

מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים

מאת

שחר ליפשיץ* ואלעד פינקלשטיין**

דיני פרשנות חוזים במשפט הישראלי מצויים בשנים האחרונות במרכז של מחלוקת נוקבת וסוערת שהצדדים לה הם שופטים, עורכי דין, מלומדים ולאחרונה גם המחוקקים. אולם כשמתפזר העשן ובשוק הקרבות, מתגלה מציאות מפתיעה, ולפיה העמדות השונות של החולקים וההבדלים ביניהם אינם כרוכים, ולעתים אפילו עצם קיומה של מחלוקת פרשנית נתון במחלוקת בין החולקים לכאורה.

מאמר זה מבקש לתרום לדיון הישראלי בפרשנות חוזים באמצעות שני גופי ידע: גוף הידע האחד הוא ההרמנויטיקה, וגוף הידע השני הוא התאוריה של דיני חוזים. במאמר מוצגים שלושה מתחים מרכזיים שההרמנויטיקה עוסקת בהם: המתח שבין היוצר ליצירה, המתח שבין הלשון למשמעות והמתח שבין הפרשן למושא הפרשנות המשתקף ביחס כלפי הגישה ההרמנויטית המכונה "הפרשן כיוצר". האינטגרציה שבין שלושת המתחים ההרמנויטיים ויישומם בדיני החוזים פורסת רשת אנליטית-מושגית שבה ניתן למקם את האפשרויות השונות לפרשנות חוזים. בשלב הבא משולב הניתוח ההרמנויטי בוויכוח נורמטיבי הקיים בשנים האחרונות בין שתי גישות תאורטיות: הגישה הנאו-פורמליסטית ותאוריית חוזה היחס. המשגת העמדות הנורמטיביות של הגישות הללו ברשת המושגית שנפרסה בחלק הראשון תגלה כי הגישה הראשונה תומכת בגישת היצירה הלשונית, ואילו הגישה השנייה משלבת את גישת היוצר התכליתית (המשמעות) עם גישת הפרשן כיוצר. המאמר מנתח את שתי הגישות הללו ניתוח ביקורתי ומציג מולן גישה שלישית התומכת, בכפוף לחריגים המתוארים במאמר, בגישת היוצר הלשונית ומגלה עמדה מורכבת כלפי גישת הפרשן כיוצר.

לאחר הצבת המודל הראוי לפרשנות חוזים פונה המאמר לניתוח מושכל של המשפט הישראלי. המאמר ממקם את העמדות השונות הקיימות בישראל ומעריך על יסוד הניתוח ההרמנויטי והתאורטי. באפילוג דן המאמר בתיקון לחוק החוזים ובהשפעתו על פרשנות חוזים במשפט הישראלי.

* פרופסור חבר, דיקן הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר-אילן.

** מרצה בכיר, הקריה האקדמית אונו.

תודה לאורי אהרונסון, לאורי אורנשטיין, ליאיר אלדן, ליצחק ברנד, לאיתי בר סימן טוב, למשה גלברד, לחנוך דגן, למשה דרורי, לניל הנדל, לאיל זמיר, לשי לביא, לגיתית לוי, ליאיר לורברבוים, לשלום לרנר, למני מאוטנר, לליפא מאיר, לברק מדינה, ליצחק עמית, לאריאל פורת, לבני פורת, לרועי קרייטנר, לעמיחי רדזינר, לרות רונן, לדודי שוורץ, לידידיה שטרן, לחנוך שיינמן, לגבריאלה שלו ולחברי המערכת של כתב העת משפטים על הערותיהם והארותיהם. תודה לבשמת לקס ולמשה וילינגר על עזרתם במחקר.

מבוא. חלק ראשון: פרשנות חוזים בראי תאוריות הרמנויטיות. 1. היצירה מול היוצר;
2. לשון ומשמעות: פרשנות לשונית מול פרשנות תכליתית; 3. הפרשן כיוצר; חלק שני:
חוזה ויחסים – דיני הפרשנות בראי התאוריה של דיני החוזים. 1. הוויכוח הנורמטיבי
על פרשנות חוזים; 2. הערכת הוויכוח; 3. לקראת דיני פרשנות חדשים; 4. סיכום
והמלצות; חלק שלישי: פרשנות חוזים במשפט הישראלי. 1. היצירה מול היוצר;
2. פרשנות לשונית מול פרשנות תכליתית; 3. הפרשן כיוצר; 4. סיכום הפרק; אפילוג.

מבוא

בשנת 1995 נפל דבר בפרשנות חוזים במשפט הישראלי. בפסק הדין של מדינת ישראל נ' אפרופים¹ בוטלה תורת שני השלבים ששלטה בכיפת הפרשנות בישראל החל מחקיקת חוק החוזים (חלק כללי)², ובמקומה אומצה גישת הפרשנות התכליתית מבית מדרשו של השופט ברק.³ הלכת אפרופים בוקרה ביקורת נוקבת בכתובה האקדמית,⁴ בשיח המקצועי

- 1 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: פסק דין אפרופים). בקשה לדיון נוסף לא התקבלה. ראו דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.7.1995).
- 2 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).
- 3 הפרשנות התכליתית של חוזים היא חלק מפרויקט פרשני שבספריו של אהרן ברק פרשנות במשפט אשר כולל דיון רחב היקף בתורת הפרשנות הכללית (כרך ראשון), בפרשנות החקיקה (כרך שני), בפרשנות חוקתית (כרך שלישי), בפרשנות החוזה (כרך רביעי) (להלן: ברק פרשנות החוזה) ובפרשנות הצוואה (כרך חמישי) (1992–2001). ראו גם אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003) (להלן: ברק פרשנות תכליתית).
- 4 ראו גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" ספר מישאל חשין 645 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009) (להלן: שלו "שליטי החוזה"). גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 418–421 (2005) (להלן: שלו דיני חוזים); דניאל פרידמן "לפרשנות המונח פרשנות והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 483 (2003); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 245–249 (2003); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 17 (2005) (להלן: מאוטנר "התערבות שיפוטית"); סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" מאוזני משפט ו 21, 50–55 (2007); מיגל דויטש "דיני חוזים: סקירה והתפתחות" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 167, 173–180 (אריאל רוזן צבי עורך, 1997). ראו גם להלן, חלק שלישי, ס' 1(ג). אולם ראו איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים (1996), וכן איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 343, 403–406 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009) (להלן: זמיר "השופט ברק ודיני החוזים") ("תפיסה זו של תפקיד בית המשפט בענייני פירוש והשלמה לא רק מתארת בצורה נכונה יותר את הפרקטיקה השיפוטית בענייני פירוש והשלמה של חוזים, אלא שהיא גם ניתנת להגנה נורמטיבית מנקודות מבט שונות ומגוונות,

של עורכי הדין,⁵ בשיח הציבורי,⁶ ואפילו על ידי שופטים מכהנים בבית המשפט העליון.⁷ אולם חרף הביקורת, ברגע האמת, כאשר הועמדה הלכת אפרופים לבחינה נוספת בדיון הנוסף בפרשת ארגון מגדלי ירקות היא אושרה פה אחד.⁸ המחלוקת בנושא תורת הפרשנות החוזית הנוהגת בישראל התחדשה לאורם של פסקי דין שכתב השופט דנציגר שבהם הובעו על ידי הסתייגויות מהלכת אפרופים, ואולי אפילו השתמעה נכונות לשוב לתורת שני השלבים.⁹ תגובת הנגד לא איחרה לבוא הן מחוץ לכותלי בית המשפט והן בתוככי בית המשפט. בכינוס השנתי של לשכת עורכי הדין נוהל דו־קרב חריף ויוצא

ומגוונות, ותואמת היבטים רבים של התנהגות הצדדים וציפיותיהם למעשה".

5 ראו למשל משה גורלי "עו"ד ליפא מאיר: 'החזרנו את הכוח לעורכי הדין'" כלכליסט 21.2.2011. business.il.msn.com/article.aspx?cp-documentid=156190541. ראו גם ישראל צינגלאוב "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים" הפרקליט נ 261 (2008).

6 השיח הציבורי אף הוביל עם השנים להגשת הצעות חוק המכוונות נגד הלכת אפרופים. ראו למשל הצעות החוק של חבר הכנסת יריב לוין: הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – כללי פרשנות חוזה), התשס"ט–2009 (הצעת חוק פ/1471/18); הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), התש"ע–2010, ה"ח 198, וכן הצעת החוק של ח"כ זבולון אורלב: הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – פרשנות החוזה), התשס"ט–2008 (הצעת חוק פ/4044/17). ואכן, בתחילת שנת 2011 תוקן חוק החוזים. ראו להלן האפילוג למאמר זה.

7 עם השופטים שביקרו באופן זה או אחר את הלכת אפרופים אפשר למנות את השופטים מצא, חשין, ריבלין ודנציגר. הביקורות של שופטי בית המשפט העליון על הלכת אפרופים ניתחו בהרחבה להלן, בחלקו השלישי של המאמר.

8 ראו דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006) (להלן: דנ"א ארגון מגדלי ירקות). נציין כי ההכרעה במקרה הקונקרטי התקבלה ברוב דעות ולא פה אחד. כמו כן על אף תמיכתם הכללית של כל השופטים בהלכת אפרופים עדיין שופטים מסוימים הסתייגו מהיבטים שונים של תורת הפרשנות התכליתית. ראו גם להלן, חלק שלישי, ס' 1(ג). ראו גם רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2012) (להלן: עניין המל"ל נ' סהר), שם ציין המשנה לנשיאה ריבלין (בפס' 16 לפסק דינו): "יש לומר כי התהליך שהחל בפסק הדין בעניין אפרופים לא נגמר בו. בעניין אפרופים ניטעו זרעים ראשוניים 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); וכך, עברה הלכת אפרופים חידוד, עיצוב ואולי אף מיתון, ככל שהשורשים חדרו אל לב האדמה".

9 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 סכסוך-סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2008); ע"א 10849/07 פוארסה נ' פוארסה (פורסם בנבו, 12.11.2009). ראו בהרחבה להלן, חלק שלישי, ס' 1(ג).

דופן בעצמתו ובסגנונו בין הנשיא בדימוס ברק לבין השופט דנציגר.¹⁰ מלבד זאת הסגנון ה"לא-מעונב" חדר גם את דלתות בית המשפט העליון בפרשת בלמורל,¹¹ שבה התעמתו השופטים ריבלין ודנציגר בשאלות כלליות הנוגעות לפרשנות חוזים אף על פי שבפועל לא הייתה ביניהם כל מחלוקת מעשית באשר לפרשנותו הנכונה של החוזה במקרה הקונקרטי.¹² לאחרונה אמר גם המחוקק את דברו כאשר תיקן את סעיף 25(א) לחוק החוזים.¹³ עם זאת תיקון החוק כשלעצמו עורר מחלוקת פרשנית חדשה, ובניגוד ליומרה המוצהרת של יזמיו לביטול הלכת אפרופים, יש הסבורים כי התיקון דווקא נתן להלכת אפרופים עיגון חקיקתי.¹⁴

אולם כשמתפזר העשן ובשוך הקרבות בנושא הלכת אפרופים, מתגלה מציאות מפתיעה. ראשית, מתברר כי אפילו מי שמצטיירים כמבקרים החריפים ביותר של הלכת אפרופים ושל תורת הפרשנות התכליתית מבית מדרשו של ברק אינם כופרים בסופו של דבר בהלכה עצמה, וביקורתם מוצגת אפוא כביקורת על "רוח" ההלכה,¹⁵ על הרטוריקה הגורפת שבה השתמשה¹⁶ ועל יישומיה המאוחרים.¹⁷ האומנם ראוי לקדש מלחמה כה

10 ראו סיכום עמדותיהם בכתב העת עורך הדין 26–29 (גליון מיוחד לרגל כנס העשור, יוני 2010), וכן אלה לוי-וינריב "אהרן ברק ליורם דנציגר: 'דבריה דברי הבל ואתה שולף מהמותן'" גלובס 1.6.2010. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000563661.

11 ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן (פורסם בנבו, 23.2.2010).

12 לדיון בפסק הדין ראו גבריאלה שלו ואפי צמח "דין פירוש החוזה – על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים" קרית המשפט י 14 (2012).

13 ראו חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א–2011, ס"ח 202 (להלן: חוק החוזים, תיקון מס' 2). לבעייתיות חקיקה זו על רקע הדיונים בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 712 הכוללת הצעה סותרת לתיקון הוראות חוק החוזים העוסקות בפרשנות חוזים ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 12. לדיון בכללי הפרשנות המוצעים בקודקס האזרחי ראו דודי שוורץ וריבי שלינגר דיני ביטוח: חובות גילוי, פרשנות ומגמות התפתחות 390–398 (2005).

14 ראו בכרך זה איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5 (2012) (להלן: זמיר "עוד על פירוש והשלמה"). ראו גם איל זמיר "אפרופים עדיין כאן – כיצד יפורש החוק בנושא פירוש חוזים" עורך הדין 11, 98 (2011); שחר ליפשיץ "האם תוסר העמימות מהלכת אפרופים?" The Marker 2.2.2011 www.themarker.com/law/1.597621 (להלן: ליפשיץ "האם תוסר העמימות"). אך השוו: נילי כהן "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה" עורך הדין 11, 102 (2011). עוד ראו עניין המל"ל נ' סהר, לעיל ה"ש 8, ובהרחבה להלן, האפילוג למאמר זה.

15 ראו דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 8, פס' 52 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין: "[...] עיקר הוא שנדע ונזכור כי בהילכת אפרופים כשהיא לעצמה לא נפל פגם, הגם שניתן היה למתן את הריטוריקה שקבעה את ההלכה. הקושי הוא ברוח שההלכה מְשִׁיכָה אל כל עבר, רוח פרצים שהחלה סוחפת עימה כללים והלכות שנוצקו והיו עימנו שנים רבות, ותחתיהם לא הותירה לנו אלא הנחיות כלליות בלבד לדרכי פירושו של חוזה [...]".

16 ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 245: "בפתח הדברים אציין כי מהבחינה העקרונית הילכת אפרופים היא נכונה. אין סיבה להבחין בין החוזה לבין הנסיבות [...] למרות זאת מעורר פסק דין

עצמית בשביל רוח, רטוריקה או יישומים נקודתיים שגויים? ומעל לכול עדיין אופף המסתורין את השאלה – מהי למעשה הלכת אפרופים? מהי תורת הפרשנות החליפית שמציעים מבקריה? ומה היחס שבין תורה חליפית זו לבין תורת שני השלבים ההיסטורית ולתיקון החדש של חוק החוזים?¹⁸

מאמר זה מבקש לתרום לדיון הישראלי בפרשנות חוזים באמצעות שני גופי ידע: גוף הידע הראשון הוא ההרמנויטיקה, תורת הפרשנות. בשיח המשפטי העוסק בפרשנות חוזים עולה לעתים התחושה שלפיה לכל הגישות הפרשניות אותם היעדים (חשיפת אומד דעת הצדדים),¹⁹ וההבדל בין הגישות מוגבל רק לטכניקה הפרשנית שתגשים את היעדים הללו באופן המוצלח יותר. לעומת זאת עיון בספרות ההרמנויטית מלמד כי הבדלים עמוקים שקיימים בין גישות פרשניות שונות אינם מוגבלים רק למחלוקת בדבר האמצעי להשיג אותה המטרה אלא קיימות מחלוקות נוקבות בדבר מטרת הפרשנות

אפרופים קשיים ניכרים. קשיים אלה אינם נעוצים בהלכה עצמה, שהיא נכונה לגופה. הקושי הוא ברטוריקה של פסק הדין ובדרך שבה יושמה ההלכה במקרה הספציפי. השילוב של גורמים אלה יצר תחושה או 'אווירה' שלפיה אף חוזה איננו ברור, הכל פתוח, וכל תוצאה ניתנת להשגה באמצעות פרשנות. ראו גם: יורם דנציגר וצביקה מצקין "זכותם של צדדים לחוזה ליהנות מהגנה מפני התערבות שיפוטית מיותרת" (עתיד להתפרסם בספר מצא (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעד עורכים)).

17 ראו השופט דנציגר ברע"א 1452/10 מפעל הפיס בע"מ נ' טלמור (פורסם בנבו, 11.10.2010): "לדידי, מבחינה עקרונית הלכת אפרופים אינה הלכה שגויה, אולם כפי שציינתי בעבר, סבורני כי הרטוריקה שלה והדרך שבה היא יושמה הם שהובילו לפגיעה בעיקרון חופש החוזים, לפגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי ופגיעה ביציבות הנדרשת בדיני החוזים".

18 ראו שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 652, המתארת את הלכת אפרופים כהלכה מורכבת וקשה לעיכול ומציינת כי "ספק אם כל מי שמסתמך עליה או מצטט אותה משכיל להבינה במלואה ולעומקה". הבלבול בנושא מחלחל גם לכתיבה האקדמית. כך לצד מי שרואים מחלוקת נוקבת בין השופטים (ראו למשל שלו וצמח, לעיל ה"ש 12), יש המתארים את המחלוקת בין השופטים כמחלוקת ברטוריקה השיפוטית (ראו למשל זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14).

19 ראו דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 8, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין ("הכול מסכימים כי עיקר בפירושו של חוזה הוא גילוי כוונתם המשותפת של הצדדים – קרא: גילוי אומד דעתם של הצדדים – וכי משימתו של הפרשן היא לחשוף ולגלות אותה כוונה משותפת. אך בעוד אשר תכלית הפרשנות ידועה ומוסכמת על הכול, חלוקת הדעות בשאלה כיצד יעשה הפרשן את דרכו לעת פעילותו לחשיפתה של כוונת הצדדים ומה תהא הטכניקה שיחזיק בה במעשה הפרשנות"). ראו גם פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 235 ("מטרת הפרשנות היא לעמוד על כוונתם המשותפת של הצדדים. זוהי נקודת המוצא ועיקרון היסודי"); Lawrence M. Solan, *Contract as Agreement*, 83 NOTRE DAME L. REV. 353, 394 (2007) ("At least as far as contract interpretation is concerned, the goal of the analysis is the determination of subjective intent, with jurisdictions differing as to how much to require objective evidence of the parties' earlier intentions").

ואפילו בזיהוי מושאיה.²⁰ במחקר זה נטען כי גם בהקשר של פרשנות חוזים אפשר להציע מושגית ותאורטית מגוון מטרות פרשניות שונות. נוסף ונטען כי במקרים רבים ההסכמה הקיימת לכאורה בשיח החוזי בדבר מטרות הפרשנות היא הסכמה מדומה, באשר הוויכוח על טכניקת הפרשנות מסווה מחלוקת, לעתים לא מודעת אפילו לחולקים עצמם, בדבר המטרות הללו. לפיכך על סמך הספרות ההרמנויטית העשירה, העוסקת בפרשנות בכלל ובפרשנות משפטית בפרט,²¹ נבקש להציע מיפוי מושגי ואנליטי של מגוון האפשרויות הקיימות לפרשנות חוזים.²²

ודוק, בניגוד לפרשנות הספרותית, הפרשנות המשפטית בידי בית המשפט כרוכה בהפעלה של סמכות שלטונית וכוח כפייה. הפעלת הכוח והשימוש בסמכויות השלטוניות מעוררים מגוון של שיקולים נורמטיביים בדבר המתודה הפרשנית הראויה שאינם מתעוררים בהקשר של פרשנות יצירה ספרותית או אמנותית.²³ על רקע זה חשוב להבהיר כי תפקידו של הדיון ההרמנויטי במחקר זה הוא פריסה אנליטית-מושגית, ולעתים אפילו אונטולוגית, של מגוון האפשרויות הפרשניות הקיימות. ואכן, כפי שנראה,

20 בניגוד לקו הכללי בפסיקה ובמחקר, שלו וצמח, לעיל ה"ש 12, וכן זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14, עומדים על כך כי המחלוקת סביב הלכת אפרופים אינה טכנית וכי היא קשורה לחלוקת הכוח שבין השופטים לבין הצדדים ולשאלות כלליות בדבר אקטיביזם שיפוטי. כפי שיראה הניתוח ההרמנויטי במחקר זה, גישתם של זמיר, שלו וצמח מכוונת למתח שבין פרשן המבקש להבחין בין הסובייקט המפרש לבין האובייקט המפורש ולבודד את ערכיו בפעולת הפרשנות לבין גישה שנכנה אותה "גישת הפרשן כיוצר", הרואה במעשה הפרשנות סוג של יצירה. עם זאת הניתוח ההרמנויטי במחקר זה יתפרסם אל מעבר למתח האמור ויעסוק גם בדילמות פרשניות נוספות כגון המתח שבין פרשנות בגישת היוצר לבין גישת היצירה, בין פרשנות לשונית לפרשנות המשמעות ולתורות הפרשנות השונות הנגזרות מהאינטראקציות בין הגישות הפרשניות השונות.

21 על הרלוונטיות של ההרמנויטיקה הכללית לפרשנות במשפט ראו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 97. לייחודיותה של ההרמנויטיקה המשפטית ראו שם, בעמ' 99. ראו גם KENT GREENAWALT, LEGAL INTERPRETATION: PERSPECTIVES FROM OTHER DISCIPLINES AND PRIVATE TEXTS (2010). עוד ראו מיכל אלברשטין ושולמית אלמוג "חינוך משפטי ומדעי הרוח – בין פרשנות לתורת הפרשנות" דין ודברים ג 21 (2007).

22 זאת כמובן תוך מודעות לכך שההכרעה התאורטית נגזרת מאופיו של הטקסט הנבחן. ראו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 138. ראו גם RICHARD A. POSNER, LAW AND LITERATURE 273–328 (3rd ed. 2009), הבוחן כיצד אסכולות פרשניות בספרות דוגמת הביקורת החדשה, הדקונסטרוקציה ואחרות, יכולות להיות מותאמות לפרשנות משפטית. עוד ראו שולמית אלמוג משפט וספרות 37–39 (2000).

23 ראו על כך במקורות שהוזכרו לעיל בה"ש 22. כך למשל ברוח טענתו הידועה של מוריס כהן על ההיבט הציבורי של דיני החוזים (ראו Morris Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. (1933) 553) אפשר לטעון שכאשר המדינה אוכפת בבתי המשפט חוזה היא מוציאה אותו מן המתחם הפרטי ומפעילה כוח כפייה, ועל כן חובה עליה לבחון את אכיפת החוזה ואולי אף את פרשנותו לאור ערכיה כמדינה, ואל לה להסתתר מאחורי רצונם של הצדדים.

לעתים הדיון ההרמנויטי יחשוף אפשרויות פרשניות שאינן מוכרות דיין בשיח המשפטי,²⁴ או שהוא יחדד את ההבדלים בין גישות הנחות כזהות,²⁵ ובמקרים האחרים הדיון ההרמנויטי או לפחות עמדות מסוימות בו ישללו את עצם קיומן המושגי ולעתים האונטולוגי של אפשרויות פרשניות שבשיח הלא-מקצועי נתפסות כקבילות.²⁶ לעומת זאת הדיון ההרמנויטי אינו יכול – ואף אינו מתיימר – להכריע בשאלה הנורמטיבית מהי המתודה הפרשנית מבין מגוון האפשרויות הפרשניות הקיימות שעל המשפט לנקוט בהקשר זה או אחר. בדיוק בנקודה זו נכנס לפעולה גוף הידע השני שמחקר זה עוסק בו והוא התאוריה של דיני החוזים, ובמיוחד הוויכוח הנורמטיבי הניטש בשנים האחרונות בין הגישה הנאו-פורמליסטית לבין גישת חוזה היחס.²⁷ ויכוח זה, המוכר רק בחלקו בשיח הישראלי,²⁸ ממוקד ברגיל בהיבטים פילוסופיים, כלכליים, מוסדיים והתנהגותיים של דיני החוזים.²⁹ שילובו בהמשגה ההרמנויטית במחקר הנוכחי יחשוף את הרלוונטיות

- 24 ראו למשל את הדיון להלן בחלק השני, ס' 2, החושף כי מלבד האפשרויות הפרשניות המוכרות של גישת היצירה הלשונית וגישת היוצר התכליתית קיימת גם גישת יוצר לשונית וגישת יצירה תכליתית.
- 25 ראו למשל להלן, בחלק השלישי, ס' 3, את ביקורתנו על האופן שבו מציג השופט ברק את גישת הפרשנות שאותה הוא מכנה "התכלית האובייקטיבית", והדבר נעשה על ידיו ללא הבחנה בין תהליך של פרשנות היצירה מתוכה, הגם שאינו מוגבל לפרשנות הלשונית שלה, לבין פרשנות שבה מפרש השופט הפרשן את היצירה לפי הערכים החברתיים הרווחים בעולמו השיפוטי.
- 26 למשל, אם צודקים הזרמים הרדיקליים הסבורים כי מבחינה אונטולוגית ליצירה אין משמעות כשלעצמה (ראו למשל את גישת הדה-קונסטרוקציה של דרידה, להלן חלק ראשון, ס' 3) כי אז פרשנות בגישת היצירה לא תוכל להיחשב לקבילה גם אם היא ראויה מבחינה נורמטיבית.
- 27 ראו להלן חלק שני.
- 28 התאוריה של חוזה היחס מוכרת בשיח המשפטי בישראל. ראו למשל איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד–1974 391–434 (התשנ"ד); אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 78–83 (1997); שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קריית המשפט ד 271, 295–299 (2004–2005); שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" משפטים לד 627, 710–719 (2005); אלעד פינקלשטיין המשטר המשפטי של הליך הגישור 176–189 (2007); משה גלברד הפרה צפויה בחוזים (2001); מנחם מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא" חוזים כרך ג 348 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003) (להלן: מאוטנר "תום לב"); מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 4, בעמ' 45–48. עם זאת המתח בין יסודותיה הקהילתיים של הגישה לבין גרסתה הליברלית והשלכותיהם על דיני הפרשנות הם ייחודיים למאמר הנוכחי.
- הגישה הנאו-פורמליסטית עלתה על שולחן הדיונים רק בשנים האחרונות. ראו זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14; מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 4, בעמ' 67–76. ראו גם עניין המל"ל נ' סהר, לעיל ה"ש 8, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל. עם זאת הדיון המקיף בוויכוח הכלכלי, המוסדי וההתנהגותי המתקיים בין גישה זו לבין גישת חוזה היחס (ראו להלן חלק שני) הוא ייחודי למחקר הנוכחי. נוסף על כך, ההמשגה ההרמנויטית של המחלוקת שבין הנאו-פורמליסטים לבין גישת חוזה היחס היא חידוש ייחודי של מחקר זה אל מול השיח המשפטי הקיים.
- 29 ראו להלן חלק שני, ס' 1.

הנורמטיבית של מגוון שלם של אפשרויות פרשניות שהשיח הקיים נטה להדחיק, ויספק קנה מידה נורמטיבי לבחירה בין האפשרויות השונות. מצוידים בתובנות משני גופי הידע הללו נציע יסודות לתורת פרשנות ראויה, נמפה את העמדות הקיימות במשפט הישראלי ונעריך.

מבנית, מחולק המחקר לשלושה חלקים: בחלק הראשון יוצגו שלושה מתחים מרכזיים שההרמנויטיקה עוסקת בהם: המתח שבין גישת היוצר לבין גישת היצירה, המתח שבין הגישה הלשונית לבין גישת המשמעות – התכלית, ומעמדו של הפרשן אל מול מושא הפרשנות. הדיון ההרמנויטי הכללי ייושם בדיני החוזים, בעקבות זאת יוצבו האפשרויות שמעמידה ההרמנויטיקה בפני פרשני החוזים, ומתוך כך תיפרס הרשת המושגית שתשמש בסיס למחקר כולו. בחלק השני ישולב הניתוח ההרמנויטי בתאוריה של דיני החוזים, ובמיוחד התאוריה של חוזה היחס לגווניה והזרם הנאו-פורמליסטי. בחלק זה נעריך נורמטיבית את האפשרויות הפרשניות שהוצבו בחלק הראשון, ובסופו של הדיון נציע יסודות למודל ראוי של פרשנות חוזים. החלק השלישי יוקדש למשפט הישראלי. בחלק זה נבקש למקם את העמדות השונות הקיימות בישראל ולהעריך על יסוד הניתוח ההרמנויטי והתאורטי שנעשה בפרקים הקודמים. באפילוג נתייחס לתיקון חוק החוזים ולהשפעתו על פרשנות חוזים במשפט הישראלי.

חלק ראשון: פרשנות חוזים בראי תאוריות הרמנויטיות

1. היצירה מול היוצר

דומה כי המחלוקת הנוקבת ביותר בספרות ההרמנויטית³⁰ מתנהלת ברגיל בין גישות המבקשות להתחקות על כוונת היוצר (שיאוחדו לצורך הדיון תחת הכותרת: "גישת היוצר") לבין גישות הדוגלות באוטונומיה של היצירה (שיאוחדו לצורך הדיון תחת הכותרת: "גישת היצירה").³¹ על פי גישת היוצר, פרשנות של טקסט משמעה לשחזר את

30 נציין כי איננו מתיימרים למצות את הדיון בתאוריות ההרמנויטיות, ועיסוקנו כאן הוא במיפוי ספרות הרמנויטית מייצגת כדי להיעזר בה לצורך פרשנות משפטית וחוזית. נציין עוד כי לעומת הספרות המשפטית העוסקת בפרשנות, המתמקדת במקרים רבים בשאלה הנורמטיבית כיצד ראוי לפרש, חלק ניכר מן הספרות הפילוסופית העוסקת בפרשנות, עוסקת בתיאור המציאות ושואלת מהי פעולת הפרשנות? האם אפשר לעמוד על כוונתו של טקסט במנותק מכוונת יוצרו ופרשנו? להבדל זה התייחסנו לעיל בה"ש 22–23 ובטקסט הצמוד להן, וניתן את הדעת עליו בכמה הזדמנויות בהמשך הדברים.

31 במחקר הספרותי (ראו למשל אומברטו אקו פרשנות ופרשנות-יתר 29, 64–65 (2007)) המונח המקובל לגישת היוצר הוא "כוונת המחבר", ובלעז *intention auctoris*. לעומת זאת גישת היצירה מבקשת להתחקות על כוונת היצירה, ובלעז *intention operis*, ויש המכנים זאת גם היוצר המשוער – *implied author*. בשיח המשפטי בישראל יש המכנים את גישת היוצר גישה סובייקטיבית ואת גישת

הכוונה המקורית של הכותב הממשי של הטקסט.³² לפי גישה זו, יש להשיב על השאלה "למה התכוון המשורר?" על דרך הפשט. האתגר הפרשני הוא לנסות ולחדור, באופן מטפורי כמובן, לראשו של המחבר. מובן אפוא כי הדוגלים בגישה זו סבורים שעל הפרשן להכיר לא רק את היצירה שבפניו אלא גם את עולמו האינטלקטואלי האישי של המחבר.³³ ואת הרקע ההיסטורי והתרבותי של כתיבת היצירה.³⁴ כדי לחלץ מהם את המובן ואת התוכן שהמחבר ביקש להעניק ליצירתו.³⁵ בניגוד גמור לגישה היוצר מכריזה גישה היצירה על מותו של המחבר.³⁶ על פי גישה זו, האפשרות להבין טקסט במונחים של מחברו אינה אפשרית, וגם אינה ראויה, שכן עם השלמתו מאבד הטקסט את קשרו אל היוצר. יתרה מזו, היצירה אינה קופאת על שמריה:

היצירה גישה אובייקטיבית. ברם חשוב להבחין בין גישה אובייקטיבית, המתמקדת ביצירה עצמה, לבין התכלית האובייקטיבית המוכרת בדיני החזוים בישראל, אשר מתמקדת בפרשן כיוצר ואשר מכונה בלעז *intention of the lector*. על גישה זו ראו להלן חלק ראשון, ס' 3.

32 ראו FRIEDRICH SCHLEIERMACHER, HERMENEUTICS AND CRITICISM AND OTHER WRITINGS (1998); WILHELM DILTHEY, SELECTED WRITINGS (H.P. Rickman ed. & trans., 1976); WILHELM DILTHEY, HERMENEUTICS AND THE STUDY OF HISTORY (Rudolf A. Makkreel & Frithjof Rodi eds., 1996); E.D. HIRSCH, JR., VALIDITY IN INTERPRETATION (1967). לדיון בהגותם ההרמנויטית של שליירמאכר, דילתי והירש ראו גם זאב לוי הרמנויטיקה 154–139, 100–85 (1989). על גישה היוצר ראו גם GREENAWALT, לעיל ה"ש 21, בעמ' 63–68.

33 SCHLEIERMACHER, לעיל ה"ש 32, בעמ' 107.

34 THE HERMENEUTICS READER: TEXTS OF THE GERMAN TRADITION FROM THE ENLIGHTENMENT TO THE PRESENT 148–164 (Kurt Mueller-Vollmer ed., 1989).

35 נציין כי בתוך גישה היוצר קיימות מחלוקות בשאלה עד כמה יש למחבר משקל עורף או אפילו משקל מכריע בפירוש כוונתו. האינטואיציה המקובלת היא כי לעדותו של היוצר על כוונתו, אם היא מוכרת, יש משקל רב. ברם קיימות גרסאות הרמנויטיות שאמנם מבססות את הפרשנות על חיפוש כוונת היוצר האמתי, אבל עדיין הן סבורות כי לעתים הפרשן עשוי להבין את היוצר באופן שונה מהדרך שבה היוצר עצמו מבין (לפחות באופן מודע) את כוונותיו, וכי במקרים הללו אין לתת העדפה פרשנית דווקא להבנתו של היוצר. על מחלוקת זו ראו לוי הרמנויטיקה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 93.

36 ראו רולאן בארת מות המחבר (2005). ראו גם W. K. Wimsatt & Monroe C. Beardsley, *The Intentional Fallacy, in THE VERBAL ICON: STUDIES IN THE MEANING OF POETRY* 3 (1954). למותר לציין כי גם גישה היצירה היא מרובת ניואנסים וזרמים חלקם סטרוקטורליסטים חלקם ביקורתיים. עם זאת כל הזרמים הללו חולקים את ההבנה כי המחבר הממשי וכוונותיו אינם רלוונטיים לפרשנות היצירה. נציין עוד כי בארת עצמו אינו מסתפק במותו של המחבר והוא עומד על הממד היצירתי בעבודת הפרשן ועל הממד הסובייקטיבי שבפרשנות. עמדה זו של בארת אינה מקובלת על כלל החוקרים המעדיפים את גישה היצירה על פני גישה היוצר. להבחנה בין גישות המנותקות מן היוצר הממשי, אך מחויבות ליוצר המרומז ביצירה, לבין גישות פוסט-מודרניות הסבורות כי בעקבות מותו של המחבר מאבד הפרשן גם את המחויבות לטקסט עצמו ראו: אומברטו אקו "פרשנות-יתר של טקסטים" פרשנות ופרשנות-יתר 47 (2007). לתגובת הנגד ראו ריצ'רד וורטי "דרכו של פרגמטיסט" פרשנות ופרשנות-יתר 91 (2007).

היא מנהלת חיים עצמאיים ומגלמת תובנות ומשמעויות שהיוצר לא העלה על הדעת כלל.³⁷ לפיכך גרסאות חזקות של גישת היצירה דורשות התעלמות כמעט מוחלטת מענייני הקשר הן בנוגע למחבר והן בנוגע לרקע ההיסטורי והחברתי שבו נכתבה היצירה. עובדות ביוגרפיות על המחבר, עובדות היסטוריות וחברתיות הן עדות חיצונית פסולה. המוקד הוא בחינת הטקסט עצמו, או כפי שחלק מהדוגלים בשיטה מכנים זאת: בחינת הכותב המשוער, דהיינו הכותב כפי שהוא משתמע מהטקסט, להבדיל מן הכותב הממשי.³⁸ ברוח זו גורסת למשל התאוריה ההרמנויטית הסטרוקטורליסטית כי היצירה היא מערכת סגורה שכל איבר בתוכה מתייחס רק לאיברים אחרים באותה מערכת. לפיכך יש להתרכז אך ורק בטבעה הפנימי של היצירה.³⁹

למחלוקת האמורה השלכות מרחיקות לכת בתחומים רבים. למשל: בתחום התורני גישת המחקר התלמודי האקדמי (ענף בתחום המחקר המכונה חכמת ישראל) מבקשת בדרך כלל להתחקות על היוצרים הממשיים של התלמוד ושל ההלכה. משום כך היא עוסקת רבות ברקע ההיסטורי של הכותבים וברבדים השונים של הטקסטים המחייבים. לעומת זאת הלימוד השיטתי מניח בדרך כלל כי התלמוד בכללותו הוא יצירה אחת, ועל כן הוא דן בה ככזו במנותק מרבדיה ההיסטוריים.⁴⁰ מלבד ההבדלים בדרכי הלימוד העיוני, לגישות הפרשניות השונות השלכה דרמטית על דרכי פסיקת ההלכה, כאשר פסיקה המבוססת על גישת היוצר מבקשת לשחזר את העמדות והכוונות של היוצר הממשי של הספרות ההלכתית, ולעומתה גישת היצירה רואה בטקסטים שהתקבלו כמחייבים את המקור המכונן של ההלכה גם אם הטקסטים הללו אינם משקפים את עמדתו של היוצר הממשי, וגם אם לעתים הגרסאות המצויות בידנו אינן משקפות את החיבור המקורי שנכתב על ידי היוצר במדויק.⁴¹

37 טיעונים כאלו שימשו אחד הבסיסים גם להרמנויטיקה הפילוסופית של הנס-גיאורג גאמר ולדקונסטרוקציה של הפילוסוף ז'אק דרידה. לגישות אלו ראו להלן חלק ראשון, ס' 3.

38 ראו TOM KINDT & HANS-HARALD MÜLLER, THE IMPLIED AUTHOR: CONCEPT AND CONTROVERSY 50 (2006); WAYNE C. BOOTH, THE RHETORIC OF FICTION (1961).

39 לדיון בהרמנויטיקה הסטרוקטורליסטית ראו לוי הרמנויטיקה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 177–236. ראו גם פיטר בארי מבוא לתורת הספרות והתרבות – צעדים ראשונים 57–82 (2004).

40 ראו מנחם כהנא "מחקר התלמוד באוניברסיטה והלימוד המסורתי בישיבה" בחבלי מסורת ותמורה 113–142 (התש"ן), וכן מיכאל אברהם "בין מחקר לעיון" – הרמנויטיקה של טקסטים קנוניים" אקדמות ט 9 (התש"ס).

41 ראו שי עקביא וזנר "עצמאות ומחויבות פרשנית – על תפישות פרשניות בספרות הרבנית" אקדמות ד 9 (התשנ"ח); ראו גם שמשון אטינגר "מחלוקת ואמת, למשמעות שאלת האמת בהלכה" שנתון המשפט העברי כא 37 (התש"ס).

במשפט משפיעה מחלוקת זו על פרשנות החקיקה.⁴² למשל, במסגרת הפולמוס על פרשנות החוקה האמריקאית,⁴³ היישום הקיצוני ביותר של גישת היוצר נעשה במסגרת הזרם המוקדם של הגישה האוריג'ינליסטית (Originalism),⁴⁴ המכונה בז'רגון "הגישה האינטנציונליסטית" (Intentionalism). גישה זו מאמינה כי פרשנות נכונה של החוקה חייבת לשקף את כוונת מנסחיה.⁴⁵ מלבד הדיון החוקתי האמריקאי בהשפעת גישת היוצר, בשיטות משפט רבות לתהליך החקיקתי ולעדויות המתייחסות לנסיבות ההיסטוריות של החקיקה מקום מכריע בפרשנותה.⁴⁶ במישור החוקתי המחויבות האינטנציונליסטית לכוונת המחקקים הממשיים כורסמה בגרסאות אוריג'ינליסטיות מאוחרות שאמנם מקדשות את המשמעות ההיסטורית של החקיקה, אך מבקשות לשחזר את ההבנה הציבורית הראשונית שלה (public meaning originalism) ולא את כוונת

42 ראו למשל ע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי, פ"ד לג(3) 1, פס' 11 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) אלון (1979).

43 כמובן, החקיקה אינה עשויה מקשה אחת, ואפשר להבדיל למשל בין פרשנות החוקה לבין פרשנות חוקים. לדיון בהבדלים אלו ראו למשל Kevin M. Stack, *The Divergence of Constitutional and Statutory Interpretation*, 75 U. COLO. L. REV. 1 (2004). ראו גם אנדרי מרמור "כוונת המחוקק וסמכות החוק" עיוני משפט טז 593, 605 (1991); ג'רמי ולדרון "כוונת המחוקק וחקיקה נטולת כוונת" עיוני משפט יח 437, 440 (1994). עם זאת מאחר שמטרתנו כאן היא להציג את הגישות האפשריות לפרשנות החקיקה ולמפותן, הדיון כאן נעשה במשולב ובאופן כולל. ראו בהקשר דומה Kent Greenawalt, *Constitutional and Statutory Interpretation*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW 268 (Jules L. Coleman & Scott Shapiro eds., 2002).

44 LAWRENCE B. SOLUM, SEMANTIC THE AURIG'INILISTIT ראו הגישה האוריג'ינליסטית ראו LAWRENCE B. SOLUM, SEMANTIC ORIGINALISM (2008) ssrn.com/abstract=1120244; Mitchell N. Berman, *Originalism is Bunk*, 84 N.Y.U. L. REV. 1 (2009).

45 LARRY ALEXANDER, SIMPLE-MINDED ORIGINALISM (2008) ssrn.com/abstract=1235722 Richard S. Kay, *Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation*, 103 N.Y.U. L. REV. 703 (2009). להבחנות בין סוגים שונים של אינטנציונליסטים, או ליתר דיוק להבחנה שבין אינטנציונליסטים הממוקדים בכוונה של המנסחים (Framers' (semantic) intentions) לבין אוריג'ינליסטים הממוקדים בהבנה של מאשררי החוקה (Ratifiers' understandings), ובין שתי הקבוצות הללו הממוקדות ביוצרים ההיסטוריים לבין קבוצה שלישית של אוריג'ינליסטים הזונחת את הכותב הממשי אך ממוקדת בהבנה ההיסטורית של החוק בעת כתיבתו (Original public meaning) ראו Berman, *Originalism is Bunk*, לעיל ה"ש 44.

46 ראו John F. Manning, *Textualism and Legislative Intent*, 91 VA. L. REV. 419 (2005). ראו גם אורי ידין "ושבו על פרוש חוקי הכנסת (סוף)" הפרקליט כו 358, 360-358 (1970); אורי ידין "על פרוש חוקי הכנסת – ברביעית" הפרקליט לא 395, 415-419 (1977). עוד ראו Roscoe Pound, *Spurious Interpretation*, 7 COLUM. L. REV. 379, 381 (1907) ("The Object of genuine interpretation is to discover the rule which the law-maker intended to establish").

