

תום הלב בפרשנות החוזה – עיון תלמודי בהשוואה למשפט הישראלי

מאת

בנימין פורת*

על-פי המקובל כיום בשיטות משפט רבות, חוזים יש לפרש לפי עקרון תום הלב, כלומר באופן שימנע תוצאות חוזיות בלתי-הוגנות. קידום עקרון תום הלב באמצעות פרשנות החוזה הוא בעל כמה יתרונות יחסיים, אולם בצידם הוא סובל מחסרונות מהותיים. מאמר זה מוקדש לעיון בשאלת היחסים שבין פרשנות החוזה לבין עקרון תום הלב כפי שהיא משתקפת מתוך כמה סוגיות תלמודיות, ובהשוואה למקובל במשפט הישראלי. חז"ל דגלו, ככל הנראה, בפירוש החוזה ללא עירוב של שיקולי תום לב או שיקולים מוסריים דומים לו. ניתוח של כמה סוגיות רלוונטיות מלמד, שחז"ל לא ראו פגם בהיצמדות לכללי הפרשנות המקובלים, אף אם הדבר יוביל לתוצאה חוזית שהיא בלתי-הוגנת במונחים מהותיים, כלומר שהיא מעניקה לצד אחד יתרונות משמעותיים על חשבונם של הצד שכנגד. תופעה זו מצריכה פשר, שהרי המשפט התלמודי נחשב כמי שאמון על הטלת חובות מוסריות ומשפטיות מרובות, שתכליתן דאגה לאינטרס הצד שכנגד, אשר הבולטות שבהן הן 'ועשית הישר והטוב', 'כופין על מידת סדום' ומצוות 'השבת אבידה' (במובן הרחב שניתן לה בתלמוד).

על-פי הפתרון המוצע במאמר, דווקא ריבוי החובות הקיימות במשפט התלמודי, אותן היינו מסווגים כיום כשייכות למשפחת תום הלב, הן שמייטרות את הצורך לגייס את כללי פרשנות החוזה לתכלית זו. פרשנות החוזה משוחררת לממש את תכליתיה הראשוניות, בעוד שהבטחת הגינותו של תוכן החוזה תושג על-ידי חובות קוגנטיות שיוטלו על הצדדים כדי לאכוף עליהם התנהגות שיש בה מן האחריות לאינטרס הצד שכנגד. מערכת האיזונים הקיימת במשפט העברי בין שיקולי תום לב ובין כללי פרשנות החוזה, על יתרונותיה ועל חסרונותיה, נפרשת במאמר זה כמודל העשוי לאתגר את דיני החוזים במשפט הישראלי.

* מאמר זה הינו עיבוד של פרק מתוך עבודת הדוקטורט שלי, **פרשנות החוזה במשפט התלמודי** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2009) (להלן: עבודת הדוקטורט). אני מבקש להודות לפרופ' חנינה בן-מנחם על ההנחיה הפוריה בעבודת המחקר, ובפרק זה בפרט. כן אני מבקש להודות לפרופ' אריה ארעי, לפרופ' איל זמיר, לפרופ' ברכיהו ליפשיץ, לרב ברוך קהת ולעורכות כתב העת **משפטים**, שקראו טיוטות קודמות של המאמר והאירו את עיניי בנקודות חשובות. כתיבת המאמר התאפשרה הודות לקרן המחקר על שם מקס ובלה גוגנהיים במוסד ואתיקה יהודיים, ועל כך נתונה תודתי.

א. הקדמה. ב. תום הלב בפרשנות החוזה במשפט המודרני. ג. תום הלב בפרשנות החוזה במשפט התלמודי: הצגת הבעיה. ד. "צריך ליקח לו דרך" – זכות המעבר במסגרת פרשנות החוזה; 1. הקדמה; 2. משנה; 3. תלמוד. ה. דלת ומפתח. ו. "אין הדמים ראייה" – גובה התמורה כאמת מידה פרשנית. ז. היעדר הצורך בשילוב עקרון תום הלב בפרשנות החוזה. ח. פרשנות חוזה נטולת שיקולים ערכיים: חסרונות ויתרונות.

א. הקדמה

חקר פרשנות החוזה צבר תנופה רבה בעשרות השנים האחרונות.¹ זאת בעיקר הודות לכמה תמורות, מהן בתחום התרבות הכללית ומהן בתחום המשפט, ביניהן עליית קרנן של ההרמנויטיקה, הפילוסופיה של הלשון, וכן הריאליזם המשפטי והפרשנות במשפט. קשת רחבה ועשירה של נושאים מרכיבה תחום מרתק זה של פרשנות החוזה. בתוכה ניצבת השאלה: האם יש לפרש חוזים על-פי עקרון תום הלב? ברצוני להקדיש מאמר זה

1 לא אסקור כאן את מגוון הספרות שנכתבה בנושא (ראו הרשימות הביבליוגרפיות בסוף ספריהם של ברק ושל זמיר, המצוינים להלן). כמה חיבורים בולטים הם KIM LEWISON, THE INTERPRETATION OF CONTRACTS (4th ed. 2007) (להלן: LEWISON, INTERPRETATION); E.A. KELLAWAY, PRINCIPLES OF LEGAL INTERPRETATION OF STATUTES, CONTRACTS AND WILLS (1995); Richard A. Posner, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, U. CHICAGO LAW & ECON., Olin Working Paper No. 229 (November 2004), Available at <http://ssrn.com/abstract=610983>; Eric A. Posner, *The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contract Interpretation*, 146 U. PA. L. REV. 533 (1998); Patrick S. Ottinger, *Principles of Contractual Interpretation*, 60 LA. L. REV. 765 (2000); Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989); Robert Braucher, *Interpretation and Legal Effect in the Second Restatement of Contract*, 81 COLUM. L. REV. 13 (1981); Hila Keren, *Textual Harassment: A New Historicist Reappraisal of the Parol Evidence with Gender in Mind*, 13 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 251 (2004); Lawrence M. Friedman, *Law, Rules and the Interpretation of Written Documents*, 59 NW. U. L. REV. 751 (1964); Edwin W. Patterson, *The Interpretation and Construction of Contracts*, 64 COLUM. L. REV. 833 (1964), ובישראל, אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך רביעי – פרשנות החוזה (2001) (להלן: ברק *פרשנות החוזה*); דניאל פרידמן "פרשנות החוזה" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג (להלן: פרידמן "פרשנות החוזה"); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 391 (2005) (להלן: שלו דיני חוזים); איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים (1996) (להלן: זמיר פירוש והשלמה).

לבחינת הדבר מנקודת מבטו של משפט המשנה והתלמוד², תוך השוואה לדין הנוהג במשפט הישראלי. דומני, כי עמדתו של המשפט העברי בשאלה זו מעניינת במיוחד מטעם כפול: ראשית, משום שלכאורה היא אינה עולה בקנה אחד עם עמדתו הרחבה יותר לגבי מעמדו של עקרון תום הלב במסגרת דיני החוזים; שנית, משום שהיא אינה תואמת עמדות מקובלות כיום בתחום זה, ולמעשה מציבה תמונת עולם הפוכה. לפיכך נראה, כי יש בכוחן של הסוגיות התלמודיות שנראה להלן כדי להציע "טקסט נגדי", ולהוות "אלטרנטיבה אמיתית למשפט שמציע לנו המערב"³.

לשאלת מקומו של עקרון תום הלב במסגרת פרשנות החוזה חשיבות רבה. מבחינה פרקטית, בכוחה להשפיע באופן דרמטי על תוצאות פסקי דין המבוססים על פרשנות חוזה, כפי שאכן נעשה בכמה פסקי דין מפורסמים שניתנו בעשרות השנים האחרונות.⁴ מבחינה תאורטית, שאלה זו חשובה משום שהיא מוקרנת באופן עמוק מן האופן שבו אנו מבינים הן את עקרון תום הלב, מהותו ואופני יישומו והן את תחום הפרשנות, תכליתו ודרכי הגשתו.

2 רבים כבר נתנו דעתם לשאלה, האם מוסד החוזה (האובליגטורי) מוכר במשפט העברי ובפרט במשפט התלמודי (ראו רשימת המקורות המובאת במאמרי "החוזה הכפוי ועקרון הצדק החוזי – עיון משפטי-פילוסופי בסוגיית תליוהו וזבין" דיני ישראל כב 49, 50, ה"ש 1 (התשס"ג) (להלן: פורת "החוזה הכפוי")). מכאן, כי הביטוי 'דיני החוזים בתלמוד' הינו בעייתי. ברם, לאורך המאמר אעסוק בדוגמאות מתחום המכר והמתנה, שהם מוסדות משפטיים שוודאי מוכרים במשפט התלמודי, ובמובן זה אשתמש בביטוי 'דיני החוזים בתלמוד'. אני מניח, כי שאלת יחסי עקרון תום הלב ופרשנות החוזה אינה ייחודית לחוזה האובליגטורי, וניתנת להילמד גם מתוך הלכות העסקה הריאלית הנגמרת על אתר, שבה דנים במקורות המשנה והתלמוד.

מבחינה מתודולוגית, במוקד מחקר זה עומד הטקסט התלמודי כפי שהוא מעובד ומעוצב על-ידי עורכיו, אותו אבקש לנתח מבחינת התאוריה המשפטית הנגזרת ממנו. לפיכך, אמעט להפנות אל המחקר הפילולוגי-היסטורי של ניתוח הטקסט התלמודי. הרחבת דברים לגבי ההיבטים המתודולוגיים של המחקר מצויה בהקדמה לעבודת הדוקטורט.

3 כלשון חנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" משפט והיסטוריה 165, 168 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999). ההשוואה שאערוך במאמר זה בין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי (ושיטות משפט מודרניות נוספות) היא בעיקרה השוואה מושגית-תאורטית. מקרים ודוגמאות יידונו כאילוסטרציה לעמדות עקרוניות. אופיה של השוואה זו נגזר, בין השאר, מן הפער הקיים (בכל המובנים) בין הסביבה הכלכלית-חברתית שבעת העתיקה אליה מתייחס המשפט התלמודי, לבין הסביבה הכלכלית-חברתית אליה מתייחס המשפט המודרני בן-זמננו, פער המקשה על עריכת דיון השוואתי סביב מקרים קונקרטיים דומים. דיון נפרד, החורג מגבולות יריעה זו, ראוי להיות מוקדש לשאלת ההיבטים היישומיים של עמדותיו העקרוניות של המשפט העברי במציאות המשפטית-כלכלית המודרנית.

4 ראו במקורות המובאים להלן, ה"ש 28-30.

הביטוי "פירוש החוזה על-פי עקרון תום הלב" סובל לכל הפחות שלושה מובנים שונים.⁵ שניים מהם טריוויאליים; במאמר זה בכוונתי לדון במובן השלישי, הפרובלמטי מבין שלושתם.

במובן ראשון, על השופט לפרש את החוזה כשהוא, השופט, נוהג בתום לב. אם בכך הכוונה שעליו למלא את תפקידו הפרשני נאמנה, הרי שאין לך דבר יותר מובן מאליו. ואם הכוונה שעל השופט לקדם את הפרשנות המשקפת את תום ליבו, כלומר את מצפונו ואת תפיסות הצדק הרוחשות בקרבו, אף אם אינן עולות בקנה אחד עם מצוות המחוקק, הרי שבכך באים אנו בשעריה של בעיה חשובה אחרת והיא זכות/חובתו של שופט לסטות מן הדין,⁶ שאלה שלא אדון בה במסגרת מאמר זה.

במובן שני, על השופט לפרש את החוזה לפי אומד דעת הצדדים, שהוא-הוא הפירוש ההוגן, תם הלב, של החוזה. מובן זה אינו אלא רדוקציה של המונח 'תום לב' (בהקשרו הפרשני) אל המונח 'אומד דעת הצדדים', ועל כן הוא חסר ערך מוסף.⁷

על-פי המובן השלישי, על השופט לפרש את החוזה על-פי ההנחה שהצדדים היו תמי לב זה עם זה, כש"תום לב משמעותו הגינות, יושר ואמון ביחסי הצדדים לחוזה".⁸ על השופט לפרש את החוזה, תמיד או בנסיבות מסוימות, תוך שהוא חורג מאומד דעתם האקטואלית של הצדדים ומייחס להם כוונות תמות לב, אף שמבחינה ריאליית הדבר אינו נכון בהכרח. מובן זה של פירוש החוזה על-פי עקרון תום הלב הוא שיעמוד במקד

5 ראו למשל, המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 327 (1995) (להלן: עניין אפרופים); ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 217-218. לתיאור הבחנות נוספות בתוך ביטוי זה ראו מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17, 27 (2005) (להלן: מאוטנר "התערבות שיפוטית").

6 ראו למשל, אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 39, 442 (1987); רות גביוון שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם 54 (1991). לניתוח עמדתו של המשפט העברי ראו HANINA BEN-MENACHEM, JUDICIAL DEVIATION IN TALMUDIC LAW: GOVERNED BY MEN, NOT BY RULES (1991) (להלן: BEN-MENACHEM, JUDICIAL DEVIATION); חנינה בן מנחם "יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין" שנתון המשפט העברי ח 113 (התשמ"א); חנינה בן-מנחם "חקיקה ושיפוט על פי הרמב"ם" דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם – עיונים במורה נבוכים ג; לד 211 (חנינה בן-מנחם וברכיהו ליפשיץ עורכים, התשס"ד). לביקורת גישתו ראו יעקב בלידשטיין "ה'אמת' של הדיין ככלי פסיקה במשנת הרמב"ם" דיני ישראל כד 119, 146 (התשס"ז).

7 פרידמן "פרשנות החוזה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 237.

8 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 411. וראו זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 24: "עיקרון זה דורש התחשבות הדדית בין הצדדים, התנהגות הגונה וסבירה, קיום סטנדרטים מוסריים וחברתיים מינימליים וכדומה. פירוש החוזה מתחשב איפוא בערכים חברתיים וציבוריים, ולא רק ברצון ובכוונה פרטיים".

מאמר זה. יותר משאנסה לאפייין את טיבה של הפרשנות על-פי עקרון תום הלב, אבקש לבחון את עצם הלגיטימיות שלה.

המוטיבציה לפרש את החוזה על-פי עקרון תום הלב (במובנו השלישי) נראית, במבט ראשון, ברורה ומובנת מאליה. בדרך זו יצליח השופט להביא את החוזה לתוצאה הוגנת יותר מזו שהיה מגיע אליה מכוח פרשנות 'רגילה', נטולת סממני תום לב. זאת בהנחה שבית המשפט מייעד לעצמו למטרה, בדרך זו או אחרת, להבטיח הגינות חוזית מהותית, ולא רק הגינות חוזית תהליכית.⁹ עם זאת, יש לזכור כי עצם הרצון להבטיח את הגינותו המהותית של החוזה עדיין אינו תומך דווקא בשימוש בכלי הפרשנות. כפי שנראה להלן, קיימים כלים משפטיים אחרים, שיכולים גם הם להשיג מטרה זו. היתרון של השימוש דווקא בכלי הפרשנות גלום בשני היבטים עיקריים: הוא מעניק לשופט גמישות רבה וזכר פעולה נרחב למדי, שכן הפרשנות, מטבעה, היא תחום משפטי אלסטי; בצד זאת, השימוש בכלי הפרשנות מאפשר לשופט, אם ירצה בכך, להסוות את התערבותו בתוכן החוזה ובהסכמת הצדדים בתוך רטוריקה של פירוש כוונתם והתחקות אחר אומד דעתם. בהקשר זה אופייניים מונחים, כגון 'התכלית האובייקטיבית' של החוזה¹⁰ ופרשנות 'במובן הרחב',¹¹ מונחים מאולצים משהו, אשר נועדו להקל על דחיסת תפיסותיו הערכיות של בית המשפט אל תוך המשמעות המשפטית של החוזה שיצרו הצדדים.¹²

9 המאמר המכונן בהקשר זה הוא Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause*, 115 U. PA. L. REV. 485 (1967) ראו גם James Gordley, *Equality in Exchange*, 69 CAL. L. REV. 1587, 1625 (1981); דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך א 54 (1991) (להלן: פרידמן וכהן חוזים א). לעיון בעמדת המשפט התלמודי במתח שבין שתי אפשרויות אלה ראו בני פורת 'הצדק החוזי' בדין התלמודי העברי (עבודת גמר במסגרת לימודי התואר השני, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2002) (להלן: פורת הצדק החוזי); בנימין פורת "דין אונאת מחיר – יסודותיו, עקרונותיו וערכיו – עיון בדין ההונאה כדגם למדיניות של צדק בדיני חוזים" כתר ד 281, 375 (התשס"ד) (להלן: פורת "דין אונאה"); פורת "החוזה הכפוי", לעיל ה"ש 2.

10 ראו למשל, ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221, 228 (1993).
11 ראו למשל, ע"א 554/83 'אתא' חברה לטכסטיל בע"מ נ' עיזבון זולוטוב, פ"ד מא(1) 282, 299, 301-304 (1987).

12 מנגנון רטורי מעניין נוסף הוא שינוי ההתייחסות אל הביטוי 'אומד דעת הצדדים' מלשון נקבה ("דעתם של הצדדים משתמעת") אל לשון זכר ("אומד הדעת משתמע"). לשון נקבה מדגישה את דעת הצדדים, הסובייקטיבית, בעוד לשון זכר מדגישה את האומדן האובייקטיבי שמבצע השופט. על כך ראו זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 136. לביקורת השימוש במונחים אלה ראו שם, בעמ' 134-135: "ברור למדי, שסטייתו של השופט ברק ממונחיו של החוק לא נעשתה בהיסח הדעת. הסבר אפשרי לכינוי של השלמת פערים בשם "פירוש במובן הרחב" הוא, שכינוי זה מקרב את הפיתרון שאליו הגיע בית-המשפט לרצון הצדדים עצמם, לבסיס הפירמידה. בדרך זו מוסווה המקור החברתי של הנוהג הכללי ושל המקורות הנוספים למילוי פערים בחוזה, ומוצנע התפקיד היוצר של בית-המשפט".

הרתיעה מפני פירוש החוזה על-פי עקרון תום הלב גם היא נראית ברורה ומוכנת. שופט המפרש את החוזה על-פי עקרון תום הלב משפר את החוזה עבור הצדדים, ולמעשה משכתב אותו מחדש עבורם.¹³ אם אנו מבקשים לקבל עלינו את עקרון 'חופש החוזים', אנו עלולים לחוש שלא בנוח עם המגמה לפרש את החוזה בחריגה מאומד דעתם של הצדדים (שלא לומר בניגוד אליה) ולאור עקרונות מוסריים כדוגמת תום הלב. כמעט ואין צריך לומר, ששאלה זו מושפעת עמוקות ובמישרין מתנועות מטוטלת נרחבות יותר בעולם החוזים: תהליכי עלייתם וירידתם של עקרונות חופש החוזים ותום הלב¹⁴ (בכיוונים מנוגדים זה לזה),¹⁵ התגוששות בין מגמות צדק חוזי תהליכי לבין מגמות צדק חוזי מהותי,¹⁶ מתח משתנה בין ערכים לבין פורמליזם בעולם המשפט¹⁷ ועוד.¹⁸ כל אלה צפויים להשפיע, ואכן משפיעים, על יחסי הפרשנות ותום הלב. אך כפי שניווכח להלן, ייתכן שלתחום הפרשנות מאפיינים המבדילים אותו מתחומים אחרים של דיני החוזים.

- 13 ובאופן מסורתי, בית המשפט אינו רואה את תפקידו בכתיבת החוזה ובשיפורו עבור הצדדים. ראו למשל, המ' 162/52 נשינול אינשורנס אנד גרנטי קורפוריישון לימיטד נ' מובשוביץ, פ"ד ז 238, 246 (1953); ע"א 12/61 אלטמן נ' אלטמן, פ"ד טו 1911, 1912-1913 (1961); ע"א 11/87 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו, עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מג(4) 287, 293 (1989).
- 14 עקרון תום הלב חדר לדיני החוזים בישראל במסגרת ס' 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118, מאז הוא זכה לכתיבה בהיקף נרחב ביותר. ראו למשל שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 85; פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 9, בעמ' 511; גואלטירו פרוקציה "קווים לתורת תום-הלב" עיוני משפט יג 41 (1988); גואלטירו פרוקציה "הפרת החובה לנהוג בתום-לב" הפרקליט לט 65 (1989); גואלטירו פרוקציה "תחולת עקרון תום-הלב בשיטה המשפטית הישראלית" הפרקליט לט 291 (1990); נילי כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו 13 (1987); דרורה פלפל "תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה" עיוני משפט ה 608 (1977); עלי בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר" עיוני משפט כג 11 (2000).
- 15 שניים מן הבולטים שתיארו תהליכים אלה הם: P.S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1974); GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (1974). ראו גם: MICHAEL J. TREBILCOCK, THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT (1993); גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז 465, 473 (1987); שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 41; נילי כהן "השוויון מול חופש החוזים" המשפט א 131 (1993).
- 16 ראו לעיל, ה"ש 9.
- 17 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993) (להלן: מאוטנר ירידת הפורמליזם).
- 18 שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא 33 (1991).

שאלת היחס בין עקרון תום הלב לבין פרשנות החוזה זכתה להתייחסות נרחבת בכתיבה המודרנית של דיני החוזים.¹⁹ דומני, כי ניתן לקבוע שהיא טרם זכתה להתייחסות משמעותית בהקשרו של המשפט העברי.²⁰ יתירה מכך, לכשנעייץ באור זה בסוגיות התלמודיות נגלה כי עמדותיו אומרות דרשני, הן משום שלכאורה הן אינן עולות בקנה אחד עם מגמות נרחבות יותר בדיני החוזים שבתלמוד, והן משום שכשלעצמן הגיון המשפטי אינו ברור כל צרכו. אטען, כי בניגוד למה שפעמים רבות מקובל בשיטות משפט בנות־זמננו (והמשפט הישראלי בכללן), הכללים התלמודיים של פרשנות החוזה אדישים לחלוטין לעקרון תום הלב ואינם כפופים לו, זאת חרף העובדה שעקרון תום הלב נהנה מנוכחות רבה מאד באגפים אחרים של דיני החוזים במשפט העברי. עוד אטען, כי דווקא המקום הרב שהעניקו חז"ל לעקרון תום הלב בדיני החוזים במשפט העברי הוא שיתר את הצורך בהחדרתו אל כללי פרשנות החוזה, והותיר אותם כשהם משוחררים מן האילוץ שיש בעקרון תום הלב. דומה כי על-פי המשפט התלמודי, ניתן להשיג תוצאות דומות בדרכים משפטיות אחרות שאינן כרוכות בפירוש מחדש של החוזה. בסופו של המאמר אבקש לבחון את הנגזרות המשפטיות של מדיניות זו, את יתרונותיה ואת חסרונותיה.

למותר לציין, כי אין בכוונתי להציג כקושיה עבור המשפט התלמודי את העובדה שהוא אינו מפעיל טכניקות פרשניות מודרניות אשר חודשו בדיני החוזים בעת החדשה. הפער הכרונולוגי בין השיטות מסביר באופן מניח את הדעת את ההבדלים ביניהם.²¹

19 ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 411; פרידמן "פרשנות החוזה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 252; ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 213; זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23; פרוקצ'יה "קווים לתורת תום-הלב", לעיל ה"ש 14, בעמ' 65; מאוטנר ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 17, בעמ' 48; מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 5, בעמ' 58; דרורה פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני" הפרקליט לו 53, 63 (1984).

