

עוד על פירוש והשלמה של חוזים

מאת

איל זמיר*

זה כשני עשורים נטושה במשפט הישראלי מחלוקת חריפה בנושא פירוש חוזים. המאמר מנתח שתי התפתחויות מהעת האחרונה בנושא זה: פסיקתו של השופט יורם דנציגר והתיקון לחוק החוזים הכללי. בניגוד לתפיסות רווחות טוען המחבר שהפער בין עמדתו של השופט דנציגר לתורת הפרשנות התכליתית של השופט ברק, שאותה אימץ בית המשפט העליון, קטן ממה שאפשר להתרשם במבט ראשון, ובמידה רבה הוא משקף מחלוקת על רטוריקה שיפוטית ולא דווקא על הפרקטיקה השיפוטית. עוד הוא טוען שאין לצפות לשינוי המצב המשפטי בעקבות התיקון לחוק החוזים הכללי, בעיקר משום שהנוסח שהתקבל בסופו של דבר שונה מאוד מהנוסח המקורי שהציעו יוזמי התיקון, ובעיקרו של דבר הוא משמר את המחלוקת שהתקיימה לפניו. כמו כן דן המאמר בטיעון מרכזי של מתנגדי הלכת אפרופים והמצדדים בתורת השלבים: הטענה שתורת הפרשנות התכליתית פוגעת בוודאות המשפטית וביכולת לחזות את ההכרעה השיפוטית. הארות תאורטיות ותיקות וממצאים אקספרימנטליים ואמפיריים חדשים מלמדים שלטיעון זה אין בסיס מוצק. אחריית הדבר מנתחת את פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין המוסד לביטוח לאומי נ' סהר.

מבוא. א. שלושה מודלים של פירוש והשלמה. 1. תורת השלבים; 2. "הפירמידה ההפוכה"; 3. תורת הפרשנות התכליתית; ב. ארבעה יחסים אפשריים בין אמצעים ומטרות. 1. כללי; 2. אנטי-פורמליזם ואקטיביזם שיפוטי; 3. פורמליזם ואיפוק שיפוטי; 4. אנטי-פורמליזם ואיפוק שיפוטי; 5. פורמליזם ואקטיביזם שיפוטי; ג. עמדתו של השופט דנציגר. 1. השופט דנציגר ותורת השלבים; 2. השופט דנציגר ואקטיביזם שיפוטי; 3. השופט דנציגר ורטוריקה שיפוטית בדני חוזים; ד. תיקון מס' 2 לחוק החוזים הכללי. ה. תורת השלבים, פרשנות תכליתית וודאות משפטית. 1. כללי; 2. תאוריה; 3. ממצאים אקספרימנטליים ואמפיריים; 4. סיכום; ואחרית דבר.

* פרופסור מן המניין, מכהן בקתדרה למשפט מסחרי ע"ש אוגוסטו לוי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לבני פורת על הערותיו היפות לטיוטה מוקדמת של המאמר ולמיכאל כהן, לאורי כץ ולמירב פירט על עזרת מחקר מצוינת.

מבוא

זה כשני עשורים נטושה במשפט הישראלי מחלוקת חריפה בנושא פירוש חוזים. מקובל לומר שהעימות הוא בין "תורת השלבים" לבין "תורת הפרשנות התכליתית": עד כמה על הפרשן להיצמד לטקסט החוזי ובאיזו מידה מותר לו להסתמך על נסיבות שמחוץ לחוזה, כגון המשא ומתן שקדם לכריתה והתנהגות הצדדים אחרי הכריתה. לפי תורת השלבים, יש לפנות לנסיבות שמחוץ לחוזה רק אם אי אפשר לקבוע את משמעות החוזה מתוכו. לפי התורה התכליתית, על הפרשן להתחשב תמיד גם בנסיבות שמחוץ לטקסט החוזי. בפסק דין אפרופים ובדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות אימצו רוב שופטי בית המשפט העליון, בהנהגתו של הנשיא אהרן ברק, את תורת הפרשנות התכליתית.¹ בפסקי דין רבים מהשנים האחרונות ערער השופט יורם דנציגר על הלכות אלה וקרא לשינוי.² המחלוקת בנושא זה זכתה להד ציבורי שחרג ממעגל המשפטנים העוסקים בדיני חוזים.³

במשך שנים רבות הותירה הכנסת את המחלוקת לבתי המשפט, אך בשנת 2011 היא אמרה את דברה ותיקנה את חוק החוזים הכללי.⁴ בדברי ההסבר של הצעת החוק הפרטית בנושא זה נאמר שתכלית התיקון לקבוע "כללים פשוטים וברורים" לפרשנות החוזה,

- 1 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: עניין אפרופים); דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006) (להלן: דנ"א ארגון מגדלי ירקות).
- 2 ראו למשל ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ (פורסם בנבו, 28.1.2008) (להלן: עניין נורקייט); ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון – סוכנות לנכסים (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2008); בע"מ 4870/06 פלונית נ' עיזבוך פלוני (פורסם בנבו, 24.3.2008); רע"א 8613/08 איתן לוי מהנדסים ויועצים בע"מ נ' עיריית גבעתיים (פורסם בנבו, 23.3.2009); ע"א 3559/07 זקס נ' מפרק עמותת הקוטגים בשועפט (בפירוק) (פורסם בנבו, 7.7.2009); ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן (פורסם בנבו, 10.9.2009); ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.10.2009) (להלן: עניין אספן); ע"א 10849/07 פוארסה נ' פוארסה (פורסם בנבו, 12.11.2009); בע"מ 5141/09 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.1.2010); ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן (פורסם בנבו, 23.2.2010) (להלן: עניין בלמורל); רע"א 1452/10 מפעל הפיס בע"מ נ' טלמור (פורסם בנבו, 11.10.2010).
- 3 ראו למשל יובל יעזו "מאבק בעליון לגבי הפרשנות לחוזים: אליעזר ריבלין נגד יורם דנציגר" גלובס – דין וחשבון 24.2.2010 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000541988; אלה לוי-ויניריב "אהרון ברק ליוורם דנציגר: 'דבריך דברי הבל ואתה שולף מהמותן'" גלובס – דין וחשבון 1.6.2010 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000563661; עמית בן ארויה "עורכי הדין יורדים לאילת: אהרון ברק הביך את השופט דנציגר" *The Marker* 2.6.2010 www.themarker.com/law/1.559785.
- 4 חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א–2011, ס"ח 202.

כללים שיגבירו את הוודאות ויצמצמו את המחלוקות.⁵ מלבד דברי ההסבר הרשמיים נשמעו התבטאויות שלפיהן התיקון החדש נועד להפוך את הלכת אפרופים ולהשיב את עטרת תורת השלבים ליושנה.⁶

ברשימה זו אטען שאם זו הייתה מטרת התיקון, הרי שהנוסח שהתקבל אינו מגשים אותה. לפיכך המחלוקת המתוארת תמשיך ללוות אותנו גם בעתיד, ולכן יש עניין לבחון ולנתח את עמדתו של השופט דנציגר ואת היחס שבינה לבין העמדה הרווחת בבית המשפט העליון. טענותי המרכזיות בעניין זה תהיינה שמלבד המחלוקת הטכנית כפי שהוצגה לעיל ניצבת מחלוקת עמוקה וחשובה הרבה יותר, שעניינה אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים: כיצד יחולק הכוח בין הצדדים לבין בית המשפט. עוד אטען כי ייתכן מאוד שמאחורי המחלוקת על תורת השלבים ועל אקטיביזם שיפוטי מסתתרת מחלוקת שלישית, יסודית לא פחות, שעניינה האופן שבו ראוי לנמק הכרעות שיפוטיות. מאחר שבסוגיות שונות מפגין השופט דנציגר בפסיקתו גישה שיפוטית אקטיביסטית, ומאחר שקיימים פערים בולטים בין הרטוריקה לפרקטיקה השיפוטית שלו בנושא פירוש חוזים, ייתכן שעיקר המחלוקת בינו לבין הנשיא ברק היא דווקא על רטוריקה שיפוטית.

בכמה הזדמנויות בעבר דנתי בהיבטים שונים של פירוש והשלמה של חוזים. בין היתר נקטתי עמדה בשאלות מהי תורת הפרשנות העדיפה, איזו תורת פרשנות משקפת טוב יותר את הפרקטיקה השיפוטית, ומהו היחס הראוי בין פרקטיקה שיפוטית לרטוריקה שיפוטית.⁷ על כן הדגש ברשימה הנוכחית יהיה על שתי ההתפתחויות מהעת האחרונה: הגישה הפרשנית של השופט דנציגר והתיקון לחוק החוזים. עם זאת, מאחר שכדי להבין את שתי ההתפתחויות הללו יש לרדת לשורשי המחלוקת בין תורת השלבים לבין תורת הפרשנות התכליתית, אפתח בהצגת המחלוקת (או המחלוקות) בנושא זה תוך הצגת מודל שלישית של פירוש חוזים והשלמתם – "הפירמידה ההפוכה" – וחידוד היחס בין המודלים השונים. כמו כן אדון בטענה מרכזית של יוזמי התיקון לחוק ושל אחרים

5 הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), התש"ע-2010, ה"ח 198.
6 ראו למשל טל רוזנר "הצעת חוק: לבטל את הלכת אפרופים בעניין פרשנות חוזים" גלובס – דין וחשבון 13.1.2011 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000615094; שלמה פיטרקובסקי "הכנסת נגד אהרון ברק" ערוץ 7 – חדשות – משפט ופילילים 5.1.2011 www.inn.co.il/News/5.1.2011.
7 www.inn.co.il/News/5.1.2011.

7 איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים (1996) (להלן: זמיר פירוש והשלמה); Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, 97 COLUM. L. REV. (1997) 1710; איל זמיר "מגמות בפרשנות חוזים – אשר נ' בירנבאום" משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו 95 (דפנה ברק-ארוז עורכת, 1999) (להלן: זמיר "מגמות"); איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרון ברק 343, 385–387, 399–409 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009) (להלן: זמיר "אקטיביזם ואיפוק").

שביקרו את הלכת אפרופים, שבהשוואה לתורת השלבים תורת הפרשנות התכליתית פוגעת בוודאות המשפטית. בהקשר זה אבקש להציב סימן שאלה על ההנחה הרווחת שתורת השלבים מגבירה את הוודאות המשפטית, כלומר את היכולת לחזות מראש את ההכרעה השיפוטית בנושא פירוש חוזים.

רשימה זו מתחלקת לשישה חלקים. בחלקים א ו-ב להלן אנתח בקצרה את המחלוקת בנושא פירוש חוזים כפי שהתגלעה בפסיקה ובספרות המשפטית בישראל עד לפסיקה מהעת האחרונה של השופט דנציגר והתיקון לחוק החוזים. על רקע ניתוח זה יבחן חלק ג את גישתו הפרשנית של השופט דנציגר אל מול תורת הפרשנות התכליתית שאימץ בית המשפט העליון. חלק ד יעריך את משמעותו ותוצאותיו של התיקון לחוק החוזים. חלק ה יבחן את ההנחה הרווחת שלפיה יתרון בולט של תורת השלבים לעומת תורת הפרשנות התכליתית הוא שהראשונה מגבירה את הוודאות והביטחון המשפטיים. החלק האחרון יכלול סיכום ואחרית דבר, שתתייחס לפסק דין סהר, שניתן אחרי קבלתו של מאמר זה לפרסום.⁸

א. שלושה מודלים של פירוש והשלמה

בחלק זה אציג שלושה מודלים אפשריים של פירוש והשלמה של חוזים – תורת השלבים, "הפירמידה ההפוכה" ותורת הפרשנות התכליתית – ואעמוד על היחס ביניהם. הצגה זו תשמש בסיס להמשך הדיון.

1. תורת השלבים

לפי התפיסה המסורתית, שבאה לידי ביטוי גם בניסוחם המקורי של סעיפים 25 ו-26 לחוק החוזים הכללי,⁹ תכליתו של ההליך הפרשני להתחקות על כוונתם המשותפת של הצדדים כדי לתת לה תוקף משפטי מחייב. ההנחה היא שלשונם של הצדדים, במיוחד אם הועלתה על הכתב, היא הביטוי האמין ביותר לכוונותיהם. על כן אם לשון החוזה ברורה, אין מקום לבחינה נוספת של הנסיבות שמעבר ללשון. בהיעדר תשובה ישירה לשאלה כלשהי בסעיף מסעיפי החוזה, יש לפרש את הכוונה המשתמעת ממכלול הוראותיו של החוזה, ואם גם אז נותרת אי-בהירות, אפשר וראוי לבחון את הנסיבות האופפות את ההתקשרות. אם עדיין נותר פער בהסכמת הצדדים, על הפרשן להסתייע בנוהג שהתגבש בין אותם צדדים בהתקשרויות קודמות. בהיעדר התקשרויות כאלה או בהיעדר אפשרות

8 רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ (פורסם בנוב, 26.2.2012) (להלן: עניין סהר).

9 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים הכללי).

להסיק מהן מה הייתה כוונת הצדדים, אפשר לפנות לנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג. בהיעדר נוהג כזה יש לפנות להוראות השלמה החקוקות או ההלכתיות כדיני החוזים המיוחדים ואחר כך כדינים הכלליים. בסוף כל הסופות אפשר לפנות לעקרון תום הלב, וזאת על יסוד ההנחה שהצדדים התכוונו לנהוג זה עם זה בסבירות, בהגינות, בדרך מקובלת ובתום לב.¹⁰

לפי התפיסה המסורתית, קיימת הייררכייה ברורה בין המקורות השונים שמהם ניזון הליך הפירוש וההשלמה, בשני מובנים מצטברים: ראשית, מבחינה הליכית, אין לפנות כלל למקור פלוני אם נמצאה תשובה לשאלה הפרשנית במקורות הסמוכים יותר לראש ההייררכייה. למשל, אם יש תשובה בלשונו של החוזה אין לפנות לנסיבות עריכתו, ואם יש תשובה בנוהג אין להיזקק להוראות השלמה חקוקות. שנית, מבחינה מהותית, במקרה של סתירה בין מקורות שונים, כמו בין לשון החוזה לנוהג בעסקאות קודמות או בין הנוהג להוראות השלמה חקוקות, המקור הקרוב יותר לראש ההייררכייה גובר. לדוגמה, אם במסמך החוזה נאמר שעל התשלום להיעשות תוך שבוע מקבלת הממכר, על הקונה לשלם את המחיר תוך שבוע גם אם בעסקאות קודמות בין אותם צדדים הסכים המוכר לקבל את התשלום כעבור שבועיים, בהתעלם מלשון החוזה שדרשה תשלום בתוך שבוע. תורת הפרשנות המסורתית, היא תורת השלבים (או שתורת השלבים היא חלק ממנה), מבוססת על עקרון חופש החוזים. היא משקפת תאוריה ליברלית ואינדיווידואליסטית, שלפיה יסוד החוזה הוא רצונם של הצדדים. היא מתיישבת עם תפיסה כלכלית המניחה שהצדדים יודעים טוב מכל אדם אחר – או לפחות טוב מבית המשפט – מהם ההסדרים שישארו את רווחתם. היא מייחסת לפרשן תפקיד צנוע של התחקות על רצון הצדדים – האקטואלי, המשתמע או המיוחס – ומתן תוקף לרצון זה. אמנם גם לפי תפיסה זו, הליך הפירוש וההשלמה הולך ומתרחק בהדרגה מבירור עובדתי של הכוונה האקטואלית, הסובייקטיבית והפרטית של הצדדים אל עבר קביעה נורמטיבית, אובייקטיבית וציבורית של תוכן החוזה; אולם התרחקות הדרגתית זו כפויה על הפרשן. הפרשן נאלץ להסתפק בכוונה המשתמעת או המיוחסת משום שלא עלה בידו לחשוף את הכוונה האקטואלית המשותפת של הצדדים. גם כאשר הפרשן נאלץ להפעיל סטנדרטים של סבירות ותום לב, אין הוא עושה כן אלא משום ההנחה שהצדדים לחוזה הם אנשים סבירים ותמי לב, ולכן ההסתייעות בסטנדרטים אלה מבטאת מן הסתם את כוונתם, וזאת בהיעדר בסיס קרוב ומוצק יותר לקביעת התוכן של הסכמותיהם.

2. "הפירמידה ההפוכה"

יש יסוד מוצק לסברה שגם במקומות ובתקופות שבהן שלטה תורת הפרשנות המסורתית בכיפה, היא שיקפה את הרטוריקה השיפוטית אך לא דווקא את הפרקטיקה השיפוטית.

10 ראו ביתר פירוט זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 15–19.

עיון קרוב בכללים ובדוקטרינות חוזיים רבים, כמו גם קריאה מדוקדקת של פסקי דין שבהם ניכר פער בין מה שבית המשפט עשה לבין מה שאמר שהוא עושה, מראים שמאחורי הרטוריקה של תורת השלבים בגרסה זו או אחרת, בתי המשפט שאפו – ועל פי רוב הצליחו – לייחס לחוזים משמעות הוגנת, מאוזנת וסבירה. למעשה, אף אחד משני המובנים של ההייררכייה המסורתית לא התקיים במציאות. מבחינת סדר הפנייה למקורות השונים, במקרים רבים מאוד פנה בית המשפט למקורות רבים בבת אחת, או אף התחיל את הבירור מהסוף: מעקרונות של הגינות, איזון וסבירות. מבחינת הקדימות המהותית של המקורות, בתי המשפט השתמשו באין ספור דוקטרינות וכללים משפטיים שבאמצעותם יכלו לקרב ולדמות את ההסכמה המשתמעת מהטקסט החוזי עצמו לכוונה של הצדדים כפי שהשתמעה ממכלול הנסיבות, את דעתם של הצדדים למה שנהוג ומקובל בחוזים מאותו סוג, ואת כל המקורות הללו לכללי ההשלמה שבחוקי החוזים ולנורמות כלליות של הקצאת סיכונים ועלויות הוגנת ושל התנהגות בסבירות, בדרך מקובלת ובתום לב. בתי המשפט עשו זאת באמצעות כלל הפירוש נגד המנסח, כלל הפירוש המקיים, הכפפת הפירוש לעקרון תום הלב, ההנחה שהצדדים התכוונו לתת לחוזה שביניהם משמעות סבירה העולה בקנה אחד עם ההיגיון הכלכלי של העסקה, פרשנות מגמתית, הטלת נטל השכנוע על הצד הטוען לסטייה מהדין הדיספוזיטיבי, מהנהוג הכללי או מהנהוג שהתגבש בין הצדדים בהתקשרויות קודמות וכיוצא בזה.¹¹ זאת ועוד, בתי המשפט השתמשו במגוון רחב של דרכים – ישירות ועקיפות, גלויות וסמויות – כדי לאיין את תוקפן של הסכמות שאינן תואמות את הדינים ואת הנהוג, ובכך להפוך את האחרונים למעין דינים קוגנטיים. בין אלה אפשר להזכיר במשפטנו את חוק החוזים האחידים, תקנת הציבור, דיני כריתת החוזה, דיני הפגמים בכריתה, שלילת ההסתמכות על תניות מכוח עקרון תום הלב, הקפדה על דרישות צורניות במקרים שבהם נדרשת עמידה בהן כדי להתנות על הדין הדיספוזיטיבי, ואפילו שימוש בסייגים לקבלת תרופות בשל הפרת חוזה.¹²

פרקטיקה שיפוטית זו, שאותה כינתי "הפירמידה ההפוכה" של פירוש והשלמה, ניתנת להצדקה על סמך תאוריית הרצון של דיני חוזים, בנימוק שמכלול הנסיבות והנורמות האופפות את ההתקשרות עשויות לשקף את הרצון האקטואלי של הצדדים טוב מלשונו של החוזה. אפשר להצדיקה גם על סמך שיקולי יעילות כלכלית: נוסף על הנימוק הנזכר בדבר רצון הצדדים, הפירמידה ההפוכה יכולה להיחשב רגולציה מתונה של שווקים שאינם משוכללים ואמצעי להתמודד עם בעיות של רציונליות מוגבלת של המתקשרים. לבסוף, הפירמידה ההפוכה מתיישבת עם תאוריות חברתיות של דיני חוזים

11 ראו ביתר פירוט שם, בעמ' 21–37. ראו גם Zamir, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1719–1738 (ניתוח של אותה תופעה במשפט האמריקאי).

12 ראו בפירוט זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 38–59. ראו גם Zamir, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1738–1751 (ניתוח של אותה תופעה במשפט האמריקאי).

המעלות על נס ערכים של הוגנות, איזון או אף חלוקה מחדש של כוח בין הצדדים – תאוריות המדגישות את הפן הציבורי של דיני החוזים על חשבון הפן הפרטי שלהם.¹³ הפירמידה ההפוכה אף תואמת היבטים רבים של התנהגות הצדדים וציפיותיהם למעשה: אף על פי שלכאורה המתקשרים חופשיים לגמרי לסטות מהדין הדיספוזיטיבי ומהנהגה הכללית, למעשה אין הם מרבים לעשות כן.¹⁴

לא זו בלבד שהפרקטיקה השיפוטית המתוארת ניתנת להצדקה, אלא שגם הפער בינה לבין הרטוריקה השיפוטית של תורת הפרשנות המסורתית עשוי לשרת מטרות חשובות. בין היתר הרטוריקה עשויה להמריץ עורכי חוזים לעשות מאמץ שהמסמך הכתוב ישקף באורח נאמן ככל האפשר את כוונותיהם המשותפות ומצניעה את תפקידו האקטיבי של בית המשפט בקביעת תוכנו של החוזה, כמתחייב מעקרון חופש החוזים.¹⁵

3. תורת הפרשנות התכליתית

מקובל לומר שפסק דין אפרופים הוא ציון דרך המסמן את המעבר מתורת הפרשנות המסורתית לתורת הפרשנות התכליתית במשפט הישראלי.¹⁶ תורת הפרשנות שהציג השופט ברק בפסק דין זה נגזרת מתורת הפרשנות הכללית שלו, שאותה הציג ושכלל בכמה וכמה ספרים, פסקי דין ומאמרים.¹⁷ בעניין אפרופים כתב השופט ברק פסק דין מלומד ופולמוסי, שבו מתח ביקורת נוקבת על תורת השלבים. הוא הצביע על קשייה, חוליה ופרכותיה. הוא עמד על כך שעצם קו הגבול בין פירוש החוזה מתוכו לבין פירוש לפי הנסיבות מטושטש למדי. הוא הצביע על כך שתורת השלבים אינה מתייחסת ברצינות לאומד דעת הצדדים, אינה משתלבת בדיני החוזים הכלליים ואינה עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב. הוא הסביר שתורת השלבים מבוססת על תפיסה פרשנית שעבר זמנה וטען שהיא אינה מתבקשת מלשון החוק. אחר כך הוא עבר לתיאור תמציתי של תורת הפרשנות התכליתית ויישומה בפירוש חוזים. בהקשר זה הבחין ברק בין התכלית הסובייקטיבית של החוזה – "המטרות, האינטרסים והתכליות אשר הצדדים גמרו בלבם

13 ראו ביתר פירוט זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 79–129, Zamir; לעיל ה"ש 7, בעמ' 1768–1802.

