

# ה ע ר ו ת ל ח ק י ק ה

## סתירת מסמכים, כיצד?

הערה להצעת חוק לתקון פקודת העדות<sup>1</sup>

מאת

אפרים אברמזון\*

החוק המוצע בא לתקן את פקודת העדות ולהכניס שינוי בדיני הראיות הגוהגים בבתי המשפט עפ"י הסעיפים 80–82 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומנית<sup>2</sup>. בדברי המבוא נאמר כי הצעת החוק אינה באה לתקן את השיטה הקיימת אלא לבטל אותה כליל ולנו נראה כי יש בהצעה שימוש בקרדום חוצנים מקום שאומל מנתחים היה דרוש. לשון אחר, החוק המוצע העמיק פגיעתו מעבר לכללי הראיות והפרוצדורה אותם בא לרפא ופגע בחוק, בחוק המהותי – כוונתנו לס' 16 לחוק המוצע. הסעיף בא לבטל את הוראת ס' 80 סיפא לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומנית<sup>3</sup> ולהגהיג חופש הוכחה בסתירת מסמך בכתב. אם כיום יכול הטוען כנגד המסמך להוכיח טענתו בהגשת מסמך אחר, או בהודאתו של הנתבע או בפנקסו, הרי לפי החוק המוצע ניתן יהיה לסתור מסמך גם בראיה שבע"פ כי, "הנטיה בארצות רבות היא שלא לקבוע דיני ראיות נוקשים ולאפשר לצדדים להוכיח את זכויותיהם גם בראיה בעל-פה או בכל דרך מקובלת אחרת", כפי שמסביר לנו המבוא להצעה.

מן הראוי להזכיר את ההבחנה בין שני חלקיה של הוראת ס' 80. חלקה הראשון שייך לסוג ההוראות בעלות אופי פרובטיבי ומשמעותו היא שהסכמים ידועים צריך להוכיחם במסמך בכתב<sup>4</sup>. אין זו הוראת חוק קונסטיטיוטיבית האומרת כי בלעדי הכתב לא יכון ההסכם אלא מטרתה להשיג כי עשיית הסכמים ידועים תוכח בדרך בטוחה ומהימנה. בהיותה במהותה הוראה פרובטיבית הקלו בה בתהמ"ש וקבעו "ראשית הראיה-דיה" ואם בכתב החילות רשאי הנך להמשיך אף בראיות שבע"פ. לא זה הוא הרעיון העומד מאחורי חלקו השני של ס' 80. במטרתו דומה הוא לכלל בדבר העדות החיצונית The Parol Evidence Rule המוכר לנו משיטות המשפט האנגלו-סכסיות. כלל זה, על אף ניסוחו במונחי דיני הראיות, אין הוא אלא כלל מהותי<sup>5</sup> ומשמעותו היא – קבעו הצדדים

\* תלמיד השנה הרביעית בפקולטה למשפטים.

1 הצעת חוק לתיקון פקודת העדות (מס' 8): הח' 855 תשכ"ט.

2 לפי ס' 2 לפקודת הפרוצדורה האזרחית 1938 חדל תקפו של חוק הפרוצדורה העותומנית למעט מספר סעיפים וביניהם הסעיפים 80–82.

3 להלן ס' 80 סיפא.

4 ע"א 65/49 פרייזלר נ. וייס, ה' פד"י, 878, 888.

5 Wigmore, *on Evidence*, 3rd ed., Vol. 9 §2400 p. 3; Witkin, *California Evidence*, 2nd. ed., p. 661–2, "It is almost universally agreed that the parol evidence rule is not a mere rule of evidence.... The rule as applied to contracts is simply that

## סתירת מסמכים – כיצד?

בכתב את תניות החוזה שכתרו, גילו הם בכך את כוונתם למצות את המיזם שהתנהל ביניהם ורק מה שהועלה עלי כתב משקף את כוונתם, או על לשון השלילה: מה שלא הוכנס לחוזה איננו מוסכם על הצדדים והוכחתו אינה קבילה. לא משום אי מהימנות הדברים האלה אלא משום היותם בלתי רלוונטיים. משמעותו המהותית של הכלל בדבר עדות חיצונית מבליטה מניה וביה את ההבדל בינו לבין הוראת ס' 80 סיפא. בעוד שהכלל האנגלי אוסר על כל ראיה חיצונית למסמך הן ראיות בכתב והן ראיות בע"פ<sup>6</sup> אוסר ס' 80 סיפא על ראיות שבע"פ בלבד ומתיר ראיות בכתב, הגם שהן חיצוניות לחוזה עצמו (כגון: מכתב – שהוחלף בין הצדדים). הוראת ס' 80 סיפא אינה עקבית, איפוא, לרעיון המהותי שהוסבר לעיל ומסתנון לתוכה הרעיון הפרובטיבי המערף ראיה שבכתב על ראיה שבע"פ. היה מקום לאמר שמאחר ונפרץ העקרון הרואה בחוזה הכתוב מיצוי ההסכם בין הצדדים וניתן להוכיח את ההסכם בהוכחה שהיא חיצונית לחוזה הכתוב, ובלבד שההיה בכתב, יש מקום אף להוכחת ההסכם בדרך מהימנה אחרת, כגון: עדים המהימנים על הכופט. ייתכן כי מגמה זו אף רצויה, כשעוסקים אנו בדרכי ההוכחה. כשמטרתנו להגיע לשאלה המהותית, אין אנו צריכים לדקדק בדינים ולכבול ידי שופטים רק לחלק מן הראיות, וחזקה על השופט כי ידע לבור התבון מן הבר ולתת לכל ראיה את משקלה. אך לא זו היתה גישתם של בתה"מ"ט. בעוד שלגבי הרישא הונהג הכלל של ראשית הראיה דיה, הרי לגבי הסיפא נקבע: "בולט הדבר לעין שאותו עקרון מחייב... פירושו נוקשה האוסר הבאת עדות בע"פ כלשהי... כדי לערער על תכנו של המסמך הנדון"<sup>7</sup>.

