הבטחה שניתנו בעת החתימה על ההסכם או קודם לכך בנושאים הקשורים אל האמור בו"; או "לא יהא כל תוקף לשינוי ו/או לויתור ו/או לסטייה כלשהם מהוראות הסכם זה, אלא אם כן הם נעשו בכתב ונחתמו על-ידי הצדדים להסכם זה". הרעיון של חופש החוזים מחייב כעיקרון לציית להוראות הללו, במיוחד בהקשר העסקי.*

58 מובן שהחקיקה הצרכנית, כמו-גם חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, וס' 18 לחוק החוזים (עושה), מרסנים את עולם המשפט לטובת צדדים אשר חזקה שכורש המיקוח שלהם נחות.

59 ראו, למשל, ע"א 481/81 טבוליצקי נ' פרלמן, פ"ד לח(4) 421, 426 (1984), שבו הורשה קונה דירה להוכיח כי הובטח לו מחסן אף שההבטחה לא מצאה ביטוי בחוזה הכתוב; ע"א 846/76 עטיה נ' "ארת" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לא(2) 780 (1977), שבו פורש חוזה ביטוח כחל על מבוטח צעיר בוותק ובגיל נהיגה, בניגוד למה שנקבע בחוזה הכתוב. לניתוח ראו נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט 13, Russell A. (1986) 34-32. לדיון בהפעלת כללי פרשנות שונים בהתאם לסוג החוזה ראו: Hakes, *Focusing on the Realities of the Contracting Process – An Essential Step to Achieve Justice in Contract Enforcement*, 12 DEL. L. REV. 95 (2011).

60 Robert E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 Nw. U. L. REV. 847 (2000); John Gava, *False Lessons from the Real Deal: Campbell, Collins and Wightman on Implicit Dimensions of Contract – Discrete, Relational and Network Contracts*, 21 J. CONT. L. 182 (2005); Jody Kr aus & Robert E. Scott, *Contract Design and the Structure of Contractual Intent*, 84 NYU L. REV. 1023 (2009). להצעה למיתון העמדה, תוך התמודדות עם המאמר האחרון, ראו: Juliet P. Kostriksky, *Interpretive Risk and Contract Interpretation: A Suggested Approach for Maximizing Value*, 2 ELON L. REV. 109 (2011).



הערכים המניעים את עולם העסקה שונים מאלה המניעים את עולם המסמך: הראשון מבוסס על ביצוע, שיתוף-פעולה וגמישות, ואילו השני משקף טקסט, תחרות ונוקשות. לשתיה הגישות יש מקום בעולם המשפט.<sup>61</sup> הדבר תלוי בטיב החוזה (חוזה עסקה או חוזה יחס), בסוג החוזה (חוזה אחיד או חוזה שעוצב לצורך העסקה), ביחס בין הצדדים (יחסי אמן או קשר בין זרים), במעמד היחסי של הצדדים (שוויון או פער בכושר המיקוח), בהיקף ההשקעות שנעשו (הסתמכות או העדר הסתמכות על החוזה) ובאופי האשמה שהובילה לסכסוך (למשל, אחריות לפגם במהלך הכריתה או למצגי-שווא במהלך קיום החוזה). כאמור, הנטייה לפתוח צוהר לעולם העסקה ולהצניע את מעמד המסמך מוצדקת יותר כאשר החוזה צרכני או כאשר בין הצדדים לחוזה יש יחסי אמן או פער משמעותי. בחוזה עסקי, בין צדדים מסחריים, הצידוק לפנייה אל העסקה תוך התעלמות מהמסמך החוזי יהיה פחות. סיכומו של דבר: חזקת שלמות המסמך והכלל בדבר עלינות המסמך מציבים חומות הגנה סביב ההסכמה החוזית הפורמלית. חומות אלה הובקעו בהדרגה בשורה של סייגים המאפשרים את הטענת המסמך החוזי במקורות חיצוניים. הפער בין המסמך לעסקה, המעסיק באינטנסיביות את דיני החוזים, מהווה ביטוי נוסף למתח הידוע שבין טקסיות לבין כנות. מתח זה נבחן עד כה במסגרת היחס בין שתי צלעות של המשולש הפרשני: המסמך וכוונת הצדדים.<sup>62</sup> אעבור עתה לבדוק את התפקיד שממלאת בהקשר זה הצלע השלישית – הפרשן.

#### ד. משקל הצלעות: הפרשן

##### 1. סעיף 25(א) – מתי ניתן לחרוג מלשון החוזה?

ניתן לומר שכל הכרעה משפטית מעוררת בעיה פרשנית. כאשר אנו שואלים מהי ההסכמה החוזית וכיצד יש לאתרה, לפנינו שאלה המחייבת פרשנות של כוונת הצדדים. במילים אחרות, על בית-המשפט להכריע אם אומד-דעתם של הצדדים משתמע מלשון החוזה, ואם התכוונו הצדדים כי הכתב ימצה את הסכמתם. אולם כאשר אנו מדברים על פרשנות החוזה, אנו מתכוונים לשאלה מצומצמת יותר המתייחסת לאופן שבו יש להכריע בשאלה למה התכוונו הצדדים לחוזה וכיצד יש לפרש את כוונתם. איתור הטקסט החוזי המרכיב את גוף החוזה (סוגיה שבה עסקנו עד כה) הוא הצעד הראשוני, המקדמי, לפרשנות החוזה. רק לאחר איתור הוראות החוזה ניתן לפנות לטקסט ולפרשו, כלומר, לקבוע מה משמעותם של המסרים המופיעים בהסכמה החוזית. התהליכים כולם – איתור החוזה, לרבות השלמתו, ופרשנות החוזה – שלובים זה בזה, וכרוכים במעורבות ניכרת של בית-המשפט. במרכז דיוננו עתה ניצבת אפוא השאלה מה תפקיד הפרשן. עמדתו של חוק החוזים, כפי שבאה לידי ביטוי בסעיף 25(א) לפני שתוקן בשנת 2011, היא ש"חוזה יפורש לפי אומד דעת הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה

61 בהתחשב, בין היתר, בשנאת הסיכון של הצדדים, בעלויות העסקה ובהשקעות שנעשו: Avery, *Katz, The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation*, 104 COLUM. L. REV. 496 (2004).

62 ראו לעיל ליד ה"ש 17 וליד ה"ש 56.

משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות.<sup>63</sup> סעיף זה קובע הנחיה פרשנית לגבי כלל החוזים, והוא אומר כמעט את המובן מאליו: על השופט לפענח וליישם את החוזה על-פי כוונת הצדדים המשתמעת ממנו, וכוונה זו נגזרת, ראשית, מהמשמעות המילולית של החוזה;<sup>64</sup> אולם בכל מקרה שבו מתעוררת שאלת פרשנות שאין לה תשובה בחוזה הכתוב, ניתן לפנות לנסיבות, ומשם לדלות ראיות חיצוניות המבהירות את כוונת הצדדים.<sup>65</sup> יש המתארים את הבאת הראיות לעניין זה כהיבט של ה-Parol Evidence Rule, המתייחס לא להוכחתה של כוונה חיצונית לצורך השאלה אם החוזה מחייב ומה הוא כולל, אלא להוכחת משמעותן של מילות החוזה.<sup>66</sup> ברור, מכל מקום, שיש קשר בין שני היבטיו של הכלל, שכן על-פי שניהם נפתח פתח לשינויו של מסמך – בין משום שיש לו תוספת חיצונית (כאשר מציגים את השאלה מהו החוזה), בין משום שהנסיבות החיצוניות חושפות כוונה הנותנת למילות המסמך משמעות שונה מזו שעולה ממנו לכאורה (כאשר מציגים את השאלה כיצד יש לפרש את החוזה). עולם הפרשנות היה יכול להיות אידיאלי אילו לכל מילה הייתה משמעות אחידה, אך מילים, כמו עסקות, הן תמיד תלויות-הקשר.<sup>67</sup> הבנת הטקסט נעשית דרך המילים והקשרו של הטקסט. ההקשר הכולל ניזון מידיעותינו על העולם, מדרכי המחשבה של בני-האדם,

63 בסעיף יש טעות לשונית, שכן היה צריך להיות כתוב בו "אומד דעת הצדדים כפי שהוא משתמע...". הטעות תוקנה בחוק המתקן – ראו להלן ליד ה"ש 126 וה"ש 128.

64 PERILLO, לעיל ה"ש 32, ס' 3.9, 3.10; § 6-010 EDWIN PEEL, TREITEL: THE LAW OF CONTRACT (13th ed. 2011) (להלן: TREITEL-PEEL): "...one begins with the words used by the parties and confers upon them their meaning in conventional usage". ראו גם ע"א 1164/10 עזבון מן נ' עו"ד גולדנצוויג, מפרק א.ב.ס. הולדינגס בע"מ, תק-על 2011(2) 2579, פס' 11 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (2011): "כידוע, נקודת הפתיחה להבנת משמעותו של חוזה היא לשונו" (הרברים נאמרו בהסכמת השופטים חיות ועמית).

65 הנסיבות כוללות גם נוהג כללי, נוהג פרטי ומהלך הקיום. כשם שאלה עשויים להטעין את עצם ההסכמה החוזית, הם עשויים להטעין גם את האופן שבו יש לפרשה: PERILLO, לעיל ה"ש 32, ס' 3.17. על הקו הדק המפריד בין ראיות בלתי-קבילות העומדות בניגוד למסמך לבין ראיות קבילות הבאות לפרשו ראו: Adrian A.S. Zuckerman, *Without Prejudice Interpretation* – With Prejudice Negotiations 15 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 232 (2011). המחבר מתייחס במאמרו זה לפסק-הדין [2010] Oceanbulk Shipping and Trading SA v. TMT Asia Ltd., [2010] 4 All E.R. 101, UKSC 44, שבו התיר בית-המשפט קבלת ראיות לגבי מהלך המשא-ומתן, שנערך "מבלי לפגוע בזכויות", כדי לפרש חוזה שנחתם בעקבותיו כאילו גם הוא נכרת "מבלי לפגוע בזכויות".

66 PERILLO, לעיל ה"ש 32, ס' 3.9, 3.16. גם אצלנו נקבע כי ס' 80 סיפא לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני אינו שולל קבלת ראיות בעל-פה לשם פרשנותו של החוזה הכתוב. ראו ע"א 2032/06 האגי נ' עזבון זיאן, תק-על 2009(1) 1316, פס' 42 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2009); רע"א 5438/09 גרוסמן נ' אסלן, תק-על 2009(4) 2394 (2009) (השופט ג'ובראן).

67 השוו Fuller, לעיל ה"ש 19, בעמ' 802-803.

מהשכל הישר ומהלוגיקה היומיומית.<sup>68</sup> ההקשר החוזי שואב מהמשמעות שתיוחס למילים על-ידי אדם סביר המצויד בידע שיש למתקשרים החוזיים בזמן כריתת החוזה.<sup>69</sup> כאמור, על הפרשן להתחיל עם לשון החוזה ומשמעותה הרגילה. זהו כלל-הזהב של פרשנות החוזה הכתוב, שבו נפתח סעיף 25(א) (לפני שתוקן). עם זאת, על-פי המשך הסעיף ניתן לפנות לנסיבות ומשם לדלות ראיות חיצוניות המבהירות את כוונת הצדדים באופן העשוי לשנות את משמעותו המילולית הרגילה של המסמך. דוגמה שכיחה בספרות המשפטית, אם כי לא במציאות, היא זו שבה שני המתקשרים עושים שימוש בקוד פרטי במסגרת החוזה. דוגמה זו הובאה על-ידי השופט ברק בעניין אפרופים, בצינו כי אם מוכר מתחייב למכור מכונה לקונה, ושניהם מכנים אותה "סוס", הם יחויבו על-פי הכוונה הסובייקטיבית המשותפת לשניהם, קרי, בעסקה של מכר מכונה, ולא בעסקה של מכר סוס.<sup>70</sup> במקרה זה ניתן לפנות לנסיבות, החושפות את כוונת הצדדים האמיתית. כוונתם הייתה לחרוג מהמשמעות הרגילה המיוחסת למילה "סוס", ולהעניק לה משמעות פרטית משלהם. משמעות זו תחייב אותם.

## 2. טעות, ספק, תוצאה לא-סבירה ותוצאה אבסורדית

ומה הדין כאשר בלשון החוזה נפלה טעות לשונית? על-פי סעיף 16 לחוק החוזים, ניתן לתקן חוזה שנפלה בו טעות-סופר, ואין הטעות עילה לביטול החוזה. כלומר, תיקון החוזה ניוון מהכוונה הממשית של הצדדים, אשר עקב טעות לא הובעה נכונה במסמך, והפנייה לנסיבות מאפשרת איתורה של הכוונה הנכונה.<sup>71</sup> ומה כאשר אחד הצדדים טוען כי לשון החוזה לקויה, שכן קיומו כמות שהוא יוביל לתוצאה לא-סבירה? הניתן לתקנו? העיקרון הפרשני המקובל הוא שגם אם התוצאה המתחייבת מלשון החוזה אינה נראית סבירה לשופט, עליו ליישמה ברוח החוזה.<sup>72</sup> לעומת זאת, אם ניסוחו של החוזה מעורר ספק, כך שניתן לפרשו בשתי דרכים, יפורש החוזה באותה דרך העולה בקנה אחד עם התוצאה הסבירה מבחינה עסקית. אך כיצד יש להבחין בין טעות, ליקוי וספק?

68 אור, לעיל ה"ש 7.

69 TRETTEL-PEEL, לעיל ה"ש 64, ס' 6-008.

70 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 304.

71 ע"א 424/89 פרקש נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פ"ד מד(4) 31, 38-40 (1990). השוו, לגבי טעות-סופר בצוואות, בע"מ 8300/11 פלוני נ' פלוני, תק-על 2012(3) 4919, פס' 5 להחלטתו של השופט הנדל (2012): טעות-סופר היא מסגרת נורמטיבית צרה. אם לא תאמר כן, נמצאנו פותחים פתח לכתיבה מחדש של צוואה.

72 Claus-Wilhelm Canaris & Hans Christoph Grigoleit, *Interpretation of Contract, in* TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE 445, § 1.2.2 (Arthur S. Hartkamp et al. eds., 2011), available at [ssrn.com/abstract=1537169](http://ssrn.com/abstract=1537169): "...it is not legitimate to impose reasonable solutions upon the parties by means of interpretation" ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2009(4) 242, פס' 24 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2009) (להלן: עניין אספן בניה): "יש לנהוג זהירות רבה בטרם יוחלט כי חוזה דורש השלמה וככלל לא יתערב בית המשפט בתוכן החוזה שבין הצדדים, גם אם תוכן זה נראה בעיניו כבלתי סביר."

במשפט האנגלי נקבעה ההבחנה הבאה: אם, כפי שעולה מהקשר הדברים, נפלה בחוזה טעות (error), ניתן לפרש את החוזה לפי תכליתו ולתקן את לשונו. לעומת זאת, אם החוזה פועל היטב בהקשר הדברים שבו נעשה, אך יש בו ליקוי (flaw), המתבטא בכך שחסרה בו תניה המתייחסת לכלל ההתרחשויות האפשריות, בתי המשפט אינם מוסמכים להתערב, כי בעשותם כן הם יוצרים חוזה חדש. וכאמור, בתי המשפט אינם מורשים ליצור מחדש חוזה סביר יותר מהחוזה שעשו הצדדים.<sup>73</sup>

ההבחנה בין ליקוי בחוזה, שאינו מאפשר תיקון, לבין ספק, המאפשר פרשנות שיש בה יסוד מתקן, אינה קלה, ועניין *Kookmin Bank v. Rainy Sky SA*<sup>74</sup> יוכיח. באותו מקרה קבע חוזה בין רוכשי אוניות לבין מספנה, שהתחייבה לבנות את האוניות, כי הרוכשים יהיו זכאים להשבת הכספים שנתנו למספנה במקרה של ביטול החוזה או במקרה של חלולות-פירעון של המספנה. המספנה אכן נהפכה לחלולת-פירעון, והרוכשים הגישו תביעה נגד הבנק שערב להתחייבותה של המספנה. אולם הייתה אי-התאמה מסוימת בין החוזה לבין כתב הערבות שעל-פיו התחייב הבנק. על-פי החוזה, חובת ההשבה חלה עם ביטול החוזה וכן עם חלולות-הפירעון של המספנה. הערבות, לעומת זאת, התייחסה לזכותם של הרוכשים להשבה במקרה של "ביטול", וכללה גם תניה שקבעה כי הבנק ערב ל"כל אותם סכומים שהמספנה חייבת על-פי החוזה", אך היא לא התייחסה מפורשות לאירוע של חלולות-פירעון כעילת השבה. הבנק טען כי הרוכשים אינם זכאים להשבה, שכן על-פי הערבות הם זכאים להשבה רק עם ביטול החוזה, אך כאן החוזה לא בוטל. עילת ההשבה של הרוכשים היא חלולות-הפירעון, אך זו אינה גוררת ביטול של החוזה, והיא כשלעצמה אינה מעניקה לרוכשים זכות להשבה, שכן היא אינה מצוינת בערבות. עיון בהחלטותיהן של הערכאות השונות חושף את הדילמה הפרשנית שבין הכרעה טקסטואלית להכרעה תכליתית: שופט הערכאה הנמוכה הכריע לטובת הרוכשים (חלולות-פירעון היא עילת השבה הכלולה בערבות); בית המשפט לערעורים הכריע בדעת רוב לטובת הבנק, בהזהירו מפני התוצאה של עשיית חוזה חדש לצדדים על-ידי בתי המשפט (חלולות-פירעון אינה כלולה בערבות); אך בבית המשפט העליון נהפכה שוב הקערה על-פיה ואומצה עמדת הרוכשים. נקבע שם כי אף שלשון הערבות לא כיסתה מפורשות את האירוע של חלולות-פירעון, היא חלה על כל הסכומים שהמספנה חייבת להשיב לרוכשים, ובגדר אותם סכומים ניתן לכלול את חובת ההשבה במקרה של חלולות-פירעון. בית המשפט (מפי הלורד Clarke) חזר והדגיש שכאשר לשון החוזה ברורה, על בית המשפט לקיים את החוזה כלשונו, אפילו אין התוצאה סבירה בעיניו. אך כאן יצרה לשון החוזה ספק, שמכוחו היה אפשר לפרש את החוזה בשתי דרכים. בית המשפט אימץ פרשנות אחת (של הרוכשים) לאו דווקא בשל העובדה שהפרשנות האחרת (של הבנק) מובילה לתוצאה אבסורדית, אלא בשל כך שפרשנותם של הרוכשים מתיישבת יותר עם השכל הישר העסקי.