14 ראו זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 61–78, Zamir; לעיל ה"ש 7, בעמ' 1753–1768.

15 ראו זמיר "אקטיביזם ואיפוק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 381–409, ובמיוחד בעמ' 404–406.

16 ראו למשל דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36–37; גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 400 (2005) (להלן: שלו דיני חוזים); ישראל ציגנלאוב "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים" הפרקליט נ 261, 269, 275–292 (2008).

17 ראו באופן כללי אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית (1992) (להלן: ברק תורת הפרשנות); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה (2001) (להלן: ברק פרשנות החוזה); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003) (להלן: ברק פרשנות תכליתית).

ונתנו לכך ביטוי חיצוני בהתנהגותם" – לתכלית האובייקטיבית שלו – "המטרות, האינטרסים והתכליות שחווה מהסוג או מהטיפוס של החווה שנכרת נועד להגשים"¹⁸. התכלית האובייקטיבית כוללת שיקולים נורמטיביים של יעילות, הגינות, סבירות וכדומה. במקרה של סתירה בין השתיים גוברת התכלית הסובייקטיבית, אך אם אי אפשר להתחקות על התכלית הסובייקטיבית, משום שלא הייתה הסכמה סובייקטיבית על נקודה כלשהי או שהסכמה זו אינה ניתנת לגילוי או להוכחה בשלב ההתדיינות – כפי שהדבר במקרים רבים מאוד – יפורש החווה לפי תכליתו האובייקטיבית. תורת השלבים – ודחייתה של תורה זו – עוסקות בחשיפת התכלית הסובייקטיבית של החווה. פסק דין אפרופים עסק גם בשאלות כמו אם אפשר להגשים תכלית שלשון החווה אינה סובלת, מהו היחס בין "פרשנות במובן הצר" ל"פרשנות במובן הרחב", ומה היקף סמכותו של השופט לתקן טעויות סופר או אף לשנות את לשון החווה.

לכאורה, תורת הפרשנות התכליתית של ברק נמצאת בתווך בין תורת השלבים לבין הפירמידה ההפוכה. כמסבר לעיל, לפי התפיסה המסורתית קיימת הייררכייה בין השלבים השונים בשני מובנים מצטברים: אין פונים לשלב הבא בהליך הפירוש וההשלמה של החווה אם נמצאה תשובה בשלב מוקדם, ובמקרה של סתירה בין השלבים גובר השלב הקרוב יותר לכוונת הצדדים על השלבים המתרחקים ממנה. בפרקטיקה השיפוטית – כך טענתי – ככל שקיימת הייררכייה בין השלבים, הרי היא הפוכה: בתי המשפט מתחשבים במכלול המקורות לקביעת תוכנו של החווה, וככל שהדבר אפשרי הם שואפים להגיע לתוצאות צודקות, הוגנות וסבירות. מודל הביניים שבו דוגל השופט ברק ושואמץ בפסיקה של בית המשפט העליון דוחה את ההייררכייה במובן ההליכי של איסור לפנות לכמה מקורות בעת ובעונה אחת, אך לפי פשוטו עודנו מחויב להייררכייה במובן המהותי של אופן ההכרעה בין המקורות במקרה של סתירה. כמו המודל המסורתי, אף מודל זה מציג את הליך הפירוש וההשלמה כמכוון לחשוף את ההסכמה האקטואלית של הצדדים, הגוברת על ערכים ציבוריים. ההתרחקות ההדרגתית מהכוונה האקטואלית והפנייה למקורות המבטאים יותר ויותר ערכים ציבוריים מוצדקת מטעם פרגמטי גרידא: בהיעדר הסכמה אקטואלית של הצדדים על היבט כלשהו של ההתקשרות, ובכל המקרים שבהם הצדדים מתקשים להוכיח מה הייתה אותה הסכמה, נאלץ בית המשפט לפנות לתכלית האובייקטיבית של החווה, הכוללת ערכים של סבירות והוגנות.¹⁹ במילים

18 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 312–313.

19 ראו למשל ברק פרשנות החווה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 540–541 ("יש המדגישים את התכלית הסובייקטיבית, ורואים בה חזות הכול. יש השמים מבטחם בתכלית האובייקטיבית, ורואים בה חזות הכול. לדעתי, שתי התכליות הן חשובות, ואין האחת באה במקום השנייה. מן הבחינה התאורטית, ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה. היא 'החשובה יותר'. מן הבחינה המעשית, ידה של התכלית האובייקטיבית על העליונה. הטעם לכך הוא פרגמטי, והוא זה: בדרך כלל יקשה על בית המשפט למצוא כוונה שהיא משותפת לשני הצדדים [...] בית המשפט ניצב בפני סכסוך בין הצדדים

אחרות, מודל הביניים סוטה מהמודל המסורתי מבחינת האמצעים המשמשים לפירוש החוזה ולהשלמתו, אך לא מבחינת המטרה הבסיסית של ההליך – התחקות על כוונת הצדדים. מבחינה זו תורת הפרשנות התכליתית של ברק מתיישבת עם תפיסות ליברליות של דיני החוזים.

בקשה לדיון נוסף על הלכת אפרופים נדחתה.²⁰ בשנים שחלפו מאז פסק הדין, בית המשפט העליון ובעקבותיו שאר הערכאות אימצו ויישמו את תורת הפרשנות התכליתית באין ספור התדייגויות ובמגוון רחב של הקשרים, לרבות חוזי ביטוח²¹ וחוזים אחידים אחרים,²² חוזי הפצה,²³ חוזי שמירת נכסים,²⁴ חוזי שכירות,²⁵ חוזי הלוואה,²⁶ תכניות חיסכון,²⁷ חוזים בנקאיים,²⁸ הסכמי שכר טרחה של עורכי דין,²⁹ הסכמי פשרה וכתבי

[...] כל צד טוען לפירוש הנוח לו. כל צד מבקש להוכיח 'כוונה' התואמת את צרכיו. מכיוון שהצדדים נוגדים זה את זה, כוונה משותפת אינה בנמצא. במצב דברים זה, אין מנוס מפנייה לתכלית האובייקטיבית" (ההדגשות הוספו – א"ז); דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15–16 (שם כותב השופט אליעזר ריבלין: "במקרים בהם לא ניתן, בשום אופן, לברר את התכלית הסובייקטיבית, לא נותר לבית המשפט מנוס מלפנות לתכלית האובייקטיבית של החוזה [...] גם אם יקשה על בית המשפט לאתר את הכוונה המשותפת לשני הצדדים, הוא יעשה כל שביכולתו כדי לעשות כן [...] הבחינה האובייקטיבית תעשה רק כאשר איתור כוונתם המשותפת הסובייקטיבית של הצדדים אינו אפשרי").

- 20 דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.7.1995).
- 21 ראו למשל רע"א 5438/95 דוד רוזנוסר בע"מ נ' Lloyds underwriters, פ"ד נא(5) 855, 866 (1998); ע"א 300/97 חסון נ' שמשון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נב(5) 746 (1999); ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש (פורסם בנבו, 25.6.2007). ראו גם ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221, 227–231 (1993) (יישום תורת הפרשנות התכליתית בפסק דין שקדם לפסק דין אפרופים); שחר ולר חוק חוזה הביטוח, תשמ"א–1981 כרך ראשון 140–142, 150–151 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של גד טדסקי, איל זמיר, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, 2005).
- 22 ראו למשל רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 157–163 (1998) (להלן: עניין עיזבון מילגרום).
- 23 ראו למשל ע"א 2850/99 בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ, פ"ד נד(4) 849, 862–863 (2000).
- 24 ראו למשל רע"א 8060/95 הנהלת בתי המשפט, משרד המשפטים נ' אב חן אחסנה בע"מ, פ"ד נד(1) 357 (2000).
- 25 ראו, למשל, ע"א 6745/95 חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ נ' פסל בע"מ, פ"ד נב(5) 542 (1998); ע"א 9236/03 ברוך מקל בע"מ נ' צח השקעות בע"מ, פ"ד נט(2) 268 (2004).
- 26 ראו למשל רע"א 10860/05 דונר נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 26.6.2007).
- 27 ראו למשל דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמוץ, פ"ד נו(5) 643 (2002).
- 28 ראו למשל ע"א 898/03 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נט(3) 266 (2004); ע"א 6055/04 לנדאו נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.2006); ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש (פורסם בנבו, 7.12.2009).

ויתור,³⁰ הסכמי פיתוח,³¹ חוזים מנהליים אחרים³² והתחייבויות שלטוניות,³³ יחסי ממון בין בני זוג,³⁴ הסכמי חלוקת עיזבון,³⁵ חוזי נאמנות,³⁶ שטרי חכירה,³⁷ הסכמים בין בעלי דירות בבית משותף³⁸ ובין בעלי זכויות אחרות במקרקעין,³⁹ עסקאות קומבינציה,⁴⁰ הסכמי עבודה קיבוציים⁴¹ וסיווג חוזים.⁴² בד בבד נמתחה על ההלכה ביקורת נוקבת, בין היתר בנימוק שהיא פוגעת בוודאות המשפטית.⁴³ נוכח ביקורת זו נדונה ההלכה מחדש

- 29 ראו למשל ע"א 9610/01 מול הים (1978) בע"מ נ' שגב, פ"ד נח(4) 106 (2004); ע"א 4849/06 קפלנסקי נ' מגורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 25.2.2008).
- 30 ראו למשל ע"א 9803/01 תחנת שירות ר"ג בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ, פ"ד נח(3) 105 (2004); ע"א 9207/04 כמיסה נ' גרטלר (פורסם בנבו, 14.8.2008); בע"מ 2514/07 הר לב נ' בן לולו (פורסם בנבו, 19.1.2010).
- 31 ראו למשל ע"א 5492/04 מצלאוי חברה לבנין בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל – מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 7.5.2006); ע"א 11371/05 המועצה האזורית באר טוביה נ' ישפרו – חברה ישראלית להשכרת מבנים בע"מ (פורסם בנבו, 20.2.2008).
- 32 ראו למשל ע"א 6518/98 הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28 (2001); ע"מ 5949/04 טקסי המרכז בע"מ נ' השרון שרות טקסי בע"מ (פורסם בנבו, 28.11.2005).
- 33 ראו למשל ע"א 5483/02 שיכון עובדים בע"מ נ' עיריית חולון (פורסם בנבו, 19.1.2004).
- 34 ראו למשל דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 602, 573 (1996).
- 35 ראו למשל ע"א 6253/03 כפר מל"ל, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית נ' הרמן (פורסם בנבו, 27.6.2005).
- 36 ראו למשל ע"א 4033/07 נחמד נ' בן ארי (פורסם בנבו, 13.11.2008).
- 37 ראו למשל ע"א 10112/03 פת נ' קטלן אסן (פורסם בנבו, 4.10.2009).
- 38 ראו למשל ע"א 8239/06 אברון נ' פלדה (פורסם בנבו, 21.12.2008).
- 39 ראו למשל ע"א 6701/00 קאלש מרדכי חברה לבנין בע"מ נ' אבנר, פ"ד נו(5) 799 (2002); ע"א 7765/02 מינהל מקרקעי ישראל נ' נוף הכינרת בינוי ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 8.9.2003).
- 40 ראו למשל ע"א 2568/98 פטר נ' חממי, פ"ד נו(4) 796 (2003).
- 41 ראו למשל עס"ק (ארצי) 26/99 ארגון הכבאים המקצועיים בישראל – איגוד ערים, איזור חיפה (שירותי כבאות), פד"ע לח 289 (2002).
- 42 ראו למשל ע"א 9225/01 זיימן נ' קומרן (פורסם בנבו, 13.12.2006) (סיווג חוזה כשליחות או כנאמנות).
- 43 ראו למשל דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 483 (2003) (להלן: פרידמן "המונח פרשנות"); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 231–257 (2003); שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 16, בעמ' 404–411; מיגל דויטש "דיני חוזים: סקירה והתפתחות" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 167, 176–180 (אריאל רוזן צבי עורך, 1997) (להלן: מיגל דויטש "סקירה והתפתחות"); סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי דיני חוזים" מאזני משפט ו 21, 50–55 (2007); צינגלאוב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 306–307; גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" ספר מישאל חשין 645, 661 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009) (להלן: שלו "שליטי החוזה"); מערכת משפט ועסקים "מגמות חדשות בפרשנות חוזים?" משפט ועסקים יא 431, 434 (2009).

בהרכב מורחב של בית המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת ארגון מגדלי ירקות.⁴⁴ בסופו של דבר, איש משופטי הדיון הנוסף לא סבר שראוי לשוב ולאמץ את תורת השלבים, אך מקצת השופטים הדגישו שבפירוש החוזה יש לתת מעמד בכורה לטקסט הכתוב לעומת מקורות אחרים שמהם נלמדת התכלית הסובייקטיבית של החוזה, וכי יש להיזהר לבל ייראה בית המשפט כמי שנוטל חלק פעיל בעיצוב החוזה, תוך פגיעה באוטונומיה של הצדדים.⁴⁵

אילו אכן התמצתה סטיית של הלכת אפרופים מתורת השלבים בשאלה הטכנית – מהם האמצעים האפקטיביים ביותר להתחקות על כוונת הצדדים – אין להניח שהיא הייתה מעוררת את הפולמוס שעוררה. הסערה שחולל פסק הדין לא נבעה מנקודה טכנית זו, אלא בין היתר מההכרה של ציבור המשפטנים כי מאחורי ההנמקה ה"פרגמטית" מסתתרת תפיסה מהותית באשר לחלוקת הכוח בין הצדדים לבין מערכת המשפט ובית המשפט. כמו בסוגיות אחרות שבהן עסק השופט ברק, גם בסוגיה של פירוש והשלמה שינתה פסיקתו את חלוקת הכוח בין הצדדים לבין בית המשפט (או – אם נכונה התזה בדבר הפירמידה ההפוכה – חשפה את המצב שבעיקרו של דבר התקיים בפרקטיקה השיפוטית כבר קודם לכן). התכלית האובייקטיבית גוברת על התכלית הסובייקטיבית לא רק – ואפילו לא בעיקר – בשל הקושי המעשי לחשוף את הרצון הסובייקטיבי של הצדדים. התכלית האובייקטיבית כה חשובה משום שתפקידם של המשפטן ושל בית המשפט לקדם ערכים של הוגנות, סבירות, צדק והתחשבות הדדית (הגלומים כולם בתכלית האובייקטיבית של החוזה), ולעומת זאת הגשמת הרצון של הצדדים – ככל שהוא ניתן לקביעה – חשובה פחות.⁴⁶

ב. ארבעה יחסים אפשריים בין אמצעים ומטרות

1. כללי

מן הניתוח של שלושת המודלים של פירוש והשלמה עולה שהעיונות בין תורת השלבים לתורת הפרשנות התכליתית איננו מבטא מחלוקת אחת אלא שתיים (ובהמשך אטען

44 דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1.

45 שם, בעמ' 29 (השופט ריבלין), 40–37, 53–45, 57–55, 72–71 (המשנה לנשיא (בדימוס) חשין), 92–91 (השופט גרוניס).

46 ראו גם זמיר "אקטיביזם ואיפוק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 347–348; סיני דויטש, לעיל ה"ש 43; צינגלאוב, לעיל ה"ש 16. רמזים לתפיסה המהותית המסתתרת מאחורי הנימוקים הפרגמטיים מצויים בכתבתו האקדמית של ברק. ראו למשל ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 60–65 (דחיית התפיסה הפשטנית שלפיה בית המשפט לא יעשה בשביל הצדדים חוזה שהם לא עשו), 208–206 (הצגה אוהדת מאוד של מודל הפירמידה ההפוכה של פירוש והשלמה).

שברקע הדברים עומדת מחלוקת שלישית). המחלוקת הראשונה, הטכנית, עניינה בשאלה אם בפירוש החוזה על הפרשן להסתייע בנסיבות שמחוץ לחוזה מלכתחילה או שמא מותר לו להסתייע בהן רק אם לשון החוזה משתמעת לשתי פנים. המחלוקת השנייה, המהותית, עניינה בשאלה מהם התכליות או הערכים המרכזיים שצריכים להנחות את הפרשן: כיבוד רצונם של הצדדים, ככל שהוא ניתן לביור, או שמא גם קידום של ערכים חברתיים של סבירות, הוגנות וכדומה. בעניין ארגון מגדלי ירקות הבחין השופט חשין בין הלכת אפרופים עצמה, שעניינה הסוגיה הראשונה, לבין ה"רוח שהחלה מנשבת מההלכה", שעניינה הסוגיה השנייה.⁴⁷ המחלוקת הראשונה עוסקת באמצעים והשנייה במטרות.

דומני שלפחות במשפט הישראלי ולפחות מאז שניתן פסק דין אפרופים ועד להתפתחויות שיידונו להלן (פסיקתו של השופט דנציגר והתיקון לחוק החוזים), שררה הסכמה רחבה למדי שתורת השלבים במובן הטכני שלה אכן אינה עומדת בפני הביקורת. גם מי שמתחו ביקורת או הביעו הסתייגות מהלכת אפרופים, כמו דניאל פרידמן, מנחם מאוטנר, מיגל דויטש והשופט מישאל חשין, לא חלקו על עצם הדחייה של תורת השלבים.⁴⁸ ככל שמדובר בשאלת האמצעים, הביקורת הייתה ביקורת של ניואנסים יותר משהייתה ביקורת עקרונית. היא קראה לדבוק ביתר שאת בהנחה שלשון החוזה – פשוטה כמשמעה. הביקורת קראה לתת משקל רב ללשון החוזה לעומת נסיבות חיצוניות, להחמיר את התנאים שבהם יתיר בית המשפט להביא ראיות חיצוניות להוכחת כוונה שאינה עולה מפשוטה של הלשון החוזית וכדומה.⁴⁹ הביקורת לא קראה לאמץ כלל פורמליסטי שלפיו אם לשון החוזה ברורה, אסור לפרשן להתחשב בנסיבות שמחוץ לטקסט הכתוב. ואכן, כפי שמלמד הניתוח הביקורתי של תורת השלבים בפסק דין אפרופים, וכפי שהראיתי במקום אחר, תורת השלבים במובן הטכני אינה עומדת בפני הביקורת. בין שתכליתו היחידה של הפרשן היא להתחקות על כוונת הצדדים ובין שתכליתו להגשים גם ערכים אחרים, כגון התחשבות הדדית, שקילות, יעילות כלכלית

47 דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37.

48 ראו למשל פרידמן "המונח פרשנות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 488 ("בפתח הדברים אציין כי מהבחינה העקרונית הלכת אפרופים היא נכונה"); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17, 48–55 (2005) (להלן: מאוטנר "התערבות שיפוטית"); מיגל דויטש "סקירה והתפתחות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 176, 178, 179; דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37 (המשנה לנשיא (בדימ') חשין: "אף אנו – כאחרים שהיו לפנינו – אין בדעתנו לבוא בריב לא עם הלכת אפרופים כלשונה לעת שנפסקה ולא עם האבְּרָתָה של דוקטרינת שני השלבים' שמשלה בכיפה קודם היות פרשת אפרופים"); מערכת משפט ועסקים, לעיל ה"ש 43, בעמ' 436–439.

49 ראו למשל פרידמן "המונח פרשנות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 488–489; מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 48, בעמ' 50–54; סיני דויטש, לעיל ה"ש 43, בעמ' 50–55; מיגל דויטש "סקירה והתפתחות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 178.

וסבירות – תכליות אלה תוגשמה באורח אפקטיבי יותר אם הפרשן לא יעצום את עיניו בפני מכלול הנסיבות. במידה רבה מאוד, גם שיטות משפט המצהירות – או שהצהירו בעבר – כי הן מצדדות בתורת השלבים במשמעותה הטכנית – לרבות המשפט הישראלי – הלכה למעשה לא פעלו לפיה.⁵⁰

המחלוקת הטכנית אינה נטולת משמעות, משום שהיא עשויה להשפיע על ניהול הדיון והבאת הראיות. נובע מההלכה שגם כאשר משמעות החוזה לפי לשונו נדמית ברורה וחד-משמעית, יש לאפשר לצד הטוען כי משמעות זו אינה עולה בקנה אחד עם מכלול הנסיבות האופפות את ההתקשרות להביא ראיות להוכחת טענה זו.⁵¹ ראיות כאלה יכולות לגרום לבית המשפט לשנות את מסקנתו הסופית באשר למשמעות החוזה. אולם אין להפריז בחשיבותה של תוצאה מעשית זאת, ומכל מקום אין זו מחלוקת עקרונית, שכן הן לפי ההנמקה של הלכת אפרופים הן לפי מבקריה הנוכחים, המטרה המרכזית של דיני הפירוש וההשלמה לא השתנתה: חשיפת הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים. על המשמעות המוגבלת של ההיבט הדיוני של הלכת אפרופים תעיד העובדה שהן בפרשת אפרופים הן בפרשת ארגון מגדלי ירקות – שני פסקי הדין המרכזיים שעסקו בעימות בין תורת השלבים לתורת הפרשנות התכליתית – הסכימו הצדדים לקיים את הדיון על סמך כתבי הטענות ונספחיהם (בעניין ארגון מגדלי ירקות – לרבות תצהירים על נסיבות ההתקשרות) ללא שמיעת עדים כלשהם על נסיבות ההתקשרות.⁵² יתר על כן, בפרשת ארגון מגדלי ירקות, שבה הגנו שופטי הרוב על הלכת אפרופים, דווקא השופט חשין, שביקר את ההלכה וסבר שיש לקבל את תביעתו של ארגון מגדלי הירקות, ביסס את דעת המיעוט שלו במידה רבה על ראיות שמחוץ לחוזה הכתוב (תצהירים שהעידו על האופן שבו הבינו שני הצדדים את מהות החוזה), ואילו שופטי הרוב התמקדו בלשון הכתוב ובהגיון החוזה.⁵³ אף השופט מצא, שבערעור האזרחי באותה פרשה צידד בפרשנות של ארגון מגדלי הירקות, התבסס במידה רבה על ראיות שמחוץ ללשון החוזה, וזאת למרות תמיכתו בתורת השלבים והתנגדותו לתורת הפרשנות התכליתית.⁵⁴

העובדה שבשני פסקי הדין המרכזיים שביססו את תורת הפרשנות התכליתית בדיני החוזים הסכימו הצדדים להימנע מהבאת עדים ומחקירתם, כמו גם העובדה שבפרשת

50 ראו זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 21–59, 131–141; זמיר "מגמות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 96–97, Zamir; לעיל ה"ש 7, בעמ' 1719–1753.