המחוקקים הממשיים.⁴⁷ ההתרחקות מגישת היוצר והאימוץ המוחלט של גישת היצירה נעשו באופן חד עוד יותר במסגרת תאוריות נאן-אוריג'ינליסטייות (non-originalism),⁴⁸ הרואות בטקסט החקיקתי חי הנושא את עצמו, ומשום כך הן תומכות בהליך פרשנות דינמי שאיננו מחויב לכוונת מנסחיו הממשיים⁴⁹ ואפילו לא לדרך המקורית שבה הובן החוק בעת שהתקבל.⁵⁰ גישת היצירה בפרשנות החקיקה השפיעה גם על הדין באנגליה, שבה אסרו בעבר כללי הפרשנות על שימוש בדברי הפרלמנט כאמצעי לפרשנות דברי החקיקה.⁵¹

47 ראו Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CIN. L. REV. 849 (1989); Frank H. Easterbrook, *The Role of Original Intent in Statutory Construction*, 11 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 59, 65 (1988).

48 ראו Mitchell N. Berman, *Originalism is Bunk*, לעיל ה"ש 44.

49 ראו Mitchell N. Berman, *Constitutional Interpretation: Non-originalism*, 6 PHILOSOPHY COMPASS 408 (2011). בעבר זוהתה הגישה הפרשנית המכונה טקסטואליזם באופן מובהק כגישה נאן-אוריג'ינליסטית, ועל כן במונחי מחקר זה כגישת היצירה (השוו John F. Manning, *What Divides Textualists From Purposivists?*, 106 COL. L. REV. 70 (2006)). בניגוד לכך, בשנים האחרונות פיתח השופט סקליה עמדה טקסטואלית השוללת את חשיבות הכוונה של הנסחים הממשיים של החוקה ועל כן דוחה את גישת היוצר אך סבורה בכל זאת שיש לפרש את החוקה כפי שהובנה בזמן נתינתה (ראו Elliott M. Davis, *The Newer Textualism: Justice Alito's Statutory Interpretation*, 30 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 983 (2007)). משום כך כיום אי אפשר לראות בכל העמדות הטקסטואליות מי שמייצגות את גישת היצירה במובהק.

49 ראו Oliver Wendell Holmes, *The Theory of Legal Interpretation*, 12 HARV. L. REV. 417, 419 (1899) ("We do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means").

50 למחלוקת הפרשנית בין גישות אוריג'ינליסטיות לבין גישות דינמיות בנוגע לממד הזמן בפרשנות ראו אהרן ברק "על הזמן בפרשנות המשפט" ספר ברנזון כרך שלישי: גולל 57 (2007), וכן Jack M. Balkin, *Framework Originalism and The Living Constitution*, 103 NW. U. L. REV. 549 (2009).

51 ראו א' מ' אפלבוים "דברי הכנסת כראיה לפירוש חוק" הפרקליט כא 411 (1965). לסטייה מעמדה זו במשפט האנגלי ראו Pepper v. Hart, [1993] A.C. 593 (H.L.) (appeal taken from Eng.). בארצות הברית הוכרה פנייה להיסטוריה החקיקתית ולמקורות חוץ טקסטואליים בפרשנות החקיקה. ראו למשל Holy Trinity Church v. United States, 143 U.S. 457 (1892). למגמת צמצום הפנייה להיסטוריה החוקתית בפרשנות חוקה בארצות הברית ראו Michael H. Koby, *The Supreme Courts Declining Reliance on Legislative History: The Impact of Justice Scalia's Critique*, 36 HARV. J. LEGIS. 369 (1999).

בתחום החוזים⁵² החוזה הוא יצירה משותפת של שני צדדים (או יותר). משום כך נמצאו שיטות משפט שברוח גישת היוצר סברו כי על הפרשנות לשקף את הכוונה המשותפת האמתית של הצדדים המתקשרים בחוזה,⁵³ ואם אי אפשר לאתר כוונה משותפת כזו, לא נכרת חוזה.⁵⁴ בניגוד לגישות הללו, כיום בשל עליית עקרון ההסתמכות בדיני החוזים,⁵⁵ אף התומכים בגישת היוצר סבורים כי אל לו לפרשן להתחקות על הכוונה הפנימית של מי מהיוצרים אלא רק על אותן כוונות שניתן להן ביטוי חיצוני בחוזה או שהצד השני מודע להן.⁵⁶ נוסף על כך, בשל הדגשת הממד האובייקטיבי ועקרון ההסתמכות כאמור, במקרה של התקשרות בחוזה כתוב גם הוגים המשתייכים לגישת היוצר נותנים בדרך כלל משקל רב לטקסט החוזי.⁵⁷ עם זאת יש לשים לב כי אפילו העמדות הללו אינן רואות בטקסט החוזי חזות הכול, ובסופו של דבר על פי

- 52 הדיון שלהלן נועד למפות את גישות הפרשנות השונות. ראו בדומה גם GREENAWALT, לעיל ה"ש 21, בעמ' 258–264. מובן שבדיון נורמטיבי יש מקום להבחין בין פרשנות חקיקה לפרשנות חוזים. בהקשר זה ראו Mark L. Movsesian, *Are Statutes Really 'Legislative Bargains'? The Failure of the Contract Analogy in Statutory Interpretation*, 76 N.C. L. REV. 1145 (1998) (להלן: *Movsesian, Legislative Bargains*).
- 53 כך התבטא המלומד ויליאם סטורי בשנת 1844: "[w]henever such intent can be distinctly ascertained, it will prevail, not only in cases where it is not fully and clearly expressed, but also, even where it contradicts the actual terms of the agreement" WILLIAM W. STORY, A TREATISE ON THE LAW OF CONTRACTS NOT UNDER SEAL § 231, at 149 (1844). מופיע אצל Joseph M. Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, 69 FORDHAM L. REV. 427, 446 (2000).
- 54 ראו Raffles v. Wichelhaus, [1864] EWHC Exch J19. בדומה לכך, כשהגישות האלה התבקשו להשלים חסר בחוזה, הן תבעו שההשלמה תיחשב משהו ששני הצדדים היו מסכימים עליו אילו נשאלו עליו בעת כריתת החוזה. לכן פנייה לבית המשפט להשלים חסר הייתה נדחית אם בית המשפט לא השתכנע ששני הצדדים היו משלימים כך את החסר. ראו מאוטנר "תום לב", לעיל ה"ש 28, בעמ' 313, 372–371; מנחם מאוטנר "כיצד הודחה דוקטרינת התנאי מכללא ממעמדה בדיני החוזים של ישראל?" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 429 (ש' לרנר וד' לוינסון-זמיר עורכים, 2002) (להלן: מאוטנר "כיצד הודחה").
- 55 לתיאור התפתחות זו ולדיון במשמעותה ראו Menachem Mautner, *Contract, Culture, Compulsion, or: What is so Problematic in the Application of Objective Standards in Contract Law*, 3 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 545 (2002) (להלן: *Mautner, Contract, Culture*). אשר פורסם גם כפרק תשע בספרו של מנחם מאוטנר *משפט ותרבות* (2008).
- 56 ראו WAYNE BARNES, *THE FRENCH SUBJECTIVE THEORY OF CONTRACTS: SEPARATING RHETORIC FROM REALITY* (2008), http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=wayne_barnes.
- 57 ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 134 ("ההנחה האמפירית היא כי ברוב המקרים הצהרת רצונם של הצדדים משקפת את רצונם האמיתי"). ראו גם Wayne Barnes, *The Objective Theory of Contracts*, 76 U. CIN. L. REV. 1119, 1127 (2008).

הגישות הללו לכוונותיהם הידועות של הצדדים ולנסיבות ההיסטוריות של הכריתה חשיבות רבה בפרשנות חוזים, שכן הכוונה היא לאמור את כוונותיהם של הצדדים לחוזה.⁵⁸

בשונה מגישת היוצר, מנתקת גישת היצירה בין החוזה לבין הצדדים, ולכן כוונת הצדדים האמתית איננה רלוונטית בפרשנות החוזה.⁵⁹ ברוח זו סדרי דין בשיטות משפט מסוימות שיקפו גישה שלפיה פרשנות היא עניין משפטי ולא עובדתי.⁶⁰ כהמשך לכך נקבע בשיטות הללו שבית המשפט רשאי לפרש את החוזה גם בדרך שברור לו ששני הצדדים לא התכוונו לה במקור ואף אינם טוענים לה כעת.⁶¹ על פי גישות יצירה טהרניות, הנסיבות ההיסטוריות או הקונטקסט שבמסגרתו נכרת החוזה אינם חשובים ואינם נחוצים לפרשנות היצירה, ועל הפרשן להתמקד באופן מוחלט בחוזה שלפניו. בתווך שבין גישות היוצר והיצירה קיימות עמדות המזכירות את גישות ההבנה הציבורית הראשונה בהקשר החקיקתי, הסבורות כי בפרשנות חוזים יש לחפש את הדרך שבה היה מבין את הטקסט החוזי אדם סביר שצפה בצדדים בעת ההתקשרות ושברשותו המידע שהיה לצדדים בעת ההתקשרות.⁶²

58 גישה זו מכונה על ידי אהרן ברק "התכלית הסובייקטיבית של החוזה". ראו ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 403.

59 ראו RESTATEMENT OF CONTRACTS § 226, Cmt. b. (1932) ("The meaning that shall be given to manifestations of intention is not necessarily that which the party from whom the manifestation proceeds, expects or understands").

60 ראו GILMORE GRANT, THE DEATH OF CONTRACT 42 (2nd ed. 1995) (המציין כי על פי התאוריה הקלאסית של דיני החוזים הכרעת בית המשפט בשאלה מהי הסכמת הצדדים מהווה הכרעה בשאלה משפטית ולא בשאלה עובדתית). ראו גם Hon. Randall H. Warner, *All Mixed Up About Contract: When Is Contract Interpretation a Legal Question and When Is It a Fact Question?*, 5 VA. L. & BUS. REV. 81, 105 (2010); W.C. Whitford, *The Role of the Jury (and the Fact/Law Distinction) in the Interpretation of Written Contracts*, 2001 WIS. L. REV. 931.

61 ראו דבריו של השופט Learned Hand, ב-, Hotchkiss v. Nat'l City Bank of N.Y., 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911): "A contract has, strictly speaking, nothing to do with the personal, or individual, intent of the parties. A contract is an obligation attached by the mere force of law to certain acts of the parties, usually words, which ordinarily accompany and represent a known intent. If, however, it were proved by twenty bishops that either party, when he used the words, intended something else than the usual meaning which the law imposes upon them, he would still be held, unless there were some mutual mistake, or something else of the sort".

62 ראו Investors Comp. Scheme Ltd. v. W. Bromwich Building Soc'y, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.) 114 (appeal taken from Eng.) ("interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background

2. לשון ומשמעות: פרשנות לשונית מול פרשנות תכליתית

דילמה הרמנויטית נוספת עוסקת ביחס שבין לשון ומשמעות. לטעמנו הספרות ההרמנויטית בנושא עשויה להציג באור חדש ומקורי את הדילמה המוכרת היטב לעוסקים בדיני החוזים בישראל בין פרשנותו הלשונית של החוזה לבין פרשנות המבוססת על תכליתו.

פרשנות טקסט משלבת ברגיל כמה מתודות פרשניות. השלב הראשון בפרשנותו של כל טקסט מבוסס על הבנה לשונית של האמור בו. בשלב זה פועל הפרשן כבלשן, ולכן הוא נזקק למילונים, לכללי הדקדוק, התחביר ולכללי לוגיקה.⁶³ עם זאת נדירים ביותר הם המקרים שבהם פרשנות יכולה להסתכם במתודה לשונית. ראשית, מילים הן רב-משמעיות ועמומות. משום כך במקרים רבים השלב הלשוני יציב בפני הפרשן מתחם של אפשרויות כאשר יידרש אמצעי לבר-לשוני כדי להכריע בין האפשרויות הלשוניות השונות.⁶⁴ מלבד זאת בטקסטים גלומים במקרים רבים משמעויות עומק, סמלים ומיתוסים, שחשיפתם דורשת חקירה מעבר לתרגום בלשני.⁶⁵ זהו השלב שבו נכנסת לפעולה המתודה הלב-לשונית המוכרת בהרמנויטיקה כפרשנות המשמעות. קחו למשל פרשנות טיפוסית לספרות.⁶⁶ פרשנות כזו תבקש לחשוף את משמעויות העומק הגלומות ביצירה באמצעים ספרותיים. אמצעים אלו כוללים בין היתר ניתוח

knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract") פסק הדין האמור עדיין ניתן לזיהוי כמיישם את גישת היצירה, כיוון שהוא שימר את הכלל שלפיו אסור לשופטים להתייחס בזמן הפרשנות לטיוטות מוקדמות שהוחלפו בין הצדדים. ברם לאחרונה פסע הדין האנגלי במידה מסוימת לעבר גישת היוצר בפסק הדין בעניין Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd., [2009] UKHL 38 (appeal taken from Eng.) Int'l Inst. for the Unification of Private Law, וראו גם UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010 ed.), art. 4.1 (Intention of the Parties): "(1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties. (2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances"

63 ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 332, 72.

64 ראו אהרן ברק "פרשנות ושפיטה – יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י' 467 (1984); רננה לנדוי "המשפט במשפט: בלשנות משפטית – הבלשן בשירות המשפטן" עיוני משפט כב 37, 56 (1999). ראו גם Arthur L. Corbin, *The Interpretation of Words and the Parol Evidence Rule*, 50 CORNELL L. Q. 161, 161–170 (1965).

65 ראו מאמרו הנפלא של חיים נחמן ביאליק "גלוי וכסוי בלשון" כל כתבי ח.נ. ביאליק רב (התשל"א).
66 ובמיוחד לאור תאוריות ביקורתיות, ראו בארי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 50–53.

סגנוני ומבני של חלקים שונים של היצירה ושל היחסים שביניהם⁶⁷ כמו גם ניתוח וחשיפה של משמעותם התרבותית והפסיכולוגית של סמלים ומיתוסים המוכמנים ביצירה.⁶⁸ משום כך פרשנות זו, אפילו כאשר היא ממוקדת ביצירה ומנותקת לחלוטין מזהותו הממשית של היוצר, עדיין כוללת בדרך כלל רבדים עשירים בהרבה מפרשנות של המובן הלשוני של הכתוב.

המתודות הפרשניות – הלשונית והלבר-לשונית הממוקדת במשמעות – אינן מוציאות זו את תחולתה של זו. להפך, הן מכירות כל אחת בצורך בחברתה.⁶⁹ אך עדיין קיימים מקרים שבהם יתעורר מתח ביניהן. מקרים אלה יחולו כאשר משמעותם הלשונית של רכיבים מסוימים ביצירה או אפילו של משפטים או ביטויים פרטיים בה לא ישתלבו במבני העומק הגלומים בה ובמשמעותה הפנימית החבויה או אפילו יהיו מנוגדים להם. במקרים הללו גישות הרמנויטיות מסורתיות יקבעו כי המילים מגבילות את הפרשנות, וכי אין מקום לפרשנות שאיננה מעוגנת בלשון היצירה.⁷⁰ על כן גישות אלה דוגלות בסופו של דבר בשלטון הלשון. לעומת זאת בעשורים האחרונים⁷¹ התפתחו גישות הרמנויטיות חתרניות יותר, הסבורות כי במצבים רבים ההבנה הלשונית הפשוטה של הטקסט איננה מסמנת את הדרך להבנת משמעותו אלא להפך, לעתים המילים הן מסווה או מכשול

67 ראו ROLAND BARTHES, S/Z: AN ESSAY (Richard Miller trans., 1974). ראו גם בארי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 70–74, וכן לוי הרמנויטיקה, לעיל ה"ש 32, בפרק העשירי שכותרתו: "רולאן בארת וביקורת הספרות הסטרוקטוראליסטית", בעמ' 212–237.

68 ההרמנויטיקה הפנומנולוגית גורסת כי יש לחרוג אל מעבר לתוכן האימננטי של הטקסט כדי להגיע למשמעותו. ברם אין מדובר בחיפוש כוונת המחבר אלא בבחינת סמלים ומיתוסים שהיצירה מעוררת בתרבות. הדגש הוא בעולם שנחשף על ידי היצירה. ראו בהקשר זה גישתו ההרמנויטית של פול ריקור: PAUL RICOEUR, INTERPRETATION THEORY: DISCOURSE AND THE SURPLUS OF MEANING (1976); PAUL RICOEUR, HERMENEUTICS AND THE HUMAN SCIENCES: ESSAYS ON LANGUAGE, ACTION AND INTERPRETATION (John B. Thompson ed. & trans., 1981). ראו גם לוי הרמנויטיקה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 155–173.

69 לפחות מנקודת המבט של השיח ההרמנויטי שונים הדברים באשר ליחס שבין גישת היוצר לבין גישת היצירה, שכן לפחות גישת היצירה אינה זקוקה לתובנות שמספקת גישת היוצר על היוצר וכוונותיו, שכן לדעתה כוונות אלה ככל שהן מתייחסות ליוצר הממשי ואינן משוקעות ביצירה אינן רלוונטיות.

70 ההרמנויטיקה המסורתית גרסה כי הבנה של טקסט פירושה לשחזר את הכוונה המקורית של היוצר כפי שהיא משתקפת בטקסט. המטרה היא לדלות את כוונת היוצר מתוך הטקסט, אך אין להוסיף על הטקסט או לשנותו. ראו SCHLEIERMACHER, לעיל ה"ש 32, בעמ' 30.

71 אם כי ייתכן שהגישות הללו מחדשות למעשה את מתודת הדרש המקראית או לפחות את אחד מתפקידי הדרש כשחזור הכוונה המקראית הכוללת והתאמתה למקרה ספציפי. על היחס שבין פשט ודרש ראו דב לנדאו על דרכי הפרשנות ועל עקרונותיה 199–204 (2004). על המדרש והפרשנות ראו גם מנחם אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו ועקרונותיו כרך א 239–390 (התשנ"ב). לבחינת המדרש בפרשנות הספרות המודרנית ראו MIDRASH AND LITERATURE (Geoffrey H. Hartman & Sanford Budick eds., 1986).

הניצב בפני הפרשן השואף להבין את נשמתו של הטקסט. במקרים הללו על הפרשן לשכתב את הטקסט המפורש גם במחיר של סטייה מהבנתו הלשונית כדי להשיג את משמעותו האמתית. משום כך הגישות הללו תומכות בסופו של דבר בשלטון המשמעות.⁷²

לשתי המתודות הפרשניות ולמחלוקת שבין גישת שלטון הלשון לבין גישת שלטון המשמעות השלכה חשובה על דרכי הפרשנות במשפט. כך למשל באשר לפרשנותם של דברי חקיקה.⁷³ הכול יסכימו כי יש להתחיל בפרשנות הלשונית של דברי החקיקה.⁷⁴ ובכל זאת פעילות שגרתית של פרשן החקיקה מערבת בדרך כלל ניתוח מעמיק יותר של המטרות שאותן דבר החקיקה מבקש להגשים ואת הערכים שאותם הוא משקף. מטרות וערכים אלה משמשים בהיזון חוזר אמצעי להענקת מובן לטקסטים שונים המצויים בדבר החקיקה. במקרים מסוימים הערכים והמטרות הללו, שיש המכנים אותם תכלית החקיקה, מופיעים במפורש בחוק. עם זאת בדומה לגישות ההרמנויטיות המודרניות, במקרים רבים פרשני החקיקה תרים אחר רבדים סמויים בחקיקה שבלעדיהם החקיקה אינה שלמה. ברוח זו מתאר למשל לורנס טרייב את הממד הבלתי נראה של החוקה האמריקאית וגורס כי אין לרדד את הפרשנות החוקתית לקריאה לשונית של הממד הגלוי והמפורש של הטקסט החוקתי. לגישתו, יש להפעיל מתודות הרמנויטיות נרחבות יותר, ובמרכזן המתודה התכליתית, שמטרתן חשיפה של מטרות חבויות.⁷⁵

אולם אף על פי שכמעט הכול יסכימו כי פרשנות החקיקה מערבת ברגיל הן מתודות לשוניות והן מתודות תכליתיות, מתחולל מאבק בין גישות פרשניות שונות הן באשר למשקל היחסי של כל אחת מן המתודות והן באשר לכלל ההכרעה במקרה של עימות שאינו ניתן לגישור.

גישה אחת מאמצת את העמדה ההרמנויטית התומכת בשלטון הלשון. על פי גישה זו, אף כי אפשר להכריע בין פרשנויות לשוניות שונות לפי התכלית, בהתלבטות שבין המתודה הלשונית לבין המתודה התכליתית יש להעניק לראשונה משקל עדיף, ולכן אין להגזים בהוצאת הטקסט החקיקתי מדי פשוטו, ובשום מקרה אין להעניק לדבר החקיקה פרשנות שהלשון אינה סובלת. לכן גישה זו מתנגדת לפרשנות המתקנת את הלשון גם אם תיקון הלשון משתלב יותר עם התכלית הכוללת של החקיקה כפי שהיא מובנת על ידי

72 כך ההרמנויטיקה הסטרוקטורליסטית מבטלת את הטקסט הקיים כדי להחליפו באחר המבטא את משמעותו האמתית. החשיבות היא לשכתב את הטקסט לפי הסטרוקטורה הנוצרת תוך כדי קריאתו.

ראו לוי הרמנויטיקה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 219–223. וראו גם ביאליק, לעיל ה"ש 65.

73 ראו גם אורי ידין "ושוב על פירוש חוקי הכנסת" הפרקליט כו 190, 201–203 (1970).

74 ראו למשל (1962) 369 U.S. 1, 9. Richards v. United States.

75 George H. Taylor, LAURENCE H. TRIBE, THE INVISIBLE CONSTITUTION (2008). ראו גם George H. Taylor, Structural Textualism, 75 B.U. L. REV. 321 (1995).

הפרשן.⁷⁶ להלן נתייחס לגישה זו כגישה הלשונית. לעומת זאת בדומה לגישה ההרמנויטית, שאותה כינינו "גישת שלטון המשמעות", רבים מבין האוחזים במתודות התכליתיות לחקיקה סבורים כי חרף חשיבותה של הפרשנות הלשונית, בסופו של דבר יש להעניק למתודות הבר-לשוניות, הממוקדות בתכלית של החקיקה, משקל רב יותר בהליך הפרשני. לכן במקרה שבו קיימות שתי אפשרויות לשוניות, תגלה גישה זו נכונות להעדיף את האפשרות אשר משתלבת טוב יותר עם התכלית גם אם מדובר באפשרות הלשונית החריגה שאינה משקפת את המשמעות הרגילה והמקובלת של הלשון.⁷⁷ יתרה מזו, במקרים שבהם ההבנה הלשונית של חלקים בטקסט אינה מתיישבת עם התכלית, מתירות הגישות הללו לפרשן לפרש מילים באופן החורג בצורה מוחלטת מהבנתן הלשונית, ובכך לתקן את לשון החוק כדי שתגשים את תכליתו. להלן נתייחס לגישה זו כגישה התכליתית.

על פני הדברים אפשר לגרוס כי המחלוקת שבין הפרשנות הלשונית והתכליתית זהה למחלוקת שבין גישת היוצר לגישת היצירה, שבה עסקנו בחלק הקודם, דהיינו: שהגישה הלשונית זהה לגישת היצירה, ואילו הגישה התכליתית מבקשת למעשה להתחקות על דעתו של היוצר הממשי. ברם ניתוח מדויק יותר יגלה כי הדילמה שבין לשון לבין תכלית ניצבת על רגליה שלה, והיא איננה כלל שיקוף של הוויכוח שבין גישת היוצר לבין גישת היצירה. למעשה, שזירת שני הוויכוחים ההרמנויטיים זה בזה מלמדת על קיומן של ארבע גישות פרשניות אפשריות,⁷⁸ שלפחות ברמה המושגית-אנליטית ניתנות כולן ליישום הן בפרשנות דברי חקיקה והן בפרשנות חוזים:

76 ראו ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (1997), וכן William N. Eskridge, Jr., *The New Textualism*, 37 UCLA L. REV. 621 (1990).

77 השוו בעניין פרשנות חיקוק פלילי את הוראת סעיף 34כא לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובעת כי: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין" [ההדגשה הוספה – ש"ל וא"פ]. וראו הביקורת הנוקבת אצל בועז סג'ורו "פרשנות מרחיבה בפלילים?": האומנם אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה? על נשיא בית המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" עלי משפט ג 165 (2003).

78 זמיר "עוד על פרשנות והשלמה", לעיל ה"ש 14, עומד אף הוא על ארבע גישות אפשריות לפרשנות חוזה. עם זאת קיימים הבדלים ניכרים בין הגישות המוצגות על ידינו לעומת הגישות שמציג זמיר: ראשית, זמיר איננו מבחין בין הוויכוח בעניין יוצר מול יצירה לבין הוויכוח בעניין פרשנות לשונית מול פרשנות תכליתית, הבחנה שעומדת במרכז דיונו כאן. שנית, זמיר מתייחס לפרשנות תכליתית כאל פרשנות המבקשת להחדיר ערכים של צדק והגינות אל תוך היחסים החוזיים. גישה כזו מכונה על ידינו גישת הפרשן כיוצר, והיא תידון בהרחבה להלן, אך היא איננה חלק מן הסיווג שנעשה בשלב זה. היינו, לגישתנו פרשנות תכליתית היא פרשנות הנלמדת מתוך הטקסט החוזי כמכלול או מנסיבות לבר-טקסטואליות, באפשרה סטייה מהלשון המפורשת בחוזה, והיא איננה מבקשת להנחיל את ערכי הפרשן. לבסוף קיימים מובנים שונים של תפיסה פורמליסטית הנכונה לשלב ערכים במעשה

א. גישת היצירה – הלשונית. גישה זו רואה ביצירה – ולא ביוצר – את מושא הפרשנות, ומשום כך על פי גישה זו הפרשנות שתינתן לטקסט איננה קשורה לכוונת היוצר הממשי או להבנה שהוא ייחד לטקסט. נוסף על כך, כגישה לשונית, על פי גישה זו הממד הלשוני של ההבנה מגביל את הפרשנות, ומשום כך אין להקנות ליצירה משמעות הכרוכה בחריגה מן הלשון.⁷⁹ בהקשר של דברי חקיקה מיושמת גישה זו למשל על ידי גישות טקסטואליות נאן-אוריג'ינאליסטיות.⁸⁰ בהקשר החוזי משמעותן של הגישות הללו היא כי אין לתור אחר כוונת הצדדים, ועל הפרשן להתמקד בלשון החוזה, מבלי להתחשב במידע חיצוני לטקסט בדבר נסיבות הכריתה ומבלי לחרוג מהלשון כדי להגשים את התכלית העולה מהחוזה גופו. הגישה החוזית הקלסית תמכה ביישום גישה פרשנית שכזו, בין היתר באמצעות כללים שקבעו כי יש לתת ללשון החוזה את משמעותן הרגילה של המילים ומבלי להסתייע בראיות חיצוניות לחוזה.⁸¹ בשנים האחרונות גישה זו מקבלת תמיכה מחודשת מן הזרם הנאו-פורמליסטי בארצות הברית.⁸²

ב. גישת היצירה – המשמעות (התכליתית). כמו הגישה הקודמת, גם גישה זו סבורה כי ליצירה חיים משל עצמה, וכי אין לשעבד את הפרשנות להבנתו של היוצר או אפילו להבנה הרווחת בתקופתו. עם זאת בניגוד לגישה הקודמת, על פי הגישה הזאת יש להעניק למתודות הלב-לשוניות החותרות להבין את משמעותו העמוקה של הטקסט משקל רב מן המשקל הניתן למתודות הלשוניות,⁸³ ולעתים על הפרשן אף לשכתב

הפרשנות. המובן האחד שאליו אנו מתייחסים במאמר זה הוא כאשר המשמעות שנותן הפרשן לטקסט החוזי מתיישבת עם ערכים חברתיים שאותם מבקש הפרשן לקדם. לעומת זאת זמיר מתייחס במאמרו למובן אחר של גישה פורמליסטית הנכונה להגשים ערכים, והוא כאשר הפרשן נוקט הנמקה פורמליסטית כדי לקדם מטרה ערכית מתוך כוונה להסוות את פעולת הפרשנות. לפיכך לעומת זמיר, העוסק בפער שבין אופן ההנמקה לבין המטרה הפרשנית האמיתית, אנו איננו עוסקים בכך, אלא מתמקדים בתפיסות פרשניות שונות.

79 ייתכן שכך אפשר לסווג את פרשנותו של מרטין בובר למקרא. ראו זאב לוי הרמנויטיקה במחשבה היהודית בעת החדשה 123–145 (2006) (להלן: לוי הרמנויטיקה במחשבה היהודית). זו גם גישה הפורמליזם הרוסי בפרשנות הספרות. ראו חנה הרציג תורת הספרות והתרבות אסכולות בנות זמננו – צעדים נוספים 59–93 (2005).

80 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 48, והשוו לגישות הביניים הממוקדות בטקסט כפי שהובן בזמן יצירתו. ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 47.

81 בהתאם לכך יושמו הכללים של Parol Evidence ושל Plain Meaning. ראו להלן, חלק שני, ס' 1(א).

82 ראו David Charny, *The New Formalism in Contract*, 66 U. CHI. L. REV. 842 (1999). ראו גם להלן, חלק שני, ס' 1(ג). להבחנות בין הפורמליזם הקלאסי והפורמליזם המודרני ראו Mark L. Movsesian, *Formalism in American Contract Law: Classical and Contemporary*, 12 IUS GENTIUM 115 (2006).

83 לטעמנו, ההכרה במתודה הפרשנית המתמקדת בהבנת משמעות היצירה מתוכה באמצעים לבר-לשוניים איננה מוכרת דיה בספרות הקיימת אף על פי שבעינינו בפועל חלק גדול מן הפרשנים

את לשון הטקסט העומד לביקורת כדי להשיג את משמעותו האמתית של הטקסט.⁸⁴ בהקשר החוזי גישה זו איננה מחויבת לכוונת הצדדים הממשיים וסבורה כי הטקסט החוזי הוא המחייב ולא כוונות יוצריו. משום כך גם גישה זו סבורה כי אין הפרשן זקוק למידע על אודות נסיבות כריתת החוזה, שכן ממה נפשך – אם הכוונות הללו משוקעות בטקסט יהיה אפשר לחשוף אותן באמצעות המתודות של פרשנות היצירה, ואם אינן משוקעות בו הן אינן רלוונטיות. ברם החוזה כשלעצמו הוא יצירה מורכבת, הכוללת רבדים סמויים שאפשר להתחקות עליהם באמצעות חקירה מעמיקה של הטקסט. למשל, קריאה של טקסט חוזי וניתוח רחב של מבנה החוזה כמו גם היחס שבין חלקיו עשויים ללמד על מהות העסקה הגלומה בחוזה, על הגיונה הכלכלי והעסקי ועל הקצאת הסיכונים שנטלו על עצמם הצדדים בדרך למימוש המטרה החזוית. מתוך חקירה כזו של תכלית החוזה יכול הפרשן לחשוף משמעויות שאינן מתגלות מקריאה לשונית של החוזה, וזאת גם ללא פנייה לנסיבות הכריתה או למקורות לבר-חוזיים. ברוח הגישה ההרמנויטית של שלטון המשמעות, על פי גישת היצירה התכליתית, במצבים מסוימים כאשר ניסוח נוקדני של הוראה מפורשת אינו משתלב עם ההיגיון החוזי הכולל, רשאי הפרשן לסטות מן הפרשנות הלשונית של ההוראה כדי להתאים אותה למכלול החוזה, מתוך נאמנות לתכלית המרכזית של החוזה.

ג. גישת היוצר – הלשונית. שלא כשתי הגישות הקודמות, גישה זו ממוקדת ביוצר, ומשום כך היא מכירה בחשיבות ההקשר, הנסיבות והמטרה הכוללת של הטקסט לשם הבהרה והנהרה של כוונת היוצר. בניגוד לגישת היצירה הלשונית, על פי גישה

בתחומים השונים פועלים דווקא על פיה. חשבו למשל על מהלך פרשני טיפוס המתבצע על ידי לומדי המקרא והתנ"ך. מהלך פרשני כזה מנותק בדרך כלל מן הרקע ההיסטורי של כתיבת התנ"ך ומכוונותיו של המחבר הממשי שבדרך כלל איננו ידוע. משום מכך מרבית המהלכים הפרשניים המסורתיים העוסקים בתנ"ך, להבדיל מהמחקר הביקורתי של המקרא, המייחס חשיבות לנסיבות ההיסטוריות של הכתיבה, ניתנים לסיווג כגישת היצירה משום שהם זונחים את היוצר הממשי ומתמקדים בטקסט המקראי כשלעצמו. ברם זיהוי ההתמקדות של פרשני התנ"ך בטקסט המקראי כפרשנות הממוקדת במתודה הלשונית בלבד יהיה רדוד מדי, באשר חלק ניכר ממלאכת הפרשנות עוסק בחשיפת רובדי עומק המשוקעים בטקסט המקראי. חשיפתם של רבדים אלה היא הרבה מעבר לקריאה הלשונית של הטקסט, אך ודאי שמטרתם אינה להתחקות על אומד דעתו של היוצר ההיסטורי הממשי אלא שחזור משמעותו או תכליתו של הטקסט בפני יוצר משוער פיקטיבי כפי שהם משתקפים ביצירה במובנה הרחב. ראו מנחם פרי ומאיר שטרנברג "המלך במבט אירוני: על תחבולותיו של המספר בסיפור דוד ובת-שבע ושתי הפלגות לתאוריה של הפרוזה" הספרות א 263–292 (1968).

84 אולם חשוב להדגיש כי על פי גישה זו יש להתעלם מכוונת היוצר ומן הנסיבות ההיסטוריות של חיבור היצירה. הדגש הוא בעולם העמוק שנחשף על סמך ניתוח יסודות צורניים אימננטיים של היצירה. הטקסט מגלם שדר נסתר, והמטרה היא גילוי משמעותו.

זו אם יתברר מן הנסיבות כי ההבנה הלשונית של ביטוי מסוים ביצירה הייתה שונה בעיני היוצר מהבנתו הלשונית המקובלת של אותו ביטוי או אפילו מהבנתו הפשוטה כפי שהיא עולה מתוך הטקסט, תועדף ההבנה שאליה כיוון היוצר. עם זאת על פי גישה זו הלשון תוחמת את גבולות הפרשנות.⁸⁵ כלומר על פי הגישה, גם אם נסיבות חיצוניות הן לגיטימיות כדי להבהיר את המובן הלשוני שאליו התכוון היוצר, בכל זאת אסור לפרשנות שתינתן בסופו של דבר לסטות מלשון היצירה. בהקשר המשפטי גישה זו מבקשת להנהיר את כוונת המחוקק ההיסטורי, ובמקרה של דיני החוזים – את הכוונה המשותפת של הצדדים האמתיים לחוזה. מכיוון שכך, על פי גישה זו אפשר להסתייע במידע חיצוני לטקסט, כגון בנסיבות ההיסטוריות של חקיקת החוק או של כריתת החוזה, כדי להבין את כוונת היוצר. פנייה כזו לנסיבות היא מהלך כמעט הכרחי כאשר לשון החקיקה או החוזה כשלעצמה אינה ברורה.⁸⁶ עם זאת על פי הגישה, הלשון תוחמת את גבולות הפרשנות. משום כך אף על פי שאפשר להסיק מן הנסיבות קיומה של שפה פרטית שנקטו הצדדים לחוזה או קיומו של מובן לשוני מיוחד שלו התכוון המחוקק, מהלך פרשני שיבקש לתקן את לשון החוק כדי להגשים את תכליתו – ואפילו מדובר בתכלית שעמדה בפני המחוקק – או מהלך פרשני שיבקש לפרש את החוזה על פי התכלית החוזית הכללית – אך באופן המנוגד לפרשנות הלשונית של מילות החוזה ומובנן הלשוני בעיני הצדדים – מהלך כזה איננו לגיטימי.

ד. גישת היוצר – המשמעות (תכליתית). אף גישה זו מבקשת להתחקות על כוונותיו של היוצר הממשי. עם זאת ברוח גישת הפרשנות התכליתית, גישה זו עומדת על הפער שבין המילים המפורשות של היוצר לבין כוונות העומק שלו תוך הכרה בקיומם של גורמים שהכשילו את המחבר בהגשמה ההולמת של כוונותיו.⁸⁷ משום כך על פי

85 ראו SCHLEIERMACHER, לעיל ה"ש 32. ראו גם ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 72 המכנה שיטה כזו "סובייקטיבית מילולית", שאינה מאפשרת לפרשן לצאת מד' אמות הטקסט בביאור כוונת היוצר.

86 ראו Partenreederei MS Karen Oltmann v. Scarsdale Shipping Co. Ltd., [1976] 2 Lloyd's Rep 708, 712 ("If a contract contains words which, in their context, are fairly capable of bearing more than one meaning, and if it is alleged that the parties have in effect negotiated on an agreed basis that the words bore only one of the two possible meanings, then it is permissible for the Court to examine the extrinsic evidence relied upon to see whether the parties have in fact used the words in question in one sense only, so that they have in effect given their own dictionary meaning to the words as the result of their common intention") לתיאור פסיקה נוגדת ולדיון במשמעותה ראו David McLauchlan, *Common Intention and Contract Interpretation*, 2011 LLOYD'S MARITIME & COM. L.Q. 30.

87 ראו הגיונותיו ההרמנויטיים של הפילוסוף לאו שטראוס כפי שתוארו אצל לוי הרמנויטיקה במחשבה היהודית, לעיל ה"ש 79, בעמ' 166–173.

גישה זו על הפרשן לצלוח את המילים המפורשות שבהן השתמש היוצר כדי להגיע לתפיסות העומק שאותן ביקש היוצר להביע. במישור החקיקתי תבקש הגישה להגשים את מטרת החקיקה ההיסטורית שעמדו בפני היוצרים המקוריים של החוק, לעתים גם במחיר של סטייה מן המובן הלשוני של מילות החוק כפי שעמדו בפני מנסחיו.⁸⁸ בהקשר החוזי מחויבת הגישה לכוונות של הצדדים הממשיים, והיא אינה רואה בחוזה מסמך משפטי העומד בפני עצמו, במנותק מכוונת מחבריו. משום כך בדומה לגישת היוצר הלשונית, גם גישה זו תגרוס כי אל לו לפרשן החוזי להגביל את עצמו לטקסט החוזי, וכי עליו לפנות גם למקורות לבר-חוזיים, כגון תכתובות מוקדמות לכריתת החוזה, דרך ביצועו בפועל ונורמות חברתיות ותרבותיות שבהן פועלים הצדדים כדי לחשוף את מערכת הציפיות וההבנות המשותפת של הצדדים. ברם לעומת גישת היוצר הלשונית, הסבורה כי בסופו של דבר על הפרשן לעגן תמיד את פרשנותו בלשון החוזה, או לפחות במובנו הלשוני בעיני הצדדים, על פי גישת היוצר התכליתית רשאי הפרשן להגשים את התכלית שעמדה בפני יוצרי החוזה גם על ידי פרשנות החורגת ממובן הלשוני של מילות החוזה.⁸⁹

3. הפרשן כיוצר

המחלוקות ההרמנויטיות שתוארו בפרקים הקודמים עסקו בפרשנות המתמקדת ביוצר או ביצירה, וככאלה הן הצניעו את תפקידו האקטיבי של הפרשן במלאכת הפרשנות. גישות

88 ראו הדין אצל Randy E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalism*, 45 LOY. L. REV. 611, 629 (1999).

89 בדומה לכך תוארה גישתו ההרמנויטית של Francis Lieber. ראו Lawrence A. Cunningham, *Hermeneutics and Contract Default Rules: An Essay on Lieber and Corbin*, 16 CARDOZO L. REV. 2225 (1990). ראו גם עניין *Investors Comp. Scheme Ltd*, לעיל ה"ש 62: "(4) The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. The background may not merely enable the reasonable man to choose between the possible meanings of words which are ambiguous but even (as occasionally happens in ordinary life) to conclude that the parties must, for whatever reason, have used the wrong words or syntax. (see *Mannai Investments Co. Ltd. v. Eagle Star Life Assurance* [1997] 2 WLR 945). (5) The 'rule' that words should be given their 'natural and ordinary meaning' reflects the common sense proposition that we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents. On the other hand, if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had"

אלה מבחינות הבחנה חדה בין תהליך יצירה לבין תהליך פרשנות. משום כך על פי הגישות הללו באופן תאורטי פרשנותה של יצירה איננה אמורה להיות מושפעת מהרקע התרבותי של הפרשן או מתקופתו. טלו למשל יצירה שנכתבה במאה התשע עשרה, שפורשה במאה העשרים, ומתפרשת שוב במאה העשרים ואחת. על פי גישת היוצר, על כל הפרשנים לשחזר את כוונותיו המקוריות של המחבר בן המאה התשע עשרה. מאחר שהכוונות הללו לא השתנו בין המאה העשרים למאה העשרים ואחת, גם הפרשנות איננה אמורה להשתנות. בדומה לכך, על פי גישת היצירה, על הפרשן להתמקד ביצירה המתפרשת (בלשונה ובתכליתה), ואם היצירה עצמה לא השתנתה עם השנים, גם פרשנותה איננה אמורה להשתנות. חשוב להדגיש שהמציאות מלמדת כי פרשנויות מתחדשות בכל יום, וכי בסופו של דבר לאישיות הפרשן ולסביבתו האישית והתרבותית השפעה רבה על התכנים הפרשניים המוצעים על ידיו. עם זאת לפחות על פי הגישות הסטנדרטיות לפרשנות, השפעות אלה הן סוג של "רעש" שעל הפרשן המהימן להתגבר עליו כדי להגיע לפרשנות הנקייה והמהימנה ביותר.⁹⁰

בניגוד גמור לגישות הללו התפתחו בעשורים האחרונים של המאה העשרים גישות הרמנויטיות המטשטשות את ההבחנה שבין יצירה לבין פרשנות. הגישות ההרמנויטיות הללו מדגישות דווקא את תפקידו היצירתי של הפרשן במעשה הפרשנות.⁹¹ כך למשל על פי ההרמנויטיקה הפילוסופית של גדאמר, כל פרשנות, תהא התאוריה הפרשנית של הפרשן אשר תהא, איננה רק שחזור של יצירה אלא היא כשלעצמה יצירה. כל הבנה מושתתת על הנחות ודעות מוקדמות של הפרשן, שכן הפרשן איננו מנתק את פירושו ממסורתו המחשבתית. לפיכך מעשה הפרשנות הוא יישום של דיאלוג ומיזוג אופקים – אופקו של הפרשן ושל הטקסט.⁹² רדיקלית אפילו יותר היא גישת הדה-קונסטרוקצייה של הפילוסוף הצרפתי דרידה. על פי גישה זו הטקסט מתפרק למשמעויות רבות. הטקסט

90 ראו HIRSCH, לעיל ה"ש 32, הטוען כי הפרשנות אמורה להוליך למסקנה פרשנית חד-משמעית, וכי אפשר להגיע לפירוש תקף של היצירה. ראו גם הדיון אצל לוי הרמנויטיקה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 139–154.

