

פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים

ישראל ציגנלאוב*

- א. מבוא
- ב. התפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית בדיני חוזים
1. התמורות בדיני פרשנות חוזים
 2. הוספתה של "תכלית החוזה" למקורות הפרשנות הקלאסיים
 3. שלושת השלבים בהתפתחות גישת הפרשנות התכליתית
- ג. השלב הראשון של גישת הפרשנות התכליתית
1. עקרונות השלב הראשון של גישת הפרשנות התכליתית
 2. ריסון מול ליברליות ביישום גישת הפרשנות התכליתית בשלב הראשון
- ד. השלב השני של גישת הפרשנות התכליתית
1. עקרונות השלב השני – יצירת כלים המאפשרים ואף מעודדים התערבות בתוכנם של חוזים
 2. פסק הדין בפרשת אפרופים
 - 2.1 הרקע העובדתי והמחלוקת בין הצדדים
 - 2.2 פסק הדין המחוזי
 - 2.3 פסק הדין בבית המשפט העליון 3. הקשיים שמעורר פסק דינו של השופט ברק בפרשת אפרופים
 - 3.1 תכליתה של ההתקשרות בין "אפרופים" לבין המדינה
 - 3.2 הסנקציה שנקבעה בפסק הדין למקרה של איחור בביצוע מוקשית ובלתי סבירה
 - 3.3 התעלמות בית המשפט מכלל הפרשנות נגד המנסח
 - 3.4 לסיכום הביקורת על פסק דינו של השופט ברק בפרשת אפרופים
- ה. השלב השלישי של גישת הפרשנות התכליתית
1. היפוך ההיררכיה – העדפת התכלית האובייקטיבית על פני התכלית הסובייקטיבית
 2. פסקי הדין בפרשת ארגון מגדלי ירקות

* עורך דין, שותף במשרד עורכי דין בלושטיין, בר-קהן, ציגנלאוב ושות'. תודתי נתונה לפרופ' מני מאוטנר, לד"ר מנחם פינקלשטיין לד"ר יובל פלדמן, לד"ר אבישולם וסטרייך, לד"ר רוי בר קהן ולחברי מערכת "הפרקליט", על הערותיהם מאירות העיניים.

3. הביקורת על דעת הרוב בפרשת ארגון מגדלי ירקות
1. גישת הפרשנות התכליתית – הערכה וביקורת
1. כישלונם של השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית ב"מבחן התוצאה"
2. חולשותיהם העקרוניות והנורמטיביות של השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית
2. סיכום – גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים

א. מבוא

בשנים האחרונות נשמעים יותר ויותר קולות בקהילה המשפטית, הן בקרב עורכי הדין, הן בקרב אנשי האקדמיה ואף בקרב השופטים, הטוענים כי בתחום המשפט האזרחי שורר כיום מצב של חוסר ודאות, חוסר ביטחון והיעדר יכולת לצפות מראש כיצד יתייחס בית המשפט לסכסוך משפטי המובא להכרעתו.¹ מצב זה נובע בעיקר מהשינויים המשמעותיים שחלו במשפט האזרחי בכלל ובדיני החוזים בפרט, החל משנות השמונים של המאה הקודמת.

אחד מן התחומים בעלי ההשפעה הגדולה ביותר על הביטחון ועל הוודאות במשפט האזרחי, הוא פרשנות חוזים. בתחום זה חלו שינויים רדיקליים ביותר. באופן כללי אפשר לומר כי התפיסה הפרשנית הישנה, אשר שמה את הדגש על **לשונו** של החוזה, הוחלפה בתפיסה חדשה, המדגישה את **תכליתו** של החוזה. כיום גישת הפרשנות התכליתית שולטת בבית המשפט העליון כמעט ללא עוררין.

דומה כי אין כל ספק שלגישת הפרשנות התכליתית מעלות ויתרונות רבים. ואולם בצדם מצויים גם חסרונות בלתי מבוטלים אשר על חלקם הצביעו כבר כמה כותבים. אחד מהחסרונות העיקריים, לפי הנטען, הוא פגיעתה הקשה של גישה זו בוודאות, בביטחון וביציבות המשפטית בתחום דיני החוזים.

במאמר זה אסקור את תהליך התפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית, ואטען כי אפשר להבחין בשלושה שלבים שונים בהתפתחותה. בשלב הראשון נוצר וגובש הרעיון של פרשנות תכליתית לחוזה אשר מטרתה הנה להתחקות אחר כוונת הצדדים לו. בשלב השני הורחב מאוד שיקול הדעת אשר ניתן לבית המשפט בפרשנות חוזים, באמצעות שימוש במונח **תכלית אובייקטיבית** וקביעה כי יש להעדיף את התכלית על לשון החוזה עד כדי מתן אפשרות לבית המשפט לפרש חוזה בניגוד ללשונו. בשלב השלישי, אשר מצוי כיום עדיין בשלבי התגבשות, הורחב עוד יותר שיקול הדעת של בית המשפט בפרשנות חוזים. זאת, באמצעות מתן לגיטימציה להעדפת שיקול דעתו

¹ ראו, למשל, דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" **המשפט** 21, 2 (2006); וכן כתבות בעתונות: רון דרור "בית המשפט לא רשאי לכתוב חוזה במקום הצדדים" **עורך הדין** 55, 48 (2005) (ריאיון עם השופט [בדימוס] אליהו מצא); נועם שרביט "אמרתי לברק: 'אפרופים' שלך גורם מהומות" **גלובס** 14.3.2006, 16.

של בית המשפט על אודות ההסדר החוזי הראוי בעיניו, על פני כוונת הצדדים בפועל. בהמשך לתיאור זה, אטען כי גישה זו, כפי שעוצבה, נוסחה ויושמה בפועל בשלביה המתקדמים בפסק הדין בפרשת **אפרופים**² – שעמו היא מזוהה כיום יותר מכול – וביתר שאת בפסקי הדין שניתנו לאחרונה בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**,³ שינתה את מערך יחסי הכוחות ואת "חלוקת העבודה" בין בית המשפט לבין הצדדים בכל הנוגע לקביעת תוכנו של החוזה. בית המשפט הפך, לכל הפחות דה-פקטו, מפרשן של החוזה אשר נערך על ידי הצדדים ואשר הם אלו האמורים לשלוט באופן מלא ובלעדי על תוכנו, למעין מבקר-על של החוזה הרשאי להתערב בתוכנו ולתקן אותו בהתאם לשיקול דעתו על אודות ההסדר הראוי שצריך לחול במסגרת אותו חוזה. תפקיד חדש זה, שבית המשפט נטל לעצמו, מביא אותו פעמים רבות, להפקעת השליטה על תוכנו של החוזה מידי הצדדים לו ולהכפפתו לשיקול דעתו ולערכיו של בית המשפט.

גישה חדשה זו בפרשנות חוזים מעוררת, כמוכן, מיד את שאלת הלגיטימיות העקרונית-תאורטית של התערבות בתי המשפט ביחסים חוזיים. בצד שאלה עקרונית-תאורטית זו, עומדת שאלה נוספת, חשובה לא פחות, והיא שאלת "מבחן התוצאה". דהיינו, השאלה מהי איכות הפתרונות הפרשניים שמניבה גישת הפרשנות התכליתית. בשאלה זו אגע בהמשך המאמר, ואטען כי טכניקת הפרשנות התכליתית, כפי שפותחה בשלביה המתקדמים של גישה זו, מעוררת קשיים ניכרים. מושג **התכלית**, ויותר מכך – **התכלית האובייקטיבית**, הנם מושגים מופשטים. הציפייה כי בית המשפט יאתר כראוי בכל מקרה את תכליתו האובייקטיבית של החוזה, וישתמש בה כאמת המידה המרכזית בפרשנותו, הנה למצער, יומרנית, והניסיון ליישמה מניב, פעמים רבות, תוצאות בעייתיות ומוקשות.