51 דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 45 (שם ביקר השופט מישאל חשין את הלכת אפרופים על כך ש"מטילה היא עומס כבד על בית המשפט שלעולם נדרש הוא לבחון ראיות, לשמוע עדים וחקירות נגדיות, ואין הוא רשאי עוד להיאחז בלשון החוזה כפשוטה"); שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 662.

52 ראו עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 279; ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, 489 (2005) (להלן: ע"א ארגון מגדלי ירקות).

53 ראו דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 63–70 (השופט חשין), 22–36 (השופט ריבלין).
54 ראו ע"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 52, בעמ' 514–519.

ארגון מגדלי ירקות, דווקא שופטים שהסתייגו מהלכת אפרופים ביקשו לבסס את הכרעתם על ראיות שמחוץ לנוסח החוזה, תומכות בדעתי שיקר המחלוקת אינה נעוצה בשאלה הטכנית של סדר הפנייה למקורות השונים אלא בשאלה המהותית – בדבר המטרות והערכים שביסוד התהליך של פירוש והשלמה.

הנקודה המרכזית שאבקש להדגיש ולהדגים בחלק זה של המאמר היא שאין קשר הכרחי בין המחלוקת הטכנית – אם ומתי מותר להתחשב בנסיבות חיצוניות כדי לחשוף את כוונת הצדדים, לבין המחלוקת המהותית – כיצד ראוי לחלק את הכוח בין הצדדים לבין בית המשפט בקביעת תוכנו של החוזה. למעשה, ייתכנו ארבעה שילובים אפשריים בין המחלוקת המהותית בדבר תכליתו של הליך הפירוש וההשלמה למחלוקת הטכנית בדבר תורת השלבים: 1. התנגדות לתורת השלבים וצידוד באקטיביזם שיפוטי בקביעת תוכן החוזה כדי להגשים ערכים של סבירות, הוגנות וצדק; 2. תמיכה בתורת השלבים ובאיפוק שיפוטי בקביעת תוכן החוזה כדי להגשים ככל האפשר את כוונת הצדדים עצמם; 3. התנגדות לתורת השלבים כדי להגשים את חופש החוזים, כלומר איפוק שיפוטי בקביעת התוכן; 4. אימוץ תורת השלבים כמסווה לאקטיביזם שיפוטי ולהגשמת ערכים חברתיים. חלוקה מרובעת זו היא כמובן סכמתית, משום שלאורך כל אחד משני הצירים אפשר לאמץ עמדות ביניים מגוונות, אך מבחינה מתודולוגית נוח להשתמש בה כדי לחדד את הטענה המרכזית שלי בחלק זה. להלן אפרט ואדגים טענה זו.

2. אנטי-פורמליזם ואקטיביזם שיפוטי

ברור למדי שבצד עמדתו של השופט ברק נגד תורת השלבים הטכנית עומדת גם עמדה כללית בעד אקטיביזם שיפוטי והגשמת ערכים של הוגנות וסבירות בחוזים. הפנייה המהירה לנסיבות שמחוץ לנוסח החוזה ולתכלית האובייקטיבית של החוזה הכוללת ערכים אלה מאפשרת לבית המשפט להגשים אותם תוך מתן משקל מופחת להסכמות שבין הצדדים. עמדה אקטיביסטית זו עולה בקנה אחד עם העמדות שנקט השופט ברק בסוגיות רבות נוספות בדיני חוזים, כגון התנאים הדרושים לכריתתו של חוזה, היקף החובות הנגזרות מעקרון תום הלב במשא ומתן ובקיום החוזה ותרופות בשל הפרת חוזה.⁵⁵ עמדה זו מתיישבת עם האקטיביזם השיפוטי שהוביל השופט ברק גם בתחומי משפט אחרים.⁵⁶

55 ראו באופן כללי זמיר "אקטיביזם ואיפוק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 345–364.

56 על האקטיביזם השיפוטי של השופט ברק ושל בית המשפט העליון בהנהגתו, ראו למשל גיליון מיוחד: אקטיביזם שיפוטי בישראל עיוני משפט יז 475–893 (1993); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 390–405 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית); רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (2000); דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט יא 9 (2007); ברק מדינה

אני חולק אפוא על האופן שבו תוארו הלכת אפרופים והמחלוקות סביבה בפרשת ארגון מגדלי ירקות. ראשית, ספק אם יש ממש בתיאור שלפיו הקשיים – אם קשיים הם – בהלכת אפרופים אינם נובעים ממנה, אלא מהאופן שבו היא יושמה והובנה בהמשך הזמן – אופן "שאינו אלא עיוות של הלכת אפרופים".⁵⁷ מי שקרא והבין את פסק דינו של השופט ברק כקורא לאקטיביזם שיפוטי בפרשנות חוזים ולמתן משקל רב לערכים של סבירות והוגנות גם בתחום זה, הבין היטב את פסק הדין.⁵⁸ שנית, קביעתו של השופט חשין, שאין שום חילוקי דעות בדבר המטרה של הליך הפירוש וההשלמה, קרי: "גילוי כוונתם המשותפת של הצדדים", והמחלוקת כל כולה סבה על האמצעים להשגת מטרה זו, אף היא אינה מתארת דברים כהווייתם. עיקר המחלוקת היא דווקא על המטרות של הליך הפירוש והערכים שביסודו ולא על האמצעים להגשמתם.

הדגמה נוספת לאקטיביזם שיפוטי, הנותן משקל פחות לכוונות הסובייקטיביות של הצדדים ומשקל גדול יותר לערכים ציבוריים וחברתיים, בשילוב עם דחייה של תורת השלבים, באה לידי ביטוי בדעת הרוב בדיון הנוסף בפרשת ארגון מגדלי ירקות. שופטי הרוב, שהגנו על הלכת אפרופים, ייחסו לחוזה את המשמעות שנראתה להם הוגנת וסבירה בהתחשב בהיגיון הכלכלי של ההסכם ובמכלול הנסיבות, תוך מתן משקל זעום לראיות סותרות על כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים.⁵⁹

3. פורמליזם ואיפוק שיפוטי

סימוכין לעמדה השנייה, המצדדת בתורת השלבים ומתנגדת לאקטיביזם שיפוטי, אפשר למצוא בכתיבה של אנשי האגף הימני בניתוח הכלכלי של המשפט, שעם נציגיו המובהקים נמנים בשנים האחרונות Alan Schwartz ו־Robert Scott.⁶⁰ ביסוד עמדה זו –

"ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטי (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" דין ודברים ג 399 (2007).

57 דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37, 39–41, 45–48 (פסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') השופט חשין) (הציטוט מעמ' 48).

58 שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 654–656.

59 דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 22–36 (פסק דינו של השופט ריבלין). ראו גם ציגנלאוב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 292–300.

60 ראו למשל Robert E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 NW. U. L. REV. 847 (2000); Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541 (2003); Lisa Bernstein, *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, 66 U. CHI. L. REV. 710 (1999); Omri Ben-Shahar, *The Tentative Case Against Flexibility in Commercial Law*, 66 U. CHI. L. REV. 781 (1999); Geoffrey P. Miller, *Bargains Bicoastal: New Light on David V. Snyder*, 31 CARDOZO L. REV. 1475 (2010). לביקורת על זרם זה ראו למשל Snyder, *Language and Formalities in Commercial Contracts: A Defense of Custom and*

שתומכיה ומתנגדיה כאחד מכנים "הפורמליזם החדש" – עומדת אמונה חזקה בכך שצדדים לחוזים, או לפחות צדדים לחוזים מסחריים, יודעים טוב מאחרים מהם ההסדרים החוזיים שישאו את רווחתם, ובכך שהשאת הרווחה היא המטרה העליונה, אולי היחידה, של דיני החוזים. לבתי המשפט אין הידע והמומחיות הדרושים להקצאה אופטימלית של הזכויות, החיובים, הסיכונים והסיכויים בין הצדדים, ולכן התערבותם בדיעבד בהקצאה זו מזיקה יותר משהיא מועילה. מוטב אפוא שהשופטים יגבילו עצמם למה שנכתב בחוזה הפורמלי ולא יתחשבו בראיות חיצוניות באשר לנסיבות ההתקשרות, ציפיות הצדדים, התנהגותם במהלך חיי החוזה והנורמות המקובלות בחוזים מאותו סוג.

בימינו קשה למצוא שופטים הדוגלים בעמדה זו ופועלים על פיה. כמעט תמיד, גם שופטים המפרשים חוזים באופן התואם יותר את לשונם מאמינים ומכריזים שהפירוש שבו הם דוגלים הוא גם הפירוש ההוגן, הצודק והסביר ביותר בנסיבות העניין, פירוש העולה בקנה אחד עם השכל הישר ועם ההיגיון הכלכלי של ההתקשרות.⁶¹ יתר על כן, תהא זו טעות להניח ששיקולי יעילות כלכלית מובילים בהכרח לכיוון של יתר פורמליזם ויתר איפוק שיפוטי. כפי שכתב השופט, פרופ' Richard Posner (מי שיותר מכל אדם אחר מזוהה עם הניתוח הכלכלי של המשפט), ייתכן שהנטייה של מקצת הכלכלנים האקדמאיים של המשפט לפורמליזם בפרשנות חוזים נובעת מהיעדר היכרות שלהם עם המציאות של ניסוח חוזים וניהול התדיינות.⁶² היכרות כזו הייתה מעלה שגם אנשי עסקים מעדיפים בדרך כלל שהמחלוקות ביניהם תיושבנה כפי שאיש עסקים היה מיישב אותן, לפי השכל הישר וההיגיון הכלכלי של ההתקשרות, ולא לפי דקדוקים משפטיים פורמליסטיים.⁶³ ואכן, דומה שהגישה הפרשנית של השופט פוזנר בפסקי דינו קרובה הרבה יותר לתורת הפרשנות התכליתית מאשר לתורת השלבים.⁶⁴

Conduct, 54 S.M.U. L. REV. 617 (2001); Roy Kreitner, *Fear of Contract*, 2004 Wis. L. REV. 429 (2004).

61 ראו למשל ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עייבון זולוטולוב, פ"ד מא(1) 282, 324 (1987) (להלן: עניין אתא) (שם מסביר השופט שלמה לוין שגם לפי הפירוש שבו הוא דוגל, קיבל הסוכן תמורה מלאה על שחיקת פקדונו ולא קופח בחוזה); ע"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 52, בעמ' 520–525 (פסק דינו של השופט מצא). ראו גם זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 140 וכן חלק ג להלן.

62 Richard A. Posner, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, 83 TEX. L. REV. 62 (2005), 1581, 1592.

63 שם, בעמ' 1606–1607.

64 ראו Jeffrey W. Stempel, *An Inconsistently Sensitive Mind: Richard Posner's Cerebration of Insurance Law and Continuing Blind Spots of Economicalism*, 7 CONN. INS. L.J. 7 (2000) (ניתוח מפורט של גישתו הפרשנית המורכבת של פוזנר, תוך התמקדות בחווי ביטוח).

4. אנטי-פורמליזם ואיפוק שיפוטי

לפי דעה אפשרית שלישית, אבד כלח על תורת השלבים, אך אין זה מתפקידו של בית המשפט לקדם ערכים של הוגנות ושקילות בחוזה. קחו למשל חוזה שנערך בין צד חזק לצד חלש, והנסיבות מצביעות על אי-שוויון בוטה בכוח המיקוח של הצדדים. החוזה עמום או שותק באשר לנקודה כלשהי, והצדדים חלוקים בשאלה כיצד לפרש את החוזה או להשלימו. לפי העמדה הנוכחית, על בית המשפט לבחון את מכלול נסיבות ההתקשרות. בבחינה זו הוא יגלה שאילו נשאלו הצדדים בעת הכריתה מהי התשובה לשאלה שכעת שנויה במחלוקת, ברור למדי שהצד החזק היה טוען שיש להבין את החוזה כקובע הסדר לטובתו, וברור למדי שגם הצד החלש היה מסכים עם עמדה זו. לכן יש לפרש את העמימות או להשלים את השתיקה לטובת הצד החזק דווקא, וזאת לאור בחינת מכלול הנסיבות. פרופ' עומרי בן-שחר, איש הגישה הכלכלית, מצדד בעמדה זו ככל שמדובר בהסדרים חוזיים "חלוקתיים" גרידא, כלומר הסדרים שעניינם חלוקת רווחי החוזה בין הצדדים להבדיל מיצירת תמריצים להתנהגות יעילה.⁶⁵

עמדות קיצוניות פחות באותו כיוון הביעו רבים ממבקריה של הלכת אפרופים, לרבות דניאל פרידמן והשופט מישאל חשין, כמתואר לעיל. מבקרים אלה אינם חולקים על עצם דחייתה של תורת השלבים, אך בד בבד הם סוברים שעל בתי המשפט לגלות יתר איפוק בקביעת תוכן החוזה ולתת משקל רב יותר לאוטונומיה של הצדדים.⁶⁶

5. פורמליזם ואקטיביזם שיפוטי

לפי הדעה הרביעית, אל לפרשן לבחון את הנסיבות שמחוץ לחוזה (או לפחות עליו למעט בכך ככל האפשר), אך יש להשתמש באמצעים פורמליסטיים כדי להגשים את ההסדר ההוגן והסביר ביותר. דוגמה מפורסמת לכך מצויה במחזה "הסוחר מוונציה" של ויליאם שקספיר. כדי להימנע מהתוצאה ששיילוק זכאי ליטול לבשר מגופו של אנטוניו, הציעה פורשיה, המחופשת למשפטן בלתזר, לפרש את החוזה ככתבו וכלשונו, כמאפשר לשיילוק ליטול לבשר, ובלבד שלא ייטול ולו טיפת דם אחת, שהרי לפי פירוש מילולי של החוזה ניתנה לו הזכות לבשר ולא לדם.

ההיסטוריה של המשפט מספקת לא מעט דוגמאות לשימוש בפרשנות פורמליסטית כדי להגיע לתוצאות שנתפסו כצודקות. דומני שהדוגמה המובהקת ביותר במשפטנו

65 Omri Ben-Shahar, *A Bargaining Power Theory of Default Rules*, 109 COLUM. L. REV. 396 (2009). ראו גם Omri Ben-Shahar, *Fixing Unfair Contracts*, 63 STAN. L. REV. 869 (2011).
(דיון באותו רעיון בהקשר של פיקוח על תוכנם של חוזים).

66 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 49. בהקשר זה אפשר להזכיר גם את עמדתה של השופטת נאור בדנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 82-86. השופטת נאור צידדה עקרונית בהלכת אפרופים, אך סברה שיש לקבל את עמדת העותרים באשר לפירושו של החוזה הנדון.

מצויה בפסק דין אתא נ' עיזבון זולוטולוב.⁶⁷ בפסק דין מהפכני זה הורה בית המשפט העליון לראשונה על הצמדת תשלומים בתוך התקופה החוזית, וזאת ברוב של ארבעה שופטים נגד אחד. הרטוריקה של פסק הדין המרכזי, שכתב השופט ברק, היא הרטוריקה הפורמליסטית והצנועה ביותר שאפשר להעלות על הדעת. לא פחות משבע פעמים מופיעה בפסק הדין בגרסאות שונות האמירה שבית המשפט לא יעשה חוזה בשביל הצדדים. למעשה בית המשפט פוסק בניגוד ללשונו הפשוטה של החוזה, אך אינו מודה שהיה פער בחוזה, אלא הכול במסווה של תורת השלבים ו"פירוש במובן הצר".⁶⁸

היחסים בין אמצעים ומטרות בפירוש חוזים ובין רטוריקה לפרקטיקה בפסיקת בתי המשפט בתחום זה מורכבים אפוא יותר ממה שנחזה במבט ראשון.⁶⁹ פורמליזם איננו בהכרח ביטוי נרדף לאיפוק שיפוטי, ואנטי פורמליזם אינו שקול לאקטיביזם שיפוטי. על רקע זה אפנה לניתוח עמדתו של השופט דנציגר באשר לפירוש חוזים.

ג. עמדתו של השופט דנציגר

בשנת 2006, בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, נתן הרכב מורחב של שופטי בית המשפט העליון גושפנקה מחודשת להלכת אפרופים. בשנת 2007 מונה עורך הדין ד"ר יורם דנציגר לבית המשפט העליון. זמן קצר לאחר מינויו, ובפסקי דין רבים שנתן מאז, קרא השופט דנציגר תיגר על ההלכה.⁷⁰ בהתמדה ראויה לציון הוא דבק בהתנגדותו לתורת הפרשנות התכליתית, גם כאשר עמדתו לא זכתה לאהדת עמיתיו.⁷¹

מהי בדיוק עמדתו של השופט דנציגר בסוגיה זו? לכאורה אפשר לסבור שהשופט דנציגר מצדד בתפיסה השנייה מן הארבע שתוארו לעיל, תפיסה הדוגלת בתורת השלבים ובאיפוק שיפוטי בדיני חוזים. לאמתו של דבר – כך אבקש להראות בשורות הבאות – גישתו קרובה הרבה יותר לתפיסה הרביעית (אקטיביזם במסווה של פורמליזם), ומכלול פסיקתו אף קרוב לתפיסה הראשונה (אנטי-פורמליזם ואקטיביזם שיפוטי).

67 עניין אתא, לעיל ה"ש 61.

68 ראו בפירוט זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 131–141. לדוגמה נוספת ראו ד"ר 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח(3) 197 (2004).

69 יחסים אלה מורכבים אף יותר מהצגתם בחלק זה, בין היתר משום שאקטיביזם שיפוטי יכול למצוא את ביטויו בשימוש בדוקטרינות שמחוץ לדיני הפירוש וההשלמה. כלומר, אפשר עקרונית לנקוט גישה פרשנית פורמליסטית וכד בבד להשתמש בדוקטרינות משפטיות אחרות לשם השגת תוצאות אקטיביסטיות. לטענה שזוהי הדרך שבה צועד המשפט העברי, ראו בנימין פורת "תום הלב בפרשנות החוזה – עיון תלמודי בהשוואה למשפט הישראלי" משפטים לט 419 (2010).

70 ראו פסקי הדין הנזכרים לעיל ה"ש 2.

71 ראו למשל עניין בלמורל, לעיל ה"ש 2 (פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

1. השופט דנציגר ותורת השלבים

שניים מפסקי הדין הבולטים של דנציגר בנושא פירוש חוזים, בלמורל ואספן, מדגימים יפה את טענתי. פסק דין בלמורל עסק במחלוקת על משמעותו של חוזה למכירת חלק בפרויקט בנייה אגב הליכי מימוש משכנתה. פסק הדין המרכזי, שכתב השופט דנציגר, פותח בניתוח מסמכי החוזה, ואחר כך ממשיך (בפסקה 27): "[...] בשולי הדברים יוער כי גם אם נפנה לנסיבות החיצוניות להסכם, הרי שאלה רק מחזקות את עמדת המשיב". השופט דנציגר מצטט מתוך המכתב שבו דיווח עורך הדין של המערער על העסקה למשרדי מיסוי מקרקעין, ואשר נשלח כשלושה חודשים אחרי כריתת החוזה מושא ההתדיינות.⁷² הוא ממשיך ומצטט מההזמנה להציע הצעות שפרסם כונס הנכסים כחודשיים לפני כריתת החוזה מושא ההתדיינות, ועורך השוואה בין פרסום זה לבין לשון הנספחים לחוזה מושא ההתדיינות. הוא מסביר כי "משהצדדים התקשרו בהסכם על מנת לרכוש את הנכס במסגרת הליכי הכינוס, הרי שיש בתיאור הזכויות על ידי כונס הנכסים עצמו כדי ללמד על כוונת הצדדים".⁷³ השופט דנציגר מסיים את ניתוח הראיות החיצוניות הללו בקביעה: "מלבד ראיות אלה קיימות נסיבות חיצוניות נוספות להסכם שאף הן תומכות בקביעתו של בית המשפט המחוזי, [...] אולם די באמור לעיל על מנת לקבוע כי הנסיבות החיצוניות להסכם רק מחזקות את עמדתו של המשיב ותומכות בממצאיו של בית המשפט המחוזי באשר [...] לכוונת הצדדים".⁷⁴ גם בהמשך פסק הדין, בחלק שבו דן השופט דנציגר בטענת הנאמנות, הוא מצטט מהמכתב לרשויות המס ששלח בא כוח המערער שלושה חודשים אחרי כריתת החוזה, וכן בוחן את משמעותו של מכתב ששלחה באת כוח המשיבה ואשר בו היא לכאורה הודתה בעמדת המערער. לאחר שהוא מסביר שאין מדובר בהודאה פורמלית של בעל דין אלא בראיה חיצונית, השופט דנציגר אינו פוסק שמסיבה זו הוא יתעלם מהמכתב, אלא ממשיך ומשווה את המשקל הראייתי שיש לתת לו לעומת משקל המכתב לרשויות המס שהוזכר לעיל.⁷⁵

הדברים בולטים עוד יותר בפסק דין אספן. פסק דין זה עסק בין היתר בפירוש של חוזה שנערך בין משרד השיכון לבין חברות בנייה אגב גל העלייה מברית המועצות של תחילת שנות התשעים. פסקאות 21 עד 36 לפסק הדין, המחזיקות כחמישה עשר עמודים, עוסקות בתוכן חיובי הצדדים. מתוך חמישה עשר עמודים אלה, רבע בערך מכילים קביעות כלליות ומופשטות שבהן מתאר השופט דנציגר את תפיסתו באשר לפירוש חוזים.⁷⁶ מתוך כאחד עשר עד שנים עשר העמודים הנותרים, שלישי מנתחים את לשון החוזה ושני שלישים מנתחים נסיבות חיצוניות למסמכי החוזה, לרבות הדרישות של

72 שם, פס' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר.