20 בשאלת פרשנות החוזה במשפט העברי עסקו עד עתה בעיקר: שילם ורהפטיג בספרו דיני חוזים במשפט העברי: בתוספת סקירות על דיני חוזים במדינת ישראל 262 (התשל"ד) (להלן: ורהפטיג דיני חוזים); מנחם אלון המשפט עברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 350 (מהדורה שלישית מורחבת ומתוקנת, התשמ"ח) (להלן: אלון המשפט העברי). אשר לפרשנות תקנות הקהל, ראו אביעד הכהן פרשנות תקנות הקהל במשפט העברי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2003) (להלן: הכהן פרשנות תקנות הקהל). התייחסות קצרה לנושא תום הלב ופרשנות חוזים מצויה אצל דוד בס, שכתב: "עקרון תום הלב, המשפיע רבות במשפט הישראלי על פירוש החוזה ואומדן דעת הצדדים, אינו מוכר כעיקרון משפטי כהלכה" (דוד בס "חוזים על פי דיני התורה" כתר א 18, 122 (התשנ"ו)), אולם הוא לא הרחיב ולא פירט מעבר להערה לקונית זו.

21 די להרחיק לכת עד שנת 1949 כדי לקרוא באחד מפקקי הדין של בית המשפט העליון, כי "חלילה לו, לבית המשפט, לפרש את החוזה לפי עקרונות יושר סתם, או להתחשב במה, שלדעתו של בית המשפט, היו צריכים הצדדים, באופן הגיוני, להתכוון לו" (ע"א 39/47 אשר נ' בירנבאום, פ"ד ב

אלא שבכוונתי להיעזר במודלים הפרשניים המודרניים שאנו מכירים כיום כדי לנסות להבין ולהגדיר טוב יותר את אופני התמודדותו של המשפט התלמודי עם בעיות דומות. ההשוואה היא אפוא מושגית-א-היסטורית.

ב. תום הלב בפרשנות החוזה במשפט המודרני

בשיטות משפט רבות מקובל כי חוזים יש לפרש לפי עקרון תום הלב. יש מהן, כגון גרמניה, אוסטריה, איטליה, יוון ופורטוגל,²² שקבעו את הדבר בחקיקה. באחרות, בעיקר שיטות ממשפחת המשפט המקובל, כך נוהגים בפועל בתי המשפט, אף שהמחוקק לא קבע זאת במפורש.²³ כך למשל, בבתי המשפט האנגליים מקובל, כי לא רק שיש לפרש את החוזה באופן שימנע תוצאות אבסורדיות²⁴ או תוצאות עסקיות בלתי-סבירות,²⁵ אלא

533, 540 (1949). על כך ראו רשימותיהם של אמנון גולדברג, איל זמיר, מנחם מאוטנר וגיא מונדלק, המופיעים במשפטים ראשונים – שיחות בעקבות פסקי-דין של בית-המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו 89-119 (דפנה ברק-ארו עורכת, 1999).

22 ראו ס' 157 ל-B.G.B. ("Contracts shall be interpreted according to the requirements of good faith")
 "The (faith, giving consideration to common usage)"; ס' 1366 לקודקס האזרחי האיטלקי (The contract shall be interpreted according to good faith). התרגומים הנם על-פי ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 685-686). ראו גם ס' 914 לקודקס האזרחי האוסטרי; ס' 200 לקודקס האזרחי היווני; ס' 239 לקודקס האזרחי הפורטוגלי. על כך ראו ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 173, 216; זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23.

23 E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS § 5.1 at 325, § 7.11 at 474 (3rd ed., 1999) (interpretation affected by public policy); J.H. Baker, *From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation*, 32 CURRENT LEGAL PROB. 17, 31 (1979) לפסיקה אמריקאית ראו, למשל, Taylor Equip. Inc. v. John Deere Co., 98 F. 3d 1028, 1032 (8th Cir., 1996). ראו גם: Michael P. Van Alestine, *Dynamic Treaty Interpretation*, 146 U. PA. L. REV. 686 (1998) בהקשר המשווה של המשפט העברי יש עניין רב בהערתו של Bulsara לגבי המשפט הפרסי בעת העתיקה, במיוחד לאור קרבתו בזמן ובמקום למשפט התלמודי בבבל: "Their [=the contracts] implicit or explicit terms would be binding on each and all on either side, and should be interpreted rightly and fairly, whether under the same or altered circumstances" (S.J. BULSARA, THE LAWS OF THE ANCIENT PERSIANS, 68 (1937)).

24 Tillmans v. Knutsford, 2 K.B. 385, Farwell L.J. (1908): "In a mercantile document or a statute there is a presumption that business men do not intend to do anything absurd, which is some slight guide; but in all cases it is a matter of construction"
 Wickman Machine Tool Sales, A.C. 235 (1974).

25 וכך אמר השופט דנינג ב-Mitchell Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd., [1983] Q.B. 284: "In short, whenever the wide words, in their natural meaning, would give rise to an

לעתים יש לפרשו אף באופן שימנע תוצאות חוזיות בלתי-הוגנות. לדוגמה, באחד מפסקי הדין נאמר:

...In a question such as this, however, where one has to deduce the intention of the parties from all the circumstances... I think one is free to assume that they intended a fair and commercial result rather than unfair one.²⁶

הגדרה ישירה יותר, שלא לומר בוטה, ניתנה על-ידי לויסון:

The court will sometimes manipulate the construction of the contract in order to achieve a fair result on the facts of the particular case.²⁷

גם בישראל שופטים נוהגים לפרש את החוזה על-פי עקרון תום הלב, אף שהדבר לא מצא את ביטויו בדבר חקיקה. בהקשר זה אופייניות פסיקות כדוגמת זו של השופט חשין:

בקרבנו עצמנו אל פירושו של חוזה על נושא עסקי, נשים בכלינו שכל ישר של אנשי עסק סבירים והגונים, ועל דרך זה נהפוך בו בחוזה בנסותנו להתחקות אחרי כוונותיהם של הצדדים.²⁸

או בדומה לזו של השופטת דורנר:

unreasonable result, the judges either rejected them as repugnant to the main purpose of the contract or else cut them down to size in order to produce a reasonable result" כמו כן ראו Glofield Properties Ltd. v. Morley, [1989] 2 E.G.L.R. 118, C.A., Nourse L.J.; Tito v. Waddell, [1977] Ch. 314 ; וכן LEWISON, INTERPRETATION, לעיל ה"ש 1, בעמ' 293-292. פרידמן "פרשנות החוזה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 254-253, מציע להבחין בין סבירות כאמת מידה פרשנית לבין אבסורדיות כאמת מידה פרשנית. על-פי הצעתו, סבירות תשמש אמת מידה פרשנית רק כאשר לשון החוזה סובלת שני פירושים. אבסורדיות, לעומת זאת, תוכל לשמש אמת מידה פרשנית גם נגד לשון מפורשת.

26 ראו: Laura Investment Co. Ltd. v. Havering London Borough Council, [1993] 1 E.G.L.R. 124 (Hoffman J.) כמו כן ראו: 1 [1986] W.L.R. 404, Warner J.: "Faced with that choice as to the meaning of the word, ... I prefer the meaning that does not produce an unreasonable and unfair result"

27 LEWISON, INTERPRETATION, לעיל ה"ש 1, בעמ' 48, 292.

28 ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 819, 811 (1992). אך ראו דעותיהם של השופטים לויין ובך, שם, בעמ' 831-830.

יש להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים על יסוד ההנחה כי פעלו
כאנשים הגונים וסבירים.²⁹

ורשימת הדוגמאות ארוכה.³⁰ עמדה זו מצאה ביטוי גם בספרות המשפטית הישראלית.³¹ לא למותר לציין, כי אלו דוגמאות לשילוב מוצהר של שיקולים מוסריים בתוך מלאכת פרשנות החוזה. הדבר עשוי גם לבוא, ובהיקפים נרחבים יותר, בצורה סמויה ונסתרת.³²

ביקורות מסוגים שונים הועלו נגד חלק מפסקי הדין, בעיקר כלפי אלה שהרחיקו לכת בשימוש הפרשני שעשו בעקרון תום הלב.³³ ברם, חשוב לזכור כי הביקורות

29 דברי השופט דורנר, ע"א 6025/92 צמיתות (81) בע"מ נ' חרושת חימר בע"מ, פ"ד נ(1) 826, 834 (1996).

30 עניין אתא נ' זולוטוב, לעיל ה"ש 11, בעמ' 301 (לביקורת פסק הדין ראו זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 131 ואילך); ע"א 5559/91 ק.צ. מפעלי גז ואנרגיה (1982) בע"מ נ' מקסימה המרכז להפרדת אויר בע"מ, פ"ד מז(2) 642, 649 (1993); ע"א 5187/91 מקסימוב נ' מקסימוב, פ"ד מז(3) 177, 186 (1993); ע"א 1395/91 וינוגרד נ' ידיד, פ"ד מז(3) 793, 800 (1993); ע"א 3645/92 קלנר נ' לופוביץ, פ"ד מז(4) 133, 144 (1993); ע"א 3833/93 לוינ' נ' לוינ, פ"ד מח(2) 862, 870 (1994); עניין אפרופים, לעיל ה"ש 5, בעמ' 305; ע"א 6276/95 מגדלי באך בע"מ נ' חוזה, פ"ד נ(1) 562, 567 (1996) (להלן: עניין מגדלי באך); רע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281, 304 (1996) (להלן: פרשת בית הכנסת רמת-חן); ע"א 7824/95 תשובה נ' בר נתן, פ"ד נה(1) 289, 302 (1998); רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון מילגרם נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 162 (1998); דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון, פ"ד נ(5) 643, 663 (2002) (להלן: עניין שדמון). לסקירת הפער בין פסיקות מאוחרות של בית המשפט העליון בתחום פרשנות החוזה לבין פסיקות בשנותיו הראשונות, ראו הרשימות המצוינות לעיל, בה"ש 21.

31 ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 411; ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 222; פרידמן "פרשנות החוזה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 238 ("אין ספק שכאשר לשון החוזה מציבה בפני בית המשפט מספר אפשרויות, שכולן באות בחשבון, ייטה בית המשפט לבחור בפירוש הנראה בעיניו הצודק ביותר"); זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23-24; דרורה פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים", לעיל ה"ש 19, בעמ' 63; מאוטנר ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 17, בעמ' 56-62.

32 כך למשל תאר זאת עטייה: "Even the merest tyro will soon learn, for instance, that it is not much use arguing against a particular construction of a written contract on the ground that it would produce unjust or inconvenient results for his client; but he will equally soon learn that it is perfectly permissible to present the same argument in the form that 'the parties could not have intended' the contract to bear the meaning argued against because of the results which would follow" (P.S. ATIYAH, ESSAYS ON CONTRACT 246 (1986)).

33 הבולט שבהם, עניין אפרופים, לעיל ה"ש 5. ראו למשל, פרידמן "פרשנות החוזה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 245; דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 483 (2003); המשנה לנשיא חשין בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ

שהועלו לא יצאו נגד עצם שילובו של עקרון תום הלב בפרשנות החוזה,³⁴ אלא נגד מינוני השימוש שנעשה בו.³⁵ נגד המהירות שבה זונח בית המשפט את פרשנות החוזה לאור תכליתו הסובייקטיבית ופונה לפרשו על-פי תכליתו האובייקטיבית,³⁶ נגד היחס הלא-פרופורציונלי לכאורה שנוצר בין עקרון תום הלב לבין עקרונות פרשניים אחרים המבקשים אחר אומד דעת הצדדים.³⁷ נטען, כי כללי הפרשנות נמתחו יתר על המידה לשם השגת התוצאה הראויה בעיני בית המשפט,³⁸ וכי למעשה בית המשפט החל להשתתף במלאכת הכנת החוזה.³⁹ יש שטענו מכיוון אחר, כי טושטש קו הגבול בין

נ' מדינת ישראל, פס' 2 ואילך (פורסם בנבו, 11.5.2006). ברק ענה למבקרו בספרו פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 500.

- 34 אך ראו דברי שופט אנגלרד בעניין שדמון, לעיל ה"ש 30, בעמ' 658.
- 35 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 411: "ברק... נותן משקל רב, לטעמי רב מדי, לעקרון תום-הלב בתהליכי הפירוש וההשלמה. באמצעות תורת הפרשנות שלו מרחיב ברק את סמכות בית-המשפט להתערב בחוזים ואף לעצב מחדש את תנייתיהם, לעתים בניגוד לרצונם הברור של הצדדים".
- 36 ראו דברי המשנה לנשיא חשין, פרשת ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 33, פס' 28: "הגם שהכל מסכימים כי תכלית סובייקטיבית – בה עיקר, הלכה למעשה נחפו בית-המשפט לעיתים להידרש לתכלית אובייקטיבית בלא שמיצה את מסעו אל התכלית הסובייקטיבית שעמדה נגד עיני הצדדים". שם, פס' 31: "...עד אשר נידרש לתכליתו האובייקטיבית של חוזה, לעקרון תום הלב ולחזקות מכוח הדין האמורות לקבוע כיצד יפורש חוזה פלוני, שומה עלינו לעשות ככל יכולתנו לנסות ולרדת לסוף דעתם של בעלי החוזה, בין מתוך הכתב בין ממקורות לגיטימיים אחרים. אכן, בידענו כי התכלית האובייקטיבית ממתינה לנו מעבר לדלת ומזמינה אותנו בקריצה כי נשלב זרוענו בזרועה; וביודענו כי התכלית האובייקטיבית יפה ונקיה היא במראָה להפליא; רב הוא הפיתוי שלא להעמיק חקר בתכלית הסובייקטיבית וליפול ברישתה של התכלית האובייקטיבית".
- 37 שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט ריבלין; פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. אשר לשלב החדש הניתן לעקרון תום הלב בפירמית הפירוש וההשלמה, ראו זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 25: "הנכונות להתחשב בערכים חברתיים וציבוריים כבר בשלב הבירור של הרצון והכוונה הפרטיים של הצדדים, בשלב האומדן של דעת הצדדים, מערערת את המבנה הנקי והמסודר של הירארכיית הפירוש וההשלמה. למעשה, ראש הפירמית נושק לבסיסה". ראו גם Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, 97 COLUM. L. REV. 1710 (1997).
- 38 השופט (כתוארו אז) חשין: "...יש הסוברים כי בתי המשפט מתחו את כללי הפרשנות אל מעבר למידה הראויה להם; כי לאמיתם של דברים חרגו כללי הפרשנות מהיותם כללי פרשנות – במובנו הלגיטימי של המושג – וכי באחוזם בקרדום הפרשנות פלשו בתי המשפט עמוקות – בלא אומר ובלא נשמע דברם – אל תחום המשפט המהותי. נציין ונדגיש, כי הביקורת אינה מפנה עצמה אל היעדים שבתי המשפט משווים נגד עיניהם, אלא אל הדרכים (קרי – הטכניקות) שבהן מהלכים הם לקראת אותם יעדים" (פרשת בית הכנסת רמת-חן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 304).
- 39 פרשת ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 33, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין: "דומה עלינו, כי בניסוחם של כללי הפרשנות שנוצקו בפרשת אפרופים חקק בית-המשפט מתפקידו המסורתי כפרשן במובנו המסורתי של מושג הפרשנות, והחל משים עצמו צד לחוזה ממש"; פרשת אתא נ'

פרשנות חוק לבין פרשנות חוזה, לענין מעורבותו האקטיבית של בית המשפט והחדרתו את ערכיו אל תוך מעשה הפרשנות.⁴⁰ לדידם, השימוש בעקרון תום הלב במסגרת פרשנות החוזה הוא אמנם לגיטימי, אך "טעון הפעלה זהירה ומתונה", וראוי שיעשה "רק כאשר מתקיימים תנאים מיוחדים, ויוצאי דופן".⁴¹

שאלה שמן הראוי ליתן לה את הדעת, וזאת נעשה בהרחבה בהמשך, היא האם הפרשנות היא הכלי המשפטי הראוי לקידום מטרותיו של עקרון תום הלב. שהרי מטרות אלה עשויות להיות מושגות גם באמצעים משפטיים אחרים שאינם פרשניים, כגון הפעלה ישירה של סעיפי תום הלב שבחוק החוזים,⁴² או באמצעות שימוש מכוון בדיני הפגמים בכריתת החוזה שיופעלו לשם הגשמת מטרות אלה.⁴³ הלא גם פרשנות החוזה על-פי עקרון תום הלב אינה אלא "התערבות מכוח הדין, בחסות כללי הפרשנות, בהסכם שביניהם".⁴⁴

מהי אפוא עדיפותה של הזירה הפרשנית עבור קידום עקרון תום הלב? הדעת נותנת, כי זו נעוצה באפשרות לקיים בפועל מדיניות אקטיביסטית⁴⁵ על-פי גישת הצדק החוזי המהותי, בד בבד עם שמירה על רטוריקה של מדיניות פאסיבית על-פי גישת הצדק החוזי

זולוטוב, לעיל, ה"ש 11, השופט לוי' בעמ' 323: "דא עקא, שהסכנה שלפניה עשוי הפרשן לעמוד היא שמא 'יגניב', דרך קביעת אומד דעתם של הצדדים לחוזה, את אומד דעתו שלו לגבי התוצאה הצודקת לפי הערכתו וייחס את הערכתו שלו לצדדים לחוזה, ועל-ידי כך יהפוך בפועל דוקטרינה של פרשנות לדוקטרינה לבר-חוזית".

40 פרשת ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 33, פס' 36 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.
41 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 413. ראו גם פרידמן "פרשנות החוזה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 253: "...ראוי לחתור לכך שישמר איזון מתאים ושמגמה זו לא תגלוש לכך שבית המשפט יכתוב את ההסכם עבור הצדדים בנסיבות שבהן ערכו הסכם סביר (אף אם בעיני בית המשפט היה מקום לכתוב הסכם עדיף)".

42 ס' 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), המטילים, בהתאמה, את החובה לנהוג בתום לב בשעת המשא ומתן ובשעת קיום החוזה.

43 ראו תיאורו של זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 42 ואילך. ניתוח זה של זמיר מקביל לניתוחים שנעשו בשיטות משפט אחרות. ראו: P.S. Atiyah, *Contract and Fair Exchange*, in: HUGH COLLINS, *THE LAW OF CONTRACT* 254 (4th ed. 2003); James; 32; ATYIAH, לעיל ה"ש 32; Gordley, *Equality in Exchange*, 69 CAL. L. REV. 1587, 1625 (1981). אין צורך לומר, כי שימוש מכוון בדיני הפגמים בכריתת החוזה אינו פחות מניפולטיבי מאשר פירוש החוזה לפי עקרון תום הלב.

44 פרידמן "פרשנות החוזה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 253.

45 לזיקה בין אקטיביזם שיפוטי לבין פרשנות חוזים ראו מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 5, בעמ' 21; איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 343 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009) (להלן: זמיר "ברק ודיני החוזים").

התהליכי. לשון אחרת: קידום מוסווה של עקרון שקילות התמורות,⁴⁶ תוך כדי המשך הצהרה על קדושת עקרון חופש החוזים. הפרשנות נתפסת כהתערבות חלשה יותר של בית המשפט, שהרי כביכול הוא אינו אלא מפרש את מובן הדברים שהצדדים קבעו לעצמם. לפיכך, גם כשמדובר בהחדרת נורמות של תום לב אל החוזה, נוח יותר לשופטים להלביש את פועלם בתחפושת של מעשה פרשנות. עמד על כך, על-פי דרכו, השופט דנינג, שאמר:

They [the Judges] still had before them the idol, 'freedom of contract'. They still knelt down and worshipped it, but they concealed under their cloaks a secret weapon. They used it to stab the idol in the back. This weapon was called 'the true construction of the contract'.⁴⁷

בלשון מעודנת יותר ניסחה זאת גבריאלה שלו:

כללי פרשנות נחשבו תמיד אמצעי יעיל להשגת הרמוניה בין כללים, עקרונות ומאויים שונים, ובענייננו: עקרון חופש החוזים מול השאיפה לעשיית צדק בנסיבות הענין.⁴⁸

כמעט ואין צורך לומר, כי פירוש החוזה על-פי עקרון תום הלב גובה מחירים שונים, ואינו רק מעניק יתרונות. פירוש החוזה על-פי עקרון תום הלב נוטל מן הצדדים את אבן הפינה של החוזה – את מובנו – ומעביר אותו אל השופט. בצד הפגיעה העקרונית בעקרון חופש החוזים, הדבר גם מוביל לערעור הוודאות והצפיות הדרושים כל כך ליציבות עולם החוזים. וכך אמר השופט חשין, בתגובה לפסק דין אפרופים: "לא בכדי שוררת בקרב רבים מן העוסקים במשפט – שופטים, עורכי דין וחכמי משפט – תחושה של חוסר ודאות מלונה בחשש כי חוזה כתוב וחתום – ככתבו וכלשונו – אינו עוד יכול להבטיח את זכויות הצדדים לו, שכן כיום עשוי בית משפט לפרשו כדרכו וכי כל תוצאה (כביכול) ניתנת להשגה באמצעות פרשנות".⁴⁹

46 לדיון בעקרון שקילות התמורות ראו Godley, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1587; Atiyah, לעיל ה"ש 43; זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 89; איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות (בשולי ע"א 5493/95 דיור לעולה (ע.א.ק. נ' קרן, פ"ד נ(4) 509) משפטים כט 783, 796 (1998); איל זמיר "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)" משפטים ל 459, 492 (2000).

47 פרשת Mitchell, לעיל ה"ש 25, פסק דינו של השופט דנינג.

48 גבריאלה שלו תניות-פטור בחוזים 70 (1974) (להלן: שלו תניות-פטור).

49 פרשת ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 33, פס' 6 לפסק הדין של המשנה לנשיא חשין. ראו גם שלו תניות-פטור, שם, בעמ' 71. אמנם לדעת מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 5, בעמ' 57, כאשר פרשנות החוזה על-פי התכלית האובייקטיבית מוכרת ומוצהרת יש פחות חשש לחוסר מודעותם של הצדדים לקיומה של פרשנות זו. ברם, המודעות לעצם קיומה של פרשנות מסוג זה אינה מקנה ידיעה של תוצאותיה. ערכי הוודאות והצפיות עדיין נתונים בסכנה.

דרך זו גם מתמרצת צדדים פוטנציאלים שאינם מעוניינים לנהוג זה בזה בתום לב לנסח את חוזהם בדרך מדויקת וברורה יותר, אשר תחסום את בית המשפט מלפרש את החוזה כפי הבנתו (ולכל הפחות תקשה עליו לעשות כן).⁵⁰ תוצאה בלתי-רצויה זו אופיינית לשימוש במעשה הפרשנות יותר מאשר להחלת עקרון תום הלב מכוח הדין, שהרי זו האחרונה אינה תלויה בלשון שבה ניסחו הצדדים את הסכמתם ובפרשנותה. לבסוף, ואולי זאת העיקר, דומה כי פירוש החוזה על-פי עקרון תום הלב לוקה בפגם של "חוסר יושר אינטלקטואלי".⁵¹ מדיניות זו יוצרת פער בין הרטוריקה השלטת (חופש החוזים וזכות ההתנאה של הצדדים) לבין הפרקטיקה המיושמת בפועל; להלכה הסכמת הצדדים היא העומדת במוקד עולם החוזים, בעוד שלמעשה הסכמה זו מעוצבת מחדש לפי תפיסתו של בית המשפט.⁵² כאשר מטושטשים הגבולות, ובית המשפט בוחר להסוות את פעילותו למען השגת חוזה צודק ברטוריקה נוחה במקום להגדיר נאמנה את טיב עשייתו, ישנו חשש לערפול מיותר, אולי עד כדי "עיוות וניווט מושגי יסודי בדיני חוזים".⁵³

ג. תום הלב בפרשנות החוזה במשפט התלמודי: הצגת הבעיה

לאור כל זאת, אני מבקש לבחון, האם כללי פרשנות החוזה שנקבעו במשנה ובתלמוד מכילים אי-אלו היבטים של עקרון תום הלב? יהיה אשר יהיה טיבם של כללי פרשנות

50 ראו שלו תניות-פטור, לעיל ה"ש 48: "הצבת כללי הפרשנות תשמם למנסחי החוזים מורה דרך יעיל לניסוח מחודש של תניות הפטור, כך שיעברו את כור ההיתוך של בית המשפט ובדלית ברירה אף יזכו בגושפנקא השיפוטית".