יתר על כן, גישת הפרשנות התכליתית מציבה את השופט-הפרשן בעמדה המאפשרת לו ואף תובעת ממנו להפעיל שיקול דעת רחב. לגישה זו מצטרפת הגישה האקטיביסטית הכללית המקובלת כיום בבתי המשפט גם בתחום המשפט האזרחי,⁴ ושתיים אלה מביאות אותו להתערב בתוכנם של חוזים גם במקומות שבהם יש ספק גדול אם התכלית אשר באמצעותה בחר בית המשפט לפרש את החוזה אכן משקפת נכונה את תכליתו של החוזה הנדון ומהווה פרשנות ראויה לו. טיעון זה יודגם באמצעות ניתוח תהליך הפרשנות שביצע בית המשפט בפסק הדין בפרשת **אפרופים**

² ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: פרשת אפרופים).

³ ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481 (2005) (להלן: פרשת ארגון מגדלי ירקות); דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פדאור 10(10) 105 (2006) (להלן: דנ"א ארגון מגדלי ירקות).

⁴ על אקטיביזם שיפוטי במשפט האזרחי בכלל ובדיני חוזים בפרט, ראו פרידמן, לעיל ה"ש 1; מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17 (2005) (להלן: מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה").

ובפסקי הדין בפרשת ארגון מגדלי ירקות.

בהמשך לכך אטען, כי צדדים הכותרים ומקיימים ביניהם יחסים חוזיים מצויים במצב של חוסר ביטחון וחוסר ודאות באשר לאופן שבו יראה בית המשפט את החוזה שערכו ולפרשנות שייתן לו. זאת, בשל צירופם של שני הגורמים הנזכרים: נכונותו העקרונית של בית המשפט להפעיל שיקול דעת רחב ולהתערב בתוכנם של חוזים באמצעות כלי הפרשנות התכליתית; ויישומה של גישה זו במקומות בהם הצורך בכך כמו גם הצידוק לכך מוטלים בספק. מצב זה עלול אף להידרדר לחוסר אמון בפתרון סכסוכים על ידי בית המשפט בתחום החוזים.

כסופו של מאמר זה אטען, כי כיום מצוי תחום פרשנות חוזים בפרשת דרכים. בצומת זה נראה כי יש מקום לשקול לחזור כמה צעדים לאחור, ולנקוט גישה זהירה ומרוסנת יותר. במסגרת גישה זו יוטלו על בית המשפט המפרש חוזים, סייגים אשר יגבילו את יכולתו להתערב בתוכן החוזה, ויאפשרו זאת אך ורק במקרים חריגים ביותר. בדרך זו ישוב החוזה למקומו הטבעי – להיות כלי המעוצב בידי הצדדים לו אשר תכליתו הנה הגשמת רצונם ויעדיהם.

ב. התפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית בדיני חוזים

1. התמורות בדיני פרשנות חוזים

אחד מנושאי הדגל של המהפכה שהתחוללה במשפט הישראלי החל מראשית שנות השמונים של המאה העשרים,⁵ הוא השינוי שחל בסוגיית הפרשנות במשפט. הכוונה היא למתודה ולדרך פרשנותם של טקסטים נושאי משמעות משפטית מסוגים שונים כגון הוראות חוק, חוזים וצוואות. במסגרת זו חלו, כאמור, תמורות משמעותיות ומרחיקות לכת בכל הנוגע לפרשנות חוזים. היבטיה השונים של סוגיה זו נדונו בהרחבה בחיבורים רבים.⁶ במאמר זה לא אעסוק, כמובן, בכל הנושאים הנוגעים לפרשנות חוזים ולגישת הפרשנות התכליתית, אלא אתמקד בהיבט אחד אשר, לדעתי, עומד במרכזו של תחום זה ולפיכך משליך על כולו והוא – היחס בין פרשנות לבין התערבות. במסגרת זו אנסה לבחון, לנתח ולבקר את השינויים שחלו בדיני פרשנות חוזים מתוך נקודת המבט של שאלת היחס בין פרשנות לבין התערבות. השאלה אשר

⁵ על תהליך זה, ראו מנחם מאוטנר *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (1993); רות גביזון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן *אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית* (התש"ס).

⁶ ראו דניאל פרידמן "פרשנות החוזה" דניאל פרידמן ונילי כהן *חוזים* כרך ג 227 (2003); גבריאלה שלו *דיני חוזים – החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי* 395–452 (2005); דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" *המשפט* ח 483 (2003) (להלן: פרידמן "הערות לפסק דין אפרופים"); מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4; איל זמיר *פירוש והשלמה של חוזים* (1996); מיגל דויטש "דיני חוזים: סקירה והתפתחות" *ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו* 167, 173–182 (1997).

תעמוד ברקע הדיון היא היכן, אם בכלל, ראוי לו שיעבור קו הגבול בין פרשנות לגיטימית שעושה בית המשפט לחוזה שערכו הצדדים, לבין פעולה של התערבות בתוכנו של החוזה ועיצובו מחדש על ידי בית המשפט באמצעות רטוריקה של פרשנות. מן הראוי לציין, בראשית הדברים, כי תורת הפרשנות התכליתית בישראל פותחה ונוסחה, בעיקרו של דבר, על ידי השופט ברק,⁷ הן בפסקי דין והן בספרים שכתב.⁸ תורה זו קנתה לה שבייתה בקרב שופטי בית המשפט העליון, ודומה כי מזה כמה שנים היא מקובלת על רובם הגדול.

את השינוי העקרוני שחל בנושא פרשנות חוזים אפשר לתאר בתמצית באופן הבא:⁹ התפיסה הפרשנית הישנה התאפיינה בהדגשת שני העקרונות הבאים: א. נאמנות ללשון החוזה ופרשנות פורמליסטית שלה; ב. קידוש זכותם של הצדדים לחוזה לקבוע את תוכנו על פי שיקול דעתם, כאוות נפשם. מנגד, התפיסה הפרשנית החדשה מתאפיינת בהדגשת עקרונות הפוכים: א. העברת נקודת הכובד בתהליך הפרשנות מלשונו של החוזה לבחינת תכליתו ומטרתו; ב. נכונות גוברת והולכת להתערב בתוכן החוזי שנקבע על ידי הצדדים, תוך הסתמכות על שיקולים וערכים שונים שבית המשפט מוצא אותם ראויים ומצדיקים התערבות זו ("אקטיביזם שיפוטי").¹⁰

המעבר מן התפיסה הפרשנית הפורמליסטית הישנה לגישת הפרשנות התכליתית העניקה לבית המשפט העוסק בפרשנות חוזים, גמישות ומרחב תמרון גדולים יחסית במלאכת הפרשנות. כפי שאראה בהמשך, גמישות זו באה לידי ביטוי הן בסוג השיקולים שבית המשפט רשאי להביא בחשבון בתהליך הפרשנות והן במשקל היחסי הניתן לכל אחד מן השיקולים הללו.

⁷ ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" **עיוני משפט** 737 (2002). ד"ר קידר מראה כי שורשיה של תורת פרשנות זו מצויים בשיטת הפרשנות התכליתית שפותחה בארצות-הברית בשנות החמישים של המאה העשרים על ידי Henry Melvin Hart, Martin Albert Sacks וכן מאוחר יותר על ידי Ronald Dworkin.