73 *ING Bank NV v. Ros Roca SA*, [2011] EWCA Civ 353, at 110 (appeal taken from Eng.).

74 *Kookmin Bank v. Rainy Sky SA*, [2011] UKSC 50 (appeal taken from Eng.) (שבו הפך בית המשפט העליון האנגלי את החלטתו של בית המשפט לערעורים ב-*[2010] EWCA Civ 582*, ובכך השיב את החלטת השופט בערכאה הראשונה על כנה).

פסק־הדין התייחס לאפשרות (שלא התקיימה במקרה זה) לתקן חוזה כאשר פרשנותו המילולית מובילה לתוצאה לא־רציונלית או אבסורדית. זוהי קטגוריה מוכרת, שבמסגרתה ניתן להצדיק את התערבותו של בית־המשפט בלשון החוזה כדי להגשים את תכליתו.<sup>75</sup> זה גם הדין כאשר לאחר כריתת החוזה התרחש שינוי נסיבות לא־צפוי.<sup>76</sup> במקרים אלה יתוקן החוזה כדי למנוע את התוצאה האבסורדית הנובעת מפרשנותו המילולית או מאי־התאמתו לנסיבות החדשות. בניגוד למקרים הקודמים של טעות או ספק, שבהם ניתן להסתמך על כוונה ממשית של הצדדים שלא בוטאה כראוי, במקרים אלה – במיוחד במקרה של נסיבות לא־צפויות – יתוקן החוזה בהתאם לכוונה המיוחסת למתקשרים. החוזה יותאם לנוסח שבו היו הצדדים בוחרים אילו היו ערים לתוצאה האבסורדית או צופים את שינוי הנסיבות.

### 3. הדגמה – תוצאה אבסורדית ותוצאה לא־סבירה

ציינתי שתפקידו של הפרשן אינו להפוך את החוזה לסביר, אלא למנוע תוצאה שמכוחה לא יגשים החוזה את כוונת הצדדים. ההתאמה או תיקון החוזה במקרה זה נעשים על־סמך כוונה שהמתקשרים לא הביעו מפורשות. בכך מיטשטש קו הגבול בין יוצרי המסמך לבין הפרשן. מכאן גם ההקפדה על צמצום גבולות ההתערבות, ומכאן גם ההבחנה בין התערבות לגיטימית, שנועדה למנוע תוצאה אבסורדית, לבין התערבות לא־לגיטימית, שמטרתה להפוך חוזה לסביר בעיני בית־המשפט.

בפסק־הדין *Clarke v. Watson*<sup>77</sup> – אשר נידון באנגליה באמצע המאה התשע־עשרה, בשיא העידן של קדושת החוזה – התערב בית־המשפט בחוזה בנסיבות הבאות: בין מזמין לקבלן נערך חוזה, ובו נקבע כי שכרו של הקבלן מותנה בכך שמהנדס פלוני יאשר כי המבנה שהקים הקבלן עומד בדרישות החוזיות. הקבלן ביצע את העבודה, אך המהנדס לא נתן את האישור. בית־המשפט נדרש לשאלה אם זכותו של הקבלן מותנית באופן מוחלט באישור המהנדס או שייכתנו חריגים לכך – למשל, כאשר המהנדס לא נתן את האישור בשל מחלה או בשל סכסוך שכנים בינו לבין הקבלן. על־פי פשוטו של חוזה, אין הקבלן זכאי לשכרו גם במקרים אלה, שכן המהנדס לא נתן אישור כנדרש, אולם תוצאה כזו היא אבסורדית. כוונת הצדדים הייתה להבטיח שהקבלן יקבל את שכרו בתנאי שהבניין עומד בדרישות החוזה. אישורו של המהנדס הוא אך מנגנון־עזר להבטחת קיומו של תנאי עיקרי בחוזה. כשלונו של מנגנון־העזר אינו צריך לגרור אחריו שלילה של זכות הקבלן לשכר. בנסיבות שנוצרו יש להתאים את החוזה לנסיבות החדשות ולקבוע מהנדס חליפי, כדי למנוע תוצאה אבסורדית ולהגשים את כוונת הצדדים. ללא התערבות כזו בחוזה, יישלל מהקבלן שכרו אף שקיים את המוטל עליו, והמזמין יתעשר לא כדין על־חשבוננו. הנכונות להתערב בטקסט במקרה זה מציבה את הפרשן בחזית הבמה, אך מעשה הפרשנות משקף הבנה ראויה של כוונת הצדדים ונאמנות לרוח הטקסט.<sup>78</sup>

75 פרידמן, לעיל ה"ש 1, ס' 25.29; ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 623-631.

76 פרידמן, לעיל ה"ש 1, ס' 25.68-25.82; ע"א 138/74 חסקין נ' חסקין, פ"ד (2) 365 (1976).

77 144 E.R. 450 [1864]; פרידמן, לעיל ה"ש 1, ס' 25.3-25.6, 25.69.

78 לתוצאה מוצדקת דומה הגיע גם בית־המשפט העליון בע"א 524/83 קן תור נ' אלון, פ"ד (2)

533 (1986).

מובן שיש לנקוט משנה זהירות לפני שפוסקים שהתוצאה הנגזרת מלשון החוזה היא אבסורדית או שחל שינוי נסיבות המצדיק התערבות בלשון החוזה. כאמור, עצם העובדה שתוצאה אינה רצויה או נחשבת לא-סבירה בעיני בית-המשפט אינה צריכה להוות עילה להתערבותו של בית-המשפט,<sup>79</sup> והרי דוגמה לכך.

בעניין מדינת ישראל נ' חירם לנדאו<sup>80</sup> נידון חוזה לסלילת כביש בין המדינה לבין קבלן. מחיר העבודה כלל תוספת בעבור התייקרויות. נקבע כי התוספת תשולם על-פי "מדד הביטומן בלבד". בתערובת האספלט יש מרכיבים נוספים, אך הסתבר שהביטומן התייקר בשיעור גבוה יותר מן המרכיבים האחרים. המדינה ביקשה שחישוב ההתייקרות יתבסס על כל מרכיבי האספלט, בניגוד לפירוש המילולי. היה זה אולי פתרון עדיף אילו בחרו בו הצדדים, שהרי אם החוזה קובע מנגנון לפיצוי בעבור ההתייקרות, סביר שחישוב ההתייקרות ייעשה לפי מדד האספלט הכולל, ולא לפי מרכיב אחד שלו. היצמדות למרכיב אחד אינה משקפת את נזקו של הקבלן, שעליו הוא אמור לקבל פיצוי, והיא תגרום להתעשרותו. אך הטענה נדחתה. בית-המשפט הטעים כי "התעשרות, שכל כולה היא על סמך החוזה... אינה יכולה להיות 'שלא כדין'".<sup>81</sup> לגבי הטענה כי האכיפה היא בלתי-צודקת קבע בית-המשפט: "אין זאת אלא שהמערערת ניהלה עסקיה באופן כושל ובאופן שהמשיבה הרוויחה מעל לסכום אותו צפתה המערערת תחילה. אין בכך ולא כלום עם הטענה, כי אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין."<sup>82</sup> למרות התוצאה הבעייתית שהכתיב החוזה, לא היה מקום להתערבותו של בית-המשפט. אין זה תפקידו לכתוב חוזה בעבור הצדדים, אפילו הם עצמם כתבו חוזה רע.

נחזור לעניין *Clarke v. Watson*. במקרה זה הוסיף בית-המשפט תניה המשלימה את החוזה. בעניין חירם לנדאו התבקש בית-המשפט להחליף תניה חוזית בתניה חדשה. לכאורה השלמת חוזה חסר קלה יותר מהתערבות הגוררת ביטול של תניה קיימת והחלפתה בתניה חדשה. אולם בפועל ההבחנה בין השלמת חוזה לבין ביטול תניה בו היא בעייתית ביותר, שהרי ניתן לטעון כי השלמת חוזה מבטלת בפועל את התניה המקורית שאותה היא משלימה. הטשטוש בין השלמת תניה לבין החלפת תניה מתחזק במיוחד אם ההסדר החסר התכוון להיות הסדר שלילי, כלומר, הסדר שאי-אפשר להשלימו. נניח, למשל, שהצדדים היו קובעים כי בכל מקרה רק המהנדס שנקבע בחוזה יכריע אם הקבלן ביצע את עבודתו. קביעה כזו הייתה מהווה הסדר שלילי, המונע את השלמת החוזה. התערבותו של בית-המשפט הייתה מבטלת את התניה המקורית, וקובעת במקומה תניה חדשה שהצדדים לא רצו בה כלל. עם זאת, על-פי פשוטם של דברים, קשה להניח שהצדדים התכוונו כי במקרה של כשלון מנגנון-העזר לא יימצא פתרון חלופי שיבטיח את תשלום שכרו של הקבלן. לכן קל לפרש

79 Canaris & Grigoleit, לעיל ה"ש 72.

80 ע"א 11/87 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו, עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מג(4) 287 (1989) (להלן: עניין חירם לנדאו). לגלגול קודם של אותו עניין, שבו נפסק באופן דומה, ראו ע"א 450/82 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מ(1) 658, 662 (1986) (השופט גולדברג): "בתניה שלפנינו לא יכולנו לגלות דבר הטעון פירוש לפי אומדן הרעה"; וכן פסק-דינה של השופטת בן-פורת, שם, בעמ' 666-668.

81 עניין חירם לנדאו, שם, בעמ' 293 (השופט בייסקי).

82 שם.

את החוזה כחוזה חסר הטעון השלמה, ולא כמקרה של הסדר שלילי. המקרה גם מבליט את אחד משורשי הדילמות החוזיות, והוא הצורך להתמודד עם טקסט המעוגן במצב הדברים בעת כריתת החוזה לנוכח שינוי נסיבות שהתרחש לאחר-מכן. במילים אחרות, כשלון מנגנון-העזר הוא סיכול תנאי, המחייב לעיתים את התאמת החוזה לנסיבותיו החדשות, וזאת כדי להימנע מתוצאה אבסורדית.

#### 4. בין תניה מכללא לעקרון תום-הלב

אתיחס עתה במילים קצרות לכלי המשפטי המאפשר לבית-המשפט הישראלי לתקן את לשון החוזה במצב של שינוי נסיבות או כאשר נוסחו המילולי מוביל לתוצאה אבסורדית. בעבר הוגשם התיקון על-ידי התורה של תניה מכללא, אשר קדמה להלכת אפרופים ונדרתה על-ידיה. תורת התניה מכללא שימשה לאיתור כוונת הצדדים הממשית (שלא בוטאה מפורשות),<sup>83</sup> אך גם בסיס לכינונה של כוונה מיוחסת כאשר התוצאה המילולית היא אבסורדית או כאשר התרחש שינוי נסיבות לא-צפוי.<sup>84</sup> הלכת אפרופים המירה את השימוש בקטגוריות השונות של תניה מכללא בעקרון תום-הלב.<sup>85</sup> לכאורה שינוי הכלי (מתניה מכללא לתום-לב) אינו מעיד בהכרח על שינוי תפיסה מהותי. על-פי התורה של תניה מכללא יש לתקן את החוזה במצבים האמורים מכוח כוונת הצדדים המיוחסת, שהרי אפשר להניח כי צדדים לחוזה אינם רוצים להיות כבולים לתוצאות לא-צפויות או אבסורדיות העומדות בניגוד לכוונת ההתקשרות.<sup>86</sup> אך באותה מידה ניתן לומר כי חיובם של הצדדים בתוצאה אבסורדית או בתוצאה שלא נצפתה כלל על-ידיהם יהיה מנוגד לעקרון תום-הלב, אשר תפקידו בהקשר החוזי הוא הגשמת כוונת ההתקשרות. אלא שבעוד תורת התניה מכללא מבטאת, ולו מבחינה מילולית, את כוונת הצדדים (לעיתים, כאמור, את הכוונה המיוחסת להם, כאשר הצדדים לא גיבשו כוונה בפועל), עקרון תום-הלב נתפס כמבטא ערכים אוניקטיביים חיצוניים לצדדים (בהקשר החוזי הנתון), והוא מעמיד במרכז הבמה את הפרשן (ראו להלן תת-פרק 4).

הדגשתי את הבדלי הניסוח בין הכלי של תניה מכללא לבין זה של תום-הלב. למעשה, לא תמיד קיים הבדל מהותי של ממש בין השניים בכל הנוגע במרכזיותו של הפרשן המפעיל את

83 להשלמת החוזה על בסיס כוונה ממשית מיוחסת ראו Canaris & Grigoleit, לעיל ה"ש 72, ס' 3.3.1.

84 דניאל פרידמן "השפעת גירושו של המבוטח ונישואיו מחדש על זכויות מכוח פוליסה לביטוח חיים" עיוני משפט ו 413, 421-425 (1978).

85 מנחם מאוטנר "כיצד הודחה דוקטרינת התנאי מכללא ממעמדה ביני החוזים של ישראל?" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 429 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002). ראו גם הערת-אגב של השופט דנציגר כבע"מ 4870/06 פלונית נ' עזבון פלוני, תק-על 2008 (1) 5559 (2008), המהרהר אם אין מקום להמיר את תורת תום-הלב במוסד של תניה מכללא כדי להשלים חוזה על-פי הבנות המיוחסות לצדדים.

86 או לעסקה שלשונה הופכת אותה לחסרת תכלית כלכלית: ע"א 131/71 במאור נ' תיאטרון קומדיה, פ"ד כה(2) 744, 751-752 (1971) (השופט עציוני). פסק-דין זה מדגים את הקושי ליישב בין הלשון התכליתית ואת הדילמה הכרוכה בהבחנה בין הסדר שלילי לבין לקונה בחוזה. ראו פרידמן, לעיל ה"ש 1, ס' 23.12.

אמצעי הפרשנות הללו. בכל מקרה, התערבותו של בית־המשפט במצב של שינוי נסיבות או כאשר החוזה מוביל לתוצאה אבסורדית עלולה לשנות, מכוח מעשה הפרשנות, את ההסכמה שהצדדים הגיעו אליה בפועל.<sup>87</sup> התערבות זו, בין שהיא נשענת על תניה מכללא או על עקרון תום־הלב, מסיטה באופן טבעי את הדגש מהצלע של כוונת הצדדים אל הצלע של הפרשן. יש להטעים, עם זאת, כי כמו בכל מקרה של ניסיון למתוח גבולות משפטיים, קיים אזור־ביניים מטושטש בין כוונת המתקשרים לבין התערבות הפרשן: פנייה לנוהג, במיוחד לנוהג כללי, כמו־גם פנייה להוראות השלמה חקיקתיות או לתניה מכללא, משקפות לא אחת הסכמה מדומה; ואילו תיקון החוזה באמצעות עקרון תום־הלב יכול לשקף לעיתים הסכמה ממשית. אולם נראה שהמעבר מתניה מכללא לתום־לב מעיד על תפיסה מושגית שונה, העולה בקנה אחד עם מגמות פרשניות רחבות המסמנות את החידוש בהלכת אפרופים, שבה נדון עתה.

## ה. עניין אפרופים

### 1. מה נידון ומה נדרש להכרעה?

עניין אפרופים הוא ההלכה המרכזית בפרשנות חוזה במשפט הישראלי. פסק־דינו של השופט ברק פרש בפסק־הדין תורה פרשנית נרחבת אגב דיון בבעיות־יסוד של דיני חוזים. חלק גדול מדבריו הוא בגדר אמרות־אגב. בעיית־היסוד של איתור החוזה לא התעוררה בפסק־הדין, אך היא נידונה בו בהרחבה. הצדדים הציגו לפני בית־המשפט את המסמך החוזי, ופנו לבית־המשפט בבקשה משותפת לפרשו על־סמך הכתוב בו בלבד. בית־המשפט קבע בדעת רוב כי במסמך החוזי לא נפלה כל טעות שהיא, אף לא טעות־סופר.<sup>88</sup> אולם הוא הפעיל את עקרון תום־הלב כדי לתקן את החוזה ולאפשר לו לפעול על־פי "תכליתו האובייקטיבית". התיקון שעשה בית־המשפט התייחס להוראה חוזית שלא נוסחה היטב, הקובעת סנקציה בשל הפרה. דעתו היא כי החוזה, גם בניסוחו הקיים, היה יכול לפעול כמות שהוא. בית־המשפט שינה את משמעותה המילולית של אותה הוראה חוזית כדי להפוך את החוזה לכזה שצדדים סבירים היו מנסחים לדעתו. תוצאה זו חורגת מהכללים המקובלים של פרשנות חוזה, ומייפו־הכוח המצדיק התערבות של בית־משפט בתוכן החוזה. אתיחס עתה לפסק־הדין ביתר פירוט בשני היבטים. ההיבט האחד הוא עיוני – הוא מתייחס לשאלה מהו חוזה, ונוגע ביחס שקבע פסק־הדין בין המסמך לנסיבות לעניין פרשנות החוזה. ההיבט האחר נוגע בתוצאה הקונקרטי ובהפעלתו של עקרון תום־הלב בפרשנות החוזה.

### 2. התיאוריה: איתור ההסכמה והיחס בין המסמך לנסיבות

הלכת אפרופים הניחה בסיס פרשני כולל בדיני חוזים, ובמוקד הדיון שנערך בה מצוי סעיף 25(א) לחוק החוזים (לפני שתוקן בשנת 2011), שכותרתו "פירוש של חוזה". סעיף זה קובע כדלקמן:

87 אפרשות זו קיימת, כמובן, בשיטות המשפט המוכרות כולן. ראו Canaris & Grigoleit, לעיל ה"ש 72, ס' 3.3.2.

88 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 319.



"חווה יפורש לפי אומד דעת הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החווה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות."