האיסור המוחלט על הבאת ראיות בע"פ כמצוות ס' 80 סיפא עלול לגרום תקלה ועיוות דין. נוקשותו דחפה את הפסיקה הישראלית לעדנו על-ידי קביעת חריגים לו. יצירת חריגים על-ידי בתי-המשפט על-פי המקרה הקונקרטי העומד לפניהם כמות כחסיקה, וכמובן אין זה מצב רצוי כשהדין נקבע בדיעבד לאהר פרוץ הסכסוך בין הצדדים, ולא לפניו כאשר יש באפשרות הצדדים לנהוג עצמם על פיו, ולעורכי הדין לעוץ נכונה ללקוהותיהם. אך בדיקת החריגים מגלה כי סדר ושיטה להם, וכשיש שיטה הרי ניתן להכניסה לגדרו של חוק. לדעתי זו היתה הגישה בה צריך היה ללכת מציע החוק, היינו השארת האיסור על כנו וליטושו על-ידי החריגים לו. את החריגים ניתן לחלק לשלושה, חלוקה אשר גם תבהיר לנו כי אין אלו חריגים אמיתיים, אלא מדומים<sup>8</sup>.

הסוג הראשון: כאשר המתקשר להסכם איננו בא לטעון כנגד תכנו של המסמך אלא טוען כי כלל לא נעשה הסכם, או כי המסמך נגוע בפגם המונע את אכיפתו; זוהי טענה כגון תרמית<sup>9</sup>, אי חוקיות, "לא נעשה דבר"<sup>10</sup>, טעות<sup>11</sup>, אי כשרות.

"as a matter of substantive law"; ע"א 303/62 מנדל נ. מפעלי מקפטייל נצרת בע"מ, ט"ז פד"י, 1977, 1979, אך ראה את דעתו הנוגדת של Wedderburn במאמרו "Collateral Contracts" (1959) *C.L.J.*, p. 58, 62.  
6 *Wigmore, op. cit.*, p. 4  
7 ע"א 65/49 שם, עמ' 890.  
8 *Cross, Evidence*, 3 ed. (1967), p. 511  
9 ע"א 133/67 כהן נ. נחשוז, ב"א פד"י, (1), 547, 550.  
10 ע"א 22/63 אזולאי נ. מלבר, י"ז פד"י, 1410, 1417.  
11 ע"א 37/48 בנק המיתלים בע"מ נ. ימקב קרנצוב, ב' פד"י, 143, 147.

במקרים אלה התירה הפסיקה להביא ראיות יבוע"פ כהריגים לכלל. אך למעשה אלה חריגים מדומים באשר הנתה מוקדמת לכלל בדבר האסור לסתור מסמך תקף בעדות חיצונית היא שאכן יש לפנינו מסמך תקף. על הנתה זו ודאי לא חולש הכלל וניתן לסתור אותה. ההבחנה, אם כי בתאוריה היא ברורה וחדה, קשה היא לעתים בהחלטה המעשית. בע"א 22/63 גטען, כי ההסכם ההתום לא נכנס לתקפו הואיל והיה מותנה בתנאי, תנאי שהוא חיצוני למסמך, אולם התנאי הנטען אפשר היה לכתבו בחוזה גופו, ובהנחה כי החוזה הכתוב ממצה את ההסכם בין הצדדים, שתיקת המסמך מדברת אף-על-פי-כן התיר ביהמ"ש את הבאת העדות בע"פ, כי זהו הכלל: "מותר להוכיח בעדים שלא נעשה הסכם או שהיה נגוע, אסור להוכיח בעדים שחכנו של ההסכם היה שונה מן הכתוב במסמך... אין ספק בכך שביהמ"ש מצווה להתייחס אל ראיה כזאת בזהירות רבה ואולי אף בחשדנות, כי הצד הנזכר בתקפו של ההסכם יהא חייב לבאר על סוּם מה נקבע בע"פ תנאי שאינו עולה בקנה אחד עם הכתוב. אך הטענה אינה נוגעת לתוכן ההתחייבות אלא לעשיית ה"ה" (ההדגשות שלי – א.א.).