73 שם.

74 שם.

75 שם, פס' 29–33 לפסק דינו של השופט דנציגר.

76 עניין אספן, לעיל ה"ש 2, פס' 21–24 לפסק דינו של השופט דנציגר.

רשויות התכנון שעליהן ידעו הצדדים,⁷⁷ ידיעת החברות על עמדת המדינה עובר לכריתת החוזה,⁷⁸ "נסיבות עריכת ההתקשרות החוזית" בין הצדדים והתנהלותם אחרי הכריתה,⁷⁹ המועד שבו העלו החברות לראשונה את דרישתן לתוספת התשלום,⁸⁰ העובדה שהחברות נהגו מייעוץ משפטי לפני כריתת החוזים ובמהלך קיומם,⁸¹ פעולות שונות שהחברות יכלו לנקוט בתקופת חיי החוזה ושהן נמנעו מלנקוט,⁸² "ההיגיון הכלכלי" של ההתקשרות,⁸³ חלוקת הסיכונים העסקיים בין הצדדים,⁸⁴ דברים שנאמרו ולא נאמרו בסיוור הקבלנים שהתקיים לפני המכרז,⁸⁵ זהות הגוף שהחליט על התשלומים לחברות,⁸⁶ הנחיות פנימיות של משרד השיכון,⁸⁷ הצורך של הרשויות לשמור על ודאות תקציבית,⁸⁸ סבירותה של המדיניות המגבילה תשלום מענקי עידוד מתוך הקופה הציבורית⁸⁹ וכדומה.

אכן, בפסק דין אספן ציין השופט דנציגר שהוא דן בנסיבות החיצוניות "מעבר לנדרש",⁹⁰ ובפרשת בלמורל הוא תיאר נסיבות אלה כמחזקות את המסקנה העולה ממילא מלשון הכתוב. אולם בכך אין פסיקתו נבדלת מהפסיקה באין ספור מקרים אחרים שבהם בית המשפט הסתמך הן על לשון החוזה הן על הנסיבות החיצוניות, ותמך את מסקנתו בשתייהן. החשיבות המכרעת של הנסיבות בולטת לעין.⁹¹ מי שיופיע בעתיד בפני השופט דנציגר בתיקים של פירוש חוזים ייטיב אפוא לעשות אם יטען שהפירוש שבו הוא דוגל איננו רק זה המתיישב טוב יותר עם לשון הכתוב, אלא גם זה המתיישב טוב יותר עם מכלול הנסיבות, עם ההיגיון הכלכלי של החוזה, עם מה שהוגן, סביר וצודק.

77 שם, פס' 27 ו-34 לפסק דינו של השופט דנציגר.

78 שם, פס' 26–27 לפסק דינו של השופט דנציגר.

79 שם, פס' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר.

80 שם, פס' 27 ו-34 לפסק דינו של השופט דנציגר.

81 שם, פס' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר.

82 שם, פס' 28–29 ו-38 לפסק דינו של השופט דנציגר.

83 שם, פס' 30 לפסק דינו של השופט דנציגר.

84 שם.

85 שם, פס' 35 לפסק דינו של השופט דנציגר.

86 שם, פס' 36 לפסק דינו של השופט דנציגר.

87 שם.

88 שם.

89 שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט דנציגר.

90 שם, פס' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר.

91 הוא הדין בפסקי דין אחרים של השופט דנציגר שעסקו בפירוש חוזים, החל מעניין נורקייט, לעיל ה"ש 2. בבואו לפרש את החוזה שנחתם בין הצדדים באותו מקרה הסתמך השופט דנציגר בין היתר על דרישותיו של התובע וחששותיה של הנתבעת במהלך המשא ומתן לכריתת החוזה (שם, פס' 24 ו-28), על ההיגיון המסחרי של העסקה (שם, פס' 25 ו-27) ועל התנהלותה של הנתבעת במהלך קיומו של החוזה (שם, פס' 30). ראו גם מערכת משפט ועסקים, לעיל ה"ש 43, בעמ' 439.

2. השופט דנציגר ואקטיביזם שיפוטי

משנוכחנו כי למעשה אין הבדל כה גדול בין עמדותיהם של השופטים ברק ודנציגר בשאלה הטכנית של תורת השלבים, נותר עוד לבחון עד כמה יש ביניהם הבדל בשאלה של אקטיביזם שיפוטי. דומני שגם הבדל זה הוא במידה רבה מדומה. ראשית, אף לא באחד מפסקי הדין שבהם נתגלעו חילוקי דעות בין השופט דנציגר לעמיתיו בשאלות עיוניות של פירוש חוזה והשלמתו לא נחלקן השופטים באשר לתוצאה האופרטיבית של פסק הדין. אכן, זו איננה ראייה מכרעת, משום שייתכן כי באותם פסקי דין דווקא שאר שופטי ההרכב "יישרו קו" עם עמדתו של השופט דנציגר. שנית, וחשוב יותר, אפשר להתרשם שבכמה וכמה סוגיות חוזיות ואחרות הפגין השופט דנציגר גישה שיפוטית אקטיביסטית בהחלט. למושג "אקטיביזם שיפוטי" יש משמעויות אחדות, שלא זה המקום לעמוד עליהן ועל היחסים המורכבים ביניהן.⁹² לענייננו פסקתו של השופט דנציגר מבטאת גישה אקטיביסטית בשלושה מובנים חשובים: 1. נכונות לחדש חידושים משפטיים לעומת הלכות קיימות;⁹³ 2. הגדלת כוחו ופעלתנותו של בית המשפט העליון לעומת כוחם של גורמים אחרים, כגון הצדדים לחוזה, ערכאות נמוכות ורשויות שלטון אחרות;⁹⁴ 3. הרחבת תחומי התפרסותה והיקפה של האחריות המשפטית ("משפטיזציה" של חיי הפרט והחברה) והעצמת הסנקציות בשל נשיאה באחריות כזו.⁹⁵

חדשנות ונכונות לשנות את הדין. נכונותו של השופט דנציגר לקרוא תיגר על הלכות מושרשות באה לידי ביטוי מובהק בעמדתו כלפי הלכת אפרופים. היא באה לידי ביטוי גם בסוגיות אחרות. בין היתר בפסק דין אגריפרם הוא חרש תלמים חדשים בשדה הזכאות של נפגע מהפרת חוזה להשבת התעשרותו של המפר.⁹⁶ אמנם באותו מקרה היה אפשר

92 ראו למשל ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 56, בעמ' 390–406; מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 48, בעמ' 19–23; סיני דויטש, לעיל ה"ש 43; זמיר "אקטיביזם ואיפוק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 345–346.

93 על מובן זה של אקטיביזם שיפוטי, ראו למשל ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 56, בעמ' 398; זמיר "אקטיביזם ואיפוק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 352–356.

94 על מובן זה של אקטיביזם שיפוטי, ראו למשל גביוון, קרמניצר ודוהן, לעיל ה"ש 56; מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 48, בעמ' 19–23; זמיר "אקטיביזם ואיפוק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 346–352.

95 למובן זה של אקטיביזם שיפוטי ראו למשל מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 101–108 (1993) (להלן: מאוטנר ירידת הפורמליזם); יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט יז 647, 650–651 (1993). ראו גם שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא 33 (1992) (על נטיית המשפט הישראלי להקל בכניסה לתחום החבות החוזית וברבד בהחמיר את הסנקציות בשל אי-עמידה בחבות זו).

96 ע"א 8728/07 אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון (פורסם בנבו, 15.7.2010) (להלן: עניין אגריפרם).

להגיע לאותה תוצאה אופרטיבית על סמך דיני הפיצויים בשל הפרת חוזה,⁹⁷ אך בכך אין כדי לטשטש את נטייתו של דנציגר לחידושים משפטיים אלא דווקא להדגישה.⁹⁸ בהחלטה בעניין קצב קיבל השופט דנציגר את בקשתו של הנשיא לשעבר, משה קצב, אשר הורשע בעברות מין חמורות ונגזרו עליו שבע שנות מאסר, לעכב את ביצוע גזר הדין עד לדיון בערעורו, וזאת תוך הצבעה על חולשות לכאורה בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי.⁹⁹ גם אם יש פנים לכאן ולכאן בשאלה עד כמה סתתה ההחלטה מהפסיקה הקודמת בנושא של עיכוב ביצוע, אין חולק שהייתה זו החלטה אמיצה, שלא נרתעה מלצאת נגד התחושות שרווחו בציבור בעקבות הרשתתו של קצב.¹⁰⁰ מהפכנית עוד יותר היא דעת המיעוט של השופט דנציגר בפסק דין אבן זוהר, שלפיה זכאי בעל מקרקעין שהוצא לגביהם צו סגירה לפי תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945 לפיצויים בשל הפגיעה בזכויותיו אף על פי שבמקור לא הצמיחה התקנה זכות כזו ולמרות ההשלכות התקציביות מרחיקות הלכת של פסיקה זו, וזאת בהסתמך על השינוי בפרשנות הדינים המתחייב מהמהפכה החוקתית שחולל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁰¹

העצמת כוחו של בית המשפט העליון. השופט דנציגר הוא שופט אקטיביסט גם במובן של חלוקת הכוח בין בית המשפט העליון לגורמים אחרים. בהקשר זה אפשר

97 ראו איל זמיר "שנאת הפסד ונטילת רווחי המפר – בעקבות הלכת אדרס" ספר שלמה לוי (אליעזר ריבלין, אשר גרוניס ומיכאל קרייני עורכים, צפוי להתפרסם בשנת 2012).

98 ראו גם יהודה אדר "מגמות ותנודות בדיון החוזים הכללי – ישראל 2010" דין ודברים 1, 41, 66–84 (2011); נילי כהן "פייר, גם אם הפר" עורך הדין 9, 82 (2010).

99 ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.5.2011).

100 נכונותו של השופט דנציגר "לשחות נגד הזרם", שבאה לידי ביטוי בסוגיה של פירוש חוזים ובהחלטתו בעניין קצב, משתקפת גם בדעת המיעוט שלו בדנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר (פורסם בנבו, 29.11.2010). בבג"ץ 10021/06 זוהר נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 23.12.2008) הסכים השופט דנציגר לפסיקתו של השופט לוי (בניגוד לדעת המיעוט של השופט רובינשטיין), שלפיה אין לשר המשפטים סמכות שלא לחתום חתימת קיום על החלטות חנינה של הנשיא. בדיון הנוסף הצטרף השופט לוי לדעה של שבעת השופטים שקיבלו את העתירה ופסקו כי קנויה לשר סמכות כזו, ואילו השופט דנציגר דבק בעמדתו המקורית. קשה לומר אם עמדת המיעוט של השופט דנציגר במקרה זה היא אקטיביסטית במובן הבין-מוסדי, משום שמחד גיסא היא מצמצמת את כוחו של שר המשפטים, ומאידך גיסא היא מרחיבה את כוחו של הנשיא.

101 ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.4.2010). ראו גם בר"ם 867/06 מנהלת הארנונה בעיריית חיפה נ' דור אנרגיה (1988) בע"מ (פורסם בנבו, 17.4.2008) (להלן: עניין דור אנרגיה). בניגוד לעמדה של חברותיו להרכב פסק השופט דנציגר במקרה האחרון שחובת ההגנות הכללית החלה על רשויות ציבוריות עשויה להטיל עליהן בנסיבות מיוחדות חובה לברר את זהות המחזיק במקרקעין לצורך גביית הארנונה, וזאת אף על פי שלפי לשונה הברורה של פקודת העיריות [נוסח חדש] החובה להודיע על שינוי ההחזקה מוטלת על מי שמעביר את ההחזקה בנכס לאחר, וכל עוד לא עשה כן עליו להמשיך לשלם את הארנונה.

להזכיר את פסק דין גוירצמן, שבו הוא הכריע בעתירה בנושא הנתון לסמכותו של בית הדין לעבודה אף על פי שהעותרים פנו ישירות לבית המשפט העליון.¹⁰² כן יש לציין את פסק דין עמידר, שבו הוא התערב בפסק בורר משום שפסיקתו נוגדת את תקנת הציבור, בניגוד לעמדה זהירה הרבה יותר שנקט השופט ריבלין באותה סוגיה.¹⁰³ כמו כן אפשר להזכיר את פסק דין בולמגה, שבו הוא החליט להתערב בהחלטה של ועדת השחרורים של שירות בתי הסוהר שלא לשחרר שחרור מוקדם אזרח זר שנשא עונש מאסר על עבירת מין ושהיה צפוי לגירוש עם שחרורו.¹⁰⁴ בכך הפך בית המשפט את החלטתו של בית המשפט לעניינים מנהליים שדחה את העתירה נגד החלטת הוועדה. השופט דנציגר עשה זאת אף על פי שלא נפלו בהחלטה פגמים פרוצדורליים ולמרות ההלכה שלפיה לוועדה מסור שיקול דעת רחב באיזון בין השיקולים השונים. גישה אקטיביסטית במישור הבינ-מוסדי משתקפת גם בפסק דין הלבין, שבו הורה השופט דנציגר להשיב לבעליה המקוריים קרקע שהופקעה לצורכי ציבור ובמשך שנים רבות לא השתמשו בה לצרכים כאלה,¹⁰⁵ ובפסק דין אבן זוהר, שבו הוא פסק בדעת מיעוט שעל המדינה לפצות בעלי מקרקעין שנסגרו לפי תקנות ההגנה.¹⁰⁶ לבסוף, בעניין האגודה לזכויות האזרח פסל השופט דנציגר את האגרה המוגדלת שנקבעה בתקנות על חידוש דרכון שאבד או נגנב, בנימוק שהיא אינה מאזנת באורח מידתי בין התכליות הלגיטימיות של הגדלת האגרה לבין הזכות החוקתית לצאת מן הארץ, שממושג דורש דרכון בר תוקף.¹⁰⁷

הרחבה והעמקה של האחריות המשפטית. לבסוף, גם במישור של הרחבת האחריות המשפטית והגדלת הסנקציות בשל נשיאה באחריות זו מתאפיינת פסיקתו של השופט דנציגר בגישה אקטיביסטית. בפסק דין נשאיבי פסק השופט דנציגר, בדעת מיעוט, שיש להטיל אחריות אישית על נושאי משרה בתאגיד בהסתמך על סעיף 12 לפקודת הנויקין [נוסח חדש], שעניינו שידול וסיוע לביצוע עוולה.¹⁰⁸ פסק דין אגריפרם, שנזכר לעיל בנושא הזכאות לסעדים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בשל הפרת חוזה, מדגים אותה נטייה במישור התרופות.¹⁰⁹ הנטייה להרחיב את האחריות המשפטית באה לידי ביטוי גם בפסקי הדין של השופט דנציגר בעניין אבן זוהר, שעניינו פיצויים בשל הגבלות על השימוש במקרקעין לפי תקנות ההגנה,¹¹⁰ ובעניין גוירצמן, שבו הוא פירש בהרחבה

102 בג"ץ 10771/07 גוירצמן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 1.2.2010). ראו גם דעת המיעוט של השופטת חיות בנושא זה.

103 רע"א 10487/07 עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ נ' חי (פורסם בנבו, 5.5.2010).

104 רע"ב 6993/08 בולמגה נ' ועדת השחרורים (פורסם בנבו, 25.11.2008).

105 ע"ם 1369/06 הלבין נ' עיריית חדרה (פורסם בנבו, 9.7.2008).

106 עניין אבן זוהר, לעיל ה"ש 101.

107 בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 15.6.2011).

108 ע"א 313/08 נשאיבי נ' רינראוי (פורסם בנבו, 1.8.2010).

109 עניין אגריפרם, לעיל ה"ש 96.

110 עניין אבן זוהר, לעיל ה"ש 101.

את תחולתו של חוק הפיצויים לנפגעי פוליו, התשס"ז-2007, בהסתמך על תורת הפרשנות של ברק.¹¹¹

3. השופט דנציגר ורטוריקה שיפוטית בדיני חוזים

מהאמור לעיל אין להסיק שפסיקתו של השופט דנציגר היא אקטיביסטית באותה מידה בכל המשמעויות האפשריות של מושג האקטיביזם השיפוטי, או שהיא אקטיביסטית באותה מידה בכל תחומי המשפט. לענייננו די בכך שאם מקבלים את האפיון של פסיקת השופט דנציגר בכללותה כפסיקה שבמידה רבה היא אקטיביסטית במובנים המתוארים, ואם זוכרים שגם בפסקי דין שבהם הוא יצא נגד הלכת אפרופים, הלכה למעשה ייחס השופט דנציגר משקל רב לנסיבות שמחוץ ללשון החוזה, הרי שהמחלוקת בין עמדתו לבין תורת הפרשנות התכליתית כנראה איננה בהיבט הטכני של תורת השלבים. ככל הנראה, המחלוקת אף אינה בהיבט של חלוקת הכוח בין בית המשפט לצדדים לחוזה או בנכונות לדרוש סטנדרט התנהגות גבוה מאנשים, לרבות בתחום החוזי. היכן אפוא נעוצה המחלוקת?

תשובה אפשרית היא שהמחלוקת היא לפחות בחלקה על רטוריקה שיפוטית. פסיקתו של השופט ברק בעניין אפרופים לא הייתה אקטיביסטית יותר מפסיקתו בעניין אתא למשל. פסק דין אתא היה הרבה יותר מהפכני מבחינת שינוי הדין הנוהג והרבה יותר אקטיביסטי מהבחינה של התערבות בית המשפט בתוכן החוזה מאשר פסק דין אפרופים.¹¹² בעיקרו של דבר, החידוש של פסק דין אפרופים היה רטורי. השופט ברק הסיר את האצטלה של חשיפת כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים והצביע על כך שבמקרים רבים מוכרעות שאלות של פירוש חוזים לפי התכלית האובייקטיבית של החוזה, קרי לפי ההיגיון הכלכלי של ההתקשרות ומתוך מגמה להגשים ערכים של הגינות, תום לב וסבירות. אמנם הוא ציין שהתכלית הראשונה במעלה של הליך הפירוש וההשלמה היא חשיפת התכלית הסובייקטיבית של הצדדים, אך מבין השורות בצבצה עמדה ברורה המייחסת משקל גדול יותר לערכים ציבוריים של סבירות והגינות לעומת הגשמת הרצון של הצדדים. ייתכן אפוא שחלק מהפער בין עמדת דנציגר להלכת אפרופים נובע משאיפתו של דנציגר לחזור אל הרטוריקה המסורתית של פירוש חוזים, רטוריקה המעמידה את עקרון חופש החוזים, את התפיסה של החוזה כחוק שהצדדים

111 עניין גוירצמן, לעיל ה"ש 102. ראו גם עניין דור אנרגיה, לעיל ה"ש 101 (שם גזר השופט דנציגר מחובת ההגינות הכללית המוטלת על רשויות ציבוריות חובת בירור אקטיבית באשר לזהות המחזיקים במקרקעין אף על פי שהחיקוק הרלוונטי מטיל את חובת ההודעה על המחזיק ובניגוד לעמדה של חברותיו להרכב).

112 זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 131-141; זמיר "אקטיביזם ואיפוק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 403-406.

חוקקו לעצמם ואת האוטונומיה הפרטית כאבני היסוד של דיני החוזים – גם אם הפרקטיקה השיפוטית שונה.

ככל שהמחלוקת היא אכן על רטוריקה שיפוטית, לכאורה יש להעדיף את גישתו של השופט ברק בשל היותה גלויה וכנה יותר.¹¹³ לכנות שיפוטית יתרונות ברורים מבחינת האחריותיות (accountability) של בית המשפט, הכוונת ההתנהגות של נמעני החוק והציווי המוסרי הבסיסי לומר אמת. אף על פי כן אני נוטה לדעה שבמקרה של קובעי מדיניות – לרבות שופטים של בית המשפט העליון – ובניגוד למקרה של אנשי אקדמיה, כנות מרבית היא לאו דווקא כנות מיטבית, ולרטוריקה שיפוטית צנועה יתרונות רבים. אין זה ברור שהנמקה כנה ופתוחה יותר מכוונת התנהגות באורח אפקטיבי יותר. מי שחושש משרירות או מאקטיביזם שיפוטי עשוי לברך על הנמקה לגליסטית שאינה חושפת את מכלול שיקולי המדיניות שביסוד ההכרעה השיפוטית, משום שמודעות עצמית למלוא היקפו של שיקול הדעת השיפוטי עלולה לכרסם בריסון שיפוטי ראוי. בד בבד, מי שדוגל באקטיביזם שיפוטי עשוי להתנגד לכנות ולפתיחות שיפוטיות משום שהן מזמינות התנגדות ומחבלות ביכולתו של בית המשפט לפקח על הרשויות האחרות, להשריש נורמות התנהגות ראויות ביחסים שבין אדם לחברו ולהתאים את המשפט לצרכים המשתנים של החברה. הערך של אחריותיות והשאיפה להגביל את הכוח השיפוטי ולמנוע שרירות מתחרים אפוא בערך של עצמאות שיפוטית. כנות מלאה בדבר היחס בין הפסיקה הנוכחית לפסיקה קודמת אף עלולה לפגום בהמשכיות השיפוטית החיונית ללגיטימציה של בתי המשפט. במישור פרוזאי יותר, פתיחות מלאה עלולה למנוע הסכמה של שאר חברי המותב לפסיקה כלשהי. פתיחות מלאה עלולה להתנגש עם הצורך של בית המשפט למלא בעת ובעונה אחת שני תפקידים שלא פעם יש ביניהם מתח: הכרעה צודקת בסכסוך הספציפי והכוונה ראויה של התנהגויות עתידיות.¹¹⁴ לפתיחות הרטורית שהפגין השופט ברק בפסיקתו, לרבות בהקשר המיוחד של פירוש חוזים והשלמתם, יש כמדומה יותר חסרונות מיתרונות.