לשאלה "כיצד יש לפרש?" משיב סעיף 25 תשובה ברורה: "לפי אומד דעת הצדדים", כלומר, לפי ההסכמה בין הצדדים. לשאלה "מהם מקורות הגלם הפרשניים להסכמה החוזית?" תשובתו היא: ראשית, החווה ומה משתמע ממנו; שנית, הנסיבות, וזאת אם אומד דעתם של הצדדים אינו משתמע מהחווה. כדאי לשים לב שהמילה "חווה" מופיעה בסעיף פעמיים, ונראה כי היא דו־משמעית. סעיף הפרשנות טעון אפוא גם הוא פרשנות. נראה שבפעם הראשונה המילה "חווה" פירושה הסכמה, ואילו בפעם השנייה הכוונה היא למסמך, אף שאין עקרון הפרשנות האמור מוגבל למסמך בכתב, וכאשר מדובר בחווה בעל־פה, הוא חל עקרונית גם על דברים שנאמרו.<sup>89</sup>

מסעיף 25(א) עולה בבירור שכאשר הצדדים ביטאו את הסכמתם בחווה מפורטת ושלם, קיימת הנחה שהמסמך הוא החווה, ועקרונית יש לגשת למסמך כדי לפרשו. אולם אם המסמך אינו ממצה את ההסכמה בין הצדדים, יש לפנות לנסיבות. מכאן שהסעיף מקנה למסמך עדיפות, אך לא בלעדיות. גם כאשר מסמך נחזה כשלם ניתן לפנות לנסיבות, וזאת כדי להוכיח שהמסמך אינו ממצה את הסכמת הצדדים; כדי לחשוף בעיה בשורש ההסכמה בין הצדדים, כגון קוד פרטי או טעות־סופר; או כדי להבהיר את לשון החווה – למשל, אם זהות הממכר או המושכר אינה ברורה.<sup>90</sup>

כלומר, כעיקרון למסמך יש עדיפות על הנסיבות, ואלה ממלאות תפקיד משני בלבד. זוהי תורת שני השלבים שאומצה בפסיקה הישראלית כבסיס לפרשנות החווה – תורה המעניקה עדיפות התחלתית למילות החווה.<sup>91</sup> אולם מובן שבמציאות הדברים מורכבים. קיימים סייגים לא־מעטים לעיקרון של שלמות המסמך, ובכל מקרה שבו חווה מגיע להתדיינות משפטית, הנסיבות מצויות ברקע. האם משום כך ראוי לשנות את המבנה המדרגי ולתת משקל שווה למסמך ולנסיבות? בעניין אפרופים השיב השופט ברק בחיוב על שאלה זו. הוא קבע כי יש לפרש חווה על־פי תכליתו, וכי אין לקבל את המדרג הנובע כביכול מסעיף 25(א) לחוק החוזים, אשר מפנה תחילה לטקסט, ומאפשר פנייה לנסיבות רק כאשר אי־אפשר לחשוף את כוונת הצדדים מלשון הטקסט. תכלית החווה, מטעים השופט ברק, ניתנת לאיתור רק

89 דו־משמעות דומה באה לידי ביטוי גם בס' 16 לחוק החוזים, הדין בטעות־סופר, שבו המילה "חווה" מופיעה שלוש פעמים: "נפלה בחווה טעות סופר או טעות כיוצא בה, יתוקן החווה לפי אומד דעת הצדדים ואין הטעות עילה לביטול החווה". לפי סדר הופעת המילה "חווה" בס' 16, בפעם הראשונה ובפעם השנייה הכוונה למסמך, ואילו בפעם השלישית הכוונה להסכמה. ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 31, ס' 7.17.

90 ראו, למשל, ע"א 130/50 עמל נ' שינדלר, פ"ד ו 710 (1952), שבו נידונה המשמעות שיש לייחס לחווה שכירות שהתייחס לחדר, לאחר שבין הצדדים התגלעה מחלוקת בשאלה אם מדובר בחדר הפנימי או החיצוני. כן ראו את הבהרתו של השופט דנציגר ברע"א 1452/10 מפעל הפיס בע"מ נ' טלמון, תק-על 2010(4) 382, פס' 40-42 (2010), שלפיה כאשר לשון החווה אינה מובילה למסקנה ברורה, ניתן לפנות לנסיבות חיצוניות.

91 פרידמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 244-245.

על יסוד אינטגרציה בין הטקסט לנסיבות. הטקסט אינו ברור ללא הנסיבות, ומכאן שקיים היוון הדדי בין הטקסט לבין הנסיבות, ללא מוקדם ומאוחר.

ציינתי כי נושא היחס בין החוזה לנסיבות לא הועלה כלל לדיון על-ידי הצדדים בעניין אפרופים, וניתן לומר כי הצדדים פעלו במישרין על-פי ההנחיה של סעיף 25(א): הם פנו לבית-המשפט כדי שיפרש את החוזה על-פי המסמך, ושאלת הנסיבות לא הייתה רלוונטית. הדבר דומה למקרה שבו היו הצדדים כוללים בחוזה תניה האומרת כי החוזה שנחתם בין הצדדים כולל את כל ההסכמות ביניהם, וכי יש לפרשו מתוכו. זוהי תניה מקובלת בחוזים מסחריים רבים,<sup>92</sup> והיא משקפת למעשה את מה שאומר הרישא של סעיף 25(א) ואת כוונת הצדדים הקונקרטית במקרה דנן. נראה לכן שהדיון המפורט בעניין אפרופים בשאלת היחס בין המסמך לנסיבות היה מיותר.

לעיצומו של עניין, עמדתו של השופט ברק מעוררת קושי מעשי: היא מבליטה את החריגים (קוד פרטי) ומצניעה את המקרים השגרתיים שבהם נעשה שימוש רגיל בשפה. פתיחתו הכוללת של שער הנסיבות מאפשרת קבלתן של ראיות כלשהן הנוגעות בעסקה – בין בכתב בין בעל-פה. מלבד העובדה שהיא עלולה לגרום להארכה מיותרת של הדיון, היא גם פוגמת במעמד המבוצר שצדדים עסקיים מבקשים לתת להסכמה הכתובה. יש אומנם הטוענים כי הכללים הראייתיים המיועדים להגן על עליונותו של המסמך הכתוב קרסו כבר מזמן.<sup>93</sup> אך דברים אלה אינם מעוגנים בהכרח במציאות המשפטית.<sup>94</sup> מכל מקום, בוודאי אין צידוק לפנייה אל הנסיבות במקרים שבהם הצדדים עצמם בחרים להתרכז במסמך בלבד, כפי שאירע בעניין אפרופים.

### 3. היישום הבעייתי: תיקון חוזה ללא טעות לטובת מנסחו

הבעיה השנייה שעניין אפרופים מעורר – בעיית הפרשנות התכליתית האובייקטיבית והסמכות לדחוק את לשון החוזה כדי להימנע מתוצאה אבסורדית – יוצרת קושי גדול אף יותר. מובן שהשאלה מהי תוצאה אבסורדית עשויה להיות שנויה במחלוקת, כפי שאכן היה בעניין אפרופים. אחזור ואומר כי דעת הרוב בעניין אפרופים באה לתקן מה שבעיני מבקריו נתפס כלא-אבסורדי לחלוטין. אף שעניין אפרופים נידון חדשות לבקרים, נראה שלא יהיה מיותר לחזור על עובדותיו בקצרה, כדי להבהיר את זווית הביקורת הנוכחית ואת המשך העלילה בעניינו.

פסק-דין אפרופים דן בחוזה בנייה בין המדינה לקבלנים, והתמקד בשאלה אם המדינה רשאית לנכות, כפיצוי מוסכם על-פי החוזה, אחוז מסוים מהסכום שהיא חייבת לשלם לקבלן בשל איחור בבנייה. בחוזה נידונו שני סוגי הפרות – איחור בביצוע ואיחור בהצגת דרישה

92 ראו לעיל תת-פרק 2ג.

93 לכך שהכלל החוסם ראיות כנגד מסמך בכתב נפל אף לפני עניין אפרופים, ושגורל דומה נפל גם בחלקו של הכלל באשר למשמעות הפשוטה של הלשון, ראו איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשיית השיפוטית של אהרן ברק 343, 386-387 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (הספר להלן: ספר ברק).

94 ראו עניין מרשוד, לעיל ה"ש 36, פס' כה-ל, לב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

לרכישה מטעם הקבלן כלפי המדינה. החוזה גם ערך הבחנה בין שני סוגי בנייה לפי אזור הבנייה: אזורים מבוקשים ואזורי פיתוח. לגבי האזורים המבוקשים קבע החוזה סנקציות על שני סוגי הפרות: הן על איחור בביצוע, הן על איחור בהצגת דרישה לרכישה כלפי המדינה. לגבי אזורי הפיתוח, לעומת זאת, קבע החוזה סנקציה בגין הפרה אחת בלבד, היא איחור בהצגת דרישה לרכישה, ולא נקבעה בו סנקציה בשל איחור בבנייה. יוצא שהסנקציה החוזית חלה על שלוש הפרות: ראשית, איחור בהצגת דרישה לרכישה מטעם הקבלן כלפי המדינה באזורים המבוקשים; שנית, איחור בהצגת דרישה לרכישה באזורי הפיתוח; שלישית, איחור בבנייה באזורים המבוקשים. על המקרה הרביעי – איחור בבנייה באזורי הפיתוח – לא חלה הסנקציה לפי לשון החוזה. השאלה הייתה אם למרות זאת יש להחיל גם על מקרה זה את הפיצוי המוסכם שקבע החוזה, המאפשר למדינה לנכות אחוז מסוים מהסכום שהמדינה חייבת לקבלן. האמת ניתנת להיאמר: לשון החוזה לא הצטיינה בליטוש, ואף הייתה מסורבלת. אך המצב שעורר את הבעיה היה צפוי, הצדדים היו ערים לו, הייתה אליו התייחסות חלקית בחוזה שכלל סעיף פיצויים, וכאמור, לא דובר בפגם רצוני כלשהו.

האם ליקוי ניסוחי זה מצדיק חריגה מהמשמעות המילולית הרגילה שיש לייחס למילות החוזה? האם השארת החוזה בעינו מובילה לתוצאה אבסורדית? השופט ברק השיב על שאלות אלה בחיוב. הוא הטעים כי תכלית החוזה לא תוגשם בניסוחו הנוכחי, וכי חסרונה של הסנקציה בשל איחור בבנייה באזורי פיתוח משול לחסרונה של גלגל רביעי, שבלעדיו אי-אפשר להוביל את עגלת החוזה.<sup>95</sup> כדי להגשים את תכלית החוזה במונח האובייקטיבי, כך המשיך השופט ברק וקבע, יש לתקן את החוזה באמצעות עקרון תום-הלב, שהוא בסיס לפרשנות "במובן הרחב" (הכוללת גם את הוראות ההשלמה), והוא התחליף לתורת התניה מכללא. תיקון זה הוסיף לחוזה סנקציה (שלא הייתה כלולה בו) בגין איחור בבנייה באזורי פיתוח, שמכוחה יופחת התשלום שהקבלן יהיה זכאי לו מהמדינה ב-5% בגין כל חודש איחור. עמדה זו של השופט ברק מעוררת קושי רב. קשה להשלים עם קביעה שהעדרו של סעיף הקובע סנקציה בגין איחור בבנייה מונע את זרימתו השוטפת של החוזה ואת היכולת להניעו. בעניין זה משכנעת יותר דעת המיעוט של השופט מצא, שלפיה אין להוסיף לחוזה סנקציה שאינה קבועה בו לטובת המדינה. הרי מדובר בחסרונה של סנקציה מוסכמת בלבד, שאינה מהווה חלק מהחייבים העיקריים על-פי החוזה. אומנם גם סנקציה אפשר להלביש לבוש מהותי, ולומר שהיא קובעת את התמורה החוזית. אך קיים בכל-זאת הכדל ברור בין התמורה השלמה ללא הסנקציה לבין הסנקציה, אפילו היא קבועה כפיצוי מוסכם מראש. מכל מקום, גם אם אין החוזה קובע סנקציה מוסכמת לגבי הפרה כזו או אחרת, מדובר בעניין שיש לגביו הסדרים מפורטים בחוק התרופות.<sup>96</sup> החוזה ניתן אפוא להגשמה גם בהעדרה של הסנקציה

95 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 323 ("שנית, וזה העיקר, פירוש מילולי להוראת סעיף 6(ח)3) מביא לידי כך שהמטרה הבסיסית של החוזה נפגמת. בעוד 'שצד ההטבות' של החוזה פועל במלוא היקפו על שני סוגי הדירות, 'צד הסנקציה' נקטע, והוא פועל אך כלפי סוג אחד של דירות. האיוון הפנימי של החוזה מתמוטט. מבנהו הפנימי נכשל. עגלת החוזה מאבדת את אחד מארבעת גלגליה").

96 להבחנה בין חיוב ראשוני לבין חיוב משני ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד 49-51 (2011).

האמורה. נכון שהמדינה לא תוכל, על-פי עמדה זו, לנכות את הפיצוי המוסכם מהתשלום שהיא חייבת לשלם לקבלן. אבל בכל מקרה עומדת לה הזכות לתבוע מהקבלן פיצוי בגין האיחור על-פי חוק התרופות. אפשרות זו אומנם נוחה פחות משימוש בתניה המאפשרת לנכות מיידית את סכום הפיצוי מהתשלום לקבלן, אבל קשה לומר עליה שהיא אבסורדית. ציינתי שהחזרה האמור הוא חוזה מסחרי שנחתם בין גופים עסקיים מנוסים. מדובר בחוזה שערכה המדינה, וניתן להניח לגביו שהוא עבר את עיניהם הבוחנות של עורכי-הדין של שני הצדדים. במקרה אחד שנידון באנגליה העיר הלורד הופמן (Hoffmann): "איננו מניחים בקלות שאנשים עשו טעויות מילוליות, במיוחד במסמכים פורמליים"<sup>97</sup>. אכן, בית-המשפט בעניין אפרופים קבע כי לא נפלה כאן טעות מילולית. אם כך, מה הצדקה יש לתיקונו של חוזה כזה? בדיוק על מקרה כזה ניתן להחיל את ההבחנה במשפט האנגלי בין טעות (error) המובנית בתניות החוזה (שאו ניתן לתקנו) לבין ליקוי (flaw) בחוזה, המתבטא בכך שאין בו תניה המתייחסת לכלל ההתרחשויות האפשריות (שאו אין לתקנו).<sup>98</sup> דעת הרוב לא תיקנה טעות בחוזה, שהרי היא קבעה כי בחוזה לא נפלה טעות; היא תיקנה את החוזה כדי שיוכל לחול על נסיבה מסוימת אשר הצדדים היו ערים לקיומה אבל לפי נוסחו הוא לא חל עליה (סנקציה בשל איחור בבנייה באזורי פיתוח). התיקון הפך את החוזה לסביר יותר מבחינת ניסוחו (הגלגל הרביעי של הסנקציות), אך מובן שאין זה המקרה שיש בו צידוק לתיקון החוזה, שהרי אין תפקידו של בית-המשפט לכתוב בעבור הצדדים חוזה סביר יותר מזה שהם כתבו לעצמם.

זאת ועוד: השופט ברק בעניין אפרופים לא התייחס כלל לעובדה שדובר שם בחוזה מסחרי אחיד, ושהחוזה נוסח מן הסתם ברשלנות על-ידי המדינה. במקרה כזה מן הדין שרשלנותו של הצד המנסח תיזקף לחובתו. נסיבותיו של עניין אפרופים, בדיוק כמו אלה של עניין ארגון מגדלי ירקות,<sup>99</sup> חייבו התמודדות עם הכלל שלפיו במקרה של ספק יש

Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society, [1997] 97  
UKHL 28, [1998] 1 W.L.R. 896, 913. ראו גם TREITEL-PEEL, לעיל ה"ש 64, ס' 6-010.

ראו לעיל ליד ה"ש 73. 98

ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד  
נט(5) 481 (2005); דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ  
נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006). במקרה זה נידונה השאלה אם המדינה חייבת לארגון  
מגדלי הירקות סכום מסוים או שעליה לשלם סכום זה רק אם ייגרם נזק למגדלי הירקות.  
בעוד שבעניין אפרופים דובר בסנקציה בשל הפרה אשר דעת הרוב סברה כי המדינה זכאית  
לה ללא הוכחת נזק, כאן עיקר החוזה הוא תשלום של המדינה לארגון מגדלי הירקות אשר  
דעת המיעוט סברה שהוא אינו תלוי בהוכחת נזק ואילו דעת הרוב סברה שהוא תלוי בהוכחת  
נזקו של הארגון. בשני המקרים הכריעה דעת הרוב לטובת המדינה, ובשניהם היה הספק צריך  
לפעול לטובת המתקשר האחר. יתר על כן, על-פי מבחן הנסיבות היה ברור שהתשלום לארגון  
מגדלי הירקות לא הותנה בהוכחת נזק, כפי שעלה מעדויותיהם של שרים ופקידים בכירים  
בעניין זה (שופטי הדיון הנוסף היו: רוב – ריבלין, הנשיא ברק, ביניש, פרוקצ'יה, ג'זבראן, לוי  
(שציינו כי אילו היה דן בערעור האזרחי, היה מבקש לסטות מהלכת אפרופים) וגרוניס (אשר  
הסכים לתוצאה האופרטיבית של ריבלין אך תמך במסקנה התיאורטית של חשין); מיעוט –  
נאור והמשנה לנשיא חשין).

להעדיף את הפרשנות הפועלת נגד המנסח.<sup>100</sup> בהנחה שמקרה אפרופים הציג מצב של ספק פרשני, ספק זה היה צריך לפעול לטובת הקבלן. בפועל הטיל בית-המשפט על החוזה סעיף קנס באמצעות פרשנות, שתוצאתו החלוקתית יצרה העברת עושר כפויה מהקבלן למדינה – איחור של 5 שבועות בבנייה גרר הפחתה של 6% מהתשלום לקבלן (יציין כי איחור כזה באזורים המבוקשים גרר הפחתה של קצת יותר מ-2% בלבד). על פני הדברים, זו תוצאה קשה, וספק אם ניתן להצדיקה.

נחזור להבחנה ולמתח שבין העולם "כמות שהוא" (as is) לבין טקס המבקש לכוונן עולם "כאילו" (as if). הזכרתי את העסקה המופשטת, דוגמת הברכה ליעקב או החוזה בחותם, אשר מהווה ביטוי לעולם "כאילו" המנותק מהעולם האמיתי. הלכת אפרופים מחזירה אותנו לעולמה של העסקה המופשטת, המנותקת מהמציאות. היא נותנת גושפנקה ל"עולם כאילו" (החוזה של בית-המשפט, שאותו היו הצדדים צריכים לדעתו לכרות), ומתעלמת מהעולם כמות שהוא (העסקה בפועל), במצב שבו מי שהיה אחראי מרכזי ליצירתו (המדינה) הוא המבקש עתה להתנער ממנו.

