

אפרופים וחקיקת "אנטי-אפרופים": תובנות נוספות

מאת

מיגל דויטש*

הלכת אפרופים הפכה זה מכבר לסמל במסגרת המאבק הפוליטי בין הרשויות סביב סוגיית האקטיביזם השיפוטי. מאבק זה הוביל לניסיון החקיקתי לבטל את ההלכה, במסגרת תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי). הגם שהלכת אפרופים היא בעיקרה לא רק נכונה אלא אף טריוויאלית, בהינתן תכליתה לכבד באופן המיטבי את כוונתם האמיתית של הצדדים לחוזה, תהליך הדמוניזציה של הלכה זו הוביל ל"שיח חרשים" בין המחנות. המאמר דן בניסיון הכושל של המחוקק לבטל את הלכת אפרופים, תוך הבעת הדיעה כי הלכת אפרופים אינה בת-ביטול כלל ועיקר בכלים של המשפט המהותי, להבדיל מכלים של דיני הראיות. כמו כן מנתחת הרשימה את אחד ההיבטים אשר טרם לובנו כדבעי בשיח המשפטי הנרחב סביב הלכת אפרופים, והוא תפקידה הקריטי של תופעת הלקונה בהערכת משמעויותיה של הלכת אפרופים. גורם עמימות אינהרנטי בתהליך הפרשני, במובנו הרחב, טמון בכך שכל אימת שטכסט חוזי נתון אינו מתייחס באופן נקודתי לכל מרכיביה של הסוגיה העומדת על הפרק, על מכלול הנסיבות המיוחדות הגלומות בה, ניתן לגרוס כי עסקינן בשתיקה חוזית. מכאן קצרה הדרך לצמיחתה של דילמה אשר פתרונה בהכרח עמום, בשאלה אם עסקינן בהסדר שלילי או בחסר. גישה המבקשת לצמצם את אי-הוודאות המשפטית תיאלץ לדרוש קיומו של "עוגן" פוזיטיבי נקודתי בטכסט לפרשנות נתונה, ברמת קונקרטיזציה גבוהה, להבדיל מהסתפקות בהיעדר עוגן נגטיבי לכך בטכסט, כפי שהלכת אפרופים גורסת. דא עקא, כפי שמצביע המאמר, פתרון מעין זה אינו רצוי. הוא עלול להשיב את השיטה הישראלית לאחור, לימים שבהם תשובה שלילית לשאלה "האם (או איפה) זה כתוב בחוזה?" היוותה טיעון מכריע בתהליך הפרשני. גישה מעין זו תשטיח את דיני הפרשנות ותעוות לעתים מזומנות את תכליתם האמיתית של הצדדים.

* פרופסור מן המניין, אוניברסיטת תל-אביב. רשימה זו מבוססת על הרצאת דברים בכינוס שנערך במכללת "שערי משפט" בנושא הנדון, בחודש מרס 2011.

א. הלכה חוזית כסמל פוליטי

הלכת אפרופים¹ הפכה כידוע זה מכבר לסמל ולכלי ניגוח במאבק פוליטי נגד התעצמות כוחו של בית המשפט העליון ונגד "אקטיביזם שיפוטי". ניתוח הממד החברתי אשר מיצב הלכה מתחום פרשנות חוזים במוקד המאבק הציבורי מחייב מחקר מדעי נפרד. דומה כי מעולם לא נפסקה הלכה אשר הולידה "שיח חירשים" כה חריף בין המצדדים בה והמתנגדים לה. המחלוקת בנדון נשענת על "תוויות", תוך זיהוי כל בעל עמדה כ"פרו-ברק" או "אנטי-ברק", כ"ליברלי" או "שמרן", "פורמליסט" או "רחב אופקים", "דמוקרט" או "אימפריאליסט", "תאורטיקן" או משפטן "פרקטי". התפיסה ה"תוויתית" סייעה ל"הולכת הבשורה" בין תומכים ומתנגדים על סמך "עדות מפי השמועה" ו"מחנאות". נראה כי מעולם לא הביעו רבים כל כך עמדה נחרצת כל כך על פסק דין שמעולם לא קראו בעין ובדקדקנות. מאלפת בהקשר זה העובדה כי פסק דין אשר הגינונו האנליטי והנמקותיו נשענים כל-כולם על חתירה לאתר את הכוונה האמתית של צדדים לחוזה נתפס כפסק דין השולל את האוטונומיה של צדדים לעצב חוזה כהבנתם. לאור קוטביות זו אין להתפלא אפוא שכאשר החלה מסתמנת בבית המשפט העליון גישה המסתייגת מהלכת אפרופים,² היו באקדמיה שהצהירו בחגיגות כי פסקי דין אלה "מחזירים לצדדים לחוזה את כבודם האבוד".³ אכן, כביטוי של השופט ריבלין, נוצרה סביב ההלכה "מיתולוגיה" הרחוקה מהאמת.⁴ נראה כי "כוח המשיכה" המיוחד של הלכת אפרופים כ"סדין אדום" בפני מתנגדי האקטיביזם השיפוטי טמון באפשרות להציג הלכה זו כחותרת כביכול תחת אחד היסודות של הליברליזם – האוטונומיה האישית. גם אם בכל הנוגע לאקטיביזם שיפוטי בתחום המשפט הציבורי קיימת מחלוקת חריפה באשר לחלוקת הכוח הפוליטי בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת, אין מחלוקת כי יש לכבד את חופש החוזים במידה המרבית האפשרית. הלכת אפרופים הוצגה, שלא בצדק, כממירה את רצונם ותבונתם של הצדדים לחוזה בתכתיב שיפוטי. בכך נמצא "כר פורה" לפתיחת ערוץ נוסף אשר שכנע משפטנים רבים לפעול לקעקוע המעמד הפוליטי של בית המשפט העליון בחברה הישראלית.

- 1 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995).
- 2 השופט דנציגר בע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ (פורסם בנבו, 28.1.2008); ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלוסכסון בע"מ (פורסם בנבו, 26.9.2006).
- 3 גבריאלה שלו "כבוד החוזה וכבוד בית המשפט" Ynet 6.3.2008 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3515613,00.html
- 4 ראו דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006).

אין בדעתי להיכנס ברשימה קצרה זו לפרטי המחלוקת הנדושה הנסבה על הלכת אפרופים, אשר דיו רב נשפך בעניינה, ודומה כי כבר הכולל נאמר או נכתב בנדון.⁵ מטרתה הצנועה של הרשימה היא להציג היבטים מסוימים שלדעתנו טרם זכו למקומם הראוי בדיון הנרחב על ההלכה, לדון בניסיון הכושל של המחוקק לבטל את הלכת אפרופים ולטעון כי הלכת אפרופים אינה בת-ביטול כלל ועיקר בכלים של המשפט המהותי. בצד זאת נוסף הערות ודגשים על שתי "תעלות הזליגה" המרכזיות שיש בהן כדי להעצים אי-ודאות: שלב המעבר מן התכלית האובייקטיבית הממשית לזו המיוחסת, והדיכוטומיה שבין לקונה לבין הסדר שלילי.

ב. הלכת אפרופים – הלכה טריוויאלית

בניגוד לביקורת השגורה המוטחת בהלכת אפרופים כהלכה המשנה סדרי עולם, עסקינן בהלכה שהיא בעיקרה לא רק ראויה, אלא אף טריוויאלית. היא נשענת על שני אדנים מרכזיים: האחד הוא כי המטרה העליונה בפרשנות חוזה היא איתור כוונתם האמיתית של יוצרי הטקסט, אשר החוזה נועד לשרתם. השני הוא כי לעולם אי אפשר להבין את התכלית האמתית של טקסט אלא על רקע ההקשר הנסיבתי. אכן, לעולם אדם האומר או כותב דבר מה מניח כי נמען הטקסט יבין אותו על רקע ההקשר הכולל. אזכור בטקסט של כל ההסתייגויות או ההרחבות לאמירה נתונה, על רקע ההקשר, יהפוך את האקט התקשורתי למסורבל ובלתי יעיל. דרכם של בני אדם היא להותיר היבטים שונים ל"אינטליגנציה של הקורא" (או השומע) ולהניח כי הדברים יובנו על רקע זה. לא הכול נאמר ולא הכול נכתב. לא למותר להזכיר כי המעבר לבדיקה חד-שלבית של הלשון והנסיבות התרחש גם בדיון האנגלי. אף כי בעבר אכן נהגה הגישה הדו-שלבית, דיני החוזים המודרניים באנגליה אימצו בעשורים האחרונים את התורה החד-שלבית. כפי שנאמר בספרות, לאחר תיאור הגישה הדו-שלבית שנהגה בעבר:

The more modern view, however, is that the words do not have to be vague, ambiguous or otherwise uncertain before extrinsic evidence will

5 ראו בין חיבורים רבים אחרים את גבריאלה שלו "פרשנות החוזה – תורת ברק" המשפט ח 695 (2003); סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" מאזני משפט ו 21, 50–55 (2007). כן ראו דניאל פרידמן "פרשנות החוזה" דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 227 (2003). לפסיקה בולטת שאישרה את הלכת אפרופים לאחר נתינתה ראו למשל, נוסף על עניין ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 4, את ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן (פורסם בנבו, 23.2.2010).

be admitted. Since the purpose of the inquiry is to ascertain the meaning which the words would convey to a reasonable man against the background of the transaction in question, the court is free (subject to certain exceptions) to look to all the relevant circumstances surrounding the transaction, not merely in order to choose between the possible meanings of words which are ambiguous but even to conclude that the parties must, for whatever reason, have used the wrong words or syntax.⁶

אם כן, גם הדין האנגלי, אשר בבסיסו טמונים זרמים פורמליסטיים למדי, שוב אינו רואה הצדקה לדבוק בכלל המתעלם מהשאיפה לאתר את מלוא כוונותיהם של הצדדים באופן האופטימלי.