91 ראו גם בחקר הספרות: STANLEY FISH, IS THERE A TEXT IN THIS CLASS? THE AUTHORITY OF INTERPRETIVE COMMUNITIES (1980) (תיאור עיבוד הטקסט על ידי הקורא תוך תמצות העמדה הפוסט-מודרניסטית שלפיה: "מה שאני קורא אני כותב"). ראו גם וולפגאנג איזר מעשה הקריאה: תאוריה של תגובה אסתטית (התשס"ו); וולפגאנג איזר "איי-מוגדרות ותגובתו של הקורא בסיפורת" הספרות 1 ו 1975 (הסבר תהליך הקריאה כפעולת גומלין דינמית בין הטקסט לקורא). השוו גם בחקר ההלכה: משה הלברטל מהפכות פרשניות בהתהוותן: ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה (1997).

92 ראו HANS GEORG GADAMER, TRUTH AND METHOD (1989). לפולמוס בנושא גישתו ההרמנויטית של גדאמר והשלכותיה למשפט ראו מנחם מאוטנר "גדמר והמשפט" עיוני משפט כג 367 (2000); אלון הראל ויאיר לורברבוים "הרהורים על סכנות משפט ותרבות" משפטים מ 939, 953–966 (2011); מנחם מאוטנר "תשובה להראל ולורברבוים" משפטים מ 983 (2011).

נזרע ונפוץ לכל רוח והוא בלתי ניתן להכרעה מבחינת משמעותו. מאחר שהישנותו של הטקסט בהקשר החדש משנה בהכרח את משמעותו, הרי שמשמעותו של הטקסט ניתנת לו בסופו של דבר על ידי הפרשן.⁹³

לגישות הללו השתקפות מרתקת בגישות פרשניות שונות לדברי חקיקה.⁹⁴ כך למשל פותחה על ידי מלומדי מדעי המדינה (בעיקר) בארצות הברית גישה פרשנית המכונה "purposivism" (להלן: גישת המטרה החקיקתית), המדגישה את תפקידו היצירתי של הפרשן.⁹⁵ על פי גישה זו תפקידו של הפרשן איננו להנהיר את לשון החוק או לחשוף את הכוונות ההיסטוריות של מחבריו, אלא לזהות מטרות נורמטיביות שעל דבר החקיקה להגשים, ולפרש את החוק באופן שיאפשר הגשמת מטרות אלה בדרך הטובה ביותר. בנקודה זו חשוב לחדד: פרשנות חוק לאור מטרתו מאפיינת גם את הגישות התכליתיות שבהן עסקנו בפרקים הקודמים (גישת היצירה התכליתית וגישת היוצר התכליתית). ואכן, בדומה לגישת המטרה החקיקתית, גם פרשנות החקיקה על ידי הגישות התכליתיות האחרות איננה מוגבלת ללשון החוק. עם זאת קיים הבדל חשוב בין הגישות התכליתיות שבהן עסקנו בפרקים הקודמים לבין גישת המטרה החקיקתית שבה עוסק חלק זה: גישת היצירה התכליתית מבקשת לגזור את התכליות החקיקתיות מתוך דבר החקיקה הקונקרטי המפורש, וגישת היוצר התכליתית ממוקדת במטרות שעמדו בפני היוצרים הממשיים של החוק, ואילו תומכי גישת המטרה החקיקתית בוחנים את כוונתו של "מחוקק סביר", ולמעשה מתמקדים בערכים של השופט הפרשן או למצער בערכים הדומיננטיים שבסביבה המשפטית בעת ביצוע הפרשנות. על פי גישה זו, יש לתת לערכים הללו את מלאכת הבכורה הפרשנית גם אם מדובר בערכים שהיוצרים המקוריים לא חלקו אותם,

93 ראו JACQUES DERRIDA, OF GRAMMATOLOGY (Gayatri Chakravorty Spivak trans., 1997).
לדין בהגותו ההרמנויטית של דרידה ראו לוי הרמנויטיקה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 264–282; בארי,
לעיל ה"ש 39, בעמ' 83–108; כריסטופר נוריס דקונסטרוקציה להלכה ולמעשה (1988). עוד ראו
ג'ון אליס נגד הדקונסטרוקציה (2004). לגישות המדגישות את התפקיד היצירתי של הפרשן ראו גם
RICHARD RORTY, CONSEQUENCES OF PRAGMATISM (1982) וכן ריצ'רד רורטי קונטינגנטיות,
אירוניה וסולידריות (2006).

94 ראו William N. Eskridge Jr., *Gadamer/Statutory Interpretation*, 90 COLO. L. REV. 609 (1990).

95 ראו HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW 1169 (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Rieker eds., 1994); STEPHEN BREYER, ACTIVE LIBERTY INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION 1374 (2005). יישומה של גישה זו בפסיקה הוא עתיק יומין. ראו למשל Church of the Holy Trinity v. United States, 143 U.S. 457, 459 (1892). בעניינו קשה להתכחש לקשר האנליטי שבין הגישה התכליתית לחקיקה המבקשת לבחון את המטרות שאותו דבר החקיקה אמור לשרת לבין הגישה הפילוסופית הפרגמטית לפרשנות (ראו רורטי, לעיל ה"ש 93), המדגישה את הדרך שבה הטקסט מקדם את הפרשן ומטרותיו.

ואף אם הערכים הללו אינם משוקעים בטקסט החקיקתי המפורש. הטשטוש שבין התפקיד המסורתי הפסיבי של הפרשן לבין התפקיד היוצר והמכונן שלו בא לידי ביטוי מובהק בתורת הפרשנות של רונלד דבורקין, הסבור כי על הפרשן להציג את הטקסט הקיים באורו המיטבי, והגדרת המיטביות דורשת כמובן ערכים נורמטיביים חיצוניים לטקסט שעל פיהם הוא יפורש.⁹⁶ בהקשר אחר מתאר דבורקין את השופט לא כפרשן אלא כסופר אשר משמש חוליה בשרשרת של כותבים ומוסיף פרק לסיפור בהמשכים. הפרקים האחרים בספר נכתבו על ידי מחברים שונים, ועל הפרק החדש להתאים לפרקים האחרים ולהיות שזור בהם באופן מיטבי.⁹⁷

בנקודה זו חשוב להדגיש כי יש המדגישים את הממד הסובייקטיבי של גישת המטרה החקיקתית ואת המקום הנכבד שהיא מעניקה לשיקול הדעת השיפוטי.⁹⁸ בניגוד לכך אחרים גורסים כי גם אם הגישה מאפשרת לפרשן לחרוג מכוונת היוצרים, ואפילו מהטקסט הספציפי המפורש (דהיינו החוק הקונקרטי מושא הפרשנות), שיקול הדעת הסובייקטיבי של השופט מוגבל, שכן הערכים או המטרות שעל פיהם מפורש החוק אינם נבחרים על ידיו אלא הם נגזרים מקריאת כלל החקיקה והחוקה כמכלול.⁹⁹ מעקרונות היסוד של השיטה,¹⁰⁰ או מן הערכים החברתיים הנפוצים.¹⁰¹ דומה כי לפחות על פי הגישות שעל פיהן ערכי הפרשן נגזרים מקריאה רחבה של החקיקה הקיימת, ולהבדיל מהפעלה של שיקול דעת עצמאי של השופט בבחירת הערכים הראויים, הפער שבין גישת המטרה החקיקתית לבין גישת היצירה התכליתית מצטמצם עוד יותר.¹⁰² טלו למשל את הגישה הפרשנית שהתפתחה במשפט הישראלי שלפיה חוקי היסוד המאוחרים עשויים

96 ראו RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE ch. 2 (1986). ראו גם Keith E. Whittington, Dworkin's 'Originalism': The Role of Intentions in Constitutional Interpretation, 62 REV. OF POLITICS 197 (2000).

97 DWORKIN, לעיל ה"ש 96, בעמ' 228–232, 240–238.

98 ראו Hanoch Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57 U. TORONTO L.J. 607 (2007) (המצביע בהקשר אחר על נקודות דמיון והבדל בין התפיסה הראליסטית של המשפט לבין תפיסת המשפט של דבורקין).

99 ראו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 445.

100 שם, בעמ' 449.

101 שם, בעמ' 452.

102 עם זאת גם על פי דבורקין לשופט מותר להשתמש לעתים גם בשיקולים מוסריים אישיים. ראו Ronald Dworkin, *The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count?*, 1 J. OF INT'L CRIM. JUST. 4 (2003) (המאמר תורגם ופורסם במאזני משפט 11 ו (2007), רונלד דבורקין "תפקידו החדש של השופט"). השוו גם ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 462: "פרשן אינו רשאי לקרוא לתוך הטקסט החוקתי את השקפותיו האישיות [...] עם זאת, יש להכיר בכך כי במצבים אחדים אין מנוס מהפעלת שיקול דעת פרשני".

לשנות את פרשנותם של דברי חקיקה מוקדמים יותר.¹⁰³ מחד אפשר לראות בגישה זו ביטוי לגישה הרואה בפרשן יוצר, שכן בין הפרשנות המוקדמת (זו שקדמה לחקיקת החוקה) לפרשנות המאוחרת לא השתנתה כוונת המחוקקים המקוריים ואף לא הטקסט החקיקתי המפורש, ומשום כך השינוי בפרשנות איננו הולם לכאורה הן את הגישות הפרשניות הממוקדות ביוצר והן את אלה הממוקדות ביצירה. מאידך אפשר לראות בחקיקה כולה ואולי אף בערכי היסוד של השיטה את מי שמהווים את הטקסט המפורש. על פי תפיסה זו אפשר לגרוס שחקיקה מאוחרת בכלל, ובוודאי אירוע מכונן כגון חקיקת חוקי יסוד, גם אם אינם משנים טכנית את החוק הספציפי המפורש, משנים את ההבנה של תכלית החקיקה כמכלול, ומשום כך השינוי הפרשני המתחולל בעקבותיהם ניתן ליישוב גם על פי גישת היצירה התכליתית. יתרה מזו, כוונת המחוקק אינה מוגבלת למחוקקים המוקדמים, והיא כוללת גם את המחוקקים המאוחרים. לכן גם לפי גישת היוצר התכליתית, הפרשנות המאוחרת אמורה לכלול את אומד דעתם של המחוקקים המאוחרים, ועל כן שינוי הפרשנות בעקבות שינוי הסביבה החוקתית מובן אף לגישת היוצר.

לגישות המדגישות את ההיבט היצירתי שבפרשנות נמצא הד מעניין גם בגישות המודרניות לפרשנות חוזים. למשל, הוצעה גישה פרשנית שעל פיה יש לפרש חוזה על פי ערכי היסוד של השיטה, ובכללם הגינות, צדק, סבירות ותום לב. התוכן הנורמטיבי של הערכים הללו נקבע כמובן על ידי השופט על פי הבנתו את עקרונות השיטה, והוא מפרש באמצעותם את החוזה שכתבו הצדדים גם אם אין כל הוכחה שהצדדים חלקו ערכים אלו או שהם משוקעים בטקסט החוזי המפורש. בדרך זו מיטשטשת בתחום דיני החוזים ההבחנה שבין תהליך היצירה לבין תהליך הפרשנות, כאשר החוזה משמש כלי להחדרת ערכיו של השופט הפרשן או את הערכים החברתיים שמייצג השופט אל תוך יחסי הצדדים המתקשרים בחוזים ולכפיית ערכים אלו על הצדדים.¹⁰⁴

אולם לעומת ההקשר החקיקתי שבו אפשר לצמצם את הפער שבין הגישות התכליתיות לבין גישת הפרשן כיוצר, ההקשר החוזי דווקא מעצים את הפער שבין הגישות הפרשניות.¹⁰⁵ בנוגע לפרשנות החקיקה עמדנו על כך שפרשנות דבר חקיקה ספציפי על פי המטרות והערכים הנורמטיביים הרווחים בזמן מעשה הפרשנות עשויה להשתלב עם הגישות התכליתיות המקובלות, שכן החקיקה הקודמת אמורה להשתלב

103 ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 410–411 (1995). ראו גם ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.4.2010).

104 ראו זמיר פירוש והשלמה של חוזים, לעיל ה"ש 4, וכן זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14. זו גם גישת התכלית האובייקטיבית לפרשנות חוזה כפי שתוארה על ידי ברק פרשנות במשפט,

לעיל ה"ש 3, בעמ' 550–555. ראו הדיון להלן, חלק שלישי, ס' 3.

105 ראו גם Movsesian, *Legislative Bargains*, לעיל ה"ש 52.

בהרמוניה במארג החקיקה הקיים בעת הפרשנות (גם על פי גישות היצירה והיוצר).¹⁰⁶ לעומת זאת חוזה הוא יצירה חדשה ומקורית של מנסחיו, והוא אמור לחייב את הצדדים הישירים לו בלבד. מאחר שבמקרה הרגיל אין שרשרת של כותבים או מארג מכונן של חוזים שלאורו יש לפרש חוזה קונקרטי נתון, הרי שבמקרה הרגיל תהא הבחנה ברורה בין פרשנות תכליתית המבקשת לבחון את כוונת הצדדים לחוזה (שהם לרוב בעלי אינטרסים מנוגדים) או את משמעות הטקסט החוזי על ממדיו, לבין פרשנות חוזים המבקשת להנחיל ערכים חברתיים ואפילו את ערכי השיטה והחקיקה כפי שהם מובנים על ידי בית המשפט.

חלק שני: חוזה ויחסים – דיני הפרשנות בראי התאוריה של דיני החוזים

בחלקו הראשון של המאמר הצגנו שלוש מחלוקות הרמנויטיות שונות: א. גישת היצירה מול גישת היוצר; ב. פרשנות לשונית מול פרשנות תכליתית; ג. מקומה של גישת הפרשן כיוצר, ועמדנו על מערך הגישות הפרשניות האפשריות לפרשנות חוזים הנפרס מאינטגרציה שבין המחלוקות השונות. אולם עצם ההיתכנות המושגית של גישות שונות לפרשנות חוזים אין משמעה בהכרח כי קיים היגיון נורמטיבי באימוץ האפשרויות הללו. למשל, גם אם באופן תאורטי-מושגי קיים מובן לגישת פרשנות היצירה בהקשר החוזי, בכל זאת נשאלת השאלה אם קיימת הצדקה נורמטיבית לגישה כזו או, שמא צודק השופט חשין בקבעו כי "הכול מסכימים כי עיקר בפירושו של חוזה הוא גילוי כוונתם המשותפת של הצדדים",¹⁰⁷ דהיינו גישת היוצר. כדי להתמודד עם שאלה זו ניחשף בפרק זה לוויכוח נורמטיבי "לוהט" הניטש בשנים האחרונות בין שתי גישות תאורטיות העוסקות בדיני החוזים: הגישה הנאו-פורמליסטית, המבקשת להפיח רוח חיים בגישה הקלאסית לדיני החוזים ולמקד את דיני החוזים בטקסט החוזי שאותו יש להבין על יסוד ההבנה הלשונית הפשוטה, ותאורית חוזה היחס, המבקשת להקצין מגמות מודרניות הנכונות לסטות מן ההבנה הלשונית הפשוטה של החוזה ואף מן הטקסט החוזי בכללותו כדי להגשים את רצון הצדדים, את תכלית החוזה ולעתים אף ערכים חיצוניים של צדק. הדיון בוויכוח זה ושילובו בהמשגה הפרשנית שפותחה בפרק הקודם יגלו כי הגישה הנאו-פורמליסטית תומכת בגישת היצירה הלשונית ומתנגדת לגישת הפרשן כיוצר, ואילו התאוריה של חוזה היחס תומכת בשילוב של גישת היוצר התכליתית עם גישת הפרשן

106 ראו גם את גישת הקהילה הפרשנית של FISH, לעיל ה"ש 91, שלפיה קיומה של הקהילה הפרשנית יוביל לאובייקטיביזציה של תהליך הפרשנות של כל פרשן ופרשן. עוד ראו בעניין ההרמוניה החקיקתית את ידין, לעיל ה"ש 46, בעמ' 410.

107 דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 8, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

כיוצר. אל מול הקואליציות המוכרות בשיח הקיים נציע מתווה לגישה פרשנית חדשה אשר בכפוף לחריגים שיובהרו תומכת בגישת היוצר הלשונית ומפגינה יחס מורכב כלפי גישת הפרשן כיוצר.

1. הוויכוח הנורמטיבי על פרשנות חוזים

(א) רקע היסטורי

התאוריה החוזית הקלסית דרשה מפרשני החוזה להתמקד בטקסט החוזי תוך התעלמות מנסיבות הכריתה וממידע שמחוץ לטקסט. בדומה לכך, גם במישור הדוקטרינרי דיני החוזים הקלסיים כללו גרסאות קשיחות של כלל ה-Parol evidence, המגביל את האפשרות לפנייה לנסיבות החיצוניות בעת כריתת החוזה,¹⁰⁸ ושל כלל ה-Plain meaning, המבקש לדבוק בהבנה הלשונית הרגילה של מילות החוזה, להבדיל מהבנה ייחודית שעשויה לעלות מנסיבות הכריתה או מהקונטקסט החוזי הרחב.¹⁰⁹ במונחים ההרמנויטיים מבין ארבע האפשרויות שיוצרת המטריצה שבין גישות היוצר והיצירה לבין הגישות הלשונית והתכליתית אימצו דיני החוזים הקלסיים את גישת היצירה הלשונית.¹¹⁰

הרדוקציה החזקה של ההתחייבות החוזית לטקסט החוזי במובנו הלשוני נתפסה והוצדקה תחילה כעולה בקנה אחד עם האידאליים הליברליים הקלסיים של חופש החוזים והאוטונומיה של הפרט.¹¹¹ עם זאת במרוצת השנים אי אפשר היה להתעלם מן המתח שבכל זאת קיים בין גישת היצירה לבין רצון הצדדים והסכמתם – במקרים שבהם נתגלה

108 יש לציין שלצד תפקידו של כלל ה-Parol evidence בפרשנות חוזים, הוא משליך גם על שאלה רחבה יותר בדבר תחומו של הטקסט החוזי או במונחים מקצועיים על שאלת הקונקלוסיביות של החוזה הכתוב לעומת מצגים וחילופי דברים שנעשו בעת המשא ומתן, התנהגות הצדדים והתפתחויות מאוחרות לכריתה. ואמנם, על פי ה-U.C.C. § 2-202 (LexisNexis 2011), בעת יישומו של הכלל יש להבחין בין מקום שהמסמך נתפס כממצה את הקשר החוזי שבין הצדדים לבין מקום שהמסמך איננו ממצה את הקשר החוזי שבין הצדדים. במחקר הנוכחי אנו מתמקדים במקרים מהסוג הראשון, היינו מקרים שבהם מוסכם שהטקסט החוזי הוא המסמך שאותו ראו הצדדים כמחייב. עדיין בתוך סוגיית פרשנות החוזה עולה השאלה אם להתייחס לנסיבות הכריתה ולעניינים שמעבר לטקסט כחלק מפרשנות הטקסט.

109 על כללים אלו ראו E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS § 7.12 (4th ed. 2004). ראו גם Peter Linzer, *The Comfort of Certainty: Plain Meaning and the Parol Evidence Rule*, 71 FORDHAM L. REV. 799 (2002); HILA KEREN, TEXTUAL HARASSMENT: A NEW HISTORICIST REAPPRAISAL OF THE PAROL EVIDENCE RULE ON ITS FOUR HUNDREDTH ANNIVERSARY (2004), available at ssrn.com/abstract=588033, וכן פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 14–27; זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14.

110 ראו לעיל חלק ראשון, ס' 2.

111 Barnes, *The Objective Theory of Contracts*, לעיל ה"ש 57; Perillo, לעיל ה"ש 53.

פער בין הטקסט החוזי לבין הרצון האמתי של הצדדים.¹¹² לפיכך המודל הנאו-קלסי של דיני החוזים שהתפתח בארצות הברית במחצית השנייה של המאה העשרים והפך במקרים רבים למשפט הנוהג,¹¹³ הכיר בצורך להתחשב בנסיבות הכריתה ובמידע שמחוץ לטקסט לשם הנהרת הכוונות והרצונות האמתיים של הצדדים, ובלבד שהרצונות והכוונות הללו הובאו לידיעתם של כל הצדדים לחוזה.¹¹⁴ משום כך בתקופה זו במדינות רבות ואף במודלים חקיקתיים על-מדינתיים¹¹⁵ הוחלשו תוקפן וקשיחותן של דוקטרינות ה-Plain meaning וה-Parol evidence.¹¹⁶ במקום הדוקטרינות הללו פותחו במדינות שונות בארצות הברית דוקטרינות אשר כונו "קונטקסטואליות",¹¹⁷ והן אפשרו לפרשן לסטות מלשונו המפורשת של החוזה כדי להגשים את התכלית שעמדה בפני הצדדים. בחלק מן המקרים כללו הדוקטרינות ה"קונטקסטואליות" גם כללי פרשנות שמטרתם להשיג באמצעות הפרשנות תוצאה צודקת.¹¹⁸ בכך חרגו דיני החוזים הנאו-קלסיים

112 ואמנם, נשמעה גם הטענה שבמובן מסוים עליית התאוריה האובייקטיבית יכולה לסמל דווקא נסיגה מן התפיסה הליברלית הקלסית של אינדיווידואליזם והסתמכות עצמית ומעבר אל משטר של אחריות קולקטיבית ודאגה לאחר – בבחינת העדפת הסתמכות האחר על פני הרצון הפנימי של הפרט. הגישה האובייקטיבית, כך נטען, יכולה לשמש מצע להנחלת ערכים ציבוריים, וזאת כחלק מעליית תפיסה של אמון וסולידריות בחיים המודרניים. ראו Mautner, *Contract, Culture*, לעיל ה"ש 55. עם זאת חשוב להדגיש שמובן זה של אובייקטיביות מזכיר את גישת הפרשן כיוצר יותר מאשר את הגישות הפרשניות הממוקדות ביצירה.

113 לתיאור המעבר מדיני החוזים הקלסיים לדיני החוזים הנאו-קלסיים ראו P.S. ATIYAH, *THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT* (1979), וכן GRANT, לעיל ה"ש 60. נציין כי סיפור-העל ההיסטורי זכה לביקורות רבות. ראו למשל Mark Pettit, Jr., *Freedom, Freedom of Contract, and the 'Rise and Fall'*, 79 B.U. L. REV. 263 (1999); Mark L. Movsesian, *Two Cheers for Freedom of Contract*, 23 CARDOZO L. REV. 1529 (2002).

114 ראו Eric A. Posner, *The Decline of Formality in Contract Law*, in *THE FALL AND RISE OF FREEDOM OF CONTRACT* 61 (F.H. Buckley ed., 1999); Richard A. Epstein, *Contracts Small and Contract Large: Contract Law through the Lens of Laissez-Faire*, in *THE FALL AND RISE OF FREEDOM OF CONTRACT* 25 (F.H. Buckley ed., 1999).

115 גישה זו בוטאה בארצות הברית בין היתר עם חקיקת ה-RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS (1981) וה-UNIFORM COMMERCIAL CODE (UCC).

116 נציין כי בארצות הברית קיימים הברלים בין הדינים הנוהגים במדינות השונות. בולט במיוחד בהקשר זה ההבדל בין דיני החוזים בניו יורק לעומת קליפורניה. ראו Geoffrey P. Miller, *Bargains Bicoastal: New Light on Contract Theory*, 31 CARDOZO L. REV. 1475, 1506–1508 (2010) (להלן: *Miller, Bargains Bicoastal*).

117 ראו Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Interpretation Redux*, 119 YALE L.J. 926 (2010) (להלן: *Schwartz & Scott, Redux*), המתארים את הדין בקליפורניה כקונטקסטואלי.

118 אף גישות אלה מזוהות במידה מסוימת עם הקודים המסחריים המוכרים בארצות הברית: ה-RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS (1981) וה-UNIFORM COMMERCIAL CODE.

מהגישה הפרשנית של היצירה הלשונית והתקרבו לגישת היוצר התכליתית ואף לגישת הפרשן כיוצר.

(ב) תאוריית חוזה היחס: ביסוסן התאורטי של גישות היוצר התכליתית והפרשן כיוצר דיני החוזים הנאו־קלסיים אינם אחידים לא בתוכניהם¹¹⁹ ואף לא בתאוריה המונחת בבסיסם.¹²⁰ עם זאת אנו סבורים כי הבסיס התאורטי המוצק והקוהרנטי ביותר לזניחת הגישה הפרשנית של היצירה הלשונית והאימוץ של גישות היוצר התכליתית והפרשן כיוצר ניתן במסגרת תאוריית חוזה היחס. תאוריית חוזה היחס משלבת ביקורות אמפיריות ונורמטיביות כלפי הגישות החוזיות המקובלות.¹²¹ ברובד אמפירי נטען כי הגישות החוזיות הקלסיות ובהקשרים רבים אפילו הגרסאות המוקדמות של הגישה הנאו־קלסית¹²² מתארות את הצדדים לחוזה כזרים המתקשרים בעסקת חליפין במתחם

- במיוחד כפי שהם פורשו בפסיקת בתי המשפט. ראו הדגשת עניין זה אצל J. Kraus & Robert Scott, *Contract Design and the Structure of Contractual Intent*, 84 N.Y.U. L. REV. 126 (2009).
- 119 כך למשל בהקשר של דיני הפרשנות מושא מחקר זה, חרף המגמה הברורה להחלשת הדוקטרינות הפרשניות המזוהות עם גישת היצירה הלשונית במישור הפוזיטיבי לא הוכרע המאבק באופן נחרץ, ובמדיניות כמו ניו יורק עדיין נוהג במובנים רבים קו פורמליסטי. ראו Miller, *Bargains Bicoastal*, לעיל ה"ש 117.
- 120 ROBERT A. HILLMAN, *THE RICHNESS OF CONTRACT LAW: AN ANALYSIS AND CRITIQUE OF CONTEMPORARY THEORIES OF CONTRACT LAW* (1996).
- 121 ראו המאמרים המכונים של תאוריית חוזה היחס: Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55 (1963) (להלן: Macaulay); Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854 (1978) (להלן: Macneil); Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974) (להלן: Macneil); IAN R. MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS* (1980). עוד ראו IMPLICIT DIMENSIONS OF CONTRACT – DISCRETE, RELATIONAL, AND NETWORK IMPLICIT (להלן: CONTRACTS 5) (D. CAMPBELL, H. COLLINS & J. WIGHTMAN eds. 2003) (להלן: CONTRACTS 5); Ethan Leib, *Contracts & Friendships*, 59 EMORY L.J. 649 (2010).
- 122 יחסה של תאוריית חוזה היחס לדיני החוזים המודרניים הנאו־קלסיים הוא סיפור מורכב. מחד, לפחות בראשיתה, כוונה תאוריית חוזה היחס לא רק נגד דיני החוזים הקלסיים אלא גם כלפי דיני החוזים הנאו־קלסיים (ראו Macneil, 1978, לעיל ה"ש 121). עם זאת ביקורת זו הופנתה כלפי הגרסאות המוקדמות של דיני החוזים המודרניים. עיון בדיני החוזים המודרניים כפי שהתפתחו בעשורים האחרונים יגלה כי במקרים רבים המגמות בדיני החוזים הנאו־קלסיים תואמות את המגמות שבהן תומכת תאוריית חוזה היחס (ראו למשל Melvin A. Eisenberg, *Why There is No Law of Relational Contracts*, 94 NW. U. L. REV. 805 (2000)), לכן בסופו של דבר הביקורת של

פרטי, פורמלי, חד-ממדי ובעל אינטראקציה מוגבלת עם החברה, אך בפועל כמעט כל עסקה טבועה ביחסים מורכבים, בקשר רב-ממדי ולא פורמלי בין הצדדים לחוזה, לקהילה ולחברה כולה.¹²³ ברובד נורמטיבי נטען כי בשל מורכבותן של מערכות היחסים שבין הפרטים בחברה אי אפשר ולא ראוי לכנס את דיני החוזים לתוך כללים פורמליים וקשיחים המשתקפים ביצירה החוזית. ראשית, לצדדים דרכים מגוונות להביע את רצונם ואת כוונתם במערכות היחסים שביניהם, ולפיכך אין להסתפק בגילוי הפורמלי של הרצון כפי שגולם במסמכי החוזה. שנית, מאחר שעל פי הממצאים האמפיריים יחסי הצדדים אינם נשלטים רק על פי הסכמות וכוונות של הצדדים אלא במידה רבה על פי השפעות חברתיות ונורמות שנוצרות במערכות יחסים, הרי שעל דיני החוזים להסדיר את מערכות היחסים השונות תוך התחשבות בנוהג, בנורמות מסחריות, ואף בנורמות וערכים חברתיים – נורמות שכונו על ידי הגישה נורמות יחסיות (Relational).¹²⁴

על רקע הדגשתה של תאוריית חוזה היחס את ממד ה"יחסים" שבהתקשרות החוזית לא מפתיע כי בהקשר הפרשני דחתה הגישה את הדוקטרינות הפרשניות שדבקו בגישת היצירה הלשונית והעדיפה על פניהן טכניקות פרשניות שאפשרו לפרשן לפנות גם לנסיבות הכריתה ולמקורות חוץ-חוזיים כדי לפרש את החוזה לאור מכלול יחסי הצדדים. ברוח זו תומכת הגישה בדוקטרינות פרשניות המוכרות בארצות הברית כדוקטרינות "קונטקסטואליות",¹²⁵ ובישראל כפרשנות תכליתית,¹²⁶ אשר בדומה לגישה ההרמנויטית של "היוצר התכליתית" מאפשרות לחרוג מהפרשנות הלשונית של החוזה כדי להגשים

תאוריית חוזה היחס על דיני החוזים המודרניים מתמקדת במקרים רבים בשפה ובהמשגה ופחות בתכנים הממשיים. מכל מקום, דיון מעמיק בנושא זה הוא מעבר להיקפו של המחקר הנוכחי. והשוו Jay M. Feinman, *Relational Contract Theory in Context*, 94 NW. U. L. REV. 737 (2000).

¹²³ התאוריה של חוזה היחס מתבססת על ממצאי מחקרים המגלים כי הציפיות וההבנות של צדדים המתקשרים בחוזים מצויות הרבה מעבר למסמכי החוזה, ולעתים הן אף שונות לגמרי מן ההסכמות המפורשות שלהם. הטענה היא שצדדים המתקשרים בחוזים אינם מייחסים לנורמות המשפטיות חשיבות רבה, מאחר שקיימות נורמות חוץ-משפטיות המכוונות את התנהגותם. ראו Macaulay, *Non-Contractual Relations*, לעיל ה"ש 121. עוד ראו Stewart Macaulay, *An Empirical View of Contract*, 1985 WIS. L. REV. 465; David Charney, *Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships*, 104 HARV. L. REV. 375 (1990).

¹²⁴ ראו Jay M. Feinman, *The Significance of Contract Theory*, 58 U. CIN. L. REV. 1283 (1990).

¹²⁵ (להלן: Feinman, *The Significance of Contract Theory*); J. Feinman, *The Reception of Ian Macneil's Work on Contract in the USA*, in THE RELATIONAL THEORY OF CONTRACT: SELECTED WORKS OF IAN MACNEIL 59 (D. Campbell ed., 2001); J. Wightman, *Beyond Custom: Contract, Contexts, and the Recognition of Implicit Understandings*, in IMPLICIT DIMENSIONS OF CONTRACT, לעיל ה"ש 121, בעמ' 143; Richard E. Speidel, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 94 NW. U. L. REV. 823 (2000).

¹²⁶ ראו לעיל ה"ש 117–118.

¹²⁷ ראו בהרחבה להלן, חלק שלישי.

את תכליתו. יתרה מזו, על פי תאוריית חוזה היחס, היחסים החוזיים עשירים מהסכמת הצדדים הפורמלית, והם כוללים גם נורמות וערכים חברתיים. משום כך תומכת התאוריה בכללי פרשנות המאפשרים לשלב שיקולי צדק וערכים חברתיים כבר בשלב הפרשנות.¹²⁷ אפשר לראות אפוא שהתאוריה של חוזה היחס מספקת את הבסיס הנורמטיבי לאימוצן של גישות היוצר התכליתית והפרשן כיוצר במסגרת דיני החוזים המודרניים.

(ג) הנאו־פורמליזם והחזרה לגישת היצירה הלשונית
לפחות בשדה האינטלקטואלי, עד לאחרונה היה אפשר להתרשם שהקרב שבין גישת היוצר לגישת היצירה בדיני החוזים הוכרע לטובת גישת היוצר,¹²⁸ ואפילו חוקרים המזוהים עם הניתוח הכלכלי של המשפט¹²⁹ והוגים ליברטריאניים מובהקים¹³⁰ התנגדו לגישה הפרשנית הדבקה ביצירה בתחום דיני החוזים. ברם לאחרונה הוצתו מחדש להבותיו של הוויכוח הנורמטיבי בנושא תורת הפרשנות הראויה לדיני החוזים. הרקע לוויכוח המחודש הוא עלייתה של הגישה הנאו־פורמליסטית לדיני החוזים.¹³¹ גישה זו מבקשת להפחית חיים חדשים בדוקטרינות החוזיות הקלטיות המעדיפות את גישת היצירה על ההתחקות על כוונת הצדדים כפי שהיא עולה מנסיבות כריתת החוזה. בספרות המשפטית הקיימת הגישה הנאו־פורמליסטית נתמכת בדרך כלל בטיעונים מוסדיים, טיעונים כלכליים וטיעונים פסיכולוגיים וסוציולוגיים. מלומדי הגישה אינם משתמשים בדרך כלל בטרמינולוגיה פילוסופית הרמנויטית ישירות. עם זאת עיון מעמיק בגישה מנקודת המבט הפילוסופית הרמנויטית יגלה כי הטיעונים הנאו־פורמליסטיים בעד גישת היצירה נחלקים לשני סוגים.

קו חשיבה אחד מבוסס על חשדנות כלפי יכולתם של שופטים לאתר את ההסכמות החוזיות שאינן מגולמות בטקסט החוזי. קו חשיבה זה מסכים עם גישת היוצר שבעולם

127 ראו בנוגע לדוקטרינות האקוויטביליות שפותחו בארצות הברית, Kraus & Scott, לעיל ה"ש 118.

128 אף כי במישור הפוזיטיבי כאמור המאבק לא הוכרע באופן נחרץ. ראו לעיל ה"ש 116–117.

129 ראו Richard A. Posner, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, 83 TEX. L. REV. 1581, 1606 (2005).

130 Randy E. Barnett, *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, 78 VA. L. REV. 1175 (1992) (להלן: Barnett, *Conflicting Visions*). אולם ראו

הדיון להלן, בחלק השני, ס' 2, החושף את ההבדל שבין גישתו של ברנט לבין גישת חוזה היחס.

131 על עליית הנאו־פורמליזם בשיח התאורטי של דיני החוזים ראו John E. Murray, Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 FORDHAM L. REV. 869 (2002).

פוזיטיביות בדבר עלייה מחודשת של התפיסה הפורמליסטית בפסיקה בארצות הברית ראו Ralph James Mooney, *The New Conceptualism in Contract Law*, 74 OR. L. REV. 1131 (1995).

והשווה Robert A. Hillman, *The 'New Conservatism' in Contract Law and the Process of Legal Change*, 40 B.C. L. REV. 879 (1999).

אידאלי, שבו בתי המשפט היו מסוגלים לחלץ את הכוונה המשותפת הלב-טקסטואלית של הצדדים, המטרה הפרשנית אכן הייתה אמורה להיות חילוץ אומד הדעת של הצדדים הממשיים, גם אם אומד דעת זה אינו משוקע בטקסט החוזי כשלעצמו. ברם חרף עמדה אידאלית זו דבקותה של הגישה הנאו-פורמליסטית בטקסט החוזי והרצון למנוע מבית המשפט להיחשף לנסיבות הלב-חוזיות נובעים מכך שבמצב המצוי, למרבה הצער, בתי המשפט אינם בקיאים בעולמם הכלכלי, התרבותי והעסקי של מרבית הצדדים לחוזים, ומשום כך קיים החשש כי בית המשפט לא ידע לפרש נכונה את כוונות הצדדים.¹³² בהמשך לכך גובשה "תאוריה כלכלית של טעויות", הגורסת כי מוטב "לספוג" מצבים שבהם בית המשפט יימנע מלהחיל כוונות אמתיות של הצדדים שלא עוגנו בטקסט החוזי, אך מנגד להימנע ממצבים שבהם בית המשפט יכפה על הצדדים כוונות והבנות שאינן משקפות כלל את רצונם.¹³³

אולם לצד קו חשיבה זה, המכיר למעשה בעליונות הפרשנית-התאורטית של גישת היוצר, התפתח גם קו חשיבה אחר, המבקש לבסס תורת פרשנות נורמטיבית של יצירה גם בהקשר החוזי. נציין כי אפילו הנאו-פורמליסטים מסוג זה אינם כופרים בניתוח האמפירי שעליו נשענת תאוריית חוזה היחס, שלפיו במקרים רבים מערכת ההסכמות שבין הצדדים רחבה מזו המגובשת בטקסט החוזי. אולם על פי קו חשיבה זה, צדדים טיפוסיים לחוזה מבקשים בדרך כלל להבחין בין ההבנות המגולמות בטקסט החוזי לבין ההבנות החיצוניות לו בבקשם לתת תוקף משפטי אך ורק לראשונות. כדי לתמוך בטענה זו נשענת התאוריה הנאו-פורמליסטית על כמה סוגי ניתוח.

סוג ניתוח אחד נשען על חשיבה כלכלית, והוא ממוקד בשאיפה לחיסכון בהוצאות עסקה. צדדים המתקשרים בחוזה צריכים לתמחר בין השאר שתי עלויות שונות שבהן הם עלולים לשאת: האחת היא עלות ההשקעה בעת ניסוח החוזה; העלות השנייה היא עלות ההתדיינות המשפטית במקרה של חילוקי דעות בין הצדדים בנוגע לחוזה.¹³⁴ גישת היצירה תגדיל מחד גיסא את העלות לצדדים בעת ניסוח החוזה עקב הצורך להתייחס לפרטים רבים, אך תקטין מאידך גיסא את העלות בעת ההתדיינות, שכן יינתן מעמד של

132 ראו בעיקר Eric A. Posner, *A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error*, 94 NW. U. L. REV. 749 (2000). ראו גם מאוטר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 4, בעמ' 68.

133 ראו גם Eric A. Posner, *The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation*, 146 U. PA. L. REV. 533 (1998). לטענה כי קשה להגדיר ולבסס נורמות "פנימיות" של מערכות יחסים, נוהג ענפי או סטנדרט מסחרי, אפילו כאשר מדובר במסחר בתוך קהילות הומוגניות, ראו Lisa Bernstein, *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions*, 99 MICH. L. REV. 1724 (2001).

134 זהו למעשה הוויכוח הכלכלי שבין חקיקת כללים לבין חקיקת סטנדרטים. ראו Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992).

בכורה להסכמה הפורמלית המעוגנת בטקסט החוזי. לעומת זאת גישת היוצר תקטין מחד גיסא את העלות לצדדים בעת הניסוח, שכן אין נדרשת התייחסות לפרטים רבים והקפדה על עיגון ההסכמה בטקסט, אך תגדיל מאידך גיסא את העלות לצדדים בעת ההתדיינות המשפטית בשל הצורך להביא ראיות להבנות עמוקות של הצדדים שלא עוגנו בחוזה. על פי הנטען, מנקודת המבט הכלכלית, עלות ניסוח החוזה תהא ככלל זולה מהעלות העורפת בהתדיינות בבית המשפט, מאחר שההכרעה בעניין זה היא פונקציה של מידע. בעת ניסוח החוזה יש לתמחר את עלות השגת המידע על ידי הצדדים לחוזה. ברם בעת ההתדיינות יש לתמחר מלבד עלות השגת המידע על ידי הצדדים כאמור גם את העלות הכרוכה בהוכחת המידע בבית המשפט. מאחר שעלות הוכחת המידע בבית המשפט תהא על פי רוב יקרה, הרי שיעיל יותר לדרוש מהצדדים לנסח את החוזה ניסוח ראוי, ולמזער את הוצאות ההתדיינות המשפטית של הצדדים באמצעות החלת גישת היצירה.¹³⁵ על פי גישה זו, שיקולי היעילות מוליכים גם את הצדדים עצמם להסכים שרק ההבנות המגולמות בטקסט החוזי יקבלו תוקף משפטי.

לצד הניתוח הכלכלי הטענה כי הצדדים עצמם מבקשים להעניק תוקף משפטי רק לטקסט החוזי נשענת גם על טיעונים פסיכולוגיים וסוציולוגיים. על פי טיעונים אלה, הצדדים לחוזים יוצרים למעשה שתי מערכות נורמטיביות: מערכת משפטית פורמליסטית הכלולה בטקסט החוזי, ולעומתה מערכת יחסים חברתית גמישה יותר לבר-טקסטואלית, המונעת מנורמות חברתיות וערכיות של התחשבות הדדית, שיתוף פעולה, סולידריות, אינטרסים של שמירת יחסים ומוניטין בקהילה. על פי הנטען, צדדים

135 Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541 (2003), וכן Schwartz & Scott, *Redux*, לעיל ה"ש 117. בתשובה לטענות אלו משיבים המצדדים בתאוריית חוזה היחס, ראשית, כי על אף הרצון לסנכרן בין עלות ניסוח החוזה לבין עלות ההתדיינות המשפטית אין מדובר במשחק סכום אפס, ולכן תידרש לעתים התחשבות במידע שמחוץ לטקסט כדי להבין את הטקסט או כדי לגבש הכרעה בעניינים שהצדדים לא צפו אף על פי שהם השקיעו רבות בעת ניסוח החוזה. שנית, לעתים דווקא עלות ניסוח החוזה היא גבוהה, והצדדים אינם ששים להשקיע רבות בהתייחסות לעניינים שמבחינה סטטיסטית הסיכוי שייגיעו להתברר בבית המשפט בעתיד איננו גבוה. במקרים כאלו העלות הכרוכה בהתדיינות משפטית שסבירותה נמוכה תהא פחותה מהשקעה ודאית רבה בעת ניסוח החוזה. ראו Leib, לעיל ה"ש 121, בעמ' 670, וכן Juliet P. Kostritsky, *Interpretive Risk and Contract Interpretation: A Suggested Approach for Maximizing Value*, 2 ELON L. REV. 109 (2011), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1725467. לטענה כי בשל פרמטרים מסוימים לעתים יהא יעיל יותר להשקיע בניסוח ולעתים אחרות – בהתדיינות, ראו Adam B. Badawi, *The Attributes of Transactions and the Limits of the New Formalism*, 6 BERKELEY BUS. L.J. 1 (2009), available at ssrn.com/abstract=1142853.