⁸ בחמשת כרכי הסדרה אהרן ברק **פרשנות במשפט**. הספר הרביעי בסדרה אף הוקדש כולו לפרשנות החוזה, ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט** כרך רביעי – פרשנות החוזה (2001) (להלן: ברק **פרשנות במשפט**), וכן באהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** (2003). חשוב לציין, כי תורת הפרשנות התכליתית לא פותחה על ידי השופט ברק לצורך הטיפול בפרשנות חוזים בלבד, אלא לצורך פרשנות כל טקסט הנושא משמעות משפטית – חוקה, חוק, חוזה וצוואה. השופט ברק רואה בחוזה מקרה פרטי של טקסט משפטי הטעון פרשנות. עם זאת, השופט ברק מציין, כי לכל סוג של טקסט משפטי מאפיינים ייחודיים המשליכים על אופן החלת תורת הפרשנות התכליתית עליו. ראו שם, בעמ' 27, 235–236.

⁹ השוו פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 242 ו-253.

¹⁰ חשוב לציין, כי כפי שטוען פרופ' איל זמיר, פעמים רבות ההתערבות בתוכן החוזה אינה נעשית באופן גלוי, מפורש ומוצהר, אלא היא מוסווית ומוסתרת מאחורי מסך של רטוריקה המסתיר את המהלך הרדיקלי שמבצע בית המשפט בדרכים מגוונות. רק לאחר בחינה מעמיקה של דרך הפעולה של בית המשפט אפשר לחשוף את הפער בין הרטוריקה של פסק הדין לבין המהלך שמבוצע לאמיתו של דבר. ראו זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11–13, ה"ש 1, בעמ' 12 ובעמ' 53–56, 131–141.

לתיאור שלבי התפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית ולניתוחם אקדים תיאור קצר של תהליך פרשנותו של חוזה והכלים העומדים לרשות הפרשן לצורך ביצוע מלאכת הפרשנות, על פי הגישה הקלאסית ועל פי גישת הפרשנות התכליתית.

2. הוספתה של "תכלית החוזה" למקורות הפרשנות הקלאסיים

חלק בלתי מבוטל מן הסכסוכים האזרחיים הבאים בשערי בית המשפט שעניינם מערכות יחסים חוזיות, נוגעים, במידה כזו או אחרת, לשאלת מובנה של ההסכמה החוזית שנקשרה בין הצדדים, ולמשמעותם של סעיפי החוזה שכתרו. מושכל ראשון בתאוריה הקלאסית של דיני חוזים הוא, כי ככלל, זכויותיהם וחובותיהם של צדדים לחוזה צריכות להיגזר מן ההסכמה שאליה הגיעו הצדדים לו.¹¹ אולם כיצד יגלה בית המשפט מהי אותה הסכמה? בדרך כלל מובאות בפני בית המשפט שתי גרסאות עובדתיות שונות וסותרות באשר לטיבה של מערכת היחסים החוזית שבין הצדדים ובאשר לפרשנותם של סעיפי החוזה. בית המשפט נדרש להכריע מי מביניהן מתארת ומשקפת טוב יותר את טיבה של אותה מערכת יחסים חוזית. הכרעה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. על מנת להגיע אליה נדרש השופט לחדור לנבכי מערכת היחסים שבין הצדדים, מערכת העשויה לעתים להיות מורכבת ביותר; להבין אותה לעומקה; ולגלות כיצד ביקשו הצדדים לה להסדיר את העניין העומד במרכזה של המחלוקת ביניהם. המאמץ הנדרש מן השופט במקרים מן הסוג הזה הוא מאמץ פרשני, התובע ממנו להבהיר את הטקסט החוזי שנכתב על ידי הצדדים, לתת מובן ליחסים החוזיים שבין הצדדים ולהכריע, בהתאם לכך, בסכסוך שהובא בפניו.

כיצד ניגש השופט למלאכת פרשנות זו? על פי הגישה הקלאסית, ואף כפי שעולה מלשון החוק,¹² לצורך ביצוע מלאכת הפרשנות עומדים לו לעזר שני כלים: לשונו של החוזה שנכרת על ידי הצדדים והנסיבות השונות שאפפו את כריתתו.¹³ על פי גישת הפרשנות התכליתית, לשני כלי העזר הנזכרים נוסף כלי עזר שלישי, והוא **תכליתו של החוזה שנערך על ידי הצדדים**. מונח זה טעון ביאור.

"פרשנות לאור התכלית" או "פרשנות תכליתית", היא מונח אשר בשנים האחרונות נשתרש כה עמוק בכתיבה המשפטית ובפסיקת בתי המשפט, עד כי חדלנו לבדוק את

¹¹ פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 235–236; מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 53–54.

¹² ס' 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים") שבו נאמר כך: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות". ראו: ע"א 383/77 מוצרי אספלט ואבן בנגב בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 641 (1979); ע"א 832/81 רלפו (ישראל) בע"מ נ' נורוויץ יוניון פייר אינשורנס סוסייטי לימיטר, פ"ד לט(1) 38 (1985); ע"א 134/84 פוליון מצבעת טקסטיל חיפה בע"מ נ' פרידמן, פ"ד לט(2) 365 (1985); שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 417–418.

¹³ על שני מקורות פרשנות אלה ראו פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 238–242; מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 48–51.

תוכנו ואת דרך יישומו.¹⁴ למעשה, הכוונה בביטוי "פרשנות תכליתית" היא לביצוע פעולת פרשנות כפולה ודו-שלבית. בשלב הראשון מנסה הפרשן לעמוד על המטרות ועל היעדים ("התכלית") שעליהם מבוססת מערכת היחסים החוזית אשר נדונה בפניו, בכלל, ועל ההתניות החוזיות המצויות במרכז הסכסוך הטעון הכרעה, בפרט. בשלב השני מנסה הפרשן להסיק בדרך הדוקציה, כיצד ביקשו הצדדים להסדיר פרט זה או אחר, לאור תכליתה הכוללת של מערכת היחסים ביניהם, אשר, כזכור, נקבעה על ידו כבר בשלב הראשון של הפרשנות.

תיאור זה של הפרשנות התכליתית מלמד כי היא אמנם נועדה לשמש כלי עזר לפרשן במאמץ הפרשני שהוא משקיע בניסיון להתחקות אחר טיבה של מערכת היחסים החוזית. אך בד בבד, חשיפת תכליתה של מערכת היחסים החוזית כרוכה בביצוע תהליך פרשני נפרד, מורכב ומסובך, שמהווה בפני עצמו, יעד פרשני עצמאי שיש לכובשו בדרך לפתרון השאלה הפרשנית השנויה במחלוקת בין הצדדים.

תיאור זה גם מלמד על יתרונה הגדול של הפרשנות התכליתית מחד גיסא, ועל חסרונה הגדול מאידך גיסא. יתרונה של הפרשנות התכליתית הוא בכך שהיא מכוונת את הפרשן לראייה רחבה וכוללת של מערכת היחסים החוזית שאינה מתמצית בבחינה בלשנית-פורמליסטית של לשון הסעיף השנוי במחלוקת. היא מאפשרת לפרשן ואף מעודדת אותו לחזור לעומק מערכת היחסים החוזית ולהתחקות אחר כוונותיהם, רצונותיהם ומטרותיהם המשותפות של הצדדים לחוזה. בדרך זו היא מעשירה את הבנתו של הפרשן בכל הנוגע למערכת היחסים החוזית הנדונה בפניו ומקרבת אותו להשגת יעד הפרשנות שתואר לעיל – חשיפת אומד דעתם וכוונתם האמיתית של הצדדים בחוזה שנכרת ביניהם.¹⁵

חסרונה של הפרשנות התכליתית נעוץ בכך שתהליך ההתחקות אחר תכליתו של החוזה הוא תהליך אינטלקטואלי ומופשט בעיקרו, שאיננו מוגבל ואיננו כבול לכל גורם או נתון עובדתי מוצק. אמנם נקודות המוצא שמהן יוצא הפרשן המבצע תהליך אינטלקטואלי זה, הן העובדות המוצגות בפניו – לשון החוזה ונסיבות כריתתו, אולם בתהליך קביעת תכלית החוזה הוא רשאי להביא בחשבון עובדות אלה, או להתעלם מהן או מחלקן, וכן לדרג את חשיבותן לצורך חשיפת תכלית החוזה, בהתאם להבנתו ולשיקול דעתו. המציאות מלמדת, כי כמעט לכל מערכת יחסים חוזית עשויות להיות, באופן תאורטי, כמה תכליות אפשריות. היעדר מגבלות על הפרשן בבחירת תכלית

¹⁴ לסקירה כללית על פרשנות תכליתית, ראו שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 422–427; ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 383–401.