הסוג השני: כאשר המתקשר להסכם אינו בא לערער על תכנו של המסמך, או על עצם תקפו, אלא מכבד את המסמך אבל טוען כי לאחר עשיית המסמך קרה משהו השולל את ערכו.<sup>12</sup> אין הוא טוען כנגד המסמך אלא כנגד התביעה.<sup>13</sup> גם הבחנה זו לא תמיד קלה ביישומה. בע"א 138/56 נדונה השאלה אם מותר להוכיח בעדויות בע"פ את ביטולו של חוזה שנעשה בכתב. השופט לגדוי היה בדעה כי אם אמנם "למסמך יש ערך קונקלוסיבי, ודברים שאינם כלולים בו אינם נשוא להוכחה בביהמ"ש מפני שאינם לענין", הרי "כל השיקולים האלה חלים על מה שקרה עד לעריכת המסמך ולא אחריו".

החוזה, סובר השופט לגדוי, מבטא פגישת רצונות שהושלמה ומוצתה במסמך הכתוב. אך אין הוא מונע ואינו מתכוון להול על פגישת רצונות נוספת שנערכה לאחר חתימת המסמך.<sup>14</sup> לא כך סבר השופט חשין. לדעתו יש להבחין בין ראיות הבאות להוכיח כי החוזה בוצע לבין ראיות הבאות להוכיח כי החוזה בוטל. בשני המקרים מדובר במה שקרה לאחר עריכת המסמך. אך בעוד שבמקרה הראשון הראיות מיועדות להראות מצב שהוא משלים ותואם את המסמך הרי במקרה השני מיועדות הן להראות מצב שהוא סותר ומנוגד למסמך. טענת ביטול ההסכם משתייכת לסוג השני, ועל כן לדעתו של השופט חשין אין להתיר הוכחתה בראיות יבוע"פ.<sup>15</sup> לגישה המהמירה אף יותר נוטה השופט זוסמן, המעיד על עצמו כי תומך הוא בפירוש העותומני לסי' 80 סיפא, לפיו טענת תשלום הנטענת נגד תביעה על-פי מסמך לא ניתנה להוכחה בעדים.<sup>16</sup> דעתו

12 ש"ב, 1418.

13 ע"א 138/56 דוידון נ. הבית בני היפה, י"א פד"י, 1474, 1478.

14 ע"א 408/54 בשארה נ. דוירי, י" פד"י, 981.

15 ה"ש 13.

16 ש"ב, עמ' 1479.

17 ש"ב, עמ' 1481.

18 המ' 356/53 כורי נ. כורי, י"ג פד"י, 402, 407; ע"א 705/61 סגרהבסקי נ. שירמקו בק"מ, ט"ו פד"י, 2454, 2450.

של השופט לגדוי היא זו שנתקבלה עליידי הפסיקה.<sup>19</sup> אך המתקשרים בעיסקה בכתב, עושים זאת, על מנת שלא לסבך את איספת העיסקה בסיכונים הכרוכים בהוכחה שבעל פה. אם כך, הנקבל את ההבחנה הכרונולוגית ללא כל הסתייגות? היש הבדל בין טענה כי התווה בוטל בהסכמת הצדדים לבין הטענה כי התווה שונה בהסכמת הצדדים לאחר עריכתו? ראובן איננו טוען כי בוטלה הבורה לספק את הסהורה לשמעון, אלא אומר כי לאחר עריכת ההסכם הכתוב הוסכם על כהיר שונה, או על מועד ביצוע מאוחר יותר. גם טענה אחרונה זו לפי ההבחנה הכרונולוגית מותרת בעדות שבע"פ<sup>20</sup>, אך מבחינת הבטחון המשפטי שהעניקה עריכת העיסקה בכתב לשמעון, אין הבדל בין טענה זו לטענה כי מה שהוסכם עלייפי המסמך איננו מה שהוסכם באמת, טענה שאין להתיר הוכחתה בעדות שבע"פ. מאידך גיסא, ראובן כי אף השופט חשין הסכים כי מאורע שלאחר חתימת המסמך, היינו: ביצוע התווה, ניתן להוכחה בעדים וכסם טיש מקום לטעון כי למען הבטחון במשפט מן הדיון שצד לתווה, אינה הוכחה לבצע עלייפי התווה בוטלה בהסכמת הצדדים לאחר חתימת התווה, ידרוש כהצד השני מסמך בכתב המעיד כי הבורה בוטלה. כך ניתן לאמר, ואולי על לשון קל והומר כי למען הבטחון במשפט מן הראוי שצד אשר ביצע את הבורה עלייפי התווה ידרוש מסמך בכתב המעיד על כך, והלא זו ממשעותה של קבלה בכתב.