זאת ועוד: פרופ' דניאל פרידמן, מתנגד חריף לאקטיביזם שיפוטי "נוסח ברק", קבע:

"...מהבחינה העקרונית הילכת אפרופים היא נכונה... אין סיבה להבחין בין החוזה לבין הנסיבות... נכון גם שעל הפרשנות להביא בחשבון את מכלול השיקולים הרלבנטיים, ולא ניתן לקטוע אותם באופן מלאכותי באמצעות שלב אחד. למרות זאת מעורר פסק דין אפרופים קשיים ניכרים. קשיים אלה אינם נעוצים בהלכה עצמה, שהיא נכונה לגופה. הקושי הוא ברטוריקה של פסק הדין ובדרך שבה יושמה ההלכה במקרה הספציפי."⁷

דומה כי "הוכחה" ניצחת לנכונותה של הלכת אפרופים טמונה בדיני החוזה למראית עין, על פי סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. גם לשון "מפורשת" לחלוטין אשר תקבע למשל כי התמורה החוזית היא 100,000 ש"ח לא תועיל כאשר האמת היא שהצדדים סיכמו על תשלום של 150,000 ש"ח. לא הלשון תכריע אפוא בנדון, אלא ההסכמה האמיתית בין הצדדים כי המחיר יהיה 150,000 ש"ח. הסכום של 100,000 ש"ח, הנקוב בלשון החוזה, יהיה המחיר הרלוונטי כאשר עסקינן בצד שלישי המסתמך על החוזה, אך לא כך הדבר ביחסים שבין הצדדים עצמם.

אפשר לשער כי אחד הגורמים אשר קיבעו את תדמיתה של הלכת אפרופים כהלכה המתעלמת כביכול מכוונת הצדדים טמון בעוצמתה ובעומקה של ההשקעה האינטלקטואלית של הנשיא ברק בניסיון לשכנע את הקורא כי הטקסט החוזי אינו חזות הכול. זאת כדי לקעקע את "התפיסה הישנה", הדורשלבית, אשר שררה לעניין פרשנות חוזים. כיוון שהיבט זה היה טעון פיתוח, ביסוס ושכנוע, עיקר הנפח של פסק הדין מתמקד

6 1 CHITTY ON CONTRACTS: GENERAL PRINCIPLES (Hugh Beale ed., 30th ed. 2008)

7 פרידמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 245.

בו, כגון לעניין האפשרות (החריגה מאוד) כי מכונה נתונה תכונה "סוס" על ידי הצדדים. בדרך להשגת תכלית זו נוצר הרושם אצל צרכני הטקסט כי ההתגברות על לשון החוזה היא הכלל, ואילו היצמדות ללשון היא החריג. זאת, אף על פי שהנשיא ברק מצייין לא פעם בפסק הדין כי הלשון היא האינדיקציה האמינה ביותר לכוונת הצדדים. בעניין זה התרחש מה שמתרחש לא אחת כאשר איש אקדמיה מציג תזה חדשה ומבקש לשכנע בה: הידוע והמובן מאליו נבלע, שכן הוא אינו טעון הוכחה, והנמען הבלתי מיומן עלול לקבל רושם שגוי באשר ליחס שבין הכלל לבין החריג.

סיבה נוספת לטרוניה החריפה שהועלתה נגד הלכת אפרופים מקורה בכך שהפתרון הפרשני אשר אומץ בנסיבותיו של עניין אפרופים הוא מרוחק מרחק ניכר מן הפתרון שעלה מלשון החוזה. הביקורת על אופן יישום ההלכה בנסיבות המקרה הנדון היא מוצדקת, אולם אין בה כדי להחליש את ההצדקות להלכה עצמה. עניין שגור למדי הוא כי הלכה ראויה מיושמת באופן בלתי ראוי, במקרה כזה או אחר. הפתרון לקושי זה הוא הקפדה על יישום הולם של העיקרון ולא המרתו בעיקרון לא ראוי.

אכן, הלכת אפרופים היא הלכה "אקטיביסטית", אך זאת לא במובן של "פלישת" ההלכה לאוטונומיה החוזית, אלא בהקשר של היחסים בין הרשויות. אין לכחד כי נוסחו הקודם של סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 אימץ באופן מובהק את השיטה הפרשנית הדו-שלבית. בית המשפט "תיקן" בעניין אפרופים את לשון החוק. ביקורת ההלכה בהקשר זה נשענת על אדנים יציבים, אך לא כך הדבר לעניין הטענה בדבר פלישה פסולה לאוטונומיה החוזית.

ג. תיקון מס' 2 לחוק החוזים ופרשנותו

כידוע, תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973⁸ נולד על רקע השאיפה לבטל את הלכת אפרופים. דא עקא, עוד בטרם בחינת משמעותו של התיקון על ידי הפסיקה, היה ברור כי התיקון לא צלח. הרישא (השאובה מהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, כמו גם כלל הפרשנות נגד הצד בעל העדיפות בעיצוב תנאי החוזה, אשר נוסף בתיקון לסעיף 25 לחוק⁹) מאמצת בבירור את התורה החד-שלבית, ואילו הסיפא, המתייחסת ללשון החוזה, היא חריג בלבד. בנוסף, ההתייחסות בתיקון לקיומה של לשון "מפורשת" בחוזה נועדה מראש לכישלון. השאלה עד כמה לשון כלשהי היא "מפורשת" (או "ברורה") היא

8 חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011, ס"ח 202.

9 סעיף 25(ב) לחוק.

לעולם עניין לשיקול דעת שיפוטי עמום. בוודאי שגיאה קשה היא ההתייחסות בחוק ל"משתמעת במפורש", מושג שהוא תרתי דסתרי.

בצדק קבע אפוא בית המשפט העליון בעניין סהר¹⁰ כי תיקון מס' 2 לחוק לא ביטל את הלכת אפרופים. אמנם נמצאו בנדון הבדלי דגשים בין השופטים ריבלין וג'ובראן לבין השופט הנדל, אך הדבר לא הגיע לכדי דעת רוב ומיעוט באשר לשאלה הבסיסית אם התיקון לחוק ביטל את הלכת אפרופים.¹¹ גם השופט הנדל סבר בעניין סהר כי לא ניתן לדעת אם לשון החוזה "מפורשת" דייה, אלא אם כן בוחנים ב-זמנית הן את הלשון והן את הנסיבות. אם אכן בכל מקרה בודקים גם את הנסיבות, שוב אין משמעות לשאלה אם הלשון "מפורשת". ממה נפשך: אם בעקבות בדיקת הנסיבות יתברר כי הלשון אינה משקפת את הכוונה האמיתית, הרי שהמשמעות היא כי הלשון אינה "מפורשת" דייה, ותהיה אפוא התחשבות גם בנסיבות. אך אם הנסיבות תואמות את הלשון, הרי שהחפיפה בין הלשון לבין הנסיבות מובילה להיעדר נפקות לקיום בכורה ללשון. למעמד הבכורה נודעת חשיבות רק כאשר קיימת "תחרות" בין המקורות הפרשניים.

אכן, בהיבט מסוים אנו סבורים כי הצדק הוא עם השופט הנדל דווקא. השופט ריבלין סבר כי היחס שבין הרישא לבין הסיפא בסעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 מתבטא בכך שהסיפא יוצרת רק חזקה בלתי חלוטה בדבר פרשנות טקסטואלית, ואילו הכלל המהותי קבוע ברישא. השופט הנדל סבר כי הרישא והסיפא עוסקות בשני סוגי חוזים שונים: הסיפא עוסקת בחוזים "ברורים", ואילו הרישא עוסקת בחוזים שאינם כאלה. עמדת השופט הנדל מתיישבת טוב יותר הן עם התכלית האובייקטיבית של החקיקה, אשר בוודאי ביקשה להביא לידי שינוי כלשהו בדין,¹² והן עם לשון החוק. דא עקא, שוב, שאין דרך אפקטיבית להגדיר קיומם של חוזים "מפורשים" או "ברורים", במיוחד בהתחשב באפשרות – אשר לעולם קיימת – לאתר קיומה של לקונה בתוך המערך החוזי, כמפורט בהמשך. לא מכבר ניתן פסק דינו של השופט הנדל בעניין פלוני נ' פלוני.¹³ השופט הנדל חזר על עמדתו כי תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, שינה את הדין לעניין

10 ע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2012).