#### 4. ההשלכה הבעייתית: הפרשן מחליף את יוצר המסמך

מסקנתו של בית-המשפט בעניין אפרופים כי העדרו של סעיף פיצויים מוסכם בחוזה מוביל לתוצאה אבסורדית, שיש לתקנה באמצעות עקרון תום-הלב, פותחת פתח להתערבות בחוזה כמעט בכל מקרה שבו מתקשרים אינם שבעי-רצון מהתוצאה המוכתבת על-פי לשון החוזה. מכאן הדרך קצרה לשחיקה במעמד החוזה, ליצירת תמריץ להתדיינות משפטיות רוויות סרבול ראייתי, לאובדן הוודאות המשפטית, לפגיעה באמון ברשות השופטת, כמו-גם לאובדן הביטחון בעסקות.<sup>101</sup> איל זמיר ציין, בהעריכו את פסיקתו של הנשיא ברק בדיני חוזים,<sup>102</sup> כי לא אחת קרה שהנשיא ברק קידם הלכות מרכזיות שלא התאימו לעובדות המקרה, והוא מנה לצורך הדגמה את ההלכות של רביב<sup>103</sup> וזוננשטיין.<sup>104</sup> נדמה שהלכת אפרופים משתייכת אף היא לאותה קטגוריה.

ציינתי כי אין חידוש עקרוני בכך שלבית-המשפט יש סמכות לפרש חוזה בדרך המביאה למעשה לירי תיקונו או התאמתו כדי להימנע מתוצאה אבסורדית. החידוש בפסק-דין אפרופים נובע מהגימור של לשון החוזה ומהיישום הבעייתי, הבלתי-מוצדק, של עיקרון זה על עובדות המקרה. אך פסק-הדין נושא עימו חידוש נוסף, והוא המקור הנורמטיבי לתיקון החוזה לצורך מניעת תוצאה אבסורדית. כאמור, בעבר היה המקור הנורמטיבי לתיקון כזה טמון בתורת התניה מכללא, בהנחה שזוהי למעשה כוונת הצדדים. כיום, בעקבות פסק-דין אפרופים, ההלכה מבוססת ללא עוררין על עקרון תום-הלב. ההבחנה הרעיונית בין תורת

100 כלל זה המשיך להיות מיושם בפסיקה אף שהוא אינו מאוזכר בחוק החוזים. ראו ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 635.

101 פרידמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 245-249.

102 זמיר, לעיל ה"ש 93, בעמ' 362-359.

103 ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533 (1982) (להלן: עניין רביב).

104 ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278 (1988).

תום-הלב לתורת התניה מכללא ברורה מאליה, ולו באופן רטורי: תניה מכללא מתמקדת במתקשרים; ואילו תורת תום-הלב, הקובעת סטנדרט של סבירות אוֹבֵיִקְטִיבִית, מתמקדת בפרשן (ראו לעיל תת-פרק 4ד). פסק-דין אפרופים לא רק דחה את מה שכתוב בחוזה וכתב לצדדים חוזה חדש באמצעות עקרון תום-הלב; הוא גם דחה את מה שקבע החוק בסעיף 25(א) לחוק החוזים לגבי עליונותו של הטקסט בתהליך הפרשנות. כך איברו הצדדים את אדנותם על החוזה במהלך כפול: ראשית, באמצעות פריצת חומות ההגנה של המסמך וחשיפתו למקורות חיצוניים; שנית, באמצעות הכפפתו הנמרצת של החוזה לעקרון תום-הלב האובייקטיבי, המעניק לפרשן – שהוא הקובע מה דרישת תום-הלב מחייבת – שליטה מרכזית בו.

קל לראות הקבלה בין התהליך שעברה הסוגיה "מה נדרש לצורך קיום דרישת הכתב בעסקת מקרקעין" לבין זה המתייחס לשאלה "מה התוצאה הנובעת מקיומו של מסמך בכתב" (שאלה המתעוררת גם כאשר הצדדים העלו את העסקה על הכתב מיוזמתם, ללא קשר הכרחי לדרישת הכתב החוקית). הסוגיה הראשונה מתמקדת בפרשנותה של הוראת חוק; והסוגיה השנייה מתמקדת בפרשנות של חוזה שהצדדים ערכו. בסוגיה הראשונה כורסמו היסודות הנדרשים הן כרסום פנימי (די ביסודות הבסיסיים, והיתר ניתן להשלמה), הן כרסום חיצוני (עקרון תום-הלב גובר על דרישת הכתב בנסיבות מסוימות);<sup>105</sup> ובסוגיה השנייה כורסם העיקרון של עליונות המסמך, כמשקף את הסכמת הצדדים, הן כרסום פנימי (אין עדיפות למסמך על הנסיבות), הן כרסום חיצוני (עקרון תום-הלב יתכן את החוזה כדי לתת לו תוכן סביר בעיני בית-המשפט). בשני המקרים צמצמו בתי-המשפט את המגבלות הראייתיות והמהותיות שהוטלו עליהם מכוח החוק או מכוח החוזה, והרחיבו את שיקול-הדעת שלהם בשאלות אם נוצר בכלל החוזה ומהו תוכנו.

הלכת אפרופים עולה בקנה אחד עם מהלך פרשני כולל שהוביל הנשיא ברק, אשר מצמצם את מידת השפעתם של יוצרי הנורמה, ומרחיב – בהסתמכו על עקרון תום-הלב – את מידת השפעתו של הפרשן על הנורמה ואת היקף שיקול-הדעת שלו. הרב בא לידי ביטוי בפרשנות של חוק, חוזה, צוואה ושטרות.<sup>106</sup> מהלך זה מתבטא גם בהלכות המשפט המנהלי, המעניקות לבית-המשפט סמכות לתקוף החלטה מנהלית אם זו אינה סבירה בעיניו. במקרה

105 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 31. ראו גם ע"א 8234/09 שם טוב נ' פרץ, תק-על 2011(1) 3523 (2011) (עקרון תום-הלב גובר על דרישת הכתב בנסיבות שבהן בוצעה העסקה, לנוכח העובדה שהיא נערכה בין קרובי-משפחה שהאמינו זה לזה) (השופטת חיות). לקשר בין הריכוך לבין הלכת אפרופים ראו שם, פס' ב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (הדמיון בין ההלכות בא לידי ביטוי בכך "שהיו בעקבות ההלכה מי שנטו לפרש חריג ככלל"). לדיון עדכני בריכוך דרישת הכתב לפי ס' 80, לנוכח אופיו הראיתי, ראו ע"א 2110/09 קדור נ' דקסה, תק-על 2012(3) 12752 (2012) (הנשיא גרוניס).

106 לגבי שטרות ראו לעיל את האמור ליד ה"ש 26-28. ראו גם ע"א 1886/97 יהודה נ' זלמה, פ"ד נג(1) 132, 138-139 (1999) (שם פסק הנשיא ברק כי העובדה שמכוח פקודת השטרות הנפרע אינו יכול להיות אוֹחֵז כשורה אינה מכרעת, שכן "כל הגדרה בדבר חקיקה תופסת כל עוד לא משתמעת תכלית אחרת. בפרשה שבפנינו משתמעת תכלית אחרת... חוק אינו יצירה מתמטית. הוא יצירה נורמטיבית"); רע"א 2443/98 ליברמן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נג(4) 804, 812 (1999) (שם החיל הנשיא, אגב אורחא, את עקרון תום-הלב האובייקטיבי

האחרון אין מדובר בהתערבות בנורמה עצמה (חוק, תקנה), אלא בשאלה של אופן הפעלת הסמכות.<sup>107</sup> אם בעל הסמכות מפעילה בצורה חוקית אך באופן שאינו נראה לבית המשפט סביר, יתערב בית המשפט בשיקול-הדעת המנהלי, ויפעל על-פי מה שנראה סביר בעיניו.<sup>108</sup> התוצאה היא שבמקום שהסבירות החוזית והסבירות המנהלית ישקפו את שיקול-דעתם של אלה שהסמכות להפעלתה מצויה בידם, הן משקפות יותר ויותר את שיקול-דעתו של השופט. מהלך זה של שימוש-יתר בקני-מידה של תום-לב וסבירות יוצר ערפל נורמטיבי, מערער את האיזון בין בית-המשפט לבין רשויות הממשל האחרות, פוגע ביכולתן של רשויות המנהל לפעול בעניינים הנמצאים בגדר סמכותן, פוגע באוטונומיה של הפרט, וחושף את החברה לסכנה של פסיקה לא-שוויונית ולא-עקבית.<sup>109</sup>

לאחרונה ניכרת בפסיקה של בית-המשפט העליון נטייה לבלימת התהליך המהפכני, ואנו עדים לפסיקה חוזית אשר חוזרת לשימוש בכללים<sup>110</sup> ופועלת בזירות ככל הנוגע בעיצובן של נורמות.<sup>111</sup> נראה עתה מה עלה בגורלה של הלכת אפרופים.

## 1. הלכת אפרופים עד לתיקון חוק החוזים

### 1. הצהרות

כיצד נתפסה הלכת אפרופים על-ידי בתי-המשפט? עמדתו של ברק בפסק-דין אפרופים ביטלה מסורת פרשנית שהתבססה על תורת שני השלבים – תורה שזכתה בגיבוש בסעיף 25(א) לחוק החוזים. ניסיון לקעקע את הלכת אפרופים נכשל בעניין ארגון מגדלי ירקות,<sup>112</sup>

- 
- על אוחז כשורה הפועל בתום-לב סובייקטיבי). לגבי צוואות ראו להלן ליד ה"ש 165-177.  
 ראו, בהקשר כולל, מאוטנר, לעיל ה"ש 85, בעמ' 458-462.
- 107 לסקירה מקפת של עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי ראו דפנה ברק-ארו משפט מינהלי כרך ב 769-723 (2010).
- 108 לתיאור המחלוקת בעניין הפעלתה של עילת אי-הסבירות, וכן להערכה, שחלקה ביקורתית, ראו שם, בעמ' 729-733; 769-767.
- 109 ראו להלן ליד ה"ש 164.
- 110 ע"א 7193/08 עדני נ' דוד, תק-על 2010(3) 545 (2010) (השופט פוגלמן); ע"א 10859/07 חברה קדישא גחש"א שעל יד הרבנות הראשית והמועצה הדתית תל-אביביפו והמחוז (ע"ד) נ' לוי, דינים עליון 2012(7) 1319 (השופט גרוניס – כללים מסורתיים לגבי הסכמים מוקדמים וכריתת חוזה); ע"א 9073/07 מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, דינים עליון 2012(61) 766 (השופטת חיות – כללים מסורתיים לגבי כריתת חוזה, אחריות בשל הפרת תום-הלב במשא-וומתן, ואחריות של רשות בשל הבטחה החורגת מחוקי תקציב); בע"מ 11116/08 פלוני נ' אלמוני, דינים עליון 2012(88) 367 (השופט מלצר); עניין פלוני, לעיל ה"ש 71 (השופט הנדל – כללים פורמליים לגבי כריתת צוואה).
- 111 ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, דינים עליון 2012(58) 560 (דעת רוב של השופטים ריבלין ומלצר – חשיפת פרטיו של מפר זכויות יוצרים באינטרנט מחייבת הסדרה חקיקתית).
- 112 ראו לעיל ה"ש 99.

והלכת אפרופים זכתה שם בתמיכה נלהבת של רוב השופטים. אך תמיכה זו עומדת בניגוד משווע לביקורת החריפה שהוטחה בהלכה הן בקרב עורכי־הדין<sup>113</sup> הן על־ידי חוקרים אחדים.<sup>114</sup>

השופט דנציגר הביע בשורה של פסקי־דין את הסתייגותו הנמרצת מההלכה, ואת תמיכתו בעמדת שני השלבים המסורתית של סעיף 25(א), בהבהירו כי מקום שלשון החוזה ברורה, יש לתת לחוזה את המשמעות הפשוטה העולה מלשונו.<sup>115</sup> בכמה פסקי־דין הביעו שופטים אחדים תמיכה בהלכת אפרופים והסתייגו מהסתייגותו של השופט דנציגר,<sup>116</sup> אך עם זאת הדגישו את דבקותם בהלכת שני השלבים. השופט ריבלין, מגדולי התומכים בהלכת אפרופים, הדגיש את הכלל הבסיסי לגבי פרשנות חוזה – שאף תומכי אפרופים מסכימים לו – כי "חזקה על

113 לקראת הכנס השנתי העשירי של לשכת עורכי־הדין, שנערך בחודש יוני 2010 באילת, הופץ סקר בקרב כ־70% מכ־2,200 משתתפי הכנס, ובו נשאלה השאלה: "האם ההלכות שנפסקו בעניין אפרופים ובדין הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות תורמות, לדעתך, ליציבות הנדרשת ולעשיית צדק בתחום דיני החוזים?" 64% ממשתתפי הסקר השיבו על השאלה בשלילה, ו־36% השיבו עליה בחיוב. נתוני הסקר הוצגו על־ידי השופט דנציגר בהרצאתו ביוני 2010 בכנס באילת.

114 פרידמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 245–249; דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט יד 21 (2002); גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" ספר מישאל חשין 645, 665 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17, 51–55 (2005); ישראל צינגלאוב "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים" הפרקליט נ 261 (2008); סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" מאזני משפט ו 21, 50–55 (2007). לדברי תמיכה בהלכה ראו זמיר, לעיל ה"ש 93, בעמ' 386–387. לדברי תמיכה תוך הבעת ספקות ראו מיגל דויטש "דיני חוזים: סקירה והתפתחות" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 167, 173–180 (אריאל רוזן־צבי עורך, 1996); הלה קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת: על ערכה של שפיטה שאינה יודעת גבולות (חוזיים) מהם" ספר ברק, לעיל ה"ש 93, 411, בעמ' 451–460.

115 ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ, תק-על 2008 (1) 840 (2008); ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון בע"מ, דינים עליון 2008 (10) 188 (2008); עניין פוארסה, לעיל ה"ש 31; ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן, תק-על 2009 (3) 3574 (2009) (להלן: עניין ג.מ.ח.ל.); ע"א 8589/06 שפיגל נ' איינס, תק-על 2008 (2) 1846 (2008); ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, תק-על 2010 (1) 9412 (2010). להערכת הפסיקה החדשה ראו מערכת כתב־העת "מגמות חדשות בפרשנות חוזים?" משפט ועסקים יא 431 (2009) (אין בפסיקה שינוי מהותי, אך הכיוון הכללי שלה, המעניק משקל ללשון ולתכלית, תורם לוודאות).

116 עניין אספן בניה, לעיל ה"ש 72 (השופטות פרוקצ'יה וביניש מסכימות לדעתו של דנציגר, אך מדגישות כי הן עושות כן בהתבסס על הלכת אפרופים, ולא תוך חריגה ממנה). ראו גם ע"א 1194/09 נתיבי איילון בע"מ נ' עיריית חולון, תק-על 2011 (1) 1943, פס' 25 לפסקי־דין של השופט פוגלמן (2011) (המביע תמיכה חד־משמעית בהלכה מבלי להיכנס לפולמוס).



הצדדים כי התכוונו למוכן הפשוט של הלשון שבה נקטו".<sup>117</sup> בעקבות זאת היה גם השופט דנציגר מוכן להסתמך על הלכת אפרופים, בציינו כי "כלל הזהב הוא כי כשעסקינן בחוזה כתוב, נפתח תמיד תהליך הפירוש בלשון החוזה ובמה שמשמע מלשון זו".<sup>118</sup> גם בפסיקה של ערכאות נמוכות ניתן לראות ביטוי לחזרה אל כלל הפרשנות הבסיסי.<sup>119</sup> לא אכנס לפרשנותה של הפסיקה – לא המסתייגת ולא התומכת; לא אכנס לשאלות הצדק והיעילות, האמת והיציב, הכרוכות בניסיון לבטל הלכה; לא אכנס גם לבעיות של קוהרנטיות וסולידריות שיפוטית.<sup>120</sup> עם זאת, יש לזכור בהקשר זה היטב כי הלכת אפרופים עצמה, הנתפסת בעיני רבים כהלכה בעייתית, ביטלה לפני שמונה-עשרה שנים הלכה קודמת מורשת – הלכת שני השלבים – אשר לא נתפסה כבעייתית.<sup>121</sup> מכל מקום, קיים כיוון ברור מאוד של פסיקה עכשווית<sup>122</sup> המביעה דבקות בתורת שני השלבים המסורתית ובכלל-הזהב של פרשנות החוזה מבלי להיכנס לפולמוס בעניין זה ומבלי להתייחס מפורשות להלכת אפרופים. לעניין זה אפנה עתה.

- 
- 117 עניין בלמורל השקעות בע"מ, לעיל ה"ש 115, פס' 5 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה השופט ריבלין.
- 118 רע"א 7816/06 עו"ד בוויאר – בתפקידו ככונס נכסים נ' עזבון מרמלשטיין, תק-על 2009(4) 21, פס' 30 לפסק-הדין (2009). השופט דנציגר אזכר לצד עניין אפרופים גם את עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 99.
- 119 ה"פ 10-09-12691 אוחיון נ' מתכת באר שבע עדין בע"מ, דינים מחוזי 2010(177) 666 (2011) (השופט ואגו – פרשנות החוזה צריכה לתאום את משמעות הכתוב בעת כריתת החוזה, וכשל עסקי שנפל בהערכתו של אחד המתקשרים אינו עילה לתיקונו של החוזה).
- 120 יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון – הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161 (2000), המצביע על כך שהשאלה אם לדבוק בתקדים או לסטות ממנו הועלתה לא אחת בהקשר של שימור כוחו של בית-המשפט.
- 121 ראו בעניין זה את סקירתו של השופט דנציגר בבע"מ 5141/09 פלונית נ' פלוני, תק-על 2010(1) 1433, פס' 14-16 לפסק-דינו (2010) (סקירת פסיקה קודמת הקובעת כי אין לפנות לתכלית החוזה כאשר לשונו ברורה).
- 122 עניין ג.מ.ח.ל. לעיל ה"ש 115, פס' 42 לפסק-דינה של השופטת נאור; ע"א 8918/06 קמחי נ' מנהל מקרקעי ישראל, תק-על 2009(1) 345 (2009); ע"א 2568/98 פטר נ' חממי, פ"ד נז(4) 796, 800 (2003) ("בבואנו לעמוד על פירושו הנכון של החוזה פונים אנו ללשון החוזה ולתכליתו, כשהלשון קובעת את גבולות התכלית"); ע"א 3196/01 גלמן פיניץ בע"מ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נח(2) 682, 689 (2004) (השופטת חיות – "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"); ע"א 8239/06 אברון נ' פלדה, תק-על 2008(4) 3200, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות (2008) ("עלינו להישמר ככל הניתן מלקרוא לתוך החוזה תניות חדשות תוך כדי התהליך הפרשני שמא נימצא כותבים עבור הצדדים חוזה חדש שהם מעולם לא כרתו ושאליו מעולם לא התכוונו").