במערכות יחסים מפרידים בין נורמות לעת שלום לבין נורמות לעת מלחמה.¹³⁶ הנורמות הלב-טקסטואליות נחשבות נורמות לעת שלום. עם זאת הצדדים תופסים את עצמם כמחויבים לנורמות הללו רק כל עוד נמשכת מערכת היחסים או כל עוד קיימת ציפייה להתמשכותה, ומשום כך הם אינם מעוניינים להעניק לנורמות הללו תוקף משפטי. לצד זה מעוניינים הצדדים לשמר מערכת יחסים דומה של נורמות לעת מלחמה, הן הנורמות המשפטיות הפורמליסטיות שבהן יבקשו הצדדים להשתמש בעת סיום היחסים. ההתמקדות של גישת היצירה בטקסט החוזי מבטיחה כי בזמן התדיינות משפטית, דהיינו בתנאי מלחמה, יתמקד המשפט אך ורק בנורמות שיועדו למצב זה.¹³⁷ לעומת זאת פרשנות חוזה על פי גישת היוצר, אשר מתחשבת בנסיבות הכריתה ובמידע שמחוץ לטקסט, תסכל למעשה את רצון הצדדים להפרדה בין נורמות לעת שלום לבין נורמות לעת מלחמה. מלבד סיכול כוונת הצדדים הגישה הנאו-פורמליסטית רואה גם ערך חברתי וכלכלי בקיום בד בבד של הנורמות המשפטיות והנורמות הלב-משפטיות. לפי הגישה קיים חשש שהרחבת מעורבות המשפט ביחסי הצדדים והחדירה אל מעבר להקצאת הסיכונים הברורה של הצדדים בטקסט החוזי תמנע מהצדדים את האפשרות להמשיך ולהסתמך על קיומן של נורמות חוץ-משפטיות, תפגע באמון שבין הצדדים ובמערכות היחסים.¹³⁸

מנקודת המבט הפרשנית, עיקר החידוש בגישה הנאו-פורמליסטית הוא בהצבת ההיגיון הנורמטיבי שבגישת היצירה גם כאשר מדובר על פרשנות חוזים. עם זאת מבט הרמנויטי על הוויכוח שבין תאוריית חוזה היחס לבין הנאו-פורמליסטים מלמד כי הוויכוח איננו מתמצה בהיבט של גישת היוצר לעומת גישת היצירה אלא הוא רחב יותר, והוא מקיף את כל שלוש המחלוקות ההרמנויטיות שאותן פירטנו בפרק הראשון. למשל, הנאו-פורמליסטים מדגישים כי פרשנותה של היצירה תהיה ככל האפשר על פי משמעותה הלשונית הפשוטה, והם נרתעים מן הנכונות של הגישה התכליתית (הן כאשר מדובר על גישת היוצר התכליתית והן כאשר מדובר על גישת היצירה התכליתית) להוציא את הטקסט מדי פשוטו כדי להגשים את תכליתו.¹³⁹ על פי הנאו-פורמליסטים על הפרשן

136 ראו Lisa Bernstein, *The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, 66 U. CHI. L. REV. 710 (1999). לביקורת ולטענה כי צדדים

אינם מקבלים הכרעה דיכוטומית כאמור בעת ההתקשרות ראו Kostritsky, לעיל ה"ש 135.

137 ראו Bernstein, לעיל ה"ש 133 וה"ש 136, המציגה מחקרים שמהם עולה כי אנשי העסקים היו הפורמליסטים ביותר בעת התדיינות.

138 Ronald J. Gilson et al., *Braiding: The Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine* (Stanford L. & Econ. Olin, Working Paper No. 389, available at ssrn.com/abstract=1535575), 2010. ראו בהקשר מעט שונה אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647, 666-657 (1999).

139 ראו Kraus & Scott, לעיל ה"ש 118.

לכבד לא רק את המטרות המופשטות שהוא מייחס לצדדים אלא גם את התכנים הקונקרטיים שהם קבעו כדי לממש את המטרות הללו. התנגדות מיוחדת מעוררות בקרב הנאו-פורמליסטים הדוקטרינות המאפשרות פרשנות תכליתית של החוזה לצורך הטמעת ערכים או לשם מיתון תוצאות לא צודקות העולות מתוכני החוזה.¹⁴⁰ הנאו-פורמליסטים רואים בדוקטרינות הללו פגיעה קשה בחופש החוזים של הצדדים ובאוטונומיה שלהם.¹⁴¹ על רקע דבקותם בגישת היצירה ודחייתם את הגישות התכליתיות ואת גישת הפרשן כיוצר תומכים הנאו-פורמליסטים בגישת היצירה הלשונית.

2. הערכת הוויכוח

אם כן, הקואליציות שנרקמו בספרות החוזית התאורטית, כמו גם ברבות משיטות המשפט הנוהגות, הן מחד גיסא בין גישת היצירה לגישת הפרשנות הלשונית, תוך התנגדות לגישת הפרשן כיוצר, ומאידך גיסא בין גישת היוצר לגישת הפרשנות התכליתית, תוך תמיכה בגישת הפרשן כיוצר. אולם לעומת התאוריות החוזיות המקובלות האוחזות בקואליציות הקונונציונליות הללו, העלה הדיון הפרשני-המושגי בחלק הראשון כי מערך הגישות הפרשניות האפשריות לפרשנות חוזים הנפרס מאינטגרציה שבין המחלוקות ההרמנויטיות השונות הוא עשיר בהרבה, ומן הבחינה המושגית לצד פרשנות היצירה הלשונית ופרשנות היוצר התכליתית המוכרות כיום בשיח של דיני החוזים קיימות גם גישת היוצר הלשונית וגישת היצירה התכליתית.¹⁴² אנו סבורים כי מלבד ההיתכנות המושגית גם מבחינה נורמטיבית ראוי לפרוץ את תחומן של הקואליציות הפרשניות המאפיינות את השיח התאורטי של דיני החוזים. בחלק זה של המחקר נחל את דיוננו הנורמטיבי במתח שבין גישת היוצר לגישת היצירה ונתמך בגישת היוצר כגישה המייצגת את ברירת המחלוקת הפרשנית הראויה. עם זאת בניגוד לזיהוי המקובל של גישת היוצר עם הגישה התכליתית נבקש לטעון כי גם כאשר הפרשן פונה לנסיבות הכריתה כדי להבין את תכלית החוזה, בסופו של דבר אסור לה לפרשנות לחרוג מן המובן הלשוני של החוזה כפי שהוא נתפס בפועל על ידי הצדדים בעת כריתת החוזה.¹⁴³ משום כך נתמך בגישה ההרמנויטית שכונתה במחקר זה "גישת

140 ראו Schwartz & Scott, *Redux*, לעיל ה"ש 117.

141 ראו Kraus & Scott, לעיל ה"ש 118.

142 ראו הדיון המושגי לעיל בחלק הראשון, ס' 2.

143 בכך שונה עמדתנו הן מגישת היצירה הלשונית והן מגישת היוצר התכליתית. גישת היצירה הלשונית ממוקדת במובן הלשוני האובייקטיבי של המילים כפי שעולה מן היצירה בלבד. בניגוד לכך גישתנו המאמצת את גישת היוצר הלשוני, מאפשרת להביא ראיות שמטרתן לשכנע כי המובן הלשוני שהצדדים ייחסו לביטויים מסוימים ביצירה שונה מן המובן האובייקטיבי של המילים כפי שהוא עולה מקריאת היצירה בלבד. לכאורה, הנכונות לחרוג מן המובן הלשוני האובייקטיבי של המילים מקרבת את גישתנו לגישת היוצר התכליתית. ברם, מבט נוסף על הנושא יגלה כי קיים הבדל מהותי בין

היוצר הלשונית". בנוסף, אנו סבורים כי ראוי לפרום את הקואליציה שבין העמדה הנורמטיבית בשני הוויכוחים הפרשניים הראשונים (יצירה-יוצר ולשונית-תכליתית) לבין העמדה הנורמטיבית בוויכוח הפרשני השלישי (היחס לגישת הפרשן כיוצר). כזכור, הדיון בחלק הראשון העלה כי הגישה הפרשנית המכונה הפרשן כיוצר נבדלת מהותית מיתר הגישות הפרשניות בהיותה היחידה שרואה בחיוב את טשטוש התחומים שבין הפרשנות ליצירה, והיא תומכת בשילוב ערכי הפרשן ועמדותיו כבר בשלב ההליך הפרשני. אנו סבורים כי השוני ההרמנויטי שבין גישת הפרשן כיוצר לבין יתר הגישות הפרשניות מוליך לכך שגם מן הבחינה הנורמטיבית היחס הערכי כלפי גישת הפרשן כיוצר נבדל מהותית מן השיקולים הנורמטיביים הקובעים את העמדה הפרשנית באשר לשאלות הפרשניות האחרות.

כך חרף ההבדלים שבין גישת היוצר לבין גישת היצירה שתי הגישות – הן בגרסתן הלשונית והן בגרסתן התכליתית – שותפות להנחה שמטרת הפרשנות היא להגשים את רצונם של הצדדים לחוזה. במקרה של גישת היוצר מדובר במטרה המובהקת של הגישה. לכאורה, במבט ראשון, אפשר לגרוס כי גישת היצירה המעדיפה את ההבנה העולה מן הטקסט החוזי על פני הכוונה העולה מנסיבות הכריתה איננה נובעת מן הרצון להגשים את רצון הצדדים. אולם כפי שראינו,¹⁴⁴ ההצדקות המוצלחות ביותר של הנאו-פורמליסטים לגישת היצירה נובעות מנימוחים כלכליים ופסיכולוגיים הטוענים שרצון הצדדים הוא שהיצירה ולא הנסיבות החיצוניות – לרבות אלו שיכולות ללמד על כוונותיהם בעת הכריתה – היא שתמצה את ההסכמה החוזית.¹⁴⁵ משום כך ברובד העמוק יותר אף גישת היצירה מונעת מן השאיפה להגשים את רצון הצדדים לחוזה.

המחלוקת שבין הגישות הלשונית והתכליתית אף היא נעשית בתוך המתחם של הגשמת רצון הצדדים, באשר הגישות התכליתיות אמנם נכונות לחרוג מלשונה של היצירה, ואולי גם מהבנתה המקורית על ידי יוצרה, אך הן מתירות חריגות אלה מתוך רצון להגשים את כוונתם העמוקה של הצדדים שלא עוגנה באופן מספק בלשון החוזית. על רקע העובדה שהמטרה של הגשמת רצון הצדדים מוצגת כמטרה המרכזית של כלל הגישות, ההכרעה ביניהן במחקר זה תתבסס על הערך הנורמטיבי של האוטונומיה, אשר

הגישות. על פי גישת היוצר התכליתי עורך השופט הפרשן מבחן אנליטי שבעקבותיו הוא קובע את תכלית החוזה בעיני הצדדים וכהמשך לכך הוא רשאי לתקן הוראות מסוימות בחוזה על מנת שישמשו את תכליתו. לעומת זאת, גישת היוצר הלשוני, מאפשרת לשופט לחרוג מן המובן הלשוני האובייקטיבי של המילים רק על בסיסה של בחינה אמפירית (שבה יידרשו הצדדים להביא ראיות ולשכנע מה הייתה הבנתם הממשית בפועל בעת כריתת החוזה, של אותו מונח שממובנו הלשוני האובייקטיבי הם מבקשים לחרוג).

¹⁴⁴ ראו לעיל חלק שני, ס' 1(ג).

¹⁴⁵ בכך נבדלת גישת היצירה לפרשנות חוזים מעמדות התומכות בגישת היצירה בהקשר לטקסטים ספרותיים, דתיים או חוקיים המצדיקות לעיתים את תמיכתם בגישה זו במעמד הקנוני של היצירות הללו בקרב נמעניהן ולא בכוונה המקורית של היוצרים.

באופן מסורתי היה הערך המרכזי שעמד מאחורי המחויבות של דיני החוזים להגשמת רצונם של הצדדים לחוזה.¹⁴⁶

שונים הדברים כאשר לגישת הפרשן כיוצר. גישה זו תומכת בשילובם של ערכי הפרשן ועמדותיו כבר בשלב ההליך הפרשני. משום כך מטרות הפרשנות על פי גישה זו אינן מוגבלות להגשמת רצונם המשותף של הצדדים. מאחר שערכי הפרשן אינם מוגבלים בהכרח להגשמת האוטונומיה של הצדדים, הדיון במחקר זה ביחס הנורמטיבי הראוי כלפי גישת הפרשן כיוצר לא יוכל להתבסס על ערך האוטונומיה לבדו, והוא מחייב דיון מעמיק במשקלם היחסי של ערך האוטונומיה ושל ערכים נוספים במסגרת דיני החוזים בכלל ובמסגרת דיני הפרשנות בפרט. משום כך, בניגוד לקואליציה הקונוונציונלית שבין גישת היוצר התכליתית לבין גישת הפרשן כיוצר, קיים הבדל דרמטי בבסיס הנורמטיבי שבין שתי הגישות, כאשר מי שמחויב לערך האוטונומיה כערך המכריע בתחום פרשנות החוזים יוכל לתמוך בגישה הראשונה אך לא בשנייה.¹⁴⁷

ההבחנה המשפטית שערכנו בין הבסיס הנורמטיבי של גישת היוצר התכליתית לבין בסיסה הנורמטיבי של גישת הפרשן כיוצר יכולה להשליך בהיוון חוזר גם על הטענות הפילוסופיות של תאוריית חוזה היחס. במקורה הובלה תאוריית חוזה היחס על ידי הוגים שאחזו בתאוריה הפוליטית הקהילתית, שכחלק מביקורתם על ההיבט האינדיווידואליסטי של החשיבה הליברלית לא רק התנגדו להשתתפות דיני החוזים על החוזה הכתוב אלא ערערו על עצם מושג ההסכמה כבסיס הערכי של דיני החוזים.¹⁴⁸ לפיכך במישור הפרשני דרישת התאוריה להשתית את תוכן החוזה על ערכים חברתיים קהילתניים שאינם מעוגנים בהכרח בהסכמת הצדדים חורגת הן מגישת היצירה והן מגישת היוצר, והיא קרובה בהרבה לגישה הפרשנית שכונתה על ידינו גישת הפרשן כיוצר, אשר מבקשת להנחיל באמצעות הפרשנות נורמות חברתיות, נוהג, ערכים ועקרונות ציבוריים. ברם גם אם ההוגים המקוריים של תאוריית חוזה היחס חרגו מן החשיבה הליברלית המקובלת, עיון מעמיק יותר בתוכני התאוריה יגלה כי אפשר להציע גם תאוריה ליברלית ואפילו

146 ראו למשל CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE (1981); Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, 86 COLUM. L. REV. 269 (1986); P. Gabel & J. Feinman, *Contract Law as Ideology*, in THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE 500 (D. Kairys ed., 1982). ראו גם שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 660; ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 3 בעמ' 81 ("בחווה אנחנו מתעניינים באומדן הדעת של הצדדים לחוזה, המשקף את האוטונומיה של הרצון שלהם").

147 מנגד אפשר לחשוב גם על קואליציה הפוכה בין מי שמאמץ את אחת הגישות המתחרות לגישת היוצר התכליתית, מתוך מחשבה שהגישה המתחרה מממשת באופן ראוי יותר את ערך האוטונומיה ועדיין לתמוך במצבים מסוימים בגישת הפרשן כיוצר מתוך עמדה כי ערך האוטונומיה אינו הערך הבלעדי שצריך לעצב את דיני הפרשנות.

148 ראו במיוחד Macneil, 1978, לעיל ה"ש 121.

ליברטריאנית של חוזה יחס, ¹⁴⁹ אשר תקבל חלק גדול מן הביקורת הקהילתנית ותפנים זאת אל תוך החשיבה הליברלית. ¹⁵⁰ על פי זרם זה יהיה אפשר לקבל את העמדה הקהילתנית בדבר משמעותם של קשרים חברתיים, קהילות, ערכים חברתיים ותרבות כרכיבים בעלי משקל בהבנה הפסיכולוגית והסוציולוגית של הפרט. ברם הנכונות לשלב רכיבים אלו במארג היחסים שבין הצדדים תהיה אך ורק כאשר הוכח כי הם אכן הוטמעו אנדוגנית על ידי הצדדים והופנמו על ידיהם, אך לא תהא כפייה של נורמות ציבוריות וערכים קהילתניים אקסוגניים אשר אינם משתלבים בקריאה הרחבה של כוונת הצדדים, ואשר לא הופנמו על ידיהם. על פי הבנה זאת, תופנה ביקורתה של תאוריית חוזה היחס כלפי הניסיון להגביל את הסכמת הצדדים לטקסט החוזי בלבד, בטענה שהסכמה בין בני אדם כוללת גם תרבות, ערכים, ציפייה לשיתוף פעולה וסולידריות. אך בכך אין משום דחייה של ההנחות הפילוסופיות-מוסריות של החשיבה הליברלית המסורתית בדבר קידוש האוטונומיה של הפרט, ואין בכך ערעור על הדרישה להשתתת יחסי הצדדים על הסכמה.

הוזה אומר, על פי הגרסה הליברלית, או ליתר דיוק הליברטריאנית, של תאוריית חוזה היחס, על אף קיומה של מערכת יחסים מורכבת בין הצדדים תיחשב הסכמתם כעומדת בבסיס דיני החוזים, אם כי הסכמה זו תגובש מתוך קריאה רחבה של היחסים תוך התחשבות בממדים מגוונים המסייעים להבנתה. מכאן ברורה תמיכתה של התאוריה הליברלית של חוזה היחס בפרשנות חוזה על פי גישת היוצר, המאפשרת פנייה לנסיבות הכריתה ולמקורות חוץ-טקסטואליים כדי להבין את כוונתם והסכמתם של הצדדים הממשיים לחוזה, הסכמה אשר במקרים רבים תאמץ ממילא ערכים חברתיים רווחים. עם זאת גישה ליברלית מסורתית המקדשת את ערך האוטונומיה ואת הסכמת הצדדים לא תוכל לאמץ את גישת הפרשן כיוצר.

3. לקראת דיני פרשנות חדשים

מצוידים בכלי המחשבה שרכשנו עד כה נבקש להציב להלן את היסודות לגישה חדשה לדיני פרשנות חוזים. בסעיף א נדון ביחס שבין גישת היצירה לבין גישת היוצר מנקודת המבט הנורמטיבית הממוקדת בערך האוטונומיה ונתמך בגישת היוצר כבררת המחדל הפרשנית. בסעיף ב נראה כי מנקודת המבט של ערך האוטונומיה יש להעדיף את גישת

149 ראו בעיקר Barnett, *Conflicting Visions*, לעיל ה"ש 130.

150 הדינמיקה המוצעת כאן, שלפיה ביקורת קהילתנית על הליברליזם מופנמת בסופו של דבר על ידי ליברלים, איננה ייחודית לדיני החוזים או לחשיבה המשפטית בלבד. ראו למשל בשיח הפילוסופי: WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS* (1995); WILL KYMLICKA, *LIBERALISM COMMUNITY AND CULTURE* (1989) (המייצג חשיבה המבקשת להכיר בזכויות ובמעמד של קהילות דווקא מתוך אתיקה אינדיבידואליסטית, שבמרכזו הדאגה ליחידים, לאוטונומיה שלהם ולזהותם העצמית).

היוצר הלשונית על פני גישת היוצר התכליתית. בסעיף ג נעיר על היתכנותה וגבולותיה של פרשנות תכליתית של היצירה בהקשר של דיני החוזים. בסעיף ד נעסוק בגישת הפרשן כיוצר. כפי שהסברנו, הדיון בטכניקת פרשנות זו לא יוכל להתבסס על ערך האוטונומיה כערך מוניסטי, והוא יחייב התייחסות למקומו הראוי של ערך האוטונומיה לצד ערכים אחרים בדיני החוזים ובדיני הפרשנות.

(א) יצירה-יוצר: ואף על פי כן גישת היוצר

ככל שהעמדה הנאו-פורמליסטית התומכת בהתמקדות ביצירה החוזית אינה מבוססת על תורה פרשנית מהותית של יצירה אלא נשענת על פקפוק ביכולתם של בתי המשפט לאתר ולהחיל הבנות של הצדדים שלא גולמו בטקסט החוזי, הרי שאנחנו מתנגדים לה. ראשית, בתי המשפט עוסקים מדי יום בסוגיות שאינן בתחום המומחיות המובהקת שלהם, ואין סיבה לחשוב שדווקא איתור כוונות של צדדים שאינן מעוגנות בטקסט החוזי הוא משימה שמעבר ליכולתם.¹⁵¹ לפיכך גם אם במקרים מסוימים ישגו בתי המשפט בחילוץ כוונתם של הצדדים, עדיין קשה לראות בכך הצדקה להתעלמות גורפת מאוטונומיית הרצון של הצדדים ומהסכמתם המשותפת אך ורק משום שהסכמה זו לא גולמה בחוזה הפורמלי.¹⁵² יתרה מזו, אף תאוריית ה"טעויות" של הנאו-פורמליסטים איננה כופרת בכך שההסכמה האמתית של הצדדים כוללת רכיבים לבר-טקסטואליים אלא היא רק חושדת שבתי המשפט לא יצליחו לפרש נכונה רכיבים אלה, ומשום כך היא מבקשת לצמצם את בתי המשפט לטקסט החוזי בלבד ולהגביל את גישתם לממצאים לבר-טקסטואליים. לגישתנו, הרעיון שאם נצמצם את המידע העומד בפני בתי המשפט יסייע הדבר בידם לבצע את עבודתם טוב יותר נראה תמוה, שכן גם אם משימת החילוץ של ההסכמה הבר-טקסטואלית של הצדדים היא משימה קשה, הרי שהיא לא תהפוך קלה יותר כאשר בתי המשפט יאלצו להתמודד עמה מבלי להיחשף למלוא המידע הרלוונטי.¹⁵³ מסיבה זו איננו סבורים כי גישת היצירה היא שמעניקה לצדדים ודאות גדולה יותר מבחינת יכולתם לחזות את הכרעת בית המשפט במקרה של סכסוך, מאחר

151 ראו גם Leib, לעיל ה"ש 121, בעמ' 669–670 הטוען כי מי שמפקפק ביכולתו של בית המשפט להחיל נורמות פנימיות של מערכות יחסים, עליו לפקפק גם ביכולתו של בית המשפט ליישם גישה פורמליסטית ולהתעלם מאותן נורמות. ראו גם דנציגר ומצקין, לעיל ה"ש 16.

152 נזכיר במיוחד כי עמדה נאו-פורמליסטית זו מודה שהצדדים המתקשרים בחוזה אכן ביקשו לשלב ביחסיהם, בהסכמה חוזית מחייבת, גם הסכמות חוץ-טקסטואליות.

153 אכן, משיחות שקיימנו עם שופטים התרשמנו שבמקרים רבים דווקא כאשר הטקסט החוזי עומד בפני עצמו הם מתקשים לרדת לעומקו, ורק לאחר שהם נחשפים למלוא הראיות הופכת מלאכת הפרשנות למובנת יותר. כך טען גם השופט עופר גרוסקופף בהרצאתו ביום עיון בנושא פרשנות חוזים, שהתקיים באוניברסיטת בר-אילן ביום 24.11.2010.

שבמקרים רבים ללא פנייה לנסיבות ולמידע שמחוץ לטקסט אי אפשר יהיה להבין את הטקסט שאותו ביקשו הצדדים להגשים.¹⁵⁴ עמדתנו כלפי הגרסה הרדיקלית יותר של הנאו-פורמליזם, המבקשת לראות ביצירה החוזית את המטרה הפרשנית המהותית, מורכבת יותר. מחד גיסא טוענים הנאו-פורמליסטים שהצדדים עצמם הם שמבקשים למקד את הדיון המשפטי בעניינם בטקסט החוזי בלבד. משום כך על פי תפיסה זו הוויתור על ההיחשפות לנסיבות ולמערך היחסים שאיננו משוקע בטקסט החוזי אינו מגלם התכחשות לאוטונומיות הרצון של הצדדים אלא להפך, דווקא את הגשמתה המדויקת. מאידך גיסא גם לאחר ההיחשפות לניתוחים הכלכליים והפסיכולוגיים של הנאו-פורמליסטים אנו מתקשים להשתכנע בעמדתם הנוקשה שלפיה הצדדים הטיפוסיים לחוזה רואים במערך העשיר של ההבנות שנוצרו ביניהם לפני כריתת החוזה, בעת ביצוע העסקה ואף לאחריה, ואשר לא גולמו בחוזה המפורש, בלתי רלוונטי לקביעת התוכן של חיוביהם המשפטיים. המחקרים הכלכליים הטוענים כי צדדים לחוזה יסכימו שבית המשפט ידון בעניינם אך ורק על פי החוזה הכתוב תוך התעלמות ממערכת היחסים הכוללת שלהם, מתוך רצון לחסוך בעלות התדיינות, נכונים אולי למקטע צר של גופים כלכליים מתוחכמים, וגם זאת רק במקרים של הסכמים מושקעים מאוד. אך טיעונים אלה אינם משכנעים בעניינה של מרבית האוכלוסייה.¹⁵⁵ כמו כן המחקרים הסוציולוגיים שביקשו להוכיח את הדיכוטומיה החרפה שבין ההסכמות המשפטיות לבין מכלול היחסים הלא משפטיים התמקדו בדרך

154 כמה מחקרים אמפיריים שנערכו לאחרונה תומכים בעמדה שביסוס ההכרעה החוזית על מגוון רחב יותר של עובדות הקשורות בסכסוך חוזי משפר את היכולת להגיע להכרעה ולא מעמעם אותה. ראו E.W. Wright et al., *The Effect of Rule Determinacy on Deciding Contract Disputes: Experimental Data and Cognitive Theory* (July 12, 2011) (unpublished manuscript), available at <http://ssrn.com/abstract=1884195>; M.P. Ellinghaus & E.W. Wright, *The Common Law of Contracts: Are Broad Principles Better than Detailed Ones? An Empirical Investigation*, 11 TEX. WESLEYAN L. REV. 399 (2005). לדיון במחקרים הללו ראו גם זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14. אף כי המחקרים הללו אינם מרוכזים דווקא בפרשנות חוזים אלא בסכסוכים חוזיים באופן כללי, הממצאים העולים מהם תומכים בדעה כי ריבוי המידע העובדתי מצמצם את השונויות שבין ההכרעות של בני אדם, ומשום כך ריבוי המידע העולה מן ההיחשפות לנסיבות הלבר-חוזיות עשוי לצמצם את אי-הוודאות באשר לתוצאה שתקבל בבית המשפט.

155 ראו Schwartz & Scott, *Redux*, לעיל ה"ש 117, אשר ממקדים את טיעונם בצדדים מתוחכמים. ראו Meredith. R. Miller, *Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism*, 75 MISS. L. REV. 493 (2010). עם זאת לעומת סקוט ושוורץ, המתמקדים אך ורק במשתנים הנוגעים לטיבם של הצדדים, לדעתנו יש להבחין גם בסוגים שונים של הסכמים על פי הקריטריונים שיוצגו להלן בדבר רמת הפרוט של ההסכמים והאיוון בין הרכיב של התכנון ההסכמי לרכיב היחסים שבקשר.

כלל בקהילות עסקיות מיוחדות, וקשה להסיק מהם מסקנה גורפת שלפיה מתקשרים בחוזים טיפוסיים המקיימים מערכת יחסים עשירה, שהחווה הכתוב הוא רק חלק ממנה, מסכימים שהדיון המשפטי בחווה יתמקד אך ורק באותו הסכם כתוב.¹⁵⁶ על רקע מסקנתנו כי מרבית המתקשרים בחוזים אינם מוכנים לרדד את ההיבט המשפטי של יחסיהם לטקסט החוזי בלבד, אנו מתקשים לקבל את גישת היצירה כבררת המחלל הסבירה לפרשנות חוזים.¹⁵⁷ אולם דחייתנו את גישת היצירה איננה מוחלטת, ובכמה הקשרים אנו נכונים לאמץ את הגישה אימוץ מלא או חלקי. ראשית, בניגוד לעמדות שלפיהן דיני פרשנות חוזים הם ככלל דינים קוגנטיים,¹⁵⁸ במקרים של התקשרות מפורשת בין צדדים שווי כוחות¹⁵⁹ המסכימים על גישת היצירה ראוי לדעתנו לכבד הסכמה זו, ובעת ההתדיינות על בית המשפט להקים מחסום ראיתי, להתמקד בטקסט החוזי ולא לאפשר לצדדים להביא ראיות על נסיבות הכריתה ועל מידע שמחוץ לטקסט. אף על פי שגישה זו טומנת בחובה כבילת שיקול דעתו של בית המשפט, כבילה זו ראויה לדעתנו כדי להגשים את רצון הצדדים לחסוך בעלויות ההתדיינות. שנית, גם אם טיעוני הנאו-פורמליסטים אינם משכנעים אותנו שיש להתמקד בטקסט החוזי ולהתעלם לחלוטין ממערך היחסים הכולל כפי שהוא משתקף מהנסיבות

156 ראו Stewart Macaulay, *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, in IMPLICIT DIMENSIONS OF CONTRACT, לעיל ה"ש 121, בעמ' 51. לטענה כי הביקורת הנאו-פורמליסטית בדבר רצון הצדדים להימנע מהחלת נורמות משפטיות היא למעשה רק מרכיב נוסף שעל בית המשפט להביא בחשבון בעת קריאה רחבה של כוונת הצדדים בהתקשרויות קונקרטיות ראו Wightman, לעיל ה"ש 124. לטענה כי דווקא כלל משפטי פורמלי שימנע מהצדדים התחשבות הדדית, שיתוף פעולה וסולידריות במצבי דחק עלול לפגוע במערכת היחסים שביניהם ראו Macaulay, שם, וכן Leib, לעיל ה"ש 121, בעמ' 670, 714–715.

157 נוסף ונטען כי גם אם אי אפשר היה להכריע בין כלל בררת מחלל של פרשנות בגישת היוצר לבין כלל בררת מחלל של פרשנות בגישת היצירה על בסיס הניסיון לשחזר את הכוונה הטיפוסית של הצדדים המתקשרים בחווה, הרי שנראה לנו נכון לתמוך בגישת היוצר כבררת מחלל מוצלחת יותר, שכן גישה זו תכפה על צד המבקש שבית המשפט יתעלם מן ההבנות החוץ-טקסטואליות להעלות זאת במפורש בחווה, ובכך להעביר את המידע על כך לצד השני להתקשרות. ראו Ian Ayers & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989), אשר מציעים מתווה לקביעת כללים דיספוזיטיביים על ידי המחוקק ובתי המשפט, שבמרכזו כלל עונשי שיתמרון צדדים לשתף פעולה ולגלות מידע. עם זאת יש להודות כי על בסיס גישתם של איירס וגרטנר אפשר להעלות גם טיעון הפוך, ולפיו גישת היצירה יוצרת תמריצים ex-ante לצדדים להביע את העדפותיהם בחווה במפורש, ובכך היא מוזילה את עלויות ההתחקות על כוונת הצדדים בדיעבד.

158 ראו למשל STEVEN BURTON, *THE ELEMENTS OF CONTRACT INTERPRETATION* 193–202 (2009). והשווה שלו וצמח, לעיל ה"ש 12, המצדדים בכוחם של צדדים להתנות על דין הפירוש.

159 ככל שלבתי המשפט יש היכולת להעריך אם הצדדים הם אכן שווי כוחות.

הלבר-טקסטואליות, עד כדי הצבת כללי קבילות המונעים מבית המשפט להיחשף לנסיבות הללו, טיעונים אלה עשויים בכל זאת להשפיע על המשקל היחסי שיש ליתן ליצירה אל מול אומד דעתם של הצדדים העולה מן הנסיבות. לגישתנו בנושא זה יש לאמץ עמדה תלוית-הקשר הקובעת את המינון המדויק שבין חוזה ליחסים או בין אומד הדעת העולה מן היצירה לבין אומד הדעת העולה מן הנסיבות לפי מאפיינים שונים של ההתקשרות החוזית.¹⁶⁰ למשל, ככל שהצדדים השקיעו בעת ניסוח החוזה, דקדקו בפרטים השונים והתייחסו לתרחישים אפשריים רבים, אפשר לשער שכוונתם היא שהחוזה ימצה את מכלול יחסיהם, ועל כן יתחזק משקלו של אומד הדעת שעלה מתוך היצירה גופה לעומת אומד הדעת של הצדדים הממשיים כפי שעלה מהחשיפה לנסיבות. במקרים הללו ייתכן מצב שבו השופט יפסוק על פי ההבנה העולה מן החוזה הכתוב אף על פי שהוא ייטה להשתכנע מן הנסיבות כי כוונת הצדדים הייתה שונה, וזאת מתוך כבוד לרצונם של הצדדים שהחוזה הכתוב ימצה את הסכמותיהם המשפטיות. לעומת זאת במקרים שבהם הצדדים חסכו ולא השקיעו רבות בעת ניסוח החוזה, ובמיוחד במקום שבו קיימת בין הצדדים מערכת יחסים עמוקה ורב ממדית, אפשר לשער שהצדדים לא התכוונו שהמסמך הפורמלי לבדו יסדיר באופן ממצה את יחסיהם, ועל כן יהיה מקום להתבסס בעת ההכרעה השיפוטית על מידע חוץ-טקסטואלי הנוגע למשל לנסיבות הכריתה ולמערכת היחסים שבין הצדדים ולהעניק למידע זה משקל עודף על פני אומד הדעת כפי שהוא משתקף מקריאה בחוזה כשלעצמו ללא היחשפות לנסיבותיו.¹⁶¹

דוגמה טיפוסית נוספת למקרים שבהם יש להעניק לשיטתנו משקל מרבי לאומד הדעת העולה מן היצירה לעומת אומד הדעת העולה מן הנסיבות היא חוזים הנערכים בין ארגונים גדולים באופן שאין מתקיימת בהם זהות פרסונלית בין מנסחי החוזה לבין

160 ואכן, בעבר ביקשו מרבית המחנות בנושא הפרשנות להציג עמדה פרשנית אחידה כלפי כל סוגי החוזים, אך לאחרונה גם בקרב הנאו-פורמליסטים אפשר לזהות נטייה לכיוון גישת היוצר ככל שמדובר בפערי כוחות בין הצדדים או בהתקשרות בין צדדים שאינם מתוחכמים. ראו Robert E. Scott, *Text versus Context: The Failure of the Unitary Law of Contract Interpretation*, in *THE AMERICAN ILLNESS* (F.H. Buckley ed., 2011), available at <http://buckleysmix.com/wp-content/uploads/2010/10/scott.pdf>. עם זאת חשוב לשים לב שסקוט מציב את ההבחנה בין הסוגים השונים של החוזים לצורך קביעת כללי קבילות, ולשיטתו במקרים שבהם מדובר בצדדים מתוחכמים תאומץ גישת היצירה במלואה באופן שימנע קבלת ראיות על נסיבות כריתת החוזה. לעומת זאת על פי גישתנו, בהיעדר הסכמה מפורשת של הצדדים להגבלת הפנייה לנסיבות אין להציב מחסום דיוני בפני פנייה כזו, וההבחנה בין הסוגים השונים של החוזים רלוונטית רק לעניין המשקל הסופי שיינתן לאומד הדעת העולה מן היצירה אל מול אומד הדעת העולה מן הנסיבות.

161 ליישום צורת חשיבה דומה ראו ע"א 2381/06 אי.אס.אי ייעוץ והכוונה בע"מ נ' מכללת פתח תקווה בע"מ (פורסם בנבו, 12.7.2010) (פסק דינו של השופט חנן מלצר שבו על רקע ניסוח לקוי של החוזה מכריז השופט מלצר כי פרשנותו תבוסס בעיקר על הנסיבות הלבר-חוזיות המוקדמות והמאוחרות ועל ההיגיון החוזי הכולל).

מבצעיו. במקרים האלה ייתכן מאוד שמבצעי החוזה אינם מודעים כלל לכוונות ההיסטוריות של הנסחים, ולכן הצדדים יעדיפו להתייחס להסכם כאל סוג של תקנון מחייב העומד בפני עצמו וממזה את המחויבות בין הצדדים. משום כך הם יעדיפו שבית המשפט יימנע ככל האפשר מלהסתמך בעת ההכרעה השיפוטית על הנסיבות שקדמו לכריתת החוזה. דוגמה מובהקת נוספת לחוזים שבהם יש ליתן משקל נכבד ליצירה ולהעדיפה על פני אומד הדעת העולה מן הנסיבות היא חוזי פרוגרמה שאותם מנסחים גופים גדולים, במקרים רבים גופים ציבוריים, כדי להתקשר עם מספר רב של מתקשרים. במקרים הללו למרות אופיו החוזי נתפס חוזה הפרוגרמה על ידי הצדדים יותר כמסמך דמוי חוק שעל פיו יש לפעול, ופחות כחוזה שלצורך פרשנותו יש לשוב ולבחון את מערכת היחסים והכוונות ששררו בעת כריתתו.¹⁶²

לבסוף ייתכנו מצבים שבהם לאחר ההיחשפות לנסיבות הכריתה ישתכנע בית המשפט כי במקרה הספציפי צודקים הנאו-פורמליסטים בכך שהצדדים עצמם התכוונו שהחוזה הכתוב – ולא הבנותיהם המשותפות בזמן הכריתה – ימזה מיצוי מוחלט את יחסיהם המשפטיים.¹⁶³ במקרים הללו אף על פי שבית המשפט נחשף בפועל לנסיבות הכריתה, עליו לבסס את פרשנותו על אומד הדעת המשתקף מן היצירה בלבד.

(ב) בזכות גישת היוצר הלשונית

בחלק הקודם תמכנו בהעדפת גישת היוצר על פני גישת היצירה. לכאורה, העדפת גישת היוצר ופריצת מסגרתו של הטקסט החוזי מחייבות בסופו של דבר גם להעניק לטקסט פרשנות שאינה משתלבת עם לשונו אך תואמת את התכלית החוזית כפי שהיא עולה מכלל הנסיבות. בניגוד לכך, בחלק זה נבקש להסביר מדוע למרות תמיכתנו בגישת היוצר ובפנייה לנסיבות הלב-טקסטואליות, ולמרות הכרתנו בחשיבותה של המתודה התכליתית, בסופו של דבר על המילים להגביל את הפרשנות. משום כך אין לקבל פרשנות תכליתית המחייבת תיקון של לשון החוזה כפי שדורשת גישת הפרשנות התכליתית.

ראשית, ההצדקה המרכזית לתמיכתנו בגישת היוצר היא כאמור כיבוד האוטונומיה של הצדדים הממשיים לחוזה תוך הכרה בכך שבמקרה הרגיל הצדדים יימנעו מלרדד את יחסיהם לאמור בטקסט הפורמלי בלבד. גישת הפרשנות הלשונית מתיישבת עם מטרה זו ואף מחזקת את האוטונומיה של הצדדים בקבלה את המובן שהצדדים עצמם ייחסו

162 ראו מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 4, בעמ' 67–76.

163 עם זאת יש לשים לב שבמקרים שבהם הצדדים לא קבעו בחוזה במפורש את גישת היצירה כגישת הפרשנית המועדפת עליהם, הבחירה לתת ליצירה משקל רב מזה שנותנים ליוצר תדרוש בירור נסיבתי של כוונת הצדדים בעניין המתודה הפרשנית המועדפת עליהם. בירור שכזה, גם אם בסופו של דבר יוליך למסקנה כי הצדדים העדיפו את גישת היצירה במקרה הקונקרטי, בכל זאת ידרוש הבאת ראיות חיצוניות כך שהיתרונות הכלכליים של גישת היצירה לא ימומשו במלואן.

לטקסט החוזי, גם אם איננו המובן הרגיל של המילים.¹⁶⁴ בכך יש משום הגשמת תפיסה של כבוד לצדדים שניסחו את החוזה, מאחר שבית המשפט נמנע מלתקן את המילים בחוזה שנוסח על ידיהם או לשנותן. לעומת זאת גישה תכליתית שתאפשר לבית המשפט לשנות את ההסדר המהותי שקבעו הצדדים בחוזה לאור התכלית שאותה ביקשו הצדדים להגשים בעצם ההתקשרות ביניהם, מיישמת תפיסה פטרנליסטית שמכבדת אך ורק את המטרות שביקשו הצדדים להגשים, אך מתעלמת מן האמצעים וההסדרים הקונקרטיים שבחרו הצדדים כדי להגשים את מטרותיהם, ובכך איננה מכבדת את האוטונומיה של הצדדים.¹⁶⁵

שנית, בחלק ההרמנויטי של המאמר עמדנו על כך שגם מי שמתנגד לגישת הפרשן כיוצר כגישה מודעת לפרשנות, מודה שבמקרים רבים ההיבטים היצירתיים של הפרשנות הם בלתי נמנעים, שכן בסופו של דבר כל פרשנות מכילה מיוזג אופקים בין עולמו של הפרשן לבין הטקסט החוזי.¹⁶⁶ על רקע זה ברור כי גם בהקשר החוזי הפרשנות התכליתית יכולה להוביל את השופט בסופו של דבר, גם אם באופן בלתי מודע, להמיר את התכלית שאותה ביקשו הצדדים עצמם להגשים בעצם ההתקשרות ביניהם בתכלית שלדעת השופט היה ראוי לאותם הצדדים לגבש. כלל משפטי המגביל את הפרשנות התכליתית למובן הלשוני של המילים מציב תמרור אזהרה בפני השופט וממתן מאוד חשש זה. לעומת זאת פרשנות תכליתית שאינה מוגבלת ללשון החוזה עלולה להעצימו. לצד שתי הסיבות שהוזכרו עד כה, המבהירות מדוע המחויבות לאוטונומיה של הצדדים תומכת לדעתנו בגישת היוצר הלשונית, ברצוננו להציע שתי סיבות נוספות לתמיכה בגישה זו: ראשית, פרשנות לשונית של גישת היוצר תבסס אצל הצדדים ודאות חזקה יותר בנוגע לאופן הכרעת בתי המשפט בוויכוחים העוסקים בפרשנות חוזים. אמנם בית המשפט יהיה נכון לפנות לנסיבות הכריתה ולמידע שמחוץ לטקסט כדי להגשים את כוונת הצדדים, אך פנייה זו תיעשה כדי לברר את המובן הלשוני שהעניקו הצדדים עצמם ללשון החוזה, ולא לשם סטייה מלשון החוזה ומן ההסדר המהותי שאותו קבעו הצדדים בחוזה. לפיכך במקום שהצדדים יוכלו להוכיח את ההבנה שהם העניקו לטקסט החוזי, מובטח כי הבנה זו תכובד על ידי בית המשפט. לעומת זאת פרשנות תכליתית המבוססת על תהליך אנליטי שאינו מעוגן בהוכחה עובדתית קונקרטית בדבר ההבנה הלשונית שהצדדים ייחסו לביטוי מסוים בחוזה, שתאפשר לבית המשפט לתקן את לשון החוזה

164 משום כך גישתנו אינה מעוררת את הקושי שמעלה ברק נגר שיטת שני השלבים (בפס' 8 לפסק דינו בפסק הדין אפרופים, לעיל ה"ש 1) כאשר שני צדדים גמרו בדעתם למכור מכונה ישנה, אשר הנסיבות החיצוניות מלמדות כי הם כינו אותה בחוזה בלשון "סוס".

165 בכך אנו מסכימים עם טענתם של Kraus & Scott, לעיל ה"ש 118. השוו בהקשר דומה: Alex Stein, A Liberal Challenge to Behavioral Economics: The Case of Probability, 2 NYU J.L. & LIBERTY 531 (2007).

166 על כך ראו לעיל חלק ראשון, ס' 3.