51 כלשון שלו, שם. דומני כי שלו לא חזרה מאוחר יותר על ביטוי לא פשוט זה. מאוטר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 5, בעמ' 56-57, זיהה בעיה מעין זו רק אם יסתיר בית המשפט את שיקוליו המוסריים שבפרשנות החוזה, אולם לא אם יבחר להצהיר עליהם: "ההכרה במקומו של הרכיב האובייקטיבי בפרשנות הינה מעשה של "ריאליזם משפטי", דהיינו, גילוי של שקיפות, כנות ויושר מצד בית המשפט באשר לאופן שבו הליך הפרשנות של החוזה מתנהל מקדמת דנא. המצב שבו הקטגוריה של הפרשנות האובייקטיבית אינה מוכרת כקיימת לצד הקטגוריה של הפרשנות הסובייקטיבית הינו מצב של "צביעות": דיני החוזים (והשופטים) אומרים דבר אחד אך עושים דבר אחר. חסרונו של מצב זה טמון אפוא בשקריות שבו...". לדיון בשאלת חשיבותה של הכנות במסגרת מתן הנמקות שיפוטיות ראו Scott C. Idleman, *A Prudential Theory of Judicial Candor*, 73 TEX. L. REV. 1307, (1995); David L. Shapiro, *In Defense of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731 (1987). לדיון מיוחד בבעיה בזו בתחום פרשנות החוזה ראו זמיר "ברק ודיני החוזים", לעיל ה"ש 45.

52 שלו תניות-פטור, לעיל ה"ש 48, אף הוסיפה וקבעה כי זו "אינה פרשנות אמיתית".
53 שם.

החוזה בתלמוד – התחקות אחר אומד דעת הצדדים, מתן פירוש לשוני לחוזה וכדומה⁵⁴ – האם במסגרתם מונחה הדיין לשקלל את האופן שבו היו נוהגים זה בזה צדדים שהם תמי לב, ולאור זאת לפרש את החוזה? האם ניתן לזהות בכללים אלה את טביעות האצבע של תפיסותיהם המוסריות של חז"ל ושל השקפותיהם החברתיות? לעניות דעתי התשובה לכך שלילית. עיון בכמה סוגיות מוביל למסקנה ההפוכה. חז"ל מבקשים לעצב כללי פרשנות חוזים, המניחים לגבי הצדדים הנחות ריאליסטיות למדי, אשר אינן טעונות במטענים ערכיים. יתירה מכך, חז"ל אף אינם חוששים מלפרש את החוזה על-יסוד הנחה כי הצדדים צרי-עין ואנוכיים זה כלפי זה. עקרון תום הלב, בגרסה זו או אחרת, אינו נוכח בעולמם של הכללים התלמודיים של פרשנות החוזה. חשוב להדגיש, כי השאלה שהצגנו עומדת בעינה הגם שאין כל ציפייה כי מקורות המשפט העברי יזכירו באופן מילולי את המונח 'תום לב'. ביטוי זה אמנם עברי הוא,⁵⁵ אולם הוא אינו נוטל חלק במערכת המושגים של המשפט העברי. ואכן, אין זו דרכו של המשפט העברי לעשות שימוש במושגי-שסתום מעין אלה.⁵⁶ ברם, גם אם בשמו זה אין הוא מופיע, תוכנו ומהותו ודאי שורים על המשפט העברי, ומופיעים לרוב, בכמה שינויים מתחייבים, במקורות המשנה והתלמוד. הללו רוויים בנורמות, פזורות ומפורדות כמיטב המסורת הקזואיסטית,⁵⁷ שאותן היינו מסווגים כיום תחת הכותרת 'עקרון תום הלב'.

לא זו אף זו; מכמה בחינות חשובות, ניכר כי המשפט התלמודי מבקש להמליך על דיני החוזים היבטים נרחבים של עקרון תום הלב, נרחבים אף יותר מן המקובל כיום. מערכת הקשרים המסועפת שמניח המשפט העברי בין המשפט לבין המוסר⁵⁸ הובילה

- 54 לשאלות אלה ודומותיהן מוקדש החלק הארי של עבודת הדוקטורט.
- 55 למשל, "יהי לבי תמים בחוקיך למען לא אבוש" (תהילים קיט 80); "בתם לבבי ובנקיך כפי עשיתי זאת" (בראשית 5; וראו גם שם, כ 6); "ואתה אם תלך לפני כאשר הלך דוד אביך בתם לבב ובישר לעשות ככל אשר צויתך חקי ומשפטי תשמר" (מלכים א, ט 4). ראו גם תהילים עח 72; תהילים קא 2; שכל טוב, בראשית כז (מהדורת בובר 113); ילקוט שמעוני, בראשית, רמז פ (מהדורת מוסד הרב קוק, 330). וראו השופט (כתוארו אז) אלון בע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, 633 (1979) (להלן: עניין רוט נ' ישופה).
- 56 משה זילברג "כך דרכו של תלמוד" כתבי משה זילברג 431, 483 (התשנ"ח) (להלן: זילברג "כך דרכו של תלמוד").
- 57 שם, בעמ' 451; אלון המשפט העברי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 879; LIEB MOSCOVITZ, TALMUDIC REASONING: FROM CASUISTICS TO CONCEPTUALIZATION (2002). ראו גם יעקב (ג'פרי) רובינשטיין "פירושי מקורות תנאיים על ידי עקרונות כלליים ומופשטים" נטיעות לדוד – ספר היובל לדוד הלבני רעה (יעקב אלמן, אפרים בצלאל הלבני וצבי אריה שטיינפלד עורכים, התשס"ה).
- 58 לא אבקש להקיף כאן סוגיה רחבה ועשירה זו. אסתפק בכמה מראי מקום מרכזיים: זילברג "כך דרכו של תלמוד", לעיל ה"ש 56, בעמ' 504; אליעזר גולדמן "המוסר, הדת וההלכה" מחקרים ועיונים 265 (התשנ"ז); אלון המשפט העברי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 125; אהרן ליכטנשטיין "מוסר והלכה במסורת

את חכמי המשנה והתלמוד להתוות שורה ארוכה של נורמות ודפוסי התנהגות ממשפחת תום הלב, שאליהם כפופים הצדדים לחוזה. אמנה, בקליפת אגוז, כמה מן המרכזיים שבהם:⁵⁹

א. דיני אונאה⁶⁰ מטילים על הצדדים המתקשרים בחוזה את החובה לסחור במחירים הוגנים, ואף מעניקים תרופות רלוונטיות במקרי הפרה. למעשה, דינים אלה קובעים את עקרון שקילות התמורות.⁶¹ כידוע, משפטני דורנו מתחבטים בשאלה זו, האמנם יש לפרש את חובת תום הלב בצורה כה מרחיבה, כמשתרעת עד כדי פיקוח על הגינות תוכן החוזה ושקילות תמורתיו.⁶² עוד בתקופת המשנה (ובהשראת המקרא)⁶³ חז"ל ענו על כך בחיוב.

ב. במקום שבו כבר הסכימו הצדדים על פרטי החוזה, אך טרם השלימו את כריתתו לכדי חוזה תקף, מחייב אותם המשפט העברי לנהוג זה בזה בהוגנות ומגביל את יכולתם לסגת מהתחייבויותיהם. לשם כך הוא מייחד סנקציות מתאימות, המשקפות מצב

היהודית – האם המסורת היהודית מכירה באתיקה שאינה תלויה בהלכה? דעות מו 5 (התשל"ז); משה הלברטל מהפכות פרשניות בהתהוותן – ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה 22 (התשס"ד) (להלן: הלברטל מהפכות פרשניות); AARON KIRSCHENBAUM, EQUITY IN JEWISH LAW (1991); Shmuel Shilo, *On one Aspect of Law and Morals in Jewish Law: Lifnim Mishurat Hadin*, 13 ISR. L. REV. 359 (1978); Shmuel Shilo, *Kofin Al Midat S'dom: Jewish Law's Concept of Abuse of Rights*, 15 ISR. L. REV. 49 (1980); Shmuel Shilo, *Equity as a Bridge Between Jewish and Secular Law*, 12 CARDOZO L. REV. 737 (1991). ראו גם ביקורתו של מנחם מאוטנר על ספרו הנ"ל של קירשנבאום "אקוויטי במשפט העברי" עיוני משפט יח 639 (1994). לגישה שונה ראו ישעיהו ליבוביץ' "מצוות מעשיות" יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל 13 (1979).

59 ראו באופן כללי דברי השופט אלון בעניין רוט נ' ישופה, לעיל ה"ש 55, בעמ' 633; שילם ורהפטיג "תום לב בדיני חוזים" נזיר אחיו – דברי תורה, הגות, מחקר והערכה כרך שלישי רכה (התשל"ח).

60 בחרתי במילה 'אונאה', כדי להבדילה מן 'הונאה' בת-זמננו. צורה זו מקובלת בחלק ממקורות חז"ל. על כך ראו פורת הצדק החוזי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 6, ה"ש 10; פורת "דין אונאה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 288, ה"ש 11.

61 ראו פורת "דין אונאה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 375; פורת הצדק החוזי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 27, שם ביקשתי להוכיח, כי יסודו המשפטי של דין אונאה נעוץ בעקרון שקילות התמורות, ואין לראותו כתת-סעיף של דין מקח טעות. וראו לעיל, ה"ש 46.

62 שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 115; פרידמן וכהן חוזים א, לעיל ה"ש 1, בעמ' 538-539; זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53; עניין אתא, לעיל ה"ש 11, בעמ' 300; ע"א 627/84 נודל נ' עיזבון פינטו, פ"ד מ(4) 477, 484-485 (1986); ע"א 4839/92 גנו נ' כץ, פ"ד מח(4) 749 (1994); עניין שדמון, לעיל ה"ש 30, בעמ' 658.

63 לדיון במקורות המקראיים של דין אונאה ראו אברהם אהוביה "מה היא 'הונאה'?" בית מקרא יח 51 (התשל"ג); פורת "דין אונאה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 307.

- ביניים זה, כדוגמת 'מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה', 'מחוסר אמנה' ו'אין רוח חכמים נוחה הימנו'.⁶⁴
- ג. המשפט העברי אינו תוחם את הגנת תום הלב לשני הצדדים לחוזה; על הצדדים לחוזה לנהוג על-פי אמת מידה דומה גם כלפי בני אדם שלישיים, אף שאינם קשורים במישרין למעגל החוזי אלא מושפעים ממנו בעקיפין. בסדרת מקרים התערבו חכמי המשנה והתלמוד בחופש החוזי כדי לבטל חוזים או לסכלם כאשר אלה נחשדו שנעשו באופן מלאכותי, כקנוניה שמטרתה פגיעה בלתי-לגיטימית באינטרסים של בני אדם שלישיים.⁶⁵ בכך מרחיב המשפט העברי את היקף האנשים המוגנים באמצעות עקרון תום הלב אף מעבר למקובל במשפט הישראלי.⁶⁶
- ד. יתירה מכך, נראה שחובת תום הלב חלה גם על בני אדם שלישיים כנגד שני הצדדים לחוזה. שניים המצויים במשא ומתן חוזי בשלבים מתקדמים יהיו מוגנים (כל אחד בנפרד) מפני ניסיונו של אדם שלישי להתערב ביניהם כדי להטות את ההתקשרות החוזית לכיוונו.⁶⁷

64 לסקירה ראו זילברג "כך דרכו של תלמוד", לעיל ה"ש 58, בעמ' 559; ורהפטיג דיני חוזים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 16; דברי השופט אנגלרד בע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 305 (2002); רון ש' קליינמן "מי שפרע" – דת, חברה ומשפט" (צפוי להתפרסם במחקרי משפט כו).

65 ראו למשל בבלי, בבא מציעא קח, ע"א (רכישה מדורגת של מקרקעין, שמטרתה עקיפת זכות הקדימה של שכן, 'בר מצרא'); בבלי, ערכין כג, ע"א (גירושין מלאכותיים שמטרתם פגיעה כספית באדם שלישי, כגון ערב, הקדש ולוקח). דומני, כי סוגיה זו טרם זכתה למחקר ממצה. טיטת מחקר מצויה כיום כחלק מסדרת חוק לישראל (בעריכת נחום רקובר), כנספח לפירוש ס' 13 בחוק החוזים (חלק כללי). במשפט הישראלי הוסדר הדבר רק בתחום דיני המסים, שם מגינה על עצמה המדינה מפני עסקאות מלאכותיות הנרקמות נגדה. ראו דוד גליקסברג גבולות תכנון המס 213-232 (1990).

66 על פניו נראה, כי אדם שלישי, שאינו חלק מן האינטראקציה החוזית, אינו יכול לטעון נגד אחד הצדדים כי נהג כלפיו שלא בתום לב. יוצאים מכלל זה הם משתתפים במכרז, החייבים לנהוג זה כלפי זה בתום לב (ראו ת"א (מחוזי ת"א) 513/94 מגדלי מרכז השלום בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"מ התשנ"ה(3) 360, 370 (1995)), וכן אדם שלישי המוטב מן החוזה. כמו כן, אדם שלישי זכאי לטעון, כי הצדדים הפרו את חובת תום הלב זה כלפי זה, וכי הוא נפגע מכך בעקיפין. ראו ישראל וינבוים בדרך מקובלת ובתום לב 77 (2000) (להלן: וינבוים תום לב). לדעת וינבוים, מן הראוי להרחיב עוד יותר את תחולת עקרון תום הלב: "אם מקבלים את הטענה כי סעיף 61(ב), בצירוף הוראות סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), אמנם יוצר עילת תביעה עצמאית כנגד מפר החובה, הרי שיש לומר כי הפרת חובת תום הלב מצד הפועל את הפעולה המשפטית אינה מוגבלת רק כנגד האדם שכלפיו מכוונת הפעולה ישירות, אלא גם כלפי כל מי שעלול להיפגע מפעולה זו, ובלבד שאותו "צד ג'" נמצא בתחום הסיכון שמבצע הפעולה חייב לקחת אותו בחשבון, באופן סביר, כאשר הוא מבצע את הפעולה".

67 עניין זה נידון במשפט העברי במסגרת הכלל "עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה הימנו נקרא רשע" (בבלי, קידושין נט, ע"א). ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלז, סעיף א. על כך ראו שילם

המשפט העברי מעניק אפוא לחובות אלה מוטת כנפיים רחבה, הן מבחינה עניינית הן מבחינה פרסונלית. במונחי חובת תום הלב המקובלים כיום מדובר באחריות בהיקף נרחב ביותר. היא מאבני היסוד של דיני החוזים במשפט העברי.⁶⁸ סבורני כי יש בכך כדי ללמד על האחיזה הרבה שקנתה לה במשפט העברי הגישה, כי הצדדים לחוזה (ולמעשה גם שחקנים נוספים) חייבים לנהוג זה בזה במידה רבה של אחריות ורגישות. בשל כך, חריפה יותר השאלה המוצגת במאמר זה: מדוע לא מצאה גישה זו את ביטויה גם במסגרת כללי פרשנות החוזה שבמשנה ובתלמוד?

כמענה לטיעון נגד אפשרי חשוב לציין, כי ככל הנראה, עצם הרעיון של פרשנות טקסט המושפעת מערכיו של הפרשן לא היה זר לחז"ל ואף קרוב אצל דעתם. בכל הנוגע למדרש התורה, כבר הצביע הלברטל בהרחבה "על המקום הרחב שתופסים שיקולים מוסריים כקריטריונים פרשניים"⁶⁹ בספרות מדרשי חז"ל. מספר פעמים, כאשר בפניהם עומדות כמה אפשרויות לפרש את מובנם של פסוקי התורה, חז"ל אינם מנסים להסתיר כי בחירתם בפרשנות זו או אחרת קשורה בהשקפת עולמם הערכית בעניין הנידון. עוד מוסיף הלברטל ומדגיש, כי אין מדובר בשיקולים מוסריים סמויים, תת-מודעים, אלא בשיקולים מוסריים גלויים ומוצהרים.⁷⁰ על-יסוד דבריו, מתחזקת השאלה מדוע לא מופעלת מתודה דומה גם במסגרת פרשנות החוזה.⁷¹

ורוהפטיג "עקרונות הסגת גבול" סיני עז, רנד (התשל"ה); ישראל מאיר לאו "איסור השגת גבול – עני המהפך בחררה" תורה שבעל פה יט, קו (1977); נחום רקובר המסחר במשפט העברי – פרקים בהגנת הצרכן, הסוחר והנושה 123 (1987). גם כאן סבור וינבוים תום לב, לעיל ה"ש 66, כי ראוי שבמשפט הישראלי יהיה דין דומה: "כל הגורם, בחוסר תום לב לצד א' להפר את חובת תום הלב שצד א' חב כלפי צד ב' (למשל, גורם לצד א' לפרוש, ללא צידוק מספיק, ממשא ומתן המתנהל עם צד ב', משא ומתן המצוי בשלביו הסופיים), מפר את חובת תום הלב שהוא חב כלפי צד ב' – ישירות – בלא כל קשר לחבותו האפשרית בגין עוולת גרם הפרת חיוב שמכוח חוק". לגבי החבות הנוזקית, ראו נילי כהן גרם הפרת חוזה 29 (1986).

68 בהקשר דיני אונאת מחיר כתבתי: "...דין אונאת מחיר, המחייב את הצדדים לסחור במחירים הוגנים, מבטא תפיסה של אחריות בין-אישית, בה נושא כל אחד ואחד כלפי הגנה על ענייניו של האחר. אחריות זו מוטלת על כתפי המשתתפים בחיי המסחר, ותמציתה בחובתם לנהל את עסקיהם באופן שאינו מקפח את האינטרסים הכלכליים של זולתם. דין אונאה חותר לכונן את המתקשרים בחוזה לעצב חוזה שתוכנו הוגן ותמורתיו שקולות. תפיסת הצדק החוזי המשתקפת מתוך דין זה היא של "צדק חוזי מהותי" (פורת "דין אונאה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 289-290).

69 הלברטל מהפכות פרשניות, לעיל ה"ש 58, בעמ' 168.

70 "...המדרשים שלפנינו משקפים ברירה מודעת בין אפשרויות פרשניות תוך שימוש בשיקול מוסרי כבורר פרשני" (הלברטל מהפכות פרשניות, לעיל ה"ש 58, בעמ' 174). למותר לציין, כי הפרשן המשתמש בשיקולים אלה סבור כי הם אינם רק נחלת השקפת עולמו, אלא מבטאים את השקפת עולמה של ההלכה (על כך ראו בהערה הבאה). אולם לטענת הלברטל אין בכך כדי לשלול את הקביעה, כי הבחירה בין שתי פרשנויות אפשריות נעשית על בסיס שקילה מוסרית מודעת ולא דווקא

תמיהה זו עשויה להחריף עוד יותר לאור הכלל הפרשני הבא. אצל פוסקי ימי הביניים אנו מוצאים את הכלל הקובע, כי בין שני פירושים אפשריים לחוזה יש להעדיף את הפירוש המעמידו כחוזה חוקי ההולם את תקנת הציבור.⁷² כלל נקוט בידם ש"יש לפרש הלשון בענין שלא יהיה עבירה",⁷³ ובניסוח דומה נקבע כהנחה פרשנית כי "לא שביק איניש מצוה ועביד איסורא [=לא עזב אדם מצווה ועושה איסור]".⁷⁴ לעתים באים הדברים עד כדי קבלת פירוש המעמיד את החוזה באור חוקי ואפילו הוא כופה עצמו על

- על בסיס מבחן טקסטואלי או כל מבחן פורמאלי אחר. לדיון נוסף, ביקורתי, ראו אבי שגיא "משה הלברטל, מהפכות פרשניות בהתהוותן, ירושלים תשנ"ו" דעת 42, 171 (התשנ"ט).
- 71 ההבחנה בין פרשנות פסוקי התורה ומאמרי חז"ל לבין פרשנות חוזה הינה ברורה. פרשנות טקסט בעל מעמד נורמטיבי גבוה נהנית ממידה רבה של עקרון החסד, כפי שתיארו קוויין, W.V.O. QUINE, WORD AND OBJECT, 58-59 (1960). על-פי עקרון זה, פרשן עושה חסד עם הטקסט המתפרש כאשר הוא מבקש לקרוא את הטקסט בצורה המוצלחת ביותר. לענייננו, משמעות עקרון זה היא שילוב ההנחה הפרשנית, כי הפסוקים הטעונים פירוש ראויים לעמוד בסטנדרטים המוסריים הגבוהים ביותר (כפי שמבינים הפרשן עצמו). וכך ניסח זאת הלברטל מהפכות פרשניות, לעיל ה"ש 58, בעמ' 186-185: "לפי מגמה זו, רשאי הפרשן לשלב שיקולים מוסריים, גם אם אינם נתלים במקראות. את שילובם של שיקולים כאלה מצדיק הפרשן בוודאות הדתית שלו על אודות דמותו של הקב"ה... כפי שהתבטא הרמ"ה – 'וחלילה לאל מרשע'... לפי גישה זאת, לומר שטקסט הוא קדוש, פירושו להעניק לו בפרשנות את מרב החסד האפשרי משום שזהו טקסט שאין להניח לגביו שהוא טועה. לגבי טקסט קדוש נפעיל את עקרון החסד לא רק כדי לתת לו משמעות במקרה שפירוש מילולי יוצר חוסר משמעות, אלא גם כדי להתאים אותו לקריטריונים הגבוהים ביותר של שלמות" (לגישה שונה, הטוענת כי דווקא קדושתו של הטקסט מביאה להעדר כל צורך בעקרון החסד, ראו הלברטל מהפכות פרשניות, לעיל ה"ש 58, בעמ' 191). ובשונה מכך, פרשנות חוזה, שהוא טקסט בנאלי ויומימי, אינה צפויה להכיל מידה כה רבה של עקרון החסד. ברם, בכך יש כדי להסביר את הבדלי דרגות המוטיבציה בין שילוב שיקולים מוסריים בפרשנות פסוקי תורה לבין שילובם בפרשנות חוזה, אולם אין בכך כדי לשלול את הרלוונטיות העקרונית של שיקולי מוסר גם במסגרת פרשנות חוזה.
- 72 על כך ראו אליאב שוחטמן מעשה הבא בעבירה – תוצאותיה של אי-חוקיות במשפט העברי 191 (התשמ"א); הכהן פרשנות תקנות הקהל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 310.
- 73 שו"ת הרא"ש, כלל סח, סימן יג; ארבע טורים, חושן משפט, סימן סא.
- 74 שו"ת הריטב"א, סימן קסז. תשובה זו התייחסה לשאלה, האם ניתן לפרש דברי אדם שהקדיש דבר מה כמתייחסים להקדש עניים. לתשובות נוספות ראו שו"ת הרא"ש כלל יח, סימנים ד-ה (פרשנות תניית שיפוט ואיסור ערכאות של גויים); שם, כלל סח, סימן יג (כנ"ל); שם, כלל פה, סימן ג (פרשנות מתנה ל'בניו' אם מתייחסת אף לבנותיו); שם, כלל קח, סימן טו (פרשנות שטר הלוואה ואיסור ריבית); שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן סח (כנ"ל); שו"ת גינת ורדים, יורה דעה, כלל ו, סימן ו (כנ"ל); שו"ת מהר"ם פדובה, סימן מה; שו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן ריג (פרשנות תניית שיפוט ואיסור ערכאות של גויים); על כך ראו גם אליאב שוחטמן סדר הדין 133, ה"ש 134 (1988). גם תקנות הקהל יתפרשו על-פי עקרון דומה. ראו למשל שו"ת הריטב"א, סימן קנז; שו"ת הריב"ש, סימן שלא; שו"ת רבי בצלאל אשכנזי, סימן י. להרחבה ראו הכהן פרשנות תקנות הקהל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 289.