## 2. מעשים

כדוגמה לנסיגה השקטה מהלכת אפרופים אציג את עניין האחים ישראל,<sup>123</sup> שעסק בבעיה עובדתית קרובה מאוד לזו שעלתה בעניין אפרופים. באותו מקרה זכה קבלן במכרז של המדינה להקמת יחידות-דירור. הוא הפר את החוזה בשני אופנים: ראשית, הוא איחר בכנייה; שנית, הוא הפר את התחייבותו לא למכור את הדירות במחיר העולה על המחיר המרבי. הקבלן הפקיד ערבות לביצוע התחייבותו על-פי החוזה. המדינה טענה כי הערבות נועדה להבטיח את כל התחייבויותיו של הקבלן לפי החוזה, ואילו הקבלן טען כי ערבות הביצוע נועדה רק לביצוע העבודות על-פי החוזה, וכי היא אינה חלה על ההפרה בעניין המחיר. כאמור, הסוגיה דומה, כמעט זהה, לזו שעלתה בעניין אפרופים. בשני המקרים ביקשה המדינה לפרש את החוזה כך שהוא יאפשר לה לשלם פחות לקבלן שהפר את החוזה. בשני המקרים התעורר ויכוח בשאלה אם סנקציה בחוזה שחלה על הפרה אחת חלה גם על הפרה אחרת. מבחינתה של המדינה היה עדיף כמובן להסתייע בסנקציה הקבועה בחוזה, החוסכת לה הוצאות התדיינות והוצאות לקיום החוזה. אך השאלה היא אם פרשנות זו נתמכת בחוזה, ואם לא – אם מוצדק לפרש את החוזה כאילו הוא קובע כך, כדי להימנע מתוצאה חריגה, אבסורדית כביכול. אומנם, השאלה לא הוצגה בצורה כזו בפסק-הדין, אך היא עולה מבין השורות.

במקרה הנידון נחלקו הערכאות בפרשנות החוזה. בית-המשפט המחוזי קבע שכל הפרה של החוזה תזכה את המשרד בחילוט ערבות הביצוע, לרבות ההפרה הנוגעת במכירת הדירה במחיר גבוה יותר. בכך יישם למעשה בית-המשפט המחוזי את הלכת אפרופים מבלי להזכירה. בית-המשפט העליון הפך את החלטת המחוזי בעניין זה. השופטת נאור קבעה כי "אומד דעת הצדדים אינו שכל הפרה של החוזה, לרבות מכירה לקונים מעל המחיר המרבי, תזכה את המשרד בחילוט ערבות הביצוע שהופקדה. מכל מקום אם זו הייתה הכוונה של המשרד, הרי נסח החוזה, שהוא משרד השיכון עצמו, לא השכיל לנסח את כוונתו כהלכה, ויש לפרש את החוזה במקרה זה נגד המנסח, ובפרט כשמדובר ברשות שלטונית".<sup>124</sup>

בדברים אלה היה אפשר להשתמש ככתבם וכלשונם כדי להגיע לתוצאה הרצויה גם בעניין אפרופים, אלא שהלכת אפרופים קדמה לפסק-דין זה. כך, אף שהלכת אפרופים אינה מאוזכרת כלל בפסק-הדין בעניין האחים ישראל, היא מהדהדת בו על-דרך ההנגדה.

123 ע"א 2811/08 האחים ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, תק-על-2009 (4) 3997 (2009) (להלן: עניין האחים ישראל), אשר הפך את החלטתו של בית-המשפט המחוזי בת"א (י-ם) 6322/04 האחים ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, תק-מח 5235 (1) 2008 (2008).

124 עניין האחים ישראל, שם, פס' 13. יצוין כי באותו עניין קיבל בית-המשפט חיזוק לפרשנות שנקבעה ממסמכי המכרז, שהם חלק מ"ההיסטוריה החזוית", כהגדרתו. בעניין אפרופים, לעיל ה"ש 9, הסכימו הצדדים לא להציג לפני בית-המשפט שום מסמך חוץ מהחוזה, אף שהיה מסמך ("התוספת להסכם") שהיה יכול לזרות אור על הפרשנות הראויה.

## ז. תיקון סעיף 25 לחוק החוזים

### 1. מטרת התיקון

כאמור, הלכת אפרופים דחתה את סעיף 25(א) בשני מובנים: ראשית, בעוד הסעיף קובע מדרג שלפיו יש לפנות קודם-כל ללשון החוזה ורק לאחר-מכן לנסיבות, על-פי הלכת אפרופים אין מוקדם ומאוחר בפרשנות חוזה, והפנייה לנסיבות יכולה להקדים את ההתבוננות הפרשנית על החוזה. שנית, בעוד לפי הסעיף יש להתרכז בהסכמה החוזית, על-פי הלכת אפרופים עקרון תום-הלב מאפשר להתעלם מהחוזה כדי להשליט עליו נורמה ראויה מבחינה אובייקטיבית.

הלכת אפרופים עוררה סערה בקרב הקהילה המשפטית. לאחר ניסיון שלא צלח לבטל את ההלכה על-דרך תיקון החוק בשנת 2008,<sup>125</sup> תוקן בסופו של דבר סעיף 25(א) לחוק החוזים בשנת 2011,<sup>126</sup> וזו לשונו:

"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."

כמורכך הוסף סעיף 25(ב) לחוק, הקובע את כלל הפרשנות נגד המנסח:

"חוזה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו."

השינוי האחרון אופיו הצהרתי בלבד, שכן העיקרון של "פרשנות נגד המנסח במקרי ספק" המשיך להיות מיושם על-ידי בתי-המשפט למרות העדרו עד כה מחוק החוזים.<sup>127</sup> יש להצר על כך שהעיקרון לא יושם בהלכת אפרופים, ואפשר שהכללתו בחוק המתקן באה לשמש לא רק הנחיה ברורה לעתיד, אלא גם מעין תזכורת לעבר הבעייתית. אעבור אם כן למוקד הדיון, אל תיקונו של סעיף 25(א),<sup>128</sup> אשר תכליתו המקורית הברורה הייתה להתנער מהלכת אפרופים ולהשיב את הצדדים ואת לשון החוזה אל מרכז

125 בשנת 2008 יזם חבר-הכנסת זבולון אורלב הצעה לביטול ההלכה על-ידי תיקון ס' 25(א) לחוק החוזים, "על מנת להשיב את הוודאות המשפטית לדיני החוזים הדרושה כאוויר לנשימה לצורך פיתוח המסחר, ולהקטין את העומס המוטל על כתפי בית המשפט. התיקון ימנע מבית המשפט להוות צד שלישי בכל חוזה בין שני פרטים". ההצעה הונחה על שולחן הכנסת ביום 27.10.2008. ראו דברי הסבר להצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון - פרשנות החוזה), התשס"ט-2009, [okneset.org/bill/4836/](http://okneset.org/bill/4836/).

126 חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011, ס"ח 202. הצעת החוק ודברי ההסבר פורסמו בה"ח הכנסת, התש"ע 198. יזם את התיקון חבר-הכנסת יריב לוי. החוק סוטה מהצעת החוק, שקבעה כי "חוזה יפורש באופן שתואם ככל שניתן את הפירוש שניתן לו על ידי הצדדים".

127 פרידמן, לעיל ה"ש 1, ס' 25.54-25.56.

128 שתיקן את השגיאה הלשונית בס' 25(א) המקורי. ראו לעיל ליד ה"ש 63.

הבמה. אומנם דברי ההסבר לחוק אינם מזכירים את הלכת אפרופים, אך פסק-הדין היווה בסיס לדיון בכנסת. כך ציין חבר-הכנסת דוד רותם, יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט:

"כלל הפרשנות הקיים, כפי שפורש על ידי בית המשפט העליון בפסק הדין 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 והתדיינות... יתרה מזו, המציאות המשפטית שנוצרה כתוצאה מפסק הדין, החלישה את עקרון היסוד העומד בבסיסו של כל חוזה – היותו ביטוי של הסכמה רצונית שאליה הגיעו הצדדים, כפי שהיא משתקפת מלשון החוזה. נוכח האמור, מוצע לנסח מחדש את כלל הפרשנות באופן שיעניק משקל משמעותי ללשונו של החוזה, מקום בו דעתם של הצדדים משתמעת במפורש מלשון החוזה."<sup>129</sup>

דברים אלה מבליטים את אופייה של הפרשנות המשפטית ואת היחס בין החוק לפרשנותו: פרשנות חוק נהפכת לחלק מהחוק. ההלכה הפרשנית דבקה בכלל החקיקתי, גם אם מעולם לא הייתה זו כוונתו של המחוקק. לכן התחושה היא שכדי לבטל את ההלכה, יש לחולל שינוי בכלל החקיקתי שאליו היא התייחסה. הדבר מודגש בדברי ההסבר המפנים את חוד החנית אל סעיף 25(א) בנוסחו הקודם. נאמר בהם על הסעיף הקודם כי "כלל פרשנות זה אינו מגביל את בית המשפט דווקא לפירוש שניתן על ידי הצדדים לחוזה, בבואו לפרשו במסגרת ההליך המשפטי, ומאפשר לבית המשפט לתת לחוזה פירוש גם אם אף אחד מהצדדים לא טוען כי פירוש כזה מבטא אל נכון את כוונתם בעת כריתת החוזה."<sup>130</sup>

דברי ההסבר עושים עוול לנוסחו המקורי של סעיף 25(א), שהרי עמדת אפרופים בהקשר זה אינה נובעת ממנו, אלא משינויו ומהכפפתה של לשון החוזה לתחולה גורפת של עקרון תום-הלב. אך כאמור, מן הסתם סבר מציע החוק כי משנקבע ההלכה היא דבקה בטקסט החקיקתי, אף אם עיוותה אותו, ולפיכך שינוי ההלכה מחייב שינוי של הטקסט החקיקתי שאליו התייחסה. מכל מקום, תכלית ההליך החקיקתי שהוביל לתיקון הסעיף הייתה ברורה, והיא לבטל את כלל הפרשנות העולה מהלכת אפרופים – כלל המגמד את לשון החוזה.

## 2. פרדוקס החוק המתקן – משקל הצלעות: הטקסט, היוצר, הפרשן

האם הצליח המחוקק להגשים את מטרתו באמצעות הטקסט החדש ולבטל את הלכת אפרופים? התשובה אינה ברורה מאליה, ופרשנים שונים נותנים לה תשובות שונות, בין היתר לאור יחסם להלכת אפרופים: אלה המצדדים בהלכה סוברים כי החוק אימצה והשאירה על כנה;<sup>131</sup> ואילו אלה המבקרים אותה סוברים כי גם אם לשון התיקון לקויה, תכליתו ברורה,

129 הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011 (קריאה שנייה וקריאה שלישית), פרוטוקול ישיבה מס' 204 של הכנסת ה-18, 167 (17.1.2011).

130 דברי הסבר להצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), לעיל ה"ש 126.

131 ראו רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ בשם מגדל חברה לביטוח בע"מ, דינים עליון 2012(21) 572 (2012) (שבו קבע השופט ריבלין, ועימו הסכים השופט ג'ובראן, כי התיקון לחוק אימץ את הלכת אפרופים – שם, פס' 28 לפסק-דינו של השופט ריבלין); ע"א 1062/09 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' בינר, דינים עליון 2012(33)

ולכן הלכת אפרופים, גם אם לא בוטלה, בוודאי תוקנה בחלקה.<sup>132</sup> כדי לענות על השאלה יש לחזור למשולש – טקסט, יוצר, פרשן – במטרה לבחון עד כמה הטקסט הנוכחי של סעיף 25(א) מגשים את כוונת יוצרו, המחוקק, ועד כמה נותר לפרשן חופש פעולה לאחר תיקון החוק. לשם כך יש לערוך השוואה מדוקדקת בין שני הטקסטים – סעיף 25(א) המקורי וסעיף 25(א) החדש. אומנם, הסעיף המתקן מזכיר מפורשות את "לשון החוזה", ובמובן זה מבליט את העיקרון של דבקות במסמך החוזי, אולם הוא מעורר בעיות פרשנות לא־קלות.

כאמור, כאשר הוצג התיקון בכנסת, ציין חבר־הכנסת רותם כי פסק־דין אפרופים "מעניק משקל שווה בפרשנות החוזה ללשון החוזה ולנסיבות כריתתו. פרשנות זו... יצרה חוסר ודאות משפטית ופתחה פתח לריבוי מחלוקות והתדייניות". ציינתי כי הנוסח המקורי של סעיף 25(א) העניק עדיפות למסמך, ללשון הטקסט, אך אפשר פנייה לנסיבות כאשר ההסכמה לא השתקפה במלואה מן המסמך. לעומת זאת, הנוסח החדש של סעיף 25(א) מעמיד, באופן מוזר, את המסמך והנסיבות על בסיס שווה. אומנם הסיפא של הסעיף המתקן מדגיש כי "אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו", אך בעוד שבנוסח הקודם היה זה הכלל הפותח־הראשוני, כאן הוא הועבר לסיפא. במילים אחרות, העיקרון של עליונות המסמך עלה בבהירות וביתר תוקף דווקא מנוסחו הקודם של הסעיף.

249 (2012) (שבו פסקה השופטת נאור כי התיקון אימץ את ההלכה – שם, פס' 13); דנ"א 1797/12 ליסטר נ' פרידנברג, דינים עליון 2012 (109) 1414 (2012) (שבו הסיקה השופטת ארבל כי הלכת אפרופים ממשיכה לעמוד בעינה – שם, פס' 11); איל זמיר "אפרופים עדיין כאן – כיצד יפורש החוק בנושא פירוש חוזים" עורך הדין 11, 98 (2011); איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5 (2012). לאזכור התיקון אגב אורחא, ללא התייחסות למשמעותו, ראו ע"א 3375/06 קמטק מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, דינים עליון 2011 (39) 1267, פס' 10 לפסק־דינו של השופט פוגלמן (2011). השופט פוגלמן אינו בורק את התיקון שכן החוזה נכרת קודם לו. בדברים אלה גלומה הנחה סמויה שהחוק המתקן משנה את הדין. להתנגדות להנחה זו ראו עניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל, פס' 30 לפסק־דינו של השופט ריבלין.

132 ראו ע"א 11039/07 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ, דינים עליון 2011 (93) 461 (2011) (שבו קבע השופט דנציגר, בדעת יחיד, כי עמדת המחוקק נותנת משקל מכריע ללשון החוזה, אך אינה שוללת פנייה לנסיבות חיצוניות כאשר הלשון החוזית אינה ברורה – שם, פס' 3). כן ראו יורם דנציגר וצביקה מצקין "האם שבו הצדדים להיות שליטי החוזה לאחר תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973?" משפט ועסקים טו 27 (2012); עניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 131 (שבו קבע השופט הנדל, בדעת יחיד, כי הלכת אפרופים תוקנה בחלקה. היא אומצה בכך שבכל מקרה ניתן להגיש ראיות חיצוניות לגבי החוזה, אולם יש להבדיל בין שני סוגי חוזים: הראשון, הנידון ברישא של התיקון, הוא כאשר כוונת הצדדים אינה משתמעת מהחוזה – במקרה זה ניתן להגיש ראיות חיצוניות לגבי כוונת הצדדים; השני, הנידון בסיפא, הוא כאשר כוונת הצדדים משתמעת מהחוזה – כאן ניתן להגיש ראיות חיצוניות רק לגבי השאלה אם כוונת הצדדים משתמעת מהחוזה, ואם כן, יש לפרש את החוזה רק מתוכו. מכאן שלגבי הנקודה האחרונה אכן תוקנה הלכת אפרופים); עניין פלוני, לעיל ה"ש 71, פס' 4 לחוות־דעתו של השופט הנדל (דעת יחיד); נילי כהן "הניסוח בעייתי, התכליתי ברורה" עורך הדין 11, 102 (2011).

סדר הדברים של הסעיף הנוכחי – אשר מתייחס לנסיבות ולמסמך באופן שווה, ומציב רק בסופו את הכלל של עליונות המסמך – מקטין את משקל הטקסט, ומעמעם את הנחת היסוד שלפיה המסמך החוזי הוא בסיס הפרשנות. נכון שעקרון הפרשנות הוא כללי, ובמקרים שבהם קיים פער משמעותי בין המתקשרים מוצדק להתייחס לנסיבות. אולם, כאמור, אם התיקון נועד לבטל את הלכת אפרופים ואת השוויון שהלכה זו קבעה בין המסמך לבין הנסיבות, ספק אם הוא הצליח לבטא זאת מילולית. זר הרואה לנגד עיניו את שני הטקסטים מבלי להיות מודע לרקע שהצמיח את התיקון לסעיף 25(א) יכול להסיק שכוונת התיקון הייתה לתת משקל עודף לנסיבות, וזאת בניגוד גמור לכוונת המחוקק המקורית בסעיף המתקן, אשר הובעה על-ידי יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט. אך אפשר שדווקא זה המקום המתאים לאמץ את שיטתו של ברק: אי-אפשר להפריד את הטקסט החדש מהנסיבות, שמהן ברור כי הכוונה הייתה לשנות את הלכת אפרופים. אילו התכוון המחוקק להשלים עימה, לא היה צורך בחקיקת הסעיף, שהרי חזקה היא שאין המחוקק מחוקק לריק, ואם חוקק, משמע שהתכוון לשנות את המצב העולה מהלכת אפרופים, ולא לאמצה.

זאת ועוד: כזכור, שאלת היחס בין הנסיבות לטקסט לא הייתה עיקר הדיון בעניין אפרופים,<sup>133</sup> וכבר צוין כי ההערות הרבות בעניין זה לא נדרשו לדיון. הסמכות שנטל לעצמו בית-המשפט בעניין אפרופים, אשר אפשרה לו לתקן את החוזה בניגוד ללשונו ובהעדר טעות, נבעה מהעיקרון של פרשנות חוזה במובן הרחב, האובייקטיבי, היונקת מעקרון תום-הלב. התיקון של סעיף 25(א) אינו מתייחס מפורשות לזיקה שבין עקרון תום-הלב לבין פרשנות חוזה, ומלשון התיקון כשלעצמה אי-אפשר להסיק כי עקרון תום-הלב נדחק וכי אי-אפשר להפעילו כדי לתקן את החוזה במקרה דוגמת אפרופים.

כאמור, כוונת המחוקק המקורית בתקנו את סעיף 25(א) הייתה אכן לדחוק את עקרון תום-הלב ולצמצם את תחולתו בהקשר של פרשנות חוזה. מדברי ההסבר לתיקון אנו למדים כי בניגוד לכלל הפרשנות הקודם, לא יוכל עתה בית-המשפט לתת לחוזה פירוש שאיש מהצדדים אינו טוען כי הוא מבטא אל-נכון את כוונתם כפי שהשתמעה מהמסמך בעת כריתת החוזה. אך נוסח התיקון, פרי פשרה של קבוצות שונות במהלך החקיקה, מפגיש אותנו עם הדילמה הפרשנית הקלסית: האם מוצדק להפריך את הנחת היסוד שלפיה הטקסט שולט על הנורמה? האם נכון לצאת מהטקסט המתקן של סעיף 25(א) וללכת אל הנסיבות – במקרה דנן אל הרקע שיצר את הבסיס לתיקון ולהצעת החוק?