ולסטות ממנה, תחליש מאוד את כוחם של הצדדים לחזות מראש את אופן הכרעת בית המשפט בוויכוחים העוסקים בפרשנות חוזים.¹⁶⁷ שנית, העובדה שבית המשפט יבחן את נסיבות הכריתה ואת המידע שמחוץ לטקסט רק כדי להבין את ההבנה שהצדדים עצמם ייחסו לטקסט, תעודד את הצדדים להשקיע בעת ניסוח החוזה ולהגדיל את בהירותו, ובכך תגדל היעילות הכלכלית של העסקה.¹⁶⁸ שכן הצדדים ידעו שההסכמה שהם שיקפו בטקסט תכובר, ושבית המשפט לא יסטה מלשונו המפורשת של החוזה גם אם יוכח מן הנסיבות שבפועל ביקשו הצדדים לגבש הסדר מהותי אחר, שלא מצא את ביטויו בלשון החוזה.

לאור האמור נראה לנו כי על החריגה מן הטקסט שגישת היוצר מאפשרת להיות מוגבלת באמצעות תורת הפרשנות הלשונית.

בדומה לכך, נציין כי גם באותם מקרים שבהם ראוי לגישתנו לתמוך נורמטיבית בפרשנות חוזים על פי גישת היצירה, או למצער להעניק ליצירה משקל משמעותי בתהליך הפרשנות, התמיכה בגישת היצירה במקרים אלו איננה מחייבת בהכרח היצמדות לפרשנות הלשונית הרגילה של המילים ביצירה. למשל, ייתכן שהצדדים שביכרו את גישת היצירה ביקשו להימנע מפנייה למקורות חוץ-טקסטואליים עקב העלות הרבה הכרוכה בהוכחתם בבית המשפט, אך תהליך איתור המשמעות של היצירה איננו נזקק למידע חוץ-טקסטואלי, והוא יכול להיעשות אך ורק באמצעות בחינה כוללת של הטקסט החוזי, בחינת היחס בין מרכיביו השונים וראייתו כמכלול. לכן במקרים רבים פרשנות שכוזו של הטקסט החוזי לא תגרום להתייכרות רבה בעלות ההתדיינות בבית המשפט

167 ודוק, בפרק הקודם טענו כי במאבק שבין גישת היוצר לבין גישת היצירה דווקא גישת היוצר, אשר מרחיבה את הנתונים שיעמדו לרשות בית המשפט לשם קבלת ההכרעה, היא שתוביל לצמצום העמימות וחוסר הוודאות. ברם כאשר מדובר במאבק שבין הגישה הלשונית לבין הגישה התכליתית, דווקא הגישה הלשונית המגבילה את הפרשן למילים המפורשות של החוזה תצמצם את העמימות, שכן על פי הגדרת המילים יוגבל מתחם האפשרויות הפרשני לעומת גישה תכליתית שתאפשר לבית המשפט לסטות מלשון החוזה המפורשת. נוסף ונאמר בהקשר זה כי המחקרים האמפיריים (ראו לעיל ה"ש 154) שלאורם דחה לאחרונה זמיר את הביקורת המושמעת תדיר כלפי הגישה התכליתית, ולפיה גישה זו פוגעת בוודאות החוזית, אינם עוסקים במתח שבין לשון לתכלית במובן הנדון בסעיף זה, ומשום כך אי אפשר להסיק מהם כי פרשנות תכליתית מוליכה לוודאות רבה יותר מאשר הפרשנות הלשונית. ראשית, המאמרים אינם ממוקדים בפרשנות אלא הם עוסקים בהשוואה כוללת בין מודלים שונים של דיני חוזים. שנית, המחקרים הללו משווים מודלים מרובי כללים של דיני החוזים למודלים הבנויים על כללים מעטים הבנויים במתכונת של אמות מידה. הם טוענים כי דווקא ריבוי הכללים פוגע בסופו של דבר בוודאות. אולם כלל הדורש מן הפרשן להיצמד ללשון החוזים אינו פרטני יותר מכלל הדורש ממנו להגשים את התכלית שעמדה בפני הצדדים או את תפיסות הצדק שלו, ומשום כך אין להקיש מן המחקרים הללו כי האינטואיציה הפשוטה שלפיה פרשנות המחויבת למשמעות הלשונית יוצרת ודאות רבה מזו שאינה מחויבת ללשון, אינה נכונה.

168 ראו לעיל חלק שני, ס' 1(ג).

ואפשר לאמצה. עניין זה הוא בעל חשיבות רבה במקומות שבהם מתוך בחינת מכלול החוזה מתגלה בעיה בלשון החוזה, למשל כאשר הוראה מסוימת איננה עולה בקנה אחד עם הרציונל העולה מקריאה אינטגרטיבית של החוזה. אך יודגש כי בשל הסיבות שמנינו לעיל אנו נרתעים מאימוץ מלא של גישת הפרשנות התכליתית, אשר כזכור ברוח הגישה ההרמנויטית של שלטון המשמעות נכונה לפרש את החוזה על פי תכליתו גם כאשר הפרשנות אינה יכולה להיות מעוגנת בלשון החוזה. עם זאת חשוב להדגיש כי גם כאשר מדובר על פרשנות בגישת היצירה, מדובר בתהליך שאינו מוגבל למילים ספציפיות בלבד, וכי ניתוח היצירה בכללותה יכול במקרים רבים להוליך את הפרשן להעדיף פרשנות חריגה או ייחודית של ביטוי מסוים בחוזה.

(ג) מעבר לאוטונומיה: על מקומה של גישת הפרשן כיוצר בסעיף הראשון של חלק זה העדפנו את גישת היוצר על פני היצירה, בעיקר משום שסברנו – ברוח הגרסה הליברלית של תאוריית חוזה היחס – כי דווקא גישה זו, שאינה מסתפקת בטקסט החוזי הפורמלי אלא מביאה בחשבון גם את מכלול יחסי הצדדים כפי שהם עולים מן המידע שמחוץ לטקסט, מגשימה הגשמה מלאה את האוטונומיה של הפרטים. מחויבותנו לאוטונומיה של הצדדים הולכה אותנו להגביל את הפרשנות התכליתית ולהעדיף את גישת היוצר הלשונית, שכן הגבלת המתודה התכליתית למילות החוזה כפי שהובנו על ידי הצדדים, שבה דוגלת גישת היוצר הלשונית, מכבדת את האמצעי שבו בחרו הצדדים כדי להגשים את אותה כוונה משותפת תוך הימנעות מלתקן את ההסדרים הספציפיים שהצדדים ראו לעיניהם או לשונותם.

אולם לעומת כל הגישות הפרשניות שבהן עסקנו עד כה, שטענו למחויבות לערך האוטונומיה – ועל כן היה נכון להכריע ביניהן על פי אמות המידה הנגזרות מערך זה – גישת הפרשן כיוצר גורסת כי יש לפרש חוזה על פי ערכי היסוד של השיטה, ובכללם הגינות, צדק, סבירות ותום לב גם במקרים שבהם הצדדים אינם חולקים ערכים אלו. לפי גישה זו, החוזה משמש כלי להחדרת ערכים חברתיים אל תוך יחסי הצדדים המתקשרים בחוזים ולכפיית ערכים אלו על הצדדים גם כאשר הערכים הללו אינם מקובלים על כלל הצדדים לחוזה.

על רקע זה אין זה מפתיע כי בשיח המשפטי הקיים העמדה הנורמטיבית כלפי יישומיה של גישת הפרשן כיוצר בדיני החוזים הולכה למאבקים החריפים ביותר בין משפטנים שונים העוסקים בדיני החוזים בכלל ובדיני הפרשנות בפרט. למשל, משפטנים שברוח החשיבה הליברלית המסורתית ראו בערך האוטונומיה את הערך המרכזי בדיני החוזים,¹⁶⁹ התנגדו בנחרצות ליישומיה של גישת הפרשן כיוצר בדיני החוזים.¹⁷⁰

169 ראו למשל שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 660 ("גם במקום הזה ולעת הזו, חופש החוזים הוא ערך עליון בדיני החוזים. עקרון חופש החוזים טמן בחובו את אוטונומיות הרצון של הצדדים

לעומתם, משפטנים שברוח התפיסות של גישת חוזה היחס בגרסתה הקהילתית מבקרים את הצגת דיני החוזים כמבוססים על ערך האוטונומיה ומדגישים את מקומם של הערכים החברתיים הנוספים במסגרת דיני החוזים,¹⁷¹ מקבלים בברכה את יישומי גישת הפרשן כיוצר בדיני החוזים.¹⁷²

בשורות הבאות נבקש להציג גם בנושא זה עמדה מורכבת החוצה את המחנות המקובלים.

ככלל, איננו תומכים בעמדת המבקשים לשוב לגישה החוזית הקלסית, אשר ראתה בצדדים המתקשרים בחוזה כמצויים במתחם פרטי, אשר נשלט על ידי רצונם הוולונטרי ואשר איננו באחריות המדינה.¹⁷³ אדרבה, אנו מכירים בצורך של בית המשפט להתערב ביחסי הצדדים בהקשרים רבים, ובכלל זה לשם הגנה על צדדים שלישיים,¹⁷⁴ התמודדות עם כשלי שוק,¹⁷⁵ שמירת ערכים חברתיים שהחוזה פוגע בהם,¹⁷⁶ מיתון השפעת פערי כוחות,¹⁷⁷ בין היתר מתוך רצון להגשים עקרונות של צדק חלוקתי,¹⁷⁸ מחויבות להגינות

לחוזה [...]). שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 405 [...] יש לנסות ולשמר במידת האפשר את כוחו של רצון הפרט ולהגן על האוטונומיה של רצון זה". ראו גם המקורות לעיל ה"ש 146.

170 ראו שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 404–411.

171 ראו זמיר פירוש והשלמה של חוזים, לעיל ה"ש 4.

172 ראו זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14.

173 לתיאור הגישה החוזית הקלסית בהקשר זה ראו Betty Mensch, *Freedom of Contract as* 124. Feinman, *The Significance ; Ideology*, 33 STAN. L. REV. 753, 757 (1981), לעיל ה"ש 124.

לדין בקולות המודרניים המבקשים לשוב ולאמץ את התפיסות הללו ראו המקורות לעיל בה"ש 131.

174 ראו Deborah Zalesne, *Enforcing the Contract at All (Social) Costs: The Boundary Between* 579 (2005) *Private Contract Law and the Public Interest*, 11 TEX. WESLEYAN L. REV.

175 ראו למשל Oren Bar-Gill, *The Law, Economics and Psychology of Subprime Mortgage* 1073 (2009) *Contracts*, 94 CORNELL L. REV. וכן עדי אייל "המעגל לעולם חוזר: האם

'הכלכלה החדשה' תדרוש פתרונות ישנים בפקוח על התקשורת הסלולרית?" מחקרי משפט כג 629 (2008).

176 ראו למשל David Adam Friedman, *Bringing Order to Contracts Against Public Policy*, 39 FLA. ST. U. L. REV. (2011), available at ssrn.com/abstract=1908026; Shahar Lifshitz, *Distress Exploitation Contracts in the Shadow of the No Duty to Rescue*, 86 N.C. L. REV. 315 (2008).

177 Danielle Kie Hart, *Contract Formation and the Entrenchment of Power*, 41 LOY. U. CHI. L.J. 175 (2009), available at ssrn.com/abstract=1509608; Daniel D. Barnhizer, *Bargaining Power in Contract Theory*, in VISIONS OF CONTRACT THEORY: RATIONALITY, BARGAINING AND INTERPRETATION 85 (Larry A. DiMatteo, Robert A. Prentice, Blake D. Morant & Daniel D. Barnhizer eds., 2007).

החווה כאמת מידה לאכיפתו באופן כללי,¹⁷⁹ או למצער כאשר קרס האיוון המוקדם שאותו ביקשו הצדדים להגשים בעת התקשרותם בחוזה.¹⁸⁰ באופן כללי אנו מסויגים מהרעיון לבסס את דיני החוזים על ערך מוניסטי כל שהוא – יהא זה אוטונומיה, יעילות, הגיונות העסקה או צדק חלוקתי – ומעדיפים על פניהם גישות פלורליסטיות המכירות בריבוי הערכים המנחים את דיני החוזים.¹⁸¹ כהמשך לעמדה פלורליסטית זו אנו סבורים כי דיני החוזים אינם נדרשים ואינם יכולים לקבוע איוון אחיד בין הערכים השונים המנחים אותם, ועל כן יש להמשיך ולפתח את דיני החוזים המיוחדים באופן שיאפשר לקבוע את האיוון הראוי לכל הקשר חוזי באופן ספציפי.¹⁸²

ברם חרף התנגדותנו להצבת כלל דיני החוזים על הערך המוניסטי של האוטונומיה אנו סבורים כי על דיני הפרשנות לתת בכל זאת את הבכורה לערך זה. לטעמנו גם מי שאיננו מעניק לאוטונומיה הרצון של הצדדים משקל מכריע בדיני החוזים המודרניים

178 ראו Anthony T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 472 (1980); Menachem Mautner, *A Justice Perspective of Contract Law: How Contract Law Allocates Entitlements*, 10 TEL AVIV STUDIES IN LAW 239 (1990).

179 ראו למשל James Gordley, *Contract Law in the Aristotelian Tradition*, in THE THEORY OF CONTRACT LAW – NEW ESSAYS 265 (Peter Benson ed., 2001).

180 ראו Melvin A. Eisenberg, *Impossibility, Impracticability, and Frustration*, 1 J. LEGAL ANALYSIS 207 (2009); Robert A. Hillman, *Court Adjustment of Long Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law*, 1987 DUKE L.J. 1. הפתח חווה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החווית (בעקבות ע"א ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית, פ"ד נה(3) 913) משפטים לד 91 (2004); Eyal Zamir, *The Missing Interest: Restoration of the Contractual Equivalence*, 93 VA. L. REV. 59 (2007).

181 על פלורליזם בדיני חוזים ראו R. Kreitner, *On the New Pluralism in Contract Theory* (May 2009) (unpublished manuscript), available at http://law.huji.ac.il/upload/Kreitner_New_Pluralism_Draft.pdf; Meredith R. Miller, *Party Sophistication and Pluralism in Contract Law* (unpublished manuscript); Melvin A. Eisenberg, *The Theory of Contract*, in THE THEORY OF CONTRACTS – NEW ESSAYS 206 (Peter Benson ed., 2001); Leon Trakman, *Pluralism in Contract Law*, 58 BUFF. L. REV. 1031 (2010), available at ssrn.com/abstract=1455386; Nathan Oman, *Unity and Pluralism in Contract Law: Contract Theory*, 10 MICH. L. REV. 1483 (2005). ראו גם מנחם מאוטנר "פרסאוס ושלוש הנשים הזקנות של דיני החוזים בעקבות ספרו של רועי קרייטנר: Calculating Promises" עיוני משפט לא 489 (2009).

182 על המעבר מתורה אחת של דיני חוזים לתורות רבות של דיני חוזים ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 36 (1991). על חשיבות ההקשריות בדיני החוזים ראו גם לאחרונה מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט לד 527 (2011). עוד ראו את פסק דינו של השופט דרורי ברמ"ש (מחזוי י-ם) 4044/10 פלוגית נ' פלוגי (פורסם בנבו, 18.10.2010) (להלן: עניין פלוגית נ' פלוגי) בפרק טז, העוסק בייחודיות הפרשנות בנוגע להסכמי גירושין.

יודה כי לפחות באותם תחומים שבהם קיים חופש חוזים והמחוקק נמנע מהסדרה כופה של התחום, ערך האוטונומיה והגשמת רצונם המשותף של הצדדים הוא אחד הערכים המרכזיים שעליהם דיני החוזים מבוססים, ערך שיש לאזן אותו עם הערכים האחרים המנחים כיום את דיני החוזים. משום כך מבין מגוון הכלים והדוקטרינות הקיימים כיום בדיני החוזים נדרש כלי אחד שייוחד לאיתור רצונם של הצדדים והגשמת האוטונומיה שלהם באופן טהור. גישות פרשניות המחויבות לאוטונומיה של הצדדים, שואפות להביא באמצעות הפרשנות את קולם המשותף של הצדדים לבית המשפט. עם זאת, הגישות הללו אינן שוללות מדיני החוזים את האפשרות לאזן את רצונם של הצדדים עם ערכים נוספים המשתקפים בדוקטרינות חוזיות אחרות והמקנות לבית המשפט סמכות להתערב או לצמצם את האוטונומיה של הצדדים.

משום כך גישות פרשניות הממוקדות באוטונומיה של הצדדים מאפשרות לבית המשפט או לעושי המשפט באופן כללי לקבוע באופן מושכל את המשקל הראוי שיש להעניק לאוטונומיה של הצדדים לחוזה במקרה הקונקרטי. לעומת זאת גישת הפרשן כיוצר אשר מחדירה בכוונת מכוון כבר בשלב הפרשנות את הערכים החברתיים, פוגמת למעשה בכלי היחיד שמטרתו להעביר באופן מזוקק את רצון הצדדים. בכך מטשטשת הגישה את ההבחנה שבין פרשנות להתערבות, והיא מונעת מבית המשפט או מן המחוקק לקבוע באופן מושכל באילו מקרים ברצונו לכבד את רצון הצדדים, ובאילו מקרים רצונו להתערב בהם.¹⁸³

את הסתייגותנו מהחלת ערכים והנחות נורמטיביות בדרך של פרשנות נבקש לסייג בשלוש הערות:

ראשית, גם מי שמתנגד להצבת גישת הפרשן כיוצר כאידאל הפרשני מודה שבמקרים רבים השפעת ההיבטים היצירתיים של הפרשנות היא בלתי נמנעת, שכן בסופו של דבר כל פרשנות מכילה מיוזג אופקים בין עולמו של הפרשן לבין הטקסט החוזי.¹⁸⁴ לכן גם בתחום החוזים, בניגוד לשאיפה של הגרסה ה"ליברלית" של תורת חוזה היחס המבקשת לשחזר את רצונות הצדדים ללא כל הנחה מוקדמת, בסופו של דבר שום פרשנות איננה יכולה להתקיים ללא הנחות מוקדמות על טבעם של הצדדים כיעילים, הגונים, אגואיסטים או נדיבים. ההחלטה מהן ההנחות המוקדמות הללו מחייבת הכרעה ערכית נורמטיבית. בהתחשב בכך, לגיטימי מצד שיטת משפט להחיל את גישת הפרשן כיוצר

183 ראו הדיון להלן בחלק השלישי, ס' 3, שם גם התמודדנו עם עמדתו החולקת של איל זמיר בנושא. לדיון בהתערבות שיפוטית באמצעות כללי פרשנות בהשוואה להתערבות חקיקתית ומנהלית ראו גם שחר ולר "על התערבות בתוכנם של חוזי ביטוח באמצעות 'פרשנות'" עלי משפט ג 247, 273–276 (2003).

184 ראו לעיל חלק ראשון, ס' 3.

ולקבוע הנחות מוקדמות שיקדמו ערכים שאותם מבקשת השיטה להנחיל.¹⁸⁵ לשיטתנו, אין חובה שערכים אלה יהיו אחידים לכלל סוגי החוזים, והם עשויים לשקף ולעצב מגוון רחב ופלורליסטי של סוגי התקשרויות חוזיות.¹⁸⁶ תומכי גישת הפרשן כיוצר מבקשים לראות בהחלת ערכי היסוד של השיטה את התחנה האחרונה והמכרעת בפרשנות חוזים, גם כאשר ערכים אלו אינם משקפים את ההבנה המשותפת של הצדדים במקרה נתון. לעומת זאת לדעתנו גישת הפרשן כיוצר יכולה לשמש בררת מחדל שהיא תחנה ראשונה בלבד לבחינת כוונת הצדדים, ויש להקפיד שבמקרה נתון, שבו יתברר מהטקסט החוזי ו/או מהנסיבות כי כוונת הצדדים שונה, למשל במקרים שבהם תפיסת הצדק החוזי של הצדדים שונה מתפיסת הצדק החוזי על ידי בית המשפט, יש להסיג את בררת המחדל החיצונית מפני המציאות החוזית המתגלה.

שנית, התאוריה של חוזה היחס התבססה על מחקרים אמפיריים שלפיהם במקרים רבים הצדדים חולקים למעשה ערכים קהילתיים של יושר, הגינות והתחשבות הדדית.¹⁸⁷ במקרים מסוג זה הנכונות לפרש את החוזה לאור הערכים הללו אינה מנוגדת לערך האוטונומיה, ומשום כך אנו תומכים בה.

לבסוף ברצוננו להתייחס ליישומם של דיני הפרשנות כאשר קיימים פערי כוחות בולטים בין הצדדים לחוזה. לדעתנו יש להבחין בין שתי השפעות שונות של פערי כוחות בין צדדים לחוזה: בסוג אחד של מקרים פערי הכוחות לא השפיעו על האופן שבו הבין הצד החלש את החוזה. היינו, הצד החלש מבין כי מדובר בעסקה בעייתית מבחינתו, אך

185 ראו Macaulay, *Non-Contractual*, לעיל ה"ש 121. ראו גם Russell Korobkin, *The Status Quo*, 83 CORNELL L. REV. 608 (1998). *Bias and Contract Default Rules*, ראו גם בהקשר אחר Hanoch Dagan, *The Limited Autonomy of Private Law*, 56 AM. J. COMP. L. 809 (2008) (המדגיש כי המשפט הפרטי לא יכול ולא צריך לאמץ עמדה פילוסופית ניטרלית וכי עליו לקדם ערכים). כן ראו: Hanoch Dagan, *Pluralism and Perfectionism in Private Law*, 112 COLUM. L. REV. (forthcoming 2012), available at <http://ssrn.com/abstract=1868198>.

186 על פלורליזם בדיני החוזים ראו לעיל ה"ש 181. שימו לב כי מחקרנו תומך בהקשריות ובפלורליזם בתחום הפרשנות בדיני החוזים בשני הקשרים, האחד מצומצם והשני רחב יותר. ראשית, לשיטתנו, גם כאשר פרשנות חוזים מונעת על ידי הערך המונוליתי של הגשמת האוטונומיה של הצדדים, השאלה אם הצדדים ביקשו ליתן תוקף משפטי לכלל ההסכמות שלהם או רק לחוזה הפורמלי משתנה בין סוגים שונים של מתקשרים ובין סוגים שונים של חוזים (ראו על כך לעיל חלק שני, ס' 3(א)). החלק הנוכחי נוגע בהיבט נוסף ולדעתנו עמוק יותר של דיני הפרשנות, ולפיו על בררות המחדל הערכיות של הפרשן, שלפי תורת ההרמנויטיקה הן בלתי נמנעות, לשקף מגוון ערכים המותאם בין סוגים שונים של חוזים. להשלמת התמונה נציין כי היבט פלורליסטי שלישי של דיני חוזים ראויים עוסק באיזון בין האוטונומיה של הצדדים לבין מגוון ערכים נוספים שאמורים להנחות את דיני החוזים ושולעתים אמורים להוליך למסקנה כי יש מקום להתערבות בתוכן ההסכמה שנקבעה על ידי הצדדים. עם זאת כפי שטענו בחלק זה, לדעתנו יש לערוך איזון זה במסגרת דיני החוזים אך מחוץ לדיני הפרשנות.

187 ראו המחקרים הנזכרים לעיל ה"ש 121.

בשל פערי הכוחות הוא נאלץ בכל זאת להסכים לה. במקרים הללו, שבהם החוזה משקף נכונה את ההסכמה שאליה הגיעו הצדדים בגלל פערי הכוחות שביניהם, איננו חושבים כי יש מקום להתערבות בחוזה בדרך של פרשנות, ואנו ממליצים על שימוש מתאים בדוקטרינות חוזיות ייעודיות כגון עושק, כפייה כלכלית, קיפוח בחוזה אחיד והוראות קוגנטיות רבות בדיני החוזים המיוחדים. לעומת זאת קיימים מקרים אחרים שבהם פערי הכוחות שבין הצדדים מוליכים לפער בין החוזה הכתוב לבין ההבנה המשותפת של הצדדים. זהו למשל המצב כאשר צד מנוסה, מתוחכם או מיוצג טוב יותר מנסח את החוזה הפורמלי ניסוח שונה מן ההבנה המשותפת של הצדדים, או למצער מהבנתו של הצד החלש שהצד החזק היה מודע לה או לפחות היה יכול להיות מודע לה. זהו גם המצב במקרים שבהם הטיות קוגנטיביות שיטתיות מונעות מהצד החלש להבין את המשמעות המשפטית ו/או הכלכלית של החוזה. במקרים כאלו יש לבחון את הסוגיה בפריזמה של פרשנות החוזה וליישם כללי פרשנות שיפעלו לרעת המנסח וייתיישבו עם ציפיותיו הממשיות של הצד החלש.¹⁸⁸ ודוק, הפרשנות המיטיבה עם הצד החלש מוצדקת לפי הערך של כיבוד האוטונומיה של הצדדים, מאחר שכאשר הצד החזק יודע – או יכול לדעת – כיצד מבין הצד החלש את החוזה, הרי שזוהי הפרשנות המשקפת למעשה את אומד דעת שני הצדדים לחוזה.

4. סיכום והמלצות

שילוב התאוריות החוזיות המודרניות עם הרשת ההרמנויטית שנפרסה בפרק הקודם מעלה את המסקנות האלה:

188 לדיון ברציונלים לכללים הללו ולתחולתם במדינות שונות ובישראל ראו שוורץ ושלניגר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 312–335. ראו גם להלן, חלק שלישי, ס' 3. השו' Omri Ben Shahr, *A Bargaining Power Theory of Default Rules*, 109 COLOM. L. REV. 396 (2009), המציע מנגנון להשלמת חוזה חסר על פי שיקוף הכוח היחסי של הצדדים. חשוב לשים לב כי קיימים שני הבדלים בולטים בין גישתנו לזו של בן שחר: ראשית, בן שחר סבור כי על כללי ההשלמה לחקות את תוצאות המשא ומתן ההיפותטי שבין הצדדים גם כאשר התוצאות הללו נובעות מפערי מידע בין הצדדים. לעומת זאת גישתנו הפרשנית סבורה כי פרשנות חוזה במקרה של פערי כוחות עשויה להביא בחשבון את ההבנה המשותפת של הצדדים את החוזה בעקבות הפערים הללו רק במקרים שבהם פערי הכוחות אמנם משפיעים על העיצוב המשפטי של החוזה אך לא על ההבנה של הצדדים את תכניו. בניגוד לכך במקרים שבהם בגלל פערי הכוחות הניסוח של החוזה אינו משקף את ההבנה של הצד החלש הידועה לצד החזק, אסור לדיני הפרשנות לאמץ תוצאה זו של פערי הכוחות. נוסף על כך, בן שחר סבור כי התוכן הנורמטיבי של החוזה כמכלול ולא רק פרשנות החוזה צריכים להיות מונעים באופן בלעדי על ידי חיקוי ההסכם המשווער בין הצדדים. בניגוד לכך, לטעמנו, בתום השלב הפרשני שבו יש לחקות את ההבנה המשווערת של הצדדים חייב לבוא גם שלב נוסף המונע מערכים נורמטיביים נוספים, כגון של צדק חלוקתי, ושבעקבותיו תוכן החוזה לא יחקה בהכרח את תוצאות המשא והמתן כפי שהיו נקבעות לפי פערי הכוחות שבין הצדדים.

1. בשיח המשפטי הקיים מתרחש מאבק בין נאו־פורמליסטים, אשר בדומה לגישה הקלסית לדיני החוזים תומכים בגישת היצירה הלשונית, לבין גישת חוזה היחס, אשר מספקת בסיס אינטלקטואלי למגמות מודרניות בדיני החוזים המשלבות את גישת היוצר התכליתית עם גישת הפרשן כיוצר.
2. אף על פי שהגישה הנאו־פורמליסטית עשתה מאמץ מרשים להסביר מדוע דווקא גישת היצירה מגשימה את האוטונומיה של הצדדים, ככלל דחינו את טיעוני הנאו־פורמליסטים בעד גישת היצירה, ועל כן דבקנו בגישת היוצר כברת המחדל הפרשנית. עם זאת לגישתנו, במקרים שבהם הצדדים הסכימו להשתית את הפרשנות על גישת היצירה והגבילו את האפשרות להביא לעיון בית המשפט ראיות החורגות מן הטקסט, על בית המשפט לכבד הסכמים כאלה ולמנוע את קבילותן של ראיות כאמור.
3. נוסף על כך הצענו מודל תלוי הקשר שלפיו המשקל היחסי של אומד הדעת העולה מן היצירה לעומת אומד הדעת הלב־טקסטואלי ייקבע לפי מאפייני החוזה וטיב היחסים. לשיטתנו, ככל שהחוזה מפורט ומתוכנן יותר, יש להעלות את המשקל היחסי של רכיב היצירה ולהפך. לעומת זאת ככל שמדובר בצדדים המקיימים מערכת יחסים עשירה יותר, כך יש להגדיל את משקלן של הנסיבות הלב־חוזיות. בדומה לכך הראינו שבמקרים שבהם החוזה נערך בין ארגונים שבהם קיימת הפרדה מערכתית בין המנסחים למבצעים, ובמיוחד במקרים של הסכמים שבמסגרתם גוף גדול מתקשר בנוסח זהה עם כמה גופים, יש להגדיל את משקל היצירה על חשבון משקל הנסיבות.
4. בניגוד לקואליציה הקונונציונלית בין גישת היוצר לגישה התכליתית מחקר זה תומך בגישת היוצר הלשונית. על פי גישה זו, אף על פי שפרשנות חוזים אינה מוגבלת ליצירה החוזית ואף על פי שהן פרשנות על פי גישת היצירה והן ההתחקות על אומד דעת הצדדים הלב־טקסטואלית מערבות מתודה של פרשנות תכליתית, המילים מגבילות את הפרשנות. לכן אין לתקן את הטקסט ולהעניק ללשון החוזה מובן שונה מזה שייחסו לה הצדדים המתקשרים. הסברנו מדוע שיקולי האוטונומיה, אשר הוליכו אותנו להעדיף את גישת היוצר על פני גישת היצירה, תומכים בה בעת בהגבלת הפרשנות התכליתית לפי גישת היוצר הלשונית.
5. חרף תמיכתנו בגישת היוצר הלשונית הבהרנו כי בגבולות הלשון אנו תומכים בשימוש בפרשנות המשמעות הן כאשר מדובר במשמעות העולה מן הטקסט החוזי והן כאשר מדובר במשמעות העולה מן הנסיבות. בניגוד לכך הסתייגנו משימוש בגישת הפרשן כיוצר המבקשת לפרש את החוזה לאור תכליות המבוססות על תפיסה ערכית של בית המשפט ואשר אינן מעוגנות לא בטקסט החוזי ולא בכוונת הצדדים. הסברנו כי גם מי שסבור כמונו שעל דיני החוזים לשקף מגוון רחב ופלורליסטי של ערכים חייב לשמר כלי אחד שנועד להביא את קולם של הצדדים. לטעמנו באותם מקרים שבהם ראוי להתערב בחופש החוזים של הצדדים יש לעשות זאת במישורין באמצעות דוקטרינות משפטיות המונעות על ידי אינטרסים וערכים המצדיקים פגיעה בחופש החוזים, אך אין

לטשטש את ההתערבות כפרשנות כפי שנעשה על ידי מי שמאמצים את גישת הפרשן כיוצר.

6. למרות הסתייגותנו מגישת הפרשן כיוצר בתחום דיני החוזים הצבענו על שלושה סוגים של מקרים שבהם נכון לערב שיקולים ערכיים כבר בשלב הפרשנות: ראשית עמדנו על כך שקביעת ברורות המחדל הפרשניות על אודות יחסי הצדדים ותכלית החוזה היא בלתי נמנעת, ושבמישור הנורמטיבי היא עשויה לשקף העדפות ערכיות של החברה, וכי על מעצבי דיני החוזים לגבש בהקשר זה גישה פלורליסטית המעצבת ברורות מחדל ערכיות שונות לסוגים שונים של מערכות יחסים. שנית, עמדנו על כך שגם על פי גישת היוצר אפשר לשלב במהלך הפרשני ערכים חברתיים שהצדדים חולקים אותם. לבסוף הבחנו בין שתי השפעות שונות של פערי כוחות בין הצדדים על דיני החוזים. במצבים שבהם יחסי הכוחות שבין הצדדים מובילים לפער בין הבנתו של הצד החלש להסכם, שהצד החזק מודע לה, לבין השפה החוזית הפורמלית יש להפעיל דוקטרינות פרשניות שנועדו לצמצם פער זה. התחשבות כזו בפערי הכוחות אינה מנוגדת לערך האוטונומיה, והיא מסייעת להביא את קולם האמתי של הצדדים, או למצער את ציפיותיהם, באשר לעסקה שהתקשרו בה בפני בית המשפט. לעומת זאת במצבים שבהם פערי הכוחות קובעים את תוצאת ההסכם אך לא את ההבנה של הצדדים את תכניו, אין להפעיל באופן מלאכותי דוקטרינות פרשניות, ואת התוצאות החלוקתיות של ההסכם יש למתן באמצעים לבר-פרשניים.

חלק שלישי: פרשנות חוזים במשפט הישראלי

מצוידיים בשפה הפרשנית שנרכשה בפרק הראשון ובמערך הנורמטיבי שפותח בפרק השני, נפנה כעת לפרק השלישי של המחקר, שבו נבקש מבעד לבוקה ומבולקה המאפיינות את השיח הישראלי בנושא פרשנות חוזים, להבין את הגישות הפרשניות הקיימות כיום במשפט הישראלי ולהעריכן.

1. היצירה מול היוצר

(א) גישת שני השלבים והעדפתה של היצירה על פני היוצר עם חקיקת חוק החוזים¹⁸⁹ הוסדר העימות שבין גישת היוצר לבין גישת היצירה על ידי גישה פרשנית שכונתה "תורת שני השלבים". על פי גישה זו, פרשנות חוזים מחולקת לשני שלבים: בשלב הראשון על השופט הפרשן לבחון את החוזה עצמו. אם אפשר לבסס הבנה חד-משמעית של החוזה מתוכו, הרי שיש להסתפק בכך, ואין להתחשב

189 לעיל ה"ש 2. על תיקון חוק החוזים שנעשה לאחרונה ראו בהרחבה להלן, האפילוג למאמר זה.

בנסיבות הכריתה ובמקורות חוץ-טקסטואליים לשם הבנת החוזה. רק כאשר אי אפשר לדלות מתוך הטקסט הבנה חד-משמעית של החוזה, דהיינו כאשר קיימת יותר מאפשרות סבירה אחת להבנת החוזה, רשאי השופט הפרשן להיעזר בנסיבות הכריתה ובמקורות חוץ-טקסטואליים להבנת אומד דעת הצדדים.¹⁹⁰ אף כי תורת שני השלבים נותנת מקום הן ליצירה והן ליוצר ברור כי אין מדובר במקומות השווים זה לזה, וכי מוענק מקום של בכורה ליצירה, או בלשון החוק – לאומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה.

פסק הדין בעניין חירם לנדאו¹⁹¹ עשוי להמחיש את אופן יישומה של תורת שני השלבים. במקרה זה מן החוזה עצמו עלתה בבירור פרשנות מסוימת, ולאור ההנחיה להסתפק במקרים כאלו בשלב הפרשני הראשון העדיף בית המשפט את אומד הדעת העולה מן היצירה אף על פי שההיחשפות לנסיבות המקרה הראתה במובהק שהצדדים התכוונו להבנה אחרת של החוזה.

אלא שעל אף הכרעת בית המשפט בעניין חירם לנדאו כאמור ועל אף ההצהרות בפסיקה בנוגע לפרשנות חוזים על פי תורת שני השלבים, דומה כי המציאות בשטח הייתה שונה.¹⁹² במשפט הישראלי גם בתקופה שבה נהגה תורת שני השלבים, לא גובתה תורה זו במשטר פרוצדורלי קשוח שמנע מהצדדים בשלב הראשון לטעון ולהביא ראיות החורגות מגבולות הטקסט, וזאת כל עוד לא קבע בית המשפט שהחוזה איננו ברור

190 ראו דברי השופט בייסקי בע"א 170/85 האחים זקן חברה קבלנית בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מג(2) 635, 638 (1989): "בבואנו לפרש הסכם או להתחקות אחר כוונת המתקשרים ואומד דעתם מצוים אנו, לפי סעיף 25(א) לחוק החוזים בראש ובראשונה לפרשו לפי הכתוב, כלשון הסעיף: 'כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות'. ברורה היא התניה הרלוואנטית, כי אז ודאי שאין מקום להיזקק לנסיבות חיצוניות, ועל בית המשפט להכריע בפירוש המלים כמובנן בעיניו, לאו דווקא על-פי העובדות המוצגות על-ידי בעלי הדין, בין בצוותא בין כל אחד לחוד. ההפניה אל הנסיבות היא חלופה, העולה רק כאשר אין מובן ברור לנוסח הכתוב". ראו גם דברי השופט בייסקי בע"א 406/82 נחמני נ' גילאור, פ"ד מא(1) 494, 499 (1987). ראו גם דברי השופט מצא (דעת המיעוט) בפסק הדין אפרופים, לעיל ה"ש 1, פס' 12: "והלכה מיוסדת היטב היא, כי חוזה שלשוננו ברורה במידה שאינה מותירה מקום לספק בדבר כוונתו, יש לאמוד את דעת הצדדים מתוכו, ואין להיזקק לשם כך לנסיבות כריתתו".

191 ע"א 450/82 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מ(1) 658 (1986) (להלן: עניין חירם לנדאו).

192 בפני בית המשפט העליון בעניין חירם לנדאו, שם, ניצבה מגבלה כבדה שהקשתה עליו לפרש פירוש שונה את החוזה שהובא בפניו, שכן לשון החוזה שנדון שם הייתה זהה לחלוטין לחוזה שכבר נדון בפסיקה קודמת. גם אם פורמלית אין מדובר בהשתק פלוגתא, ברור שלא בנקל יסתור בית המשפט העליון את קביעתו בפסק דין מוקדם שלפיה לשון החוזה היא ברורה. לפיכך אי אפשר היה באותו מקרה לפתוח מחדש את ההכרעה באשר לפירוש החוזה מתוכו.

מתוכו.¹⁹³ לכן בסכסוך חוזי טיפוסי השופט נחשף עוד לפני שכתב את פסק דינו הן לטקסט החוזי והן לנסיבות הכריתה ולמידע חוץ-טקסטואלי. תחושתנו היא שהחשיפה לראיות המלמדות על כוונת הצדדים הממשיים השפיעה בסופו של דבר גם על הדרך שבה פירשו השופטים את החוזה מתוכו. לפיכך בדרך כלל במקרים מהסוג של חירם לנדאו שבהם מתקיים לכאורה עימות בין העולה מן החוזה לבין הכוונה הממשית של הצדדים, ההיחשפות המוקדמת לכוונת הצדדים הממשיים הולכה את השופטים לגלות ספקות, או לפחות עמימות מסוימת, בטקסט החוזי, אשר אפשרה גם על פי תורת שני השלבים להסתמך על הראיות החיצוניות.¹⁹⁴

(ב) מהפך: הלכת אפרופים ועליונותה של גישת היוצר

בשנת 1995 חל המפנה, וההגמוניה של תורת שני השלבים ברטוריקה השיפוטית נופצה על ידי המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בפסק הדין המפורסם בעניין אפרופים.¹⁹⁵ החלק בפסק הדין העוסק בתורת שני השלבים בנוי במתכונת אקדמית,¹⁹⁶ כמעט ללא התייחסות לנסיבות הספציפיות של החוזה ושל המקרה. ברק מניח כמעט כמובן מאליו שמטרת הפרשנות בתחום דיני החוזים היא התחקות על אומד דעתם של כותבי החוזה (בלשונונו

193 על משטר ראייתי כזה המאפיין את הגישה החוזית הקלסית ראו לעיל חלק שני, ס' 1(א). השוו לדבריו של המשנה לנשיא חשין בדנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 8, פס' 22: "יש להבחין, אפוא, הבחן היטב בין העוצמה הטמונה בלשון החוזה שבכתב לבין העוצמה – עוצמה פחותה – הטמונה בראיות-חוץ שנועדו לפרש את החוזה שבכתב. הבחנה זו תבוא לידי ביטוי הן בקבלתן של אותן ראיות-חוץ הן בהערכת עוצמתן – ביחס ללשון החוזה הכתוב – לעת סיומו של ההליך". בניגוד לדבריו של השופט חשין, גם בתקופה שבה שלטה תורת שני השלבים לא הוכרה כל פרוצדורה דיונית במשפט הישראלי שבחנה את החוזה מתוכו בראשית ההליך ומנעה קבילות ראיות אם בחינת החוזה בטרם התקבלו הראיות העלתה שלשונן ברורה.

194 ראו למשל ע"א 224/76 חברת נופש ערד נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פ"ד לא(1) 453, 449 (1976) (שם לאחר עיון במידע חוץ-טקסטואלי קבע השופט עציוני כי "השופט המלומד בבית-משפט קמא ביסס את מסקנתו שהסכום הקבוע בסעיף 22 אינו צמוד בכך ש'החוזה' – כך אמר – 'ברור הוא ולכן אין מקום להיזקק לפירושים. הגדרות והבהרות: על בית-המשפט לתת תוקף לכוונתם המוצהרת של שני הצדדים'. עם כל הכבוד איני יכול להסכים למסקנה זו. נראה לי כי לכאורה קיימת אי-בהירות מסוימת בחוזה הדורשת פרשנות ראויה, וכי בסופו של דבר 'כוונתם המוצהרת של הצדדים' דווקא תומכת במסקנה ההפוכה מזו שהגיע אליה השופט המלומד"). ראו גם דברי המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) בפסק דין אפרופים, לעיל ה"ש 1, פס' 5: "הבטחון והודאות של שיטת שני השלבים הם מדוימים. ההכרעה אם לשון החוזה היא ברורה אם לא אינה נעשית על-פי כללים משפטיים, אלא על-פי תחושה, המביאה מטבע הדברים לחוסר ביטחון. מה שנתפס על-ידי שופט אחד כלשון ברורה נתפס על-ידי אחר כלשון עמומה".

195 לעיל ה"ש 1.

196 ראו זמיר "השופט ברק ודיני החוזים", לעיל ה"ש 4 (דיון ביחס שבין כתיבה שיפוטית לבין כתיבה אקדמית על רקע כתיבתו של השופט ברק).