המובן הפשוט של הלשון.⁷⁵ אמנם, לא מצאתי תמיכה לעקרון זה במקורות המשנה והתלמוד,⁷⁶ אולם העובדה שהפוסקים ראוהו כדבר המובן מאליו, ולא מצאו לו הוכחות נגדיות בתלמוד, עשויה ללמד משהו על האופן שבו הם הבינו את רוחה של הפרשנות על-פי מקורות חז"ל. אם אכן מונחה הפרשן לפרש את החוזה כך שיעלה בקנה אחד עם חוקים כאלה ואחרים מדוע אין הוא מונחה לפרשו כך שיעלה גם בקנה אחד עם הדרישות המוסריות שמטילים חז"ל על הצדדים לחוזה? אדרבה, כפי שניווכח להלן, הפרשן צפוי להניח הנחות ריאליסטיות, לעתים בלתי-מחמיאות, לגבי הצדדים שלפניו, ועל בסיס זה לפרש את החוזה.

לאחר שאציג שלוש סוגיות מן התלמוד, המלמדות, כל אחת על-פי דרכה, על העדר מקומו של עקרון תום הלב במעשה הפרשנות, אבקש להעניק לתופעה זו פשר, ומתוכו לגזור כמה לקחים ומסקנות.

75 ראו שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן סח: "יש לנו לדחוק עצמנו בכל מה שנוכל ושלא ליקח דברי הכתב כפשוטו הנראה מהם שהמשא ומתן היה באיסור גמור של תורה".

76 הפוסקים הנ"ל לא הביאו לעקרון זה הוכחות תלמודיות. אם כי לפי הכהן פרשנות תקנות הקהל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 290, ה"ש 287, ייתכן שיש לראות בית אב לעקרון זה בדברי מדרש הספרי: "זאת היא מידה בתורה – כל כלל ופרט שדרך הדין לוקה בו נתקיימו זה וזה אל תלקה דרך הדין" (ספרי במדבר ח (מהדורת הורביץ 15)). נראה שעל-פי מדרש זה, כאשר הפעלה של אחד מן הכללים הפרשניים (כאן מובא כדוגמה "כלל ופרט") עלולה להביא לתוצאה הנוגדת את הדין אזי אין להפעיל את הכלל הפרשני כדי ש"אל תלקה דרך הדין".

עוד ייתכן, אם כי הדבר מצריך בירור נוסף, כי בתוספתא הבאה, כתובות ד, ט (מהדורת ליברמן 68) משתקפת פרשנות כתובה המונעת מתוך שיקולי מדיניות של מניעת ממזרים בישראל: "דרש הלל הזקן לשון הדיוט. כשהיו בני אלכסנדריא מקדשין נשים, אחר בא וחוטפה מן השוק, ובא מעשה לפני חכמים, בקשו לעשות בניהן ממזרין. אמ'ן] להם [לבנים הממזרים] הלל הזקן:] הוציאו לי כתובת אמותיכם, הוציאו לו, וכתוב בה:] כשתכנסו לביתי תהיו לי לאנתו [=תהי לי לאשה] כדת משה וישראל". על-פי מקור זה, חכמים נתקלו בבעיה חברתית, אשר נבעה מתופעה של חטיפת נשים שכבר התקדשו לבעליהן. כיוון שהנשים נחשבו נשואות לבעליהן הראשונים, נאלצו חכמים להכריז כי ילדיהן מן הגברים החוטפים הם ממזרים. עד שבא הלל הזקן ודרש לשון הדיוט, כלומר דייק בלשון הכתובה ופירש שלפי הנוסח המופיע באותן כתובות הנישואין הראשונים יחולו רק מן העת שבו תיכנס האשה לבית בעלה (ולא מעת הקידושין). לפיכך בעת החטיפה אין מדובר בנשים נשואות ובניהן מן החוטפים אינם נחשבים ממזרים. עם זאת, יתכן שדרישת 'לשון הדיוט' המופיעה כאן אינה אלא מובנו הפשוט של הטקסט, ואין הכרח לראותה כפרשנות מוטה משיקולים ערכיים. לדיון בהיבטים הפרשניים של סוגיית 'דורש לשון הדיוט' ראו גם אלון המשפט העברי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 350; BEN-MENAHEM, JUDICIAL DEVIATION, לעיל ה"ש 6, בעמ' 42 ובמקורות שהביא שם.

ד. "צריך ליקח לו דרך" – זכות המעבר במסגרת פרשנות החוזה

1. הקדמה

אדם מתקשר בחוזה לרכישת נכס מקרקעין, למשל בור מים, המצוי בתוך נחלתו של המוכר. כדי להגיע אל הנכס עליו לחצות את גבולו של המוכר. כיצד יפורש החוזה לעניין זכות המעבר אל הנכס?⁷⁷ האם יורשה הקונה לחצות את נחלת המוכר כדי להגיע לנכס שרכש, או שמא הוא יהיה מנוע מכך עד שיתקשר לשם כך עם המוכר בחוזה נוסף (מן הסתם בתוספת תשלום)?

גם הסיטואציה ההפוכה עשויה להתגלות רלוונטית: אדם מתקשר בחוזה למכירת נחלתו לקונה. במסגרת החוזה נקבע, כי בור המים המצוי באותה נחלה יישאר בבעלות המוכר. אף כאן אין החוזה מצייין במפורש את זכות המעבר אל הבור. האם יהיה רשאי המוכר לחצות את נחלת הקונה כדי להגיע לבור המים שנותר ברשותו, או שמא לשם כך יהיה עליו להתקשר עמו בחוזה נוסף?⁷⁸

בבעיית זכות המעבר ניתן לדון משני היבטים: דיני מקרקעין ודיני חוזים.⁷⁹ מבחינת דיני המקרקעין יש לשאול, האם בעלותו של אדם על נכס מכילה מיניה וביה⁸⁰ אף את זכות המעבר אליו. היבט זה רלוונטי לא רק להתקשרויות חוזיות, אלא גם למצבי שכנות אחרים שאין מקורם בחוזה.⁸¹ מבחינת דיני החוזים, אשר עומדים בלב דיוננו כאן, יש לשאול, האם יש לפרש את ההתקשרות שבין המוכר לבין הקונה כמעניקה לקונה את

77 למען הדיוק, יש להתלבט האם שאלה זו תסווג בתחום פרשנות החוזה (כלומר, האם במכירת נכס כלולה גם המשמעות של מכירת זכות המעבר אל הנכס), או שמא בתחום השלמת חללים בחוזה (כלומר, בהנחה שהחוזה אינו מתייחס לזכות המעבר, האם עלינו להשלים חלל זה). לדין בכיוון זה ראו אליעזר יהודה פינקל, דברי אליעזר, בבא בתרא סימן טו, ס"ק ב.

78 אמנם המקרה השני נראה כתמונת ראי של המקרה הראשון. ברם, כפי שניווכח להלן, במשפט העברי מבחינים ביניהם. לפיכך, חשוב שנשווה לנגד עינינו את שני המקרים באופן סימולטני.

79 להבחנה זו ראו ע"א 153/67 "שלב" הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ נ' נוה הררי מואב בע"מ, פ"ד כא(1) 617, 620-621 (1967) (להלן: פרשת שלב); ע"א 351/67 כהן נ' וקסלמן, פ"ד כא(2) 661, 665 (1967). להרחבה ראו אוריאל רייכמן "השפעת זיקת ההנאה על הלכות שכנים – שעבודי נזיקין מכללא" עיוני משפט ד 121 (1974) (להלן: רייכמן "זיקת הנאה").

80 מכוח כורח או מכוח שימוש עתיק-שנים.

81 כגון שניים היורשים נחלת אביהם, והאחד אינו יכול להגיע לנחלה שקיבל אלא אם יחצה את שטח אחריו. אשר לזכות מעבר הנובעת מדיני מקרקעין ולא מפרשנות חוזה, ראו מחלוקת אדמון וחכמים (משנה, כתובות יג, ז): "מי שהלך למדינת הים ואבדה דרך שדהו, אדמון אומר: ילך בקצרה [כלומר, יקבל זכות מעבר בדרך הקצרה לשדהו], וחכמים אומרים: ייקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר". לדין במחלוקת זו ובזיקתה לשאלת זכות המעבר ראו בפרק המקביל בעבודת הדוקטורט. לעניין זיקת הנאה וזכות מעבר בחלוקת שותפות, ראו גם "חלוקת שותפות" אנציקלופדיה תלמודית טו, תט (שלמה יוסף זווין עורך, 1976).

זכות המעבר אל הנכס שרכש? ייאמר מיד, שזכות המעבר מכוח דיני המקרקעין אינה מייטרת בהכרח את זכות המעבר שמכוח דיני החוזים, שכן זו האחרונה צפויה להיות רחבה יותר מן הראשונה. ייתכנו מצבי-ביניים מסתברים, שאינם מצדיקים הענקת זכות מעבר מכוח דיני המקרקעין לכשעצמם, אך עשויים להצדיק את הענקת הזכות מכוח פרשנות החוזה. למשל, אם לבעל הנכס, אשר תובע זכות מעבר, כבר קיימת דרך גישה אל הנכס שהליכה בה כרוכה בקושי רב, והוא תובע מן הצד שכנגד דרך גישה נוחה וסבירה יותר; במקרה זה דיני המקרקעין צפויים שלא לתמוך בתביעתו לקבלת דרך גישה קלה יותר, אולם אם מצב העניינים נגרם בעקבות חוזה, ייתכן שיהיה מקום לשקול את תביעתו לקבלת דרך גישה סבירה.⁸²

בכל הנוגע להיבט החוזי, עקרון תום הלב תומך בפירוש החוזה כמקנה את זכות המעבר לבעל הנכס.⁸³ תהיה זו התנהגות שלא בתום לב להקנות נכס ללא זכות גישה אליו.⁸⁴ כך, לכל הפחות, כאשר מדובר בזכות נלווית שהיא מהותית⁸⁵ למימוש הנכס.⁸⁶ לדוגמה:

82 וכך כתב השופט לנדוי: "על זכות מעבר מחמת כורח נאמר, שהיא ניתנת רק במקרה של כורח מוחלט ולא כאשר קיימת דרך אחרת אל אדמתו של הטוען לזכות, אם כי המעבר בדרך האחרת כרוך בקושי רב; ...ואילו לגבי מעבר על-פי "הקניה משתמעת" מקילים בתי-המשפט יותר, בצאתם מן ההנחה שבעת המכירה התכוונו הצדדים לכל אותן זכויות המעבר הדרושות להנאה סבירה בחלק שנמכר ובחלק שנותר בידי המוכר" (פרשת שלב, לעיל ה"ש 79, בעמ' 620). ראו שם מקורותיו בפסיקה האנגלית.

83 במשפט האנגלי מקובל הכלל כנגד גריעה ממענק (the rule against derogation from grant): 'המעניק דבר ביד האחת לא ישלול את האמצעים ליהנות מאותו דבר ביד השניה' (בעקבות Birmingham, Dudley & District Bankinf Co. v. Ross, 38 Ch.D. 295, 313 (1888), על-פי רייכמן "זיקת הנאה", לעיל ה"ש 79, בעמ' 122. ראו גם Wheeldon v. Burrows, 12 Ch.D. 31 (1879); פרשת שלב, לעיל ה"ש 79, בעמ' 620-621).

84 ראו למשל פרידמן "פרשנות החוזה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 274, שכתב בהקשר פרשנות חוזים ותום לב: "דוגמא בולטת היא זו של חוזה להשכרת דירה בבנין. ברור שאף אם לא נאמר דבר בחוזה כוללת השכירות גם זכות מעבר בחצר וחדר המדרגות המוביל לדירה, שאם לא כן לא יוכל הדייר להשתמש במושכר והזכות תתרוקן מתוכנה". ראו גם רייכמן "זיקת הנאה", לעיל ה"ש 79, בעמ' 124: "הכלל מושתת על ההנחה של הגינות הצדדים (Common honesty)", בעקבות Harmer v. Jumbil, [1921] 1 Ch. 200 (C.A.), 226. אשר לשאלה, אם ניתן להגיע לתוצאה דומה מכוח דיני הטעות, ראו להלן, ליד ה"ש 173.

85 מקרים בתחום האפור הם של זכויות נלוות שאינן הכרחיות. למשל, האם לשוכר יש זכות לתלות שלט באזור של המשכיר, או האם זכותו להעביר למושכר חוט אנטנה העובר דרך שטח המשכיר? ראו פרידמן "פרשנות החוזה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 274. מקרה גבולי נוסף הוא של זכות נלווית שהיא הכרחית מבחינה כלכלית בלבד. כלומר, בידי הקונה מצויה האפשרות הפיזית להגיע אל הנכס, אולם דרך הגישה הקיימת אינה יעילה מבחינה כלכלית. האם כורח כלכלי יביא להקניית זכות מעבר בשטח המוכר? ראו רייכמן "זיקת הנאה", לעיל ה"ש 79, בעמ' 127.

86 בפסיקה האנגלית נקבע, כי קבלת זכות המעבר מכוח דיני החוזים קלה יותר מאשר קבלתה מכוח דיני המקרקעין. כאשר מדובר בהתקשרות חוזית, אין צורך להוכיח כורח מוחלט, כלומר שאין כל דרך

On a severance of two properties, anything like a right of way, or any other easement which is used, and which is reasonably necessary for the reasonable and comfortable use of the part granted, is intended to be granted too. The principle is that the grantor is assumed to have intended that his grant shall be effectual.⁸⁷

אמנם יכול אדם לטעון, כי לכאורה אין לייחס חוסר תום לב למכירת נכס ללא זכות גישה אליו, שהרי ביד הקונה נתונה האפשרות להתקשר בחוזה נוסף עם המוכר ולרכוש בתשלום את זכות המעבר. מדוע הוגן יותר להעניק לקונה זכות מעבר ללא תשלום נוסף, ולא להגן על אינטרס המוכר ולהתנות את זכות המעבר בתשלום תמורה נאותה? ברם, נראה שאין כן פני הדברים. אם לא יפורש החוזה באופן המעניק לקונה את זכות המעבר, יהיה מצוי המוכר בעמדת יתרון, אשר תאפשר לו לסחוט את הקונה ולהוציא מידי סכום מופרז תמורת זכות המעבר בנחלתו. הקונה מצוי בעמדה שבה הוא נאלץ לרכוש את זכות המעבר, שאם לא כן לא יוכל לממש את הנכס שרכש, בעוד המוכר חסר אינטרס להקנות לו זכות זו. המוכר צפוי אפוא לנצל את היתרון שבידו ולתרגמו למחיר מקפח שאותו הוא ידרוש מן הקונה תמורת זכות המעבר.⁸⁸ זו הסיבה שעקרון תום הלב צפוי לתמוך בפירוש החוזה כמעניק את זכות המעבר לרוכש, ללא תשלום נוסף.

אחרת אל הנכס. די להוכיח כי דרכי גישה אחרות כרוכות בקושי רב. על כך ראו בפרשת *Bayley*, המוזכרת בה"ש הבאה.

87 *Bayley v. Great Western Rly*, 26 Ch. D. 434, 453 (1884). ראו גם פרשת שלב, לעיל ה"ש 79, בעמ' 620. לדוגמה מן הפסיקה הישראלית ראו ע"א 1/57 ביחובסקי נ' ויינברגר, פ"ד יב 605 (1958). ראו גם ע"א (מחוזי י-ם) 34/61 קלמנט נ' טורקלסאוב, פ"מ התשל"ו 126 (1963). לדעת רייכמן "זיקת הנאה", לעיל ה"ש 79, בעמ' 132, פרשנות זו גם מתבקשת מס' 11 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, ס"ח 98: "המוכר לא קיים את חיוביו, אם מסר... (3) נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימושו הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם". דוגמה לפסיקה ישראלית מוקדמת שלא קיבלה עקרון זה ראו ע"א 253/47 לוי נ' קליין, פ"ד ב 107 (1949). לביקורת ראו רייכמן "זיקת הנאה", לעיל ה"ש 79, בעמ' 127.

88 וראו James W. Simonton, *Ways by Necessity*, 25 COLUM. L. REV. 571, 578 (1925). דומה כי מדובר בסיטואציה הדומה למדי לתופעה המוכרת כבעיית הסחטן (holdout problem). בעיית הסחטן מתעוררת שעה שלאינטראקציה מסוימת דרושה הסכמת כמה אנשים, ודי בהתנגדות אחד מהם כדי לסכלה (למשל, סלילת כביש הדורשת רכישת שטחים מבעלי כל המקרקעין לאורך התוואי המתוכנן). הסחטן הוא אותו יחיד הרוחה את ההצעה הניתנת לשאר המצויים בפוזיציה דומה לו, ודורש תמורה גבוהה בהרבה. ראו Lloyd Cohen, *Holdout and Free Riders*, 20 J. LEGAL STUD. 351 (1991); F.H. STEPHEN, *THE ECONOMICS OF THE LAW* 113 (1988); RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 56 (7th ed. 2007); זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות", לעיל ה"ש 46, בעמ' 791; זהר גושן "הצבעה אסטרטגית בדיני-חברות: מדיקטטורה לדמוקרטיה" משפטים כג 109, 117 (1994). בסיטואציה שאנו דנים בה כאן, המחזיק

עוד חשוב לציין, כי מנקודת מבטו של עקרון תום הלב נראה שאין להבחין בין שני המקרים שבהם פתחנו.⁸⁹ כשם שלדידו יש לפרש את החוזה למכירת בור מים כמקנה לרוכש את זכות המעבר לבור, כך בדומה יש לפרש את החוזה ההפוך (מכירת מגרש אך בלא הבור שבמרכזו) כמשייר בידי המוכר את זכות המעבר לבור המים שהשאיר ברשותו ולא מכר לקונה.⁹⁰

כל זאת על-פי הגישה הדוגלת בפירוש החוזה לאור עקרון תום הלב, אך לא על-פי גישתם הפרשנית של חז"ל. חכמי המשנה נחלקו לגבי מעמדה החוזי של זכות המעבר, אימתי היא ניתנת לבעל הנכס ואימתי לא, אולם מדברי הכל עולה כי בהחלט ייתכנו מצבים שבהם החוזה יקנה לאחד הצדדים נכס ללא זכות מעבר אליו.

2. משנה

בשני מקומות במשנה נחלקו חכמים ור' עקיבא בעניין זכות המעבר. בראשונה נחלקו לגבי המוכר לחבירו 'בית'. לכך יש להקדים את דין המשנה הקובע את הכלל הלקסיקלי, לפיו המילה 'בית' המצוינת בחוזה מכר אינה כוללת את הבור שבתחומו, הנשאר בבעלות המוכר (אלא אם הצדדים ציינו במפורש גם את מכירת הבור).⁹¹ בהקשר זה נחלקו התנאים לגבי זכות המעבר אל הבור:⁹²

המוכר את הבית לא מכר היציע...⁹³ לא את הבור ולא את הדות⁹⁴ אף על פי שכתב לו [שהוא מוכר לו]⁹⁵ [עומקא ורומא = עומק ורום של הבית].

בדרך הגישה לבור מצוי בפוזיציה דומה לסחטן: האינטרס שלו למכור את דרך הגישה נמוך בהרבה מן האינטרס של הצד שכנגד לרוכשה. לפיכך, הוא צפוי לתרגם זאת לאסטרטגיה של דחיית הצעות מקובלות והצבת דרישות גבוהות במיוחד. לפיכך מסתבר, כי מצבו של מי שרכש בור מים ללא זכות מעבר גרוע יותר ממצבו בטרם רכש את הבור; קודם הרכישה של הבור הוא יכול היה להימנע מרכישתו ולרכוש בור אחר (עם תוספת תשלום סביר עבור זכות המעבר), בעוד שכעת הוא נתון לסחיטת המוכר.

89 לעיל, ליד ה"ש 77-78.

90 זו גם דעתו של רייכמן "זיקת הנאה", לעיל ה"ש 79, בעמ' 125, הסבור, כי יתכנו מצבים שבהם דווקא למוכר יושארו זיקות מסוימות במקרקעין המועברים. ראו גם D.W. Elliott, *Non Derogation from Grant*, 80 L.Q. REV. 245, 260 (1964).

91 לדין בטיבו הפרשני של הלקסיקון שקבעו חז"ל הוקדש הפרק הרביעי של עבודת הדוקטורט.

92 משנה, בבא בתרא ד, א-ב.

93 מבנה קטן הסמוך לבית.

94 בור מים שקירותיו בנויים אבן.

95 סוגריים מרובעים, כאן ובהמשך, מציינים תוספות שלי שנועדו להבהרת הטקסטים החז"ליים.

וצריך [המוכר] ליקח לו דרך, דברי רבי עקיבא. וחכמים אומרים: אינו צריך ליקח לו דרך. ומודה רבי עקיבא בזמן שאמר לו 'חוץ מאלו' שאינו צריך ליקח לו דרך.

מכרן [את הבור או את הדות] לאחר, רבי עקיבא אומר: אינו צריך [הקונה] ליקח לו דרך, וחכמים אומרים: צריך ליקח לו דרך.

אם כן, לדעת ר' עקיבא, על אף שבמקרה הראשון הבור נותר בבעלות המוכר, אין לו למוכר זכות מעבר אל הבור. אם בכל זאת הוא חפץ בדרך גישה אל הבור עליו "ליקח לו דרך", כלומר לרכוש מן הקונה זכות מעבר. לעומתו סבורים חכמים, כי יחד עם הבור נותרה בידיו זכות מעבר אל הבור, ולכן אינו צריך לרכוש אותה בשנית מן הקונה.⁹⁶ ברם, אם הבור נותר ברשות המוכר כחלק מתניה מפורשת בהסכם ('בזמן שאמר לו "חוץ מאלו"'), ולא מפרשנותו, מודה ר' עקיבא לחכמים כי הבעלות על הבור כוללת את זכות המעבר.⁹⁷

בחלקה השני מתייחסת המשנה למקרה ההפוך: אדם מוכר לחברו בור ומותר בבעלותו את שאר הבית והחצר שסביבו.⁹⁸ האם יש לפרש את החוזה כמעניק לרוכש זכות מעבר לבור שקנה? לדעת ר' עקיבא, התשובה חיובית ואין הקונה צריך לרכוש בנפרד את זכות המעבר.⁹⁹ חכמים חולקים וסוברים ש"צריך ליקח לו דרך".¹⁰⁰

96 מהי המשמעות של קבלת זכות מעבר (כל תנא לפי שיטתו)? האם מדובר בבעלות מלאה על דרך הגישה, או שמא הכוונה לזכות שימוש בדרך הגישה אף שאינה בבעלותו? יש מן המפרשים, שמהם נראה כי אין מדובר בבעלות מלאה אלא בשעבוד בלבד, כלומר בזכות שימוש. ראו למשל, רשב"ם, בבא בתרא פב, ע"ב, ד"ה 'מתקיף לה'; חידושי הריטב"א, בבא בתרא סד, ע"ב, ד"ה 'ודחינין'. על כך ראו גם ברכת שמואל, בבא בתרא, סימן נד.