¹⁵ תיאור זה של התכלית מתייחס **לתכלית הסובייטיבית** בלבד, דהיינו, למטרות וליעדים האקטואליים שהצדדים הספציפים לחוזה ביקשו להגשים באמצעותו. כפי שנראה בהמשך, בשלב מאוחר יותר, פיתחה גישת הפרשנות התכליתית גם את מושג **התכלית האובייקטיבית**, אשר בוחנת את החוזה מנקודת מבט חיצונית על פי אמות מידה אובייקטיביות, וללא כל קשר לרצון האקטואלי של הצדדים לחוזה. על התכלית האובייקטיבית והיחס בינה לבין התכלית הסובייקטיבית ראו פרקים 1.1 ו-1.1 להלן.

החווה עלול להביא לכך שהוא יבחר בתכלית הנראית בעיניו – על פי שיקול דעתו, השקפתו וערכיו – ראיה ורצויה, ולא דווקא בזו שעמדה בבסיס כריתת החווה על ידי הצדדים. בחירה של הפרשן בתכלית שאיננה תואמת את זו שלה כיוונו הצדדים, עלולה להביא, באופן ישיר ומידי, לפרשנות שאינה תואמת את כוונתם המקורית של הצדדים. אם כן, החיסרון בגישת הפרשנות התכליתית הוא שלעיתים אף מבלי שהפרשן התכוון לכך, פרשנות תכליתית של חווה הופכת להיות, למעשה, התערבות ועיצוב מחדש של תוכן החווה שערכו הצדדים על ידי השופט שעוסק בפרשנות החווה.¹⁶

על פי גישת הפרשנות התכליתית, עומדים אפוא לרשות הפרשן שלושה מקורות או כלי עזר עיקריים לביצוע מלאכת הפרשנות: לשון החווה, נסיבות כריתתו ותכליתו של החווה. מטבע הדברים, השאלה המתעוררת מיד היא, האם קיימת היררכיה או סוג אחר של יחסי גומלין בין שלושת המקורות, וכיצד על הפרשן לנהוג במקרה שמתגלית אי-התאמה, התנגשות או סתירה בין המסקנות הפרשניות המתבקשות מן השימוש בכלי העזר השונים.

כאמור, הגישה הקלאסית, אשר עשתה שימוש בשני כלי העזר הראשונים בלבד, כפי שהיא משתקפת בסעיף 25 לחוק החוזים, קבעה היררכיה ברורה והעניקה עדיפות ללשון החווה. על פי גישה זו, כוונת הצדדים לחווה תילמד, בראש ובראשונה מלשונו,¹⁷ ורק במקום שאי-אפשר להתחקות אחר כוונת הצדדים מתוך לשון החווה, אפשר לפנות לבחינת הנסיבות החיצוניות שאפפו את כריתתו כדי ללמוד עליה.¹⁸ בפסיקת בתי המשפט זכתה גישה זו לכינוי "תורת שני השלבים".¹⁹ תפיסה זו שונתה על ידי גישת הפרשנות התכליתית אשר הוסיפה את תכלית החווה כמקור שלישי לפרשנות חוזים

¹⁶ לנושא זה והשלכותיו הבעייתיות אתייחס בהרחבה בהמשך הדברים.

¹⁷ עדיפותה של הלשון נקבעה בכלל אשר כונה "כלל הזהב" (The Golden Rule), שלפיו יש לתת למילים המופיעות בחווה את המובן הלשוני הרגיל שלהן, למעט במקום שבו יביא הדבר לתוצאות אבסורדיות או לסתירה פנימית בחווה עצמו. כלל זה מבוסס על ההנחה שמרבית הטקסטים החוזיים הם טקסטים ברורים אשר, בהינתן ידיעת השפה שבה נכתבו והכרת ההקשר והרקע התרבותי שבגדרו נערכו, אפשר להבינם ולדלות מתוכם כראוי את כוונת הצדדים. יצוין, כי לכלל זה נקבעו כמה חריגים, כגון מקרה שבו הצדדים השתמשו בקוד או מקרה שבו עקב שינוי נסיבות מרחיק לכת נוצר מצב הדורש פרשנות של הטקסט. נטל הראיה מוטל, כמובן, על המבקש לסטות מן המובן הלשוני הרגיל של הטקסט. ראו פרידמן "פרשנות חווה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 231–235, 244–245.

¹⁸ כפי שאומר פרופ' איל זמיר, היררכיה זו הנה כפולה: ראשית, היא קובעת את סדר הפנייה למקורות הפרשנות ולפיה אין לפנות לנסיבות החיצוניות במקרה שהשאלה הפרשנית ניתנת לפתרון על פי לשון החווה בלבד. שנית, היא קובעת את עדיפותה של הלשון במקרה של סתירה. ראו זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18–19.

¹⁹ ראו, למשל, ע"א 765/82 **אלתר נ' אלעני**, פ"ד לח(2) 701 (1984); ע"א 702/84 **גד נ' מנהל מס שבח מקרקעין**, פ"ד מ(4) 802 (1987); ע"א 539/86 **קליר נ' אלעד**, פ"ד מג(1) 602 (1989). על תורת שני השלבים והביקורת עליה, ראו פרידמן "פרשנות חווה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 244–249; שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 418–422; פרידמן "הערות לפסק דין אפרופים" לעיל ה"ש 6, בעמ' 487–488.

והגדירה מחדש, באופן שיפורט להלן, את ההיררכיה בין שלושת מקורות הפרשנות – הלשון, הנסיבות והתכלית.

3. שלושת השלבים בהתפתחות גישת הפרשנות התכליתית

בחינת גישת הפרשנות התכליתית מתוך נקודת המבט של היחס בין פרשנות לבין התערבות, מלמדת כי במהלך השנים עברה גישה זו תהליך של התפתחות והקצנה אשר נראה כי אפשר לחלקו לשלושה שלבים שונים. בעניין זה יש להקדים ולומר כי שלבי ההתפתחות של גישת הפרשנות התכליתית אינם שלבים ברורים וחדים אשר אפשר לתחום אותם בתאריכים מדויקים. התפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית הנה תהליך רציף המתרחש מזה כ-25 שנים. כפי שקורה בהתפתחותן של תורות ודוקטרינות משפטיות אחרות, גם תהליך זה התפתח עקב בצד אגודל וידע הן התקדמויות והן נסיגות לאחור.²⁰ במאמר זה אנסה להנהיר את המגמה הכללית של התפתחותה של גישה זו באמצעות חלוקת תהליך התפתחות זה לשלושה שלבים. בבסיס חלוקה זו מצוי הפרמטר של היקף ועומק התערבות בית המשפט ביחסים חוזיים בכל אחד מן השלבים הללו.