בהקשר הספציפי של פירוש חוזים חיסרון בולט של השימוש ברטוריקה של תורת הפרשנות התכליתית היה יצירת תחושה של פגיעה בוודאות המשפטית, מאחר שבניגוד לתורת השלבים, היא מייחסת משקל ניכר לסטנדרטים עמומים של סבירות ותום לב וקוראת להתחשבות בנתונים עובדתיים רבים יותר. בחלק ה להלן אדון בתחושה זו ואבקש להראות כי אין בסיס ממשי לסברה שמאפיינים אלה של תורת הפרשנות

113 ככל שקיימת שניות ברטוריקה השיפוטית של השופט דנציגר – אקטיביזם במסווה של פורמליזם בהקשר של פירוש חוזים ואקטיביזם גלוי יותר בהקשרים אחרים כמודגם לעיל – הרי שהאמור להלן על היחס שבין גישתו של השופט ברק לגישתו של השופט דנציגר רלוונטי בשינויים המחויבים גם להשוואה בין הפסיקה של השופט דנציגר בהקשרים שונים.

114 לדיון מלא יותר ולהפניות נוספות בנושא של כנות שיפוטית, ראו זמיר "אקטיביזם ואיפוק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 399–409.

התכליתית פוגעים בוודאות המשפטית. אולם שימוש ברטוריקה המסורתית היה מיותר ביקורת זו מלכתחילה.

ד. תיקון מס' 2 לחוק החוזים הכללי

על רקע המחלוקת שתוארה לעיל בין תורת השלבים לתורת הפרשנות התכליתית – ולא פחות מכך, על רקע המחלוקת הציבורית הרחבה והעמוקה יותר בסוגיית האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים – הונחו על שולחן הכנסת הצעות חוק לתיקון סעיף 25 לחוק החוזים הכללי.¹¹⁵ משרד המשפטים וועדת השרים לחקיקה התנגדו להצעות אלה.¹¹⁶ למרות התנגדות זו, אחת ההצעות הבשילה בסופו של דבר לתיקון מס' 2 של חוק החוזים הכללי, אם כי בהתחשב בחילוקי הדעות בהליכי החקיקה הנוסח שאושר בסופו של דבר שונה למדי מהנוסחים המוקדמים.¹¹⁷ בנוסחו המקורי קבע סעיף 25(א) לחוק החוזים הכללי:

חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות.

115 ראו הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – פרשנות החוזה), התשס"ט–2008 (הצעת חוק פ/4044/17) (הצעה של חבר הכנסת זבולון אורלב, הונחה על שולחן הכנסת ביום 1.4.2009); הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – כללי פרשנות חוזה), התשס"ט–2009 (הצעת חוק פ/1471/18) (הצעה של חבר הכנסת יריב לוין, הונחה על שולחן הכנסת ביום 27.2.2009); הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), התש"ע–2010, ה"ח 198.

116 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 220 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (29.6.2010); פרוטוקול ישיבה מס' 310 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (4.1.2011).

117 הצעת החוק המקורית של חבר הכנסת לוין, משנת 2009, נועדה להחליף את סעיף 25(א) לחוק החוזים הכללי בנוסח הזה: "(א) חוזה יפורש על פי תוכנו המילולי; היה תוכנו המילולי בעל מספר משמעויות, יועדף הפירוש הגורע מזכויותיו של מנסח החוזה. (א1) היה תוכנו המילולי של החוזה בלתי מספיק לשם פירושו, יפורש החוזה לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות, ובלבד שטענה בדבר תוכנו ותוצאתו של פירוש כאמור נטענה במפורש על ידי צד להליך המשפטי בעניין פרשנות החוזה, במסגרת סיכומי טענותיו. (א2) הוראות סעיפים קטנים (ב) עד (ד) וסעיף 26 יחולו בכפוף להוראות סעיפים קטנים (א) ו-(א1)".

הצעת החוק המתוקנת של חבר הכנסת לוין, משנת 2010, נועדה להוסיף שני סעיפים קטנים חדשים אחרי סעיף 25(ב), כדלקמן: "(ב1) חוזה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו. (ב2) חוזה יפורש באופן שתואם, ככל הניתן, את הפירוש שניתן לו על ידי הצדדים".

בעקבות התיקון לחוק קובע הסעיף:

חווה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החווה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החווה, יפורש החווה בהתאם ללשונו.

כמו כן הוסיף התיקון לחוק החוזים הכללי את סעיף 25(ב1), שלפיו "חווה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחווה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו".

לדידי, ברור למדי שתיקון זה לא פישט או הבהיר את כללי פירוש החווה, לא הגביר את הוודאות המשפטית ולא הפך את הלכת אפרופים.¹¹⁸ לצורך הדיון אניח ששיקול דעתו של השופט בפירוש חוזים הוא מסוג העניינים שאפשר וראוי להסדיר בחקיקה, שמדובר בנושא "חקיק".¹¹⁹ אף בהנחה זו, כל אחד מבני הפלוגתא ימצא בנוסח החדש של החוק כר נרחב להתגדר בו. לפחות שלושה היבטים של התיקון תומכים בעמדה שלפיה בפירוש החווה אל לשופט להסתפק בבחינת הטקסט החוזי אלא עליו לנסות לחשוף את כוונת הצדדים מתוך עיון בטקסט ובמכלול הנסיבות שמחוץ לו.

ראשית, לעומת סעיף 25(א) המקורי, שהורה לפנות לנסיבות רק אם דעת הצדדים אינה משתמעת מהחווה גופו, הנוסח החדש מעמיד את החווה ואת הנסיבות באותה דרגה ומורה לפרש את החווה "מתוך החווה ומנסיבות העניין". בכך דוחה הנוסח החדש את הנוסח שנכלל בהצעות החוק הפרטיות ומאמץ את הנוסח המצוי בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, שלפיה:¹²⁰

118 ראו גם אדר, לעיל ה"ש 98, בעמ' 56; גבריאלה שלו ואפי צמח "דין פירוש החווה: על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים" קריית המשפט י 14 (2012). לדעה שונה, ראו Pablo Lerner & Alfredo Mordechai Rabello, *The (Re) Codification of Israeli Private Law: Support for, and Criticism of, the Israeli Draft Civil Code*, 59 AM. J. COMP. L. 763, 779–780 (2011); נילי כהן "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה" עורך הדין 11, 102 (2011) (להלן: כהן "הניסוח בעייתי").

119 על כך שבכל שיטות המשפט המקורי העיקרי לדיני הפרשנות הוא ההלכה הפסוקה, ועל חולשתם של הניסיונות להסדיר נושא זה בחקיקה, ראו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 89. להסתייגויות מהניסיון לטפל בנושא זה באמצעות חקיקה, אגב הצעת החוק שהובילה לתיקון מס' 2 של חוק החוזים הכללי, מפיחה של גבריאלה שלו, מיגל דויטש והשופט בדימוס אורי גורן, ראו רוזנר, לעיל ה"ש 6. על נטייתם של בתי המשפט להתעלם מהוראות חקוקות שעניינן כללי פרשנות וההצדקות לנטייה זו, ראו למשל Adam W. Kiracofe, *The Codified Canons of Statutory Construction: A Response and Proposal to Nicholas Rosenkranz's Federal Rules of Statutory Interpretation*, 84 B.U. L. REV. 571 (2004). רוב הדיונים בשאלת ההסדרה החקיקתית של פרשנות בידי בית המשפט עוסקים בפרשנות חוקתית ובפרט בהסדרת כוחם של בתי המשפט לפסול חוקים הסותרים את החוקה – סוגיות החורגות מענייננו.

120 ס' 122(א) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 712.

חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות הענין.

אותו נוסח הופיע בתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו–2006 ובטיטה של הקודקס משנת 2004.¹²¹ נוסח זה נקבע בידי ועדת הקודיפיקציה בראשותו של הנשיא ברק כדי לעגן בחוק את הלכת אפרופים.¹²²

שנית, לפי הנוסח המקורי, משימתו של הפרשן הייתה לאמוד את "דעתם של הצדדים" כפי ש"היא משתמעת" מתוך החוזה, ואם אינה "משתמעת" ממנו, מתוך הנסיבות. לעומת זאת בנוסח החדש מצווה הפרשן לתור אחר "אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות הענין". בעוד שבחוק המקורי הושם הדגש על דעת הצדדים, ולפיכך השתמש המחוקק בלשון נקבה (בהתייחס לדעה), בחוק המתוקן עבר הדגש לפעולת האומדן של דעת הצדדים, ומכאן השימוש בלשון זכר (בהתייחס לאומדן). בביטוי "אומד דעתם" של הצדדים יש שניות בין דעתם של הצדדים, שלה יש קונוטציה סובייקטיבית, פרטית ופנימית ליחסי הצדדים, לבין האומדן, שלו יש קונוטציה של אובייקטיביות וחיצונית ליחסי הצדדים, שכן השופט או הפרשן הוא שמבצע את פעולת האומדן. העברת הדגש מדעת הצדדים אל הפעולה החיצונית של אומד דעתם בידי הפרשן מתיישבת טוב יותר עם תורת הפרשנות התכליתית. כפי שהערתי בעבר, סטייה זו מלשון החוק המקורי הופיעה כבר בפסיקתו ובכתיבתו של השופט ברק באשר ללשון החוק המקורי (או בהתעלם ממנה), והתיישרה היטב עם התפיסה הפרשנית שלו.¹²³ המעבר מלשון נקבה ללשון זכר בהוראה שעניינה פירוש חוזים מצוי גם בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, כמצוטט לעיל.

שלישית, בצד החלפתו של סעיף קטן (א), התיקון החדש עיגן בחוק את כלל הפירוש נגד המנסח ועשה כן בגרסה מרחיבה למדי: די בכך שלאחד הצדדים הייתה "עדיפות בעיצוב תנאיו" של החוזה כדי שהחוזה יפורש לרעתו. לכלל הפירוש נגד המנסח הצדקות מגוונות. בדיעבד הצד המנסח נושא באחריות לאי-הבהירות, ולכן אך צודק שהוא שיישא בתוצאותיה. מלכתחילה הכלל ממריץ את המנסח להתנסח בבהירות ובכך למנוע את התקלות שמקורן בניסוח עמום. בכך הוא מגביר את הוודאות ומעביר לצד השני, שבמקרים רבים סובל מנחיתות אינפורמטיבית, מידע על תוכן הזכויות, החיובים והקצאת הסיכונים בחוזה. בהנחה הסבירה שחוזה המנסח בידי צד אחד בלבד ייטיב עם אותו צד, כלל הפירוש נגד המנסח תורם לחלוקה שוויונית יותר של הכוח בין הצדדים, ובפסלו

121 ראו ס' 123 (א) לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו–2006; משרד המשפטים הקודקס האזרחי: חוק דיני ממונות כרך א – נוסח לעיון הציבור, ס' 187 (א) (2004).

122 ראו מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי כרך א 421 (2005); שלו וצמח, לעיל ה"ש 118, בעמ' 15–16.

123 ראו למשל עניין אתא, לעיל ה"ש 61, בעמ' 304, 305, 309; זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 136.

תניות חד-צדדיות אף מקדם ערכים של שקילות, סבירות והוגנות.¹²⁴ המשותף לכל ההצדקות הללו הוא שאף אחת מהן אינה חותרת לחשיפת הרצון האקטואלי של מי שניסח את החוזה ובוודאי לא לפירוש המסמך מתוכו. משמע, שכלל זה מגשים באורח בולט ערכים חברתיים וציבוריים ולא דווקא את האוטונומיה של הצדדים לחוזה או את פשט לשונו. הרחבת תחולתו של הכלל גם למקרים שבהם שני הצדדים שותפים לניסוח החוזה, ובלבד שלאחד מהם הייתה עדיפות בעיצוב התנאים שלו, מקדמת ערכים אלה במידה יתרה. לא זו בלבד שסעיף 25(ב) החדש אינו מתיישב עם הכוונה להפוך את הלכת אפרופים ואינו תורם להחייאתה של תורת השלבים, לאמתו של דבר הוא עולה בקנה אחד עם המודל של הפירמדה ההפוכה ועם הערכים שבבסיסו!¹²⁵

אכן, כנגד שלושה מאפיינים אלה, המחזקים את תורת הפרשנות התכליתית, יש בחוק החדש גם תמיכה בולטת בתורת השלבים: כחריג לכלל של פנייה לחוזה ולנסיבות כאחד מורה הסיפה של סעיף 25(א) החדש, שאם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה לפי לשונו. אולם ספק אם אפילו חלק זה של הסעיף תומך באורח חד-משמעי בתורת השלבים.

ראשית, הביטוי "משתמע במפורש" סתור מתוכו. במינוח המקובל הסכמות יכולות להיות מפורשות או משתמעות. ממה נפשך, אם הצדדים קבעו דבר "במפורש", מה לי אומד דעתם? ואם מטרת הפרשן היא לגלות את "אומד דעתם של הצדדים" כפי שהוא "משתמע" מלשון החוזה – כיצד הוא יכול להיות "מפורש"?

שנית, בניגוד לעמדה אפשרית של הדוגלים בתורת השלבים, לפי הנוסח החדש רק אם אומד דעתם של הצדדים משתמע "במפורש" מלשון החוזה, אין לפנות למקורות שמעבר ללשון. אם אומד דעתם של הצדדים משתמע מתוך החוזה בכירור אך לא "במפורש", תחול הרישה של הסעיף המעניקה משקל שווה ללשון החוזה ולנסיבות עריכתו.

שלישית, גם במקרים שבהם חלה הסיפה, אין החוק מורה לפרש את החוזה באורח "מילולי" (כפי שנקבע בהצעת החוק הראשונה של חבר הכנסת לויץ),¹²⁶ ואפילו לא "לפי" לשונו של החוזה. די בכך שיפרש את החוזה "בהתאם ללשונו" – ביטוי שרקמתו פתוחה והוראתו נחרצת פחות משתי החלופות הללו. הדרישה שתהא התאמה בין לשון החוזה לבין פירושו קיימת גם בתורת הפרשנות התכליתית כפי שעוצבה בפרשת

124 ראו זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 30–32.

125 על המשמעות המעשית הדומה של תורת הפרשנות התכליתית וכלל הפירוש נגד המנסח במקרים שבהם האחרון חל, ראו ולר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 140–142.

126 לעיל ה"ש 117.

אפרופים והובהרה בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות, הגם שתורה זו מייחסת ללשון החוזה משקל פחות מזו שמייחסת לו תורת השלבים.¹²⁷ אפשר לפקפק אם אפילו בנוסחן המקורי היה בכוחן של הצעות החוק הפרטיות שקדמו לתיקון מס' 2 לחוק החוזים הכללי להכריע במחלוקת ביחס לפירוש חוזים. התיקון כפי שנתקבל למעשה משקף פשרה בין הדוגלים בביטולה של הלכת אפרופים לבין המצדדים בה. הוא בוודאי אינו מכריע במחלוקת זו אלא ממשיך לשקף את חילוקי הדעות שהתקיימו לפניו. מבחינות אחדות קיימים בו סימוכין לחיזוק תורת השלבים, ומבחינות אחרות – לחיזוק התורה התכליתית.

זאת ועוד, אפילו היה בכוחו של התיקון להקים לתחייה את תורת השלבים במובן הטכני שלה, ספק אם היה בו כדי לשנות את חלוקת הכוח בין הצדדים לבין בית המשפט בקביעת תוכנו של החוזה – היא השאלה המהותית שביסוד המחלוקת על הלכת אפרופים ותורת הפרשנות התכליתית. כמוסבר לעיל, אין קשר הכרחי בין השאלה הטכנית, שאלת האמצעים שבהם אוחדו בית המשפט בקביעת תוכנו של החוזה והרטוריקה שבה הוא משתמש, לבין השאלה המהותית – עד כמה נוהג בית המשפט באיפוק שיפוטי ונמנע מלקדם ערכים של הוגנות, שקילות וסבירות באמצעים פרשניים. גם נוסחו המקורי של סעיף 25(א), שלכאורה עיגן במשפטנו את תורת שני השלבים, לא אצר כוח למנוע את אימוצה של תורת הפרשנות התכליתית. אכן, אין לשלול את האפשרות שהביקורת הציבורית והמשפטית על האקטיביזם השיפוטי בתחום של פרשנות החוזה תוביל לפסיקה זהירה יותר, או לפחות לרטוריקה צנועה יותר של בתי המשפט בתחום זה.¹²⁸ אולם הכישלון של הניסיון לשנות את דיני פירוש החוזה באמצעות חקיקה – בדומה

127 ראו למשל עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 312; דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 28; עניין עיזבון מילגרם, לעיל ה"ש 22, בעמ' 157; ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 493–495.

128 השווה שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 658–659. שלו מצביעה על כך שגם אם אין להניח שהעמדה שהביע השופט חשין בעניין ארגון מגדלי ירקות תוביל להפיכתה של הלכת אפרופים, יש בה כדי להזיז מעט את נקודת האיוון בחלוקת הכוח בין הצדדים לבית המשפט באשר לקביעת תוכנו של החוזה, תזווה שבאה לידי ביטוי בנימה המתונה והמסויגת יותר של דברי השופטים שהגנו על ההלכה. ראו גם כהן "הניסוח בעייתני", לעיל ה"ש 118; ע"א 11039/07 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ (פורסם בנבו 6.7.2011) (להלן: עניין אליהו) (תיאור התיקון לחוק כמבטא עמדה הנותנת משקל מכריע ללשון החוזה, אך אינה מונעת פנייה לנסיבות חיצוניות כאשר הלשון אינה ברורה ופנייה כזו לנסיבות); תא"מ (שלום חי) 14794-03-09 תורן חברה לפיתוח ונכסים (1989) בע"מ נ' קוברא בורדו בע"מ (פורסם בנבו, 10.11.2011) (שם תיאר בית המשפט את התיקון לחוק כמעגן את תורת השלבים, מבלי שהדבר מנע ממנו לבסס את מסקנתו הפרשנית על מכלול של נסיבות חיצוניות למסמך, לרבות עדויות על נסיבות אלה והיעדרן של עדויות אחרות); תא"ק (שלום ת"א) 10316-01-10 לבייב נ' מעוז (פורסם בנבו, 2.10.2011) (אימוץ העמדה שהתיקון לחוק נועד להפוך את הלכת אפרופים מבלי שהדבר מנע הסתייעות בנסיבות החיצוניות למסמך).

לכישלון לעשות כן בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות ובהתבטאויותיו החוזרות ונשנות של השופט דנציגר – מעיד כמדומה על חוסנה של תורת הפרשנות התכליתית (וכמדומה גם של הפירמידה ההפוכה).

ה. תורת השלבים, פרשנות תכליתית וודאות משפטית

1. כללי

במקום אחר דנתי בהרחבה בשיקולים בעד ונגד העדיפות ההליכית שתורת השלבים נותנת למקורות הנתפסים כקרובים יותר לכוונה האקטואלית והסובייקטיבית של הצדדים ובשיקולים בעד ונגד העדיפות המהותית שתורה זו נותנת להגשמת כוונה זו על פני הגשמה של ערכים חברתיים וציבוריים.¹²⁹ מאחר שהיזמה לתיקון חוק החוזים הכללי מדגישה במיוחד את פגיעתה של הלכת אפרופים בוודאות המשפטית, ומאחר שמחקרים פסיכולוגיים ואמפיריים מהעת האחרונה שופכים אור חדש על היבט זה של המחלוקת, יש מקום להקדיש תשומת לב מיוחדת לנושא זה. הדיון לא יעסוק ביחס שבין ודאות משפטית לבין תכליות אחרות של הדין. ההנחה היא שוודאות היא אכן מטרה חשובה של דיני הפירוש וההשלמה, ולכן יש מקום לבחון את הטענה שהמעבר מתורת השלבים לתורת הפרשנות התכליתית פוגע בהגשמתה של מטרה זו.

בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות עמד השופט חשין על כך שרוחה של הלכת אפרופים "חתרה תחת הוודאות והביטחון שהם כה חשובים למי שכורתים חוזה ביניהם. לא בכדי שוררת בקרב רבים מן העוסקים במשפט – שופטים, עורכי דין וחכמי משפט – תחושה של חוסר ודאות מלונָה בחשש כי חוזה כתוב וחתום – ככתבו וכלשונו – אינו עוד יכול להבטיח את זכויות הצדדים לו, שכן כיום עשוי בית משפט לפרשו כדרכו וכי כל תוצאה (כביכול) ניתנת להשגה באמצעות פרשנות".¹³⁰ כיוצא בזה, דניאל פרידמן הצביע על ה"תחושה שלפיה אין בנמצא חוזה ברור, הכול פתוח, וכל תוצאה ניתנת להשגה באמצעות פרשנות".¹³¹ אפילו השופט ברק כתב בספרו על פרשנות החוזה כי "יש להודות בכך כי תורת שני השלבים מביאה לביטחון משפטי ולוודאות גדולים מאלה השוררים בגדרי הלכת אפרופים" והסתפק בהסבר שהפער בין ההלכות במונחים של ודאות וביטחון אינו גדול.¹³² ההנחה המקובלת היא אפוא שככל שמערכת הנורמות –

129 זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 79–129.

130 דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 39–40.

131 פרידמן "המונח פרשנות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 488. ראו גם שאר המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 43.