האירוניה הגדולה היא זו: אילו החילו תומכי אפרופים את דרך פרשנותם באותו פסק-דין גם על פרשנות החוק, בשינויים המחויבים, הם היו צריכים בוודאי להתחשב בנסיבות ולפרש את הסעיף לפי כוונתו. כלומר, היה עליהם לדחוק את צלע הטקסט, ולהבליט את הצלעות של כוונת המחוקק והפרשן, העומדות בניגוד לתפיסתם. ואילו החילו מתנגדי אפרופים את דרך פרשנותם באותו פסק-דין גם על פרשנות החוק, בשינויים המחויבים, הם היו צריכים בוודאי להעמיד במרכז את לשון החוק המתקן ולפרש את הסעיף על-פיה. כלומר, היה עליהם לדחוק את הצלעות של כוונת המחוקק והפרשן, ולהבליט את צלע הטקסט, שאינה מתיישבת במובהק עם עמדתם.

133 הצדדים ביקשו מבית-המשפט לפרש את הטקסט בלבד. ראו לעיל לפני ה"ש 92.

בפועל הפרשנות הפסיקתית של תומכי אפרופים לגבי התיקון לחוק כופרת בטענה שכוונת החוק המתקן הייתה להעניק עדיפות ללשון ולבטל את הלכת אפרופים, שכן נוסחו של החוק שונה מהצעת החוק, והוא פרי פשרה בין קבוצות שונות שהיו שותפות להליך החקיקה.<sup>134</sup> מכאן שעל-פי פרשנות זו אין מתעורר כל ניגוד בין כוונת המחוקק לבין לשון החוק. פרשנות זו אף טורחת להדגיש את משמעותה (אם כי לא עדיפותה) של הלשון בפרשנות חוזה,<sup>135</sup> ומכאן שהיא מצמצמת – אך לא מבטלת – את הפער בין תומכי ההלכה למתנגדיה. ואילו הפרשנות הפסיקתית של מתנגדי אפרופים לגבי התיקון לחוק הרי ממילא מצמצמת את המשמעות של כוונת המחוקק,<sup>136</sup> ושמה דגש בתוצאה המוגמרת המשתקפת מן הטקסט, אשר מהווה כאמור פשרה בין הגישות השונות. אך על-פיה הסיפא מתקן את הלכת אפרופים, בהעניקו מעמד מכריע ועדיף ללשון במקרה שבו החוזה משקף את הסכמת הצדדים באופן בלעדי.<sup>137</sup>

מהן ההשלכות של פרשנויות אלה במישור הראייתי? תומכי אפרופים ביטלו את תורת שני השלבים, ומבחינתם אין מניעה להציג כל ראייה רלוונטית לפרשנות של הסכמת הצדדים; ואילו מתנגדי אפרופים מציבים סייגים בעניין זה, בהבחינם בין חוזה שלשונו אינה מפורשת (הנידון ברישא), שאז ניתן להגיש כל ראייה רלוונטית, לבין חוזה מפורש שאומד-דעת הצדדים משתמע מלשונו (הנידון בסיפא). במקרה האחרון ניתן להציג ראייה רק לצורך בחינת השאלה אם אומד-דעת הצדדים משתמע מלשון החוזה.<sup>138</sup>

מה חבל שמועקת אפרופים ממשיכה ללוות גם את התהליך החקיקתי ששאף להסירה.<sup>139</sup> היה ראוי שנורמת חקיקה המבקשת לחולל שינוי שנועד להבליט את הצלע של הטקסט המחייב תאפשר לנמעניה להבין בקלות יחסית את המסר העולה ממנה על-פי לשונו של החוק המתקן. כוונת התיקון במקורה הייתה רצויה. אין אלא להצטער על התמוססותה החלקית במהלך שלבי החקיקה, ועל כך שהיא לא הובהרה כראוי. אבל אולי לאחר שבית-המשפט סיבך וערפל לא לצורך את הטקסט המקורי והברור של סעיף 25, וגרר את המחוקק

134 עניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 131, פס' 22–27 לפסק-דינו של השופט ריבלין. בפס' 29 מסביר השופט ריבלין כי הוא אכן נוקט אותה שיטה בפירוש חוק כמו בפירוש חוזה: כדי לתת ביטוי לכוונתו האמיתית של המחוקק, הוא נאלץ לחרוג מן הפשט של הלשון ולבחון את הנסיבות שליוו את התיקון.

135 שם, פס' 15 ו-30 לפסק-דינו של השופט ריבלין: חוזה יפורש לפי כוונת הצדדים לחוזה. רק כאשר אי-אפשר לאתר את התכלית הסובייקטיבית, יפורש החוזה, בלית בררה, בהתאם לתכלית האובייקטיבית, המשמשת מוצא אחרון. ללשון החוזה יש מקום מרכזי וחשוב.

136 שם, פס' 1–2 לפסק-דינו של השופט הנדל: תחילתו של התיקון ברצון לשנות שינוי רחב, וסופו בפשרה. הפרוטוקולים בדיון משקפים עמדות שונות של קבוצות שונות. נציגי משרד המשפטים ביקשו בעיקר לבלום את הליך החקיקה.

137 שם, פס' 5 ו-8 לפסק-דינו של השופט הנדל; עניין פלוני, לעיל ה"ש 71, פס' 4 להחלטתו של השופט הנדל.

138 עניין המוסד לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 131, פס' 4–8 לפסק-דינו של השופט הנדל.

139 אך השופט ריבלין מבקש לצמצם הפעם את המחלוקת, בהצביעו על זהות מהותית – אך לא טרורית – בין גישתו של לבין זו של השופט הנדל. ראו שם, פס' 40 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

לניסוח מורכב יותר ומוצלח פחות, יהיה אפשר, דווקא באמצעות הניסוח החדש, להגיע לפרשנות ראויה.

### 3. עד כמה ניתן להתנתק ממסורת קודמת

בראשית הדברים הצבעתי על ההבחנה בין פרשנות משפטית לפרשנות ספרותית.<sup>140</sup> הבחנה נוספת נוגעת באינטגרציה בין הפרשנות לטקסט: בעוד הפרשנות הספרותית או האומנותית, הנהנית ממידה גדולה של חירות, נשארת מחוץ ליצירה, ולעיתים אף נהפכת ליצירה בפני עצמה, הפרשנות המשפטית נהפכת לחלק מהטקסט. העובדה שפרשנות משפטית נהפכת לחלק מן הטקסט מעוררת בעיה, שכן הטקסט הנצבע בצבעיו של הפרשן מתנתק מהיוצר המקורי, הופך את הפרשן לשותף פעיל בהליך החקיקה, ולעיתים אף משליט אותו על הטקסט המקורי. זו הסיבה לכך שיש שיטות משפט (דוגמת המשפט העברי)<sup>141</sup> המתנגדות לתורת התקדים המחייב. לא ייפלא שטרם העלאתה של התורה שבעל־פה על הכתב התעוררה מחלוקת אם ראוי לעשות כן. בסופו של דבר – כדי למנוע שכחה, כך נטען – הועלתה התורה שבעל־פה על הכתב, ונהפכה לחלק ממנו.<sup>142</sup> יש אף האומרים כי חלק זה, המשני (כפי שעולה אולי מלשונו – המשנה), מאפיל בפועל על התורה שבכתב.<sup>143</sup> שאלת היחס בין חקיקה מתקנת לקודמתה העסיקה מאוד את יוסטיניאן, קיסר ביזנטיון, אשר בנה את הקוד האזרחי שלו (Corpus Juris Civilis) על בסיס המשפט הרומי. כדי למנוע

140 ראו לעיל ליד ה"ש 2-3.

141 חיים כהן "על התוקעים עצמם לדבר הלכה" מבחר כתבים 41 (1992); זרח ורפהטיג "התקדים במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ו-1, 105, 122 (1979). אך מובן שקיים מתח בין השחרור מכבלי התקדים לבין כבודה של המסורת – מתח שבא לידי ביטוי במשנה, עדויות א, ה: "...שאינן בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמניין...".

142 בבלי, תמורה יד, ע"ב: "כתוב אחד אומר 'כתוב לך את הדברים האלה', וכתוב אחד אומר 'כי על פי הדברים האלה, לומר לך דברים שעל פה – אי אתה רשאי לאומרן בכתב, ושכתב – אי אתה רשאי לאומרן על פה. ותנא דבי רבי ישמעאל: 'כתוב לך את הדברים האלה' – אלה אתה כותב, אבל אין אתה כותב הלכות! אמרי: דלמא מילתא חדתא שאני; דהא רבי יוחנן ור"ל מעייני בסיפרא דאגדתא בשבתא, ודרשי הכי: 'עת לעשות לה' הפרו תורתך', אמרי: מוטב תיעקר תורה, ואל תשתכח תורה מישראל".

143 בבלי, גיטין ס, ע"ב: "אמר ר' יוחנן: לא כרת הקב"ה ברית עם ישראל אלא בשביל דברים שבעל פה, שנאמר: 'כי על פי הדברים האלה כרתי אתך ברית ואת ישראל' (שמות לד, כז)". ראו גם מיכאל ויגודה "כי על פי הדברים האלה כרתי אתך ברית": כתיבת התורה שבעל־פה – איסור שהפך למצווה" פרשת השבוע 244, 1 (התשס"ו).

השוו האגדה התלמודית על תנורו של עכנאי (בבלי, בבא מציעא נט, ע"ב), שממנה נובע כי יוצר הטקסט מאבד את השליטה בו, וזו מוקנית לפרשן. באותו מקרה יצאה בת־קול מהשמים והכריזה כי רבי אליעזר, בעל דעת המיעוט במחלוקת, הוא הצודק. אך כדי לבסס את סמכותם של חכמים לקבוע הלכה ברוב דעות כנגד דעת המיעוט של רבי אליעזר, משתמש רבי יהושע בפסוק "לא בשמים היא" (דברים ל 12), תוך הוצאתו מהקשרו המקראי המקורי. כלומר, רבי יהושע יוצא נגד דבר האל (המשתקף מדברי בת־הקול) על־סמך פסוק מהתורה (שגם הוא דבר האל) תוך שינוי משמעותו המקורית של הפסוק.



- או לפחות לצמצם - את הבעיה של צביעת הטקסט במעטה הפרשנות, ציווה יוסטיניאן לכלול ב"Corpus Juris Civilis" פרשנות מוסמכת וכן להטיל במסגרתו איסור על שימוש במקורות המוקדמים של המשפט הרומי שעליהם הסתמך הקוד שלו.<sup>144</sup> יוסטיניאן, שביקש לשלוט בטקסט שיצר ובפרשנותו, לא הסתפק בכך. במטרה להבטיח את אכיפתה המלאה של הוראתו, הוא ציווה גם על שרפת הספרים שציטוטם היה אסור. מסתבר ששרפת הספרים הייתה יעילה למדי, שכן היא חסמה בפני הדורות הבאים את האפשרות לחקור במדויק את המשפט הרומי. לעומת זאת, ההוראה שאסרה פרשנות של הקוד לא נאכפה בצורה יעילה, והתעלמו ממנה עוד בימי חייו של יוסטיניאן.<sup>145</sup>

דוגמות אלה חושפות את המתח שבין הפרשן לבין טקסט המחייב - מתח שבא לידי ביטוי עדכני יחסית בפרשנות של החקיקה הישראלית החדשה, אשר ביקשה להתנתק מהמשפט האנגלי. למרות ההסדר החדש בחקיקה הישראלית וההוראה בעניין עצמאות החוק, הוסיפו השופטים לפנות לא אחת לפרשנות הקודמת שלאורה חונכו ואשר על-פיה נהגו במהלך כל השנים.<sup>146</sup> הניסיון להתנתק ממקור הפרשנות הקודם יכול להיות יעיל אפוא רק אם הוא מלווה שכנוע פנימי עמוק ומודעות לצורך להתנתק.

נקודה זו מקשרת אותנו לתיקונו של סעיף 25(א). במובן-מה ביקש המחוקק לעשות כמעשה יוסטיניאן, ולהתנתק מעקרון הפרשנות שנהג על-פי הלכת אפרופים.<sup>147</sup> אלא שהתיקון לא ביקש ליצור נתק מוחלט מהעבר. הכוונה הייתה להינתק מהעבר הקרוב, ולא הרחוק, שהרי יש לנו עבר כפול - זה שלפני אפרופים וזה שאחריו. ובעתיד, כך התכוון המחוקק לומר, יש להעדיף את המסורת שלפני אפרופים. אך כפי שמעידה ההיסטוריה, גם אילו קבע זאת המחוקק מפורשות, ספק אם היה אפשר להבטיח שהפרשן העתידי יכבד את הציווי החקיקתי, במיוחד לנוכח האפשרות לחזור ולהפעיל את עקרון תום-הלב. ומשעה שהטקסט שבחר המחוקק אינו מבהיר את כוונתו כראוי, העניין שנוי במחלוקת. שופטי בית-המשפט העליון הנמנים עם חסידי אפרופים קבעו כי ההלכה בעינה עומדת, וכי היא מעולם לא בוטלה. כך ניתן לחזור ולהפעיל את עקרון הפרשנות הקודם, המאפשר התערבות גורפת בחוזה בניגוד לכוונת המחוקק המקורית ובניגוד למה שהצדדים הסכימו עליו.

אולם, כאמור, השאלה אם ניתן להתנתק מעקרונות פרשנות קודמים תלויה בתודעתם של הפרשנים ובמידת הזדהותם עם אותם מקורות שמהם ביקש החוק להתנתק. ראשית, לא כל השופטים מקבלים את הלכת אפרופים ואת הטיעון שהתיקון לחוק שימר את ההלכה. שנית, למרות "שבועת האמונים" להלכת אפרופים בחלק מהפסיקה, נראה כי מידת ההזדהות עימה אינה עמוקה.<sup>148</sup> שלישית, אפילו תומכי אפרופים המושבעים מבקשים לצנן את הקוטבינות, בהדגישם כי ההלכה חודדה, עוצבה ואולי אף מותנה בפסיקה מאוחרת יותר; כי ללשון

144 JOHN HENRY MERRYMAN, THE CIVIL LAW TRADITION 7-14 (1969)

145 שם, בעמ' 7.

146 ראו את הוויכוח בעניין זה בין אהרן ברק ודניאל פרידמן: אהרן ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה הישראלית החדשה: סיכונים וסיכויים" משפטים ז 15 (1976); אהרן ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג 5 (1973); דניאל פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה 463 (1977).

147 ראו לעיל ליד ה"ש 128-129.

148 ראו לעיל תת-פרק 21.

החווה יש מעמד משמעותי; וכי לתכלית האובייקטיבית (כלומר, זו שאינה נשענת על כוונת הצדדים) יש לפנות רק בלית בררה וכמוצא אחרון.<sup>149</sup>

פסק־דין אפרופים יצר מערבולת זמנית, אך דומה שהוא לא הצליח לשרש את כלל־היסוד בפרשנות חוזים, שמקורו בחופש החוזים, ואשר עיקרו הוא נאמנות לכוונת הצדדים, כפי שזו באה לידי ביטוי במסמך שיצרו. נראה שבמעין תנועת מלקחיים פעלו המחוקק והקהילה המשפטית כדי להכריח את הלכת אפרופים. למרבה הצער, לשונו של התיקון החקיקתי לא עלתה יפה. למרות זאת, הסיכויים להגשמת תוחלתו של התיקון החקיקתי – שביקש להחזיר עטרה ליושנה, לפחות ככל שמדובר בחווה העסקי – נראים גבוהים. היא הרי ממומשת כבר הלכה למעשה.

### ח. הסכנה שבכתב, פרשנות־יתר ושליחות הפרשן

לקראת סוף הדיאלוג בפיידרוס מספר סוקרטס סיפור, שמקורו במצרים, האומר לנו כך: האל תות, ממציא החשבון, ההנדסה ושאר מדעים, הגיע לאמון, מלך מצרים, כדי להעניק לו את המצאותיו הרבות. כאשר הציג האל את מתנת הכתב, הוא ציין כי זו המתנה המושלמת, משום שבכתב מצוי קסם מופלא המבטיח חוכמה וזיכרון. להפתעתו של האל, לא היה המלך שותף להתפעלותו. הוא הביע חשש שמעתה יישענו בני־האדם על הכתב, ולא על זכרונם, ובכך ישקעו בשכחה ובניווון.<sup>150</sup> סוקרטס, שהביע פקפוק ביתרונות הכתב, נאה קיים. הוא עצמו לא כתב דבר, וכל מה שהגה הגיע אלינו באמצעות תלמידיו. אפשר שהישענות יתרה על הכתב מנוונת את הזיכרון הפעיל, אך הניתן למצוא תחליף נאות לכתב באותם מקרים שבהם תפקידו הוא להנציח – "לגבור על הזמן, על השכחה, על הטעות, על השקר?"<sup>151</sup> ועם זאת, כיצד ניתן למגר את הניווון וההקפאה של הטקסט הכרוכים בהנצחתו? אפלטון, תלמידו של סוקרטס, הציע להתגבר על בעיה זו הן על־ידי הטלת ספק בכל טקסט, הן על־ידי יצירת דיאלוג עימו.<sup>152</sup>

הטקסט, הדיאלוג והספק הן מילות־מפתח בפרשנות. פרשנות היא יצירת דיאלוג בין הפרשן לבין הטקסט וכותבו, ולעיתים היא מחייבת הטלת ספק בטקסט. בהקשר המשפטי הטלת ספק היא ראויה, ולעיתים הכרחית. כאשר לידי של שופט מגיע טקסט, עליו לבחון אותו תוך הטלת ספקות רבים: האם הכתב אותנטי? מה תכליתו? מה משמעותו? מה מידת המחויבות למה שכתוב בו? אולם בשיטת משפט שבה יסודות הכפייה והוודאות ממלאים תפקיד מרכזי יש גבולות להטלת הספק. תפקידו המכריע של הפרשן הוא ליצור דיאלוג עם הטקסט על־ידי פנייה לכוונת יוצריו. על הפרשן לפענח את הכתוב ולתת לו משמעות

149 עניין המוסר לביטוח לאומי, לעיל ה"ש 131, פס' 13-16 לפסק־דינו של השופט ריבלין.