הסוג השלישי, והוא אולי הפרובלמטי מכולם. המתקשר לחוזה איננו טוען כנגד תקפו של המסמך; אין הוא אף טוען למאורע מאוחר יותר למסמך, אלא טוען את הטענה הבאה: הרעיון העידי מאחורי האיסור על סתירת מסמך בעדות בע"פ (או בכתב לפי המשפט האנגלי) נעוץ בדין החוזים המהותי ויסודו בכוננת הצדדים. אכן, נכון כי כאשר בהרו צדדים להווה לבטא את העיסקה שערכו בכתב דוקא, יש לשער שבכך מיצו את ההסכם שביניהם וכל עדות היצונית אינה לענין. אך נסיון החיים מלמדנו כי לא תמיד רואים הצדדים בכתב את הביטוי היחיד להסכם שביניהם. לא פעם עורכים הצדדים את ההסכם שביניהם בעל-פה, ללא הוצקת כלל לתווה כתוב. ולעתים הם עורכים הוזה מורכב (Composite Contract)<sup>21</sup>, חלקו בכתב וחלקו בעל-פה.<sup>22</sup> יתר על כן, בשנים האחרונות הלך והתפתח המושג של חוזה נספח (Collateral Contract)<sup>23</sup> אשר במירב המקרים נערך בריבוי פה<sup>24</sup>. הנה כי כן הקביעה הקטגורית כי התווה הכתוב

19 ע"א 455/61 ישיבה נ. מילכארא, ט"ז פד"י, 536, 539; ע"א 602/61 ריבין נ. רסאלוב, ט"ז פד"י, 1865, 1867.

20 לפי סעיף 16 לחוק המיצע "הוכח על מסמך... שלא הל שינוי לגביו לאחר עשייתו, משמעותה של המוראה היא לגבי בטל הסיכנוע אוהו צריך להרים הטוען כי המסמך שונה. על השאלה כיצד יורם בטל הסיכנוע עינה ס' 116, כי ניתן לסתור מסמך בראיה שבע"פ. אשר לנטל הסיכנוע אין כאן אלא גיבוש סטטיסטורי למצב הקיים, שהרי גם כיום בטל הסיכנוע הוא על הטוען כי המסמך שונה, ואשר לדרכי הראיה קיימת ביקורתנו הכללית לפיה מן הראוי היה, לפחות לגבי הטענה של שינוי הנאי המסמך, לצמצם את ההבחנה הכרונולוגית ולהגביל את הוכחתה לראיה שבכתב.

21 Wedderburn, *op. cit.*, p. 63

22 Wigmore, *on Evidence, op. cit.*, p. 97; McCormic, *Evidence* (1954), p. 432

23 שלו, חוזה נספח, משפטיים, כרך א', עמ' 577.

24 עמ' 586.

ממצה את ההסכם, הופכת לחוקה בלבד, ומכאן פתוחה הדרך בפני צד לחוזה לטעון אף כנגד מסמך תוך השענות על תניות שבע"פ (בחווה מורכב) או על חוזה נוסף שבע"פ (חוזה נספח) <sup>25</sup> ואפילו הוא סותר את המסמך הכתוב.

אך האם טענה זו בדין יסודה? ואם כן, היש הבדל בין ראייה בע"פ המוכיחה תניה שמעבר למסמך <sup>26</sup> היינו, תניה שלמרות שלא בא זכרה בחווה הכתוב טוען המתקשר לחוזה, כי אף-על-פי-כן הוסכם עליה בין הצדדים, ראייה האסורה לפי הכלל בדבר עדות תיצוגית, לבין ראייה הבאה להוכיח כי בצד החווה הכתוב קיימת תניה מוסכמת בע"פ והחווה עצמו הוא חוזה המורכב חלקו מתניות שבע"פ וחלקו מתניות שבכתב. האין זו אותה טענה באדרת שונה?

"If we may go outside of the instrument to prove that there was a stipulation not contained in it, and so that only part of the contract was put in writing and then because of that part, enforce the oral stipulation, there will be little left in the rule itself."<sup>27</sup>