132 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 504. לדבריו, הפער בין ההלכות אינו גדול משום שגם הפעלתה של תורת השלבים דורשת סדרה של הכרעות הכרוכות בהפעלה של שיקול דעת. ראו גם הלה קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת: על ערכה של שפיטה שאינה יודעת גבולות (חוזיים)

במקרה זה, הנורמות החלות על פירוש והשלמה של חוזים – קונקרטית וספציפית יותר, כך היא מגבירה את הוודאות לעומת הנורמות המנוסחות בצורת סטנדרטים כלליים המבטאים ערכים מופשטים ומעניקים לבית המשפט שיקול דעת רחב בהפעלתם.¹³³ כמו כן, ההנחה היא שככל שמותר לבית המשפט להתחשב בנתונים עובדתיים רבים יותר בבואו לפרש את החוזה, כך מתרחב שיקול הדעת שלו ונפגעת הוודאות המשפטית. כדי להגביר את הוודאות המשפטית הציע השופט חשין להבחין בין עמימות גלויה וסמויה במסמך הכתוב. אם מדובר באי־בהירות הגלויה על פני הדברים (patent ambiguity), על בית המשפט להיעתר ללא סייג לבקשה להביא ראיות על נסיבות שמחוץ למסמך הכתוב. לעומת זאת, אם אי־בהירות היא סמויה (latent ambiguity), "לא יידרש בית המשפט לשמיעת ראיות אלא אם הצד המבקש להגיש אותן ראיות יסביר לבית המשפט מה טיבן של אותן ראיות וכיצד אוצלות הן על פירושו של החוזה."¹³⁴ כמו כן הציע השופט חשין להבחין בין סוגים שונים של חוזים, בין חוזים מסחריים ושאינם מסחריים, בין חוזים שערכו עורכי דין לחוזים שלא נערכו בידי עורכי דין, בין חוזה שנערך בין שני אנשים שעיסוקם בתחום החוזה לבין חוזה שנערך בין מי שעיסוקו באותו תחום לבין לקוח מזדמן וכדומה.¹³⁵ כיוצא בזה הוצע בספרות המשפטית להבחין בין כללי הפרשנות שיחולו על חוזי יחס לבין הכללים שיחולו על עסקאות חד־פעמיות.¹³⁶ ניתנת האמת להיאמר, שכבר לפני פסק דין אפרופים לא פעלו בתי המשפט לפי מערכת כללים מפורטת שכזו (אפילו במישור הרטורי).¹³⁷ כחלק מהמגמה הכללית

מהם" ספר ברק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 411, 457–460. אף קרן אינה כופרת בכך שהלכת אפרופים עשויה לפגוע בוודאות המשפטית ואף היא טוענת שהפגיעה היא בחלקה מדומה ובחלקה מוצדקת. 133 ראו גם Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685, 1687–1692 (1976); Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 YALE L.J. 823, 841 (1972); Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379, 400 (1985); מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321, 329–325 (1987). שלאג כותב בהקשר זה (Schlag, שם, בעמ' 405): "It is extremely difficult to shake the view that rules are certain and predictable and that standards are flexible and individualized. We are likely to regard a person suggesting that standards are just as certain as rules and that rules are just as flexible as standards with the withering grimace usually reserved for lunatics who spend their time arguing against tautologies".

134 דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 52.

135 שם, בעמ' 53–54.

136 מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 48, בעמ' 46–47.

137 אין זה מקרי שהאסמכתה שמצא השופט חשין בדנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 1, להבחנה בין אי־בהירות גלויה וסמויה במסמך היא ישנה למדי: ע"א 152/57 פיקסמן נבנצל נ' "שמן" תעשיית שמנים ישראלית בע"מ, פ"ד יא(3) 1439 (1957).

במשפטנו של העדפת המהות על פני הצורה והמרת כללי קבילות בכללי משקל,¹³⁸ גם תורת השלבים הייתה נתונה לתהליך שקט של דעיכה וניוון.¹³⁹ אולם אפשר להתרשם כיצד היו נראים דיני פירוש החוזה אילו הושבה עטרת תורת השלבים ליושנה על ידי עיון בדוקטרינות המקבילות במשפט האנגלו-אמריקאי, "כלל הראיה בעל פה" (Parol Evidence Rule) ו"כלל המשמעות הברורה" (Plain Meaning Rule). כך למשל תת-הפרק של הרסטייטמנט האמריקאי שעניינו התוצאות של העלאת חוזה על הכתב¹⁴⁰ פותח ומסביר שכדי למנוע חילוקי דעות בדיעבד ולהגביר את הוודאות באשר לתוכן הסכמתם, פעמים רבות מעלים הצדדים את ההסכמה ביניהם על הכתב. לפיכך ניתן תוקף מיוחד למסמך שהצדדים אמצו כביטוי הסופי של הסכמותיהם. מסמך זה מכונה "integrated agreement". לפי סעיף 209 לריסטייטמנט, על בית המשפט לקבוע אם מסמך כלשהו הוא אכן integrated agreement כשאלה מקדמית לפני שהוא עוסק בשאלות פרשנות או בכלל הראיה בעל פה. כאשר לפי המסומות של המסמך ומושלמותו הוא נחזה כהסכם שלם, הוא ייחשב ל-integrated agreement, זולת אם יוכח באמצעות ראיות אחרות שהוא לא היה ביטוי סופי של הסכמות הצדדים. סעיף 210 מבחין בין Completely Integrated Agreement ו-Partially Integrated Agreement. על בית המשפט להכריע בשאלה אם מדובר ב-integrated agreement שלם או חלקי כשאלה מקדמית לפירוש ההסכם או להחלת כלל הראיה בעל פה. לפי סעיף 211, כאשר אדם חותם על מסמך או מביע את הסכמתו לאמור בו בדרך אחרת, ויש לו סיבה להאמין שמסמכים מעין אלה משמשים בדרך כלל לבטא את התניות של הסכמים מאותו סוג, הוא מאמץ בכך את המסמך כ-integrated agreement ביחס לתניות הכלולות בו, אף אם לא ידע או הבין את התניות שבמסמך. אולם אם לצד השני הייתה סיבה להאמין שרעהו לא היה מסכים למסמך אילו ידע שהמסמך כולל תניה כלשהי, אותה תניה איננה חלק מהחוזה. סעיף 212(1) מורה שהפירוש של integrated agreement מכוון למשמעות של התניות שבמסמך לאור הנסיבות. סעיף 213 קובע את כלל הראיה בעל פה. הוא קובע ש-binding integrated agreement מבטל הסכמות קודמות במידה שאינן מתיישבות עם האמור בו, ככל שהן מתייחסות לעניינים המוסדרים בו. ככלל, integrated agreement שאינו תקף, שבוטל כדין, אינו מבטל הסכמות קודמות בין הצדדים. אולם גם integrated agreement שאינו

138 ראו למשל מאוטנר ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 95, בעמ' 52-56; אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197, 207-209 (1992); קנת מן "דיני ראיות" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג 611 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994); אלכס שטיין "סעיף 10א לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופסיקתו של בית המשפט העליון" משפטים כא 325 (1992) (ביקורת על מגמה זו בהקשר של קבילות ראיות במשפט הפלילי); אהוד קמר "לקראת ביטולה של הלכת קינוזי" הפרקליט מב 548 (1996).

139 זמיר "אקטיביזם ואיפוק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 387.

140 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §§ 209-218 (1981).

תקף עשוי לשלול את התוקף של הסכמות קודמות, שהיו נחשבות חלק מהחוזה אלמלא נחשב המסמך integrated agreement. על אף האמור בסעיף 213 הסכמים ומשאים ומתנים שקדמו לאימוץ המסמך בכתב, או שנערכו בד בבד עמו, קבילים כדי להוכיח שמסמך איננו integrated agreement, כדי להכריע בשאלה אם מדובר ב-integrated agreement שלם או חלקי, כדי להוכיח את משמעות המסמך, כדי להוכיח טענות של אי-חוקיות ופגמים בכריתה וכדי להוכיח טיעונים הקשורים לזכאות לתרופות בשל הפרה (סעיף 214). ככלל, הסכמים מוקדמים ומשא ומתן מוקדם אינם קבילים כדי לסתור תניה שבחוזה (סעיף 215). אולם ראיות על תניות נוספות המתיישבות עם האמור במסמך קבילות לפי סעיף 216, זולת אם מצא בית המשפט שהמסמך הכתוב נועד למצות את המוסכם בין הצדדים. מסמך אינו נחשב completely integrated אם חסרה בו תניה המתיישבת עם האמור בו, שההסכמה עליה נתמכה בתמורה נפרדת, ושכונסיבות העניין היה טבעי להשמיטה מהמסמך (סעיף 216(2)). לפי סעיף 217, אם הצדדים למסמך מסכימים בעל פה שקיום החוזה מותנה בתנאי, ההסכם אינו נחשב integrated ביחס לתנאי שבעל פה. סעיף 218(1) מוסיף וקובע שעל אף כלל הראיה בעל פה, אם המסמך הכתוב מכיל קביעה עובדתית כלשהי, אין מניעה להוכיח בראיות חיצוניות שהעובדה אינה אמת.

לכאורה מערכת כללים מפורטת שכזו מצמצמת את כוחו של בית המשפט להתחשב בנסיבות שמחוץ למסמך הכתוב ואת היקף שיקולי המדיניות שמותר לו להביא בחשבון. על כן היא מגבירה את הוודאות והביטחון המשפטי, כלומר את היכולת לחזות כיצד יפרש בית המשפט את החוזה. לעומת זאת תורת הפרשנות התכליתית פותחת פתח רחב וכמעט בלתי מוגבל להסתייעות בראיות שמחוץ למסמך הכתוב ונותנת לגיטימציה לפירוש החוזה בהתחשב בסטנדרטים עמומים של תום לב, סבירות והיגיון כלכלי. פתיחות ראייתית ונורמטיבית זו מעצימה לכאורה את שיקול הדעת השיפוטי ומקשה לחזות את תוצאותיו. לכאורה, אך כנראה לא למעשה. לערעורן של ההנחות המתוארות חוברים הארותיהם של הריאליסטים האמריקאיים משנות השלושים והארבעים של המאה העשרים וממצאים של ניסויים פסיכולוגיים ומחקרים אמפיריים מהשנים האחרונות.

2. תאוריה

כידוע, אחת ההארות המרכזיות של הראליזם המשפטי האמריקאי – שאומצה על ידי אנשי הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies) בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים – היא שאין בכוחן של נורמות כלליות, תהיינה מפורטות ככל שתהיינה,

להתוות את ההכרעה המשפטית במקרה נתון.¹⁴¹ לצורך הדיון הנוכחי, אין צורך להתחבט בשאלה מהו התיאור ההולם ביותר של מערכת המשפט על פני הספקטרום שבין יכולת מושלמת של כללים משפטיים לקבוע את ההכרעה בכל ההתדיינויות לבין אי-יכולת שלהם להכתיב את ההכרעה בהתדיינות כלשהי. לענייננו חשובות, ראשית, ההארה בדבר עמימותה של הלשון האנושית ותלותה בהקשר הדברים; שנית, ההארה בדבר שיקול הדעת הרחב של בית המשפט לבחור בין כללים שונים העשויים לחול על אותה מערכת נסיבות עובדתית. ההארה הראשונה נדונה בהרחבה יתרה בפולמוס על תורת הפרשנות התכליתית, בדיני חוזים ומחוצה להם,¹⁴² ועל כן נתמקד בהארה השנייה. באורח פרדוקסלי, ככל שמערכת הכללים מפורטת יותר, ככל שהיא כוללת כללים רבים יותר, סייגים רבים יותר לכללים, חריגים רבים יותר לכללים ולסייגים וכן הלאה, כך גדל כוחו של השופט לבחור מהו הכלל, הסייג או החריג שיחול על מקרה כלשהו.¹⁴³ אחת הדוגמאות המובהקות לקוצר ידם של כללים מפורטים להתוות את ההכרעה השיפוטית בסכסוך קונקרטי או לכוון את התנהגות הצדדים מראש כדי להימנע מסכסוכים – דוגמה החוזרת שוב ושוב בספרות בנושא זה – היא מסכת הכללים, הסייגים והחריגים המרכיבים את "כלל הראיה בעל פה".¹⁴⁴ לא ייפלא אפוא שהוועדה (Law Commission),

141 ראו למשל Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, 30 COLUM. L. REV. 431 (1930); Karl N. Llewellyn, *On Reading and Using the Newer Jurisprudence*, 40 COLUM. L. REV. 581 (1940); Andrew Altman, *Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin*, 15 PHIL. & PUB. AFF. 205, 208–209 (1986); Joseph William Singer, *Legal Realism Now*, 76 CAL. L. REV. 467, 469–470 (1988)

142 ראו למשל גר טרסקי "קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן" מסות במשפט 1 (1978); ברק תורת הפרשנות, לעיל ה"ש 17, בעמ' 83–90; פרידמן "המונח פרשנות", לעיל ה"ש 43; מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 48, בעמ' 48–50.

143 השו" 27 AUSTL. J. LEG. PHIL. 47, 64 (2002) ("A proliferation of more specific laws is a resource to expand Braithwaite discretion, not a limitation upon it") ("אפוקטיביות והוודאות של כללי פיקוח על מוסדות סיעודיים (ראו להלן ה"ש 168 והטקסט הצמוד לה). ראו גם Schlag, לעיל ה"ש 133, בעמ' 405–418 (דקונסטרוקציה של ההנחה בדבר הוודאות של כללים והגמישות של סטנדרטים).

144 ראו למשל Arthur L. Corbin, *The Parol Evidence Rule*, 53 YALE L.J. 603, 609–610 (1944); K.N. Llewellyn, *The Modern Approach to Counselling and Advocacy – Especially in Commercial Transactions*, 46 COLUM. L. REV. 167, 170–175 (1946); Clare Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 (Modern Approach MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES 48 (1987); Charles M. Yablon, *The Indeterminacy of the Law: Critical Legal Studies and the Problem of Legal Explanation*, 6 CARDOZO L. REV. 917, 930 (1985); David Kairys, *Law and Politics*, 52 GEO. WASH. L. REV. 243, 246 (1984)

שבדקה באנגליה בשנות השמונים של המאה העשרים את הצורך ברפורמה בנושא כלל הראיה בעל פה, הגיעה למסקנה שאין צורך בביטול חקיקתי של הכלל, משום שהוא כבר התמוטט מעצמו אל תוך סייגיו וחריגיו.¹⁴⁵

אכן, אילו היה אפשר להמיר את תורת הפרשנות התכליתית בכלל יחיד – למשל שכל מילה בחוזה תפורש לפי ההגדרה הראשונה שלה במילון כלשהו, בהתעלם מההקשר שבו נערך החוזה, מההיגיון הכללי של העסקה, מכוונת הצדדים ומכל שיקול וערך אחר – ייתכן שהדבר היה מגביר את הוודאות המשפטית. אולם כלל כזה היה מסכל את תכליותיו הראויות של הליך הפירוש, תהיינה אשר תהיינה, ולכן הוא איננו חלופה אמיתית לתורת הפרשנות התכליתית או לתורת השלבים כפי שהיא נתפסת בעיני המצדדים בה.¹⁴⁶ בהינתן התכליות המהותיות של הליך הפירוש (תהיינה אשר תהיינה), הניסיון לכבול ולצמצם את שיקול דעתו של הפרשן על ידי תיעולו לכללים ספציפיים המצמצמים את היקף הנתונים העובדתיים ואת מגוון התכליות הנורמטיביות שמותר להתחשב בהם (לפחות במפורש), לא זו בלבד שאינו מגביר את הוודאות אלא דווקא מפחית אותה.

Lon Fuller מביא בהקשר זה דוגמה מניסיונו בהוראת דיני הקניין. לאחר שדן עם תלמידיו בפרטי הדינים המסדירים רכישת זכויות במיטלטלין מכוח תפיסת החזקה (בפרט הצורך בשליטה מעשית ובכוונה לשלוט בנכס), הוא נהג להציג להם את השאלה הזאת: נניח ששני אנשים שאינם קשורים זה לזה, A ו-B, עוסקים בציד ברווזים באותו מקום. A יורה בברווז והברווז נופל לזרועותיו של B המופתע. של מי הברווז? בדרך כלל, כך מתאר פולר, הכיתה נחלקה לשני מחנות שווים פחות או יותר: אלה שטענו בלהט שהברווז שייך ל-B (משום שהוא השולט בנכס), ואלה שסברו שהוא שייך ל-A (למשל, משום שלא הייתה ל-B כוונה לשלוט בנכס). לאחר שהדיון התקיים זמן מה, ביקש פולר מתלמידיו לשכוח את הכללים המשפטיים שלמדו בסוגיה זו ולהכריע מי הוא בעל הברווז בהתעלם מאותם כללים. בשלב זה נעלמו כל חילוקי הדעות והכיתה

LAW COMMISSION, LAW OF CONTRACT: THE PAROL EVIDENCE RULE (Report no. 154, 145 (1986).

146 כיוצא בזה, ההשוואה דנן בין כללים וסטנדרטים מתמקדת במקרים העשויים להצריך הכרעה שיפוטית ולא במקרים שבהם התשובה המתבקשת היא כה ברורה וחד-משמעית עד שאין משמעות לבחירה בין כללים לסטנדרטים (כמו למשל המסקנה שחווה למכירה של כיכר לחם במכולת אינו כולל התחייבות של המוכר למסור לקונה גם את דירתו או לצאת עמה לטיול בדרום אמריקה). בהקשר זה Braithwaite, לעיל ה"ש 143, מעלה את ההשערה שכללים עשויים להשיג ודאות רבה יותר מאשר סטנדרטים כאשר מדובר בשאלות טריוויאליות כמו אם הפעולות הרגילות הכרוכות בהכנה של ארוחת בוקר הן עבירה על החוק, אך שסטנדרטים משיגים יתר ודאות כאשר מדובר בתופעות מורכבות, בסביבות משתנות ובמחלוקות על עניינים בעלי שווי גבוה. מאחר שהתדיינות משפטיות על פירוש והשלמה של חוזים משתייכות כמעט תמיד לקבוצה האחרונה, לא אבחן את תוקף ההשערה של Braithwaite באשר לקבוצה הראשונה.

התאחדה סביב המסקנה שהברווז שייך ל-A ("משום שהוא זה שירה בו").¹⁴⁷ לא זו בלבד שהוויתור על שימוש בפרטי ההלכות המשפטיות לא פגע באפשרות לחזות כיצד יכריע כל אחד מהתלמידים בשאלה שבמחלוקת; הוא חיזק אותה בעליל. כאשר מנתחים את השפעת הבחירה בין תורת השלבים לתורת הפרשנות התכליתית על הוודאות המשפטית, יש לתת את הדעת על שתי הבחנות: הבחנה אחת – המתקשרת לדוגמה של פולר – היא בין ציפיות הצדדים לציפיות של עורכי דינם. כפי שכתב פולר: "Legal certainty for the layman is not predictability of judicial decision, it is congruence between legal rules and the ways of life"¹⁴⁸. באורח טיפוסי הכוונה האקטואלית המשותפת של הצדדים לחוזה היא שכל אחד מהם ינהג כלפי רעהו בסבירות, בהתחשבות הדדית ובהגינות, ולא דווקא לפי דקדוקי התניות הלגליסטיות שכללו באי כוחם בחוזה, ביריעתם או שלא ביריעתם. מבחינה זו, גם אילו דבקות בניסוחים הלגליסטיים הייתה מגבירה את הוודאות והביטחון מנקודת מבטם של עורכי הדין, היא הייתה עלולה דווקא לסכל את הציפיות והכוונות של הצדדים עצמם.¹⁴⁹ בהנחה המסתברת שהיעד הוא הגברת הביטחון של כלל האנשים העורכים חוזים, ולא דווקא של עורכי הדין, הבחנה זו מחזקת את המסקנה שדווקא תורת הפרשנות התכליתית מגבירה את הוודאות.¹⁵⁰ אולם גם אם חרדים לביטחון של עורכי הדין ולא להגשמת הציפיות של הצדדים לחוזים, הגברת הפירוט של הכללים אינה מקדמת את הוודאות המשפטית מהסיבות שתוארו למעלה.

ההבחנה השנייה היא בין יכולת הצפייה של ההכרעה השיפוטית אחרי שנתגלע בין הצדדים סכסוך והם עומדים בפני התדיינות משפטית או בעיצומה, לבין היכולת לקבוע מראש את תוכן החוזה בשלב הכריתה. הטיעון הראליסטי בדבר היחס ההפוך בין מידת הפירוט של הכללים המשפטיים לבין הוודאות המשפטית מתייחס לא רק לשלב ההתדיינות אלא גם לייעוץ המשפטי בשלב המוקדם של תכנון ההתקשרות ועריכת החוזה. גם בשלב זה, ככל שהכללים מורכבים ומסועפים יותר – כמתחייב מהשילוב בין שימוש בכללים קונקרטיים לבין השאיפה להגשים תכליות מהותיות, בין שהן מתמצות בהגשמה של כוונת הצדדים ובין שהן מגוונות יותר – כך קטנה האפשרות להבטיח מראש שתושג תוצאה משפטית ודאית בגלל המניפולטיביות של מערכת הכללים

L.L. Fuller, *American Legal Realism*, 82 U. PA. L. REV. 429, 431–438, esp. at 435–436 (1934).

148 שם, בעמ' 432.

149 ראו גם Karl N. Llewellyn, *What Price Contracts? – An Essay in Perspective*, 40 YALE L.J. 704, 712–713 (1931); זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 82–86; Posner, לעיל ה"ש 62,

בעמ' 1607.

150 ראו גם קרן, לעיל ה"ש 132, בעמ' 457–460.

המורכבת.¹⁵¹ יש להודות שהטיעון בדבר אי-הוודאות בעת כריתת החוזה חזק פחות מהטיעון המתייחס למועד הסכסוך, משום שבשלב הכריתה עדיין אין מידע על התנהגות הצדדים אחרי כריתת החוזה, וייתכן שלעורכי הדין יש רק מידע חלקי על מצגים והתנהגויות קודמות בין הצדדים עצמם (כשם שלצדדים עשוי להיות מידע חלקי בלבד על דברים שהוחלפו בין עורכי הדין). כלל המורה להתעלם מכל מה שלא היה ידוע לצדדים או לעורכי דינם בעת הכריתה עשוי, לפחות לכאורה, להגביר את יכולת התכנון והצפייה. בד בבד מסתבר שגם בעת הכריתה, עורך דין שיתבקש לחזות את הפרשנות השיפוטית של החוזה על סמך הנחות כלשהן באשר להתנהגות הצדדים בעבר או בעתיד, יוכל לעשות כן במשטר משפטי של תורת הפרשנות התכליתית ביתר ביטחון מאשר במשטר של תורת השלבים. בהסתמך על תחזית זו הוא יוכל לייעץ ללקוחו כיצד לנהוג לפני כריתת החוזה ואחריה כדי להשיג את התוצאות המשפטיות הרצויות.