97 אין זה מחוור לגמרי מדוע ר' עקיבא סבור, כי אם המוכר אמר במפורש "חוץ מאלו" החוזה מקנה לו זכות מעבר לבור שנותר ברשותו? מדוע יש משמעות לשאלה, אם הבור נותר בבעלות המוכר מכוח כלל הפרשנות שקבעה המשנה (המוכר את הבית לא מכר את הבור) או שמא מכוח תניה מפורשת שקבע המוכר? לדיון מפורט בשאלה זו ראו בפרק המקביל בעבודת הדוקטורט.

98 וראו פירוש הרמב"ם למשנה זו.

99 פוסקים מאוחרים העירו, כי כל זאת אמור כשלקונה אין דרך גישה אחרת אל הבור. ראו שו"ת הריב"ש, סימן רמח; רמ"א, חושן משפט, סימן ריד, סעיף ב. אשר לשאלה, האם זכות המעבר תינתן לו גם כאשר יש לו דרך גישה חלופית אל הבור אלא שהיא פחות נוחה מזכות המעבר שהוא תובע, ראו שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק ג, סימן צח, אשר העלה צדדים לכאן ולכאן ולא הכריע בדבר. ראו גם לעיל, ה"ש 86.

100 הלכה נפסקה כדעת ר' עקיבא. ראו פירוש הרמב"ם למשנה, בבא בתרא ד, ב; רשב"ם, בבא בתרא סה, ע"א, ד"ה 'כר' עקיבא; רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כה, הלכה ג; שולחן ערוך, חושן משפט סימן ריד, סעיף ב.

מחלוקת דומה נשנתה בין תנאים אלה לגבי מקרה מקביל של מוכר שדה ומשייר לעצמו את בור המים שבתוכו.¹⁰¹ כיצד יש להגדיר במדויק את מחלוקתם העקרונית של ר' עקיבא וחכמים? זו שאלה שתשובתה אינה ברורה, ועליה נרחיב בהמשך. ייתכן שמחלוקתם נקודתית ומתייחסת אך ורק לבעיית זכות המעבר, ייתכן גם כי מחלוקתם עקרונית יותר, וזכות המעבר אינה אלא דוגמה. החשוב לדידנו הוא, כי בין כך ובין כך, הן ר' עקיבא והן חכמים מקבלים כלגיטימית, כל אחד על-פי דרכו, את פרשנות החוזה שלפיה אדם יחזיק בבעלותו בבור, ובלא שהחוזה מתפרש כמקנה לו דרך גישה אל הבור.¹⁰²

3. תלמוד

כאמור, סוגיית התלמוד¹⁰³ מתלבטת לגבי טעמם של ר' עקיבא וחכמים, וממילא גם לגבי היקף מחלוקתם; האם זו מוגבלת לסיטואציה המסוימת הנידונה במשנה, או שמא מחלוקת עקרונית יותר לפנינו.¹⁰⁴ שלוש פרשנויות מוצעות בסוגיה:

א. ר' עקיבא וחכמים נחלקים בעניין פרשנות החוזה וזכות המעבר, האם עדיפה נקודת מבטו של הקונה שאינו רוצה "שיתן מעותיו וידרסוהו אחרים", כלומר שאומד דעתו מורה שאינו מסכים להעניק זכות מעבר בשטח שרכש (ר' עקיבא), או שמא עדיפה נקודת מבטו של המוכר, שאינו רוצה "שיטול מעות ויפרח באויר" (חכמים). אפשרות זו נדחתה על-ידי הסוגיה, שכן בכוחה להסביר את המקרה הראשון, שבו הבעלים מוכר את ביתו ומשייר לעצמו את הבור, אך לא את המקרה ההפוך, שבו הוא מוכר את הבור ומשייר לעצמו את הבית.

ב. ר' עקיבא וחכמים נחלקו בעניין פרשנות החוזה וזכות המעבר בשאלה עקרונית יותר, האם באופן שיטתי יש להטיל את מרכז משקל הכובד על אומד דעתו של הקונה (ר')

101 משנה, בבא בתרא ד, ט.

102 אליבא דר' עקיבא הדבר יקרה כאשר הוא מוכר את ביתו/שדהו והבור נותר ברשותו, ואילו אליבא דחכמים כאשר הוא מוכר את בורו לאחר.

103 בבלי, בבא בתרא סד, ע"ב.

104 בתלמוד הירושלמי (כתובות יג, ז; ראו גם ירושלמי, בבא בתרא ד, יד) מוצע הסבר חלופי לגישת ר' עקיבא. לפיו, ר' עקיבא סבור שיש להעניק לרוכש הבור זכות מעבר לא מחמת פרשנות החוזה אלא מכוח זכותו במקרקעין שברשותו. וראו הסברו של בעל יפה עינים, בבא בתרא סד ע"א, לפיו יסוד הדבר יהיה בתקנת חכמים (תקנת חכמים משוערת זו עשויה להיות מעין "תנאי יהושע בן נון", המופיעים בבבלי, בבא קמא פא, ע"א, ומוזכרים בסוגיה הנ"ל בתלמוד הירושלמי. ראו גם תוספתא, בבא מציעא ב, כח (מהדורת ליברמן 72-73)). התלמוד הירושלמי דוחה אפשרות זו, ומדגיש כי ר' עקיבא אמר דברו דווקא כשמדובר בחוזה הטעון פרשנות.

עקיבא) או שמא על זו של המוכר (חכמים).¹⁰⁵ זאת בין אם הבעלים מכר את הבית ושייר לעצמו את הבור ובין אם מכר את הבור ושייר לעצמו את הבית.

ג. ר' עקיבא וחכמים נחלקו בשאלה העקרונית עוד יותר של פרשנות החוזה, האם "מוכר בעין יפה מוכר" (ר' עקיבא), ויש לפרש חוזים לרעת המוכר, או שמא "מוכר בעין רעה מוכר" (חכמים), ויש לפרש חוזים לטובתו.¹⁰⁶ לפי אפשרות זו, מחלוקת התנאים תהיה רלוונטית גם למקרים נוספים שאינם קשורים בשאלת זכות המעבר.¹⁰⁷ האפשרות השלישית, אשר התקבלה לבסוף על דעת הסוגיה, מעלה שאלות מעניינות וכברות משקל,¹⁰⁸ כגון מדוע נוטים האמוראים לפרש את מחלוקת התנאים בהיקף נרחב יותר מן האמור במשנה עצמה? ושאלה חשובה עוד יותר: מהו בכל זאת גבול מחלוקתם של חכמים ור' עקיבא, על-פי אפשרות זו, שהרי ברור כי לא כל שאלה פרשנית המתעוררת בין המוכר לבין הקונה (כגון האם מכירת בית כוללת את התנור¹⁰⁹ וכדומה), תוכרע על-פי מחלוקת זו של תנאים אלה?¹¹⁰ לעת עתה אניח לשאלות אלה, שאינן הכרחיות להמשך הטיעון הנפרש במאמר זה.

105 התלמוד עצמו אינו מגביל אפשרות זו דווקא לשאלת זכות המעבר. ובלשונו: "דלמא בהאי פליגי, דרבי עקיבא סבר בתר דעתא דלוקח אזלינן ורבנן סברי בתר דעתא דמוכר אזלינן [=שמא בכך חולקים, שרבי עקיבא סבר אחר דעת הלוקח אנו הולכים, וחכמים סברו אחר דעת המוכר אנו הולכים]". הראשונים הם שהגבילו את הדברים לשאלת זכות המעבר. ראו רשב"ם, בבא בתרא סד ע"ב, ד"ה 'ודלמא'; תוספות, שם, ד"ה 'ממאי'. ראו גם חידושי הריטב"א, שם, ד"ה 'ואלא מסיפא'. נראה שפירושה הכרחי, שאם לא כן אפשרות ב' תחפוץ לגמרי לאפשרות ג'.

106 לביאור המונחים 'עין יפה' ו'עין רעה' ראו להלן, ליד ה"ש 115.

107 מקרה נוסף אשר התלמוד סיפחו למחלוקת ר' עקיבא וחכמים הוא של בעל שדה המוכר לפלוני אילנות, ובין הצדדים ניטש וויכוח בשאלה האם מכירת האילנות כוללת גם את הקרקע שבה הם נטועים (למשל, לעניין האפשרות לנטוע אילנות חדשים לאחר שאלה ייבשו). על-פי התלמוד, הדבר יהיה שנוי במחלוקתם של ר' עקיבא וחכמים, אם מוכר בעין יפה מוכר או שמא בעין רעה. ראו בבלי, בבא בתרא לז, ע"א; שם ע"א, ע"א. עם זאת, התלמוד מעיר כי במקרה ההפוך, שבו בעל השדה מוכר את השדה ומשייר לעצמו את האילנות, כולי עלמא יודו שהוא משייר לעצמו גם את הקרקע שבה הם נטועים. ראו פירושי המשנה להמאירי, בית הבחירה, בבא בתרא לז, ע"א (מהדורת סופר 207). לדוגמאות נוספות ראו להלן, ה"ש 110.

108 כאשר חייב המוכר להעניק לקונה הבור זכות מעבר (אליבא דר' עקיבא), האם עליו להעניק דרך גישה קלה ומהירה, או שמא הוא יכול לפטור עצמו בדרך גישה ארוכה ונפתלת? יש מי שטען, כי ייתכן שהדבר יהיה תלוי בהבדל שבין ההגדרות השונות שניתנו למחלוקת חכמים ור' עקיבא. על-פי האפשרות השלישית – מוכר בעין יפה מוכר – נראה שעליו ליתן את דרך הגישה הקלה והמהירה. ראו שו"ת עין יצחק, חלק ב, אבן העזר, סימן סח. ראו גם פסקי דין מבית הדין לדיני ממונות ולבירור יהדות של הרבנות הראשית לירושלים, ה, עט (אברהם דב לויין עורך, התשנ"ח).

109 ראו משנה, בבא בתרא ד, ג.

110 שאלה זו העלה, על-פי דרכו, שלמה טנא, ברכת שלמה, חושן משפט יד, ס"ק ה: "לפי זה, הרי אם נתן במתנה או מכר בית, וכתב בשטר 'בית בביתי מוכר לך' למה לא נפרש שהכוונה היא לבית הגדול

יהיו הדברים איך שיהיו, על-פי כל האפשרויות שהציעה הסוגיה ניכר כי היא אינה רואה כל פגם בתוצאה הפרשנית שלפיה אדם (המוכר או הקונה, לפי סוג העסקה) יחזיק בכור מכוח החוזה אולם זאת בלא שהחוזה יקנה לו דרך גישה וזכות מעבר אל הכור.¹¹¹ אם ירצה לממש את בעלותו על הכור יהיה עליו להיכנס למשא ומתן נוסף עם בעל הבית שבתחומו נמצא הכור ולרכוש את זכות המעבר.¹¹²

ביטוי מובהק למימד האבסורדי המלווה תוצאה משפטית זו, שלפיה החוזה מקנה (או משייר) לאדם בור ללא דרך גישה אליו, אנו מוצאים במטבע הלשון שבחר התלמוד לתאר את סברת חכמים:¹¹³ "אין אדם רוצה שיטול מעות ויפרח באויר". רוצה לומר, כי אליבא דר' עקיבא, אדם המוכר את ביתו ומשייר לעצמו את בור המים שלו, יאלץ לפרוח באויר אם ירצה להגיע לכורו ולשתות ממנו.¹¹⁴

דומני, כי מטבע לשון נוסף ילמדנו, עד כמה אין פרשנות החוזה שבתלמוד משקללת שיקולי הוגנות. כזכור, על-פי התלמוד, פרשנותם של חכמים מבוססת על אומד דעתו של המוכר המתומצת במלים: "מוכר בעין רעה מוכר". מטבע לשון זה טעון מבחינה ערכית. הביטוי 'עין רעה' מציין בלשון חז"ל מידה מגונה. הוא מציין דרך רעה,¹¹⁵ מאפיין את תלמידיו של בלעם הרשע,¹¹⁶ מבטא מידה של קמצנות,¹¹⁷ ואף קשור בפגיעה בזולת בדרך מאגית כלשהי.¹¹⁸ כאשר חכמים טוענים כי יש לאמוד את דעתו של המוכר כמי שפועל מתוך 'עין רעה', ובעיקר כאשר הדבר מוביל לתוצאה קשה ובלתי-סבירה מבחינת

מפני דבעין יפה הוא נותן? ". להרחבת הדיון בשאלה זו ובמגוון העמדות שנאמרו בה ראו בפרק המקביל בעבודת הדוקטורט.

111 אכן, בהמשך טוען התלמוד (בבלי, בבא בתרא סה, ע"א), כי ר' עקיבא וחכמים יודו, שכאשר הבעלים מוכר לפלוני את החלק האחד של הנכס ולאמוני את החלק האחר, "אין להן דרך זה על זה", כלומר, הם מקבלים את הנכס ללא זכות מעבר בשטח של הקונה האחר.

112 אשר לשאלה, האם אין להסביר את ההיגיון שבתוצאה פרשנית זו בכך שהיה מצופה כי הקונה ידאג לאינטרסים שלו בגדר החוזה, ולפיכך אין לו להלין אלא על עצמו, ראו להלן, ליד ה"ש 135.

113 בבלי, בבא בתרא סד, ע"ב. וראו לעיל, ליד ה"ש 105.

114 השוו בראשית רבא, פרשה כב (מהדורת תיאודור-אלבק 213): "ויאמר קין אל הבל אחיו וגו', על מה היו הדינין אמורים? אמרו בוא ונחלק העולם. אחד נטל את הקרקעות ואחד [נטל] את המיטלטלין. דין אמר ארעא דאת קאים דידי היא, ודין אמר מה דאת לביש דידי הוא, דין אמר חלוץ, ודין אמר פרוח [זה אמר: הקרקע שאתה עומד עליה שלי היא, וזה אמר: מה שאתה לובש שלי הוא. זה אמר: חלוץ בגדיך, וזה אמר: פרח באויר]".

115 "אמר להם צאו וראו איזוהי דרך רעה שיתרחק ממנה האדם, רבי אליעזר אומר עין רעה" (משנה, אבות ב, ט).

116 משנה, אבות ה, יט.

117 ראו למשל בבלי, כתובות, ק, ע"א, ובמקומות רבים נוספים.

118 למשל, "שנכנסה בה עין רעה והפילה עובריה" (בראשית רבא, פרשה מה (מהדורת תיאודור-אלבק 453)), ובנוסחאות אחרות (ראו שם): "שהכניסה בה שרה עין רעה והפילה עובריה".

הקונה, הם מייחסים למוכר הנחה ריאליסטית, בלתי-מחמיאה, שבעליל אינה מבטאת תום לב.¹¹⁹ אם להיעזר במטפורה שנטבעה בזמנו על-ידי בית המשפט העליון בישראל,¹²⁰ לא רחוק הוא לומר, כי חכמים מניחים מבחינה פרשנית, כי לפנייהם שני צדדים לחוזה שהם בחינת 'אדם לאדם זאב'.

ה. דלת ומפתח

דוגמה נוספת לפרשנות חוזה שלכאורה מובילה לתוצאה הנוגדת את עקרון תום הלב מצויה במשנה הבאה. המקרה הנידון הוא של אדם המוכר 'בית', ובין הצדדים מתגלע ויכוח בשאלה, האם במכירת ה'בית' נכללים גם הדלת והמפתח, או שמא הקונה ייאלץ לשלם עליהם בנפרד.¹²¹ וכך נאמר במשנה:¹²²

המוכר את הבית מכר את הדלת אבל לא את המפתח, מכר את המכתשת הקבועה אבל לא את המטלטלת, מכר את האיציטרובל¹²³ אבל לא את הקלת¹²⁴ ולא את התנור ולא את הכירים. בזמן שאמר לו 'הוא וכל מה שבתוכו' הרי כולן מכורין.

אף משנה זו מבוססת על פרשנות לשונית-לקסיקלית של החוזה, אשר למעשה מגדירה את משמעות המילה 'בית'.¹²⁵ הדלת כלולה אפוא במכירת הבית, אולם לא המפתח הפותח את הדלת. הטעם להבחנה ברור מתוך המשנה עצמה: בית נחשב דבר קבוע, ועל כן נכללים בו דברים קבועים בלבד, כגון דלת ומכתשת קבועה, אך לא מטלטלים, כדוגמת מפתח ומכתשת המטלטלת.¹²⁶ מן התלמוד נראה, כי בנקודה זו נחלקו התנאים:

119 וכפי שצינתי לעיל, גם ר' עקיבא הסבור כי "מוכר בעין יפה מוכר" מגיע לתוצאה דומה, לפיה החוזה מותיר בידי מוכר השדה את הבור, אך ללא זכות גישה אליו. באופן דומה לחכמים, גם פרשנות זו ראויה להתאפיין כחסרת תום לב, הפעם מנקודת מבטו של הקונה.

120 ד"ו 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג" (1) 484, 441 (1989).

121 למותר לציין, כי כל זאת בהנחה שהם לא התנו במפורש בעניין זה, הנתון בסופו של דבר להחלטותיהם המשותפות.

122 משנה, בבא בתרא ד, ג.

123 החלק התחתון של הריחיים הגדולים.

124 האפרכסת שנותנים לתוכה את התבואה כדי לטחנה.

125 ראו לעיל, ה"ש 91.

126 ראו רשב"ם, בבא בתרא סה, ע"א, ד"ה 'אבל לא'. ובאו הדברים במפורש על-ידי בעל הטורים (ארבע טורים, חושן משפט, סימן ריד): "המוכר את הבית מכר כל הדברים הקבועים כגון דלת ומנעול והאיציטרובל ומכתשת הקבועה והתנור והריחיים אם קבועים הם ולא מכר המפתח אפילו הוא קבוע בדלת ולא המכתשת המיטלטלת ולא הקלת". וראו גם שמואל קרויס קדמוניות התלמוד כרך ראשון,

זה אומר כי אמת המידה הרלוונטית הנה קביעות הדבר, וזה אומר כי אמת המידה הרלוונטית הנה סוג השימוש בו. לפיכך, לדעת האחרון המפתח כלול במכירת הבית: 127

לימא מתניתין דלא [=האם לומר שמשנתנו אינה] כר' מאיר, דאי [=שאם היא כן] מאיר, הא [=הרי] אמר: מכר את הכרם – מכר [עמון] תשמישי כרם!

אפילו תימא [=תאמר שמשנתנו כן] ר' מאיר, התם קביע, הכא לא קביע [=שם מדובר בתשמישים קבועים, כאן אינם קבועים].

והא מפתח דומיא דדלת קתני, מה דלת דקביעא, אף מפתח דקביע [=והרי שנינו מפתח בדומה לדלת, מה דלת שקבועה אף מפתח שקבוע]! 128

אלא מחוורתא, מתניתין דלא כר' מאיר [=אלא מחוור, משנתנו אינה כן] מאיר.

הנה כי כן, לדעת ר' מאיר אמת המידה הרלוונטית היא סוג השימוש הנעשה בדבר. דבר המשמש את הכרם נמכר עמו. לפיכך דין דומה ראוי שיהיה למפתח הבית, ולכל הפחות למפתח המשמש את הבית דרך קבע. 129

דין זה של המשנה, כי במשמעות המילה 'בית' ייכללו רק דברים הקבועים בבית אך לא דברים המטלטלים שבו, עשוי להתיישב על הלב במקרים אחרים, אך מעורר קושי מיוחד בדין של המפתח. דומה, כי ההגדרות הלקסיקליות האחרות שבמשנה, כדוגמת הקביעה כי מכתשת המטלטלת אינה כלולה במכירת 'בית', אינן מובילות לתוצאות בלתי-סבירות ובלתי-הוגנות. מוכר הבית ייטול עמו את המכתשת המטלטלת ויעבירה לביתו החדש, ואילו הקונה יביא לבית שרכש את המכתשת המטלטלת שלו. ואם הקונה ירצה דווקא במכתשת המטלטלת של המוכר יהיה עליו לרכשה בנפרד במסגרת משא ומתן חופשי שייערך בין הצדדים. אולם כיצד נפרנס את הקביעה, כי המפתח אינו כלול במכירת הבית? מה יעשה המוכר במפתח, אם הדלת והמנעול עברו לבעלות הקונה, ומה יעשה הקונה בדלת ומנעול שהמפתח להם אינו ברשותו? ! הלא הקונה יהיה חייב לרכוש

חלק שני 373 (ברלין-וינה, התרפ"ד) (להלן: קרויס קדמוניות התלמוד). אך ראו גם משה גיל "המכר את החצר לא מכר אלא אוירה שלחצר" תרביץ מו 17, 21 (1977).

127 בבלי, בבא בתרא סה, ע"ב.

128 יש מן הראשונים שאמרו כי הכוונה למפתחות הנמצאים דרך קבע בתוך הדלת (רשב"ם, בבא בתרא סה, ע"ב, ד"ה 'והא מפתח'), ויש שאמרו כי הכוונה למפתחות שמיעדים דרך קבע לדלת מסוימת בלבד (תוספות רי"ד, בבא בתרא סה, ע"ב). שתי הדעות הובאו על-ידי הרשב"א בחידושו לבבא בתרא סה, ע"ב, ד"ה 'מה דלת'. ראו גם חידושי הריטב"א, בבא בתרא סה, ע"ב.

129 אם משום שהוא קבוע בתוך הדלת, ואם משום שהוא מותאם לפתיחת דלת מסוימת. ראו לעיל ה"ש 128.

מחדש מפתח זה דווקא, מפתח אשר יהיה חסר תועלת עבור המוכר המחזיק בו!¹³⁰ לשון אחרת: כשיבוא הקונה לרכוש את המפתח מידי המוכר, צפוי המוכר להימצא בעמדת סחיטה, לסרב למכור את המפתח ולחלופין לדרוש עבורו מחיר מופרז ובלתי-הוגן.¹³¹

כדאי לנסח את הדברים מכיוון נוסף. כאמור, הקונה מקבל לידי את הדלת והמנעול, אך לא את המפתח. אם יתפתחו תנאי משא ומתן בין המוכר לבין הקונה על רכישת המפתח, אין מניעה עקרונית שמחירו יאמיר עד מעט למטה משווי הדלת והמנעול (זאת בהנחה שהחלופה האחרת בפניה ניצב הקונה היא החלפת הדלת והמנעול). משמעות הדברים היא, כי אף שמבחינה פורמלית המשנה קבעה כי בידי הקונה יהיו הדלת והמנעול, מבחינה כלכלית גם אלו לא יהיו בידו והוא עלול להיאלץ לשלם עליהם פעם נוספת.

חשוב לציין, כי כל דברינו בסעיף זה מבוססים על ההנחה, שאכן מגובה במחקר ההיסטורי, כי כבר בתקופת המשנה היו המפתחות (לכל הפחות חלק מן המפתחות) מותאמים למנעולים מסוימים, ולא ניתנים לשימוש בדלתות אחרות.¹³²

130 כאילו סטרציה ראו הערתה של השופטת לידסקי (שאמנם נאמרו בהקשר שונה לחלוטין), בהכרעת הדין בת"פ 8199/95 (שלום ת"א) מדינת ישראל נ' שגיא, פס"ב 6 (פורסם בנבו, 31.12.2003), כי אדם הרוכש דלת עם מנעול ודאי מקבל עמם גם את המפתח ואינו צריך לשכפלו בעצמו.