גישת היוצר).¹⁹⁷ בניגוד לכך, הוא טוען בצדק כי תורת שני השלבים מייצרת טכניקה פרשנית המעדיפה בסופו של דבר במקרים רבים את היצירה על פני היוצרים. לדעת ברק, אין היגיון בקביעת טכניקה משפטית שעלולה להכשיל את השופט במימוש מטרות האמתיות.¹⁹⁸ לכן קובע ברק את הקביעות האלה, הידועות כהלכת אפרופים: (1) מטרת הפרשנות היא התחקות על אומד דעתם המשותפת של היוצרים האמתיים של החוזים; (2) לצורך איתור הכוונה המשותפת רלוונטיים הן הטקסט החוזי והן נסיבות לבר-טקסטואליות; (3) מבוטלת תורת שני השלבים. השופט הפרשן נחשף בו זמנית הן לטקסט החוזי והן לנסיבות, ומכולם יחדיו הוא מחליץ את אומד דעת הצדדים.¹⁹⁹ ביטולה של תורת שני השלבים והמרתה בתורה הפרשנית המגובשת בהלכת אפרופים נתפסו בקהילה המשפטית בישראל כמהפכניות ודרמטיות.²⁰⁰ על רקע זה ראוי לציין כי קריאה מעמיקה של פסק הדין ונסיבותיו תגלה כי מתעורר ספק רב אם החלק בפסק הדין שעסק בתורת שני השלבים אכן נדרש לצורך ההכרעה במקרה הספציפי, או שמדובר בתוספת אקדמית, שכלל לא ברור אם מבחינה משפטית פורמלית אפשר לראות בה את הרציו של פסק הדין. ראשית, הצדדים במקרה זה ביקשו מבית המשפט לפרש את החוזה מתוכו וללא הסתייגות במקורות חיצוניים לטקסט, ולכן אין זה המקרה המתאים להדגשת חשיבותם של מקורות חוץ-טקסטואליים במלאכת הפרשנות.²⁰¹ שנית, על אף התייחסותו המפורטת של השופט ברק לצורך בביטולה של תורת שני השלבים, בהכרעתו

197 ראו פס' 5 לפסק דינו (תחת הכותרת: "תורת שני השלבים אינה לוקחת ברצינות את אומד דעת הצדדים").

198 טיעוניו המהותיים של ברק מחולקים על פי הכותרות האלה: קו הגבול שבין השלבים (החוזה ונסיבות עריכתו) מטושטש (פס' 4), תורת שני השלבים איננה לוקחת ברצינות את אומד דעת הצדדים (פס' 5), היא איננה משתלבת יפה עם מכלול דיני החוזים (פס' 6–9), היא איננה מתיישבת עם עיקרון תום הלב (פס' 10), היא איננה מתיישבת עם עדיפות הכוונה על הלשון (פס' 11), והיא מבוססת על תפיסה פרשנית שעבר זמנה (פס' 12–14).

199 ראו פס' 17 לפסק דינו של המשנה הנשיא (כתוארו אז) ברק: "סיכומו של דבר: חוזה מתפרש על פי אומד דעתם של הצדדים. אומד דעת זה הם המטרות, היעדים, האינטרסים, התכנית אשר הצדדים ביקשו במשותף להגשים. על אומד הדעת למד הפרשן מלשון החוזה ומהנסיבות החיצוניות לו. שני מקורות אלה 'קבילים' הם. בעזרתם מגבש הפרשן את אומד דעתם המשותף של הצדדים. המעבר מהמקור הפנימי (לשון החוזה) למקור החיצוני (הנסיבות החיצוניות) אינו מותנה במילוי תנאים מוקדמים כל שהם. לא נדרשת כל בחינה מוקדמת, אם לשון החוזה היא ברורה אם לא. שאלה זו תתברר רק בסיומו של ההליך הפרשני". נציין כי על פי ברק עיון בהוראת ס' 25(א) לחוק החוזים בנוסחו אז, מלמד כי הסעיף איננו עוסק בקבילותו של מידע, וכי מבחינה נורמטיבית רצוי מעבר מכללי "קבילה" לכללי "משקל". ברם, מעבר לכללי "משקל" מקשה על היכולת לבקר את פעולתם של בתי המשפט.

200 ראו גבריאלה שלו "ניצחון רוח הדברים על האות הכתובה" בית-המשפט, חמישים שנות שפיטה בישראל 204 (דוד חשין יו"ר המערכת, 1999).

201 ראו בפסק דין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 279.

בוויכוח הקונקרטי שנתגלע בפסק הדין לגופו של עניין לא נזקק השופט ברק לנסיבות חיצוניות לטקסט החוזי, וכפי שנפרט להלן, בפועל פסיקתו העיקרית נעשתה על בסיס הגיונו הפנימי של החוזה וראייתו כמכלול.²⁰² מעל לכול, בשונה מעמדתו של השופט ברק, שני השופטים האחרים בפסק הדין (מצא ודב לוין) סברו כי ככלל דווקא גישת שני השלבים היא הנכונה, וכי יש לפנות אל נסיבות הכריתה ולמקורות חוץ-טקסטואליים רק כאשר אי אפשר לפרש את החוזה פירוש חד-משמעי מתוך הטקסט החוזי בלבד.²⁰³ חרף האמור, פסק הדין בעניין אפרופים נתפס כמקור מוחלט לביטולה של תורת שני השלבים בפרשנות חוזים בישראל ולכינונה של הגישה החדשה שבמרכזה כאמור אומד דעתם של היוצרים הממשיים.

(ג) כישלונה של מהפכת הנגד

על הלכת אפרופים נמתחה ביקורת לא פשוטה בשנים שלאחר נתינתה.²⁰⁴ נטען כי היא פוגעת בוודאות החוזית וביכולת התכנון של הצדדים הן בשלב ניסוח החוזה והן בשלב שבו הם פועלים לאורו.²⁰⁵ היו גם שראו בה כחותרת תחת מרכזיותו של עקרון חופש החוזים במשפט הישראלי.²⁰⁶ על רקע הביקורת העמיד בית המשפט העליון את ביטול תורת שני השלבים לבחינה נוספת בפרשת ארגון מגדלי ירקות.²⁰⁷ אף על פי שלפחות חלק מן השופטים בערעור האזרחי ובדיון הנוסף שם הסתייגו מכמה היבטים של הלכת אפרופים והשלכותיה,²⁰⁸ הרי שדעת הרוב בערעור האזרחי וכל תשעת שופטי בית המשפט העליון שישבו בדיון הנוסף בפרשה זו דגלו בפרשנות לפי גישת היוצר ואישורו כי הפנייה לנסיבות הכריתה ולמקורות חוץ-טקסטואליים תיעשה ללא תנאים

202 השופט ברק אמנם מתייחס גם לפרשנות על פי עקרון תום הלב, אך לדבריו (בפס' 41 לפסק דינו): "קונסטרוקציה זו היא מבחינתי חלופית בלבד".

203 ראו דבריו של השופט דב לוין, פס' 7 לפסק דינו: "מקובלים עליי דבריו של חברי, השופט מצא, לפיהם על-פי סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), יש לאמור את דעת הצדדים מתוך החוזה, ורק מקום שאין היא משתמעת מתוך החוזה, יש להיזקק לנסיבות כריתתו".

204 ראו המקורות לעיל, בה"ש 4–7.

205 ראו למשל שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 661–662, המציינת כי בעת כריתת החוזה הלכת אפרופים מונעת תמריץ לניסוח ברור ומדויק של כוונת הצדדים, ובעת ההתדיינות המשפטית מונעת הלכה זו את היכולת לצפות מראש את תוצאות ההתדיינות. מלבד זאת היא מגדילה בהרבה את הוצאת ההתדיינות המשפטית.

206 ראו למשל שלו דיני חוזים, לעיל ה"ש 4, בעמ' 418–421; שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 659–664.

207 ראו ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481 (2005) (להלן: עניין ארגון מגדלי ירקות), וכן דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 8.

208 ראו להלן חלק שלישי, ס' 2–3.

מוקדמים²⁰⁹ אף אם אפשר לבסס הבנה ברורה מתוך עיון בטקסט החוזי כשלעצמו.²¹⁰ לפיכך הביקורת שנשמעה לאורך השנים על קביעת בית המשפט בפרשת אפרופים לא השפיעה בהיבט זה על פסיקת בית המשפט העליון בעניין ארגון מגדלי ירקות, וגישת היוצר התבססה בה גישת הפרשנות השלטת בפרשנות חוזים בישראל.²¹¹ בשנים האחרונות בכל זאת חדרה הביקורת על פרשת אפרופים את שערי בית המשפט העליון, ובכמה פסקי דין השמיע השופט יורם דנציגר הסתייגות מהלכת אפרופים וגרס ברוח תורת שני השלבים (אם כי לא בזהות לה) כי כאשר הטקסט החוזי הוא ברור יש ליתן לו משקל מכריע.²¹² ברם עמדה זו איננה העמדה השלטת בקרב שופטי בית

209 ראו דברי השופט ריבלין (בפס' 11 לפסק דינו בדיון הנוסף: "אי לכך, על בית המשפט לבחון הלוך ושוב את לשון החוזה ואת נסיבותיו החיצוניות, ובכפוף לחזקה הניתנת לסתירה כי תכלית החוזה היא זו העולה מלשונו הרגילה של החוזה, לאחר את אומד דעתם של הצדדים"). בדומה לשופט ריבלין אף השופט חשין, בדעת המיעוט בדיון הנוסף (ואליו הצטרפה בנוגע לתוצאת הסכסוך הקונקרטי השופטת נאור), מתיר פנייה לנסיבות לשם הנהרת אומד דעת הצדדים המגולמת בלשון החוזה, אם כי הוא מתריע בפסק דינו מפני מצבים שבהם הפנייה לנסיבות הכריתה תוביל שלא לצורך למסקנה שלשון החוזה אינה ברורה. בערעור האזרחי השופט מצא המשיך את קו המיעוט שלו בפסק דין אפרופים, לעיל ה"ש 1, ודגל בתורת שני השלבים, אם כי הדבר לא מנע ממנו בפועל לקיים דיון מקיף בנסיבות הכריתה ובמידע שמחוץ לטקסט.

210 על פי השופט ריבלין, שכתב את דעת הרוב בערעור האזרחי ובדיון הנוסף, אף על פי שקריאה תמה של לשון החוזה נוטה לגרסת מגדלי הירקות, ולו נחשף השופט אך ורק ללשון החוזה, נראה שכך היה עליו לפסוק, הרי שהפנייה לנסיבות הכריתה ולמידע שמחוץ לטקסט מבססת הבנה אחרת של לשון החוזה, כזו המתאימה דווקא עם עמדת המדינה. מאחר שעל פי הלכת אפרופים, לעיל ה"ש 1, יש לתור אחר אומד דעתם של הצדדים הממשיים, הרי שיש לפסוק לטובת המדינה.

211 ראו למשל פסק דינו של השופט יצחק עמית בעניין ע"א 8729/07 אירונמטל בע"מ נ' קרן קיימת לישראל (פורסם בנבו, 12.11.2009) (להלן: עניין אירונמטל) (פס' 12 לפסק דינו: "לעולם יפתח הפרשן בלשונו של הטקסט אך בכך לא יסיים את הילוכו, ועל מנת לעמוד על אומד דעת הצדדים, יש לבחון את טיבו של החוזה, תכליתו וכלל הנסיבות הקשורות לחוזה. ומהו אומד הדעת של הצדדים? אלו הם המטרות, האינטרסים והיעדים שביקשו הצדדים במשותף להגשים"). ראו גם דברי השופט דרורי בעניין פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 182, פס' 261–263 לפסק דינו.

212 ראו דבריו בעניין נורקייט, לעיל ה"ש 9: "על אף כללי הפרשנות שנקבעו בהלכת אפרופים ובהלכת ארגון מגדלי ירקות, מן הראוי כי במקום בו לשון ההסכם היא ברורה וחד משמעית, כגון המקרה שבפני, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם". השופט דנציגר חזר על דבריו אלו בעניין בלום, לעיל ה"ש 9. ראו גם עניין פוארסה, לעיל ה"ש 9: "סבור אני כי מקום שבו לשון החוזה ברורה וחד משמעית, חזקה עליה כי היא משקפת את אומד דעת הצדדים ולכן יש להעניק לה משקל מכריע בפרשנותו ולתת לחוזה את המשמעות הפשוטה והברורה העולה מלשונו". במקרים אחרים מציין השופט דנציגר כי פנייתו לנסיבות נעשתה רק מאחר שלשון החוזה אינה ברורה. ראו למשל בע"מ 4870/06 פלונית נ' עזבון המנוח פלוני (פורסם בנבו, 24.3.2008) (להלן: בע"מ 4870/06 פלונית) ("יחד עם זאת, במקרים כמו המקרה שלפנינו, בהם הצדדים לא השכילו להעלות את כוונתם על הכתב באופן מפורש, יש לבחון את נסיבות ההתקשרות ולהיעזר בהן לשם בדיקה של כוונת הצדדים

המשפט העליון, שחלקם אף הביעו בכמה הזדמנויות התנגדות מפורשת למשנתו הפרשנית המוצהרת של השופט דנציגר.²¹³ יתרה מזו, עיון בפסקי הדין של השופט דנציגר עצמו, לרבות פסקי הדין שבהם הסתייג מהלכת אפרופים, מגלה כי בניגוד להנחיותיה של תורת שני השלבים, גם כאשר לגישתו הטקסט החוזי ברור, בכל זאת הוא עורך ניתוח מעמיק של נסיבות הכריתה והוא פונה למקורות חוץ-טקסטואליים,²¹⁴ כגון פנייה לטיטות קודמות או להסכמות קודמות בין הצדדים,²¹⁵ חילופי דברים שלא נכללו בחוזה,²¹⁶ מידע שהוכח שהיה בידי הצדדים לקראת הכריתה,²¹⁷ ניתוח היחסים החוזיים עובר לכריתה²¹⁸ וניתוח התנהגות הצדדים בתקופת חיי החוזה.²¹⁹ העיסוק האינטנסיבי

[...]"; ע"א 8239/06 אברון נ' פלדה (פורסם בנבו, 21.12.2008) ("משעה שכוונת הצדדים אינה משתקפת בכתובים, אין מנוס מבדיקתה של כוונת הצדדים הסובייקטיבית הניצבת בבסיס ההסכם [...]"); עניין טלמור, לעיל ה"ש 17 ("לגישתי, וכך אף עולה מלשון סעיף 25(א) לחוק החוזים, על בית המשפט להביא בחשבון את כלל השיקולים הרלבנטיים כאשר הוא נדרש לשאלת פרשנותו של חוזה, וכל זאת במקום בו החוזה אינו ברור וטעון פרשנות"); ע"א 11039/07 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לבטוח נפגעי רכב בע"מ (פורסם בנבו, 6.7.2011) (להלן: עניין אבנר) ("המקרה דנן הוא דוגמה לחוזה שלשוננו אינה מספקת מענה לשאלה הפרשנית המתעוררת [...] משכך, גם לדידי אין מניעה בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי להחיל את החריג לכלל ולפנות לנסיבות החיצוניות לחוזה לצורך פרשנותה של התניה החוזית").

213 ראו למשל עניין בלמורל, לעיל ה"ש 11 (השופטים ג'ובראן וריבלין); עניין פוארסה, לעיל ה"ש 9 (השופטים ריבלין ונאור).

214 ראו גם זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14. לאחרונה הציג השופט דנציגר את גישתו הפרשנית במאמר שעתיד להתפרסם בספר מצא (ראו דנציגר ומצקין, לעיל ה"ש 16), ולפיה אין מניעה שבמסגרת התהליך הפרשני יבחן השופט את הראיות לעניין נסיבות כריתה החוזה, וזאת גם כאשר לשון החוזה ברורה, אלא שכדי לסתור את לשון החוזה יהיה על הצד הטוען לכך לעמוד בנטל ראיה מוגבר.

215 עניין נורקייט, לעיל ה"ש 9.

216 ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.10.2009) (להלן: עניין אספן); עניין בלמורל, לעיל ה"ש 11.

217 עניין אספן, לעיל ה"ש 216. במקרה זה דובר בנוסח של חוזה שהיה בסיס לכמה התקשרויות בין המדינה לחברות קבלניות. בהתדיינויות מוקדמות בין המדינה לכמה מן החברות הללו כאשר לפרשנות החוזה נקבעה בפסק דין חלוט פרשנות שהיטיבה עם החברות. משביקשו חברות נוספות ליהנות מאותה פרשנות שנקבעה בפסק הדין הזה, סירבה המדינה, והסכסוך הגיע לשני בתי משפט מחוזיים שפסקו שניהם לטובת החברות. כזכור, בעובדות דומות, בעניין חירם לנדאו, לעיל ה"ש 191, שעל פי ניתוחינו שיקפה את תורת שני השלבים בטהרתה, קבע בית המשפט על רקע ההכרעה בפרשה המוקדמת כאשר לפרשנותו של הטקסט החוזי, כי אין מקום לפנות לנסיבות הכריתה. אולם בעניין אספן, דווקא השופט דנציגר, שלפחות על פי דימויו הציבורי דוגל בשינוי הלכת אפרופים לא הסכים להתבסס על פסק הדין המוקדם שעסק באותו החוזה וערך דיון ארוך בנסיבות הכריתה.

218 עניין בלום, לעיל ה"ש 9.

219 עניין נורקייט, לעיל ה"ש 9; עניין בלמורל, לעיל ה"ש 11.

בנסיבות ובמידע הלב-טקסטואלי והרצון להוכיח כי הפרשנות העולה מקריאת הטקסט החוזי תואמת גם את זו העולה מן הנסיבות אינם משתלבים עם גישת היצירה בשני מובנים: ראשית, במובן ההרמנויטי על פי גישת היצירה כוונת הצדדים הממשיים אינה רלוונטית ככל שאינה משוקעת בטקסט החוזי. על כן אין כל טעם בהוכחה כי המשמעות שחולצה מן הטקסט היא זו שלה התכוונו הצדדים. שנית, אחת ההצדקות הכלכליות המרכזיות של גישת היצירה הייתה הרצון לחסוך מן הצדדים את עלויות הבאת הראיות בשלבי ההתדיינות. העיסוק הרב של בית המשפט בראיות החיצוניות גם במקרים שבהם קבע שהטקסט החוזי ברור פוגעת ברציונל כלכלי זה, שכן היא משדרת מסר שלפיו בית המשפט מייחס בכל זאת חשיבות מרכזית לראיות החיצוניות שמהן יוכל להסיק על כוונת הצדדים הממשיים. מסר זה מעודד את עורכי הדין המייצגים את הצדדים להשקיע משאבים בהשגת הראיות הללו, ובכך מסוכלת המטרה של חיסכון בהוצאות ההתדיינות שהיא אחת המטרות המרכזיות העומדות בעיני תומכי גישת היצירה.

לפיכך נראה לנו כי חרף הביקורת שהושמעה על הלכת אפרופים, בסופו של יום ככל שמדובר על יחסי היצירה והיוצר טרם התפתחה במשפט הישראלי חלופה כוללת ומשמעותית להלכת אפרופים ולגישת היוצר.

(ד) סיכום והערכה

לסיכום, בפסק דין אפרופים בוטלה גישת שני השלבים ובוססה גישת היוצר באופן רשמי כגישה הפרשנית המועדפת בפרשנות חוזים בישראל, וזו הגישה השלטת גם כיום. יתרה מזו, למרבה ההפתעה, אף המבקרים של הכרעת בית המשפט העליון באותה פרשה מודים בסופו של דבר כי ביטול תורת שני השלבים הוא נכון, וכי יש לפרש חוזים על פי גישת היוצר. ביקורתם מוצגת אפוא כביקורת לא על "הלכת" אפרופים אלא על "רוח" ההלכה,²²⁰ על הרטוריקה הגורפת שבה השתמשה²²¹ ויישומיה המאוחרים.²²² ומעל לכול, למרות הביקורת שהושמעה על הלכת אפרופים טרם פותחה במשפט הישראלי תאוריה פרשנית המצדדת בפרשנות חוזים על פי גישת היצירה²²³ כמו גם דיני ראיות ופרוצדורה התואמים את גישת שני השלבים.²²⁴

220 ראו לעיל ה"ש 15.

221 ראו לעיל ה"ש 16.

222 ראו לעיל ה"ש 17. לטענה כי ההבחנה שבין הלכת אפרופים לבין אופן יישומה היא מלאכותית ראו שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 654.

223 תאוריה כזו הוצעה כזכור על ידינו. ראו לעיל חלק שני, ס' 3 (א).

224 ראו בעניין זה הערתו של השופט חשין אשר צוטטה לעיל בה"ש 193, ולפיה ייתכן שראוי בתחילת ההליך המשפטי להגביל את קבלתן של ראיות-חוץ ואת הערכת עצמתן באשר ללשון החוזה הכתוב. אך השוו גישתו של השופט הנדל בעניין המל"ל נ' סהר, לעיל ה"ש 8 (בפס' 5 לפסק דינו), שלפיה: "בכל מצב רשאים הצדדים להגיש את ראיותיהם בדבר נסיבות המקרה כדי לתור אחר אומד דעתם [...] מבחינת ניהול המשפט, אין למנוע הגשת ראיות".

ככלל, הלכת אפרופים, שבעקבותיה דבק המשפט הישראלי בגישת היוצר ככלל הפרשני המנחה, תואמת את עמדתנו בדבר מודל הפרשנות הראוי. עם זאת בפרק הקודם ערכנו ניתוח מורכב יותר המלמד כי גם אם נכון לאמץ את גישת היוצר כברירת המחדל הפרשנית, קיימים מצבים, שבהם ראוי בכל זאת לאמץ את גישת היצירה במתכונת מלאה (כשכך סיכמו הצדדים, ובמקרים אלה ראוי לגבות אותה בכללי פרוצדורה וראיות מתאימים) או חלקית (על ידי מתן עדיפות בולטת לאומד הדעת העולה מן הטקסט על פני אומד הדעת העולה מן הנסיבות). בניגוד לכך, המשפט הישראלי הקיים אימץ את הלכת אפרופים באופן גורף ללא כל הבחנה בין סוגים שונים של חוזים ונסיבות ומבלי לתת את הדעת על עמדת הצדדים בדבר דרך הפרשנות הראויה של החוזה שכתו. יתרה מזו, על פי ניתוחנו, כאשר מדובר בחוזה אב טיפוס שנערכו על ידי המדינה לצורך התקשרות עם כמה גופים, כפי שהיה בפרשת אפרופים, ראוי לתת משקל מכריע לפרשנות המבוססת על היצירה. משום כך חרף תמיכתנו העקרונית בביטול תורת שני השלבים ובפרשנות על פי גישת היוצר אנו תמהים אם היה נכון להפוך דווקא את פרשת אפרופים לפרשה המכוננת את מעמדה של פרשנות על פי גישת היוצר במשפט הישראלי.

עד כה עסקנו במאבק שבין היוצר ליצירה ובהכרעה בפסק הדין אפרופים לטובת גישת היוצר. ברם כפי שניתחנו את פרשת אפרופים בחלק הבא יגלה, בניגוד להבנה הרווחת, במרכז של ההכרעה הממשית שנדרשה לצורך ההכרעה בפסק הדין לא ניצב הוויכוח שבין גישת היוצר לבין גישת היצירה אלא המאבק שבין פרשנות לשונית לעומת פרשנות תכליתית. בנושא זה הכריע בית המשפט העליון לטובת הפרשנות התכליתית בקבעו כי אפשר לתת לחוזה מובן שהלשון אינה סובלת. לשיטתנו הכרעה זו היא הלכת אפרופים, ומשום כך הביקורת על פרשת אפרופים צריכה להיות מופנית לא כלפי הרוח הערטילאית ואף לא כלפי יישומיה המאוחרים כי אם להלכה גופה. לפן זה של הלכת אפרופים יוקדש החלק הבא.

2. פרשנות לשונית מול פרשנות תכליתית

בחלק ההרמנויטי עמדנו על כך שגם כאשר היצירה מנותחת מתוכה, ללא פנייה לנסיבות החיצוניות, הניתוח יכול שיסתפק בהיבטיה הלשוניים של היצירה ויכול שיפנה להיבטים לבר-לשוניים שלה כדי להגשים את המשמעות העמוקה הגלומה בה. יישום העמדות ההרמנויטיות הללו לפרשנות חוזים הבחין בין פרשנות לשונית של החוזה לבין פרשנות תכליתית של היצירה החוזית המבקשת לקרוא מתוך החוזה את הגיונו הפנימי ומטרתו העסקית ולפרש לאורן את הוראותיו. ככלל, הפסיקה שקדמה לפרשת אפרופים נתנה מקום לשתי הגישות ושילבה במקרים רבים קריאה לשונית של החוזים עם קריאה

תכליתית המבקשת להתחקות על הגיונם הפנימי.²²⁵ ברם במצבים מסוימים שבהם לשונה הברורה של הוראה בחוזה לא השתלבה כלל עם הגיונו הפנימי התגלה העימות שבין הגישות. בחלק מפסקי הדין נקבע כי לשון החוזה מציבה את גבולות הפרשנות, וכי פירוש מוצלח ככל שיהיה איננו יכול לחרוג מן המובן הלשוני של הכתוב. בכך אימצה הפסיקה את הגישה הלשונית.²²⁶ לעומת זאת היו פסקי דין שאימצו את הגישה התכליתית, קראו להתיר את מוסרותיהן של המילים הכתובות והתירו לשופט הפרשן לסטות מלשון החוזה כחלק ממלאכת הפרשנות כאשר הדבר נדרש להגשמת תכליתו.²²⁷

בפסק הדין אפרופים נערך עימות חזיתי נוקב בין שתי הגישות. במקרה הנדון לא הייתה כל מחלוקת בין שופטי הרוב למיעוט הן באשר לפירושו הלשוני של החוזה והן באשר למטרתו העסקית. לפיכך פרשת אפרופים אילצה את בית המשפט לבחון אם בכוחו של השופט הפרשן לתת ללשון הטקסט משמעות שהיא אינה סובלת, ובטרמינולוגיה של מאמר זה – להכריע בין הגישה הלשונית לתכליתית במקרה של עימות שאינו ניתן ליישוב. בניגוד לשופט מצא, שדבק בפרשנות הלשונית, הכריעו שופטי הרוב לטובת הפרשנות התכליתית.²²⁸

225 ראו למשל ע"א 191/85 מדינת ישראל נ' חברת נווה שוסטר בע"מ, פ"ד מב(1) 573 (1988); ע"א 5597/90 כהן נ' תקליטי סי. בי. אס. בע"מ, פ"ד מז(3) 212 (1993); ע"א 451/84 מעוז השומרים בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(3) 664 (1988). השילוב של קריאה מילולית עם קריאה תכליתית איננו מפתיע, שכן כפי שתיארנו לעיל (ראו לעיל חלק ראשון, ס' 2), מדובר בגישות הרמנויטיות שאינן מוציאות זו את זו.

226 ראו למשל: ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עובדן זולוטוב, פ"ד מא(1) 282 (1987) (להלן: עניין אתא).

227 ראו ע"א 453/80 כהן נ' נגבי, פ"ד לה(2) 141, 145 (1980) ("דומה שפסיקתם של בתי המשפט בשנים האחרונות מצביעה יותר ויותר על אותה מגמה, להתיר את מוסרותיהן של המילים הכתובות ולהגיע לחקר הכוונה האמיתית, שהייתה לנגד עיניהם של המתקשרים"). כן ראו ע"א 627/84 נודל נ' עובדן פינטו, פ"ד מ(4) 477, 482 (1986) ("המילים שהשתמשו בהם מנסחי המסמך, עם כל חשיבותן, אינן מכריעות, שכן יש לקרוא את המסמך בשלמותו ולפרשו על-פי רוחו, וכאמור – על פי תכליתו. את המילים והניבים, שהשתמשו בהן בעלי הדין, יש לקרוא בהקשר הכולל והמלא"). ראו גם פסק דינו של השופט חשין בע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811, 818 (1992) ("וזאת נדע, כי מתוך ששואפים אנו לברר היקפו ותחומי פרישתו של אותו מושג מופשט – אומד דעתם של הצדדים – ממילא לא נוכל להגביל עצמנו אך לפירושו המילולי של החוזה"). נציין כי מלבד זאת מוכרות בדיני החוזים דוקטרינות המאפשרות לבית המשפט לשנות – או לתקן – את מילות החוזה כגון במקרה של טעות סופר או כאשר המובן המילולי של הטקסט יוצר אבסורד.

228 לכן פירשו שופטי הרוב את הביטוי "מימוש התחייבות רכישה" בס' 6(3) לחוזה כעוסק באיחור בביצוע הבנייה. ראו פס' 37 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק: "אם מתקבלת השקפת, כי פרשנותו של החוזה – תוך שינוי לשונו לשם הגשמת תכליתו (פסקה 25 לעיל) – מובילה למסקנה כי סעיף 6(ח) לחוזה הפרוגרמה עוסק בסנקציה אורחית בגין איחור בביצוע, כי אז חוזה הפרוגרמה אינו חסר בעניין זה, ואין מקום להשלמתו". ופס' 41 לפסק דינו: "הפתרון העיקרי אשר

בנקודה זו חשוב להדגיש, כפי שהיטיב לחדד הנשיא ברק בפתיח לפסק דינו, שבפרשת אפרופים התמודד בית המשפט עם שני הקשרים: "האחד, כוחו של השופט-הפרשן לצאת מדל"ת אמות הטקסט כדי לעמוד על תכליתו; השני, כוחו של השופט-הפרשן לתת ללשון הטקסט משמעות שהיא אינה סובלת, על-מנת להגשים את תכליתו".²²⁹ אף על פי שבכתיבה המאוחרת על פסק הדין התערכבו שני ההקשרים, ניתוחם בראי הרשת ההרמנויטית שנפרסה במאמר זה מבהיר כי אכן מדובר בשני הקשרים נפרדים: האחד עוסק ביחס שבין היוצר והיצירה; השני עוסק במתח שבין הפרשנות הלשונית לתכליתית, ובמסגרתו נבחנת האפשרות להגשים את תכלית החוזה גם במחירו של תיקון הטקסט החוזי על ידי הענקת פרשנות שהלשון אינה סובלת.²³⁰ ואכן, השאלה עד כמה אפשר לחרוג מלשון החוזה כדי להגשים את תכליתו מתעוררת לא רק כאשר מדובר בתכלית סובייקטיבית, המתחקה על אומד דעתם של הצדדים הממשיים, ועל כן היא מבוססת על נסיבות חיצוניות שאינן משוקעות בחוזה אלא גם כאשר מדובר על תכלית המוסקת מתוך הגיונו הפנימי של החוזה. פרשת אפרופים עצמה עשויה להמחיש זאת. על אף הדיון הארוך, ולטעמנו האקדמי, שבפסק הדין בדבר הלגיטימציה של הפנייה לנסיבות הלב-חוזיות, בפועל הסקת תכליתו של החוזה נעשתה שם בעיקר מתוך החוזה כמסגרת אינטגרטיבית ועל ידי ניתוח הגיונו הפנימי של החוזה. הפנייה לנסיבות החיצוניות (למשל העובדה שהחוזה נעשה בזמן של גלי עלייה או קיומן של החלטות ממשלה שמטרתן לעודד בנייה של דירות לעולים חדשים ולזכאי דירה) הייתה בפסק הדין רק תוספת לא הכרחית לביסוס הטענה שהיעדר סנקצייה על איחור בבנייה

נראה לי כראוי הוא זה המפרש את סעיף 6(ח)(3) לחוזה הפרוגרמה כמקור משפטי לסנקציה (אזרחית) בגין איחור בביצוע הבנייה באזורי הפיתוח. פירוש זה נעשה באמצעות שינוי לשון החוזה (ראה פסקה 26 לעיל), באופן שהוראת סעיף 6(ח)(3) שבו תחול (במישרין) על איחור בביצוע". נציין כי בהמשך פסק דינו כותב השופט ברק כי באמצעות אימוץ הקונסטרוקציה של השלמת חסר, גם לפי גישתו של השופט מצא, נכון היה לקבל את עמדת המדינה. אך כפי שהוא מציין בפס' 41 לפסק דינו, קונסטרוקציה זו היא מבחינתו חלופית בלבד. ראו גם קביעתו של השופט דב לוי, בפס' 11 לפסק דינו: "נראה לי כי המקרה שלפנינו הינו מסוג אותם מקרים בהם מותר וגם ראוי לתת לכתב פירוש ליבראלי, אפילו הוא עומד, לכאורה, בניגוד למילים המפורשות, וזאת על-מנת להגיע לאותה משמעות הגיונית ואמיתית שאלה נתכונו הצדדים".

229 הציטוט לקוח מתוך הפתיח לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בפסק דין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 296.

230 על ההבחנה שבין שני ההקשרים של פרשת אפרופים, תעיד העובדה שהשופט לוי, שדבק בתורת שני השלבים, הצטרף בסופו של דבר לפרשנותו של השופט ברק, שכן לדעתו תכלית החוזה כפי שהיא נלמדת מן החוזה כמכלול גוברת על פרשנותו המילולית. בטרמינולוגיה של מאמר זה מאמץ לוי לגופו של עניין את פרשנות היצירה התכליתית המעדיפה את היצירה על פני הכוונה הממשית של הצדדים, אך בד בבד נכונה לחרוג מקריאה מילולית של היצירה כדי להגשים את תפיסות העומק הטמונות בה.

בבנייה ישבש את תכלית החוזה.²³¹

אם כן, לאור ניתוחנו הלכת אפרופים כוללת למעשה שני היבטים שונים: ההיבט הראשון עוסק בהעדפת היוצר על פני היצירה, וכפועל יוצא מכך – ביטול תורת שני השלבים. ההיבט השני עוסק בהעדפת התכלית על פני הלשון. על רקע ניתוח זה אנו סבורים כי מה שמכנים מבקרי פרשת אפרופים, בטעות, "רוח" "רטוריקה", "אווירה" או יישום מאוחר בעייתי,²³² הוא לאמתו של דבר היבט שני של הלכת אפרופים. היבט שהיה נדרש לצורך ההכרעה בסכסוך שנתגלע,²³³ ולפיכך מדובר בהלכה מחייבת וחדשנית. ואכן, סקירת הפסיקה שניתנה בעקבות פסק דין אפרופים מלמדת כי בעקבות פסק הדין עלה מעמדה של גישת הפרשנות התכליתית בדיני החוזים של ישראל, והיא השפיעה – ועודנה משפיעה – רבות על פסיקת בתי המשפט גם על חשבון דבקות בהבנה הלשונית של הכתוב.²³⁴

בהמשך לכך, לטעמנו, העדפת גישת הפרשנות התכליתית על גישת הפרשנות הלשונית היא היבט מרכזי שניצב במוקד הביקורת האקדמית על הלכת אפרופים. בבסיסה של ביקורת זו נטען כי ההלכה פוגעת בוודאות וביכולת להסתמך על חוזים שנכרתו, וכי בהענקת היכולת לבית המשפט לשנות את לשון החוזה טמונה פגיעה באוטונומיה של הצדדים ובחופש החוזים שלהם. כפי שהבהיר דיוננו הנורמטיבי, לפן זה של הביקורת על הלכת אפרופים אנו מצטרפים, שכן מהסיבות שפורטו בחלק הקודם הן שיקולי האוטונומיה והן שיקולי היעילות תומכים בכך שאין זה ראוי לאפשר לבית המשפט לתקן את לשון החוזה ולערך בשביל הצדדים חוזה שהם לא כרתו. לשמחתנו, בשנים האחרונות אפשר לאתר בבית המשפט העליון נסיגה מסוימת מגישת הפרשנות התכליתית. על טיבה של נסיגה זו יכול ללמד פסק הדין שניתן בדיון הנוסף בעניין ארגון מגדלי ירקות.²³⁵ במרכז עניין ארגון מגדלי ירקות לא הועמדה למבחן, למצער באופן רשמי, האפשרות לסטות מלשון החוזה המפורשת, והקביעה החשובה לגופו של עניין הייתה שאפשר לפנות לנסיבות הכריתה ולמידע שמחוץ לטקסט לשם הבנת הכוונה שייחסו הצדדים ללשון החוזה. עם זאת לצד שופטים שהדגישו כי

231 בכך שונה פרשת אפרופים מפרשת ארגון מגדלי ירקות שבה לצורך הסקת התכלית נדרשו השופטים לדיון מעמיק בתשתית העובדתית ובנסיבות הכריתה.

232 ראו לעיל ה"ש 15–17.

233 כאמור, דווקא העימות שבין גישת היוצר לבין גישת היצירה לא נדרש בפסק דין אפרופים.

234 ראו למשל רע"א 5438/95 דוד רוזנוסר בע"מ נ' Lloyds underwriters through Willis Faber Ltd., פ"ד נא(5) 855 (1998); ע"א 6276/95 מגדלי באך בע"מ נ' חוזה, פ"ד נו(1) 562 (1996); דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון, פ"ד נו(5) 643 (2000) (קביעת השופט דורנר כי: "כאשר פירוש חוזה על-פי העקרונות הללו מצביע על כוונה שונה מן הכוונה הנלמדת ממשמעותן הרגילה של המילים, יש לתת לחוזה – בין בדרך מתן משמעות רחבה למילותיו, בין בדרך שינוין ובין בדרך השלמתן – משמעות המתיישבת עם תכליתו").

235 לעיל ה"ש 8.

הלכת אפרופים "על תילה עומדת" ²³⁶ ואף "ניצבת בזוהרה על מכונה" ²³⁷ הדגישו שופטים אחרים את החשיבות שבמציאת עיגון לשוני במלאכת הפרשנות. למשל, הן בפסק דינו של השופט ריבלין (דעת הרוב) והן בפסק דינו של מ"מ הנשיא (בד"מ) חשין (דעת המיעוט) התקבלה הגישה שלפיה למרות היכולת לפנות לנסיבות הכריתה ולמקורות חוץ-טקסטואליים המילים מגבילות את הפירוש, וכי מתחייב שהפרשנות תמצא עיגון מסוים בלשון החוזה. ²³⁸ למשל, השופט ריבלין הדגיש חזר והדגש בפסק הדין כי אף על פי שמלכתחילה סבר שקריאה תמה של החוזה משקפת את הפרשנות של מגדלי הירקות כי הפיצוי החוזי אינו מותנה בנזק בפועל, לאחר שנחשף למידע הלב-טקסטואלי (ובמיוחד לבחינה אמפירית של אופן התנהלותה של המדינה לאורך השנים עת בוטלו מכסות גידול בירקות) הוא משוכנע כי המובן שייחסו הצדדים ללשון החוזה היה שהפיצוי אכן מותנה בנזק בפועל. המהלך הפרשני שעשה השופט ריבלין בפרשת ארגון מגדלי ירקות שונה אפוא בשניים מן המהלך הפרשני שהתרחש בפרשת אפרופים. ראשית, בפרשת ארגון מגדלי ירקות הלשון החוזית, לפחות על פי ניתוח של ריבלין, הייתה יכולה לשאת הן את פרשנות המדינה והן את פרשנות מגדלי ירקות, ולעומת זאת בפרשת אפרופים הכול הודו שהפרשנות שניתנה לחוזה סתרה את משמעותו הלשונית. שנית, בפרשת אפרופים הסטייה מן הפרשנות הלשונית התבססה על הגיונו הפנימי של החוזה ולא על נסיבות המעידות על המובן שהצדדים ייחסו לו. בניגוד לכך, בפרשת ארגון מגדלי ירקות, לאחר שנחשף לנסיבות, שוכנע השופט ריבלין כי הפרשנות שבה דגלה המדינה היא הפרשנות הלשונית שהצדדים התכוונו לה מלכתחילה. ביקורת על גישת הפרשנות התכליתית נשמעה בשנים האחרונות בבית המשפט העליון גם על ידי השופט דנציגר, אשר מדגיש את מקומה המכריע של לשון החוזה בהליך הפרשני. ²³⁹

כפי שתיארנו לעיל, לצד חזיון המעמד של הטקסט החוזי מתייחס השופט דנציגר בפסקי דינו בכל זאת גם לנסיבות חוץ-טקסטואליות, אפילו במקרים שבהם לשון החוזה מפורשת וברורה, ומהן הוא מסיק כי הפרשנות הלשונית שאותה העניק לחוזה תואמת אף את כוונת הצדדים. החשיבות שמעניק השופט דנציגר לניתוח הנסיבות ולכוונת הצדדים

²³⁶ שם, פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

²³⁷ שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

²³⁸ ראו למשל דברי השופט (כתוארו אז) ריבלין בדיון הנוסף, לעיל ה"ש 8, פס' 6: "לשון החוזה היא זו שתוחמת, כאמור, את גבולות הפרשנות", ופס' 11: "כאמור לעיל, לא ניתן לייחס לחוזה פרשנות שאינה עולה בקנה אחד עם לשונו". אף הנשיא ברק מציין בפסק דינו בערעור האזרחי שבפרשנות החוזה המילים מגבילות את הפירוש, ושהפרשן חייב לאתר נקודת אחיזה ארכימדית בלשון החוזה. ראו פס' 2 לפסק דינו.

²³⁹ ראו למשל עניין בלום, לעיל ה"ש 9. והשוו פסק דינה של השופטת רות רונן בבית המשפט המחוזי: ה"פ 1356/05 בלום נ' אנגלו סכסון (פורסם בנבו, 25.5.2006). ראו גם התייחסותנו לפסקי הדין של השופט דנציגר לעיל, בחלק השלישי, ס' 1(ג).

הממשית עולה כמובן באותם מקרים שבהם לשון החוזה איננה נותנת מענה חד-משמעי לכוונת הצדדים. אולם גם במקרים כאלו מבקש השופט דנציגר להסתייע בנסיבות הכריתה ובמקורות חוץ-טקסטואליים כדי להתחקות אחר ההבנה שייחסו הצדדים ללשון החוזה.²⁴⁰ בכך מזכירה עמדת השופט דנציגר את עמדתו של השופט ריבלין בפרשת ארגון מגדלי ירקות, המאמץ את ביטולה של תורת שני השלבים ונכון לפרש את כוונת הצדדים על סמך נסיבות חיצוניות אך מתנגד לסטייה מלשון חוזה שנועדה להגשים את תכליתו במקרים שבהם גם לאחר ההיחשפות לנסיבות החיצוניות אי אפשר לעגן את הפרשנות התכליתית בלשון החוזה או לפחות בהבנה הלשונית שהצדדים העניקו לביטויים השונים בו.²⁴¹ עמדה משולבת זו, אשר כונתה במאמר זה גישת היוצר הלשונית, היא גם הגישה המועדפת עלינו כבררת המחדל הפרשנית הראויה.

לסיכום, המאבק שבין פרשנות לשונית לבין פרשנות תכליתית הוכר בפסיקה עוד בטרם הלכת אפרופים. הכרעת בית המשפט בעניין זה חזקה מאוד את גישת הפרשנות התכליתית. בשנים האחרונות שבות ועולות בפסיקה בית המשפט העליון קריאות המדגישות את הצורך בעיגון הפרשנות בלשון החוזה, או לפחות במובן שהצדדים לחוזה ייחסו ללשונו. לכן אפשר לומר שמתנהל מאבק עז בפרשנות חוזים במשפט הישראלי. במאבק זה, ברוח גישת היוצר הלשונית, אנו תומכים בעמדה כי על המילים להגביל את הפרשנות, וכי אין לתת לטקסט משמעות החורגת מן המשמעות הלשונית שהצדדים ראו לעיניהם בעת כריתת החוזה.

240 ראו למשל עניין אברון ועניין אבנר, לעיל ה"ש 212.