הכלל האוסר על עדות תיצוגית לחוזה מבוסס על הנחה והיא: מקום שנעשה מסמך רואים אותו כממצה את כל המו"מ שנערך בין הצדדים. הנחה זו יונקת מכוונת הצדדים ונלמדת מהוד נסיון החיים, אך הנחה זו עצמה בנסיבות מסויכות יכולה להיות פתוחה לבקורת ואם תשמש *ex hypothesi* יישמש הבסיס לכלל. זוהי, אפוא, תחולתו המדוייקת של הסוג השלישי לתריגים המדוכים לכלל. המתקשר לחוזה יכול לטעון כנגד מסמך, אם יוכיח כי מלכתחילה לא התכוונו הצדדים לראות את המסמך כביטוי בלעדי לעיסקה שעשו. קבלת עדות בע"פ על שאלה זו שונה מקבלת עדות בע"פ המכוונת להוכיח את תוכן התניות או החווה הקולטרלי, אשר כפי הנטען מצויים בצד החווה הכתוב והדבר יתבאר בסמוך בדוגמה הבאה: קבלנים מוכרים בדרך-כלל את הדירות עוד לפני שבנו אותן (כך מממגים הם את הבניה). בחווה הנערך בין קבלן לקונה מצויה 'ספציפיקציה' – פירוט רב ביותר של העבודות והפריטים שיבוצעו בדירה. תניות החווה כוללות פרטים כמו מספר החדרים, אינסטלציה, השמל וכד. חזקה על הצדדים, כי לאחר המו"מ ביניהם משהעלו את החווה על הכתב מן הסתם מיצו בכך את כל ההסכם ביניהם. הקבלן איננו רוצה לעמוד בסכנת דרישות נוספות מצד הקונה, ואילו הקונה רוצה שהפירוט המדויק של דרישותיו לא יעמוד בסכנת אי מילויין על-ידי הקבלן. אם יבוא עתה הקונה ויטען כי עם חתימת החווה או במהלך המו"מ הבטיח לו הקבלן כי יתקין לו, דרך משל, ברו להשקיית עציציו באחת ממרפסות הדירה, הרי לא נתיר לו להביא עדות בעל-פה על כך, אפילו אם במהלך המו"מ הבטיח הקבלן, או ניתן היה להבין את דבריו כאילו הבטיח, להתקין ברו כזה. העובדה כי פרט זה

25 ניתן לאמר שלגבי חווה קולטרלי אין הכלל הל, שהרי יש להבדיל בין הוכחת תניות שהתמורה להן היא אותה תמורה שבחווה הכתוב לבין תניות שיש להן תמורה נפרדת, שאז הן מוחות חוזה שלם ונפרד. לחווה הקולטרלי יש תמורה נפרדת והיא עצם ההכנסות לחוזה העיקרי (להבדיל מתמורה שבתוכם העיקרי) אך למעשה יש בכל הקונסטרוקציה של חווה נספח סיקציה ואין לראות את כוננת הצדדים כאילו כוונה לשני חוים נפרדים, וראה את הדיון על היחס בין שני המושגים במאמרה של ג. שלו הנ"ל.

26 המ' 356/58, שם, עמ' 407.

*Eighmie v. Taylor* (1885) 98 N.Y. 288, 294 27

נשכח ולא מצא זכרו בחוזה הכתוב, מלמדתנו, כי לא היה מפגש רצונות בנקודה זו. כי "...דרך הבריות להרכות בדברים במסמך קודם עשיית המסמך, אך רק מה שהוסכם בפועל עולה על כתב, ומה שלא נרשם במסמך, אות הוא שאינו חלק מן התניות המוסכמות, שאילו היה, היה אף הוא מוצא את מקומו בין שאר הדברים שזכרם בא במסמך. לשון אחר, מה שאינו רשום במסמך, ממילא אינו מוסכם בין הצדדים ומטעם זה, בהיותו דבר שאינו נמנה עם תנאי ההסכם, אינו ניתן להוכחה"<sup>28</sup>.

אך נגית כי הטוען כנגד המסמך מעלה את הנסיבות (המור"מ שלפני החוזה הוא חלק מהנסיבות) לכריתת החוזה ומתוכן עולה כי הקבלן וקוניו ערכו תאור כללי של הדירה והכניסוהו לחוזה הכתוב והוסכם ביניהם כי פרטים שונים, כגון: אותו ברו להשקיע העציצים במרפסת יסוכמו בע"פ. במקרה זה אין הקונה מביא עדות כי הקבלן הבטיח לו (לפני עדים) כי אכן יתקין לו את אותו ברו, אלא הוא מביא עדים המוכיחים כי הצדדים מלכתחילה לא ראו בחוזה הכתוב כלי ביטוי המבצה את העיסקה ביניהם, אלא רק את חלקה. רק אם יוכיח הקונה, כי הצדדים התכוונו לחוזה מורכב מתניות שבכתב ותניות שבע"פ, רק אז תהיה פתוחה בפניו הדרך להוכיח את תוכן התניה בדבר "הברו להשקיע העציצים".