131 מעין מה שתארו תוספות (בבא בתרא עו, ע"ב, ד"ה 'קני'), בהקשר אחר לגמרי: "שמצא שטר לאחר יאוש ומוכר לבעליו ביוקר". כלומר, מלווה איבד שטר חוב והתייאש ממצירתו, ולפיכך על-פי דיני השבת אבידה, השטר שייך למוצא אותו. במצב שנוצר בעל השטר זוקק לשטר החוב כדי שיוכל לגבות את חובו, בעוד המוצא אינו יכול להפיק תועלת מן ההחזקה בו (הוא אינו יכול לגבות בו חוב שאינו שלו, ולפיכך גם אינו יכול למכרו לאחר). התוצאה הצפויה תהיה שהמוצא ימכור את השטר לבעלים המקורי, וזאת תמורת מחיר מופרז, אשר גבוה מן המחיר המקובל בשוק עבור שטרי חוב סחירים. וראו לעיל, ה"ש 88.

132 וכלשון הרשב"ם, בבא בתרא סה ע"ב, ד"ה 'הרי כולן מכורין': "מפתח נמי עיקר תשמישו לפותחת של דלת זו ואין ראוי לאחרת". ראו גם שיטת הרי"ד, לעיל ה"ש 128. בהקשר זה יש גם להזכיר את דברי ר' יהושע בן לוי: "המוכר בית לחבירו כיון שמסר לו מפתח – קנה" (בבלי, בבא קמא נא, ע"ב), וכן את הסבר דברי התלמוד, שם: "כיוון שמסר ליה [=לו], לקונה בית] מפתח, כמאן דאמר ליה לך חזק וקני דמי [=נחשב כמי שאמר לו: לך, עשה חזקה בבית וקנה אותו]."

הנחה זו אכן מקבלת אישושה מן המחקר ההיסטורי. לדעת קרויס "כל דלת ודלת יש לה מפתח מיוחד" (קרויס קדמוניות התלמוד, לעיל ה"ש 126, בעמ' 373). לכל הפחות בחלק מן המקרים, אין אפשרות כניסה לבית ללא פתיחתו במפתח המיוחד לו, ומכאן הצורך בחידוש הדין: "המוסר מפתחו לעם הארץ – הבית טהור, שלא מסר לו אלא שמירת המפתח" (משנה, טהרות ז, א), כלומר, אף שקיבל עם הארץ את המפתח לבית, ולמעשה בידו האפשרות להיכנס לבית, אין חוששים כי הוא אכן נכנס לבית וטימא אותו. לדלתות שונות בבית מפתחות שונים, כאמור במשל חז"ל הידוע: "כל אדם שיש בו תורה ואין בו יראת שמים דומה לגזבר שמסרו לו מפתחות הפנימיות ומפתחות החיצונות לא מסרו לו" (בבלי, שבת לא, ע"ב). ראו גם תיאור שיני המפתחות במשנה, כלים יד, ח, ובפירושו

האין זה סביר יותר, ואף הוגן יותר, כי החוזה יתפרש כך שהמפתח יכלול במכירת הבית! ? הקונה הוא שזקוק למפתח, בעוד שלמוכר אין תועלת בו.¹³³ הפרשנות ההפוכה, לפיה המפתח יוותר בידי המוכר, מובילה לכאורה למצב של סחיטת הקונה בידי המוכר. אמנם יכול אדם לטעון, כי הקונה, אשר אמור היה להכיר משנה זו, היה גם אמור לדאוג שבחוזה יצויין במפורש כי המפתח יינתן לו.¹³⁴ לחלופין היה עליו להתמקח ולתמחר במחיר הבית את העדר המפתח. אם לא עשה כן, למרות שהכיר את דין המשנה, אין לו להלין על עצמו. ברם, דין טיעון זה להתקבל רק אם נניח שמשנה זו (ודומותיה) פונה אל הצדדים הנתונים במשא ומתן כדי לסייע להם להגדיר את החוזה שהם עומדים לכתוב. אולם דומני כי עלינו לקבל את ההנחה המסתברת, כי המשנה פונה (גם) אל הדיין שבבית הדין, אשר אמור לפרש על-פיה את החוזה שהגיע לפניו, בין אם הצדדים היו מודעים לאמור במשנה זו ובין אם לאו.¹³⁵ אם הצדדים לא היו מודעים לכלל זה שבמשנה, קשה יהיה להלין על קונה שלא הבטיח כי החוזה יכלול גם את מפתח הבית, ואם בכל זאת כך יפורש החוזה, הרי שבה וחוזרת הבעיה האמורה של חוסר ההגינות הקיימת לכאורה בפרשנות זו.

הרמב"ם למשנה, שם. לסקירה כללית של שיטות סגירות הבית בתקופה זו ראו קרויס קדמוניות התלמוד, שם, בעמ' 361-376, ובדגש על המפתח, שם בעמ' 371-374; יגאל ידין הממצאים מימי בר-כוכבא במערת האיגרות 103-95 (1963); דניאל שפרבר תרבות חומרית בארץ-ישראל בימי התלמוד 59-49 (1993). ראו גם MARJORIE & C.H.B. QUENNEL, EVERYDAY LIFE IN ROMAN AND ANGLO-SAXON TIMES: INCLUDING VIKING AND NORMAN TIMES 73-75 (1959).

133 גם גולאק עמד על-פי דרכו על תמיהה דומה, ואף העלה השערה היסטורית כדי ליישבה על דרך המנהג: "הלכות אלה, שמקצתן נראות מוזרות למדי, כמו למשל שהגג והמפתח אינם כלולים במושג 'בית', מסתברות לאור העובדה, שבימים ההם היה מנהג מקובל לפרט בחוזה הקניין כל פרט ופרט של הבית, וכל מה שלא הוזכר בפירוט בחוזה לא נכלל במכירה" (אשר גולאק השטרות בתלמוד – לאור הפירושים היווניים ממצרים ולאור המשפט היווני והרומי 119 (רנון קצוף עורך, התשנ"ד)).

בעמ' 121 ביקש גולאק לטעון, כי מן הפירושים עולה שאף ביוון ובמצרים המפתח והדלת לא נמכרו עם הבית אלא אם צוינו במפורש. ברם, מהערתו של קצוף, בעמ' 119, ה"ש 3, עולה שבדוגמה שהביא גולאק לא נזכר המפתח כדי להכלילו במכירת הבית אלא כדי לציין שהוא במצב תקין.

134 כפי שלמשל מופיע בפירוט בשטר מכר שנמצא במדבר יהודה מתקופת בר-כוכבא, ובו נאמר (בתרגום לעברית): "... האבנים והבורות של החיטים והדלתות והמפתח..." (יגאל ידין, מגן ברושי ואלישע קימרון "שטר של מכירת בית בכפר ברו מימי בר-כוכבא" קתדרה 40, 201, 210 (התשמ"ו)).

135 בשאלה זו דנתי בעבודת הדוקטורט, שם ביקשתי להוכיח, כי משניות אלה שבמסכת בבא בתרא ממוענות לא רק לצדדים הנתונים במשא ומתן אלא גם לדיין שבבית הדין אשר לפניו מובא החוזה כדי שיפרשו.

ו. "אין הדמים ראייה" – גובה התמורה כאמת מידה פרשנית

ביטוי שלישי להפרדה בין פרשנות החוזה לבין עקרון תום הלב מצאתי בסוגיית 'אין הדמים ראייה'. זו עוסקת בשאלה, האם בפירוש החוזה ראוי להתחשב בגובה התמורה הנקובה בו. פירוש החוזה על-פי גובה התמורה נחשב כיום פעולה פרשנית טריוויאלית שאינה צריכה לפנים¹³⁶ כך גם נוהגים שופטים הלכה למעשה.¹³⁷ יתירה מזו, לעתים גובה התמורה הוא שאינו מוגדר עד תום, אז הוא יפורש וייקבע בהתאם להיקף החיוב שכנגד.¹³⁸ ההנחה היא, כי צדדים סבירים סוחרים זה עם זה תוך שהם חותרים לרווחיות, ובתוך הקפדה מסוימת על עקרון שקילות התמורות.¹³⁹ למעשה, פרשנות זו היא חלק מן העיקרון הרחב יותר של פירוש החוזה על-פי תכליתו העסקית.¹⁴⁰

136 לדעת דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 701 (1992) (להלן: פרידמן וכהן חוזים ב): "כאשר גירסאות הצדדים ביחס לתוכן החוזה הינן שונות, עשוי לעתים גובה התמורה לתמוך בגירסת אחד מהם". כדוגמה לכך הם מביאים חוזה לרכישת חיטה תמורת X פונקים, כאשר בין הצדדים מתפתח ויכוח האם מדובר בפונקים שוויצריים או צרפתיים. לדעתם, ניתן להכריע מחלוקת פרשנית זו על-פי השוואת המחיר הנקוב בחוזה עם מחיר השוק של החיטה. דברים ברוח זו כתב זמיר, בהתייחסו לס' 45 לחוק החוזים (חלק כללי). סעיף זה קובע, כי חיוב שלא הוסכם על סוגו או טיבו יקום בצורה בינונית. לעתים ישנן כמה רמות של איכות בינונית, או לדעתו ניתן לפרש את החוזה תוך הסתמכות על גובה התמורה הנקובה בו (איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 210 (1990)). ראו שם הפנייתו למשפט הגרמני.

137 ראו, למשל, ע"א 9236/03 ברוך מקל בע"מ נ' צח השקעות בע"מ, פ"ד נט(2) 268, 274-275, 283 (2004) (למידה מגובה דמי השכירות החודשיים על זהות הצד לחוזה החייב לשאת בהיטל דרכים שהטילה העירייה, וכן על השאלה, האם השוכר רשאי או חייב לבנות במקרקעין ששכר); ע"א 424/89 פרקש נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פ"ד מד(4) 31, 37 (1990) (למידה מגובה התמורה על השאלה, האם נספח שצורף להסכם רכישת דירה צורף לחוזה בכוונת מכוון או שמה בטעות); ע"א 464/75 פרומוטפין בע"מ נ' קלדרון, פ"ד ל(2) 191, 195 (1976) (למידה מגובה התמורה על השאלה, האם חברת ייבוא רכיבי רהיטים רשאית למכור רכיבי רהיטים (כשאינם מורכבים), שלא באמצעות חברת ההרכבה עמה התקשרה בחוזה).

138 ראו ע"א 224/76 חברת נופש ערד בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד לא(1) 449 (1976) (היסק מטיב התחייבותה של חברת נופש כלפי הסוכנות היהודית על השאלה, האם התמורה שתשלם הסוכנות תהיה צמודה למדר יוקר המחיה).

139 לפיכך יהיה מדויק יותר לדבר על 'פרשנות החוזה לאור שקילות התמורות', ולא דווקא על פרשנותו 'לאור גובה התמורה'.

140 LEWISON, INTERPRETATION, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36, מציין כי במשפט האנגלי, אשר באופן מסורתי דבק בפרשנות אובייקטיבית ולשונית של החוזה, מסתמנת בעשורים האחרונים נטיה גוברת והולכת לשקלול התכלית העסקית של החוזה במסגרת פרשנותו. למשל, "...if the language is capable of more than one meaning, I think the court is entitled to select the meaning which accords with the apparent commercial purpose of the clause rather than one which appears

בעניין זה נחלקו חכמי המשנה. המקרה שבו דנו הוא של אדם המוכר לחברו 'צמד',¹⁴¹ ובין הצדדים מתגלע ויכוח בשאלה, האם יש לפרש את החוזה כמתייחס למכירת הצמד לבדו או שמא המילה 'צמד' מציינת את הבקר. באופן עקרוני, שאלה זו ניתנת להיפתר בשלל אמצעים פרשניים: פירוש לקסיקלי של המילה 'צמד', פירוש על-פי המשמעות המקובלת, פירוש על-פי היסטוריית הרכישות של הצדדים, פירוש על-פי הנסיבות שבהן היו נתונים בשעת כריתת החוזה ועוד. אחד מן האמצעים, שבו דנה המשנה שלפנינו, הוא פירוש החוזה לאור גובה התמורה הנקובה בו. ההנחה היא, ככל הנראה, כי הפער הגדול שמן הסתם קיים בין שווי צמד לבדו לבין שווי בקר, יוכל ללמד על כוונת הצדדים. וכך נחלקו התנאים:¹⁴²

מכר את 'הצמד' לא מכר את הבקר, מכר את 'הבקר' לא מכר את הצמד.

רבי יהודה אומר: הדמים מודיעין. כיצד? אמר לו: 'מכור לי צמדך במאתים זוז', הדבר ידוע שאין הצמד במאתים זוז.

וחכמים אומרים אין הדמים ראייה.

אם כן, לדעת החכם הראשון המופיע במשנה (אשר בסופה מזוהה כ'חכמים'), יש לפרש את החוזה על-פי הגדרות לקסיקליות מדויקות. אם בחוזה נאמר כי הממכר הוא "צמד", לא תתקבל טענת הקונה כי יש לפרש את החוזה כמתייחס אל מכירת הבקר. ואם הצדדים הסכימו על מכירת "בקר", לא תתקבל טענת הקונה כי במסגרת זו יש לכלול גם את הצמד.¹⁴³ לעומת זאת, ר' יהודה סבור שיש לפרש את החוזה על-פי גובה התמורה. הווי אומר: אם בחוזה הוסכם שהקונה ישלם מאתיים זוז, יש לפרש את החוזה כמתייחס למכירת הבקר (למרות שנאמר בו "צמד"), שהרי ידוע שמחיר מאתיים זוז תואם את שווי של הבקר, הרבה למעלה משווי של צמד לבדו. בסופה של המשנה חכמים אינם מקבלים את דעת ר' יהודה, וטוענים כי גובה התמורה אינו אינדיקציה שיש להסתמך עליה.

commercially irrational" (Hoffmann J. in MFI Properties Ltd v. BICC Group Pension Trust Ltd, [1986] 1 All E.R. 974). ראו גם עניין מגדלי באך, לעיל ה"ש 30, בעמ' 567; ע"א 2073/98 ידיגר נ' וייסקר, פ"ד נד(1) 129, 137 (2000). יש מי שהעיר, שכיוון שפרשנות על-פי נסיבות הכריתה דורשת לעתים הבנה של סביבה עסקית מורכבת, לא אחת מעדיף השופט לפרש את החוזה על-פי לשונו. ראו John E. Murray JR., *The Realism of Behaviorism under the Uniform Commercial Code*, 51 OR. L. REV. 269, 290 (1972).

141 עול הניתן על הבקר.

142 משנה, בבא בתרא ה, א.

143 וכל שכן שלא תתקבל טענת המוכר, כי הוא יכול להסתפק במתן הצמד לבדו לקונה.

במקום אחר ביקשתי להסביר,¹⁴⁴ כי מחלוקת זו של ר' יהודה וחכמים הנה חלק ממחלוקת שיטתית ומקיפה שלהם בשאלה האם נסיבות הכריתה ראויות לשמש אמצעי פרשני. ר' יהודה סבור, כי נסיבות הכריתה (ובמקרה זה גובה התמורה) ראויות להשתקלל בפרשנות החוזה.¹⁴⁵ לדעתו, "הדמים מודיעין" את אומד דעת הצדדים,¹⁴⁶ באופן דומה לנסיבות רלוונטיות נוספות.¹⁴⁷ לעומתו סבורים חכמים, כי הנסיבות אינן חלק מן האמצעים הראויים לפירוש החוזה; "אין הדמים ראייה".¹⁴⁸ מחלוקת זו נוגעת ככל הנראה בשאלה העקרונית יותר של תכלית הפרשנות, האם יש להגדירה כחשיפה של אומד דעת הצדדים (ר' יהודה) או שמא כפירוש לשוני של החוזה¹⁴⁹ (חכמים).¹⁵⁰ ברם, ראוי ליתן את הדעת, כי ישנו טיעון נוסף התומך בפירוש החוזה על-פי גובה התמורה. לא רק שהדבר מסייע בחשיפת אומד הדעת של הצדדים ("הדמים מודיעין"), אלא שהוא עשוי לתרום לפירוש הוגן יותר של החוזה, בהבטיחו כי התמורות המוחלפות בחוזה תהיינה שקולות. רוצה לומר, כי פירוש החוזה לפי גובה התמורה עשוי להתגלות לא רק כפירוש הנכון,¹⁵¹ אלא גם כפירוש ההוגן, שכן בכוחו לסייע להבטיח כי החוזה יהיה מאוזן בתוכנו. פרשנות זו תמנע מצבים מקפחים שבהם אדם מוצא עצמו משלם תמורה גבוהה במיוחד עבר נכס זול (רוכש צמד תמורת מאתיים זול), או מוכר נכס יקר ומקבל לידי תמורה נמוכה במיוחד (מוכר בקר תמורת זוזים אחדים).

אפשרות פרשנית זו רלוונטית במיוחד בהקשר המשפט התלמודי. המשנה, והתלמוד בעקבותיה, עיצבו את דיני אונאת מחיר כמי שקובעים את חובת הצדדים לסחור במחירים

144 פרק 3 בעבודת הדוקטורט.

145 הדעת נותנת, וכן פירשו הראשונים, כי כאן קובע ר' יהודה כלל פרשני עקרוני. ראו חידושי הריטב"א, בבא בתרא עז, ע"ב, ד"ה 'מתני'; ראב"ד, הובא בשיטה מקובצת, בבא בתרא עז, ע"ב. אך ראו חידושי הריטב"א, בבא בתרא עז, ע"ב, ד"ה 'מתני', המביא דעה חולקת.

146 לשונו של ר' יהודה בתוספתא שונה. שם נאמר: "רבי יהודה אומר: הכל לפי הדמים" (תוספתא, בבא בתרא ד, א (מהדורת ליברמן 140)). נוסח זה אינו מסגיר את טעמו של ר' יהודה, אולם כאמור, לשונו המובאת במשנה מורה על ההיבט הראיתי.

147 ראו משנה, בבא בתרא ה, ב; תוספתא, בבא בתרא ו, כג (מהדורת ליברמן 151).

148 במקום אחר הערתי (עבודת הדוקטורט, פרק 3), כי ככל הנראה חכמים אינם מתכחשים לעובדה שהדמים מודיעין את אומד דעת הצדדים, אולם לדידם הדמים אינם ראייה קבילה. חכמים מביעים עמדתם באופן שיטתי, וחולקים על ר' יהודה במקומות הנ"ל בהערה הקודמת.

149 במסגרת עבודת הדוקטורט דנתי בשאלות שונות העולות מתוך דברים אלה של חכמים (שאינן מענייניו של מאמר זה): מה תפקידו של הלקסיקון? כיצד הוא נוצר? מה מערכת יחסיו עם המשמעות המקובלת? מה בין משמעות המקובלת בפי הכל לבין משמעות המקובלת בפי הרוב?

150 לדין בסוגיה תלמודית אחרת (בבלי, בבא קמא מו, ע"א; בבלי, בבא בתרא צב, ע"א), אשר ממנה נראה, לכאורה, כי ניתן לפרש את החוזה לפי גובה התמורה, הקדשתי דיון נפרד בפרק 6 של עבודת הדוקטורט.

151 "נכון" במונחי ההתחקות אחר אומד דעת הצדדים, דבר שכאמור שנוי במחלוקת תנאים.

הוגנים.¹⁵² לא זו בלבד, אלא הם גם מעניקים סעדים שונים למתאנה, כלומר לצד שמצא עצמו נפגע כתוצאה ממחיר מקפח.¹⁵³ אם אכן דיני החוזים שבתלמוד מקבלים על עצמם, תחת משטר דיני אונאה, להשיג חוזים שתמורתיהם שקולות, מדוע אפוא לא מגויסים כללי הפרשנות להשגת תכלית זו? מדוע חכמים אינם מודים לר' יהודה כי יש לפרש חוזה למכירת 'צמד' על-פי גובה התמורה, וזאת לאו דווקא מטעמו כי "הדמים מודיעין" את אומד דעת הצדדים, אלא כדי למנוע היווצרות חוזה שיש בו אונאת מחיר, כלומר כדי להבטיח חוזה שתמורתיו שקולות?

למעשה, שאלה זו אינה רק פרי העיון הביקורתי במשנה, היא כמעט ומתבקשת מתוך הדיון התלמודי שנערך בעקבותיה.¹⁵⁴ התלמוד עצמו הוא שמקשה על חכמים, כי שיטתם שאין לפרש את החוזה על-פי גובה התמורה, עלולה להתנגש עם דיני אונאה, אשר שוללים קיומה של תמורה מקפחת ומעניקים סעד בגינה. באותה נשימה שולל התלמוד את האפשרות כי חכמים אינם מקבלים באופן עקרוני את דיני אונאה:

ואי [=ואם] אין הדמים ראייה, ליהוי [=יהא זה] ביטול מקח [כדין אונאה]!

וכי תימא [=ואם תאמר], ביטול מקח לרבנן לית להו [=שחכמים אינם מקבלים את דין ביטול מקח במקרה של אונאה]?¹⁵⁵

ולא?! והתנן [=והרי שנינו], רבי יהודה אומר: המוכר ספר תורה, בהמה ומרגלית – אין להן אונאה; אמרו לו [חכמים]: לא אמרו אלא את אלו!¹⁵⁶

אם כן, חכמים כפופים באופן עקרוני לדין אונאה, ובעינה עומדת השאלה כיצד יש לפתור את ההתנגשות בין עמדתם של חכמים שאין לפרש את החוזה על-פי גובה התמורה לבין דיני אונאה המחייבים להעמיד את החוזה על מחירו ההוגן. לשאלה זו מציע התלמוד שני תירוצים.¹⁵⁷ על-פי התירוץ הראשון, אמנם המשנה מציינת את התוצאה הפרשנית לדעת

152 ראו לעיל, ליד ה"ש 61.

153 ראו להלן, ליד ה"ש 177.

154 בבלי, בבא בתרא עז, ע"ב – עח, ע"א.

155 ראו רשב"ם, שם, לגבי הסברים שונים לגישת חכמים (על-פי שלב זה של הסוגיה) שאינם מעניקים סעדים למתאנה.

156 כדי להוכיח שחכמים מקבלים את דין אונאה התלמוד מצטט מתוך המשנה, בבא מציעא ד, ט, אשר מנתה כמה חריגים שדיני אונאה אינם חלים עליהם, כגון עבדים, שטרות וקרקעות. כלומר, שאדם המוכר אחד מהם במחיר גבוה במיוחד לא יהיה חשוף לתביעת אונאה. בהמשך המשנה טען ר' יהודה, כי לרשימת החריגים יש להוסיף את החפצים הבאים: ספר תורה, בהמה ומרגלית. חכמים שבמשנה התנגדו לו וטענו, כי אין להרחיב את רשימת החריגים מעבר לאמור בתחילת המשנה. מכאן יש להוכיח, כי חכמים מקבלים באופן עקרוני את דין אונאה ואינם דוחים אותו באופן קטגורי.

157 שני התירוצים אינם עומדים בסתירה עקרונית זה לזה, ושניהם נפסקים להלכה על-ידי הרמב"ם (משנה תורה, הלכות מכירה, פרק כז, הלכה ה).