11 מעניינת היא התייחסותו בהמשך של השופט הנדל בבע"מ 8300/11 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.8.2012), לחוות דעתם של השופטים ריבלין וג'ובראן בעניין סהר, שם, כ"דעת רוב". הוא רואה אפוא בפסק דינו שלו בעניין סהר דעת מיעוט. עם זאת הוא מצייין בעניין פלוני נ' פלוני כי גישתו "שונה במידה מסוימת", מבלי לכנותה במפורש "דעת מיעוט".

12 שהרי החזקה שלפיה לשון החוזה משקפת כראוי את התכלית הייתה קיימת גם קודם לתיקון לחוק, על פי הלכת אפרופים עצמה. אשר לתכלית הסובייקטיבית, צודק השופט ריבלין באומרו שהתכלית של "המחוקק", במקרה זה, הייתה למעשה תערובת בין כוונת מציעי החוק לבין כוונת משרד המשפטים. שני אלה "משכרו" את הדין לקטבים מנוגדים.

13 לעיל ה"ש 11.

פרשנות חוזים תוך חיזוק מעמדו של הטקסט. כן קבע כי בכל מקרה יש להבחין בין מעמד הלשון בפרשנות צוואה לבין מעמדה בפרשנות חוזה. בהקשר הראשון יש להעצים את מעמד הלשון מסיבות שונות, בין היתר מחמת היעדרו של יוצר הטקסט, דבר אשר מונע גיוס עדויות אמינות באשר לתכלית הנורמה. סוגיה זו טעונה דיון נפרד. עם זאת, נעיר כי למרות הטעמים שאכן יש בהם כדי לתמוך בעמדת השופט הנדל, קיים גם שיקול נגדי נכבד: בחוזה קיימת הסתמכות לגיטימית של שני צדדים. מטבע הדברים ההסתמכות של צד על הלשון שהתקבלה על דעת הצד האחר היא עוצמתית. כשעסקינן בצוואה אין הסתמכות לגיטימית כלשהי על הלשון מצדם של יורשים פוטנציאליים, שכן אין בנמצא "זכות" של יורש טרם פטירת המוריש, אלא ציפייה בלתי מוגנת בלבד. לכאורה, במצב דברים זה הדין יכול "להתיר לעצמו", ביתר שאת, ניסיון לרדת באופן מיטבי לכוונתו האמתית של המוריש.

יצוין כי לאחר פסיקתה של הלכת סהר שב בית המשפט העליון ואישר כי הלכת סהר שימרה את תוקפה של הלכת אפרופים, למרות תיקון מס' 2 לחוק.¹⁴

"כיסוי ההתנגדות" להלכת אפרופים אינם מתמצים בגישתם של השופטים הנדל ודנציגר. "למחנה המתנגדים" הצטרף השופט סולברג בפסק דין שניתן לאחרונה.¹⁵ הוא הבהיר כי יש להיצמד ללשון החוזה והסתייג מהשלמת החוזה באמצעות תכליותיו המסתברות. מבלי לאזכר את הלכת אפרופים הוא הביע עמדה ברורה נגד רוח הלכה זו. נוסף ונעיר הערותינו בנדון בהמשך. אולם ראוי לציין בשלב זה של הדיון כי דווקא מקריאת חוות דעתה של השופטת ברק-ארז בפסק דין זה אפשר להתרשם עד כמה הלכת אפרופים צפויה להיחלש בעתיד. לאחר שהיא ניתחה באריכות את תכליתה של העסקה הנדונה, נפנתה ברק-ארז להשיב לדבריו של השופט סולברג.¹⁶ היא ציינה במפורש כי אין היא חולקת על דעתו העקרונית לעניין אופן הפרשנות של חוזים, וכי מסקנותיה הפרשניות נסמכות בראש ובראשונה על לשון החוזה הנדון, כפי שהיא מבינה אותו. ניכר כי גם ברק-ארז סבורה כי ללא עוגן פרשני פוזיטיבי בלשון החוזה אין מקום להכרה בפרשנות נתונה. היא ציינה:

הוספתי וכתבתי, כי פרשנות לשונית זו עולה בקנה אחד עם תכליתו הכלכלית של ההסכם. התכלית הכלכלית בעניין זה לא נדרשה להוכחת נסיבות חיצוניות לו, אלא נבעה לשיטתי מלשונו של ההסכם עצמו.

כאשר אמירה זו מצטרפת לקביעתה המפורשת של השופטת ברק-ארז כי אין מחלוקת בינה לבין השופט סולברג לעניין דרכי הפרשנות, מצטיירת תמונה המוסיפה נדבך לניסיון לכרסם

14 דנ"א 1797/12 ליסטר נ' פרידנברג (פורסם בנבו, 16.8.2012).

15 ע"א 1974/11 בנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 17.10.2012).

16 שם, פס' 50 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז.

בעצמתה של הלכת אפרופים, גם אם דבריה של השופטת ברק-ארז לא יתפרשו כנועלים לחלוטין את הדלת בפני הסתמכות על תכליות שאינן מעוגנות בלשון החוזה.

ד. תופעת הלקונה כגורם עמימות אינהרנטי והשלכותיה על "מחלוקת אפרופים"

גורם בעל משקל לכך שלעולם אפשר לחלוק על היות הלשון "ברורה" טמון בתופעת הלקונה. "תרומתו" של היבט זה לאי-הוודאות האינהרנטית של לשון החוזה לא זכתה למקומה הראוי, במסגרת המחלוקת בעניין אפרופים. כך, למשל, טול מקרה שבו אדם התחייב לשלם סך של 1,000 ש"ח ב-1 בינואר. לכאורה לשון החוזה ברורה לחלוטין. האומנם? נניח כי ב-1.1 מתעורר קושי אובייקטיבי בביצוע החוזה עקב נסיבות כלליות בלתי צפויות (כגון מלחמת-פתע). האם ברור הדבר כי הצדדים התכוונו כי תהייה הנסיבות אשר תהייה, החבות תעמוד בעינה ובמועדה? האם דיני הסיכול (הקשיחים כיום בתחולתם) הם חזות הכול, או שמא אפשר להגיע לתוצאות הולמות בדרכים פרשניות? לא אחת עידנה הפסיקה הסדרים מתחום הסיכול באמצעות דיני הפרשנות. בדוגמה הנזכרת לעיל, האם היעדר ההתייחסות לחריגים אפשריים כלשהם לכלל שנקבע בחוזה הנדון הוא בגדר הסדר שלילי או שמא לקונה הטעונה השלמה? גם שאלת הסיווג של שתיקה נתונה כלקונה או כהסדר שלילי בחוזה היא שאלה פרשנית שלעולם פתוחה להערכה נסיבתית. פנייה לנסיבות הכוללות היא הכרחית גם בעניין זה. "פסיקת השערוך" הידועה מתקופת האינפלציה הדוהרת של שנות השמונים היא דוגמה טובה להתלבטות זו בין הסדר שלילי לבין לקונה.¹⁷ דוגמה מעניינת אחרת מן העת האחרונה היא פסק הדין בעניין פרידנברג¹⁸ (השופטת חיות). באותו מקרה החוזה קבע מנגנון המוליד תוצאות משפטיות חלופיות לפי אירועים עתידיים אפשריים שונים, בנוגע למיזם מקרקעין נתון. הופקדו אצל נאמן מעטפות שכללו הסדרים המגבשים חיובים כאלה או אחרים של הצדדים, בליווי הוראות לנאמן למסור מעטפה מסוימת לצדדים בהתרחש אירוע מוגדר. בין היתר נקבע כי הנאמן ימסור לאחד הצדדים מעטפה פלונית ובה התחייבות מסוימת במקרה של ביטול חוזה הפיתוח עם מינהל מקרקעי ישראל והשבת המקרקעין למינהל (במקרים אחרים היה על הנאמן למסור מעטפות אחרות). התעוררה השאלה כיצד יש לפרש את החוזה בנסיבות שבהן חוזה הפיתוח בוטל, אך המקרקעין לא הוחזרו בפועל למינהל מקרקעי ישראל. ביחס למקרה מעין זה לא הייתה בנמצא הוראה "מפורשת" כלשהי למסירת מעטפה. השופטת חיות קבעה כי קיימת לקונה

17 לניתוח מפורט בנדון ראו איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 132 ואילך (1996).
18 ע"א 4296/08 פרידנברג נ' ליסטר (פורסם בנבו, 16.2.2012).