ראיה פלוגית שאיננה קבילה לעניין אחד יכול שתהיה קבילה בחוזה רלוונטי לעניין אחר. כאשר המתקשר לחוזה מביא ראיות על קיומה של תניה פלוגית שהיא מעבר למסמך, לא תהיה עדות זו רלוונטית כדי להוכיח, כי אכן הוסכם עליה בין הצדדים וכי מהוזה היא חלק מן החוזה וזאת על-פי הכלל הנקוט בידנו בדבר בלעדיות המסמך. אך יכול המתקשר לחוזה להעזר באותה ראיה על אודות אותה תניה בעל-פה על מנת שישתכנע השופט כמנה, כי הצדדים לא התכוונו שהמסמך יהיה ביטוי בלעדי לכוונתם החוזית. שאלה זו כאמור היא שאלה נפרדת, ואולי ההוכחה המישכנעת לכך תהיה אם עפ"י ראיה זו בהיותה חלק מן הנסיבות יגיע השופט למסקנה, כי אכן הצדדים לא התכוונו לראות את החוזה הכתוב כממצה את כל המור"מ שנערך ביניהם, אך בבררו מהו היקף ההסכם למעשה יגיע למסקנה, כי דווקא תניה זו לא נכנסה לחוזה ונשארה במסגרת המור"מ בעוד שרעותה, אשר גם היא לא בא זכרה במסמך אכן נכנסה להסכם הכולל שבין הצדדים.

מבחינה דיונית ניתן לחשוב על שתי דרכים: לפי הראשונה בודק השופט תחילה את השאלה המקדמית, היינו: כיצד ראו הצדדים את המסמך שערכו, כממצה את ההסכם שביניהם או כחלק ממנו, כאשר הטוען להלופה השניה הוא הנושא בנטל השיכנוע וזאת על-פי החזקה בדבר בלעדיות המסמך.

לאחר שהוכרעה שאלה זו ניתן להביא עדים להוכחת השאלה העיקרית, היינו: לאילו חילופי דברים עובר לחוזה נתנו הצדדים נפקות חוזית. דרך זו זהה עם הגישה העיוני שעשינו לעיל, ובה נוקטות שיטות מיספט בהן יש חלוקת הפקידים בין השופט למושבעים<sup>29</sup>, אך ייתכן שדרך זו איננה מתאימה לשיטתנו המשפטית בה אין חלוקה כזו וכל השאלות המשפטיות והעובדתיות מוכרעות על-ידי השופט. יתר על כן האפשרות

<sup>28</sup> ע"א 22/63, יב, עמ' 1416.

<sup>29</sup> Wigmore, *on Evidence*, *op. cit.*, p. 98; McCormic, *op. cit.*, p. 436; 30 *Am. Jur.*, 2 ed., 1046, p. 181.

הקיימת במשפט אורחי לערער על החלטות ביניים ההפוך את השאלה המקדמית למעין "משפט זוטא" דבר שיסרב את הדיון ללא צורך, ונראה לנו שיש להעדיף את הדרך הדיונית השניה לפיה השופט ישמע את כל העדויות ובסוף המשפט יסקול את שתי השאלות בגפרד. הכשרתו ויכולתו המקצועית של השופט תקל עליו שלא לערב ביניהם. העובדה שמבחינה דיונית אנו מקרבים את הדיון בשתי השאלות איננה צריכה לטשטש את ההבחנה הברורה ביניהם ולהפך, רק יכולתנו להפריד אנליטית בין שתי הבעיות מאפשרת לנו לייצל את הדיון ולדון בה באותו פרק זמן.

בדרך הדיונית המוצעת יש כדי לקרב אותנו לרעיון נוסף. גם לאחר שהוכחה השאלה המקדמית לטביעות רצונו של השופט ופתוחה הדרך לבדוק אלו תניות בחוזה נערכו באמירות פה, גם או יתכן שלכתב יהיה משקל עדיף על הראיות שבע"פ. לאחר שנסתרה ההנחה הראשונית בדבר בלעדיות המסמך, אין מקום לכאורה להעדיף תניה שבכתב על תניה שבע"פ, הרי שתיהן אחיות לחוזה אחד – החוזה במובן הרחב. בכתב כשלעצמו אין יסוד אינהרנטי המקנה לו חשיבות ועדיפות. משקלו נאצל מנסיבות חיצוניות לכתב.<sup>50</sup> מאז ומתמיד גילו בני האדם יחס של עדיפות לאקט שנעשה בכתב על אקט שנעשה בעל-פה,<sup>51</sup> ולעדיפות זו יש מקום אף בדיון בשאלה העיקרית. השופט לאחר שישמע את העדויות על המו"מ שבע"פ ולאחר שהגיע למסקנה, כי חלקים מן המו"מ אפשר וקיבלו נפקות חוזית, ישווה את אותם החלקים עם חלקו הכתוב של החוזה. אם יגיע עפ"י ההשוואה למסקנה שהסכם בע"פ הוא כזה שצדדים לחוזה כמו אלה שלפניו היו מכניסים את אותם תניות לחוזה הכתוב, הוא ידחה את הדרישה לתת לאותם חילופי דברים נפקות חוזית. מאידך אם יגיע למסקנה שצדדים לחוזה כמו אלה שלפניו היו יכולים לערוך את החלק הנטען בהסכם שבע"פ, ואף ישתכנע כי בפועל עשו זאת יתן הוא לאותן אמירות נפקות חוזית.<sup>52</sup> ליטם הבהרה נחזור לדוגמתנו. העדויות בע"פ שהביא הקונה על הרקע לכתיבת החוזה שיכנעו את השופט כי אכן החוזה לא מיצה את ההסכם בין הצדדים, אך בבואו להחליט אלו תניות נוספות לאלו הכתובות נערכו בין הצדדים, גילה כי למרות שהקונה הביא עדות על שיחה בין הקבלן לקונה שממנה השתמע כי הקבלן הבטיח להתקין את אוהו ברו גשוא המריבה, הרי משערכו את המסמך בכתב הקדישו פרק מפורט ביותר לנושא הפרוזאי של אינסטלציה בדירה. בנסיבות אלו יהליט השופט כי למרות שהוכחה עצם האפשרות של קיום תניות בע"פ הרי החוזה הכתוב ממצה את הנושא הנדון. לו צדדים לחוזה כמו אלה שלפנינו היו מסכימים על "תניית הברז" היו וודאי מכניסים אותה לחוזה הכתוב. לפיכך לא יתן השופט לאותם חילופי דברים נפקות חוזית. ואם יצוות הקונה ככרוכיה, כי אכן הבטיח לו הקבלן ברו להשקיע עציץ, יענו לו: אשמתך היא זו, היית צריך לדאוג שתוכנס תניה זו אל החוזה הכתוב.