השלב הראשון הוא השלב שבו פותחה גישת הפרשנות התכליתית והוצבו יסודותיה. שלב זה התאפיין במתן אפשרות לפרשן לפרוץ את גבולות הניתוח הטקסטואלי הדווקני של החוזה מחד גיסא, תוך שמירה על ריסון וגבולות ברורים מאידך גיסא. גבולות אלו באו לידי ביטוי, בעיקר בכלל שאסר על הפרשן לחרוג ממתחם האפשרויות הלשוניות שהטקסט החוזי מתיר. נקודת ציון מרכזית של שלב זה היא פסק הדין בפרשת **אתא נ' זולוטוב**.²¹

השלב השני החל במחצית שנות התשעים ונקודת הציון המרכזית שלו היא פסק הדין בפרשת **אפרופים**.²² בשלב זה חל שינוי משמעותי באיזון בין השיקולים השונים שעל בית המשפט להביא בחשבון במסגרת מלאכת פרשנות חוזים. כך, ניתנה לפרשן לגיטימציה עקרונית ומעשית לחרוג מגבולות הטקסט החוזי וממתחם האפשרויות הלשוניות שהוא מתיר, ולתת לו "פרשנות" שאינה מתיישבת עמו אך עולה בקנה אחד עם תכלית החוזה, כפי שזו מובנת על ידי בית המשפט. כמו כן, פותח מושג "התכלית האובייקטיבית" המאפשר לבית המשפט בחינה של ההסדר החוזי הפרטיקולרי מזווית הראייה החיצונית של ההסדר הראוי בעיני בית המשפט.

השלב השלישי בהתפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית, אשר מצוי כיום בתהליכי התגבשות, משתקף בפסקי הדין אשר ניתנו לאחרונה בערעור ובדיון הנוסף

²⁰ על איתורן של מגמות בפסיקה ראו מאוטר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 65.

²¹ ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עזבון זולוטוב, פ"ד מא(1) 282 (1987) (להלן: פרשת אתא נ' זולוטוב).

²² פרשת אפרופים, לעיל ה"ש 2.

בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**.²³ עיקרו של החידוש בשלב זה הוא בתפיסה שלפיה אפשר להעדיף, לכל הפחות דה-פקטו, את התכלית האובייקטיבית על פני התכלית הסובייקטיבית. כזכור, בפסק הדין בפרשת **אפרופים** אפשר בית המשפט חריגה מן הטקסט החוזי במקום שבו כוונתם האקטואלית של הצדדים ("התכלית הסובייקטיבית"), לא הייתה ברורה כל צורכה. לעומת זאת, בפרשת **ארגון מגדלי ירקות** לא הסתפק בית המשפט בכך אלא הלך צעד נוסף קדימה. בפרשה זו פירש בית המשפט את החוזה באופן הנראה על פניו מנוגד לכוונה האקטואלית של הצדדים לחוזה, כפי שזו הוצגה בהרחבה ובפירוט לבית המשפט, תוך שהוא מעדיף לתת לחוזה מובן התואם את ההסדר שנראה ראוי בעיניו ("התכלית האובייקטיבית"). לדעתי, זוהי התפתחות ועליית מדרגה משמעותית בהיקף ובעומק ההתערבות שבית המשפט מתיר לעצמו בפרשנות חוזים. להלן אסקור ואתאר את שלושת שלבי התפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית.

ג. השלב הראשון של גישת הפרשנות התכליתית

1. עקרונות השלב הראשון של גישת הפרשנות התכליתית

גישת הפרשנות התכליתית ראתה בגישה הקלאסית ובהעדפתה את לשון החוזה, גישה פורמליסטית ונוקשה. לפיכך היא דחתה גישה זו ואימצה תחתיה גישה גמישה יותר ופורמלית פחות לפרשנותו של טקסט חוזי.²⁴ גישה חדשה זו ביקשה "להתיר את מוסרותיהן של המילים הכתובות ולהגיע לחקר הכוונה האמיתית, שהייתה לנגד עיניהם של המתקשרים".²⁵ דהיינו, לבחון בחינה רחבת היקף, את הנסיבות, את המטרות ואת התכליות של מערכת היחסים החוזית הנדונה, על מנת לרדת לחקר אומד דעתם של הצדדים לחוזה בעת כריתתו.

העקרונות המנחים של השלב הראשון של גישת הפרשנות התכליתית, פותחו ועוצבו, כאמור, על ידי השופט ברק,²⁶ ואפשר להציגם בתמצית כך: המקור החשוב והמרכזי ביותר להבהרת כוונתם של הצדדים לחוזה הוא תכליתו של החוזה.²⁷ על

²³ ראו פרשת **ארגון מגדלי ירקות** ורנ"א **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 3.

²⁴ הדחייה "הרשמית" של תורת שני השלבים נעשתה רק בשלב השני של גישת הפרשנות התכליתית – בפסק הדין בפרשת **אפרופים** שיידון להלן. ואולם כבר בראשיתה של גישת הפרשנות התכליתית הוצגה התכלית כמקור הפרשנות העיקרי והמרכזי. בכך נדחק, דה-פקטו, "כלל עדיפות הלשון" והורד מגדולתו. ראו ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 482–488. כן ראו ע"א 650/84 **שטרן נ' זיוניק**, פ"ד מא(1) 380 (1987).

²⁵ דברי השופט טירקל בע"א 453/80 **בן נתן נ' נגבי**, פ"ד לה(2) 145, 141 (1980).

²⁶ השימוש במונח "תכלית החוזה" נעשה כבר קודם לכן בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון. ראו למשל ע"א 464/75 **פרומוטפין בע"מ נ' קלדרון**, פ"ד ל(2) 191 (1976). ואולם הפיכת מושג התכלית לציר המרכזי ולמקור העיקרי בפרשנות חוזים נעשתה על ידי השופט ברק.

²⁷ השופט ברק, בפסק הדין בפרשת **אתא נ' זולוטולוב**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 305, מזהה בין המונח

תכלית זו לומד הפרשן מתוך ניתוח לשון החוזה ונסיבות כריתתו. לשון החוזה היא נקודת המוצא לתהליך הפרשנות, והיא גם קובעת את מתחם אופציות הפרשנות הלגיטימיות. לאחר שהפרשן איתר הן את מתחם אפשרויות הפרשנויות הלשוניות הלגיטימיות והן את תכליתו של החוזה, עליו לבחור באחת מבין אפשרויות הפרשנויות הלשוניות הלגיטימיות על פי התאמתה, או לכל הפחות קרבתה, לתכלית החוזה, ולקבוע אותה כפרשנות הנכונה של החוזה.

חשוב לציין כי בשלב ראשון זה בהתפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית הודגש, כי הפרשן אינו רשאי לחרוג ממתחם אפשרויות הפרשנויות הלשוניות הלגיטימיות שמתירה לשון החוזה, ואינו רשאי להעמיס על לשון החוזה משמעות אשר היא אינה יכולה לסבול, מבחינה לשונית, גם אם הוא סבור שפרשנות זו מתאימה לתכליתו של החוזה.²⁸ בכך הושג איזון בין שני מקורות הפרשנות הללו. בכך גם הושג איזון חשוב בין מערכת השיקולים הפורמליסטיים לבין מערכת השיקולים המהותיים-ערכיים בפרשנות חוזים. איזון זה אפשר לפרשן לחדור לעומק מערכת היחסים החוזית שבין הצדדים, להבין אותה, ולחשוף בדרך זו את כוונתם האמיתית של הצדדים. כל זאת, תוך הגבלת פעולה פרשנית זו ותחמתה לגבולות הברורים והידועים מראש של לשון החוזה.²⁹ כנקודת ציון מרכזית בהצבת יסודות השלב הראשון של גישת הפרשנות התכליתית אפשר לציין את פסק הדין בפרשת **אתא נ' זולוטוב**.³⁰

²⁸ "אומד דעת הצדדים" שבסעיף 25(א) לחוק החוזים לבין המושג "תכלית החוזה". זהו, כמובן, לא הפירוש המקובל של מונח זה. כך, למשל, השופטת בן-פורת מבינה מונח זה אחרת. שם, בעמ' 319. ראו גם שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 426.

²⁸ בלשונו של השופט ברק בפסק הדין בפרשת **אתא נ' זולוטוב**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 304: "הפרשנות אינה מוגבלת אך למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש"; ראו ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 655.