בנדון, הטענה השלמה באמצעות היקש. היא מצאה כי לאור תכלית החוזה יש להחיל על המקרה את אותו "הסדר מעטפה" אשר חל במקרים שבהם החוזה בוטל והמקרקעין הושבו למינהל. היא סברה כי יש לערוך היקש בין שני המצבים, אשר המשותף להם הוא כישלון הפרויקט. זהו מקרה מובהק שבו ניתן היה לומר כי קיים הסדר שלילי בנדון, כשם שהיה ניתן לקבוע כי אכן מדובר בלקונה. החוזה קבע "במפורש" כי המעטפה תועבר בהתקיים שני התנאים גם יחד, והנה למרות זאת סבר בית המשפט כי הצדדים לא נתנו דעתם למקרה הנתון (של ביטול חוזה הפיתוח ללא השבה בפועל), ולכן יש לערוך היקש ולהסתפק בקיום אחד משני התנאים בלבד. אכן, חמקמקותה ורבי-משמעיותה האינהרנטיות של שתיקה בנוגע למקרה נקודתי העומד על הפרק באות בפרשה זו לידי ביטוי מובהק.

בשולי ענייננו נציין כי בית המשפט אמנם קבע בעניין פרידנברג כי מדובר בלקונה ועל כן נדרשה השלמה על דרך ההיקש. ברם, כיוון שהעסקה החריגה בכללותה, שנשענה על "שיטת המעטפות", הייתה חשודה בעיני בית המשפט כבלתי תקינה ותחבולתית, הוא נמנע בסופו של דבר מהשלמת הלקונה ולא הורה למסור את המעטפה הנדונה. עמדה זו מעוררת תהיות ברמה העקרונית. השלמת לקונה אינה בגדר "פרס" לצד כלשהו ואי אפשר "לקנוס" צד באמצעות אי-השלמת הלקונה. כאשר נמצאת לקונה, מתחייבת השלמתה בדרכים הקבועות בדין. אין מדובר בשיקול דעת "פתוח" אשר הפעלתו מהווה עשיית חסד עם צד כלשהו. פרשנות חוזה והשלמת לקונה נועדו לאתר את התכלית האמיתית (או למצער המשוערת) של הצדדים. בהתקיים תנאים מתאימים רשאי בית המשפט לשלול – או להגביל – תביעה מחמת העיקרון של "אין חוטא נשכר",¹⁹ אולם זהו נושא שונה. העיקרון האמור אינו נוגע לדיני פרשנות חוזים. מכל מקום, חסימת התביעה מחמת העיקרון האמור מחייבת ממצא ממשי בדבר התנהלות פסולה של צד, ולא די בחשד גרידא.

יצוין כי על פסק הדין בעניין פרידנברג הוגשה בקשה לקיום דיון נוסף בטענה כי נוצרה אי-ודאות בתחום דיני הפרשנות של חוזים, וכי היה על בית המשפט להקנות נפקות לשינוי שחל במצב המשפטי בעקבות תיקון סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973. השופט ארבל דחתה בקשה זו וקבעה כי הלכת סהר כבר הכריעה את הכף כאשר פסקה כי התיקון לחוק לא ביטל את הלכת אפרופים.²⁰

אכן, ניתן להעלות על הדעת פתרון לסוגיית העמימות הפרשנית הטמונה בשאלת הסיווג של סוגיה נתונה כלקונה או כהסדר שלילי, באמצעות קביעת כלל אגרסיבי ומנוכר הקובע כי שתיקה בחוזה מצויה לעולם על סיכונו של הטוען לזכאות כלשהי. משמע, בהיעדר עיגון של הזכאות הנטענת בטקסט, הפתרון הוא של "אין זכאות". המשמעות היא למעשה שלילת

19 להצעה לקביעת עיקרון זה בחקיקה ראו ס' 3 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011.

20 עניין ליסטר נ' פרידנברג, לעיל ה"ש 14.

ההכרה במודל של השלמת חסרים בחוזה והמרתו בפתרון גורף של הסדר שלילי במצבי שתיקה. במידה ידועה גישה מעין זו תוביל לכך שכל צד "יופקר לגורלו", והמערכת המשפטית לא תסייע לצדדים בגיבושו של פתרון נורמטיבי במצבי שתיקה. אפשר להבחין בכיוון רעיוני מעין זה, באופן חלקי, בשני מקרים שעסקו בסוגיית המסוימות של חוזה. מקרה אחד הוא פסק הדין הישן בעניין זימלר,²¹ שבו בית המשפט קבע כי צד שהתרושל בכך שלא דאג לעגן זכאות חוזית שלו בחוזה, ייתפס כמי שהעביר את כוח ההכרעה באותו עניין לצד שכנגד. בכך נמנע כישלון תוקפו של החוזה מחמת היעדר מסוימות. מקרה אחר הוא ע"א 10859/07 חברה קדישא נ' לוי,²² שבו הביע הנשיא גרוניס הסתייגות מהשלמת חוזה באמצעות אמת המידה ה"אמורפית" של עקרון הסבירות. עם זאת, אף על פי שפסקי דין אלה משקפים נטייה מסוימת ל"משיכת ידו" של בית המשפט מהשלמת לקונות באמצעות החדרת נורמות שאינן מופיעות בחוזה, אין בהם כדי להרחיק לכת למחוזות שאליהם היה מגיע כלל חדש, אילו נקבע, בדבר ביטולה כל עיקר של תופעת ההשלמה של לקונות בחוזה באמצעות נורמות חיצוניות. המקרה הראשון, עניין זימלר, אינו מאמץ פתרון "נקי" של הסדר שלילי במצבים של לקונה, אלא פותר אותה באמצעות העברת "כוח הייצור" של הנורמה לצד שכנגד. נעשית השלמה כלשהי, אף כי השלמה בעייתית, ה"קונסת" את הטוען לזכאות בהעברת כוח העיצוב של זכאותו לצד שכנגד.²³ אפשר לומר כי המטרה של פתרון זה היא "מטרה טובה" של מניעת בטלותו של החוזה עקב חוסר מסוימות. בכך היא מגשימה את המגמה הכללית להעדפת פתרון המקנה תוקף לחוזה על פני פתרון המביא לבטלותו. מכל מקום, פסק הדין בעניין זימלר לא פיתח את מסקנותיו ולא הגדיר את גבולות קביעותיו הנורמטיביות לעתיד לבוא. במידה רבה פסק דין זה נותר בבדידותו. לעניין המקרה השני, של פרשת חברה קדישא, הנשיא גרוניס לא הבהיר מה יהיה הפתרון החלופי שיאומץ כתחליף להשלמת לקונה באמצעות עקרון הסבירות, ויש בו למעשה רק משום הבעת "כמיהה" לפתרונות ודאיים.²⁴ כלל אשר יפתור כל שתיקה חוזית באמצעות נורמה של הסדר שלילי ידמה במידת מה לכלל ראייתי אפשרי, שאליו נתייחס בהמשך, המונע כל עיקר הבאת ראיות לצורך פרשנות, כאשר קיים מסמך בכתב. עם זאת, כלל ראייתי מעין זה עדיין לא ימנע את האפשרות להשלמה נורמטיבית הנשענת על יישום ערכי השיטה הכלליים. בנוסף, השלכותיו של כלל מהותי הן חריפות מבחינה ערכית מאלה של כלל ראייתי, במובן זה שיהיה בכלל מהותי כדי לייצר הנחה נורמטיבית בדבר היעדר זכות, להבדיל מקביעה כי הזכות לא הוכחה. כך או אחרת, גם לא היינו מצדדים בכלל ראייתי מעין זה.

21 ע"א 62/78 זימלר נ' חברת מהנדס א. יניצקי בע"מ, פ"ד לב (1) 296 (1978).

22 פורסם בנבו, 22.1.2012.

23 ראו מיגל דויטש "על מסוימות החוזה העסקי" עיוני משפט טו 337 (1991).

24 ראו מיגל דויטש "ודאות לא מסוימת" עורך הדין 16, 80 (יולי 2012).