241 על רקע הדמיון בעמדות המהותיות אפשר להבין את המתח בין השופטים כפי שנחשף בעניין פוארסה, לעיל ה"ש 9, ובעניין בלמורל, לעיל ה"ש 11 ("ככל שחברי אינו מבקש להחזירנו אל הגישה הרואה בלשון 'הברורה והפשוטה' חזות הכול – 'חזקה חלוטה' שאין סוטים ממנה ימין או שמאל גם אם מכלול הנתונים הקשורים בעסקה טופחים על פניה בעוצמה – הרי שהידרשותו החוזרת ונשנית לעניין זה קשורה ככל הנראה ל'מיתולוגיה' של אפרופים'. לאותה 'רוח' שנשבה מן הרטוריקה של הלכת אפרופים – כפי שתיאר אותה השופט מ' חשין בעניין מגדלי ירקות – נאשר הובילה לדעת חלק מהעוסקים בתחום להרחבת יתור של גדר שיקול הדעת השיפוטי בתחום פרשנות החוזה. ואולם, בל נשכח כי דרכי יישומה של הלכת אפרופים עוצבו בעניין מגדלי ירקות. תמרורי האזהרה הוצבו במקומם, ובלשון ברורה ומפורשת. בכך – סברנו – יש כדי להפיג את ה'מיתולוגיה' שאפפה את הלכת אפרופים [...]") (על הדרישה לקרוא את הלכת אפרופים עם הלכת ארגון מגדלי ירקות יחד, חזר השופט ריבלין לאחרונה בעניין המל"ל נ' סהר, לעיל ה"ש 8, בפס' 14 לפסק דינו). ייתכן שדווקא בשל הדמיון שבין גישות שני השופטים מתקשה השופט ריבלין לקבל את הרטוריקה המהפכנית בפסיקתו של השופט דנציגר. לשיטתנו, אכן קיימת מהפכנות בגישת השופט דנציגר אך היא איננה מכוונת נגד גישת שני השלבים וגישת היוצר, ואפילו לא כלפי עצם השימוש בניתוח תכליתי אלא כלפי אימוץ גישת הפרשנות התכליתית המכירה באפשרות שהניתוח התכליתי יגבר בסופו של דבר על לשון החוזה.

3. הפרשן כיוצר

תורת פרשנות החוזים שאותה הציע ברק בכתביו, ואשר הפכה להלכה בפסק הדין בעניין אפרופים, כוללת היבט נוסף על שני ההיבטים שבהם כבר עסקנו בחלקים הקודמים (המאבק שבין גישת היוצר לבין גישת היצירה והמאבק שבין גישת הפרשנות הלשונית לבין גישת הפרשנות התכליתית). היבט זה מכונה על ידי ברק, ובעקבותיו אף בפסיקת בתי המשפט, בשם התכלית האובייקטיבית של החוזה. במבט ראשון אפשר לראות בתכלית האובייקטיבית תכלית העולה מתוך הגיונו של החוזה, להבדיל מהתכלית הסובייקטיבית, הלא היא התכלית שאליה התכוונו הצדדים (במונחי מחקר זה פרשנות היצירה התכליתית). אולם ברק אינו מסתפק במובן זה של התכלית האובייקטיבית וקובע כי תכלית זו מושפעת מעקרון תום הלב וממערכת הערכים שהוא מבטא, ושהיא משקפת ערכים נורמטיביים של הגיונות וסבירות.²⁴² בכך מיושמת למעשה הגישה הפרשנית-ההרמנויטית שכינינו לעיל גישת הפרשן כיוצר. על פי גישה זו יש לפרש חוזה על פי ערכי היסוד של השיטה, והשופט מפרש באמצעותם את החוזה שכתבו הצדדים גם אם אין כל הוכחה שהצדדים עצמם אכן חלקו ערכים אלו או שהם משוקעים בטקסט החוזי המפורש. נציין כי הגישה המדגישה את מקומו של הפרשן כיוצר אמנם הוכרה בפסיקה עוד לפני פרשת אפרופים, אם כי היא יושמה במקרים מיוחדים בלבד, ולא הייתה מרכז הכובד בפרשנות חוזים.²⁴³ פרשת אפרופים עוררה את השימוש בגישה זו,²⁴⁴ ובעקבותיה בפסיקה שלאחר מכן עלה מאוד מעמדה, והיא יושמה בפסקי דין רבים.²⁴⁵ למשל, גם בערעור האזרחי של ארגון מגדלי ירקות²⁴⁶ שנדון לעיל סבר השופט ברק כי לשון החוזה ונסיבות הכריתה אינם שופכים אור בשאלת אומד דעתם של הצדדים. לפיכך

242 ראו פסק דין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 313. ראו גם ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 536–537, 550–556.

243 ראו למשל בג"ץ 846/93 ברק נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(1) 3 (1994). ראו גם פסק דינו של השופט חשין בעניין סקלי, לעיל ה"ש 227.

244 בד בבד עם המהלך הפרשני עושה המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק בפסק דין אפרופים מהלך גם בנוגע לאופן השלמתו של חוזה חסר. לגישתו, עקרון תום הלב הוא גם המקור להשלמתם של חוסרים בחוזה. ראו פסק דין אפרופים, לעיל ה"ש 1, פס' 30–36 לפסק דינו. לביקורת על מהלך זה ראו מאוטנר "כיצד הודחה", לעיל ה"ש 54, וכן מאוטנר "תום לב", לעיל ה"ש 28, בעמ' 374–384.

245 ראו למשל ע"א 4869/96 מליילין בע"מ נ' The Harper Group, פ"ד נב(1) 845 (1998) (להלן: עניין מליילין); ע"א 9609/01 מול הים 1978 בע"מ נ' עו"ד ד"ר שגב, פ"ד נח(4) 106 (2004) (להלן: עניין מול הים); ע"א 2568/98 פטר נ' חממי, פ"ד נז(4) 796 (2003); ע"א 898/03 בנק לאומי לישראל נ' חזן, פ"ד נט(3) 266 (2004); ע"א 9236/03 ברוך מקל בע"מ נ' צח השקעות בע"מ, פ"ד נט(2) 268 (2004); ע"א 11418/03 Megason Publishing Aps נ' אורנים פרויקטים 1994 בע"מ (פורסם בנבו, 11.4.2005); רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עובד המנוחה מילגרם נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998).

246 לעיל ה"ש 207.

הצדדים. לפיכך פנה השופט ברק לפרשנות על פי עקרון תום הלב וערכי היסוד של שיטת המשפט. להכרעתו שם, צדדים סבירים והוגנים היו מגבשים הסדר שלפיו היקף הפיצוי ייגזר מהיקף הפגיעה בפועל במגדלי הירקות, ולפיכך במצב שבו לא נגרם למגדלים נזק בפועל אין מקום שהמדינה תפצה אותם.²⁴⁷

יודגש כי על פי המוצהר בפסיקה, פניית בתי המשפט לפרשנות המנחילה ערכים והבוחנת את השקפתם של צדדים סבירים המתנהגים בתום לב ובהגינות נעשית רק לאחר שמוצו הניסיונות לאתר את אומד דעתם של הצדדים המקוריים שניסחו את החוזה והתקשרו בו. אלא שעיון בפסיקה מלמד שלמראה חוף המבטחים הזוהר של הפרשנות המנחילה ערכים מיהרו לעתים בתי המשפט לחתור לפרשנות זו והדבר בא על חשבון הניסיון להגיע אל המקום שממנו יצאו הצדדים שניסחו את החוזה, קרי אל אומד דעתם.²⁴⁸ בעניינו חלק ניכר מן הביקורת שספג פסק הדין בעניין אפרופים מכון לא כלפי "הלכת אפרופים הפורמלית", דהיינו ביטול תורת שני השלבים, אלא כלפי היבט זה של פסק הדין. אכן, בניגוד למעבר מגישת היצירה לגישת היוצר, אשר משתלב בתפיסות הליברליות של דיני החוזים הממוקדות באוטונומיה של הצדדים ואף מחזקן, העצמת תפקידו של השופט הפרשן ושל הערכים החברתיים חותרת תחת התפיסות הללו.²⁴⁹ ביקורת זו אף חדרה את שערי בית המשפט העליון בעת שנערך הדיון הנוסף בעניין מגדלי ירקות, באשר השופטים ריבלין וחשין, המייצגים כאמור בהתאמה את דעות הרוב והמיעוט בפרשה זו, השמיעו ביקורת על מעמדה של התכלית האובייקטיבית במשפט

247 בעקבות פסק דין אפרופים, גם שופטים אחרים שדנו בערעור האזרחי ובדיון הנוסף של פרשת ארגון מגדלי ירקות מתייחסים אל התכלית האובייקטיבית של החוזה אם כי לגישתם הדבר נעשה "מעבר לדרוש". כך למשל השופט ריבלין בערעור האזרחי ובדיון הנוסף מסכים עם התכלית האובייקטיבית שאליה מגיע הנשיא ברק והוא מיישמה על פי עמדת המדינה שלפיה הפיצוי ניתן למקרה שייגרם למגדלים נזק בפועל. לעומת זאת סברו השופט מצא בערעור האזרחי והשופט חשין בדיון הנוסף כי עמדתם של המגדלים מתיישבת עם התכלית האובייקטיבית של החוזה, וכי אפשר לייחס את הפיצוי האמור בחוזה לעצם ביטול המכסות של המגדלים, וכי המגדלים זכאים לפיצוי אף על פי שבמשך ארבע שנים (עד הביטול המוחלט של המכסות) לא נגרם להם נזק בפועל.

248 פסיקה זו התבססה במידה רבה על כתיבתו של ברק שצוטטה בפסקי דין רבים, ושלפיה: "מן הבחינה התאורטית, ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה [...] 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 [...]". ראו ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 541. ראו גם שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 655, המציגת שברק "ממהר [...] לזנוח את ההתחקות אחר רצונם של הצדדים (התכלית הסובייקטיבית) כדי להפעיל את אמת המידה האובייקטיבית". ראו גם דברי המשנה לנשיא חשין בדנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 8, פס' 28 לפסק דינו.

249 ראו שלו "שליטי החוזה", לעיל ה"ש 4; זמיר פירוש והשלמה של חוזים, לעיל ה"ש 4; זמיר "השופט ברק ודיני החוזים", לעיל ה"ש 4; מאוטנר "התערבות שיפוטית", לעיל ה"ש 4.

הישראלי תוך הדגשה שהיזקקות לה צריכה להישאר למקרים נדירים בלבד.²⁵⁰ בבסיס ביקורתם עמדה הטענה כי הצדדים הם אדוני החוזה, וכי אין זה תפקידו של בית המשפט ליצור בשביל הצדדים חוזה שונה, ואפילו סביר יותר, מזה שהם יצרו לעצמם. אכן, בשונה מהיזקקותו של הנשיא ברק לפרשנות על פי עקרון תום הלב וערכי היסוד של השיטה בעניין ארגון מגדלי ירקות, קבעו השופטים ריבלין וחשין שאפשר להכריע במקרה זה על בסיס לשון החוזה ונסיבות הכריתה, ולאחר את אומד דעתם המשותף של המדינה וארגון מגדלי ירקות בעת התקשרותם בחוזה.²⁵¹

על רקע חילוקי הדעות שנחשפו בפרשת ארגון מגדלי ירקות מבט כולל על פסיקת בית המשפט העליון בשנים האחרונות ילמד כי לצד תורת הפרשנות מבית מדרשו של השופט ברק, המדגישה את מקומה של התכלית האובייקטיבית,²⁵² מתפתחת גם גישה אחרת, שאמנם מכירה בתפקידה של התכלית האובייקטיבית, אך סבורה כי יש לעשות בה שימוש מרוסן במקרים חריגים, וכי ככלל על השופטים להסיק את תכלית החוזה מן החוזה עצמו ומכוונת הצדדים כפי שהיא משתקפת בנסיבות הקונקרטיות.²⁵³

ככלל, הגישה המרסנת את תפקידה של התכלית האובייקטיבית משתלבת עם עמדתנו המסויגת כלפי יישומה של גישת הפרשן כיוצר בפרשנות חוזים. עם זאת, כפי שמלמדת אותנו ההרמנויטיקה, במקרים רבים השפעת ההיבטים היצירתיים על הפרשנות היא בלתי נמנעת.²⁵⁴ ברוח דומה גם בתחום החוזים יש להכיר בהיעדר האפשרות לפרש חוזה מבלי להניח הנחות מקדמיות על טבעם של בני אדם. בהתחשב בכך לגיטימי בעינינו לבחור

250 ראו דברי השופט (כתוארו אז) ריבלין בדיון הנוסף, לעיל ה"ש 8, פס' 12 לפסק דינו: "אכן, גם אם יקשה על בית המשפט לאתר את הכוונה המשותפת לשני הצדדים, הוא יעשה כל שביכולתו כדי לעשות כן. העובדה שבשעת המשפט טוען כל אחד מהצדדים היריבים שכוונתו הייתה אחרת מזו של חברו – אין בה דבר. זהו טבעו של כל סכסוך חוזי. אל לשופט להירתע מכך ולקבוע שלא ניתן לאתר כוונה משותפת. על בית המשפט לבחון היטב את הראיות השונות שהצדדים מביאים בפניו, להשתכנע, ולקבוע מה היה אומד דעתם האמיתי במועד כריתת החוזה, עת שרצונותיהם נפגשו. אל לו לשופט למהר לקבוע שלא ניתן לאתר את תכליתו הסובייקטיבית של החוזה". ראו גם דברי השופט חשין בדיון הנוסף, פס' 28 לפסק דינו: "הגם שהכל מסכימים כי תכלית סובייקטיבית – בה עיקר, הלכה למעשה נחפז בית-המשפט לעיתים להידרש לתכלית אובייקטיבית בלא שמיצה את מסעו אל התכלית הסובייקטיבית שעמדה נגד עיני הצדדים. כך היה – לדעתנו – בפרשה שלפנינו [...]".

251 אם כי כאמור לעיל בה"ש 247, אף שופטים אלו התייחסו "מעבר לדרוש" אל התכלית האובייקטיבית של החוזה.

252 ראו למשל ע"א 3375/06 קמטק מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.3.2011); ע"א 9636/06 בוגנר נ' SofaWare Technologies Ltd (פורסם בנבו, 18.11.2009); ע"א 8537/06 סויסה נ' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 3.2.2009).

253 ראו למשל ע"א 3299/10 מינהל מקרקעי ישראל נ' מפעלי תרנ"א מלונאות ונופש בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2011) (להלן: עניין מפעלי תרנ"א); ע"א 8566/06 אמריקר שירותי ניהול וייעוץ (1987) בע"מ נ' מליכו – ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 8.11.2009); עניין אברון, לעיל ה"ש 212.

254 ראו לעיל חלק ראשון, ס' 3.

בהנחות מוקדמות על היגיון עסקי ואף על תום לב, צדק והגינות. הנחות מקדמיות כאלה משתלבות עם הספרות המזהה התנהגויות מסוג זה ביחסים עסקיים ועם הרצון הנורמטיבי לקדם ערכים אלה.²⁵⁵ עם זאת בניגוד לגישה בפסיקה המבקשת לראות בהנחות המקדמיות על טבעם של בני אדם את המילה האחרונה והמכריעה של הפרשנות, וזאת גם כאשר ההנחות הללו אינן משקפות את ההבנה המשותפת של צדדים במקרה נתון, לדעתנו יש לראות בהנחות המקדמיות כאמור בררת מחדל הניתנת למהפך.²⁵⁶ לפיכך לגישתנו במקרים שבהם יוכח מלשון החוזה או מנסיבות לבר-חוזה כי ההנחות המקדמיות אינן מתקיימות בנוגע לצדדים קונקרטיים, יהיה צורך להסיג את בררת המחדל מפני המציאות החוזית המתגלה. למשל בעניין פוקס נ' אלבס,²⁵⁷ שבו הצהירו שני הצדדים במסגרת ההתקשרות ביניהם הצהרות שווא אשר לא עלו בקנה אחד עם התנהלותם במציאות, ועל פי זה אף קבע בית המשפט כי מדובר במקרה שבו חטאו שני הצדדים כאחד בהפרת חובת תום הלב, יהיה מלאכותי לקבוע כי מדובר בצדדים המבקשים לבסס את יחסיהם על אדנים של צדק והגינות, ולפרש את החוזה על סמך ההנחות הללו.

ודוק, הסתייגותנו מפרשנות על פי התכלית האובייקטיבית אין משמעה התנגדות גורפת להתערבות בתי המשפט ביחסי הצדדים. כפי שהבהרנו בדיון הנורמטיבי שנערך בחלקו השני של המאמר,²⁵⁸ אנו מכירים בצורך של בית המשפט להתערב ביחסי הצדדים בהקשרים שונים. אלא שלגישתנו ראוי שהתערבותו של בית המשפט תיעשה ככלל באמצעות דוקטרינות חוזיות מפורשות אשר מעניקות לבית המשפט יכולת התערבות ביחסי הצדדים ולא כבררת מחדל במסווה של פרשנות החוזה.²⁵⁹

255 ראו המקרים האמפיריים שעליהם מבוססת התאוריה של חוזה היחס, לעיל חלק שני, ס' 1(ב).
256 במובן זה אנו מזדהים עם דבריו של הנשיא ברק בעניין מליליין, לעיל ה"ש 245, בעמ' 856 כי "בגדרי התכלית האובייקטיבית אנו יוצאים מתוך ההנחה, כי חזקה (praesumptio juris) היא – חזקה הניתנת לסתירה – שהצדדים מבקשים להגשים תכלית שהיא צודקת, יעילה, סבירה והגיונית". עם זאת אנו מקווים שאכן יישמר בפסיקה היחס לחזקה זו כחזקה הניתנת לסתירה.

257 ע"א 9447/06 פוקס נ' אלבס (פורסם בנבו, 25.3.2008).

258 ראו לעיל חלק שני, ס' 3.

259 עמדה כזו הושמעה גם על ידי השופט מצא בערעור האזרחי בעניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 207, בעמ' 502. ראו גם דנציגר ומצקין, לעיל ה"ש 16, וכן בנימין פורת "תום הלב בפרשנות החוזה – עיון תלמודי בהשוואה למשפט הישראלי" משפטים לט 419 (2010), העומד על כך שהמשפט העברי מרבה להתערב בחופש החוזים כדי להשיג תוצאות ראויות, אולם הוא נמנע מלעשות זאת בכלים של פרשנות חוזים אלא רק באמצעות דוקטרינות חוזיות מפורשות. לגישה אחרת, שלפיה מאמץ המשפט העברי את גישת הפרשנות התכליתית ראו פסק דינו של השופט רובינשטיין בע"א 898/03 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' גניה חזן, פ"ד נט(3) 266 (2004). לדיון מעמיק בעמדת המשפט העברי בפרשנות חוזים ראו פרק יז (פס' 369–401) לפסק דינו של השופט דרורי בעניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 182.

אין לכחד כי בקרב חוקרי משפט התפתחה לאחרונה גם עמדה שונה המעדיפה התערבות ביחסי הצדדים בדרך של פרשנות מתוך מחשבה כי בכך מושגות המטרות הנורמטיביות העומדות בבסיס ההתערבות תוך שימור האתוס של חופש החוזים. למשל, במאמר מעורר מחשבה שעוסק בפולמוס השופטים ברק–דנציגר מציע זמיר כי ההבדל המעשי בין גישות השופטים מצומצם למדי.²⁶⁰ לדעתו הן השופט ברק, הדוגל בגישת הפרשנות התכליתית, והן השופט דנציגר, למרות החזות הפורמליסטית של פסקי דינו, מונעים שניהם באופן שיטתי מערכים של צדק והגינות. בכך מגשימים שני השופטים גישה פרשנית המכונה על ידי זמיר גישת "הפירמידה ההפוכה", אשר על פיה תוכן החוזה מוכתב בעיקר משיקולי צדק והגינות ולא מן הכתוב בחוזה ומהבנות הצדדים. לדעת זמיר, ייתכן שההבדל העיקרי בין השופטים ברק ודנציגר קשור ברטוריקה השיפוטית שלהם ובנכונותם לחשוף בגלוי את תפקיד הערכים החיצוניים במעשה הפרשנות. השופט ברק משחק בקלפים פתוחים וחושף את תפקיד שיקולי הצדק והערכים, ואילו השופט דנציגר משתמש ברטוריקה של חופש החוזים ומסווה את מקום הערכים במעשה הפרשנות. זמיר סבור כי ככל שמדובר בשופטים, כנות איננה הערך המכריע, ועל כן הוא מוצא יתרון בגישתו של השופט דנציגר. בכל הכבוד, אנו מסתייגים הן מהאופן שבו מנתח זמיר את המחלוקת שבין השופטים ברק ודנציגר והן מן העמדה העקרונית שלפיה עדיפה התערבות מוסווית באמצעות פרשנות על התערבות גלויה בתוכן החוזה.

נפתח בניתוח עמדות השופטים ברק ודנציגר. ניתוחנו ההרמנויטי המזהה את גישת התכלית האובייקטיבית שהוצעה על ידי השופט ברק עם גישת הפרשן כיוצר, תואם את טענתו של זמיר שלפיה גישת הפרשנות התכליתית מוליכה בסופו של דבר ל"פירמידה הפוכה". ובכל זאת אין להתעלם מכך שדווקא ברמה הרטורית מקפיד השופט ברק להסוות את מהלך ההתערבות כפרשנות²⁶¹ תוך הצנעת תפקידה של התכלית האובייקטיבית.²⁶²

260 זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14.

261 ראו למשל עניין אתא, לעיל ה"ש 226. אף לשיטת זמיר ("עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14) בפסק הדין האמור קבע השופט ברק כי בית המשפט לא יכתוב חוזה בשביל הצדדים, אם כי בפועל, באמצעות פרשנות החוזה, הורה השופט ברק על שיערוך תשלומים בתקופה החוזית ללא שהוראה מסוג זה הופיעה בחוזה שנכרת על ידי הצדדים. כמו כן כחלק מהסוואת ההתערבות מחלק השופט ברק בין "פרשנות במובן הצר" לבין "פרשנות במובן הרחב", ופרשנות במובן הרחב מאפשרת לבית המשפט לסטות מההסדר המהותי שגיבשו הצדדים בחוזה. ראו בעניין פרשנות החוזה, בפסק דין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 317, שם הוסיף השופט ברק כי "אף כאן, קו הגבול המפריד בין פרשנות במובן הצר ופרשנות במובן הרחב הוא דק. לעתים קרובות אין כל חשיבות באיפיונה המיוחד של הפעילות". ראו גם לעניין פרשנות צוואה ע"א 1900/96 טלמצי'ו נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 824–833 (1999).

262 לפיכך כותב השופט ברק בפסקי הדין השונים כי פנייתו אל התכלית האובייקטיבית נעשית רק באין מנוס, משאי אפשר לברר את התכלית הסובייקטיבית של החוזה. ראו למשל דנ"א ארגון מגדלי

משום כך אנו מתקשים לראות בשופט ברק מי שמשחק בקלפים פתוחים באופן מלא.²⁶³ בדומה לכך, אנו מסכימים עם זמיר שהעיסוק השיטתי של השופט דנציגר בניתוח אומד דעת הצדדים כפי שהוא עולה מן הנסיבות איננו משתלב עם תורת שני השלבים.²⁶⁴ עם זאת כפי שחשף ניתוחנו ההרמנויטי וכפי שפירטנו בשלב מוקדם יותר של המאמר, בניגוד לתכלית האובייקטיבית מבית מדרשו של השופט ברק, הקרובה לעמדת הפרשן כיוצר, גישתו של השופט דנציגר היא דווקא גישת היוצר הלשוני.²⁶⁵ גישת היוצר הלשוני שונה כאמור מגישת הפרשן כיוצר, בשניים: ראשית, החריגה מן הטקסט החוזי נועדה בגישה זו להתחקות על הכוונה הממשית שהעניקו הצדדים לטקסט ולא להחלטה של ערכים חיצוניים. שנית, בסופו של דבר, בניגוד לתורת הפרשנות התכליתית שנפסקה בפרשת אפרופים, השופט דנציגר לא יסכים לקבל פרשנות תכליתית שאיננה מעוגנת בלשון החוזה.²⁶⁶

ירקות, לעיל ה"ש 8, בעמ' 535; עניין מול הים, לעיל ה"ש 245, בעמ' 141. נציין כי המונח "תכלית אובייקטיבית" כשלעצמו הוא מונח מסוה, שכן הוא מטשטש את ההבדל בין קריאת החוזה מתוכו (גישת היצירה) לבין הטמעת ערכים חיצוניים (גישת הפרשן כיוצר).

263 נציין כי אף זמיר מכיר בפער שבין התכלית האובייקטיבית כפי שהיא מוצגת על ידי השופט ברק לבין האופן שבה היא מיושמת על ידי בפועל. למשל, זמיר מציג בתחילת מאמרו את גישת הפרשנות התכליתית של השופט ברק כגישת אמצע בין גישת הפירמידה ההפוכה לבין תורת שני השלבים. ברם עם התפתחות המאמר מיטשטשת ההבחנה, ולמעשה זמיר מזהה את גישת הפרשנות התכליתית עם גישת הפירמידה ההפוכה.

264 ראו לעיל חלק שלישי, ס' 1(g). ראו גם דנציגר ומצקין, לעיל ה"ש 16. אך השווה שלו וצמח, לעיל ה"ש 12, הסבורים שמתוך פסקי הדין שכתב השופט דנציגר משתמע כי הוא אכן מבקש לחזור וליישם את גישת שני השלבים.

265 ראו לעיל, חלק שלישי, ס' 2.

266 ראו שם. כחיוזק לטענתו כי גם השופט דנציגר מבסס את פסיקתו בפרשנות חוזים על שיקולי הגינות וצדק טוען זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14, כי גישתו השיפוטית של השופט דנציגר היא גישה אקטיביסטית. על גישתו האקטיביסטית לכאורה מבקש זמיר ללמוד מנכונותו של השופט דנציגר לחדש חידושים משפטיים ולשנות את הדין בסוגיות שונות, בתרומתו להגדלת כוחו של בית המשפט העליון כלפי גורמים אחרים ובהרחבתו את האחריות המשפטית והסנקציות המשפטיות במגוון תחומים. ברם עיון בפסקי הדין שאליהם מתייחס זמיר במאמרו מלמד כי אף לא באחד מהם אפשר להצביע על נכונותו של השופט דנציגר להחזיר ערכים בניגוד לרצון הצדדים ולהציג התערבות זו כפרשנות. למעשה, באחד המקרים הבודדים שבהם השתתף השופט דנציגר את הכרעתו על פרשנות תכליתית של החוזה שיש בה משום הטמעת ערכים (ראו בעמ' 4870/06 פלונית, לעיל ה"ש 212) הוא איננו מסוה את פעולתו, בציינו במפורש כי "משעה שכוונת הצדדים אינה משתקפת בכתובים ולמעשה קיימת לקונה בדבר הגדרתה של 'סיבה התלויה בבעל', כי אז אין מנוס מברדיקתן של תכלית ההסכם וכוונת הצדדים". לאור האמור, באשר להצעתו של זמיר למי שטוען בפני השופט דנציגר בתיקים של פירוש חוזים להתייחס לא רק ללשון החוזה אלא גם למכלול הנסיבות ואף להגינות וצדק, אנו סבורים שהוא צודק בדבר הצורך להתייחס למכלול הנסיבות, אך לטעמנו עדיין

עד כאן בנוגע לניתוח עמדות השופטים. כעת נפנה לטיעון המהותי בדבר יתרונותיה של הצגת ההתערבות ביחסי הצדדים במסווה של פרשנות.²⁶⁷ לטעמנו, מלבד אי-הנוחות האינטלקטואלית ממשחק בקלפים סגורים, שבו תומכת הגישה ה"מסווה", אחראית גישה זו גם במישור המעשי לנזק כפול: מחד ההסוואה של המטרות הנורמטיביות החיצוניות כפרשנות מונעת דיון ממוקד בטיבן של המטרות הללו ובלגיטימיות של הגבלת חופש החוזים בעטיין. מאידך גם האתוס של חופש החוזים יוצא נפסד, שכן דווקא הסוואת ההתערבות כפרשנות מקלה על שופטים לפגוע בהסכמת הצדדים, וזאת גם במקום שאין לכך הצדקה. בסופו של דבר, גם הציבור הרחב או למצער עורכי הדין מזהים את הפרשנות כהתערבות, ולכן תחושת האוטונומיה ויכולת ההסתמכות, שהן לב לבו של חופש החוזים, נפגעות.

את ההבדל שבין התערבות גלויה ומפורשת ביחסי הצדדים לבין התערבות והנחלת ערכים במסווה של פרשנות החוזה נוכל להמחיש מפרשת סקלי נ' דורען.²⁶⁸ במקרה זה פירש בית המשפט המחוזי את החוזה תוך היצמדות למילותיו. חרף קביעה פרשנית זו סבר בית המשפט המחוזי כי אין להותיר את הוראות החוזה על כנן, וכי ראוי להתערב בתוכן החוזה שנעשה בין הצדדים ולהתאים את הוראות החוזה לנסיבות המשתנות מתוך רצון למנוע תוצאה לא צודקת. שופטי הרוב בבית המשפט העליון אימצו את מסקנתו הפרשנית של בית המשפט המחוזי, אך הסתייגו מהתערבותו בחופש החוזים של הצדדים ומשום כך הפכו את פסק דינו.²⁶⁹ אולם בעניינו מעניינת במיוחד היא דווקא עמדת המיעוט של השופט חשין. השופט חשין הצטרף לעמדת שופטי הרוב ששללו התערבות בתוכן החוזה במקרה זה ואף הטיח ביקורת קשה בשופט בית המשפט המחוזי, שבניגוד לשופטי בית המשפט העליון בפרשות דומות הפחית בחשיבותו של ערך חופש החוזים במשפטנו. ברם הצהרותיו החד-משמעיות של השופט חשין נגד ההתערבות ביחסי הצדדים לא מנעו ממנו להציע לחוזה פרשנות תכליתית מתוחכמת ויצירתית שאיננה מתיישבת עם לשונו, בהצדיקו זאת בניתוח אנליטי של התנהגותם של אנשי עסק סבירים והגונים. בהשוואת פסקי הדין של בית המשפט המחוזי ושל השופט חשין בדעת המיעוט בבית המשפט העליון, עדיפה לטעמנו גישתו של בית המשפט המחוזי, אשר הכריע תוך

אין אינדיקציה מספקת בדבר הצורך להתייחס לשיקולי הגינות וצדק ולהניח כי הם שיכריעו את הפסיקה גם נגד לשון החוזה והכוונה המקורית של הצדדים.

267 זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14, תומך כאמור במהלך שלפיו שופטים – בניגוד לאקדמאים – צריכים לשחק בקלפים סגורים.

268 עניין סקלי, לעיל ה"ש 227. ראו גם: דנ"א 6226/92 דורען בע"מ נ' סקלי, פ"ד מח(4) 483 (1994) (שם קיבלו הצדדים את המלצתו של בית המשפט להגיע לפתרון מוסכם, לאחר שבית המשפט הבהיר לצדדים שפסק הדין שניתן על דעת הרוב בערעור האזרחי אינו יכול לעמוד).

269 מבחינה פרשנית השופט לוין עקב אחר תורת שני השלבים ופירש את החוזה לפי מילותיו המפורשות ללא התייחסות לנסיבות. לעומת זאת השופט כץ סבר כי המסקנה הפרשנית שאליה הגיע עולה הן מלשון החוזה הן מן הנסיבות.

הכרה מפורשת וברורה בצורך להתערב בחופש החוזים של הצדדים ובהקצאת הסיכונים ביניהם כפי שנעשתה בחוזה. לגישתנו, בכך מתאפשר דיון ממוקד בהצדקות השונות לפגיעה בחופש החוזים של הצדדים ובלגיטימיות של אותן הצדקות. לעומת זאת התערבות ביחסי הצדדים במסווה של פרשנות החוזה, כפי שעשה השופט חשין בדעת מיעוט בבית המשפט העליון, מונעת דיון ממוקד בהצדקות לפגיעה בחופש החוזים של הצדדים כאמור, ומלבד זאת היא עלולה להוביל לפגיעה באוטונומיה וביכולת ההסתמכות של הצדדים במקום שאין לכך כל הצדקה ראויה.

בפרשת סקלי נ' דורען היה מדובר ביחסים שבין צדדים שווים. אולם לגישתנו ההבחנה שבין פרשנות להתערבות נכונה גם במקרים שבהם קיימים פערי כוחות בין הצדדים לחוזה.

לשיטתנו, לדוקטרינות פרשניות שנועדו להגן על צדדים חלשים בחוזה²⁷⁰ יש מקום רב במקרים שבהם פערי הכוחות הללו אכן הוליקו לפער בין החוזה הכתוב לבין ההבנה של הצד החלש, ובמיוחד כאשר הצד החזק היה מודע בעת הכריתה לאופן שבו הבין הצד החלש את החוזה.²⁷¹ במקרים הללו אנו תומכים בכללי פרשנות המאמצים את הבנתו הסובייקטיבית של הצד החלש.²⁷² משום כך לשיטתנו ראוי להעניק לכלל הפרשנות לרעת המנסח,²⁷³ או בהקשר הביטוחי – לכלל הפרשנות לאור הציפיות הסבירות של המבוטח,²⁷⁴ תוכן הממוקד בפערי המידע שבין הצדדים וביכולת עיבוד המידע שלהם.²⁷⁵ בדומה לכך אנו תומכים בהדגשת התכלית האובייקטיבית כדיני הגנת הצרכן

270 לדוגמה לדוקטרינות כאלו במשפט הישראלי ראו למשל פסק דינו של השופט יצחק עמית בעניין אירונמטל, לעיל ה"ש 211, בפס' 16 לפסק דינו: "לצד כלל הפרשנות 'נגד המנסח' אנו מוצאים את כלל הפרשנות 'נגד הצד החזק', שאף הוא יפה לענייננו [...]".

271 ראו שוורץ ושלינגר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 303–305: "חוזה הביטוח מתייחד במיוחד בכך, שלהבדיל ממוצרים אחרים, שמי שרוכש אותם יכול לתהות על קנקנם, המוצר הביטוחי איננו מוחשי והמבוטח בדרך כלל נעדר כישורים לעמוד על טיבו של אותו ממכר מופשט. מה שמוסיף למופשטות המוצר, הוא גם הפרוצדורה שבה נקשרת עסקת הביטוח. על פי אותה פרוצדורה קיים פער אימננטי בין המוצר הביטוחי כפי שהוא נתפס בתודעתו של המבוטח בשעת כריתת החוזה, לבין אותו מוצר כפי שהוא משתקף מאוחר יותר בתנאים המפורטים של חוזה הביטוח המגולמים בפוליסה".

272 השוו RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §201(1) (1981). ראו גם ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 421–424 (דיון בכוונה סובייקטיבית של צד אחד הידועה לצד האחר), וכן ע"א 8817/02 קליר כימיקלים שווק (1994) בע"מ נ' צבי עצמון ז"ל (פורסם בנבו, 27.3.2008).

273 ראו שוורץ ושלינגר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 312–318.

274 שם, בעמ' 319–334.

275 בכך קרובה גישתנו לזו המוצעת על ידי שוורץ ושלינגר, הסבורים בהקשר של כלל הפרשנות נגד המנסח שראוי לתת משקל למידת האשם של המנסח ביצירת העמימות ולבחינת יכולתו לנסח את הטקסט בהירות (שם בעמ' 335–340), ובהקשר של כלל הפרשנות על פי הציפיות הסבירות של המבוטח, שראוי להחילו בפרספקטיבה של חובות הגילוי והוידוא (שם בעמ' 351–354). ראו גם

ככל שפרשנות כזו נועדה להתגבר על פערי מידע שבין צרכנים לספקים.²⁷⁶ במקרים הללו השימוש בדוקטרינה הפרשנית אינו אינסטרומנטלי להשגת מטרות חיצוניות לדיני הפרשנות. להפך, השימוש נועד לשקף בתוכן החוזה את הרצון הממשי של הצדדים לחוזה ולא נוסח פורמלי שהוכתב על ידי הצד האחד ללא שהצד האחר מודע לו או מבין את משמעותו.

בניגוד לכך במקרים שבהם אין בעיית מידע, למשל במצבים שבהם המבטח או היצרן דאג להנגיש במועד²⁷⁷ למבוטח או לצרכן את תוכן החוזה בנושא הנתון במחלוקת, לא נכון יהיה ליישם את הדוקטרינות הפרשניות כאמצעי התערבות לטובת צדדים חלשים.²⁷⁸ יודגש שאנו מודעים לקיומם של מצבים שבהם צרכן או מבוטח יסכימו לתנאי חוזה מקפחים תוך שהם מודעים להם, וזאת בשל פערי הכוחות העסקיים שבין הצדדים.²⁷⁹ נוסף על כך, אנו מכירים בהתערבות שמטרתה הגנה על צדדים שלישיים, השגת צדק חלוקתי כולל או אפילו פטרנליזם. עם זאת מן הסיבות שמנינו לעיל, במקרים שבהם החוזה משקף נכונה את ההסכמה שאליה הגיעו הצדדים בגלל פערי הכוחות ביניהם, איננו חושבים כי יש מקום להתערבות בחוזה בדרך של פרשנות, ואנו ממליצים על שימוש מתאים בדוקטרינות חוזיות ויעודיות ובחקיקה קוגנטית.

Dudi Schwartz, *Interpretation and Disclosure in Insurance Contracts*, 21 LOY. CONSUMER L. REV. 105 (2008).

276 לדין במעמדה של התכלית האובייקטיבית בפרשנות חוזים צרכניים ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א – יסודות ועקרונות (2001); אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט פס' 12.12 ואילך (2002).

277 הנחיתות האינפורמטיבית של המבוטח קיימת הן בשלב המקדמי שבטרם ההתקשרות בחוזה הביטוח (למשל, כאשר בשל פרוצדורת הכריתה המבוטח (שבכוח) איננו מודע לכך שהחוזה טרם נכנס לתוקפו), בתקופה החוזית (למשל, כאשר המבוטח איננו ער להתפתחות סיכון המוחרג מן הפוליסה) ובתקופה שלאחר קרות מקרה הביטוח (למשל, חוסר מידע על זכויותיו וחובותיו לאחר קרות מקרה הביטוח). ראו שוורץ ושלניגר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 70–75.

278 בפסיקה כיום, הן בארצות הברית והן בישראל, למצער באשר לכלל הפרשנות על פי הציפיות הסבירות של המבוטח, נעשה בו לעתים שימוש כדי לקבוע נורמות מבלי להבחין בין מצבים של בעיית מידע לבין מצבים שבהם אין בעיית מידע. ראו למשל רע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281 (1996). הצעה להבחנה דומה הוצעה גם על ידי שוורץ ושלניגר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 347–354, אם כי לשיטתם מבחן הציפיות הסבירות עשוי לשמש עקרון על חוץ-פרשני במקרים של כשלי שוק. לגישתנו, במצבים של כשלי שוק שאינם נובעים מבעיית מידע אין מקום לאימוץ כללי הפרשנות כמכשיר להתערבות, וראוי לפתח דוקטרינות ייעודיות להתמודדות עם אותם כשלי שוק.

279 השו"ב Ben Shahr, לעיל ה"ש 188.

4. סיכום הפרק

בפרק זה נותח המשפט הישראלי על רקע הדיון ההרמנויטי והנורמטיבי שנעשה בפרקים הקודמים. שילוב העמדות הקיימות במשפט הישראלי באשר לשלוש שאלות היסוד בפרשנות חוזים יגלה כי במשפט הישראלי נאבקות כיום שלוש תורות פרשניות מרכזיות: האחת היא תורת שני השלבים הקרובה ברוחה הפרשנית לגישת היצירה הלשונית, וברמה הפוזיטיבית היא מזכירה את דיני הפרשנות הקלסיים כמו גם את הגישה הפרשנית הנוהגת כיום בניו יורק. בשדה המחקר היא נתמכת על ידי חוקרים הנמנים עם הזרם הנאו-פורמליסטי. על פי גישה זו, במקרה שבקריאה ראשונה הטקסט החוזי ברור, יש לפסוק על פי הלשון, ואין להתחקות על הנסיבות. מבין השופטים שכיהנו בבית המשפט העליון בעשור האחרון רק השופט מצא דבק בגישה זו.²⁸⁰ בחלק מהמקרים הרטוריקה של השופט דנציגר מזכירה את הגישה, ועל כן יש הרואים גם בו נציג שלה.²⁸¹ אולם בפועל עד היום טרם יישם השופט דנציגר את הגישה הזו גם במצבים שבהם היה אפשר ללמוד מן הנסיבות על אומד דעת השונה מזה שעלה מקריאה ראשונה של החוזה.²⁸² ואנו מסופקים אם יעשה כך בעתיד.

התורה הפרשנית השנייה היא גישתו של השופט ברק כפי שהתגבשה בהלכות אפרופים ומגדלי ירקות. מבחינה הרמנויטית הגישה הזו משלבת את גישת היוצר התכליתית עם גישת הפרשן כיוצר. מן הבחינה התאורטית היא מגשימה את תאוריית חוזה היחס בגרסתה הקהילתית. מן הבחינה הפוזיטיבית היא ממשיכה – ויש שיאמרו אף מקצינה – מגמות חזקות בדיני החוזים הנאו-קלסיים. על פי גישה זו, בשלב ראשון יבקש הפרשן ללמוד על תכלית החוזה משלושה מקורות: ראשית, הוראות החוזה; שנית, נסיבות לבר-חוזיות המעידות על כוונת הצדדים. שני מקורות אלה מכונים "התכלית הסובייקטיבית של החוזה". מקור שלישי הוא ניתוח ההיגיון החוזי על רקע ערכים חברתיים של הגינות וצדק. גישה זו מכונה "התכלית האובייקטיבית של החוזה". באופן תאורטי על פי גישה זו לתכלית הסובייקטיבית עדיפות, אולם באופן מעשי סבורה הגישה כי בשל קושי להשיג את התכלית הסובייקטיבית, במקרים רבים הקביעה הסופית של תכלית החוזה תהא על פי התכלית האובייקטיבית. לאחר קביעת התכלית חוזר הפרשן לחוזה כדי לפרש את הוראותיו הקונקרטיות לאור תכליתו. על פי הגישה הזו, אף על פי

280 נציין כי בפסק דין אפרופים גם השופט דב לוין תמך ביישומה של גישת שני השלבים, אם כי מפסק דינו משתקפת דווקא גישת היצירה התכליתית, שכן לצד תמיכתו בגישת שני השלבים מוכן השופט לוין לאמוד מתוך החוזה עצמו את תכליתו גם כאשר הדבר כרוך בסטייה מלשון החוזה. בכך מייצג השופט דב לוין גישה פרשנית רביעית, שכונתה במאמר זה "גישה היצירה התכליתית".

281 ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 12.

282 אמנם המשנה לנשיא חשין מציע בדיון הנוסף של ארגון מגדלי ירקות פרוצדורה שעולה בקנה אחד עם תורת שני השלבים, ראו לעיל ה"ש 193, אולם פרוצדורה זו לא יושמה במשפט הישראלי מעולם.