²⁹ אפשר לטעון כי עיקרון זה מגביר את הביטחון והוודאות של צדדים לחוזה. זאת, מן הטעם שהוא יוצר טכניקת פרשנות שבה מחד גיסא הפרשן איננו טכנוקרט השוקל שיקולים פורמליסטיים לשוניים-בלשניים בלבד, אלא מנסה באמת להבין מה ביקשו הצדדים לעשות בחוזה. מאידך גיסא, הפרשן אינו רשאי לחרוג מהמסגרת הלשונית שקבעו הצדדים, דבר המבטיח כי הוא ייצמד לחוזה שיצרו הצדדים ולא ייצור עבורם הסדר חדש.

³⁰ זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 131. פרופ' זמיר סבור שם כי פסק דין זה הנו פסק הדין החשוב והמעניין ביותר בתחום פירוש והשלמה של חוזים (הדברים נכונים כמובן למועד כתיבת ספר זה בשנת 1996). על מנת להדגים את אופן השימוש בתכלית החוזה בשלב זה, אתאר אותו בקצרה. פסק הדין עסק בסכסוך בין חברת טקסטיל לבין סוכן שלה. במרכזו של הסכסוך עמד חוזה סוכנות והפצה של מוצרי טקסטיל אשר נערך בין הצדדים בשנת 1962. היה זה חוזה ארוך טווח אשר יועד לתקופה בלתי מוגבלת ואשר כל צד יכול היה להביא לסיומו בהודעה מוקדמת של שלושה חודשים מראש. על פי החוזה, "אתא" מסרה לזולוטוב סחורה מבלי שהוא נדרש לשלם עבורה בעת קבלתה, ורק לאחר שמכר אותה, העביר הסוכן לאתא את תמורת המכירה בניכוי עמלה. כנגד קבלת הסחורה נדרש הסוכן להפקיד כעירבון, בין היתר, פיקדון כספי. פיקדון זה עמד במרכז המחלוקת בין הצדדים. בחוזה הסוכנות וההפצה נקבע, כי הפיקדון יישא ריבית בשיעור 4% לשנה. אולם לא נאמר דבר בנוגע להצמדת הפיקדון למדד. בשנת 1978 בא החוזה לידי סיום. "אתא" ביקשה להשיב את סכום הפיקדון בערכו הנומינלי בתוספת הריבית על פי החוזה. בגלל התפרצות האינפלציה באותה התקופה, סכום זה היה שווה בערכו רק לכ" 2.5% מערכו המשוער של הפיקדון.

אלמנתו של זולוטוב תבעה, כמוכן, את השבתו של סכום הפיקדון כשהוא צמוד למדד. בית המשפט הועמד בפני הצורך להכריע בשאלה אם בעת החזרת סכום הפיקדון, יש לשערך את ערך הפיקדון ולהצמידו למדד, אף על פי שהסעיף אשר עסק בהשבת הפיקדון בחוזה, לא קבע מאומה בעניין זה. בחוות הדעת המרכזית בדעת הרוב, אשר נכתבה על ידי השופט ברק, פורס השופט ברק מצע תאורטי רחב ומנסח הן את גישת הפרשנות התכליתית שהוא מכנה, כאמור, "פרשנות במובן הצר", והן את המבנה ההיררכי הכולל של דיני הפירוש וההשלמה של חוזים שיתואר להלן. ואולם לאחר הצבת המצע התאורטי הרחב, קובע השופט ברק כי לצורך הכרעה בעניין זה, אין צורך להיזקק, לא לפרשנות לבר-חוזית ואף לא לפרשנות במובן הרחב. התשובה לשאלה שבמחלוקת תימצא, לדעתו, כבר בשלב הפרשנות במובן הצר, דהיינו, פרשנות הטקסט החוזי על פי גישת הפרשנות התכליתית. השופט ברק מסביר, כי מן הבחינה הלשונית, הסעיף החוזי העוסק בהשבת הפיקדון לאחר סיום החוזה, איננו מפרש מי מהצדדים יישא בסיכון האינפלציה. על כן שתי האפשרויות מצויות במתחם הפרשנויות הלגיטימיות שנקבע על ידי לשון החוזה. ואולם בחינת תכליתו של החוזה מלמדת כי לכל אורך חיי החוזה ראו הצדדים את הפיקדון **כמייצג ערך** השווה לסכום הפיקדון המשוערך והצמוד למדד. ראו פרשת **אתא נ' זולוטוב**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 312–313. תכלית זו הטתה את הכף והכריעה לדחיית הפרשנות הנומינליסטית ולקבלת הפרשנות הוולוריסטית המחייבת את הצמדת סכום הפיקדון למדד. הצידוק למהלך פרשני יצירתי זה נעוץ, לדעתי, בשינוי הנסיבות הקיצוני כל כך שהתרחש בעקבות פריצת האינפלציה באותן שנים, תהליך אשר הצדדים לא צפו ולא הביאו אותו בחשבון. שינוי נסיבות קיצוני זה חייב את בית המשפט לאמוד את כוונתם המשווערת של הצדדים בנוגע להתרחשות זו. לשם ביצוע אומדן זה השתמש השופט ברק בתכלית החוזה שממנה למד על הדרך שבה ראו הצדדים את הפיקדון, תפקידו ומשמעותו. עוד ראו על כך, פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 295–296, 300–305. פסק דין זה מתאר יפה ומשקף את העקרונות והשיקולים השונים בפרשנות חוזים על פי השלב הראשון בגישת הפרשנות התכליתית – חתימה **להבנת התכלית שהצדדים ביקשו להשיג בחוזה**, תוך הגבלה ותחימה של תהליך הפרשנות ללשון הטקסט החוזי הקיים. ואכן, במקרה זה סייעה הבחינה התכליתית של ההתקשרות לחשוף את הרציונל ואת הכוונה המשוערים המשותפים של הצדדים אשר עמדו בבסיס החוזה, ובדרך זו אפשרה מתן של פתרון הולם לסיטואציה, שכלל הנראה לא נצפתה על ידי הצדדים ולפיכך לא זכתה להתייחסות מפורשת בלשון החוזה. ראו זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 131–141. פרופ' זמיר מנתח בפירוט ובהרחבה את פסק הדין בפרשת **אתא נ' זולוטוב**. זמיר טוען כי יש פער משמעותי בין הרטוריקה שנוקט השופט ברק לבין פעולתו, הלכה למעשה. אף שעל פי הרטוריקה של פסק הדין מדובר בפעולה של "פרשנות במובן הצר" המבקשת להתחקות אחר כוונת הצדדים, הרי בפועל, לדעת זמיר, מבצע בית המשפט מעשה מובהק של השלמת פער בחוזה על פי אמות מידה אובייקטיביות. אכן, לעתים קרובות ההבחנה בין פרשנות לבין השלמה אינה פשוטה וחד-משמעית וההבדל ביניהן דק מאוד (ראו פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 229). ואולם אני סבור שאת פעולתו של השופט ברק בפסק הדין אפשר לראות כמעשה של פרשנות ולא כמעשה של השלמה. אמנם הצדדים לחוזה לא חזו את התפרצות האינפלציה ולא קבעו בחוזה מנגנון הצמדה (כפי שגם לא קבעו שהחזר הפיקדון יהיה בערכים נומינליים). לכאורה, כפי שטוען זמיר, נושא זה היה טעון השלמה. ואולם, כפי שמסביר השופט ברק בפסק הדין וכפי שתואר לעיל, הפעלת טכניקת הפרשנות התכליתית מאפשרת להתחקות אחר האופן שבו ראו הצדדים את הפיקדון שנתן זולוטוב ל"אתא" ומכך לגזור את **כוונתם המשוערת** של הצדדים בנוגע להצמדת ערך הפיקדון במקרה של התפרצות אינפלציונית. לפיכך, נראה כי אפשר לראות פעולה זו כפעולה פרשנית. יותר מכך, בין שנראה במהלך שביצע השופט ברק במקרה זה מעשה של פרשנות ובין שנראה בו מעשה של השלמה, לדעתי, אין ספק כי מהלך זה הוא מהלך אופייני לשלב הראשון של גישת הפרשנות התכליתית. זאת, מן הטעם שמאפיין עיקרי ומרכזי של השלב זה הוא שבית המשפט שם דגש מרכזי על **כוונתם ועל רצונם של הצדדים לחוזה** (בין שמדובר בכוונה בפועל ובין שמדובר בכוונה משוערת), ועושה שימוש בתכלית **החוזה** לשם התחקות אחריה. בשלב זה נרתע בית המשפט מכל מהלך של התערבות מהותית בתוכן החוזה ושינויו. מנגד, כפי שיפורט בהמשך, בשלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית, אנו נתקלים במגמה אקטיביסטית הרבה יותר שבה בית המשפט מתיר לעצמו