הכלל וחריגיו זכו לפסיקה ולביקורת ספרותית עניפה בשיטות המשפט האנגלית והאמריקנית, ותחולתו של הכלל עם כל הקשיים הרבים אותם הוא מעורר, ניתנת לקביעה

<sup>50</sup>Wigmore. *op. cit.*, p. 5 30

<sup>51</sup>14 *Minn. L. Rev.*, p. 20, 23 31

<sup>52</sup>זוהי גישתם של Williston, ה" *Restatement* " ו-McCormick, ראה *McCormick, op. cit.*, p. 436 והאסמכתאות המופיעות בהערה 5.

שיטתית היכולה להכנס למסגרת של חוק. מבחינה זו הרי היוזמה החקיקתית לביטול הסעיפים המיושנים והנוקטים של ספר החוקים העותומני ברוכה היא. בדיקת החוק המוצע אף מעלה כי כולל הוא בחובו את שלושת סוגי החריגים האמורים. ס' 16ג מתייחס לשנים הראשונים ולפיו "ניתן לסתור מסמך או לטעון נגד תביעה המבוססת על מסמך גם בראיה בעל-פה" ואילו צירוף החוקה בדבר שלמותו של המסמך, המופיעה בס' 16ב, לס' 16ג, נוחנת לנו את החריג השלישי, ובכך אף הקדימה הצעת החוק את הפסיקה הישראלית אשר בה חריג זה נדיר יחסית. אך הסרונה של ההצעה הוא בכך שאין היא בנויה על בסיסו האיתן של הכלל, תוך כדי ליטושו בעזרת חריגיו אלא פותחת פתח רחב בקביעתה כי "ניתן לסתור מסמך... גם בראיה שבע"פ". נכון, כוללת היא את שלושת החריגים אך אין הימה בכך. בבטלה את הכלל ממילא מיתרת היא את חריגיו. דרכה של הצעת החוק היא הדרך בה טפלו בקשר הגורדי. לעתים זו שיטה טובה, אך היא לא תתאים אם עדיין רוצים אנו לשמור על קשר עניני כלשהו... העקרון העומד מאחורי הכלל בדבר התגלמות ההסכם בחוזה כתוב, עקרון רצוי הוא, והצעת החוק המתירה בצורה הכוללת והגורפת ביותר לסתור מסמך בראיה שבע"פ מהבלת בו ותוצאותיה לא רצויות<sup>33</sup>. אין לראות בכלל בדבר העדות החיצונית כלל משפטי אקדמי הכופה עצמו הר כגיגית על המציאות. החוזה הכתוב מהווה יסוד-מוסד בחיי המסחר וחשיבותו עצומה לבטחון במשפט. האפשרות הטמונה בהצעת החוק לערער את תקפו בעדות בע"פ – תוצאותיה חמורות. אין להעמיד את הצדדים בסכנה, שרא דברים שהוחלפו ביניהם בשעת המו"מ יהפכו לפתע להלק מתנאי החוזה, עפ"י ראיות העלולות לבוא מעדי שקר או מסתם טעויות וזכרון. המתקשר לחוזה בכתב דווקא, מגלה רצונו שלא לעמוד בעתיד בסכנה של עדויות בע"פ, שהרי אין הוא יכול לדעת כיצד עלולים בעתיד להתפרש דברים שאמר אולי מבלי להתכוון, אולי בהתכוונו לדבר אחר, או אפילו התכוון וחזר בו – שהרי רק במו"מ אמר את אשר אמר. הגמישות בה נוהגים הצדדים בשעת מו"מ עלולה להפוך לנוקשות כשכל צד שומר מוצא פיו – פן יתחייב. בהתרת ראיות בע"פ לסתירת מסמך יש כדי לסלף בראי ובראשונה את כוונת הצדדים לראות בחוזה הכתוב את מצוי ההסכם שביניהם, לערער את הכרת הציבור בתקפו המחייב של הכתב. ב"חופש הוכחה" זה יש משום פרצה הקוראת לעדי שקר ולהתדיינות רבה וממושכת על רקע טענות סרק כנגד החוזה הכתוב.