150 אפלטון כתיב אפלטון כך ג 418-419 (מהדורה שמינית, יוסף ג' ליבס מתרגם, 1999). למוצא הכתב ראו בארת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 96-97, 104.

151 בארת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 116.

152 ראו בהקשר דומה ז'אק דרידה מחלת ארכיב (מיכל בן־נפתלי מתרגמת, 2006), שנכתב כמענה לספרים של פרויד (להלן ה"ש 157) וירושלמי (להלן ה"ש 158): פעולת ההדפסה מנציחה את הזיכרון, מצד אחד, ובה־בעת בולמת את החיים על־ידי שימור הזיכרון; היא מקבעת את העבר ודנה לכליה את כל מה שלא נמצא בה.

בהתאם למה שנמצא בו. כשלוח נאמן, עליו להעמיד במרכז את שולחיו – יוצרי המסמך – ואת ההסמכה שהללו העניקו לו.<sup>153</sup>

לא אחת אנו עדים להיטשטשות סדר הדברים. הספר החשוב ביותר בדיני חוזים במשפט האנגלי – GUENTER H. TREITEL, THE LAW OF CONTRACT – לא הכיל פרק בנושא פרשנות אלא רק במהדורה השתי-עשרה. מהדורה זו, שהותקנה על-ידי Edwin Peel, יצאה לאור בשנת 2007, וגם בה (וכן במהדורה השלוש-עשרה, שיצאה לאור בשנת 2011) ערך זה הוא קצר למדי.<sup>154</sup> עמדתו הקודמת של Treitel, אשר לא כללה דיון בפרשנות חוזה, היא קיצונית. ראוי שספר העוסק בדיני חוזים יכלול פרק בנושא של פרשנות חוזה. אך נכון שלא הכל פרשנות. כאשר הפעילות המשפטית כולה נתפסת כפרשנות, המחוקק, המתקשרים ושאר יוצרי הנורמות נדחקים אל שולי הבמה, ובמרכז הבמה ניצב הפרשן.

נגד טשטוש זה יצא לפני שנים אחדות אומברטו אקו, סופר ופרופסור לתורת הפרשנות, בספר פולמוסי שנקרא **פרשנות ופרשנות יתר**.<sup>155</sup> אקו בוחן את המשולש טקסט-יוצר-פרשן, ומבקר את אובדן המחויבות לטקסט. לא הכל פרשנות, אומר אקו. הפרשן אינו אבי הטקסט. הוא נאמנו של הטקסט ושל יוצריו. משימתו העיקרית צריכה להיות שחזור והחייאה. ברור שהמשימה אינה קלה. תודעת הפרשן, הבנתו, דעותיו – כל אלה מגבילים את האופק הפרשני שלו. אך הפרשן הרי מודע לכך, ובמידת האפשר עליו להתנתק מעצמו ולראות את נקודת-המבט של יוצרי הטקסט. ברוח דברים אלה ציין James Boyd White:

"תהליך קריאתו של הטקסט הישן אל תוך ההקשר הנוכחי, ממש כמו תהליך קריאתם של טקסטים ספרותיים ויצירות אומנות, מחייב שינויים: לא ניתן פשוט לשחזר את 'הטקסט המקורי' שכן ההקשר שהוא פועל בו ושואב ממנו את משמעותו השתנה. לתרגם, לפרש משמעם תמיד לאבד משמעות... עם זאת עורך הדין והשופט עובדים במסגרת סמכותו של הטקסט המקורי והחייבים לו נאמנות. בכך כמוהם כמתורגמני או פרשן של יצירות אומנות החייבים נאמנות בעת ובעונה אחת הן למקור והן לעולם ולשפה שהם מתרגמים אליה."<sup>156</sup>

קריאתו של White לנאמנות לטקסט המשפטי עולה בקנה אחד עם קריאתו של אקו, אשר התייחס בספרו לא אחת לפרשנותו של טקסט דתי. קריאתו ופרשנותו של טקסט דתי שונה בתכלית אם תופסים אותו כיצירה תרבותית. טקסט דתי מחייב את קוראיו המאמינים. אך הפרשן התרבותי, חרף חובת הנאמנות שלו למקור, אינו כבול למה שמתחייב מהטקסט, והוא יכול להפיה בו רוח חיים, החורגת מכל משמעות רוחנית מחייבת. דמותו המקראית

153 השוו חיים ה' כהן "פרשנות נאמנה – תלתא משמע" משפטים 5 ז (1976), אשר דן, בין היתר, בנאמנותו של מפרש החוק למחוקק, יוצרה של הנורמה, ובאפשרות לסטות מלשון החוק במקרים חריגים מוגדרים.

154 TREITEL-PEEL, לעיל ה"ש 64, ס' 6-006.

155 אומברטו אקו **פרשנות ופרשנות יתר** (ניב פרקש מתרגם, 2007). לתגובה ראו ריצ'רד רורטי "דרכו של פרגמטיסט", שם, 91, 91-110.

156 JAMES BOYD WHITE, FROM EXPECTATION TO EXPERIENCE: ESSAYS ON LAW AND LEGAL EDUCATION 107 (1999), כפי שתרגמה אורית קמיר במאמרה "תרגיל במשפט וספרות: המשפט כמתרגם וכמכוון זיכרון" מחקרי משפט יח 323 (2002).

של משה התקדשה בעיני מאמיניו, והיא קסמה לקוראים וליוצרים רבים המשחררים מכבלי האמונה. המסה שכתב פרויד על הפסל "משה" של מיכלאנג'לו על-פי תורת הפסיכואנליזה שלו,<sup>157</sup> ועל דמותו של משה כפי שהיא משתקפת מסיפורי התנ"ך,<sup>158</sup> היא מעשה פרשנות חורג מהיצירה המקורית. בפרשנותו העניק לנו פרויד נכס תרבותי חדש. כפרשן ספרותי-תרבותי הייתה לו חירות מלאה לעשות כן.

אך חירות כזו אינה קיימת במשפט. לכן, בעוד פרויד יכול להמריא אל על כהרמס, שליח האלים, ולפרש את הפסל משה ואת הסיפור המקראי על משה על-פי תורת הפסיכואנליזה שלו עצמו, האופק של פרשני המשפט חייב להיות מצומצם, צנוע יותר. ואם נשוב להקשרו האפרורי של החווה העסקי, חשוב לחזור ולזכור כי את התפקידים המרכזיים בפרשנותו ממלאים הטקסט החווי עצמו ומחבריו, הלא הם המתקשרים.

## ט. אפילוג – השופט מצא כשליח נאמן

### 1. הפרשן, היוצר ו"חרדת ההשפעה"

מאמר זה נכתב לכבוד השופט מצא. בעשרות רבות של פסקי-דין שהשאירו חותם עמוק בפסיקה מתגלמת משנתו השיפוטית, המבטאת נאמנות לעובדות ולנורמות המשפטיות החולשות עליהן. קל להבין ולהעריך את פסיקתו של השופט מצא על רקע הקרקע שממנה צמח. השופט מצא מונה לבית-המשפט העליון לאחר ששפט בבית-דין צבאי, בבית-משפט השלום, בבית-משפט מחוזי ובבית-המשפט העליון במינוי זמני. קודם לכן עסק בעריכת-דין. עמדותיו השיפוטיות מבטאות את בית-הגידול שממנו צמח. הזיקה לחיי מעשה בולטת בפסיקותיו. העשייה השיפוטית שלו ספוגה במחויבות ובתחושת שליחות כלפי המתקשרים וכלפי כלל ציבור המתדיינים. מחויבות זו כרוכה בצורך לערוך איזון עדין בין ההכרעה הקונקרטית לבין השלכותיה האפשריות בעתיד. רוב פסקי-הדין שלו מבטאים נאמנות כלפי יוצרי הנורמה, בין שמדובר במחוקק, במְצוּוה או בצדדים לחוזה.

היסטוריה של כללים כלשהם – בין כללים משפטיים, בין כללים לשוניים – מהווה פשרה בין אלה המבקשים לשמור על הרפוסים הקיימים לבין אלה המבקשים לחולל מהפכות או לארגן מחדש את הכללים.<sup>159</sup> לא אסתכן אם אכליל ואומר שההיסטוריה של כל תרבות משקפת מתח בין המחויבות לנכסי עבר לבין החידוש היצירתי.

בהקשר הספרותי בחן הרולד בלום את התופעה מנקודת-מבטו של המשורר או הסופר, אשר תודעתו ספוגה ביצירות העבר אך הוא מבקש להטביע חותם משלו בעולם. בלום אפיין את המתח היצירתי הזה בביטוי המוצלח "חרדת ההשפעה".<sup>160</sup> הרעיון יושם גם בשדה

157 זיגמונד פרויד "משה של מיכלאנג'לו" משה האיש והדת המונותיאיסטית – מבחר כתבים ז 159 (רות גינזבורג מתרגמת, 2009); לורנד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 189.

158 זיגמונד פרויד "משה האיש והדת המונותיאיסטית" משה האיש והדת המונותיאיסטית – מבחר כתבים ז 15 (רות גינזבורג מתרגמת, 2009); יוסף חיים ירושלמי משה של פרויד (דן דאור מתרגם, 2006).

159 Fuller, לעיל ה"ש 19, בעמ' 803.

160 הרולד בלום חרדת ההשפעה (עופר שור מתרגם, 2008).

המשפט, והשתקפותה של "חרדת ההשפעה" נבחנה במשפט בהקשר של תורת התקדים. מנקודת-מבטו של השופט מתעוררת השאלה כיצד עליו ליישב בין מחויבותו לפסיקת עבר, אשר מבטיחה יציבות ושוויון ומטביעה על פעולתו חותם ברור של לגיטימיות, לבין שאיפתו להינתק מפסיקת העבר כדי לשפר את המשפט ולעשותו צודק יותר, וגם להטביע בו חותם אישי.<sup>161</sup> כמובן זה, המהפכנות הגלומה בהלכת אפרופים כאשר לפרשנות חוזה, כמו-גם ההתנתקות ממנה, משקפות מופעים שונים של תסמונת "חרדת ההשפעה": בשני המקרים מדובר בשופטים המבקשים להינתק ממורשת העבר ולקבוע כללים חדשים. אלא שבעוד שבכל הנוגע בחידוש הגלום בהלכת אפרופים, "חרדת ההשפעה" שהניעה את החידוש לא הצדיקה את שינוי הכללים, לא כך הדבר לגבי הניסיון לבטלה. ההתנתקות מעניין אפרופים שיקפה "חרדת השפעה" מוצדקת ושאיפה לשקם את הכלל הקודם במטרה להבטיח את שליטתם של הצדדים בנורמה שיצרו וכן יתר ודאות ועקביות.

לדילמה הפרשנית הספציפית שלפנינו יש הקשר כללי רחב יותר, הנוגע בשאלה מהם דיני החוזים הראויים או מהו המשפט הראוי. בעניין זה קיימות שתי גישות מרכזיות מתחרות: הגישה הפורמלית, הדבקה בכללים המסורתיים ונותנת עדיפות ללשון החוזה; והגישה האנטי-פורמלית, המהותית (התכליתית או ההקשרית), הנותנת עדיפות לערכים של סבירות והגינות, מתוך חתירה לתוצאה הנראית צודקת בעיני השופט בנסיבות המקרה.<sup>162</sup> לגישה האנטי-פורמלית יש הצדקות משכנעות כאשר מדובר במתקשרים שיש ביניהם פער משמעותי בכוח המיקוח, אך לא כאשר מדובר בצדדים עסקיים מנוסים. בוודאי אין לתמוה על כך שמחקרים אמפיריים מעידים כי בארצות-הברית צדדים לחוזה עסקי מעדיפים כללים פורמליים, ובהתאם לכך גם מכוונים את מקום ההתדיינות שלהם.<sup>163</sup>

במקרים רבים של התנגשות בין עמדה פורמלית לעמדה מהותית מתעורר מתח בין הצדק הפרטי, כלומר התוצאה הקונקרטית החלה על המתדיינים, אשר פניה אל העבר, לבין הצדק הכללי, שעניינו השלכותיה הנורמטיביות של התוצאה, הצופות פני עתיד.

Kenji Yoshino, *What's Past is Prologue: Precedent in Literature and Law*, 104 YALE L.J. 471 (1994). השוו לגישה הרואה בתקדים ובחריגה ממנו ביטוי למנגנונים של בניית תרבות, שבה יצירת החדש כרוכה בהרס חלקי של הישן: נילי כהן "זיכרון, שכחה, תקדים" המשפט יג 195 (2008).

162 הגישה הפורמלית מקושרת עם הגישה הכלכלית למשפט, והיא באה לידי ביטוי בולט אצל: Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541 (2003). לביקורת ראו: James W. Bowers, *Murphy's Law and the Elementary Theory of Contract Interpretation: A Response to Schwartz & Scott*, 57 RUTGERS L. REV. 587 (2005) (הטוען, בניגוד לשוורץ וסקוט, כי צדדים מסחריים רבים היו מעדיפים גישה הקשרית).

163 ביטוי אמפירי שעשוי לבסס את הטענה כי צדדים מתחכמים מעדיפים כללים פורמליים הוא העובדה שהם מעדיפים להתדיין בניו-יורק, אשר פסיקותיה החוזיות פורמליות, ולא בקליפורניה, אשר פסיקותיה החוזיות משקפות מגמה הקשרית: Geoffrey P. Miller, *Bargaining on the Red-Eye: New Light on Contract Theory* (NYU Law and Economics Research Paper No. 08-21) (May 6, 2008), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=1129805.

דוגמה שכיחה היא כל אותן דילמות הנוגעות בדרישת הצורה, אשר אל חלקן אף התייחסותי במהלך רשימה זו. קדושת הצורה, המשקפת ערכים ציבוריים של יציבות ואובייקטיביות, מתמודדת לעיתים חזיתית עם הערכים הפרטיים של אמת וסובייקטיביות. אכן, הביטוי "hard cases make bad law" מוזכר לא אחת בהקשר של סוגיה זו, שכן השאיפה הטבעית והמיידיית להביא לידי מימוש הצדק הפרטי בין המתדיינים עלולה לגרום בעתיד לערער הכלל, לחוסר עקביות בהחלטתו, לחוסר שוויון בין מתקשרים, להוצאות התדיינות מיותרות ולעומס יתר על בתי המשפט.<sup>164</sup>

## 2. פרשנות צוואה: הטקסט, המצווה, הפרשן

הסוגיות הללו של ערכים מתנגשים ומקרים קשים היוצרים כללים בעייתיים עלו במלוא חומרתן בפסיקה העוסקת בפרשנות צוואה. בתחום זה, שבו נדרשות זהירות מופלגת וודאות מרבית לנוכח הקושי להתחקות אחר רצון המת, נידונו מקרים קשים אחדים, אשר הדגימו, לעיתים באופן דרמטי, את המתח בין הטקסט (הצוואה), היוצר (המצווה) והפרשן (בתי המשפט). היש להעדיף צורה על מהות? הראוי לתת קדימות ללשון החוק או ללשון המצווה?<sup>165</sup> בדומה לסוגיה של פרשנות הכתב בעסקת מקרקעין – שבה עלו שתי בעיות: מהו הכתב הנדרש ומתי ניתן לוותר עליו, ומהי התוצאה הנובעת מקיומו של הכתב – עוררה גם פרשנות צוואה שתי בעיות דומות: האחת, מהם היסודות הצורניים הנדרשים כתנאי לצוואה תקפה, ואם ניתן לוותר עליהם; והאחרת, מתי ניתן להתעלם מלשונה המפורשת של צוואה תקפה.

פסק הדין קניג נ' כהן מציג את הבעיה הראשונה במלוא חריפותה.<sup>166</sup> במקרה טרגי זה התאבדה אישה עם ילדתה, והשאירה פתקאות לא־חתומות וללא תאריך. באחת מהן הורתה כי בעלה, שהתעמר בה, לא יירש אותה. בית המשפט נחלק בעמדתו בשאלה אם ניתן להתייחס לפתקה זו כאל צוואה. דעת הרוב קבעה כי אפילו הפתקה אותנטית ומשקפת את כוונתה האמיתית של הכותבת, אין להתייחס אליה כאל צוואה, שכן זו לא מילאה את הדרישות הפורמליות שבחוק הירושה, התשכ"ה-1965, בשל כך שהיא לא נשאה תאריך וחתימה של האישה.<sup>167</sup> התוצאה הייתה שהבעל ירש את האישה לפי סדר הירושה החוקי, בניגוד לרצונה המפורש של האישה. עמדה פורמלית זו העניקה קדימות לחוק, לדרישת

164 לצורך בקיומם של כללי הכרעה חדים וברורים (המכוונים לציבור השופטים), כגורם מרסן בהליך השיפוטי בכללותו, ראו: Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984), reprinted in MEIR DAN-COHEN, *HARMFUL THOUGHTS: ESSAYS ON LAW, SELF, AND MORALITY* 37 (2002).

השוו לעמדתו של Fish, לעיל ה"ש 11, הרואה פרשנות כ"structure of constraints".

165 לדיון כולל, הקורא למיתון הדרישות הפורמליות נחלת העבר ושימוש במבחנים מהותיים ליישום דרישות הצורה, ראו: John H. Langbein, *Substantial Compliance with the Wills Act*, 88 HARV. L. REV. 489 (1975).

166 ע"א 86/79 קניג נ' כהן, פ"ד לה(1) 176 (1980); ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701 (1982).

167 כפי שקבע אז ס' 25 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה), אשר תוקן לאחר-מכן בחוק הירושה (תיקון מס' 11), ס"ח 1930, 313.