שכלל ראו לעגן את הפרשנות בלשון החוזה, במקרים מסוימים רשאי השופט לתת לחוזה פרשנות שהלשון אינה סובלת כדי להגשים את תכליתו.²⁸³ התורה הפרשנית השלישית מזכירה את גישת היוצר הלשונית. מבין שופטי בית המשפט העליון, השופט ריבלין הוא המייצג את הגישה באופן המובהק, ולגישתו זו הדרך הנכונה לקרוא גם את גישתו של השופט דנציגר. ברמת המטרה, בדומה לגישה הקודמת גם גישה זו רואה באומד דעתו של היוצר הממשי את מטרת הפרשנות, ובנוסף הגישה כופרת בקיומם של שני שלבים פרשניים ומסרבת למצות את ההליך הפרשני בלשון החוזה גם כאשר זו נחזית כברורה. עם זאת גישה זו סוטה מהלכת אפרופים בשני מובנים: ראשית, לצורך איתור התכלית החוזית מתמקדת הגישה בניתוח החוזה מתוכו ובנסיבות לבר-טקסטואליות שיש בהן כדי להשליך על הכוונה הממשית של הצדדים, אך היא מסתייגת מן השימוש בתכלית האובייקטיבית של החוזה כאמצעי פרשני. נוסף על כך, לאחר שגובשה התכלית החוזית, שכאמור במונחי הגישה הקודמת היא התכלית הסובייקטיבית, עומדת הגישה על היכולת לעגן את התכלית הזאת בלשונו של החוזה או למצער במשמעות הלשונית הקונקרטית שייחסו הצדדים למילים מיוחדות בו. במקרים שבהם הדבר אינו אפשרי, תיסוג התכלית מפני הלשון.

283 ראו גם בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בדנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 8, שם היא עורכת את תמציתה של הלכת אפרופים כפי שנוסחה בידי השופט ברק (בפרשת אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 311–313): "חוזה מתפרש על פי אומד דעתם של הצדדים. אומד דעת זה הוא המטרות, היעדים, האינטרסים, והתכנית אשר הצדדים בקשו במשותף להגשים. על אומד הדעת למד הפרשן מלשון החוזה ומהנסיבות החיצוניות לו. שני מקורות אלה 'קבילים' הם [...] המעבר מהמקור הפנימי (לשון החוזה) למקור החיצוני (הנסיבות החיצוניות) אינו מותנה במילוי תנאים מוקדמים כלשהם. לא נדרשת כל בחינה מוקדמת אם לשון החוזה היא ברורה, אם לאו. זו תחבה רק בסימו של ההליך הפרשני [...] אם אומד הדעת הסובייקטיבי של אחד הצדדים שונה מזה של הצד השני, אין כל אפשרות לגבש אומד דעת סובייקטיבי משותף. החוזה יפורש במקרה זה, כמו גם במקרים אחרים בהם אומד הדעת הסובייקטיבי המשותף אינו רלבנטי לפתרון הבעיה הפרשנית הניצבת לפני השופט, על פי תכליתו האובייקטיבית. התכלית האובייקטיבית של החוזה היא המטרות, האינטרסים, והתכליות שחווה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים. התכלית האובייקטיבית מוסקת מתוך 'אופייה מהותה של העיסקה שנקשרה בין הצדדים [...] זהו מבחן אובייקטיבי. הוא מושפע מעקרונות תום הלב וממערכת הערכים שהוא מבטא. הוא נגזר משיקולים של הגיון [...] תכליתו (הסופית) של החוזה מתגבשת על בסיס התכליות הסובייקטיביות ('אומד דעת הצדדים') והתכליות האובייקטיביות של החוזה. עם זאת, בהתנגשות ביניהם, יד התכלית הסובייקטיבית ('אומד דעת הצדדים') על העליונה [...] זאת ועוד: בגדרי התכלית הסובייקטיבית, נתונה עדיפות נורמטיבית לאומד הדעת העולה מלשונו הרגילה והטבעית של החוזה, על פני אומד הדעת העולה מלשונו החריגה או מהנסיבות החיצוניות [...] הנה כי כן, לא מבחן דו-שלבי אשר לשונו הברורה או הלא-ברורה של החוזה משמשת נקודת היתוך ראייתית שלו, אלא מבחן חד-שלבי, ובו תנועה בלתי פוסקת מלשון החוזה לנסיבותיו החיצוניות, תוך יצירת חזקה הניתנת לסתירה כי תכלית החוזה היא זו העולה מלשונו הרגילה של החוזה. חזקה זו ניתנת לסתירה באמצעות מכלול הנסיבות".

מבין הגישות הרווחות במשפט הישראלי גישתנו קרובה ביותר לגישה האחרונה, היינו גישת היוצר הלשונית, וזאת בשתי הסתייגויות שהן למעשה הפכים: האחת, שכאשר צדדים שווים הסכימו למצות את תהליך הפרשנות ביצירה ולשלול את קבילותן של ראיות שמעבר לטקסט החוזי, יש לתת תוקף להסכמתם, ובדומה לכך במקרים של חוזים מפורטים מאוד או חוזים הנערכים בין ארגונים גדולים באופן שבו אין מתקיימת זהות פרסונלית בין מנסחי החוזה לבין מבצעיו, ראוי לתת משקל מכריע, בקירוב, ליצירה על פני היוצר ולהימנע בשלב ההכרעה השיפוטית מלבסס את פרשנות החוזה על נסיבות ומידע חיצוניים לטקסט כאשר אומד הדעת העולה מהנסיבות הללו חורג מאומד הדעת העולה מן החוזה הכתוב. השנייה, במצבים שבהם קיימים פערי מידע בין הצדדים ואחד מן הצדדים ניצל פערים אלה כדי לנסח חוזה שאינו משקף את הציפיות הסבירות של שני הצדדים, אנו נוטים לקבל את התכלית האובייקטיבית כמקור פרשני מרכזי תוך נכונות מרחיקת לכת להגמשת המשמעות הלשונית של הכתוב. בנוסף, ברוח הגישה ההרמנויטית המתארת את הפרשן כיוצר אנו סבורים כי לעתים אין מנוס מעיצובן של ברורות מחדל פרשניות ערכיות, ולטעמנו יש לעצב ברורות מחדל אלה באופן שיתרום לעיצובן של מגוון רחב ופלורליסטי של אפשרויות ליצירת יחסים חוזיים בחברתנו.

אפילוג

לאחרונה אמר המחוקק את דברו ותיקן את הוראות חוק החוזים העוסקות בפרשנות חוזים.²⁸⁴

סעיף 25(א) לחוק החוזים לאחר התיקון קובע כך:

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

סעיף 25(ב) לאחר התיקון קובע כי:

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

מעורבות חקיקתית זו היא בעלת משמעות דרמטית הן משום שזהו התיקון המהותי היחיד שנעשה בחוק החוזים הכללי מיום חקיקתו, והן משום שתיקון החוק נעשה בד

284 ראו חוק החוזים, תיקון מס' 2, לעיל ה"ש 13.

בבד עם תהליך חקיקת הקודקס האזרחי המצוי בעיצומו, ואשר עשוי להעלות מחדש את הוויכוחים בנוגע לאופן פרשנות חוזים במשפט הישראלי.²⁸⁵ אין ספק שהמוטיבציה הראשונית של יזמי התיקון לחוק כפי שבוטאה הן בדבריהם בכנסת²⁸⁶ והן מעל לבמות חוץ-פרלמנטריות,²⁸⁷ כוונה נגד הלכת אפרופים כפי שהובנה על ידיהם. חרף כוונה זו הניסוח הסופי שהתקבל מעורר ספקות רבים אם אכן בוטלה הלכת אפרופים.²⁸⁸ בשאלת השפעתו של התיקון על המצב המשפטי הקיים נחלקו גם שופטי בית המשפט העליון. השופט דנציגר גרס בכמה הזדמנויות כי החוק החדש שינה את ההלכות הקיימות, בהעניקו ללשון החוזה משקל מכריע.²⁸⁹

²⁸⁵ ראו הנוסח בס' 122(א) להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 13 ("חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין"). על הדיבור הכפול של המחוקק המשתקף במתח שבין הצעת חוק דיני ממונות לבין התיקון שכבר התקבל לחוק החוזים ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 12.

²⁸⁶ ראו למשל דברי יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר הכנסת דוד רותם בדיון בכנסת ביום 17.1.2011 (פרוטוקול ישיבה מס' 204 של הכנסת ה-18, 167 (17.1.2011)): "כלל הפרשנות הקיים, כפי שפורש על-ידי בית-המשפט העליון בפסק-דין בעניין 'אפרופים', מעניק משקל שווה בפרשנות החוזה ללשון החוזה ולנסיבות כריתתו. פרשנות זו שניתנה לחוק בהלכת אפרופים, יצרה חוסר ודאות משפטית ופתחה פתח לריבוי מחלוקות והתדיינויות, ולהתמשכותם של הליכים משפטיים ולהגברת העומס על מערכת המשפט [...]". ראו גם דברי עו"ד ליפא מאיר בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט (פרוטוקול ישיבה מס' 310 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 3 (4.1.2011)): "אני חושב שצריך לתת קריאת כיוון מסוימת לבתי המשפט במובן זה שההלכת אפרופים והלכת מועצת הירקות, שקבעו מגבלות או קבעו דרך לפרש את החוזה, נתנו מקום פחות מדי, או נחות מדי, למה שהצדדים מבטאים בחוזה באמצעות לשון החוזה עצמה [...]".

²⁸⁷ ראו התבטאויותיו של חבר הכנסת יריב לוין כפי שצוטטו אצל: שחר אילן "חוק עוקף אפרופים" **The Marker** 23.2.2009 www.themarker.com/law/1.523952; שלמה פיטרקובסקי "הכנסת נגד אהרון ברק" ערוץ 7 5.1.2011 www.inn.co.il/News/News.aspx/213723; טל רוזנר "הצעת חוק: לבטל את הלכת אפרופים בעניין פרשנות חוזים" גלובס 13.1.2011 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000615094.

²⁸⁸ ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 12; כהן, לעיל ה"ש 14; אורי בן אוליאל "אפרופו ברק" גלובס 9.3.2011 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000628892, הסבורים כי על אף בעיות הניסוח תיקון מס' 2 אכן ביטל את הלכת אפרופים. אולם השוו יובל פרוקציה "חוזה לך ברח" גלובס 16.2.2011 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000623873 ("המחוקק התכוון, אולי, בגמלוניותו, לבטל את הלכת אפרופים, אך כוונה כזו אינה עולה מן התיקון"). ראו גם זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 14, המציג נימוקים לשוניים התומכים גם באפשרות שתיקון מס' 2 לא ביטל את הלכת אפרופים.

²⁸⁹ ראו דבריו של השופט דנציגר בעניין אבנר, לעיל ה"ש 212 ("סבורני, כי אכן ההיסטוריה החקיקתית של התיקון לסעיף 25(א) לחוק החוזים מלמדת כי עסקינו בתיקון מהותי של הוראת החוק העוסקת בפרשנות חוזה, תיקון המבטא את העמדה הנורמטיבית בה בחר המחוקק, עמדה הנותנת משקל מכריע ללשון החוזה, אך אינה שוללת פניה לנסיבות החיצוניות לצורך פרשנותו מקום בו הלשון

לאחרונה בעניין המל"ל נ' סהר²⁹⁰ נחלקו השופטים בנושא. השופט הנדל גרס אף הוא כי התיקון שינה את המצב הקיים והציג גישה פרשנית מורכבת, שבהמשך הדברים נעמוד על עיקריה, המשקפת לשיטתו את תורת הפרשנות שקבע התיקון לחוק. לעומת שתי הגישות הקודמות סברו השופטים ריבלין וג'ובראן באותה הפרשה כי התיקון מאמץ את הלכת אפרופים עם תמרורי האזהרה שנקבעו להלכה זו בפרשת ארגון מגדלי ירקות, ומשום כך לא שינה החוק את המצב המשפטי שקדם לו.²⁹¹ לאחר שנחשף לגישתו הפרשנית של השופט הנדל גרס השופט ריבלין כי גישתו של הנדל אינה שונה מהותית מעמדתו.²⁹²

לשיטתנו, העמידות באשר לתיקון החוק ויחסו להלכת אפרופים, אי-ההסכמה בין פרשני התיקון, ואפילו בעניין השאלה אם קיימת ביניהם מחלוקת נובעים מחוסר המודעות של רבים ממעצבי השיח המשפטי להבחנה בין שלושת הוויכוחים ההרמנויטיים (גישת היוצר מול גישת היצירה; גישת הפרשנות הלשונית מול גישת פרשנות המשמעות [התכליתית]; מעמדו של הפרשן כיוצר), ולהכרעות שניתנו בפרשת אפרופים באשר לכל אחד מהם.

ככל שמדובר בביטול תורת שני השלבים ובקביעת אומד דעת הצדדים הממשיים כמטרתה של פרשנות החוזה, תיקון החוק לא רק שלא ביטל את הלכת אפרופים אלא להפך, הוא עיגן אותה באופן מפורש בחקיקה. ראשית, הרישה של סעיף 25(א) המתוקן קובעת כי "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין". זוהי הלכת אפרופים, הקובעת את גישת היוצר כמטרת הפרשנות תוך שהיא מבטלת את המדרג שבין השלבים השונים של הפרשנות. שנית, גם על פי הצעות החוק השונות שהוגשו עולה בבירור העדפת גישת היוצר מאחר שהן התנו את פרשנות החוזה בכך "שטענה בדבר תוכנו ותוצאתו של פירוש כאמור נטענה במפורש על ידי צד להליך המשפטי בעניין פרשנות החוזה, במסגרת סיכומי טענותיו"²⁹³ או שעל החוזה

החזוית אינה ברורה"; ראו גם בע"מ 8457/11 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 3.1.2012) ("סבורני כי תיקון סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, שנעשה במסגרת חוק החוזים (חלק כללי) תיקון מס' 2, התשע"א-2011, ס"ח 202 (להלן: תיקון מס' 2), תומך אף הוא בגישה לפיה ללשון החוזה ינתן משקל מכריע בבוא בית המשפט לפרשו". ראו גם דנציגר ומצקין, לעיל ה"ש 16, הטוענים כי התיקון לחוק יוצא נגד הלכת אפרופים אם כי הוא איננו מבטלה כליל.

²⁹⁰ ראו לעיל ה"ש 8.

²⁹¹ ראו בפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין המל"ל נ' סהר, שם, פס' 26-29 לפסק הדין. ראו גם פסק דינו של השופט ג'ובראן באותו עניין.

²⁹² ראו שם, פס' 40 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין: "חברנו מוצא שוני עקרוני בין גישתו הפרשנית לגישתנו, כפי שתוארה לעיל. עם זאת, לשיטתנו, למרות ההבדלים הרטוריים שבין שתי הגישות, מן הבחינה המהותית חד הן".

²⁹³ הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – כללי פרשנות חוזה), לעיל ה"ש 6.

להתפרש "באופן שתואם, ככל הניתן, את הפירוש שניתן לו על ידי הצדדים".²⁹⁴ כפי שראינו, דווקא גישת היצירה הממוקדת בטקסט החוזי היא שהקנתה לבתי המשפט את הסמכות לפרש את החוזה שלא בדרך שבו פורש על ידי הצדדים לחוזה.²⁹⁵ אכן, הסיפה של החוק המתוקן מזכירה במקצת את הנוסח המקורי של סעיף 25(א) בקבעה כי "אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו",²⁹⁶ ברם אנו מתקשים להאמין שמי שסירב לפרש את הנוסח המקורי של סעיף 25(א) כמורה על פרשנות על פי תורת שני השלבים ישתכנע לאור תיקון החוק שזוהי דרישת המחוקק.

גישתנו שונה באשר להיבט השני של הלכת אפרופים, שבמרכזו היכולת של השופט הפרשן להעניק לטקסט החוזי מובן שהלשון אינה סובלת כדי להגשים את תכליתו, או במינוח שבו משתמש מחקר זה – העדפת הגישה התכליתית על פני הגישה הלשונית. בעינינו, מבעד ללשונו הקלוקלת של הסיפה לתיקון עולה ההנחה שלא לעוות את המשמעות הלשונית של הביטויים המופיעים בחוזה בדרך שהצדדים עצמם לא התכוונו לה.²⁹⁷ גם אם הדבר נועד להגשים את אומד הדעת העולה מהחוזה ומן הנסיבות. לגישה זו ביטוי גם בנוסח הצעת החוק שהוגשה בשנת 2009, שלפיו "חוזה יפורש על פי תוכנו המילולי",²⁹⁸ והיא משתלבת היטב גם עם התכלית שעמדה בפני המחוקקים (במובן של גישת היוצר), אשר בדברי ההסבר לחוק קבעו כי "מטרת הצעת חוק זו היא לקבוע כללי פרשנות לחוזים אשר יגבירו באופן משמעותי את הוודאות המשפטית ויבטיחו היצמדות

294 הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), לעיל ה"ש 6.

295 ראו לעיל חלק ראשון, ס' 1, וכן חלק שני, ס' 1(א) שם הוצגה הפסיקה המסורתית שדבקה בגישת היצירה.

296 השוו כאמור נוסח הסעיף המקורי: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות".

297 אכן, יש להודות כי הפרשנות המילולית של הסיפה לתיקון נראית כעוסקת באומד הדעת העולה מתוך החוזה עצמו ולא דווקא המובן הלשוני בעיני הצדדים שעלה מהנסיבות. על פי פרשנות זו, במקרה שלשון החוזה ברורה מתוכו אי אפשר לחרוג ממנה גם אם עולה מן הנסיבות כי הצדדים התכוונו למובן לשוני שונה מזה העולה מלשון החוזה הפשוטה. עם זאת על פי פרשנות זו, במצבים שבהם לשון החוזה ברורה מתוכו, מה הטעם לאפשר לצדדים להביא ראיות בדבר הבנתם הספציפית כפי שקובעת הרישה אם בסופו של דבר בית המשפט – גם אם ישתכנע כי הצדדים ייחסו לחוזה מובן שונה ממשמעותו הלשונית – אינו רשאי להעניק לחוזה את המובן שייחסו לו הצדדים? לכן נראה בעינינו כי את הסיפה יש לפרש בדרך הנותנת משקל מכריע למובן הלשוני בעיני הצדדים ולא למובן הלשוני המופשט המתאים יותר לגישת היצירה.

298 תיקון ס' 25(א) להצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – כללי פרשנות חוזה), לעיל ה"ש 6.

מרבית לתוכנו המילולי של החוזה ולהסכמות שהיו בין הצדדים עובר לכריתתו.²⁹⁹ בכך אימץ המחוקק – אף כי בדרך פתלתלה – את הגישה הפרשנית של היוצר הלשונית שבה תומך גם מחקר זה.

נוסיף ונאמר כי גם אם שופטי בית המשפט העליון שדנו בתיקון לחוק לא השתמשו במינוח ההרמנויטי "גישת היוצר הלשונית", ניתוח גישתם הפרשנית של ארבעת השופטים שדנו בתיקון לגופו³⁰⁰ תגלה כי חרף הבדלים מסוימים ברטוריקה ובדגשים גישות השופטים לפרשנות התיקון מצויות בתוך המתחם שקובעת גישת היוצר הלשונית. למשל, בעניין המל"ל נ' סהר, לשיטתו של השופט ריבלין, שבה תמך גם השופט ג'ובראן, התיקון לחוק אימץ את הלכת אפרופים וקבע כי מטרת הפרשנות היא אומד דעת הצדדים הנלמדת הן מהחוזה עצמו והן מהנסיבות (במונחי מחקר זה אימוץ גישת היוצר ודחיית גישת היצירה).³⁰¹ לצד זאת קבע השופט ריבלין כי התיקון עיגן את תמרורי האזהרה שנקבעו בפרשת ארגון מגדלי ירקות, ובכלל זה את החובה של הפרשן לעגן את הפרשנות בלשון החוזה כפי שהובנה על ידי הצדדים. בכך דחה השופט ריבלין את גישת היוצר התכליתית, הקובעת שמותר לפרשן לתת לחוזה מובן שהלשון אינה סובלת ואימץ את גישת היוצר הלשונית.³⁰² יתרה מזו, בפרק ההרמנויטי עמדנו על כך שההבדל בין גישת הפרשנות הלשונית לבין גישת הפרשנות התכליתית אינו מתמצה במקרה הקצה שבו הלשון אינה יכולה לסבול את הפרשנות התכליתית, והוא עוסק גם במשקל היחסי

299 ראו דברי ההסבר להצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – כללי פרשנות חוזה), לעיל ה"ש 6: "נוכח האמור לעיל, מוצע לקבוע כללים פשוטים וברורים לפרשנות חוזה, אשר יעמידו במרכז את תוכנו המילולי תוך הגבלת הפרשן לפירוש אשר נטען לפחות על ידי אחד הצדדים להליך המשפטי".

300 מעניין כי בניגוד לשופטים שפרסו את משנתם בעניין משמעות התיקון גם במקרים שבהם הדבר לא נדרש לצורך ההכרעה בסכסוך הקונקרטי, שופטים אחרים נמנעו מדיון תאורטי בעניין והעדיפו להותיר את פרשנות החוק למקרים שבהם להכרעה בתורה הפרשנית תהיה השלכה מעשית. ראו למשל דברי השופט פוגלמן בעניין מפעלי תרנ"א, לעיל ה"ש 253 ("השאלה אם תיקון מס' 2 יוצר שינוי באופן פעולתו של הפרשן ואם כן באיזה אופן, טרם הוכרעה בפסיקתו של בית משפט זה. בענייננו, אומד דעת הצדדים אינו עולה באופן מפורש מלשון החוזה ביחס לאף אחת מהשאלות הפרשניות העומדות להכרעה בערעור זה, ולפיכך אין צורך להידרש לשאלת תחולת התיקון האמור בענייננו, כמו גם לפרשנותו – שלא הועלתה על ידי הצדדים בהליך זה"). ראו גם דברי השופט נאור בעניין אבנר, לעיל ה"ש 212 ("נחצה את הגשר כשנגיע אליו"). נציין עוד כי נכון להיום אף אחד מן השופטים המזוהים עם גישת היוצר התכליתית כפי שנוסחה בפסק דין אפרופים המקורי (שחלקם פרשו מובן כבר מבית המשפט) לא הביע את דעתו באשר להשפעת התיקון על דיני הפרשנות הנוהגים.

301 ראו את דברי המשנה לנשיאה ריבלין בפס' 16 לפסק דינו בעניין המל"ל נ' סהר, לעיל ה"ש 8: "תיקון זה, בנוסח שהתקבל לבסוף, אינו אלא אימוץ של השיטה הפרשנית שהונהגה בעניין אפרופים".

302 ראו את הניתוח המורכב של המשנה לנשיאה ריבלין, שם, פס' 18–29.

שהגישות מעניקות למתודות הלשוניות של הפרשנות אל מול המתודות התכליתיות.³⁰³ לשיטתו של השופט ריבלין, גם בנושא זה אימץ התיקון את הגישה הלשונית, שכן לשיטתו הסיפה של סעיף 25 (א) המתוקן קובעת חזקה פרשנית שלפיה הצדדים לחוזה התכוונו למובן הלשוני הרגיל של דבריהם.³⁰⁴

בדומה לשופט ריבלין גם השופט הנדל מסכים בעניין המל"ל נ' סהר כי התיקון דחה את תורת שני השלבים ואימץ את הלכת אפרופים הן ברמה הפרוצדורלית – בקבעו שהדיון בטקסט ובנסיבות נערך בשלב אחד – והן ברמה המהותית, הקובעת את אומד דעת הצדדים כמטרת הפרשנות.³⁰⁵ עם זאת בדומה לגישת היוצר הלשונית, השופט הנדל מטעים במפורש כי הפנייה לנסיבות נחוצה כדי לבדוק אם הצדדים העניקו לביטויים בחוזה מובן שאינו תואם את מובנם הלשוני השגרתי,³⁰⁶ אך היא איננה יכולה להעניק לגיטימציה לחריגה מן המובן הלשוני של המילים שנועדה להגשים את תכלית החוזה.³⁰⁷ לצד אימוץ גבולות הגזרה שקובעת גישת היוצר הלשונית, המאפשרת לחרוג ממשמעותה הלשונית המקובלת של היצירה רק באותם מקרים שבהם ההיחשפות לנסיבות תלמד שהצדדים כיוונו למובן לשוני שונה מן ההבנה השגרתית, ניסח השופט הנדל גם כללי משקל התואמים אף הם את הגישה הזאת.³⁰⁸

303 ראו לעיל חלק ראשון, ס' 2.

304 ראו פס' 19 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין המל"ל נ' סהר, לעיל ה"ש 8, שם הוא מציע אפשרות זו לפרשנות הסיפה של ס' 25 (א) המתוקן. נזכיר כי לדעת השופט ריבלין חזקה זו כבר נקבעה בפסק דין אפרופים, לעיל ה"ש 1, ולכן גם בהיבט זה החוק המתוקן לא שינה את המצב הקיים.

305 ראו פס' 4.ב. לפסק דינו של השופט הנדל בעניין המל"ל נ' סהר, לעיל ה"ש 8.

306 ראו פס' 1.5. לפסק דינו של השופט הנדל, שם: "השפה היא כללית אך יש שפה שלא בהכרח מוכרת לבית המשפט, ומקורה בנוהג באגף מסויים, נוהג העבר בין הצדדים או קודים פרטיקולריים. בהתאם, קבלת ראיות חיצוניות לחוזה עשויה לגלות לבית המשפט את הלשון המפורשת של החוזה".

307 בדומה לשופט ריבלין אף השופט הנדל (ראו פס' 4 ו-5 לפסק דינו) עורך בהקשר זה ניתוח מדויק ללשונו של החוק המתוקן תוך התייחסות להבחנה בין הוראות הרישה והסיפה לתיקון. לדעת השופט הנדל, על פי התיקון לחוק יש להבחין בין שני מצבים: במצב האחד שבו עוסקת הסיפה לתיקון, לאחר התהליך המשולב של איתור אומד דעת הצדדים הן מלשון החוזה והן על ידי הפנייה לנסיבות ישתכנע השופט כי החוזה מפורש מתוכו, דהיינו שהמובן הלשוני העולה מן החוזה תואם את זה שכיוונו לו הצדדים. במקרה כזה על הפרשן להעניק ללשון החוזה משקל מכריע. לעומת זאת במקרה האחר שבו עוסקת הרישה לאחר שייחשף השופט הן לחוזה והן לנסיבות, יתערער ביטחונו בכך שאומד דעת הצדדים אכן משתמע במפורש מתוך החוזה. במקרה כזה על השופט לפרש את החוזה הן על סמך לשון החוזה והן על סמך הנסיבות אף כי גם במקרה זה יש להעניק ללשון החוזה משקל עדיף.

308 חרף קביעתנו כי כל שיטות השופטים בעניין המל"ל נ' סהר, לעיל ה"ש 8, נופלים בגדרה של גישת היוצר הלשוני איננו מסכימים עם הערתו המסכמת של השופט ריבלין שם שלפיה המחלוקת בינו

לכאורה מלשונו של השופט דנציגר בפרשת **אבנר**, שלפיה התיקון מבטא "עמדה הנותנת משקל מכריע ללשון החוזה אך אינה שוללת פניה לנסיבות החיצוניות לצורך פרשנותו מקום בו הלשון החוזית אינה ברורה"³⁰⁹, עולה מסקנה שונה, ולפיה הפנייה לנסיבות לצורך איתור ההבנה המשותפת של הצדדים לחוזה מותרת רק כאשר לשון החוזה אינה ברורה. עמדה זו מתאימה לתורת שני השלבים הקרובה דווקא לגישת

לבין השופט הנדל היא רטורית בלבד. לדעתנו בתוך המתחם שקבעה גישת היוצר הלשוני קובעת גישתו הפרשנית של השופט הנדל כמה חידושים בדיני הפרשנות שלא ברור אם השופטים האחרים בפסק הדין שותפים להם:

ראשית, באותם המקרים שבהם גם לאחר ההיחשפות לנסיבות יתברר לפרשן שלשון החוזה מפורשת מתוכו, אכן אין מחלוקת בין גישות השופטים בפסק הדין, ובדומה לשופט הנדל, הקובע כי במקרה כזה יש להעניק ללשון החוזה משקל מכריע, גם השופטים ריבלין וג'ובראן יפרשו את החוזה לפי הבנתו הלשונית. שונים הדברים במקרים שבהם לאחר ההיחשפות ללשון החוזה ולנסיבות כריתתו יגיע השופט למסקנה שלשון החוזה מאפשרת לשאת שתי פרשנויות: אחת מהן משתלבת טוב יותר עם פרשנות החוזה מתוכו, ואילו השנייה מסתברת יותר לאור הנסיבות. לגישתו של השופט הנדל, אף כי במקרה כזה אין להעניק לפרשנות החוזה מתוכו משקל מכריע, יש להעניק לה בכל זאת משקל עודף. לעומת זאת אף כי גם השופט ריבלין מאמץ את החזקה שלפיה הצדדים התכוונו למובן הלשוני של דבריהם כחזקה פרשנית, לא ברור אם לגישתו במקרה מהסוג המתואר יש להעדיף את הפרשנות העולה מתוך החוזה על פני זו המסתברת מתוך הנסיבות (לצורך השלמת התמונה בהקשר זה נזכיר כי אף הגישה הנורמטיבית שהוצעה במחקר זה (ראו לעיל חלק שני, ס' 3) מכירה בצורך להעניק במקרים שונים משקל יחסי שונה לפרשנות המכוונת ליוצר ולזו המכוונת ליצירה, אף כי גישתנו כוללת פרמטרים נוספים שאינם כלולים בגישתו של השופט הנדל, אשר עוסקים בין היתר בטיב הצדדים, ביחסיהם הכלליים וברמת המפורשות של החוזה).

שנית, מלבד ההסכמה העקרונית עם גישת היוצר הלשוני שלפיה הלשון מגבילה את הפרשנות, שלה שותפים הן השופט הנדל והן השופט ריבלין, מציע השופט הנדל הבחנה חשובה גם לעצם התהליכים הפרשניים הלבר-לשוניים שנועדו לבחון את אומד דעתם של יוצרי החוזה. על פי השופט הנדל יש להבחין בין תכלית סובייקטיבית לבין כוונה סובייקטיבית. האחרונה נועדה להשיב מבחינה עובדתית לשאלה היסטורית – מה הייתה כוונת הצדדים כאשר כללו תניה מסוימת בחוזה (ייתכן אף כי הדבר לא נאמר במפורש על ידי השופט הנדל שהכוונה בהקשר זה היא כמו מה שמכונה במחקר זה "המובן הלשוני של החוזה" בעיני הצדדים הקונקרטיים). לעומת זאת התכלית הסובייקטיבית עניינה ניתוח אנליטי של יעדם של הצדדים הקונקרטיים בחוזה ופרשנות התניה הנתונה במחלוקת לאור היעדים הללו גם אם פרשנות זו לא עלתה באופן קונקרטי על דעתם של הצדדים בעת שנוסחה התניה שבמחלוקת. הבחנה זו, המצמצמת מאוד את המתודות הפרשניות הקבילות לניתוח אומד דעתם של הצדדים לחוזה, אפילו במקרים שבהם לשון החוזה אינה ברורה, לא הוכרה עד היום במשפט הישראלי, ולא ברור אם גם מכאן ולהבא יפעלו יתר שופטי בית המשפט על פיה.

לבסוף, כפי שנראה להלן, חלוקים השופטים הנדל ודנציגר מחד והשופטים ריבלין וג'ובראן מאידך בדבר הרלוונטיות של גישת הפרשנות המכונה "התכלית האובייקטיבית", לאחר התיקון לחוק החוזים.

309 ראו לעיל ה"ש 212 (ההדגשה הוספה – ש"ל וא"פ).

היצירה הלשונית. עם זאת במאמר שנכתב לאחרונה פרס השופט דנציגר את שיטתו הפרשנית והבהיר כי אין לאמץ את גישת שני השלבים, וכי גם לשיטתו אין לייחס לביטוי מסוים בחוזה את מובנו המילולי, ואפילו מדובר במובן חד-משמעי מן הבחינה הלשונית, כאשר ברור מן הנסיבות שהצדדים כיוונו למובן אחר.³¹⁰ על רקע הדברים הללו אפשר לסכם כי גם גישתו של השופט דנציגר לפרשנות התיקון, לפחות כאשר מובאת בחשבון גם כתיבתו הלב-שיפוטית, נופלת בגדרה של גישת היוצר הלשונית.³¹¹ ומה בדבר הגישה הפרשנית המכונה בהרמנויטיקה "הפרשן כיוצר"? ככל שמדובר בהצעות החוק, ³¹² בדברי ההסבר להצעות החוק³¹³ ואף בדיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט,³¹⁴ נראה שיזמי החוק ביקשו להתייחס גם להיבט השלישי של הלכת אפרופים

310 ראו דנציגר ומצקין, לעיל ה"ש 16. אנו מודים לכותבים שבנדיבותם העבירו לנו טיוטה מתקדמת של המאמר אף שאין מדובר בגרסה סופית.

311 עם זאת אף על פי שגם השופט דנציגר נכון להתיר לצדדים להביא ראיות שיוכיחו כי המובן הלשוני שייחסו לביטוי בחוזה שונה מן ההבנה המקובלת, דומה כי לפחות ברמה ההצהרתית מדגיש השופט דנציגר יותר מן השופטים האחרים בבית המשפט את נטל הראיה הגבוה שיוטל על מי שביקש להוכיח את הפער בין המובן הלשוני לבין המובן שלו כיוונו הצדדים. נוסף על כך, הרושם הכללי המתקבל מקריאת תורתו הפרשנית של השופט דנציגר הוא כי סובלנותו לפרשנויות לשוניות לא שגרתיות מועטה, וכי גם במקרים שבהם באופן תאורטי הטקסט ניתן לכמה פרשנויות הוא יעדיף את הפרשנות הלשונית המקובלת. משום כך, לפחות ברמה ההצהרתית, גישתו היא המצמצמת ביותר במשקל שיש להעניק ליצר אל מול היצירה ולתכלית אל מול הלשון. עם זאת חשוב לציין כי לפחות עד היום המחלוקת הפרשנית התאורטית בין השופט דנציגר לבין השופטים האחרים לא הולכה להבדל מעשי בתוצאה הפרשנית. ימים יגידו אם מגמה זו תימשך גם בעתיד.

312 ראו למשל הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), לעיל ה"ש 6, הקובעת בס"ק (2ב) כי "חוזה יפורש באופן שתואם, ככל הניתן, את הפירוש שניתן לו על ידי הצדדים".

313 ראו דברי ההסבר להצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון – כללי פרשנות חוזה), לעיל ה"ש 6: "כללי הפרשנות הקיימים כיום אינם עולים בקנה אחד עם מהותו של החוזה ועקרון היסוד העומד בבסיסו – היותו תולדה וביטוי של הסכמה רצונית אליה הגיעו הצדדים שכרתו אותו. כללי הפרשנות הקבועים בחוק מאפשרים לפרשן לבחור בפירוש הנראה בעיניו כמתאים וכנכון, הגם שפירוש כאמור לא נטען כלל על ידי מי מהצדדים לחוזה במהלך ההליך המשפטי כולו. בכך, נוצר מצב אבסורדי בו נשללת הלכה למעשה מהותו ההסכמית של החוזה, ונכפה על הצדדים פירוש אשר אף לא אחד מהם סבור כי הוא הולם ותואם את רצונותיהם וכוונותיהם כפי שהיו בעת כריתתו של החוזה. מצב זה אינו עולה בקנה אחד אף עם הוראות החוק עצמו, שעה שסעיף 24 לחוק המופיע בצמוד לסעיפים הדנים בכללי פרשנות החוזה, קובע במפורש כי: 'תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים'".

314 ראו למשל דבריו של עו"ד ליפא מאיר בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 286 (4.1.2011): "המסר שניתן הוא שהצדדים הם שקובעים את החוזה ובית המשפט הוא לא הצד השלישי לחוזה, כמו שנאמר באחד מהמאמרים הביקורתיים על פסק דין אפרופים. כשכית המשפט מתחיל לבדוק את הנסיבות ובודק מסביב ובודק את הפרשנות האובייקטיבית, אז הוא בכלל שם צד שלישי, שזה בעצם דעתו של בית המשפט, ואז כמובן מה שהצדדים אומרים זה צד א' וצד ב', ויש צד שלישי שהוא כאילו האובייקטיבי".

ולמאבק שבין הצדדים לבין ערכי הפרשן, או במונחים המוכרים – למאבק שבין התכלית הסובייקטיבית של החוזה לבין תכליתו האובייקטיבית – תוך העדפת הראשונה. ברם על פי נוסח החוק שהתקבל לבסוף, היבט זה לא זכה לעיגון מפורש בחוק.³¹⁵ אדרבה, החוק שהתקבל הרחיב את כלל הפרשנות שכנגד המנסח למצבים שבהם לצד מסוים יש עדיפות בעיצוב תנאיו,³¹⁶ ובהיבט זה החוק מחזק דווקא את מקומה של התכלית האובייקטיבית.³¹⁷

לסיכום, לגישתנו התיקון לחוק מאמץ את גישת היוצר ואת ביטול הלכת שני השלבים כפי שנקבע בהלכת אפרופים. בד בבד התיקון מחליש את הנכונות שנקבעה באותה הלכה לתת לחוזה פרשנות שהלשון אינה סובלת כדי להגשים את תכליתו, ובאופן כללי ברוח גישת היוצר הלשוני מחזק התיקון את משקל המתודות הלשוניות לעומת אלה התכליתיות. לשיטתנו, נוסח התיקון לחוק אינו עוסק במהותה של תכלית החוזה, וודאי שאינו שולל את האפשרות לגבות את התכלית העולה מנוסח החוזה ומן הנסיבות גם בפרשנות על פי גישת הפרשן כיוצר, או בטרמינולוגיה המוכרת, באמצעות שימוש בתכלית האובייקטיבית של החוזה. בנושאים הללו ימשיכו השופטים לפעול על פי התפיסות שגיבשו עוד בטרם התיקון.

בשולי הדיון המהותי בתיקון לחוק נבקש להתייחס לגישות שתקפו את מתקני חוק החוזים על עצם היומרה לעסוק בענייני פרשנות בטענה כי מדובר בנושא שיש להותיר אותו לבתי המשפט ללא מעורבות מצד המחוקק.³¹⁸ לגישתנו, למחוקק תפקיד חשוב

315 ראו גם כהן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 105: "והנה התיקון של סעיף 25(א) אינו מתייחס מפורשות לזיקה שבין עיקרון תום הלב לפרשנות חוזה, ומלשון התיקון כשלעצמה לא ניתן להסיק שלא ניתן להפעיל את עקרון תום הלב כדי לתקן את החוזה במקרה דוגמת אפרופים למרות שברור שזו כוונתו". נציין בהקשר זה כי בניגוד לדבריה של כהן, השופט הנדל פירש בפסק הדין בעניין המל"ל ג' סהר, לעיל ה"ש 8, את אי-ההתייחסות של המחוקק לעניין התכלית האובייקטיבית כהסדר שלילי, ולשיטתו התכלית האובייקטיבית אינה עוד חלק מדיני הפרשנות בישראל. בכך קרובה גישתו של השופט הנדל לזו של השופט דנציגר, המתנגד אף הוא לשימוש בגישת התכלית האובייקטיבית או בלשונו הפרשן כיוצר במסגרת פרשנות חוזים. מתונה יותר היא עמדתו של השופט ריבלין, הסבור כי הפרשנות התכליתית האובייקטיבית עורנה חלק מדיני הפרשנות בישראל אף כי יש ליתן לה מקום מצומצם.

316 ראו כאמור הניסוח של ס' 25(ב): "חוזה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו".

317 נציין כי על אף התנגדותנו העקרונית לפרשנות חוזים על יסוד התכלית האובייקטיבית אנו מסכימים כי במקרים של פערי כוחות בין הצדדים, אשר מולכים לפער בין האמור בטקסט החוזי לבין ההבנה הסבירה של הצדדים, יש לפרש חוזה על פי התכלית האובייקטיבית (ראו לעיל חלק שני, ס' 3(ד)), ובהיבט זה אנו מסכימים עם תיקון חוק החוזים.

318 ראו למשל טל רוזנר "הצעת חוק: לבטל את הלכת אפרופים בעניין פרשנות חוזים" גלובס (13.1.2011), שם מצוטט נשיא בית המשפט המחוזי לשעבר השופט אורי גורן כמי שאינו רואה בזירה החקיקתית את המקום הנכון לחולל שינוי בנושא פרשנות חוזים. ראו גם רם כספי "מחוקקים, הניחו לבית המשפט העליון" *The Marker* (18.1.2011) www.themarker.com/law/1.598194

בקביעת הכללים לפרשנות חוזים.³¹⁹ כך אכן נעשה עם חקיקתו של חוק החוזים הכללי³²⁰ ואף בהצעת חוק דיני ממונות שהליך החקיקה בעניינה מתבצע בימים אלה.³²¹ מלבד זאת הניתוח ההרמנויטי שנעשה במחקר זה מלמד כי הבחירה בין תורות שונות של פרשנות חוזים איננה החלטה מקצועית טכנית אלא היא דורשת הכרעות ערכיות במחלוקות נוקבות בדבר מטרות הפרשנות ואפילו בזיהוי מושאיה. סוג זה של הכרעות ראוי שייעשה על ידי המחוקק.³²² דווקא משום כך אנו מצרים על שתיוך החוק נעשה במחטף תוך שהוחמזה הזדמנות היסטורית לגיבוש מושכל של פרשנות חוזים במשפט הישראלי.³²³

(“אכן, משפטנים רבים ביקרו ומבקרים את הלכת אפרופים (פרי יצירתו של הנשיא בדימוס אהרון ברק), ואולם זהו נושא משפטי טהור המצוי בליבת הסמכות של בית המשפט העליון, ואל לו למחוקק להתערב בה”).

319 ראו גם דנציגר ומצקין, לעיל ה"ש 16.

320 ראו ס' 25 לחוק החוזים.

321 ראו ס' 122(א) להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 13.

322 ויכוח דומה קיים בארצות הברית בשאלת מקומו של המחוקק בקביעת שיטת הפרשנות של דברי החקיקה. במדינות מסוימות אף נקבעו בחקיקה כללי הפרשנות. ראו הדיון אצל Abbe R. Gluck, *The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism*, 119 YALE L.J. 1750 (2010).

323 ראו התיאור אצל ליפשיץ “האם תוסר העמימות”, לעיל ה"ש 14 (“שינוי של חוק כה מרכזי בסוגיה מהותית אינו מעשה יום-ביום. ראוי היה לבסס את התיקון על המלצות של ועדת מומחים. במקום זאת תיקנה הכנסת את החוק בנוכחות עשרה ח"כים ולאחר שני דיונים בוועדת חוק, חוקה ומשפט, שבאחד מהם השתתפו שני חברי ועדה ובשני – היו”ר בלבד. הניסוח הסופי של התיקון הוא תוצר של מו”מ בין מציע התיקון לבין נציגת משרד המשפטים, בהפסקה בת עשר דקות של אחד מדיוני הוועדה. בכך הוחמזה הזדמנות היסטורית לגיבוש מושכל של פרשנות החוזים בישראל. חבל”).