חכמים, אולם זו אינה התוצאה המשפטית הסופית. לדעת חכמים החוזה יפורש כמתייחס לצמד לבדו, וכיוון שפרשנות זו מובילה לתוצאה שיש בה אונאת מחיר (רכישת צמד תמורת 200 ז"ז), יוענק לקונה סעד ביטול המקח.¹⁵⁸ על-פי התירוץ השני, כאן מדובר בחריג שאין דיני אונאה חלים עליו:¹⁵⁹

מאי [=מהו] 'אין דמים ראייה' נמי דקתני [=גם כן ששנינו]? דהוי
[=שהריהו] ביטול מקח.

ואיבעית אימא [=ואם תרצה אמור]: כי אמור רבנן [=כאשר אמרו
חכמים] אונאה וביטול מקח – בכדי שהדעת טועה, אבל בכדי שאין הדעת
טועה לא, אימור מתנה יהב ליה [=אמור שמתנה נתן לו].

על-בסיס דברים אלה נוכל להוסיף ולשאול: אם אכן חכמים כפופים לדיני אונאה ולתפיסה המשפטית הנגזרת מהם, ואם אכן ברורה לתלמוד ההתנגשות הקיימת בין התוצאה הפרשנית (על-פי חכמים) לבין דינים אלה, מדוע אין התלמוד מציע לפרש את החוזה בדרך שמלכתחילה תימנע התנגשות זו? מדוע אין מתקבלת דעתו של ר' יהודה, כי יש לפרש את החוזה על-פי גובה התמורה, וזאת כדי להתאים את החוזה עם דיני אונאה? דומני, כי סוגיה זו ממחישה מזווית נוספת, כי חז"ל לא ראו קשר בין שאלת פרשנות החוזה לבין עקרון תום הלב (בניסוחיו החז"ליים השונים). עקרון תום הלב, למשל בצורתו כדיני אונאה, נתפס על-ידם כמרכיב חוץ-פרשני, שאמנם עשוי להתנגש עם תוצאת מעשה הפרשנות אך אינו חודר את קליפתה ואינו משתתף בעיצוב דמותה.

ז. היעדר הצורך בשילוב עקרון תום הלב בפרשנות החוזה

אם נסכם את שראינו עד כה נמצא, כי על אף שעולמם המשפטי של חז"ל רווי היה בנורמות שאותן היינו מסווגים כיום כשייכות למשפחת תום הלב, בולטת העובדה, כי הדבר לא מצא את ביטויו בכללי פרשנות החוזה. חז"ל סבורים היו כי את החוזה יש לפרש בהתעלם לגמרי מעקרון תום הלב או מכל אחד מיישומיו האחרים בהלכה. הדבר

158 לאפשרות של פרשנות חוזה המובילה לפער משמעותי בשקילות התמורות, המזכה את הנפגע בסעד, ראו פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל ה"ש 136, בעמ' 701. העילה הנידונה על-ידם היא עילת הטעות. ראו גם פרידמן "פרשנות החוזה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 257: "...פער קיצוני בתמורה עשוי להצביע על כך שארעה טעות או שהפירוש המביא לתוצאה כזו איננו סביר או שהוא מוליך לאבסורד".

159 חריג זה – "בכדי שאין הדעת טועה" – קובע, כי כאשר הפער בשקילות התמורות הינו כה קיצוני ובלתי-סביר אין המתאנה זכאי לסעד, שכן יש להניח שמדובר בתשלום מיוחד שנועד להיטיב באופן מודע עם המוכר מעבר למקובל, כלומר מתנה, אשר באופן טבעי אינה נתונה לפיקוחם של דיני אונאה. לחריג זה ראו פורת "דין אונאה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 399.

תמוה עוד יותר לאור העובדה המסתברת, כי חכמים הכירו באפשרות של פרשנות טקסט המושפעת משיקולים ערכיים ומשיקולי הרמוניה של החוק.¹⁶⁰ מהו אפוא טעם הדבר? ובצד הבחינה התאורטית עוד יש לשאול, כיצד נפרנסו מבחינה פרקטית? כיצד יתגונן רוכש דירה, אשר החוזה שכרת יפורש כמעניק לו את הדלת אך לא את המפתח, מפני סירובו של המוכר למכור לו את מפתחות הבית? ומה יעשה אם המוכר נאות למכור את המפתחות, אך זאת בתנאים בלתי-סבירים, למשל תמורת ערך פחות רק במעט ממחיר הדלת עצמה? מה יעשה אדם הרוכש בור מים בתוך חצר חבירו,¹⁶¹ וכעת אינו יכול לגשת אל הבור ולממש את בעלותו? כיצד ישכנע את בעל החצר למכור לו זכות מעבר,¹⁶² וגם אם יצליח לעשות כן, כיצד יוגן מפני ניסיונות טבעיים של בעל החצר לסחוט ממנו מחיר גבוה תמורת השימוש בדרך הגישה? האם אכן חז"ל מתכוונים כי אין לו אלא "לפרוח באויר"?

אני סבור, כי הפתרון לבעיה זו פשוט ומאלף כאחד. הוא נעוץ דווקא במקום הדומיננטי והמשמעותי שמעניקים חז"ל לעקרונות תום הלב במסגרת דיני החוזים. במובן מסוים הבעיה שהועלתה לעיל היא בעיה מדומה, והיא נובעת מן הניסיון להבין את עולמם המשפטי של חז"ל על-פי התבניות המקובלות במשפט בן-זמננו.¹⁶³ יש להודות, כי אמנם פתרון זה מופיע במפורש רק במקורות מאוחרים הרבה יותר (בהם אדון להלן), אולם דומני כי הם אינם משקפים התפתחות הלכתית מאוחרת, אלא מבטאים חידוד ויישום של עקרונות הקיימים כבר בספרות התלמודית.¹⁶⁴

חז"ל אינם זקוקים לגייס את פרשנות החוזה לשם השגת תניות חוזיות הוגנות ומאוזנות, כיוון שבידם כלים משפטיים חלופיים, ישירים יותר, להשגת תוצאה זו. אלו הן נורמות החלות על הצדדים באופן קוגנטי ואשר מחילות עליהם חובות מן הדין לנהוג זה בזה בתום לב. אם אחד הצדדים מסרב למכור לצד שכנגד את זכות המעבר, יכול המשפט לכפות עליו להעניק לו דרך גישה, לכל הפחות מעת לעת לפי המינימום הנדרש. משכך יהיה, סביר כי בעל החצר יעדיף למכור לקונה את זכות המעבר, ולא להיאלץ מכוח הדין להעניק לו אותה חינם אין כסף. בכוחו של המשפט לגרום למוכר הבית למכור לקונה את

160 ראו לעיל, ליד ה"ש 69-75.

161 כך אליבא דחכמים. אליבא דר' עקיבא תעלה שאלה דומה לגבי אדם המוכר את חצרו ומשייר לעצמו את בור המים שבאמצע החצר.

162 ואכן, מלשון חכמים במחלוקתם עם אדמון (ראו לעיל, ה"ש 81): "יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר", משתמע כי ברי להם שהפתרון הריאלי לבעיית בעל המקרקעין ימצא בדרך כלכלית של משא ומתן לרכישת זכות המעבר.

163 בהמשך אבהיר מדוע בכל זאת לדעתי מדובר בדיון חשוב ופורח, על אף שמוצאו בבעיה מדומה.

164 אם בכל זאת ייטען, כי אופן הצגת הפתרון חוטא למצב העניינים במשפט התלמודי, הרי שלכל הפחות הוא משקף עמדות מאוחרות יותר הקיימות במשפט העברי, ומבחינה זו הוא לא פחות מאתגר.

מפתחות הבית, זאת גם אם הדבר לא פורש בחוזה. לא פחות חשובה מכך היא העובדה, שמחירן של עסקות אלה (זכות המעבר, מפתח הבית) יהיה נתון לפיקוחו של הדין, כך שהמוכר לא יוכל לנצל את עמדת המיקוח המשופרת שבה הוא ניצב כדי לסחוט את הצד שכנגד. דוגמאות לנומרות שבכוחן להשיג תוצאות אלה הן 'כופין על מידת סדום', 'ועשית הישר והטוב', 'השבת אבידה',¹⁶⁵ דיני אונאה ועוד, שעליהם נעמוד בהמשך. בעטיין אין למשפט צורך בכללי פרשנות החוזה לשם השגת תוצאה הוגנת ומאוזנת. לשון אחרת: קיומה של קשת נרחבת של חובות קוגנטיות ממשפחת תום הלב, משחררת את כללי פרשנות החוזה מן הכפיפות לעקרון זה.

טיעון מעין זה נמצא בפסק דין שניתן לפני שנים אחדות באחד מבתי הדין בירושלים.¹⁶⁶ תוך כדי הילוכו דן בית הדין בסוגיית אדם המוכר לחבירו בור מים שבתוך חצרו. לדעת בית הדין, אם בעל החצר יסרב למכור לקונה את זכות המעבר, ניתן לחייבו להעניק לקונה דרך גישה לבורו מעת לעת, גם אם הדבר לא פורש בחוזה. כשם שמוצא אבידה¹⁶⁷ חייב להשיבה לבעליה, כך גם בעל החצר חייב להשיב את הבור לבעליו, כלומר לאפשר לו דרך גישה אל הבור.¹⁶⁸ אמנם, מכוח כלל זה תינתן לבעל הבור דרך גישה באופן ארעי ומזדמן בלבד, ולא באופן קבוע וגורף:

גם לדעת חכמים שמוכר בעין רעה מוכר ואינו חייב לתת לו דרך, זה דוקא באופן קבוע, אבל לצורך תשמישו לפרקים בודאי שמחוייב לתת לו, דלא גרע [= שאינו גרוע, פחות] ממשיב אבידה. ואף בנידון דידן, גם אם נאמר שאינו חייב לתת לו שביל כניסה ברוחב המספיק לכניסת מכונית, מ"מ

165 כבר בתלמוד התפרשה מצוות השבת אבידה באופן נרחב, כקובעת את חובתו של אדם לפעול להצלת אינטרס רכושי של הזולת הנתון בסכנה. ראו בבלי, בבא מציעא לא, ע"א; רמב"ם, הלכות גולה ואבידה, פרק יא, הלכה כ; מיכאל ויגודה השבת אבדה 2 (התשנ"ב) (להלן: ויגודה השבת אבדה).

166 פסקי דין רבניים מירושלים, לעיל ה"ש 108, בעמ' פג. פסק הדין עסק באדם שמכר לחברו דירה בתוך בנין דירות, ובין הצדדים ניטש ויכוח בשאלה, האם העסקה כוללת את זכות הקונה להחנות את רכבו בחצר הבנין.

167 חשוב להרגיש, כי על-פי המשפט העברי חובת השבת אבידה חלה על הרואה אבידה, המחוייב להרימה ולהשיבה לבעליה. הוא מנוע מלהתעלם ממנה ולהמשיך בדרכו. זאת בשונה, למשל, מחובת השבת אבידה במשפט הישראלי, החלה אך ורק על מי שבחר ליטול את האבידה לידי. על כך ראו גם ע"א 546/78 בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס, פ"ד לד(3) 57, 70 (1980); ויגודה השבת אבדה, לעיל ה"ש 165, בעמ' 28.

168 כאמור לעיל (ה"ש 165), שורשיה של פרשנות מרחיבה זו לדין השבת אבידה מצוי כבר בתלמוד, אשר החיל את הדין גם על הצלת מקרקעין מאברן קרוב: "ראה מים ששוטפין ובאין [לשדה חבירו] הרי זה גודר בפניהם. אמר רבא: 'לכל אבידת אחיך' (דברים כב 3) – לרבות אבידת קרקע".

לפרקים שהוא צריך להיכנס ולצאת עם מכונית לפריקת וטעינת סחורה, בודאי שחייב לתת לו, דלא גרע ממשיב אבידה.¹⁶⁹

ייתכן שלמסקנה דומה ניתן גם להגיע מכוח הכלל 'כופין על מידת סדום', המאפשר בנסיבות מסוימות לאכוף על אדם לאפשר לזולתו ליהנות מאחת מזכויותיו, אם אין הדבר גורם הפסד (של ממש) לבעל הזכות.¹⁷⁰ בנסיבות אלה עשוי כלל זה לחייב את בעל החצר להעניק דרך גישה מעת לעת לבעל הבור.¹⁷¹

דומני, אף כי לא מצאתי סימוכין לכך, כי תוצאה דומה תהיה במקרה של בית ומפתח. אמנם מכירת הבית תתפרש ככוללת את מכירת הדלת אך לא את המפתח. ברם, אם יתעקש המוכר שלא למכור לקונה את המפתח (אף שהוא עצמו אינו יכול לעשות בו כל שימוש), הוא צפוי להיות מחויב לאפשר לקונה לעשות את השימוש המינימלי הדרוש במפתח, וזאת מכח כללים כדוגמת 'השבת אבידה' ו'כופין על מידת סדום'.

בנקודה זו הציע הרב גרינמן, איש בני ברק, מבנה משפטי נוסף שתוצאתו צפויה להביא לחיוב בעל המקרקעין להעניק זכות מעבר לבעל הבור. לדבריו, אם יסרב המוכר, בעל החצר, להעניק לרוכש הבור דרך גישה אל הבור, יוכל הקונה לטעון לביטול החוזה

169 פסקי דין רבניים מירושלים, לעיל ה"ש 108, בעמ' פג. דברים אלה נכתבו בעקבות הרב גרינמן, חדושים ובאורים, בבא בתרא סד, ע"א, ד"ה 'מכרן לאחר': "ואפשר עוד שכל הנידון לזכות בדרך שיוכל להכנס בשעה שדרך בני אדם נכנסים... אבל לאפשר לו להכנס לפרקים להוציא המים מן הבור והדות יש לומר דחייב בכל ענין, והרי גם מדין השבת אבדה אפשר לחייבו בזה...". אך ראו שו"ת תורת חיים (מהרח"ש), חלק א, סימן לא, ממנו נראה שהדבר יוכל להיעשות מכוח הכלל 'ועשית הישר והטוב', וזאת לפני משורת הדין בלבד.

170 לדיון בכלל 'כופין על מידת סדום' ראו אהרן ליכטשנטיין "לבידור 'כופין על מידת סדום'" הגות עברית באמריקה כרך ראשון 362 (מנחם זהרי, אריה טרטקובר וחיים אורמיאן עורכים, התשל"ב); יהושע ליברמן "כופין על מידת סדום – היבט כלכלי" ספר הגיון – מחקרים בדרכי חשיבה של חז"ל 165 (משה קופל ועלי מרצבך עורכים, 1995); אברהם וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי ('כופין על מידת סדום') דיני ישראל יח, נג (התשנ"ו); רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 226, 246 (1999); בש"א (י-ם) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון, פס' 89 ואילך (2006) (להלן: בש"א חברת העובדים).

171 מעין זה נפסק על-ידי משה מרדכי פרבשטיין "שו"ת בדין כופין על מדת סדום" שורת הדין ב, שכג (התשנ"ד). במקרה זה כפה בית הדין על הנתבע לאפשר לשכנו להעביר מקרר שקנה דרך המרפסת של הנתבע, כשזו היתה הדרך האפשרית היחידה להכניס את המקרר לביתו. יש להעיר, כי במקרה זה לא היתה התקשרות חוזית בין התובע לנתבע. לדיון בפסק דין זה ראו השופט דרוור, בש"א חברת העובדים, לעיל ה"ש 170, פס' 93. ראו גם מאיר בטיסט "סכסוך בין אחיות בזכות לסייע לאמן" תחומין כז 288 (התשס"ז), אשר דן בשאלה, האם רשאית אשה לכפות על אחותה שתאפשר לה כניסה לביתה כדי שתוכל לסעוד את אמן.

מכוח עילת הטעות. הקונה ביקש לרכוש בור מים שניתן להשתמש בו, ונמצא בידו בור מים בלתי-שמיש:

כשהמוכר אינו חפץ למכור לו דרך כלל, לכאורה ראוי שיכול הלוקח לבטל המקח, דעדיף טובא מזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל [שעדיף הרבה מן המקרה של מוכר על דעת לעלות לארץ ישראל],¹⁷² דמה תועלת בבור ודות שאין לו דרך עליהם! ...?¹⁷³

ברם, חשוב לזכור כי פתרון זה מגבולותיו בצידו. האחת, הוא אינו מגשים את ציפיותו החוזית של רוכש הנכס (לקבל דרך גישה לבור שרכש), אלא מחזיר את הצדדים לנקודת הזמן הטרם-חוזית. ייתכן שאפשרות זו – ביטול החוזה – תהיה עדיפה בעיני בעל הבור על פני החזקה בבור ללא דרך גישה,¹⁷⁴ אולם היא נחותה ביחס לאפשרויות אחרות המקנות לבעל הבור דרך גישה לבור שרכש. השנייה, קונסטרוקציה זו מעמידה את הפרשנות הדווקנית שבתלמוד (הקניית בור ללא דרך גישה) כפרשנות המביאה בסופו של יום לביטול החוזה. הדבר אינו עולה בקנה אחד עם הנטייה להעדיף פרשנות המקיימת את החוזה על פני פרשנות המביאה לבטלותו (עד כמה שמגמה זו אכן קיימת בכללי הפרשנות שבתלמוד).¹⁷⁵

יהיה איך שיהיה, נראה שהמוכר יחויב על-פי דין להעניק לרוכש הבור דרך גישה אל הבור, ואפילו תהיה זו דרך גישה ארעית. לפיכך, נשללת ממנו האפשרות הקיצונית של סחיטה, שלפיה הוא יטען שאינו מוכן למכור את זכות המעבר לקונה ולא לאפשר לו דרך גישה. לשון אחרת: אם הוא אכן יחויב להעניק לקונה דרך גישה ארעית אל הבור, הוא צפוי להיכנס עמו למשא ומתן להקניית זכות מעבר קבועה תמורת תשלום.

האם במסגרת משא ומתן זה הוא בכל זאת יוכל לנצל את עמדת המיקוח שלו כדי לסחוט מן הקונה חוזה בתנאים מקפחים, למשל תמורת מחיר מופרז? דומני כי התשובה לכך שלילית, וזאת מטעם כפול. ראשית, מן הבחינה הכלכלית, לאחר שתוענק לקונה דרך גישה ארעית אל הבור אזי במידה רבה תנוטרל יכולתו של המוכר לנקות באסטרטגיית הסחטן (האינטרס של הקונה ברכישת דרך הגישה יפחת, ואילו האינטרס של המוכר

172 התלמוד הבבלי, קידושין מט, ע"ב, דן באדם המוכר קרקע לחברו כיוון שברצונו לעזוב ולעלות לארץ ישראל. לבסוף הוא לא יכול היה לעלות לארץ ובשל כך מבקש לבטל את החוזה. על-פי הסוגיה, המוכר יוכל לבטל את החוזה רק אם מטרה זו צוינה בו במפורש, שאם לא כן חל הכלל "דברים שבלב אינם דברים".

173 חידושים ובאורים, בבא בתרא סד, ע"א.

174 ראו לעיל, בסוף ה"ש 88.

175 ראו ורהפטיג דיני חוזים, לעיל ה"ש 20, בעמ' 275, 277. ראו גם הכהן פרשנות תקנות הקהל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 292. אך ראו לעיל, ליד ציון ה"ש 158, שם הציע התלמוד לאמץ פרשנות המובילה בעקפין לבטלות החוזה.

במכירת דרך הגישה יגדל). הדבר צפוי להשפיע על מידת סבירותו של המחיר שיוסכם ביניהם לבסוף על תמורת דרך הגישה. שנית, מן הבחינה המשפטית, המשפט העברי קובע מנגנונים מורכבים של פיקוח על הגינות תניות החוזה. אלה עשויים להיות מופעלים במקרה זה לטובת הקונה הנתון בסכנת סחיטה, ולהבטיח כי החוזה שיכרות יכיל תניות הוגנות ומאוזנות. באמצעות דיני אונאה, שתכליתן הבטחת מחירים הוגנים ושקילות התמורות,¹⁷⁶ יוכל רוכש הבית להבטיח כי המפתח שהוא ייאלץ לרכוש ייקנה במחיר הוגן. באופן דומה, בעל הבור יוכל להבטיח כי רכישת זכות המעבר תיעשה בתנאים סבירים. לאיזה סעד יוכל הקונה לקוות? בכל הנוגע לעסקאות מיטלטלין, דיני אונאה מקנים למתאנה סעד של תיקון המחיר על-פי המחיר המקובל בשוק או סעד של ביטול החוזה, הכל בהתאם לשיעור סטיית המחיר.¹⁷⁷ בכל הנוגע לעסקאות מקרקעין, על-פי חלק מן הפוסקים, דיני אונאה מעניקים סעד של ביטול החוזה,¹⁷⁸ וזאת בסטיות מחיר של 'פלגא', כלומר של 100%.¹⁷⁹

אמנם, דיני אונאה מחילים שורה ארוכה של מנגנוני איזון ובלימה, המאפשרים לצדדים הרוצים בכך דרכים שונות ומגוונות להתנות על דיני אונאה ולמעשה לעקוף אותם.¹⁸⁰ עם זאת, אין בכך כדי לגרוע מן הקביעה כי צד שאינו מעוניין בכך יוכל להתעקש על זכויותיו ולהבטיח את האינטרס החוזי שלו מכוח דיני אונאה.¹⁸¹ וכך כתב הרב גרינמן:

ואפשר דאין הכי נמי [=שאכן, כן הוא], שאם לא יחפוץ למכור לו דרך, או שיעלה בשכרה כנכסי דבר מריון,¹⁸² אי נמי [=או גם שיעלה את

- 176 על עקרון שקילות התמורות ראו לעיל, ה"ש 46, 61.
- 177 ראו איתמר ורהפטיג "שער, מחירים ואונאה" כתר – מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה ד 13, 133 (התשס"ד) (להלן: ורהפטיג "שער"); פורת "דין אונאה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 441.
- 178 למעשה, הדבר עולה מתוך סוגיית התלמוד שכבר ראינו לעיל. כאמור, על קביעת המשנה כי חוזה לרכישת 'צמד' יתפרש כלשונו, אף שהתמורה שוות ערך לצמד ובקך יחדיו, העיר התלמוד כי התוצאה המשפטית צפויה להיות ביטול החוזה מכוח הסעדים הנתונים במסגרת דיני אונאה. ההסבר הנוסף שמציעה הסוגיה, כי ייתכן שמקרה זה נופל תחת אחד מחריגי דיני אונאה (לפיו בסטיות מחיר קיצוניות באופן בלתי-סביר לא יוגן המתאנה; ראו לעיל, ליד ציון ה"ש 159), אינה משנה את פני הדברים באופן עקרוני.
- 179 ראו ארבע טורים, חושן משפט, סימן רכו; רמ"א, חושן משפט, סימן רכו, סעיף כט; סמ"ע, שם, ס"ק נ-נב; ש"ך, שם, ס"ק יז; נתיבות המשפט, חידושים, שם, ס"ק לא. לסקירה ראו פתחי חושן, כרך ד, פרק י, סעיפים ג-ד; ורהפטיג "שער", לעיל ה"ש 177, בעמ' 155; פורת "דין אונאה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 458.
- 180 ראו פורת "דין אונאה", שם, בעמ' 452.
- 181 לשאלה האם מנגנוני האיזון והבלימה אינם מביאים לאיזון דיני אונאה ראו פורת "דין אונאה", שם, בעמ' 461.
- 182 ראו בבלי, בבא בתרא יב, ע"ב, המובא כאן כדוגמא לקרקע איכותית ויקרה.