הגבלה אחת מצאנו בה, והיא זו המצויה בס' 16ג, סיפא. הסעיף קובע כי "ניתן לסתור מסמך... בראיה בע"פ, אולם בית המשפט המכריע את הדין על סמך אותה ראיה חייב לפרט את הנימוקים שהביאוהו להכריע את הדין על פיה". להגבלה זו אין לדעתנו חשיבות ומשמעות רבה. ראשית, אין חובת ההגמקה קיימת בכל מקרה בו נסתר מסמך על-ידי ראיה בע"פ אלא רק כאשר הוכרע הדין על-פי אותה ראיה ולא למשל כאשר יש לראיה משקל נוסף ומצטבר. שנית, ולדעתנו זהו הטעם הקובע, אין כאן הגבלה של ממש על ביהמ"ש, שהרי תמיד יש להחלטותיו נימוקים, גם כשאינו מפרטם ומעלה אותם על הכתב, ואין כאן כל דרישה לנימוקים מיוחדים, דרישה המופיעה

33 אולי לא מיותר יהיה להזכיר כי בתשי"ג התפרסמה ה"ח מטעם משרד המשפטים ובה גם הצעת רוב והצעת מיעוט. באף אחת משלוש ההצעות לא באה לידי ביטוי הדרישה לבטל כליל את העקרון שבסעיף 80 סיפא.

בהוקים אחרים. הדרישה לנומקים מיועדת לשם ביקורת על-ידי ערכאת הצרצור שתבדוק את משקל הראיות, כי לפי החוק המוצע היא קבילה תמיד. אך הרי בקודת המובד של הכלל האוסר עדות הייצוגית היא על אי קבילותה של הראיה שכ"פ בחינתה אירדלוגנטית. ניתן אף לחשוב על הגבלות יותר אפקטיביות, כגון: ראיה בע"פ נגד מסמך לא תכריע את הכף אלא אם השופט משוכנע מעבר לספק סביר (המבחן הפלילי), או לפחות, נמצא לה סיוע בראיה אחרת. ההוצאה התמורה של החוק המוצע היא שכל הניה שבמסמך ניהנת לסתירה בראיה בע"פ. טול לדוגמה את הפורמולה: "את התמורה קבלתי ב...". אורה נוהגים להכניס לשטר. אין בה מלוי אחר דרישה מהותית של דיני השטרות אלא עושים בה הצדדים שימוש על מנת שלא יעמוד אותו השטר בסכנת הכחשת התמורה בעתיד, הכחשה המלווה בראיות שבע"פ. הלכה פסוקה היא ואין מערעירין צליה עוד, כי יש להגביל את דרכי ההוכחה נגד הודאה בקבלת התמורה שבגוף השטר לדרכים אליהן מפנה ס' 80 סיפא<sup>34</sup>. הבטחון המשפטי שהעניקה פורמולה זו לאוחז השטר יעלם עפ"י החוק המוצע<sup>35</sup>, כשם שיעורער כליל הבטחון המשפטי המוענק למתקשר עפ"י חוזה כתוב — מהפכה ממש. ייתכן, כי הגישה הליברלית של הסעיף יש בה כדי לפתור מקרים קשים (hard cases), בהם ייגרם עוול לאחד הצדדים, אך עלינו לשאול מה המחיר אותו אנו מוכנים לשלם עבור הנסיון להגיע לצדק המוחלט, כלום במחיר הבטחון המשפטי?

34 ע"א 408/54 כשארה נ. דוירי, י' פד"י, 981; ע"א 104/56 גלפנד נ. ניסנוב, י' פד"י 1653; ע"א 444/59 אברמביץ נ. שטינמן, י"ד פד"י, 539; ע"א 205/61 סנדרובסקי נ. "שירטקר" בע"מ, ט"ז פד"י, 2450.

35 מן הנמנע הוא לשלול מאוחז השטר בדרך זו את הבטחון, אשר ההודאה בכתב בקבלת התמורה, מיועדת לתת בידור, המ' 356/58, עמ' 409. הכוונה לאוחז השטר שהוא צד לעיסקת היסוד, שכן אוחז כשורה ממילא מוגן מכוח דיני השטרות.