יש לזכור כי הדילמה השגורה בנדון, ועמימות נפוצה הכרוכה בה, נעוצה בכך שלא אחת קיימות שלוש חלופות פרשניות אשר קשה להכריע ביניהן (ולא רק שתיים): הסדר חיובי, שתיקה אמיתית והסדר שלילי. מה שנראה לאחד כטקסט התומך פוזיטיבית בגרסה פרשנית כלשהי אפשר שייתפס כשתיקה על ידי פרשן אחר. מאלף למדי בהקשר זה פסק הדין החדש של בית המשפט העליון בעניין הבנק הבינלאומי,²⁵ אשר עסק בפרשנות חוזה שנערך בין תאגידים בנקאיים. כאמור לעיל, השופטת ברק-ארוז מצאה בנוסח החוזה אחיזה לשונית מספקת לפתרון הפרשני המועדף על ידיה. לעומת זאת השופט סולברג סבר כי לא קיימת בטקסט אחיזה כזו. בעקבות כך השופט סולברג נפנה להכריע בשאלה מה יהיה דינה של השתיקה בחוזה (על פי עמדתו). הוא סירב להשלים שתיקה זו באמצעות פנייה לתכלית המסתברת של העסקה, וציין²⁶:

"הבנקים היו רשאים לקבוע בהסכם כל הגבלה חוקית שהיא, אולם בחרו שלא לעשות כן. לא עלינו המלאכה לגמור, ולא ניתן להשלים את ההסכם עבורם... צודק הבנק הבינלאומי בטענתו כי לא ניתן לדרוש מן הצדדים לצפות כל סיטואציה אפשרית שתתרחש בעתיד במסגרת ניסוח ההסכם. אך אין פירושה של דברים שבית המשפט ינסח עבור הצדדים הסכם שיכלול תנאים נוספים שאינם נתמכים בלשון ההסכם. ניתן היה לנסח הסכם שקובע הגבלות על מתן שעבודים, באופן שיאפשר ליתן מענה לסיכונים עתידיים. ניתן היה לבחור גם בדרך שתאפשר מתן שיעבודים ללא הגבלות. כך או כך, יש לכבד את רצון הצדדים כפי אומד הדעת במועד כריתתו של ההסכם. מכאן, דומני, שצדק בית המשפט המחוזי במסקנתו לפיה קבלת גישת הבנק הבינלאומי תשנה בדיעבד את מאזן הסיכויים והסיכונים אשר עמד בבסיס ההסכם ואשר הצדדים קיבלו על עצמם מדעת".

חשוב להדגיש, כפי שהזכרנו לעיל, כי השופטת ברק-ארוז ציינה כי אין היא חולקת על עמדתו העקרונית של השופט סולברג, אלא שהיא מצאה תמיכה לפרשנות שאומצה על ידיה בלשון החוזה עצמו, כפי שהיא הבינה אותו.

המשמעות העולה מגישה זו היא הצבת מעין חזקה פרשנית שלפיה שתיקה מהווה הסדר שלילי, וזאת תוך "משיכת ידו" של המשפט מפני ריכוך התוצאות של אי-הסדרת היבט נתון, באמצעות פנייה לתכליות העסקה.²⁷ לטעמנו מדובר בכררת מחדל בעייתית ומרחיקת לכת.

25 לעיל ה"ש 15.

26 שם, פס' 5 ו-7 לחוות דעתו שם השופט סולברג.

27 למען הסדר יש להוסיף ולציין כי השופט סולברג אמנם גם קבע (שם, בפס' 5 לחוות דעתו) כי לא הוכחו באותו מקרה נסיבותיה של העסקה, אולם הוא אף סירב לפרש את החוזה באמצעות פנייה לרציונל הפנימי של העסקה, בצינון כי "ניסיון הבנק הבינלאומי ללמוד מהרציונל

אכן בשתיקה יש כדי לשקף לעתים הסדר שלילי (או כדי להוות הסדר שלילי מכוח השקפה שבדין), אך לעתים מדובר בחסר טקסטואלי אשר מוצדק להשלימו מכוח תכליותיה הקונקרטיות של העסקה, ולעתים (באופן זהיר) – גם מכוח תכליות כלליות של הדין. יש לבחון באופן פתוח ונייטרלי כל מקרה לגופו. גישתו של השופט סולברג עלולה להחזיר את דיני פרשנות חוזים לעידן שבו הייתה נפוצה בקרב משפטנים, כהיבט בעל אופי מכריע, השאלה: "היכן זה כתוב?", ושררה העמדה הפרשנית שלפיה "מה שלא כתוב לא קיים". גישה פורמליסטית נוקשה מעין זו אינה מייחסת את המשקל הראוי למורכבות הרבה של חיי העסקים המודרניים ולחוסר היכולת לצפות מראש חלק ניכר מהקשיים ומההתפתחויות העתידיים. אכן, כאשר עסקינן בחוזים מסחריים בין גופים גדולים, כבעניין הבנק הבינלאומי, יש לנקוט גישה זהירה במיוחד טרם סיווגו של חסר כ"שתיקה אמיתית" הטעונה השלמה. אולם גם כאשר מדובר בחוזים מעין אלה, אין לנתק את החוזה מתכליתו ולחסום את הדרך בפני סיווגן של שתיקות כחסרים הטעונים השלמה. גם בחוזים מורכבים ומסועפים מאוד קיימות "שתיקות-אמת" הטעונות השלמה, אשר נוצרו עקב היעדר חזון של הנסחים ביחס להתפתחויות עתידיות אפשריות, חסר במידע עובדתי באופן המוביל לחוסר ערנות בדבר הצורך להסדרה משפטית של אותו מערך עובדתי, לחצי זמן הגורמים לרידוד ההסדר, שאיפה של צד להימנע מ"להעיר דובים" באופן שיוביל למחלוקות ויכשיל את כריתת החוזה, תקווה כי סוגיה סבוכה כלשהי ממילא לא תהפוך לרלוונטית מבחינה מעשית, הערכה משפטית שגויה באשר לשאלה אם ההסדר החוזי מכסה את הסוגיה הנדונה, ועוד. ככל שהחוזה מורכב יותר, תשומת לבם של הצדדים לאופן הניסוח היא אכן מוגברת, וההשקעה בליווי משפטי איכותי רבה יותר. עם זאת, ככל שהנושא מורכב יותר, רבות הן הסוגיות הטעונות הסדרה, וממילא רבים הם החסרים הפוטנציאליים בחוזה. אמנם, אין לעקר את זכותו של כל צד לנקיטת מהלכים ניסוחיים אשר יקנו לו יתרון (בגבולות מסוימים, כמפורט בהמשך), וזאת במיוחד כאשר עסקינן בחוזים מעין אלה. אולם, כאמור, שתיקות-אמת המצדיקות השלמה הן חזון נפרץ גם במקרים אלה. יצוין, מכל מקום, כי עמדתו העקרונית של השופט סולברג לא הוגבלה רק למקרים של חוזים מסחריים מסועפים דוגמת זה שנדון בעניין הבנק הבינלאומי.

סוגיית הלקונה החוזית, ועמדתו הנזכרת לעיל של השופט סולברג, מחדדת תובנה חשובה באשר לפערים המדויקים שבין הקו הפרשני הטמון בהלכת אפרופים לבין הקו המתנגד לכך. לכאורה, למרות חריפותה הרטורית של המחלוקת בנדון, הפערים בין הגישות אינם כה גדולים. כאמור, גם השופט הנדל קבע בעניין סהר כי כדי להכריע בשאלה אם

העומד ביסוד השעבוד הצף (כאמור בדברי חברתי בפסקה 46) אינו עולה בקנה אחד עם לשון ההסכם, שכן ניתן היה בנקל לקבוע תנאי מפורש שכזה במסגרת ההסכם, וכך לא נעשה".

הטקסט הוא "ברור" יש לבחון באופן חד-שלבי גם את הנסיבות. ומן הצד האחר – גם הלכת אפרופים קיבלה את העמדה כי הפתרון הפרשני לא יכול שינגוד את לשון החוזה (למעט במקרים של תוצאה אבסורדית). אם כן, כיצד יש להגדיר את הפער בין הגישות? דומה כי התשובה טמונה בפער העמוק שבין דרישה לקיום "עוגן פוזיטיבי" בטקסט לבין הסתפקות ב"היעדר עוגן נגטיבי". הלכת אפרופים מסתפקת בהיעדר סתירה בטקסט לפתרון הפרשני הנבחר. העמדה החולקת, כפי שמסתברת היטב מדברי השופט סולברג בעניין הבנק הבינלאומי, דורשת קיומו של "קולב פוזיטיבי" בטקסט לתשובה הפרשנית. זהו אכן הבדל חריף. טלו למשל את הדוגמה שהובאה בפתח דיוננו בפרק זה: חוזה קובע כי יש לשלם 1,000 ש"ח ביום 1.1. מה יהיה דינו של החיוב אם נוצרו נסיבות מפתיעות חדשות ההופכות את הדרישה לביצוע החיוב באותו מועד לבלתי הוגן? על פי הגישה הדורשת עוגן פוזיטיבי בלשון החוזה לפתרון הפרשני, לא ניתן יהיה לסייג את החיוב ולהחריג את תחולתו בנסיבות המפתיעות, בהיעדר עוגן בטקסט להחרגה מעין זו. לעומת זאת, על פי הגישה המסתפקת בהיעדרו של הסדר טקסטואלי סותר, אין לשלול מניה וביה החרגה כאמור. הטקסט אינו קובע כי "בשום תנאי ותהיינה הנסיבות אשר תהיינה" לא יוחרג החיוב. אפשר כי הצדדים לא נתנו דעתם על מצבים שבהם קיימות נסיבות מיוחדות, ועל כן אין הטקסט נוגד פרשנות כזו. אפשר כמובן להעלות על הדעת דוגמאות רבות נוספות, ואולי מובהקות יותר, לפער המהותי בין גישת "העוגן הפוזיטיבי" לבין גישת "היעדר עוגן נגטיבי".