3. ממצאים אקספרימנטליים ואמפיריים

הטיעונים התאורטיים דלעיל נתמכים בממצאים של שני מחקרים ניסויים רחבי היקף שנערכו באוסטרליה באשר להשפעה של אופן קביעתן של נורמות משפטיות – כללים מפורטים לעומת סטנדרטים כלליים – והיקף הנתונים שבהם מתחשב השופט, על היכולת לחזות את ההכרעה השיפוטית בתחום של דיני חוזים.¹⁵² הם אף נתמכים בממצאים של מחקר אמפירי גדול שעסק באפקטיביות ובוודאות של שיטות פיקוח שונות על מוסדות סיעודיים באוסטרליה ובארצות הברית – שיטות המבוססות על קביעת תקנים מדוקדקים לעומת כאלה המסתפקות בסטנדרטים עמומים.¹⁵³

151 להסבר מפורט ומוחשי של טענה זו ראו Llewellyn, *Modern Approach*, לעיל ה"ש 144, בעמ' 175–170.

152 M.P. ELLINGHAUS & E.W. WRIGHT WITH M. KARRAS, *MODELS OF CONTRACT LAW: AN EMPIRICAL EVALUATION OF THEIR UTILITY* (2005) (להלן: ELLINGHAUS & WRIGHT); E.W. Wright, M.P. Ellinghaus, N.M. Close & Andrew Heathcote, *The Effect of Rule Determinacy on Deciding Contract Disputes: Experimental Data and Cognitive Theory* (July 12, 2011) (unpublished manuscript), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1884195 (להלן: Wright et al.). לסיכום הממצאים של המחקר הראשון ראו M.P. Ellinghaus & E.W. Wright, *The Common Law of Contracts: Are Broad Principles Better than Detailed Rules? An Empirical Investigation*, Wright & Ellinghaus, *The Common Law of Contracts* 11 TEX. WESLEYAN L. REV. 399 (2005).

153 John Braithwaite & Valerie Braithwaite, *The Politics of Legalism: Rules Versus Standards* in *Nursing-Home Regulation*, 4 SOC. & LEG. STUD. 307 (1995). ראו גם Braithwaite, לעיל ה"ש 143.

במחקר הראשון, שפורסם בשנת 2005, השוו החוקרים בין מודלים שונים של נורמות משפטיות: כללים מפורטים (המבוססים על המשפט המקובל הנוהג באוסטרליה), כללים מפורטים קצת פחות (הלקוחים מתוך ה- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) וסטנדרטים כלליים מאוד (הלקוחים מתוך הצעה להסדרה חקיקתית של דיני החוזים שפרסמה ה- Law Reform Commission of Victoria באוסטרליה בשנת 1992 והמקיפה את כל דיני החוזים ב-27 נורמות בלבד (!) המכילות סטנדרטים רחבים ועמומים). מאחר שההבדל בין שני המודלים הראשונים אינו כה גדול (מבחינת דרגת הפירוט שלהם ומבחינת ממצאי המחקר), נתמקד בהמשך בהשוואה בין המודלים הראשון והשלישי.

המחקר כלל שלושה ניסויים. בניסוי מס' 1 קיבלו סטודנטים למשפטים בשנים מתקדמות תיאור של סכסוך משפטי חוזי והתבקשו להכריע במחלוקת לפי אחד המודלים של נורמות משפטיות שנמסרו להם, ולנמק את הכרעתם. תיאורי המקרים התבססו על פסקי דין אמתיים שבהם נחלקו הדעות בערכאת הערעור ושאינם נלמדים בקורס בדיני חוזים. הנסיינים השתמשו בתיאורים של עשרה סכסוכים משפטיים שונים שהקיפו סוגיות מגוונות בדיני חוזים. ניסוי 2 חזר על ניסוי 1, אך בו הסטודנטים נתבקשו לעבוד בזוגות.¹⁵⁴

בניסוי מס' 3 הוצגו לסטודנטים שאינם תלמידי משפטים "פסקי דין" שכתבו הנסיינים. פסקי הדין התייחסו לכל אחד מעשרת המקרים הנזכרים לעיל. לכל מקרה הוכנו שישה פסקי דין: שלושה שבהם ההכרעה הייתה לטובת התובע – כל אחד על סמך אחד משלושת המודלים של נורמות הנזכרים לעיל – ושלושה שבהם ההכרעה הייתה לטובת הנתבע – לפי אותם שלושה מודלים. כל משתתף התבקש לקרוא שני פסקי דין העוסקים באותו סכסוך, אחד המכריע לטובת התובע ואחד המכריע לטובת הנתבע, ולהשיב על סדרה של שאלות בעניינם.¹⁵⁵

כמדד למידת הוודאות (certainty) והצפייות (predictability) של הדין בניסויים מס' 1 ו-2 שימשה מידת תמימות הדעים בין ההכרעות. למשל, אם כל המשתתפים פסקו לטובת התובע באחד המקרים לפי אחד המודלים המשפטיים, הרי שאפשר לומר שהדין הוא ודאי וההכרעה ניתנת לצפייה מראש ברמה גבוהה של ודאות. לעומת זאת, אם מחצית

154 בסך הכול כללו שני הניסויים 60 תנאים: עשרה תסריטים x שלושה מודלים של נורמות משפטיות x שתי שיטות עבודה (לחוד או בזוגות). מאחר שבכל תנאי השתתפו עשרה משיבים בודדים (בניסוי 1) ועשרה זוגות (בניסוי 2), השתתפו בניסוי 900 סטודנטים בסך הכול.

155 מחצית מהנשאלים קראו תחילה את ההכרעה שלטובת התובע ומחציתם קראו תחילה את ההכרעה שלטובת הנתבע. מאחר שייכתנו תשעה שילובים בין שלושת פסקי הדין שלטובת התובע לשלושת פסקי הדין שלטובת הנתבע, כלל הניסוי 90 תנאים: תשעה שילובים x עשרה תסריטים (ולמעשה 180, אם מתחשבים בסדר השונה של הצגת פסקי הדין). בכל תנאי השתתפו עשרה משיבים, ובסך הכול השתתפו גם בניסוי זה 900 סטודנטים.

המשתתפים פסקו לטובת התובע ומחצית לטובת הנתבע, אפשר לומר שהדין הוא בלתי ודאי וההכרעה בלתי צפויה, שכן גם הכרעה שהייתה מתקבלת בהטלת מטבע הייתה עשויה להוביל לאותה התפלגות. כיוצא בזה, אם תשעה מתוך עשרה משתתפים בתנאי כלשהו בניסוי 1 (או תשעה מתוך עשרה זוגות בניסוי 2) הגיעו לאותה מסקנה, הרי שהדין ודאי וצפוי יותר מאשר אם רק שבעה מתוך העשרה הגיעו לאותה מסקנה.

הממצא הבולט ביותר של ניסויים 1 ו-2 היה שהכרעה לפי מערכת של כללים מפורטים אינה מגבירה את הוודאות והצפיות של ההכרעה בהשוואה להכרעה לפי סטנדרטים כלליים. שיעור ההסכמה על התוצאה, המשמש מדד לוודאות הדין ולצפיות ההכרעות, לא היה גדול יותר לפי כללים מפורטים מאשר לפי סטנדרטים. תוצאות מעניינות נוספות נמצאו כאשר בחנו את התוצאות בחלוקה של עשרת המקרים לשתי קבוצות: המקרים הקשים יותר והמקרים הקלים יותר, לפי מיטב השיפוט של הנסיינים באשר לקושי להכריע במחלוקת. בחלוקה זו התגלו הבדלים מובהקים בין סוגי הנורמות. בהכרעות לפי מודל הכללים לא היה הבדל בין מידת הוודאות של ההכרעה בין מקרים קשים למקרים קלים. כלומר, אותו שיעור של אי-הסכמה בין המשיבים התקיים בין אם מדובר במקרים קלים ובין אם במקרים קשים. לעומת זאת במודל הסטנדרטים התגלה הבדל מובהק במידת הוודאות והצפיות של ההכרעה השיפוטית: במקרים הקלים רמת הוודאות עלתה במידה רבה, ואילו במקרים הקשים היא פחתה במידה ניכרת.¹⁵⁶

בניסוי 3 התבקשו המשתתפים בין היתר להעריך את פסקי הדין שקראו לפי מידת ההוגנות של התוצאה ולפי השאלה עד כמה התחשב פסק הדין בכל העובדות החשובות של המקרה. במקרים הקלים (לפי סיווג הנסיינים), היה הבדל מובהק בין שני המודלים של הנורמות: כאשר היה מדובר בפסקי דין שהתבססו על מערכת כללים מפורטת, לא הייתה כל קורלציה בין מידת ההוגנות לבין מידת ההתחשבות בכלל הנסיבות. כלומר, משיבים שסברו כי פסק הדין הוגן, לא נבדלו ממשיבים שסברו שפסק הדין אינו הוגן מבחינת המידה שבה להערכתם פסק הדין התייחס לכלל הנסיבות. לעומת זאת במקרה של משיבים שהעריכו פסקי דין שהתבססו על סטנדרטים כלליים, ההבדל היה מובהק: ככל שמשיבים חשבו שפסק הדין הוגן יותר, כך הם חשבו שהוא התחשב בכלל העובדות החשובות, וככל שהם סברו שפסק הדין אינו הוגן, כך הם חשבו שהוא התעלם מעובדות חשובות. בהנחה שעל הדין להסב את תשומת לבו של השופט לכלל הנתונים העובדתיים החשובים של הסכסוך (ובהנחה שמקבלים את שיפוטם של המשתתפים בניסוי לגבי עניין זה), הממצא הנדון מעיד שסטנדרטים כלליים מצליחים בכך יותר מכללים מפורטים.¹⁵⁷

156 ELLINGHAUS & WRIGHT, MODELS OF CONTRACT LAW 156, לעיל ה"ש 152, בעמ' 38-41;
Ellinghaus & Wright, *The Common Law of Contracts*, לעיל ה"ש 152, בעמ' 411-413.
157 ELLINGHAUS & WRIGHT, MODELS OF CONTRACT LAW 157, לעיל ה"ש 152, בעמ' 72-74;
Ellinghaus & Wright, *The Common Law of Contracts*, לעיל ה"ש 152, בעמ' 413-416.

כלומר, מודל הסטנדרטים נמצא עדיף על מודל הכללים בהפניית תשומת הלב לכלל נסיבות המקרה.

תוצאות דומות נמצאו בניסוי 3 גם באשר להערכת ההוגנות של פסקי הדין ומידת ההסכמה עם התוצאה של פסק הדין. הממצא העיקרי בהקשר זה היה שסטנדרטים כלליים אפשרו לקוראים להבחין הבחנה ברורה יותר בין תוצאות הוגנות ובלתי הוגנות, לפחות במקרים הקלים יחסית. העובדה שמערכת כללים מפורטת אינה מסייעת לקוראים של פסקי דין לזהות מהי התוצאה ההוגנת במקרים קלים היא חיסרון של מערכות כללים מפורטות. מנגד, אין זה מפתיע שהקוראים יתקשו להבחין בין תוצאות הוגנות ובלתי הוגנות במקרים קשים.¹⁵⁸

כפי שאפשר לצפות, הניסוי העלה שהקוראים סברו שפסקי דין המבוססים על מערכות כללים מפורטות היו "טכניים" (technical) יותר מאלה שיישמו סטנדרטים כלליים. כמו כן התגלה הבדל מובהק בקורלציה שבין מידת ההוגנות של התוצאה למידת הטכניות של ההנמקה. הקוראים של פסקי דין שהתבססו על כללים מפורטים העריכו פסקי דין הוגנים ובלתי הוגנים (כשלעניין זה המדרג להוגנות פסק הדין היה מידת התאמתו להכרעה של דעת הרוב במקרה האמתי שעליו התבסס תיאור העובדות) כטכניים באותה מידה. לעומת זאת הקוראים של פסקי דין שהתבססו על סטנדרטים העריכו את פסקי הדין ההוגנים (כלומר אלה שתאמו את מה שהחליט בית המשפט במקרה האמתי) כטכניים פחות מפסקי הדין הבלתי הוגנים.¹⁵⁹ ממצא מעניין נוסף הוא שמבין כל הסוגים של פסקי הדין, בחלוקה למקרים קשים וקלים (לפי שיפוטם של הנסיינים) ובחלוקה לאלה שהחילו כללים ספציפיים לעומת סטנדרטים עמומים, פסקי הדין במקרים קלים שהסתמכו על כללים ספציפיים צוינו יותר מכל האחרים כמבוססים על הנמקה טכנית.¹⁶⁰

כרגיל במקרים שבהם מבקשים ללמוד מממצאים ניסויים על העולם האמתי, גם במקרה הנדון יש מקום לזהירות. במיוחד אפשר לעורר שאלות באשר לפער בין סטודנטים לבין שופטים ועורכי דין. למשל, אפשר לטעון שסטודנטים שולטים בכללים משפטיים ספציפיים פחות ממשפטים מנוסים, ולכן אי-יכולתם להגיע לתוצאות אחידות וצפויות יותר לפי מודל הכללים נובעת ממגבלות אלה. אפשר לטעון אף שהשימוש בתסריטים המבוססים על מקרים שערכאת הערעור נחלקה בעניינם בבואה להכריע לפי משטר של כללים יוצרת הטיה נגד כללים. למרות הסתייגויות אלה ואחרות, נראה

158 ELLINGHAUS & WRIGHT, MODELS OF CONTRACT LAW, לעיל ה"ש 152, בעמ' 61, 66-71; Ellinghaus & Wright, *The Common Law of Contracts*, לעיל ה"ש 152, בעמ' 417.
159 ELLINGHAUS & WRIGHT, MODELS OF CONTRACT LAW, לעיל ה"ש 152, בעמ' 71-72; Ellinghaus & Wright, *The Common Law of Contracts*, לעיל ה"ש 152, בעמ' 417-418.
160 ELLINGHAUS & WRIGHT, MODELS OF CONTRACT LAW, לעיל ה"ש 152, בעמ' 71; Ellinghaus & Wright, *The Common Law of Contracts*, לעיל ה"ש 152, בעמ' 419.

שהמחקר מניח בסיס טוב למסקנה שסטנדרטים מגבירים את הוודאות והצפיות של ההכרעה המשפטית במקרים קלים ואינם גורעים מהצפיות והוודאות של ההכרעה במכלול המקרים. כמו כן המחקר מצביע על היתרונות של נורמות המנוסחות בצורת סטנדרטים בהכוונת השופט להתחשב בכל הנסיבות הרלוונטיות של המקרה. ממצאים אלה מערערים את ההנחה הרווחת שכללים משפטיים מבטיחים ודאות משפטית ויכולת לחזות את תוצאות ההכרעה השיפוטית במידה גדולה יותר מאשר סטנדרטים משפטיים. כמתואר לעיל, תורת השלבים נבדלת מתורת הפרשנות התכליתית בין היתר בכך שהאחרונה נזקקת יותר לסטנדרטים משפטיים עמומים. במקרים רבים יותר ובמידה רבה יותר היא מתחשבת בסטנדרטים של סבירות, תום לב, הוגנות וכדומה ומיישמת אותם. ככל שהסברה שתורת הפרשנות התכליתית פוגעת בוודאות המשפטית וביכולת לצפות את ההכרעה השיפוטית נובעת מהתפקיד המרכזי ומהמשקל הרב שהיא מייחסת לסטנדרטים עמומים, הרי שהממצאים הללו מעמידים סברה זו בספק. לפי ממצאים אלה, ספק אם תורת הפרשנות התכליתית פוגעת בביטחון המשפטי.

זאת ועוד, רבים מהתסריטים שבהם השתמשו הנסיינים כללו גם שאלות הקשורות במידה כזו או אחרת לפירוש החוזה ולהשלמתו.¹⁶¹ באורח ספציפי שניים מהתסריטים עסקו בשאלות של פירוש חוזים (האחד בפירוש של מנגנון להעלאה עתית של דמי חכירה, והאחר בפירוש חוזה להקצאת מספרי טלפון ושירותי מרכזייה), שההכרעה בהם נדרשה לפי מערכת כללים התואמת במידה רבה את תורת השלבים, או לפי סטנדרטים כלליים הקרובים הרבה יותר לתורת הפרשנות התכליתית. בתסריט הראשון, רק 15 הכרעות מתוך ה-20 שנעשו לפי מערכת כללים מפורטים (עשר בניסוי 1 ועשר בניסוי 2) תאמו זו את זו, ואילו מתוך 20 ההכרעות שנעשו לפי מודל הסטנדרטים, 18 היו תואמות. בתסריט השני, רק 11 הכרעות מתוך ה-20 שנעשו לפי מודל הכללים תאמו זו את זו, ואילו מתוך 20 ההכרעות שלפי מודל הסטנדרטים 17 היו תואמות (והפוכות להכרעה של ה-11 במודל הכללים). אחד מן התסריטים הללו (העוסק בהקצאת מספרי הטלפון ובשירותי המרכזייה) שימש גם במחקר החדש שיתואר בהמשך. במחקר זה שבעה נבדקים מתוך העשרה שהכריעו על פי סטנדרטים כלליים הגיעו לאותה תוצאה, ואילו מתשעת הנבדקים שהכריעו על פי כללים מפורטים רק חמישה הגיעו לתוצאה דומה. למרות המספר הקטן יחסית של משתתפים בשני התסריטים הללו, לפי החישוב שערכנו, עדיפותו של מודל הסטנדרטים על מודל הכללים בהשגת תמימות דעים רבה יותר בקרב

161 בעקבות פנייתי קיבלתי מעורכי המחקר את נוסח התסריטים שבהם השתמשו במחקר זה ובמחקר שיתואר בהמשך, מסמכי הנורמות המשפטיות שלפיהן הכריעו הנשאלים בכל תסריט ותוצאות הניסויים בכל התסריטים הקשורים במידה זו או אחרת לפירוש והשלמה של חוזים (החומר מצוי בידי המחבר).

המחליטים מובהקת מבחינה סטטיסטית.¹⁶² אכן, בשל המספר הקטן של משתתפים בכל אחד משני התסריטים הנדונים (שבגינו אי אפשר להניח התפלגות נורמלית של התשובות) תוקף המובהקות הסטטיסטית של התוצאות בשני התסריטים הנזכרים מוטל בספק. אולם תוצאות אלה בוודאי אינן מצביעות על יתר ודאות וצפיות של ההכרעה השיפוטית כאשר חלה מערכת של כללים ספציפיים, לעומת סטנדרטים עמומים, ואפילו תומכות בהשערה ההפוכה, בהתאמה לטיעונים של הראליסטים האמריקאיים.

מחקר חדש משנת 2011 שערכו בעלי המחקר משנת 2005 עם חוקרים נוספים, התמקד בשאלת ההשפעה של היקף הנתונים שהשופט מתחשב בהם על הוודאות והצפיות של הכרעתו.¹⁶³ המחקר משנת 2005 עסק בוודאות ובצפיות של הכרעות לפי כללים לעומת הכרעות לפי סטנדרטים. אולם כזכור ההבדל בין תורת השלבים לתורת הפרשנות התכליתית איננו נעוץ רק בהבחנה בין כללים ספציפיים לסטנדרטים עמומים אלא גם בכך שתורת השלבים מצמצמת את היקף הנתונים שעל השופט להתחשב בהם בקביעת תוכנו של החוזה. לכן יש עניין רב גם בממצאי המחקר החדש.

בדומה לניסויים 1 ו-2 במחקר המקורי, גם במחקר החדש נתבקשו 107 סטודנטים למשפטים להכריע בשישה תסריטים (מתוך העשרה שבהם השתמשו במחקר הראשון), שלושה שסווגו בידי הנסיינים כקשים ושלושה שסווגו כקלים יותר להכרעה. במחקר החדש התבקשו המשתתפים להכריע במחלוקת לפי אחד משני מודלים של נורמות משפטיות ששימשו גם במחקר המקורי: כללים מפורטים המבוססים על המשפט המקובל הנוהג באוסטרליה וסטנדרטים כלליים מאוד הלקוחים מתוך ההצעה להסדרה חקיקתית של כלל דיני החוזים ב-27 עקרונות כלליים. ההבדל המרכזי בין המחקר המקורי למחקר החדש היה שבמחקר החדש נתבקשו המשתתפים לא רק להכריע במחלוקת באורח מנומק אלא גם להביע את דעתם בדבר החשיבות של נתונים שונים שנכללו בתיאור המקרה להכרעה צודקת במחלוקת. בסך הכול התבקשו המשתתפים להעריך את חשיבותם של 15 נתונים, שלפי מיטב שיפוטם של הנסיינים השתייכו לאחת משלוש קבוצות מבחינת דרגת החשיבות שלהם (בהתחשב בהבדל שבין שני המודלים של הנורמות). המשתתפים בניסוי התבקשו להעריך את חשיבות הנתונים ארבע פעמים במהלך הניסוי: אחרי קריאת התיאור העובדתי, אחרי קריאת התיאור של הנורמות המשפטיות החלות על המקרה (הכללים או הסטנדרטים), אחרי כתיבה של טיעונים בעד העמדה של כל אחד מהצדדים לסכסוך ואחרי כתיבה של ההכרעה המנומקת. גם בניסוי

162 במבחן T למדגמים מזווגים, עבור השערה חד-זנבית, $t(df=2) = 5.02, p = .018$. השתמשנו בנוסחה של בעלי המחקר להפיכת תשובות הנבדקים לאחוזי הסכמה: $\% \text{ הסכמה} = 100 \times \text{abs}(2d - n) / n$ כאשר n הוא מספר הנבדקים הכללי ו-d הוא מספר הנבדקים שהכריעו כפי שהכריע הרוב. Wright et al. 163, לעיל ה"ש 152.