במקביל להתפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית של טקסט חוזי, התפתחה גם תפיסה כוללת של המבנה ההיררכי של פירוש והשלמה של חוזים. תפיסה זו נוסחה באופן ממצה בפסק הדין בפרשת **אתא נ' זולוטוב** על ידי השופט ברק.³¹ על פי תפיסה זו, דיני הפירוש וההשלמה של חוזים מסודרים במבנה היררכי בין שלוש רמות או "קומות".³²

ב"קומה" הראשונה, שוכנת ה"פרשנות במובן הצר". הכוונה היא לפרשנותו של הטקסט החוזי על פי גישת הפרשנות התכליתית אשר הוצגה לעיל.

ב"קומה" השנייה, שוכנת ה"פרשנות במובן הרחב". לקומה זו של פרשנות יזדקק הפרשן רק במקרה שהחווה שותק ואינו קובע דבר בשאלה השנויה במחלוקת בין הצדדים, והפרשן מגיע למסקנה כי בחוזה יש חסר (לאקונה), הטעון השלמה. במקרה כזה פועל הפרשן להשלמת החסר באמצעות פנייה לטכניקות השלמה שונות, כגון סעיף 26 לחוק החוזים והוראות דיספוזיטיביות בדברי חקיקה שונים, ובודק אם אפשר להשלים את החוזה, ואם כן, כיצד. השופט ברק מדגיש כי גם מטרתו של תהליך השלמה זה הנה להביא לידי ביטוי, עד כמה שהדבר אפשרי, את רצונם (המשוער), של הצדדים תוך הימנעות מהתערבות כמה שסוכם על ידם ומפגיעה בו.³³

ב"קומה" השלישית והאחרונה, מצויה ה"פרשנות הלב-חוזית". שלב זה איננו עוסק, למעשה, בפרשנות במובנה המקובל, דהיינו הבהרת תוכנו של החוזה שערכו הצדדים, אלא בבחינה ביקורתית שלו. בשלב זה רשאי השופט לבחון את ההסכמות שאליהן הגיעו הצדדים, לבקרן ואף להתערב בהן ולשנותן. ביקורת והתערבות שכאלה ייעשו על בסיס מסקנה, שאליה יגיע בית המשפט, ולפיה ההסכמה החוזית שנקשרה בין הצדדים אינה עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב.³⁴ אמצעי זה שבידי השופט, איננו אפוא טכניקה של פרשנות. השימוש בו נעשה רק לאחר מיצוי תהליך הפרשנות של הטקסט החוזי, עם הגעת השופט למסקנה כי תהליך הפרשנות הוביל אותו לתוצאה

להתערב בתוכן ההסדרים החוזיים ולשנותם באופן שיתאימו להסדר הראוי בעיניו.

31 לגישה חולקת הוואה בפרשנות ובהשלמה שני תהליכים שונים ונפרדים דאו שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 395–396.

32 לניתוח שונה במקצת ומפורט יותר של ההיררכיה המקובלת של הפירוש וההשלמה, וכן לטיעון כי אפשר להציג היררכיה הפוכה בתכלית דהיינו, היררכיה שלפיה תוכן החוזה נקבע בראש ובראשונה על פי הדין והצדדים רשאים לסטות מקביעות אלה של הדין רק בעניינים מסוימים ובהיקף מסוים שהדין מתיר, ראו זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15–60.

33 ראו פרשת **אתא נ' זולוטוב**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 299. יצוין, כי גם בתפיסתו של השופט ברק בנוגע לתהליך ההשלמה של חוזים ומטרתו חלו התפתחות ושינוי משמעותיים. אף שבפסק הדין בפרשת **אתא נ' זולוטוב** רואה השופט ברק את תפקיד ההשלמה בהגשמת רצון הצדדים תוך אי-התערבות כמה שהוסכם על ידם, כפי שיפורט להלן בפרק 2.3, בפסק הדין בפרשת **אפרופים** משתמש השופט ברק בטכניקת ההשלמה כאמצעי להוספת תכנים לחוזה אשר אינם נובעים מן הרצון האקטואלי או המשוער של הצדדים לחוזה, אלא משיקולים נורמטיביים-אובייקטיביים של בית המשפט על ההסדר הראוי במקרה הנדון. ניתוח מפורט של נושא ההשלמה חורג ממסגרתו של מאמר זה.

34 בפרשת **אתא נ' זולוטוב**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 299–300.

הראויה לביקורת ולשינוי.

מובן מאליו, כי שלב אחרון זה במבנה ההיררכי של דיני הפירוש וההשלמה, המתיר לשופט להתערב במערכת היחסים החוזית, לשנותה ולעצבה בהתאם לשיקול דעתו, הנו בעייתי ביותר ומחייב דיון נרחב הן בכל הנוגע לליגיטימיות העקרונית שלו והן בכל הנוגע לטיב המקרים שבהם אפשר יהיה להשתמש בו ולאופן השימוש בו. דיון כזה לא נערך, לא בפסק הדין בפרשת **אתא נ' זולוטוב** ואף לא לאחר מכן. זאת, ככל הנראה, מן הטעם שעד היום, למעלה מעשרים שנה לאחר פסק הדין בפרשת **אתא נ' זולוטוב**, לא עשו בתי המשפט שימוש גלוי ומוצהר, הלכה למעשה, באמצעי זה.³⁵

2. ריסון מול ליברליות ביישום גישת הפרשנות התכליתית בשלב הראשון

גישה פרשנית זו יושמה על ידי שופטי בית המשפט העליון בפסקי דין רבים, במהלך שנות השמונים ובמחצית הראשונה של שנות התשעים.³⁶ אף שבנוגע לעקרונותיה של גישה זו, נראה שהייתה הסכמה רחבה בין השופטים השונים, הרי בנוגע לאופן הפעלתה ולדרך יישומה, לא פעם נחלקו הדעות. אחת מנקודות המחלוקת המשמעותיות הייתה בעניין מידת הליברליות שהפרשן רשאי לנקוט בהגדרת מתחם אפשרויות הפרשנויות הלשוניות הלגיטימיות של הטקסט החוזי.³⁷

לעניין זה יש השפעה מכרעת על מידת הגמישות והחופש מחד גיסא, ומידת הריסון מאידך גיסא שינהג הפרשן במלאכת פרשנות החוזה. כאמור, מבין שלושת כלי העזר הנתונים בידי הפרשן – הלשון, הנסיבות והתכלית – השימוש בשניים האחרונים מאפשר לפרשן גמישות וחופש פעולה רחב ביותר, אשר עלולים להביא להשלטת ערכי של בית המשפט על מערכת היחסים החוזית שנרקמה בין הצדדים. לעומת זאת, לשון החוזה היא מרכיב מרסן אשר מצמצם את אפשרויות הפרשנות וכופה על הפרשן מתחם

³⁵ כפי שאטען ואפרט להלן, הטכניקות אשר פותחו בשלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית אפשרו לבית המשפט, לכל הפחות דה-פקטו, התערבות ושינוי של ההסדר החוזי בהתאם לשיקול דעתו בעניין ההסדר הראוי. עם זאת, לכל הפחות מבחינת הרטוריקה אין מדובר בפרשנות לבר-חוזית, כפי שהיא מוצגת על ידי השופט ברק כאן.