הצורה הקבועה בו ולעקרון הוודאות.<sup>168</sup> דעת המיעוט המשכנעת של השופט ברק, שהכירה בפתקה כצוואה, הגמישה את הדרישות הפורמליות שהחוק קובע לגבי צוואה, והעניקה עליונות לכוונת המצווה ולתחושת המוסר.<sup>169</sup>

במקרה אחר התעוררה שאלה מה דין צוואה שנערכה בעדים אך לא נשאה את חתימתו של עד אחד. בית-המשפט, בדעת רוב (השופטים מצא ושלמה לוי), פסק כי אי-אפשר להתגבר על הבעיה, ולכן אין לצוואה תוקף. השופט ברק דבק בעמדתו העקרונית, וקבע כי בית-המשפט רשאי לקיים את הצוואה אם אין לו ספק באמיתותה.<sup>170</sup>

מקרים אלה מסמנים את נצחונם של הכללים הפורמליים: טקסט המתיימר להיות צוואה אינו יכול להיחשב צוואה אם אין הוא מקיים את דרישות החוק הקובעות מהי צוואה. אלא שהניצחון הפורמלי מרגים גם את הבעיה הכרוכה בו, והיא דחיקת רצון המצווה. והנה לא עברו שנים רבות, והנטייה השתנתה. לפני בית-המשפט הגיע מקרה שעורר את השאלה הבאה: האם ניתן לתת תוקף למסמך המתיימר לבטל צוואה אם מתנוססת עליו חתימתו של עד אחד בלבד, וזאת בניגוד לסעיף 36(א) לחוק הירושה, הקובע כי ביטול צוואה צריך להיעשות בדרך שבה נעשית צוואה? השופט מצא, נאמן לעמדתו, קבע כי הביטול אינו תקף, שכן הוא סוטה מהוראת חוק הירושה. ואילו העמדה המתחרה, פרי בית-מדרשו של השופט ברק, הכפיפה את הסעיף בחוק הירושה לעקרון תוס-הלב, והעניקה גושפנקה לכוונת המצווה, אף שהיא לא עמדה בדרישות הפורמליות. כמו בעניין אפרופים, גם כאן נשאר השופט מצא במיעוט,<sup>171</sup> והשאלה הנשאלת היא מה גבולותיו של הכיוון המסתמן, ואם הוא מבשר מגמה רצויה בדיני צוואות.

168 בעקבות פסק-הדין תוקן ס' 25 לחוק הירושה באופן המאפשר לבית-המשפט להתייחס למסמך חסר כאל צוואה אם אין לו ספק לגבי רצונו החופשי והאמיתי של המצווה, וזאת בתנאי שהמסמך מקיים את "מרכיבי-היסוד בצוואה" בהתאם לסוגה (צוואה בכתב-יד, צוואה בעדים או צוואה לפני רשות).

169 לדיון ביקורתי ולהעדפת עמדת המיעוט של השופט ברק ראו: Celia Wasserstein Fassberg, *Form and Formalism: A Case Study*, 31 AM. J. COMP. L. 627 (1983); John H. Langbein, *Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills*, 87 COLUM. L. REV. 1, 49–50 (1987). השופט אלון, גם הוא בדעת מיעוט, נתן תוקף למסמך אך התייחס אליו כאל צוואת שכיב מרע: ד"נ קניג, לעיל ה"ש 166, בעמ' 729–743. עמדתו העקרונית של השופט ברק נהפכה לדעת רוב בדנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653 (2005). לניתוח המקרה בהקשר של "אין חוטא נשכר" ראו: Nili Cohen, *The Slayer Rule*, 92 BOSTON U. L. REV. 802–803, 793; נילי כהן "חוק, מוסר ו'אין חוטא נשכר'" ספר אור: מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 259, 264–266, 298, 302 (2013).

170 ע"א 127/87 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד מג(4) 341 (1989).

171 עניין אהרן, לעיל ה"ש 169. עמדת דעת הרוב עוררה סימני שאלה. ראו דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט 9, 10, 15–16 (2007). השוו לנאמר לעיל בה"ש 45 לעניין ביטול הצו המלכותי של אחשוורוש וביטול חוזה מקרקעין. ראו ע"א 1978/05 קרביס נ' קרביס, תק-על 2007(1) 538 (2007) (פסילת צוואה בכתב-יד, בין היתר בשל כך שלא הייתה בה הוראת הנחלה ברורה, וכן משום שהנייר שעליו נכתבה היה מודפס בחלקו; כלומר, עיקר הספק התייחס לגמירת-הדעת).

הבעיה שפסיקה זו עוסקת בה מתרכזת, כאמור, בשאלה אם ניתן לוותר על הדרישות החוקיות החלות על צוואה מכוח חוק, ואם כן – באילו נסיבות. היא מתמודדת עם המתח שנוצר בין שני יוצרי טקסטים: המחוקק, מצד אחד, והמצווה, מצד אחר. המחוקק קובע מתי טקסט ייחשב צוואה, ואילו המצווה קובע מה ייעשה ברכושו לאחר מותו. אלא שכדי שיהיה תוקף משפטי לרצון המצווה, הוא כפוף לדרישות שהחוק קובע. ומה כאשר המצווה מתיימר לצוות לא על-פי דרישת החוק? האם לקדש את החוק המסמיך או שמא את הטקסט המשני, זה של המצווה, אשר כוונתו לצוות ברורה אך הוא סוטה מדרישות החוק המסמיך? במובן-מה עמדתו של השופט מצא בענייני צוואות עולה בקנה אחד עם עמדתו בענייני אפרופים: אין להתערב בתוקפו של טקסט שהוצא על-ידי ריבון מוסמך – לא בחוק הירושה ולא בחוזה שעשו הצדדים לו. אך במובן אחר מדובר בפרשות שונות. בענייני אפרופים פסק בית-המשפט, בדעת רוב, בניגוד לכוונת הצדדים כפי שהשתקפה מהחוזה (אין לנו שום ראייה שכוונתם ה"אמיתית" הייתה שונה). דעת הרוב בענייני קניג ודעת המיעוט של השופט מצא בענייני ביטול הצוואה עוסקות במקרים שיש בהם ראיות לכוונה האמיתית של המצווה, ופסיקתן היא בניגוד לכוונה זו בשל העובדה שלא ניתן לה ביטוי בדרך הנאותה. הבעיה שמקרים אלה מעוררים היא אם לקבל תחליף לדרישות הפורמליות ומהי רמת השכנוע של התחליף. לכן צדק ברק בענייני קניג: התחליף הראיתי היה משכנע, והיה צידוק בנסיבות העניין לאי-קיום דרישות החוק. אך בענייני ביטול הצוואה נראה שמצא צדק, שכן רמת השכנוע הייתה נמוכה יותר, ואין זה ברור מדוע לא קוימו דרישות החוק ואם היה צידוק לכך.

אתיחס עתה בקצרה לבעיה השנייה הנוגעת במתח בין צורה ומהות בצוואות, והיא מה התוצאה הנובעת מעריכת צוואה תקפה בכתב, ואם ניתן לסתור את הכתוב בה ולשנותו בדרך שונה מזו הקבועה בחוק. שאלה זו מפגישה אותנו ישירות עם הסוגיות שעלו בענייני אפרופים.<sup>172</sup> אכן בענייני טלמצייו<sup>173</sup> החיל הנשיא ברק את הלכת אפרופים על פרשנות צוואה בנסיבות אלה: פלונית ערכה צוואה שבה היא הורשה את הכספים שבחשבון-הבנק שלה לזוכה מסוים. הסתבר שבין מועד עריכת הצוואה ליום מותה היא סגרה את חשבון-הבנק הנידון, והעבירה את כספה לבנק אחר. על פני הדברים בוטלה ההענקה, שכן המקור לתשלומה כבר אינו קיים. אולם הנשיא ברק קבע שכמו בפרשנות חוזה, גם בצוואה, לאחר מיצוי עקרון הפרשנות הצר, המאפשר פנייה ללשון ולנסיבות, ניתן לפנות לפרשנות במובן הרחב. זו מוגשמת באמצעים מגוונים, ביניהם אומד-דעתו ההיפותטי של המצווה,<sup>174</sup> גם אם אין לכך עיגון מפורש בלשון הצוואה. על-פי עקרון הפרשנות במובן הרחב, תכלית הצוואה במקרה הנידון תוגשם על-ידי תשלום הכספים לזוכה מחשבון-הבנק החדש.<sup>175</sup>

ההלכה מעוררת בעיות קשות. כאן כבר מדובר בהתערבות בטקסט של המצווה בדמות צוואה שנעשתה כדת וכדין. החשש הוא שכל יוצר של נורמה מחייבת – יהא זה המחוקק, המצווה או המתקשרים החוזיים – יהיה חשוף לסיכון שהפרשן יתערב בנורמה שהוא היה

172 לעיל ה"ש 9.

173 ע"א 1900/96 טלמצייו נ' האפורופוס הכללי, פ"ד (נג) 817 (1999).

174 שם, בעמ' 829–835.

175 השופטים אריאל ושלמה לוי הכירו בדוקטרינה של תחליף קיום כמקור חוקי לביסוס השינוי בלשון הצוואה במקרה הנידון. שם, בעמ' 839.



מוסמך לקבוע כדי להופכה לסבירה. מי שמפקפק בצדקתה של הלכת אפרופים בוודאי לא ישבע נחת מהלכת שלמצי"ו, ואולי מקל וחומר לנוכח העובדה שמדובר בצוואה. אין זה ברור אם ההתערבות עלתה בקנה אחד עם גמירת דעתה של המצווה, וספק אם היא מתיישבת עם הזהירות המופלגת שיש לנהוג כלפי לשון הצוואה.<sup>176</sup> אכן, לאחרונה הביע השופט הנדל, המבקר את הלכת אפרופים, דעה מסתייגת גם מהלכת שלמצי"ו, וזאת ברוח המגמה הכללית של חזרה לכללים הזהירים והברורים, במיוחד בהקשר של דיני ירושה וצוואות.<sup>177</sup>

### 3. הטקסט, המתקשרים, הפרשן – "הסוחר מונציה" והלכת אפרופים

רשימה זו דנה ביחס שבין הטקסט, יוצרו והפרשן, בעיקר בהקשר של חוזה עסקי, אבל גם בהקשר של חוק. השאלה מה מידת הנאמנות שהפרשן מחויב בה כלפי הנורמה המחייבת זכתה בתשובות שונות בתקופות שונות, וגם כיום היא נתונה במחלוקת. יש המעמידים את לשון הנורמה במרכז; אחרים סוברים כי היוצר וכוונתו ממלאים תפקיד מרכזי; ויש המעלים על נס את הכוונה שראוי לייחס ליוצר הנורמה, שהיא לא אחת כוונתו של הפרשן. פרשנים המתרכזים בלשון הנורמה נתפסים כבעלי גישה פורמלית, הדבקה בכללים המסורתיים, ואילו פרשנים המתרכזים בתוצאה הראויה מזוהים עם עמדה מהותית ועם ערכים של סבירות והגינות. גישה מהותית נתפסת לרוב כמבטאת ערכים של צדק ויושר, בניגוד לעמדה פורמלית, הנקשרת לעיתים עם שרירות ואטימות. אולם באופן מפתיע קורה שדווקא עמדה פורמלית עשויה להוביל לתוצאה צודקת. כך היה במחזה הסוחר מונציה, שבו נידון חוזה עסקי למתן הלוואה, שבמרכזו הסנקציה שתוטל על הלווה בגין אי-פרעון ההלוואה במועד. החוזה – שנכרת בין שיילוק, המלווה היהודי, לבין אנטוניו, הלווה, הסוחר מונציה – קבע כי אם לא יפרע אנטוניו את ההלוואה במועד, יהיה שיילוק זכאי לליטרת בשר מבשרו של אנטוניו.<sup>178</sup> חוזה כזה מעורר תמיהה התחלתית, שכן על-פי הערכים הנהוגים כיום, הוא מנוגד לתקנת הציבור ובטל. אולם מבחינת החוק הוונציאני היה החוזה שריר וקיים, ומכאן הבעיה. כאשר לא פרע אנטוניו את ההלוואה במועד, דרש שיילוק במפגיע לקבל את ליטרת הבשר של אנטוניו מכוח זכותו החוזית. אנטוניו היה מוכן להציע לו פירעון מאוחר יותר של סכום כפול ואף משולש מסכום החוב, אך שיילוק עמד על זכותו החוזית. מי שמנעה בתבונתה את התוצאה האיומה הייתה פורציה, ששימשה שופטת (בכסות גבר). שיילוק, לפי פרשנותה, זכאי על-פי החוזה לליטרת בשר בדיוק ואף לא לטיפת דם אחת, כך שביצוע החוזה היה מעניק לו דבר-מה שהוא אינו זכאי לו על-פי מילות החוזה.

בולט הדבר שהמחזה אינו מציג את המתח המוכר בין פורמליזם ומהות, שהרי לא הפרשנות המהותית היא שהצליחה לסכל את רוע הגזרה, אלא דווקא הפרשנות הפורמלית. אולם ראוי לציין שפרשנותה הפורמלית של פורציה מקוממת למדי. אם שיילוק, שהתעקש

176 ספק אם התוצאה עולה בקנה אחד עם הוראת ס' 33 לחוק הירושה, שלפיו כאשר הצוואה שתומה היא בטלה, ומכאן שהרכוש הולך ליורשים על-פי דין. לשימוש ברעיון של "תורת העקיבה" כדי להתגבר על שינוי בנכסים של המוריש, ראו ע"א 37/80 באומן נ' נתן, פ"ד לח(4) 320 (1984) (פסק-דינו של השופט גולדברג).

177 עניין פלוגי, לעיל ה"ש 71 (השופט הנדל). לכיוון הכללי ראו לעיל את ההפניות בה"ש 110.

178 ויליאם שקספיר הסוחר מונציה (מהדורה חמישית, אברהם עוז מתרגם, 2005).

על זכותו החוזית, נחשב פורמליסט, פרשנותה של פורציה היא פורמליסטית מאין כמוה, והיא נושאת אופי מגוחך, העומד בניגוד לחוזה. האפשר באמת להעלות על הדעת שאנטוניו סבר שניתן ליישם את החוזה ללא שפיכת דם?<sup>179</sup> נכון שלא נאמר בחוזה דבר על כך שמימוש זכותו של שיילוק כרוך בדם, אך הדבר טמון בעצם ההסכמה, והוא נובע מכללא מכוונתם המפורשת של הצדדים. המתח נוצר, אפוא, לא בין פרשנות טקסט-פורמלית לבין פרשנות מהותית-כנה, אלא בין דבקות פורמלית, כנה ואכזרית בחוזה (של שיילוק) לבין פרשנות פורמלית צבועה ומנוגדת לחוזה (של פורציה), שנועדה להשיג תוצאה צודקת מבחינה מהותית. בתחרות בין שתי העמדות הפורמליות גברו בסופו של דבר החסד והרחמים על חומרת הדין, שהופעל משאיפת נקם – נקמתו של הצד החלש, היהודי המדוכא המשתיך לקבוצת מיעוט נרדפת, בצד החזק, הסוחר מוונציה, שמעמדו ההתחלתי-החוקי משופר לאין ערוך, ואחריתו רק מהווה עדות נוספת לכך.<sup>180</sup> התייחסתי בראשית הדברים לרולאן בארת, המדבר על "מות המחבר"<sup>181</sup> ועל תחיתו של הקורא-הפרשן. עתה הגיעה העת לבחון אותם בהקשר הנוכחי. אכן, במטרה לשמור על חייו של אנטוניו, "המיתה" פורציה הפרשנית את מחברי החוזה, ובהעמידה את עצמה במקומם, היא יצרה בעבורם חוזה חדש.

ומה כאשר לעניין אפרופים? זה נהפך להלכה דרמטית בדיני חוזים בשל השינוי שהוא חולל וסערת הרגשות שהוא עורר. אולם רקעה העובדתי המשמים של ההלכה, נטול הנופך הדרמטי, מאפשר לבחון את המאבק בין עמדה פורמלית לעמדה מהותית ואת הסוגיה של "מות המחבר" באופן שקול וקר. גם עניין אפרופים התרכז בסנקציה חוזית בשל הפרה, אם כי שונה כמובן בתכלית מזו של הסוחר מונציה. אך בעוד שפורציה ביקשה להשמיט את הסנקציה האכזרית ולבטלה, שופטי הרוב בעניין אפרופים סברו כי יש לקרוא אל תוך החוזה סנקציה כספית שלא נכללה בו מפורשות, כדי להגשים את כוונתם של צדדים סבירים לחוזה כזה. לכאורה, המהלך השיפוטי של פורציה ושל שופטי הרוב בעניין אפרופים נע בצירים נוגדים: פורציה דקדקה בלשון והתרחקה מכוונת הצדדים, ואילו שופטי הרוב בעניין אפרופים התרחקו מלשון החוזה כדי להגשים כוונה של צדדים סבירים. אך חוזה אינו נמדד במשקפי סבירות, ואין תפקידו של בית-המשפט להפוך חוזה לסביר. התוצאה היא שהפרשנות המהותית של דעת הרוב בעניין אפרופים – אשר יצרה בעבור המתקשרים חוזה חדש, משופר – "המיתה" את מחברי החוזה.

הפרשנות הפורמלית בהסוחר מונציה והפרשנות המהותית של דעת הרוב בעניין אפרופים התרחקו מכוונת הצדדים, ולמעשה התנתקו ממנה. שתי הפרשנויות "המיתו" את מחברי החוזה. לעומת זאת, העמדה הפורמלית שהציג השופט מצא, שלפיה חרף האיחור בבנייה מצד הקבלן המדינה חייבת לשלם לו את מלוא הסכום, השאירה את מחברי החוזה בקדמת הבמה. עמדה זו עולה בקנה אחד הן עם עקרון-היסוד שלפיו בחוזים עסקיים יש לכבד את הסכמת הצדדים כפי שהיא משתקפת מן המסמך ולפעול על-פיה, אפילו היא לוקה בניסוחה, הן עם העיקרון שהמנסח הוא הנושא באחריות לרשלנות בניסוח.

179 נילי כהן "משפט ומשחק – 'הסוחר מונציה' ו'התקלה'" הפרקליט נא 407, 417-431 (2012).

180 לעמדה שלפיה המחזה מציג ניגוד בין משפט ואהבה, בין הטקס המשפטי (היהודי) לבין הכנות הנוצרית המקעקעת אותו, ראו SELIGMAN ET AL., לעיל ה"ש 17, בעמ' 137-147.

181 לעיל ה"ש 5.

ובאשר לתוצאה: בעוד הפרשנות הפורמלית בהסוחר מונציה הניבה תוצאה צודקת, הפרשנות המהותית בעניין אפרופים גררה תוצאה בעייתית. לעומת זאת, הכלל הפורמלי בעניין אפרופים, שהשתקף בדעת המיעוט של השופט מצא, לא רק התיישב עם מה שהשתמע מלשון החוזה, אלא גם היה מניב, כמו במחזה, תוצאה צודקת, שכן הוא היה מונע הטלת קנס דרקוני על הקבלן. תוצאה זו הייתה עולה בקנה אחד הן עם הצדק הפרטי, הן עם הצדק הכללי. אכן, ניתן לומר שהשופט מצא שימש שליח נאמן של המתקשרים, מחברי הטקסט, ומעשה שליחותו הבטיח צדק, וראות ויציבות.<sup>182</sup>

---

182 לשימוש בביטוי "שליח נאמן" ולדבקות בגישה המייחסת משמעות לטקסט בהקשר של פרשנות חקיקתית ראו: Thomas Merrill, *Faithful Agent, Integrative and Welfarist*: Interpretation, 14 LEWIS & CLARK L. REV. 1565 (2010).