לא למותר להוסיף ולהעיר כי למרות עמדתו הנזכרת של השופט סולברג בעניין הבנק הבינלאומי בדבר הסוגיה הפרשנית, הוא הגיע לאותה תוצאה אופרטיבית עצמה אשר היה אפשר להגיע אליה באמצעות הכלים הפרשניים, וזאת על ידי החלת עקרון תום הלב על פי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973. הפער בין החלת עקרון תום הלב כהוראת השלמה בחוזה לבין החלת עיקרון זה כנטל שבדין, לבר-פרשני, הוא דק מן הדק. הגרסה הראשונה מניחה (כהנחה עקרונית כללית) כי הצדדים עצמם ביקשו לאמץ את נורמת תום הלב. נורמת תום הלב מיוחסת במקרה כזה לצדדים. הגרסה השנייה מניחה כי מקור החיוב הוא בדין, וכי הצדדים אך לא דחו נורמה זו.²⁸ ההבדלים בין שתי הגרסאות האלה נושאים בעיקרם אופי עיוני בלבד. מתברר כי "אנרגיות הצדק" עושות בכל מקרה את שלהן, ובכוחן לגבור גם על הנטייה להימנע מהשלמת החוזה בכלים של דיני פרשנות חוזים.

28 הממד האובייקטיבי שבעקרון תום הלב ניתן להתנאה נוגדת. ראו ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989); מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי כרך א 48 (2005).

ה. חוזה הנערך תוך ליווי משפטי, לעומת חוזה אחר

אכן, הלכת אפרופים אינה נקייה מקשיים מסוימים, בעיקר בהיבטים היישומיים. אפשר להטיח בתומכי ההלכה כי גישה "טהרנית" מדי לעניין הגעה לכוונה האמתית של הצדדים גובה מחיר כבד במונחים של ודאות משפטית, מבלי שיהיה אפשר להבטיח כי בית המשפט אכן הגיע לחקר האמת באשר לכוונת הצדדים. התשובה לכך טמונה ביישום מושכל של ההלכה. אין חולק, הן בהלכת אפרופים עצמה והן בהלכת סהר, כי יש להקנות משקל כבד במיוחד ללשון החוזה ולנקוט זהירות בהערכת משקלן של נסיבות חיצוניות. עם זאת ראוי להדגיש שוב תובנה שמשום מה נדחקה לשוליים במסגרת השיח הציבורי בנדון: בהלכת ארגון מגדלי ירקות²⁹ הבהיר בית המשפט העליון כי יש להקנות משקל גבוה במיוחד ללשון החוזה כאשר עסקינן בחוזה שנערך באמצעות עורכי דין. ואמנם, במקרים מעין אלה, כפי שצוין לעיל, היבטים ניסוחיים הם חלק מהטקטיקות הלגיטימיות במשא ומתן לעומתי, ואין לעקר את זכותו של צד להפיק יתרונות מכושר המיקוח העדיף שלו – הכול כמובן בגבולות ההגיונות. לעומת זאת בחוזים הנערכים על ידי הדיוטות, פשיטא הדבר כי הצדדים אינם מייחסים למילה הכתובה את המשקל שמייחסים לה עורכי דין ואינם ערים די למשמעויות של ניסוח כזה או אחר, כמו גם לחסרים בחוזה. על בית משפט אפוא ליתן דעתו גם על היבט זה ולהיות ער למשמעויות הנגזרות מפנייה מהירה מדי לגורמים נסיבתיים כאשר החוזה נערך בליווי משפטי.

אכן, העמדה המדגישה את משקלו של הטקסט כאשר עסקינן בחוזים הנערכים בליווי משפטי, ובמיוחד בין גופים עסקיים גדולים, זכתה לחיזוק נוסף לאחרונה בפסק הדין הנזכר לעיל בעניין הבנק הבינלאומי.³⁰

ו. החשש ל"זליגה מהירה" מדי לתכלית האובייקטיבית המיוחסת

הלכת אפרופים מושתתת על שלושה שלבים: תחילה יש לנסות ולאתר כוונה סובייקטיבית משותפת. אם לא ניתן לאתר כוונה כזו, יש לנסות ולאתר את הכוונה האובייקטיבית הממשית, דהיינו אותה תכלית המסתברת מן הלשון והנסיבות, ב"מבט חיצוני" על מה שנאמר או נכתב, או על הנסיבות האופפות את החוזה. רק אם שלב שני זה נכשל, יש לפנות ליישום התכלית האובייקטיבית המיוחסת, משמע – ערכי היסוד של השיטה, כגון הגינות, צדק וכיוצא באלה. ואמנם, גישה זו ראויה. בהנחה כי אין יודעים מהי תכליתם הממשית של הצדדים, לא ברמה הסובייקטיבית ולא ברמה האובייקטיבית, מה פסול יש בכך שההשלמה

²⁹ לעיל ה"ש 4.

³⁰ לעיל ה"ש 15.

תבצע באמצעות נורמות בסיסיות מעין אלה? האם קיימות נורמות מסוג אחר שראוי לאמצן במקרה כזה? השלמה מעין זו תואמת את שתי תכליותיה הבסיסיות של חקיקה דיספוזיטיבית:³¹ היא מתאימה לציפיות הצדדים, שכן יש להניח כי במבט מראש הצדדים סברו כי הדין קובע נורמות המבקשות לקדם ערכים בסיסיים כאלה. אם הם שתקו בהיבט מסוים, במכוון או בהיסח דעת, ציפיתם המקדמית היא כי הדין יפתור את הסוגיה בדרך ראויה מבחינה ערכית. בנוסף, השלמה כאמור תואמת את תפקידה הנוסף של החקיקה, להכוונת התנהגויות חברתיות הנשענות על ערכי מוסר.

הקושי הקיים בנדון טמון באופן המעבר מהשלב השני (תכלית אובייקטיבית ממשית) לשלב השלישי (תכלית אובייקטיבית מיוחסת). קיים "פיתוי אינהרנטי" "לזלוג" בקלות יתירה אל השלב השלישי לשם השגת פתרון צודק. גישה מעין זו אכן עלולה לשבש את תכליתם האמיתית של הצדדים. הסיכון הוא כי בית המשפט יעדיף הימנעות מאיתור התכלית הממשית כדי להשיג מטרה ערכית. אין הכוונה כמובן למקרים שבהם בית המשפט יפעל כך בכוונת מכוון, אלא להטיה טבעית ומסתברת לכיוון זה. על כן על בתי המשפט להיזהר זהירות יתרה מפני תוצאה מעין זו. עליהם לתור אחר התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית הממשית ולהימנע מ"הרמת ידיים" אלא אם אין מנוס מכך. כעניין של מדיניות משפטית, אין לראות "יתרון איכותי" בהעדפת פתרון המושתת על תכלית אובייקטיבית מיוחסת על פני זה הנשען על התכלית הממשית. בין שני הקטבים הערכיים – כיבוד מלא יותר של חופש החוזים לעומת קידום ערכי מוסר – יש להעדיף את חופש החוזים, במקרים שקולים מבחינת איתור התכליות. זאת, בשל ההשפעה החרפה הנובעת למדיניות הננקטת בנדון על שיקולי ודאות משפטית.

ז. ידיעת צד על טעותו של הצד האחר – ההשלכה הפרשנית

אחד ההיבטים החשובים בהלכת אפרופים, אשר זכה להתייחסות שולית בלבד, עניינו כלל שנקבע בהלכה זו, ולפיו כאשר צד אחד יודע על טעותו של הצד האחר בהבנת החוזה ואינו מעמיד את האחר על טעותו, יפורש החוזה לפי אופן הבנתו של הצד הטועה.³² בספרות

31 למטרותיה של חקיקה כזו ראו אוריאל פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי יסוד במשפט" משפטים יח 395 (1988); אוריאל פרוקצ'יה "הדין דיספוזיטיבי באספקלריה של פרופ' גד טרסקי" עיוני משפט טו 385 (1990); דויטש, לעיל ה"ש 28, בעמ' 234–235.

32 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 312; א' ברק פרשנות במשפט כרך ד – פרשנות החוזה 421–423 (2001).