המחיר] כשיעור שתהא אונאה בבור ודות כדינם, דאמנם יוכל [הקונה] לבטל המקח.

יש להודות, כי כשם שלעיל ציינו לגבי זכות הביטול (מכוח טענת טעות) שהיא מעניקה פתרון חלקי בלבד לרוכש הבור (המעוניין לקיים את החוזה ולקבל זכות מעבר, ולא לבטלו לחלוטין), הוא הדין לגבי זכות הביטול מכוח טענת אונאה. עם זאת, יש לזכור, במטלטלין קיימת גם הזכות לתבוע את תיקון המחיר בהתאם למחיר השוק,¹⁸³ וכמו כן, לדעת פוסקים רבים, איסור אונאה¹⁸⁴ חל גם על עסקאות במקרקעין, ואף על סטיות מחיר קטנות יותר מאלה שצוינו לעיל.¹⁸⁵ גם אם בדיעבד לא יספק הסעד של ביטול החוזה את מלוא מבוקשו של בעל הבור, שימוש מושכל באיסור אונאה בעת המשא ומתן יוכל להביאו לתוצאה הרצויה של רכישת זכות המעבר בגבולות הלגיטימיים של המחיר ההוגן.

נמצא אפוא כי אמנם הרוכש בית או בור מים עשוי למצוא עצמו קשור בחוזה שבית המשפט יפרשו באופן דווקני – כמי שמקנה לו בית ללא מפתח, בור ללא דרך גישה – אולם פתרון הולם לבעייתו הוא ימצא בדוקטרינות אחרות במשפט העברי, אשר יאסרו על המוכר לנצל פרשנות זו לשם ניצולו של הקונה. המוכר לא יוכל למנוע מן הקונה את הדבר שהוא זקוק לו (מפתח, דרך גישה) למימוש הנכס שרכש, ומשהם ייכנסו למשא ומתן על רכישה מסודרת יפקח הדין על הגינות תניות החוזה וימנע מן המוכר את האפשרות לנצל את מעמדו כדי לסחוט את הצד שכנגד.

כעת ברור מדוע הבעיה שהועלתה במאמר זה היא במידה מסוימת בעיה מדומה. השאלה, מדוע המשפט העברי אינו משקלל במעשה הפרשנות את עקרון תום הלב, היא שאלה מטעה. דווקא בשל המקום הרב שייחד המשפט העברי, על-פי דרכו, לעקרון תום הלב, הוא לא ראה צורך לגייס לתכלית זו את כללי הפרשנות. יש בשאלה זו גם מעט אנכרוניזם, שכן היא מניחה כנקודת מוצא וכמושכל ראשון את החיבור המקובל בזמננו בין כללי פרשנות החוזה לבין עקרון תום הלב, ומכאן עולה התמיהה לכאורה על עמדתו השונה של המשפט העברי. ברם, אני סבור כי שאלה זו אינה מיותרת אלא שאלה פורייה ובעלת חשיבות רבה. רק באמצעות ההשוואה לסוגיית תום הלב בפרשנות החוזה, כפי שהיא מנותחת במשפט בן-זמננו, בכוחנו להבחין בעמדתו הסמויה המקבילה של המשפט העברי ולזרוע אור על גישתו העקרונית ועל הסוגיות הרלוונטיות השונות. זאת ועוד. השוואה זו מאפשרת לנו לחדד טוב יותר את תרומתו של המשפט העברי לשאלה המושגית-תאורטית של יחסי פרשנות החוזה ועקרון תום הלב, שאלה שמתחבטות בה

183 בלשון חז"ל: "מקח קיים ומחזיר אונאה". ראו פורת "דין אונאה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 406.

184 כלומר האיסור עצמו, בשונה מן הסעד הניתן למתאנה. ראו ורהפטיג "שער", לעיל ה"ש 177, בעמ' 131.

185 ראו פורת "דין אונאה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 455, 458.

שיטות משפט בנות-זמננו. רוצה לומר: לעתים אמירת המוכן מאליו עשויה להתגלות כחשובה, בעיקר שעה שהוא טרם נאמר במפורש, בפרט כאשר עבור גישות אחרות הוא בבחינת חידוש מרענן.

אמנם במישור התוצאתי, שני המודלים שהוצגו כאן (של המשפט העברי ושל המשפט המודרני) עשויים להגיע לתוצאה קרובה במידה רבה, שלפיה בית המשפט צפוי להוביל את הצדדים להתנהגות ביתר רגישות ואחריות זה לאינטרסים של רעהו.¹⁸⁶ ברם, ההבדל ביניהם נעוץ בעיקרו בדרך המובילה לתוצאה זו.¹⁸⁷ דומני כי המשפט העברי מציג מודל פשוט ואלגנטי יותר, של הגעה לתוצאה אליה מגיעות שיטות אחרות בדרך נפתלת.

הדעת נותנת, כי את ההבדלים האמורים בין שתי השיטות ניתן ואף ראוי לעגן בהבדלים מערכתיים נרחבים יותר: במקום שמייחדת מערכת המשפט להחלת שיקולי מוסר וערכי אחריות חברתית,¹⁸⁸ וכן בהיקף הסמכות שהיא מעניקה לעצמה ולשופטיה לכרסם לשם כך בחירותם של חברי הקהילה.¹⁸⁹ ככל שעולה מעמדם של ערכים ליברליים, כגון חירות הפרט, חופש החוים וכדומה, כך מצטמצם מרחב הפעולה של המשפט להתערב באוטונומיה של הצדדים לשם השגת יתר איזון והוגנות ביניהם. מכאן הצורך שתואר לעיל, הקיים בשיטות משפט כדוגמת המשפט הישראלי, להסוות את מעורבות בית המשפט בחירות הצדדים על-ידי שימוש בלבוש של מעשה הפרשנות.

186 עם זאת יש לזכור, כי לעתים ההבדל שבין שני המודלים עשוי לקבל ביטוי גם במישור התוצאתי. כך למשל אנו עשויים למצוא במקרה של זכות המעבר (לעיל, ליד ה"ש 77). פתרון המקרה באמצעות פירוש החוזה לאור עקרון תום הלב יוביל לתוצאה של הענקת זכות המעבר לבעל הבור. זכות המעבר תוענק לו כחלק מן החוזה, ללא כל תמורה נוספת. לעומת זאת, פתרון המקרה באמצעות כללים קוגנטיים של חובות תום לב יוביל לתוצאה של הענקת זכות המעבר לבעל הבור מעת לעת בלבד. כדי לקבל אותה דרך קבע יהיה עליו לשלם תמורתה מחיר שיוסכם בין הצדדים בתנאי משא ומתן הוגנים. ההבדל בתוצאות שבמקרה זה ברור: פירוש החוזה לפי עקרון תום הלב יעדיף את האינטרס של רוכש הבור על-פני האינטרס של המוכר. זאת, בעוד החלה של כללים קוגנטיים תחלק בין הקונה לבין המוכר את העלות הכלכלית של זכות המעבר, כשאף צד לא יצא וכל תאוותו בידו. מנקודת המבט של שיקולי הגינות, התוצאה האחרונה נראית אפוא עדיפה.

187 על כך עמד במדויק ובחדות השופט חשין, בדברים שכבר צוטטו לעיל (פרשת בית הכנסת רמת-חן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 304): "לאמיתם של דברים חרגו כללי הפרשנות מהיותם כללי פרשנות – במובנו הלגיטימי של המושג – וכי באחזם בקרדום הפרשנות פלשו בתי המשפט עמוקות – בלא אומר ובלא נשמע דברם – אל תחום המשפט המהותי. נציין ונדגיש, כי הביקורת אינה מפנה עצמה אל היעדים שבתי המשפט משווים נגד עיניהם, אלא אל הדרכים (קרי – הטכניקות) שבהן מהלכים הם לקראת אותם יעדים" (ההדגשות במקור – ב.פ.).

188 וראו לעיל, ה"ש 58.

189 לכך עשויה גם להתקשר שאלת מעמדו של השופט וחופש הפעולה הניתן לו, הן במערכת יחסיו עם המחוקק (ראו לעיל, ה"ש 6) הן במערכת יחסיו עם הצדדים הנידונים לפניו. על כך ראו גם זמיר "ברק דיני החוים", לעיל ה"ש 45.

הרחבה זו של יריעת המחלוקת בין השיטות עשויה לתרום לא רק להבנה טובה יותר שלהן, אלא גם לחדד את האלטרנטיבה שמציע בעניין זה המשפט העברי, על ההיבטים השונים העשויים להיגזר ממנו, שעליהם אעמוד בפרק הבא.

ה. פרשנות חוזה נטולת שיקולים ערכיים: חסרונות ויתרונות

לפנינו אפוא שתי אפשרויות עקרוניות להחדרתו של עקרון תום הלב אל תוך המארג החוזי: באמצעות כללים קוגנטיים או בדרך שילובו בשיקולי פירוש החוזה. כמובן שאין מדובר באפשרויות דיכוטומיות המוציאות זו את זו. יכול אדם לטעון לקידומו של עקרון תום הלב בשתי האפשרויות במקביל. אולם כדאי יהיה להשוותן זו לזו, ולבחון את יתרונותיהן ואת חסרונותיהן.

כפי שכבר ציינו לעיל, אחד היתרונות הבולטים של קידום עקרון תום הלב בדרך פירוש החוזה הינו בגמישות היחסית שהוא מקנה להתמודדות המשפט עם חוזים בלתי-הוגנים, באשר הפרשנות נחשבת לאמצעי משפטי אלסטי באופן יחסי. זאת בשונה מקידום עקרון תום הלב באמצעות כללים קוגנטיים מוגדרים, אשר עלול להיות נתון בסד של הגדרות משפטיות מדויקות, תוך קושי של השופט לפעול בדרך חופשית בשטחי ההפקר האפורים.

עוד בכוחו של השימוש במעשה הפרשנות להקל על שופט המבקש להסוות את המקום הדומיננטי שהוא מעניק לעקרון תום הלב. הפרשנות מטבעה נתפסת כמי שמתחקה אחר מובנו הנכון של החוזה שיצרו הצדדים עצמם, ובכך מוצנע לכאורה חלקו היצירתי של השופט ושל השקפותיו הערכיות. בסביבה משפטית המבקשת לייחד את ראש ההיררכיה לערכים מסוג החירות והאוטונומיה של הפרט ולעקרונות כדוגמת חופש החוזים וחופש ההתנאה, מתאימה המעטפת הפרשנית כדי לקדם באופן מוסווה את עקרון תום הלב.

מאפיין נוסף שניתן למצוא בגישה זו, אשר יש שאולי יראו בו יתרון, הוא יצירת מראית-עין של הצדדים לחוזה כבני אדם מהוגנים. באמצעות ההנחה הפרשנית כי הצדדים לחוזה תמי-לב זה עם זה, ניתן לטשטש ולהעלים באופן חלקי תופעות מכוערות בעולם החוזים, מצבי קיפוח וחוסר הוגנות. הדבר עשוי לתרום לתדמית מהוגנת יותר של השחקנים הפועלים בתחום זה. זאת בשונה משימוש בכללים קוגנטיים של חובות תום לב, אשר דוקא מדגיש ומעצים את הדימוי של שחקני עולם החוזים כמי שאינם פועלים על-פי עקרון תום הלב.

דומני, כי האלטרנטיבה העולה מתוך הסוגיות התלמודיות שראינו לעיל מחדדת את היתרונות הגלומים בגישה המתחרה: החלת עקרון תום הלב על הצדדים באופן קוגנטי ולא באמצעות פרשנות החוזה. יישום עקרון תום הלב בדרך של כללים קוגנטיים תורם

ליתר צפיות, ודאות ובטחון חוזיים. כאמור, אחת מן הטענות המרכזיות שהושמעו נגד פסק דין אפרופים היתה כי הוא מערער את יכולתם של הצדדים לחוזה, ושל צדדים שלישיים המבקשים להסתמך עליו, לצפות מראש מה תהיה המשמעות שתיתן לחוזה.¹⁹⁰ זאת בשל הגמישות הרבה האופיינית למעשה הפרשנות אשר צוינה לעיל. בשונה מכך, שמירת עקרון תום הלב מחוץ לזירה הפרשנית תורמת ליכולתם של הצדדים ושל שאר שחקני השוק לצפות באופן בהיר יותר כיצד יפורש החוזה על-ידי בית המשפט, ומה תהיה תוצאתו המשפטית לאור כללי תום הלב שיחיל בית המשפט על הצדדים לחוזה.

באופן מעט פרדוקסלי, דווקא תכונה זו של ודאות וצפיות עשויה להקשות עם צדדים המעוניינים להפר את עקרון תום הלב. ככל שמדובר בכללים קוגנטיים, ישנו מרחב פעולה צר יותר לצדדים כדי לנסות ולצאת מתחום שליטתו של עקרון תום הלב, אשר אינו תלוי בכוונת הצדדים ובנוסח הלשון שהם קבעו בחוזה. מנגד, ככל שעקרון זה מקודם באמצעים פרשניים, יש בידי צדדים המעוניינים שלא לנהוג זה בזה בתום לב כדי להחדיר אל תוך לשון החוזה ניסוחים שיבהירו את כוונותיהם האמיתיות, ויקשו על מלאכתם של שופטים שיבקשו לפרש את החוזה על-פי עקרון תום הלב.¹⁹¹

בצד היבטים פרקטיים אלה, יש לגישה זו יתרונות במישורים עקרוניים יותר, ולטעמי גם חשובים יותר. הפעלת עקרון תום הלב באמצעות כללים קוגנטיים נעשית בדרך גלויה ומוצהרת. למעשה, היא כרוכה במעין הצהרה פרוגרמטית של השיטה על מחויבות הפועלים במסגרתה לנהוג על-פי עקרון תום הלב. שיטה המבקשת להעמיד עקרון זה בחזית פעילותה ולהציב אתוס של חברה מהוגנת ותמת לב תעדיף לקדמו באמצעות כללים שיוויון לשם כך, ולא באמצעות מסווה של פעילות פרשנית סמויה של החוזה. מכאן גם נובע, כי גישה הבוחרת לקדם את עקרון תום הלב באמצעות כללים קוגנטיים ברורים אינה סובלת מפגם של חוסר יושר אינטלקטואלי, עליו הרחבנו לעיל.¹⁹²

דומני, כי כדאי גם יהיה לנסות ולדרג בין שתי הגישות על-פי מידת היותן נגועות במאפיינים של פטרנליזם.¹⁹³ אבקש לטעון כי באופן פרדוקסלי, דווקא הגישה התלמודית, המבחינה בין תחום פרשנות החוזה לבין תחום עקרון תום הלב, תורמת להפחתה ראויה

190 פרשת ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 33, פס' 6 לפסק הדין של המשנה לנשיא חשין: "חוזה כתוב וחתום – ככתבו וכלשונו – אינו עוד יכול להבטיח את זכויות הצדדים לו, שכן כיום עשוי בית משפט לפרשו כדרכו וכי כל תוצאה (כביכול) ניתנת להשגה באמצעות פרשנות".

191 ראו ניתוחה של גבריאלה שלו, לעיל ה"ש 50 ובטקסט הסמוך לה.

192 ראו לעיל, ליד ה"ש 51.

193 על הפטרנליזם ראו Gerald Dworkin, *Paternalism*, in PATERNALISM 19 (Rolf Sartorius ed., 1983); Gerald Dworkin, *Paternalism: Some Second Thoughts*, in PATERNALISM 105 (Rolf Sartorius ed. 1983); D. Scoccia, *Paternalism and Respect for Autonomy*, 100 ETHICS 318 (1990); JOHN KLEINIG, PATERNALISM (1984); DONALD VANDEVEER, PATERNALISTIC INTERVENTION (1986).

של הפטרנליזם במשפט.¹⁹⁴ הפטרנליזם במשפט הינו תופעה מוכרת, שפעמים רבות נחשבת הכרח בליגונה.¹⁹⁵ ברם, מקובל כי הפטרנליזם אינו חיובי כשלעצמו, וראוי להימנע ממנו שעה שישנן דרכים חלופיות, לא פטרנליסטיות, להשגת תוצאה דומה. הרצון להימנע ככל האפשר מפטרנליזם במשפט נובע מתפיסות המעלות על נס את חירות האדם, תבונתו והאוטונומיה הפרטית שלו.¹⁹⁶ כלפי מה אמורים הדברים? אמנם הפטרנליזם במובנו הרגיל אינו קשור לסוגיה שבה אנו דנים כאן, אולם דומני כי ישנו מובן אחר של פטרנליזם שאכן עשוי להתגלות כרלוונטי. מקובל להגדיר פטרנליזם כהתערבות בחירותו של אדם למען טובתו-הוא.¹⁹⁷ מובן זה אינו רלוונטי לסוגיה שלפנינו. הטלת החובה על אדם לנהוג בתום לב (אם בדרך של כלל קוגנטי ואם בדרך של פרשנות חוזה) אכן מהווה פגיעה בחירותו, אולם היא נעשית לטובת הצד שכנגד ולא לטובת עצמו.¹⁹⁸ אך ניתן גם לדבר על מובן אחר של פטרנליזם: השתלטות על זכותו של

194 על הפטרנליזם במשפט בכלל, ובדיני חוזים בפרט, ראו J. Feinberg, *Legal Paternalism*, 1 CANAD. J. PHIL. 105 (1971); David Luban, *Paternalism and the Legal Profession*, 1981 WIS. L. REV. 454 (1981); D. Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563 (1982); Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 YALE L.J. 763 (1983); D. L. Shapiro, *Courts, Legislatures and Paternalism*, 74 VIRG. L. REV. 519 (1988); זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 107-113; זמיר "הבסיס התיאורטי של חוק המכר (דירות)", לעיל ה"ש 46, בעמ' 505, ובמקורות המצוינים בה"ש 141; עופר גרוסקופף "פטרנליזם, תקנת הציבור, והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים" המשפט 11, 8-13, 64-75 (2001).

195 לסקירת הוראות בדין האזרחי בישראל המאופיינות כפטרנליסטיות ראו זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 110, ה"ש 277.

196 למשל, "פטרנליזם זה יפה הוא לכל אותן דוגמאות שעמדנו עליהן, שבהן המחוקק בחקיקתו ובית המשפט בפרשנותו חיפשו ומצאו את האיזון שבין חופש ההתקשרות לבין רמת הכשרות. אבל מהו הערך שיצדיק פטרנליזם של כפיית עקרון השוויון במכרז פרטי, שהצדדים אינם מבקשים אותו ולא ציפו לו? ... מי שם אותנו לצפות עבור הצדדים למכרז דבר שהם עצמם לא מצפים לו?" (המשנה לנשיא אלון, ד"נ בית יולס, לעיל ה"ש 120, בעמ' 470). ראו גם ע"א 294/91 חברת קדישא גחשא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 514 (1992).

197 ראו למשל, הגדרתו של דוורקין (לעיל ה"ש 193, בעמ' 20): "[T]he interference with a person's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests, or values of the person being coerced"

198 אלא אם נציב טיעון מורכב, לפיו התנהגות בתום לב פועלת גם לטובת האדם עצמו ולא רק לטובת זולתו. למשל, משום שבסיטואציה אחרת, כשהוא יהיה מועד להיפגע מהתנהגות שלא בתום לב, הוא עצמו ייצא נשכר מחובה זו. למעשה, טיעון זה הינו ורסיה של טיעון מסך הבערות של ג'ון רולס. ראו Hugh Collins, *Distributive Justice through Contracts*, 45(2) CURRENT LEGAL PROB. 49, 54

הזולת לבטא בעצמו את עולמו הפנימי. כלומר, ניסיון לייחס לזולת מחשבות, כוונות או רציות, שבפועל לא עלו על דעתו מעולם, כגון "אני יודע טוב ממך מה באמת הנך רוצה" או "אומר לך למה באמת כוונתך", אף הוא סוג של פעילות פטרנליסטית.¹⁹⁹ אם ניעזר בבחינה זו כדי לדרג את שתי הגישות לקידום עקרון תום הלב, דומני כי נמצא שהסוואת עקרון תום הלב באמצעים של פרשנות חוזה סובלת מבעיה של פטרנליזם, אשר אינה קיימת בגישה התלמודית הנגדית. כאשר בית המשפט מפרש את החוזה לפי עקרון תום הלב הוא מייחס לצדדים (באופן קונסטרוקטיבי) כוונות תמות לב, אף שככל הנראה אלה מעולם לא עלו על דעתם. בית המשפט מגדיר מחדש את מפגש הרצונות של הצדדים, ומספר להם "למה התכוונו באמת".²⁰⁰ מנגד, הבחנה בין המעשה הפרשני לבין חובת תום הלב משיגה תוצאה משפטית דומה בלא לשלם את המחיר הפטרנליסטי. היא אינה מייחסת לצדדים כוונות שלא עלו על דעתם, אלא מטילה עליהם חובות התנהגות, אף שבכוונתם לא היה לנהוג כך מלכתחילה.²⁰¹ במילים אחרות: היא מכבדת יותר את האוטונומיה של הצדדים להגדיר בעצמם את מפגש הרצונות שלהם, אף שהיא שומרת לעצמה את הזכות להורות להם לנהוג בפועל אחרת, לפי הנדרש מעקרון תום הלב. יטען הטוען, ובצדק, כי מדובר בעניין רטורי גרידא, אך סבורני כי גם אין להכחיש שלרטוריקה תפקיד חשוב בעיצובו של אתוס חברתי.

מכאן נגזר היבט חשוב נוסף ובו אחתום. המדיניות הפרשנית שנוקט התלמוד מאפשרת לו להביט על הצדדים באופן ריאליסטי ונוקב, שלא לומר מביך. טענת חכמים, כי "מוכר בעין רעה מוכר", על כל הקונוטציות השליליות שביטוי זה טעון בהן,²⁰² אינה מִיִּפּה את טבע האדם, אלא חושפת אותו במלוא מערומיו. נראה כי חכמים אינם מבקשים לטשטש את אופיים של הצדדים אלא תובעים מהם לשנות את התנהגותם. האם הכרה בממד ריאליסטי זה של הצדדים, ושל טבע האדם בכלל, אינה תנאי מוקדם והכרחי לתביעה שמעתה ואילך אכן ינהגו זה בזה ביתר תום לב?

(1992); זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 93. טיעון מסך הבערות מופיע בספרו המפורסם של רולס, A THEORY OF JUSTICE 136 (1971).

199 הדבר קרוב יותר לסוג הרך של הפטרנליזם (ראו למשל דוורקין, לעיל ה"ש 193, בעמ' 106). דוגמה קרובה (אך לא זהה) שבה דן דוורקין, היא זו של רופא שאינו מספר למטופל שלו את מלוא חומרת מצבו, וזאת לטובתו של המטופל עצמו.

200 ראו דברי השופט דנינג (לעיל, ליד ה"ש 47): "the true construction of the contract". אך ראו רשימתו של מנחם מאוטנר, הנזכרת לעיל, ה"ש 21, בעמ' 110.

201 זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 112, מבקש לטעון, כי פטרנליזם עשוי להתקיים לא רק בכללים קוגנטיים אלא גם בכללי פרשנות חוזה. מדרג זה נובע מהגדרתו, המקובלת, יש לומר, את הפטרנליזם כ"התערבות בחירותו של אדם במטרה לקדם את טובתו הוא" (שם, בעמ' 107). לפי המובן הנוסף שהצעתי כאן למונח פטרנליזם, יתכן כי הפטרנליזם מתקיים בכללי פרשנות חוזה בעוצמה גדולה יותר מאשר בכללים קוגנטיים אחרים.

202 ראו לעיל, ליד ה"ש 119-115.