זה דרגת הוודאות והיכולת לצפות את ההכרעה השיפוטית הוסקו ממידת תמימות הדעים בקרב המשתתפים ביחס להכרעה הראויה.¹⁶⁴ כמו בניסויים 1 ו-2 של המחקר הראשון, גם במחקר החדש תמימות הדעים בקרב המשתתפים באשר להכרעה במקרים הקלים הייתה הרבה יותר גבוהה במשטר של סטנדרטים כלליים מאשר תחת כללים ספציפיים. תמימות הדעים באשר למקרים הקשים הייתה קצת יותר גבוהה במשטר של סטנדרטים, אולם בניגוד למקרים הקלים, תוצאה זו לא הייתה מובהקת סטטיסטית.¹⁶⁵ בסך הכול ההכרעות במשטר הסטנדרטים היו ודאיות וצפויות יותר מאלה שבמשטר הכללים, ובשום סוג של מקרים הן לא היו ודאיות פחות או צפויות פחות.

ככל שמדובר בהערכת החשיבות של נתונים שונים, המחקר העלה שככלל, המשתתפים בניסוי היו שותפים להערכה של הנסיינים באשר לחשיבות היחסית של הנתונים השונים (כלומר, הנתונים שהנסיינים העריכו שהם החשובים ביותר נתפסו ככאלה גם בעיני המשתתפים, והוא הדין באשר לנתונים שחשיבותם הייתה בינונית או נמוכה). השוואה בין הערכת החשיבות של הנתונים השונים בשלבים השונים של הניסוי העלתה כי ככל שהמשתתפים התקדמו בתהליך ההכרעה – החל בקריאת העובדות, עבור בקריאת התיאור של המצב המשפטי, המשך בניסוח הטיעונים בעד העמדה של כל צד וכלה בכתיבת ההכרעה המנומקת – כך עלתה בעיניהם החשיבות של הנתונים החשובים ביותר ופחתה החשיבות של הנתונים בעלי החשיבות הנמוכה. אולם לעומת המשתתפים שהכריעו לפי מודל הסטנדרטים, שייחסו חשיבות הולכת וגוברת לנתונים שבקטגוריית הביניים, בעיני המשתתפים שהכריעו לפי מודל הכללים הספציפיים חשיבות הנתונים שבקטגוריית הביניים דווקא פחתה. ממצא זה עשוי לתמוך בהשערה שמה שמגביר את הוודאות והצפויות של ההכרעה השיפוטית במשטר של סטנדרטים היא ההתחשבות הרבה יותר של המכריע בהיקף גדול יותר של נתונים.¹⁶⁶

בהקשר המיוחד של הבחירה בין תורת השלבים לתורת הפרשנות התכליתית מתברר אפוא שדווקא עידוד בית המשפט להתחשב במגוון רחב יותר של עובדות – כלומר, לא רק במסמך החוזה אלא גם במכלול הנסיבות האופפות את ההתקשרות, לפני הכריתה, במהלכה ואחריה – מגביר את הוודאות המשפטית ואת היכולת לצפות מה תהא ההכרעה השיפוטית, ואינו מקטין אותן. סברה זו מתקשרת להסבר שהציע Lon Fuller לכך שכללים מפורטים, המיועדים לכבול את שיקול הדעת השיפוטי, עלולים להוביל דווקא לתוצאה הפוכה.¹⁶⁷ פולר משתמש בדימוי הזה: כאשר שמים חזיה במכלאה קטנה מדי, אפשר לצפות שהיא תעשה מאמץ אלים לצאת לחופשי. קשה לדעת אם המאמץ יצליח,

164 שם, בעמ' 12–23.

165 שם, בעמ' 24–25.

166 שם, בעמ' 25–27.

167 Fuller, לעיל ה"ש 147, בעמ' 437.

ואם יצליח – לאן תברח החיה. לעומת זאת אם שמים חיה במכלאה רחבת ידיים, סביר להניח שהיא לא תנסה לברוח. במקרה כזה אפשר לעקוב אחרי הרגליה ותנועותיה של החיה ולגלות בהם סדירות וחוקיות שתאפשרנה לחזות את התנהגותה. מסקנתו של פולר היא שמה שנדרש כדי להגביר את הוודאות המשפטית זו דווקא "הרחבה של שטחי המרעה" של שופטים.

המחקר האחרון שיש בו כדי לשפוך אור על ענייננו לא עסק בהכרעות שיפוטיות אלא בחן את הוודאות והעקיבות של אכיפת נורמות משפטיות במישור הרגולטורי, בהקשר המיוחד של פיקוח על מוסדות סיעודיים.¹⁶⁸ במחקר מקיף זה השווה החוקרים את הפיקוח על מוסדות סיעודיים בין ארצות הברית לאוסטרליה: בארצות הברית הדרישות החלות על המוסדות הן טכניות, דקדקניות ומפורטות ביותר (באורח טיפוסי מאות דרישות המתייחסות להיבטים רבים של ניהול המוסדות והטיפול במאושפזים), ולעומת זאת באוסטרליה הן מעטות יחסית, כלליות ו"רכות" הרבה יותר, כגון הדרישות לאווירה ביתית וליחס של כבוד למאושפזים. בעיקרו של דבר, המחקר בדק את הוודאות והעקיבות של אכיפת הנורמות על ידי בדיקת ההתאמה בין התוצאות של ביקורות שונות שנערכו באותו מוסד לפי כל אחד מסוגי הנורמות. מבלי להיכנס לפרטי המתודולוגיה של המחקרים וממצאיהם, המסקנה הכללית הייתה חד־משמעית ומובהקת: באוסטרליה נמצא מתאם גבוה מאוד בין ההערכות של מבקרים שונים, ואילו במחקרים שנעשו בארצות הברית נמצאו פערים גדולים בין הערכות אלה. בין ההסברים לכישלונם של התקנים המפורטים מונים המחברים את ריבוי התקנים שבגללו מבקרים שונים מתמקדים בבדיקת היבטים שונים של ניהול המוסד לפי ההכשרה והנטיות של כל אחד מהם. למעשה, כך גילה המחקר, ריבוי התקנים הטכניים מעניק למבקר שיקול דעת רב יותר בהפעלתם ובבחירה על אילו לשים דגש.¹⁶⁹ כיוצא בזה נמצא כי ככל שנקבעו פרוטוקולים מכניסטיים ופורמליסטיים יותר לטיפול במאושפזים, כך נפתח הפתח לעמידה טכנית ופורמלית בדרישות מבלי להגשים את מטרותיהן המהותיות.¹⁷⁰ לעומת השימוש בסטנדרטים כלליים, ריבוי של כללים מפורטים עלול לפגוע בוודאות ולהקשות על הגשמת המטרות המהותיות של הדין.

לסיכום, המחקרים האקספרימנטליים והאמפיריים שתוארו לעיל מלמדים שהשימוש בסטנדרטים כלליים עשוי להוביל להתחשבות רבה יותר בנסיבות המקרה ולהכרעות שיפוטיות צפויות וודאיות יותר. משטר של סטנדרטים אף מקדם את תפיסתן של הכרעות שיפוטיות כ"טכניות" פחות ומקל להעריך את מידת ההוגנות שלהן. בהקשר של אכיפת החוק התגלה כי שימוש במשטר של סטנדרטים עשוי להוביל לעקיבות רבה יותר ולהגשמה מלאה יותר של הערכים המהותיים שהדין מבקש לקדם.

168 Braithwaite & Braithwaite, לעיל ה"ש 153.

169 שם, בעמ' 316–322.

170 שם, בעמ' 323–326.

4. סיכום

שילוב ההארות התאורטיות של הראליסטים האמריקאיים ואנשי הגישה הביקורתית למשפט עם הממצאים האקספרימנטליים והאמפיריים שתוארו לעיל מלמד שבניגוד להנחה רווחת – שלה שותפים בין היתר מבקריה של תורת הפרשנות התכליתית – הכרעות המתקבלות לפי סטנדרטים כלליים ותוך התחשבות בנתונים עובדתיים רבים, לא זו בלבד שאינן ודאיות פחות וניתנות פחות לניבוי מהכרעות המתקבלות לפי כללים ספציפיים המגבילים את היקף הנתונים שמותר להתחשב בהם, אלא קרוב לוודאי שהן ודאיות יותר וצפויות יותר. הדברים נכונים כשמדובר בצפייה של משפטנים ועוד יותר מזה כשמדובר בצפייה מנקודת מבטם של מי שאינם משפטנים. הדברים נכונים בשלב שבו מתגלע הסכסוך בין הצדדים, ובמידה רבה גם בשלב של עריכת החוזה.

סיכום ואחרית דבר

ברשימה זו ניתחתי שתי התפתחויות מהעת האחרונה בנושא החשוב של פירוש חוזים והשלמתם: פסיקתו של השופט יורם דנציגר והתיקון לחוק החוזים הכללי. בניגוד לתפיסות רווחות, טענתי שהפער בין עמדתו של השופט דנציגר לתורת הפרשנות התכליתית של השופט ברק, שאותה אימץ בית המשפט העליון, קטן ממה שאפשר להתרשם במבט ראשון, ובמידה רבה הוא משקף מחלוקת על רטוריקה שיפוטית ולא דווקא על הפרקטיקה השיפוטית. עוד טענתי שאין לצפות לשינוי המצב המשפטי בעקבות התיקון לחוק החוזים הכללי, בעיקר משום שהנוסח שהתקבל בסופו של דבר שונה מאוד מהנוסח המקורי שהציעו יוזמי התיקון, ובעיקרו של דבר הוא משמר את המחלוקת שהתקיימה לפניו. כמו כן הרחבתי את הדיבור על טיעון מרכזי של מתנגדי הלכת אפרופים והמצדדים בתורת השלבים: הטענה שתורת הפרשנות התכליתית פוגעת בוודאות המשפטית וביכולת לחזות את ההכרעה השיפוטית. הארות תאורטיות ותיקות וממצאים אקספרימנטליים ואמפיריים חדשים מלמדים שלטיעון זה אין בסיס מוצק. זמן לא רב לאחר שרשימה זו התקבלה לפרסום, ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין סהר, שבו נדון לראשונה באורח מעמיק התיקון לחוק החוזים. פסק דין זה ראוי לליבון מקיף ומסודר, וכעת אסתפק בהערות קצרות בעניינינו: פסק הדין עסק במחלוקת בין המוסד לביטוח לאומי לבין חברות הביטוח באשר לפירושם הנכון של חוזים שנכרתו ביניהם לפני למעלה משלושים שנה. חוזים אלה הסדירו את זכות השיבוב העומדת למוסד לביטוח הלאומי כלפי חברות הביטוח כאשר הוא משלם למבוטחים גמלה בגין אירוע שהתרחשותו מקימה למבוטח זכות לתגמולי ביטוח מחברת ביטוח. ניתנת האמת להיאמר שההכרעה בערעור לא הצריכה דיון במשמעותו של התיקון לחוק החוזים, משום

שבהיותו תיקון לדין המהותי אין הוא חל על חוזים שנכרתו לפני כניסתו לתוקף.¹⁷¹ עם זאת אין להצטער שבעקבות כמה התבטאויות סותרות בפסיקה באשר למשמעותו של התיקון (כפי שצפיתי לעיל),¹⁷² אמר בית המשפט את דברו בנושא זה. השופט ריבלין, בהסכמת השופט ג'ובראן, פסק שהתיקון לחוק לא שינה את המצב המשפטי שקדם לו. הוא פתח בתיאור ההלכה שנקבעה בפסק דין אפרופים והאופן שבו היא הובהרה, מותנה וסויגה בפסק דין ארגון מגדלי ירקות בתגובה לביקורת שנמתחה על פגיעתה בחופש החוזים ובוודאות המשפטית.¹⁷³ דבריו של השופט ריבלין בעניין זה כוללים ביקורת מרומזת על הלכת אפרופים¹⁷⁴ וביקורת חדה על אלה הממשיכים לבקר את ההלכה בהתעלם מהסייגים שהוצבו לה בעניין ארגון מגדלי ירקות.¹⁷⁵ השופט ריבלין עמד על הקשיים שמעוררת לשונו של סעיף 25(א) החדש ועל חילוקי הדעות שליוו את הליך החקיקה של התיקון ומשתקפים בו. הוא בחן ארבע דרכים שונות לפרש את הסעיף ואימץ פרשנות הנונת משמעות לסעיף על כל חלקיו: בהתאמה למה שנפסק בפסק דין ארגון מגדלי ירקות, הסעיף החדש מורה לפרשן להתחשב הן בלשונו של החוזה והן בנסיבות עריכתו, תוך מתן משקל משמעותי, אך לאו דווקא מכריע, ללשונו.¹⁷⁶

171 השו"ע"א 3375/06 קמטק מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, פס' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 22.3.2011). בעניין סהר, לעיל ה"ש 8, מותר המשנה לנשיאה ריבלין את שאלת התחולה בזמן של התיקון בצריך עיון (פס' 30 לפסק דינו), אולם מאחר שמדובר בתיקון לדין המהותי, ברור למדי שהוא אינו חל על חוזים שנכרתו לפני כניסתו לתוקף.

172 ראו למשל עניין אליהו, לעיל ה"ש 128, פס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר (העמדה שאימץ המחוקק בתיקון החדש נותנת "משקל מכריע ללשונו החוזה אך אינה שוללת פניה לנסיבות החיצוניות לצורך פרשנותו מקום בו הלשון החוזית אינה ברורה"); ת"א (מחוזי ת"א) 2367/05 אי.אמ.אי. מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ נ' וואלה תקשורת בע"מ, פס' 6 לפסק דינה של השופטת אבניאלי (פורסם בנבו, 15.6.2011) ("התיקון היה אמור לבטל את הלכת אפרופים, אבל היא עדיין נותרה בחיים. הקביעה כי כוונת הצדדים משתמעת מתוך החוזה היא בעצמה קביעה פרשנית ומשאירה פתח למקרים שבהם תיירש התייחסות גם לנסיבות העניין"); ת"א (מחוזי חי') 993-04 עזבון ציטיאט נ' לוי, פס' 15 לפסק דינה של השופטת וילנר (פורסם בנבו, 25.9.2011) (הצבעה על הלשון המוקשית של הסיפה של ס' 25(א) החדש).

173 עניין סהר, לעיל ה"ש 8, פס' 11-16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. בהתאמה לדעה הרווחת, גם השופט ריבלין מניח שיש מתח בין תורת הפרשנות התכליתית, המאפשרת לצדדים לפרוש בפני בית המשפט "מסכת עובדתית רחבה וכוללת", לבין קידום הוודאות המשפטית (שם, פס' 27-28 לפסק דינו). לערעור על הנחה זו ראו חלק ה לעיל.

174 ראו למשל שם, בפס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין ("בעניין אפרופים ניטעו זרעים ראשונים וראשוניים לתפישה פרשנית חדשה. בפסקי הדין שבאו בעקבותיו, ובפרט – בפסק הדין שניתן בדיון הנוסף בעניין מגדלי הירקות, הלכו וצמחו שורשיה של התפישה – שורשים אשר מטבעם מחוברים יותר לאדמה, לקרקע המציאות (ולא רק בשל שנכרכו בגידול ירקות) [...]").

175 שם, פס' 13 ו-16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

176 שם, פס' 23-25, 28 ו-30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

בהתאמה לפסיקה הקודמת הוא פסק שקיימת חזקה שהחווה יתפרש לפי פשט לשונו. חזקה זו נסתרת אם עולה מהנסיבות שהלשון אינה פשוטה כפי שנדמתה להיות במבט ראשון.¹⁷⁷ משמע, שבכל מקרה מותר לפרשן להסתייע בנסיבות שמחוץ לחווה.¹⁷⁸ השופט הנדל חלק על מסקנתו של השופט ריבלין שהתיקון החדש לא שינה את הדין שקדם לו. הוא הסכים שהרישה של סעיף 25(א) החדש דוחה את תורת השלבים ואף סבר שאין היא מעניקה מעמד בכורה הכרחי ללשון על פני הנסיבות או לנסיבות על פני הלשון.¹⁷⁹ בד בבד הוא סבר שהסיפה של הסעיף נוקטת עמדה במחלוקת התאורטית באשר למהותה של "פרשנות" ומכריעה שתיתכן לשון שאינה מצריכה פרשנות.¹⁸⁰ במישור המעשי השופט הנדל פסק שגם אם לשונו של החווה נחזית ברורה ומפורשת, מותר לצדדים "בכל מצב" להביא ראיות על נסיבות שמחוץ למסמך החווה כדי להוכיח שמה שנחזה כניסוח ברור ומפורש, לאמתו של דבר אינו כזה.¹⁸¹ לדידו, קיימים שני סוגי חוזים: אלה שבהם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשונו של החווה, ואלה שבהם הקביעה של אומד דעתם מצריכה התייחסות לנסיבות. הקביעה לאיזה סוג משתייך כל חווה מצריכה לבחון את נסיבות ההתקשרות, ולצורך זה אין כל הגבלה על התחשבות בנסיבות חיצוניות.¹⁸² אם המסקנה העולה ממכלול הראיות היא שלשון החווה ברורה, יש לתת לה מעמד בכורה ולקבוע את משמעות החווה אך ורק לפי לשונו. לעומת זאת, אם הנסיבות מצביעות על כך שלשון החווה אינה ברורה, על הפרשן לפרש את החווה בהתחשב בלשון החווה ובנסיבות ההתקשרות כאחד.¹⁸³

177 שם, פס' 19, 25–28 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

178 בד בבד, כמו בדני"א ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 1, גם בפסק הדין הנוכחי מדגיש השופט ריבלין הדגשה יתרה את עליונותה וקדימותה של התכלית הסובייקטיבית של החווה על פני התכלית האובייקטיבית: "רק כאשר בלתי אפשרי לאתר את התכלית הסובייקטיבית של החווה, יפורש החווה – בליט ברירה – בהתאם לתכליתו האובייקטיבית, המשמשת כמוצא אחרון" עניין סהר, לעיל ה"ש 8, פס' 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

179 שם, פס' 4.4 לפסק דינו של השופט הנדל.

180 שם, פס' 4.4 לפסק דינו של השופט הנדל.

181 שם, פס' 4.4 לפסק דינו של השופט הנדל.

182 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל.

183 ראו גם פס' 1.4 לפסק דינו של השופט הנדל. בשולי הדברים הציע השופט הנדל להבחין בין "התכלית הסובייקטיבית" ל"כוונה הסובייקטיבית" של הצדדים (שם, פס' 4.4 לפסק דינו) ופקפק בתועלת שבהזקקות ל"תכלית אובייקטיבית" בפירוש חוזים, תוך הצבעה על הסכנה של הכנסת שיקולים נורמטיביים להליך הפירוש. בניגוד לשופט ברק, שבפרשת אפרופים ובכתיבתו האקדמית נטה לכלול בגדר "פרשנות במובן הרחב" גם השלמה של פרטים מכוח הנוהג, תיקון טעות סופר בחוזה וכדומה, הטעים השופט הנדל שמדובר בסוגיות שונות שעליהן חלות נורמות שונות (שם, פס' 6 לפסק דינו).

כמו אמרות אגב בפסקי דין אחרים מהעת האחרונה, אף פסק דין סהר מלמד אפוא שהתיקון לחוק החוזים לא יישב את המחלוקת שבאה לידי ביטוי בפסיקה שקדמה לו.¹⁸⁴ ההיסטוריה החקיקתית המורכבת של התיקון ולשונו הפתלתלה מאפשרות למצוא בו סימוכין למגוון רחב של גישות. בד בבד ניכרת התקרבות בין העמדות השונות בשני מובנים חשובים: ראשית, ככל שמדובר במחלוקת הטכנית – המחלוקת בדבר האמצעים האפקטיביים ביותר להתחקות על כוונת הצדדים – לפחות לעת עתה נסתם הגולל על תורת השלבים. יש כיום הסכמה רחבה למדי בקרב המחוקקים, שופטי בית המשפט העליון ומלומדי המשפט, שגם כאשר לשון החוזה נחזית כברורה, אין בכך כדי למנוע הבאת ראיות כדי להוכיח את ההפך. אמנם השופט הנדל תיאר בפסק דינו עמדות הפוכות הקיימות בנושא זה במשפט האמריקאי, תוך ציטוט מכתביהם של גאורג פורמליסטים הדוגלים ב"כלל המשמעות הברורה", אולם הוא לא אימץ עמדות אלה.

בהקשר זה מוטב לדחות את ניסיונו של השופט הנדל להבחין בין הסתייעות בנסיבות חיצוניות לשם הכרעה בשאלה אם לשון החוזה ברורה לבין הסתייעות בהן לשם פירוש החוזה. יש לפקפק בתכלית ובתוחלת של מהלך אינטלקטואלי מורכב זה. קשה לראות כיצד ההבחנה המוצעת תסייע בהתחקות על דעת הצדדים. הבחנה זו מזכירה את הלכות המשפט האמריקאי בנושא כלל הראיה בעל פה, אשר כמתואר בחלק ה לעיל, לא זו בלבד שלא קידמו את הוודאות המשפטית אלא אף גרעו ממנה.

המובן השני שבו ניכרת התקרבות בין בני הפלוגתא עניינו הרטוריקה השיפוטית בנושא פירוש חוזים. גם שופטים המצדדים בתורת הפרשנות התכליתית, כמו השופט ריבלין, עושים בשנים האחרונות מאמץ ניכר להצניע את תפקידו של בית המשפט בקביעת תוכנו של החוזה, ובכך הם סוטים מדרכו של השופט ברק.

נותרה עוד המחלוקת המהותית: האם הרטוריקה השיפוטית הצנועה יותר תוביל לאיפוק שיפוטי רב יותר בפירוש חוזים? על כך קשה להשיב. כמתואר לעיל, אקטיביזם שיפוטי עשוי לפרוח דווקא מאחורי רטוריקה שיפוטית צנועה. אין לשלול אפוא את האפשרות כי ככל שבית המשפט העליון ישוב לרטוריקה המסורתית בפירוש חוזים, כך ייפתח פתח רחב יותר לאקטיביזם שיפוטי בתחום זה.

184 ראו למשל פסקי הדין הנזכרים לעיל בה"ש 128 ר-171.