הציע פרופ' אהרן ברק את האפשרות לנהוג כן גם כאשר צד היה יכול לדעת על טעותו של האחר אך לא ידע עליה בפועל.³³ המשמעות היא יישום טרנספורמטיבי של דיני הטעות בחוזה, בשדה של דיני פרשנות חוזים.

אני סבור כי אין מקום לעמדה זו. השאיפה לחיזוק ערכי של חובת הגילוי היא אכן ראויה וחשובה, אולם לא זו הדרך. בהקשר זה, דיני הטעות מאזנים יותר מדיני הפרשנות. הפעלת זכות הביטול בעקבות הטעות מובילה להשבת מצב לקדמותו. "תיקון פרשני" של החוזה פוגע פגיעה קשה בחופש החוזים. הצד אשר הפר את חובת הגילוי ימצא עצמו עם חוזה שהוא מעולם לא חפץ בו. קיים הבדל ניכר בין הקניית זכות לצד הטועה להשתחרר מהחוזה לבין כפייה על הצד שכנגד של חוזה שמעולם לא הוסכם. במקרה הראשון נפגע חופש החוזים, ובמקרה השני נפגע החופש מחוזה. במוכן ידוע, הפגיעה באוטונומיה של הפרט היא חריפה יותר במקרה השני. כאשר המשפט אינו מכיר בתוקפו של חוזה, הוא מסיר את ידו מתמיכה בחופש החוזים באותו מקרה ונמנע מ"שריון" היצירה של הצדדים ומפריסת חסותו עליה. התוצאה היא כי הצדדים חוזרים למקומם הקודם טרם כריתת החוזה. מבחינה ערכית, בהיות חופש הרצון בסיס מרכזי להגנת הדין על החוזה, אין לצד "תביעה" מוצדקת כלפי המדינה להגנה על הסכם שאינו מבטא רצון משותף תקין של שני הצדדים. לעומת זאת, כאשר המשפט כופה על צד חוזה שהוא לא חפץ בו, המשפט פולש באגרסיביות לחופש הפרט ויוצר חיוב חדש שמעולם לא ניטל. הדבר בעייתי הן במונחים תורתיים והן במונחים של צדק יחסי. מבחינה תורתית אין במקרה כזה רצון משותף לנטילת החיוב החדש, ולכן "תורת הרצון" אינה מועילה בנדון. עיגון תוצאה זו ב"תורת ההצהרה" הוא בעייתי למדי, שכן ההנחה עתה היא כי ההצהרה החוזית, על פי פרשנותה האובייקטיבית, אינה תואמת את אומד דעתו של הצד הטועה.³⁴ מבחינה שיקולית צדק יחסי, טול למשל חוזה שבו המוכר רצה למכור נכס בסכום של 100 (או בתמורה המשקפת מחיר של 100). נניח כי הרוכש סבר בעת הכריתה כי משמעותו של החוזה היא רכישת הנכס על ידיו בסכום של 90, והמוכר ידע על כך. האם ראוי לחייב את המוכר במכירת הנכס בסכום של 90 (כאשר, למשל, עלותו של הנכס, מבחינת המוכר, הייתה בסכום של 95), להבדיל מהכפתו לאפשרות כי העסקה תבטל, וכל צד יחזור למצבו טרם הכריתה?³⁵ בוודאי אין הצדקה

33 ברק, שם, שם.

34 לדיון ב"תורת הרצון" מול "תורת ההצהרה" ולחוזים כפויים בכלל, ראו מיגל דויטש "החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה" עיוני משפט טז 35 ואסמכתאות שם (1991).

35 ייתכן כמובן כי המוכר יחוב בפיצויים שליליים מכוח סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

לגישה זו כאשר עסקינן במקרה העמום יותר, שבו צד רק חייב היה לדעת על טעותו של הצד האחר.

זאת ועוד: הקושי הטמון בפתרון מעין זה מתעצם כאשר משמעות התיקון הפרשני של החוזה בהתאם לאומד דעתו של הצד הטועה אינה מצטמצמת להעצמה "ליניארית" של חבות הצד שכנגד (או צמצום "ליניארי" של זכאותו, כבדוגמה לעיל). כאשר הטעות הנדונה מתייחסת למעשה מסוים שעל הצד האחר לבצע, תיקון פרשני לפי אומד דעתו של הטועה אפשר שיגרום לכך שתוטל על הצד שכנגד חבות לבצע מעשה שלא זו בלבד שהוא לא התחייב לבצעו, אלא הוא גם אינו מסוגל לבצעו. התוצאה תהיה אז כי התיקון הפרשני יגרום לכך שהצד אשר ידע על טעותו של האחר ימצא עצמו מניה וביה מפר חוזה שמעולם לא הסכים להתחייב בו. תוצאה מעין זו היא מרחיקת לכת ובלתי מידתית ל"חטאו" של הצד שידע על טעותו של האחר. התוצאה המידתית הראויה היא כי הצד אשר פעל באופן אשמתי לא יוכל להסתמך על החוזה כפי שנכרת (כך יארע אם הצד הטועה יבטלו) ויפצה את הצד הטועה כמידת נזקו, לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הכל לפי נסיבות העניין.

ח. ביטול הלכת אפרופים בכלים של דיני הראיות

לאור האמור לעיל, דעתי היא כי אין דרך אפקטיבית לביטול הלכת אפרופים באמצעות כלים של המשפט המהותי. משנסיבות קשירת החוזה מצויות בפני בית המשפט, יש להניח כי "אנרגיות הצדק" לעולם תעשינה את שלהן, ובית המשפט יחזור, מטבע המלאכה השיפוטית, לעשיית צדק. השאלה אם טקסט הוא "ברור" או מפורש" תהא לעולם תלויה שיקול דעת.

קיימת דרך חלופית להעצמת מעמדה של לשון החוזה והיא עיצוב כלל ראייתי חדש אשר ימנע לחלוטין קבילותן של ראיות נסיבתיות. כידוע, קיים זה מכבר כלל המונע הבאת ראיות כנגד מסמך. דא עקא שכלל זה מסויג בכך שכאשר החוזה אינו ברור, אפשר בכל זאת להמציא ראיות בדבר כוונת הצדדים.³⁶ קל מאוד לראות כי בכך שבה קושיה למקומה. באמצעות סייג "אי-הבהירות" מתאפשרת באופן נרחב העדה בדבר הנסיבות. כלל המבקש ליצור יעילות מרבית באשר להסתמכות על לשון החוזה ידרוש חקיקה חדשה מתאימה אשר תמנע העדה כזו בכל מקרה, ללא קשר למידת בהירותו של הטקסט. המשמעות תהיה כי לא תוכר זכאות כלשהי שאינה נובעת מן המסמך עצמו. כלל מעין זה אכן יהיה יעיל, אולם הצדקתו מסופקת. הוא "מניח את כל הביצים" בסל הוודאות המשפטית, באופן בעייתי

36 ראה למשל ע"א 650/84 שטרן נ' זיונין, פ"ד מא(1) 380, 383 (1987) ופסיקה נוספת שם.

ובלתי מאוזן. מבקשי היעילות בכל מחיר ישבעו נחת מכלל חדש כזה, אולם באיזון הכולל לא היינו מצדדים בו.

יצוין כי אפשר להגיע לפתרון דומה באמצעות "חקיקה פרטית". אין מניעה כי חוזה יקבע שלא ניתן יהיה להגיש ראיות לצורך פרשנות החוזה. הוראה חוזית מהסוג הנדון, כך נראה, אינה נוגדת את תקנת הציבור לצורך סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). הצדדים רשאים להחליט כי הם מעניקים מעמד בכורה לשיקולי יעילות וודאות משפטית על פני שיקולי צדק גמישים ונסיבתיים. גם שיפור הודאות המשפטית הוא אחד הערכים הראויים של השיטה המשפטית.³⁷

נעיר עוד כי למרות השיפור הניכר העשוי לנבוע מקביעת כלל ראייתי חדש כמתואר לעיל, מבחינת שיקולי וודאות, אין בו כדי לפתור את כל הקשיים. המעבר מן השלב השני בפרשנות (תכלית אובייקטיבית ממשית) לשלב השלישי (תכלית אובייקטיבית מיוחסת) עדיין פתוח בפני בית המשפט, והסכנה שהוזכרה לעיל, בדבר "זליגה" חפוזה לכיוון הערכי העמום, בעינה עומדת.

דברי סיכום

ביקשנו ברשימה זו להפנות זרקור אל מספר תובנות שטרם זכו להדגשה ופיתוח בסוגיה הטעונה והשנויה ב"מחלוקת נצחית" – הלכת אפרופים והחקיקה שהתיימרה לבטל הלכה זו. ברי הדבר כי סמל זה למאבק הכוחות בין הרשויות ימשיך להעסיק את ציבור המשפטנים גם בעתיד, אף כי ניכרים היטב בשנים האחרונות ניצנים לריסון שיפוטי בתחום המשפט האזרחי, המעדיף חזרה לגישות שמרניות והימנעות מגלישה לפתרונות עמומים מדי.³⁸ על המחוקק, אם הוא אכן מבקש לשנות כיוון בנושא זה, להעמיק חקר ביסודותיה של ההלכה ובענפיה השונים. שינויו של מצב קיים אינו אפשרי ללא הבנת מקורותיו, גווניו והסביבה האופפת אותו. בשלב זה המחוקק לא צלח בניסיונו הראשון לביטול הלכת אפרופים. אפשר

37 יוער כי תניה חוזית מעין זו תהא שונה מתניה מקובלת ושגורה, המציינת כי החוזה ממצה את כל הסיכומים שבין הצדדים ואי אפשר יהיה להסתמך על חילופי דברים ומצגים שהועברו במשא ומתן, כנגד האמור בחוזה. הוראה שגורה מעין זו מונעת הגשת ראיות שתוכנן נוגד את החוזה, אולם אינה מונעת הגשת ראיות לצורך פרשנות החוזה. מכל מקום, בהיעדר קביעה חדה אחרת בנדון בחוזה, הוראה חוזית מהסוג המתואר לעיל תתפרש באופן שאינו מונע הבאת ראיות לצרכי פרשנות החוזה. דומה כי לא יהיה צורך אף להיזקק ליישום הלכת אפרופים על "תניית הפרשנות" עצמה, על מנת להגיע לממצא פרשני המאפשר הגשת עדויות נסיבתיות בנדון, אלא זו תהא המשמעות העולה מהפירוש ה"טבעי" של הלשון החוזית השגורה בנדון.

38 מיגל דויטש "שיקול דעת שיפוטי בדיני העסקאות הנוגדות – מגמות והרהורים" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תאודור אור 305 (2013).

להניח כי לא יהיה זה ניסיונו האחרון. עם זאת, ככל ש"כיס ההתנגדות" להלכת אפרופים הולכים ומתרחבים בבית המשפט העליון, כמתואר ברשימה זו, ייתכן כי לא ירחק היום שבו למצער למעשה, אם לא להלכה, תאבד הלכה זו מכוחה. את אשר לא עלה בידי המחוקק לעשות, אפשר שיעשה בית המשפט העליון עצמו. אפשר לקוות כי יתבצע רק שינוי זהיר באופן היישום של ההלכה, מבלי לפגוע ברוחה. יהיה זה מצער אם השיטה הישראלית תשוב לימים שבהם טענה פרשנית חוזית נענתה בתשובה "מוחצת" ומכרעת: "היכן זה כתוב בחוזה?"

* * *

לאחר סיום הדפסתה של רשימה זו פורסם פסק הדין החשוב בע"א 3894/11 דלק בע"מ נ' שלום.³⁹ פסק הדין שב ומעגן את תוקפה של הלכת אפרופים למרות תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. השופט ג'ובראן שב ומזכיר כי איתור כוונתם האמיתית של הצדדים, מכל מקור אפשרי, הוא הדרך הראויה להגשמת האוטונומיה האישית של המתקשרים. בצדק הוא מציין כי יש להבחין, במסגרת האיזון הפנימי בין משקל הלשון לבין משקל הנסיבות, בין סוגי חוזים שונים. קיימים חוזים שבהם משקל הוודאות המשפטית הוא מוגבר. יש גם לבחון את מערכת היחסים בין הצדדים ולברוק אם קיים חשש מובנה לפער בין הלשון לבין התכלית האמיתית. יש ליתן משקל ראוי גם למאפייני השוק הרלוונטי. יש להבדיל בין חוזה אמון לבין חוזה רגיל; יש להבחין בין חוזה שניתנה הדעת על ידי הצדדים באופן קפדני ללשונו, לבין מצב שאין הדבר כן; ויש להבחין בין חוזה אחיד לבין חוזה מסוג אחר.

בעניין דלק עסק בית המשפט בפרשנותו של כתב ערבות שבו אדם ערב ל"כל חוב והתחייבויות" כלפי דלק, "כפי שתהיינה [כך במקור – מ' ד'] מעת לעת, בגין רכישות דלקים ושמיים". הערב טען כי הוא ערב רק לעסקה קונקרטית. דעת המיעוט של השופט סולברג העניקה מעמד בכורה ללשון, וקבעה כי בהיעדר סייגים בלשון הערבות, היא אכן חלה על כל ההתחייבויות. דעת הרוב (השופטים ג'ובראן ונאור) קיבלה את עמדת הערב, לאור נסיבות הכריתה, ולפיה הערבות הייתה מוגבלת לעסקה מסוימת. יצוין כי השופט נאור העירה כי אין היא מוצאת לנכון להרחיב לעניין פרשנותו של תיקון מס' 2 לחוק, אשר לא חל לדעתה על המקרה, אולם אף היא העדיפה ליתן משקל עדיף לנסיבות הכריתה (תוך שהיא סוברת כי גם הלשון אינה מחייבת בהכרח תחולת הערבות על החיוב הנדון). אכן, פסק הדין בעניין דלק מאשש שוב את התפלגות הדיעות כיום בבית המשפט העליון, בין "תומכי אפרופים" לבין תומכי הגישה "השמרנית", המייחסת משקל עליון

ללשון החוזה. יש בו גם כדי לאשש במידה ידועה את התפיסה העקרונית שהוצגה לעיל, ולפיה קביעות "חדות" (כפי שהוצגו ברשימתי לעיל) או קביעות כוללניות (כפי שהיו בעניין דלק) אינן מתפרשות בהכרח כמקיפות-כל וכחלות בכל מערכת נסיבתית שהיא. הצדדים אינם בהכרח מתכוונים לגרוף הכל מכל באמירות כוללניות מעין אלה. קו גבול דק קיים בין גורפות לבין כוללניות המשקפת את טיבו של ההסדר במצב "רגיל" בלבד. צדדים אינם רואים מול עיניהם את כל המצבים האפשריים, ולעתים יהיה מקום לראות את ההוראה ה"חדה" והבלתי מסוייגת כשותקת (או אף כדוחה ממש את תחולת ההסדר הכוללני) בכל הנוגע למערכת נסיבתית נתונה העומדת על הפרק. כנזכר ברשימה זו לעיל, פרשנות ההוראה כקובעת הסדר שלילי או לאקונה היא אחד האתגרים שעל הפרשן להתמודד עמם. אכן, חלה בנדון האימרה: "לעולם אל תאמר 'לעולם'".

בשולי עניין דלק גם הועלתה על ידי השופט ג'ובראן השאלה בדבר התחולה העתית של תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. לאור ההנחה כי תיקון מס' 2 לא ביטל את הלכת אפרופים, סוגיה זו לכאורה אינה טעונה הכרעה, וגם בית המשפט בעניין דלק לא נאלץ להכריע בה. עם זאת, השופט ג'ובראן העיר שהתיקון לא יחול על חוזים שנערכו לפני התיקון, בהיותו דין מהותי, מבלי לפסול אפשרות שהתיקון בכל זאת יחול על חוזה שחלו בו שינויים מהותיים לאחר התיקון (השופט נאור קבעה כעניין מובן מאליו כי תיקון מס' 2 אינו חל על המקרה). זו עמדה ראויה. שאלת לוואי יפה היא מה תהיינה ההשלכות של שינוי עתידי אפשרי ביחס לאופן פרשנותו של בית המשפט העליון את תיקון מס' 2, על חוזים שנערכו לפי המצב הפסיקטי כיום. אם חקיקה בנוגע לדין המהותי נתפסת כחלה באופן פרוספקטיבי בלבד, למעט חריגים, הרי שפסיקה נתפסת לרוב כחלה גם רטרופקטיבית.⁴⁰ שינוי פרשני עתידי כזה הוא בהחלט אפשרי, לאור גישת המיעוט בעניין דלק וגישות אחרות שהוצגו ברשימה כזו, אשר מבקשות למצער למתן את הלכת אפרופים ולהגביר באופן קריטי את משקל הלשון על פני משקל הנסיבות. נראה כי שינוי הלכתי כאמור יחול באופן פרוספקטיבי בלבד, בהינתן תכליתם של דיני הפרשנות לקלוע לכוונתם האמיתית של הצדדים. צדדים מנסחים חוזה מתוך התחשבות באווירה הפרשנית הקיימת בעת עריכת החוזה, הכוללת בחובה את הלכת אפרופים. החלת דין שונה על אופן פרשנות החוזה יהיה בה כדי לחטוא לכללי הפרשנות הבסיסיים עצמם.

40 להיקפו ולגבולותיו של כלל זה ראו דנ"א 3993/07 פ"ש ירושלים נ' איקאפור בע"מ (פורסם בנבו, 14.7.2011).