³⁶ ראו, למשל, ע"א 552/85 **אגסי נ' ת.ילן. חברה ישראלית לעבוד נתונים בע"מ**, פ"ד מא(1) 241 (1987); ע"א 779/89 **שלו נ' סלע חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מח(1) 221 (1993); ע"א 708/88 **שלמה שפס ובניו בע"מ נ' בן יקר גת חברה להנדסה ובניין בע"מ**, פ"ד מו(2) 743 (1992); ע"א 5795/90 **סקלי נ' דורען בע"מ**, פ"ד מו(5) 811 (1992); ע"א 1845/90 **סיני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מז(5) 661 (1993).

³⁷ ראו, למשל, פרשת **סקלי**, לעיל ה"ש 36. בעניין זה נחלקו שופטי הרוב (השופטים לוין ובך), ושופט המיעוט (השופט חשין), בשאלת מתחם הפרשנויות הלשוניות האפשריות לפירושה של תניה בחוזה שנערך בין הצדדים. שופטי הרוב נקטו עמדה שמרנית, ואילו השופט חשין נקט עמדה ליברלית. בדומה לכך, ראו בפרשת **שלו**, לעיל ה"ש 36, שם נחלקו שופטי הרוב (ברק ולוין), ושופט המיעוט (אור), בין היתר, בשאלה עד כמה אפשר להרחיב את פרשנות המילולית של המילים "אמצעי אלימות". כן ראו המחלוקת בפרשת **ארגון מגדלי ירקות** ובדנ"א **ארגון מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 3, אשר יידונו להלן.

לגיטימי מוגבל של פרשנות שאין לסטות ממנו. טיב האיזון בין המרכיבים הגמישים לבין המרכיבים המרסנים תלוי במידת הליברליות שהפרשן מתיר לעצמו בהגדרת מתחם אפשרויות הפרשנות הלגיטימיות של לשון החוזה. ככל שהפרשן נוקט גישה שמרנית וכופה על עצמו מתחם מוגבל ומצומצם של אפשרויות פרשנות של הלשון, כך מתחזק הגורם המרסן בתהליך הפרשנות. מנגד, ככל שהפרשן נוקט גישה ליברלית ומתיר לעצמו להרחיב מתחם זה, כך גדל כוחם של הגורמים הגמישים, ועמם גדלה גם האפשרות להתערבותו של בית המשפט במערכת היחסים החוזית. כפי שהדבר משתקף בהמשך התפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית אשר יידון להלן, במחלוקת זו גברה ידה של העמדה הליברלית יותר.³⁸

ד. השלב השני של גישת הפרשנות התכליתית

1. עקרונות השלב השני – יצירת כלים המאפשרים ואף מעודדים התערבות בתוכנם של חוזים

באמצע שנות התשעים התחולל שינוי מרחיק לכת בעמדת בית המשפט העליון בסוגיית פרשנותם של חוזים. במסגרת שינוי זה נוסחה גישת הפרשנות התכליתית מחדש, בדרך אשר העצימה את המרכיבים הגמישים והחלישה עד מאוד את המרכיבים המרסנים הכלולים בה. את עיקרו של השינוי אפשר למקד בשני נושאים מרכזיים: **א. האפשרות לחרוג ממתחם הפרשנות הלשונית הגטימית.** חידוש גדול ומרחיק לכת בשלב זה הוא הקביעה, כי אפשר לפרש תניה חוזית בדרך אשר אינה מתיישבת עם לשונה. דהיינו לתת לסעיף בחוזה פרשנות המצויה מחוץ לגבולות המתחם הפרשני המוכתב על ידי לשון החוזה. אפשרות זו תיושם במקום שבו יגיע הפרשן למסקנה כי לשון החוזה אינה מתיישבת עם תכליתו, כפי שהוא רואה אותה. במקרה שכזה רשאי הפרשן להעדיף את התכלית על הלשון, ולתת למילות הסעיף החוזי פרשנות "וירטואלית", דהיינו משמעות אשר אינה תואמת אותן, אינה מתיישבת עמן ואף ייתכן שאין כל קשר בינה לביניהן, אך היא תואמת את תכליתו של החוזה (כפי שבית המשפט רואה אותה).³⁹ בית המשפט אמנם מציין כי השימוש באפשרות זו ייעשה במקרים

³⁸ מחלוקת זו הנה, למעשה, פן אחד של המחלוקת בין הגישה המסורתית הדוגלת בריסון של בית המשפט לבין הגישה האקטיביסטית שהתפתחה בבית המשפט העליון בשנות השמונים של המאה העשרים. ראו לעיל ה"ש 4–5.

³⁹ ראו פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 320–323. כלל זה הוצג על ידי השופט ברק כפיתוח של החריג הידוע לכלל הזהב (The Golden Rule), שלפיו במקום שבו פרשנות מילולית של החוזה מובילה לאבסורד, אפשר לסטות ממנה. ואולם ברור כי הטענה שלפיה כל פירוש שאיננו תואם בדיוק את תכלית החוזה כפי שבית המשפט רואה אותה ייחשב ל"אבסורד", היא טענה חדשנית ורדיקלית ביותר. ראו להלן ה"ש 65. עוד ראו ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 236–237, ורדיקלית ביותר. ראו להלן ה"ש 244–243 ו-495, יצוין ששם מכנה השופט ברק כלל זה "דוקטרינה לבר פרשנית", ואף אומר כי

חריגים בלבד. ואולם, כפי שאראה להלן, בית המשפט לא היסס להשתמש באפשרות זו בפסק הדין בפרשת **אפרופים**,⁴⁰ אף על פי שניתוח המקרה שנדון בפסק הדין מלמד כי השימוש באפשרות זו ויישומה בנסיבות מקרה זה לא היו נקיים מספקות. **ג. הרחבת מושג התכלית וחלוקתו ל"תכלית סובייקטיבית" ול"תכלית אובייקטיבית"**. כפי שהוסבר לעיל, בשלב הראשון של גישת הפרשנות התכליתית התפתח המושג "תכלית החוזה" אשר כוונתו היא היעדים, האינטרסים והמטרות שהצדדים חפצו להגשים באמצעות החוזה. בשלב השני של גישת הפרשנות התכליתית הורחב מושג התכלית, ונעשתה חלוקה לשני סוגים של תכליות: "תכלית סובייקטיבית" הוזה, למעשה, ל"תכלית" כפי שהוגדרה בשלב הראשון של גישת הפרשנות התכליתית; ו"תכלית אובייקטיבית" שפירושה היעדים, האינטרסים והמטרות התאורטיים שצדדים סבירים והגונים לחוזה מסוגו של החוזה הנדון היו חפצים להגשים באמצעותו.⁴¹ תכלית אובייקטיבית זו איננה מוסקת על ידי השופט-הפרשן מתוך חומר הראיות אשר נפרס בפניו על ידי הצדדים לחוזה, אלא היא רעיון מופשט שכל כולו יציר מחשבתו של השופט-הפרשן על אודות **ההסדר הראוי** במקרים מסוג המקרה הנדון בפניו. הסדר ראוי זה מבוסס הן על הרצון המשוער (על ידי בית המשפט) של צדדים היפותטיים, סבירים והוגנים, לעסקה מן הסוג של החוזה שבו דן בית המשפט, והן ובעיקר, על ערכי היסוד של השיטה המשפטית.⁴² דהיינו התכלית האובייקטיבית הנה מושג מופשט אשר לבית המשפט שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל בעיצובו ובקביעת תוכנו הפרטני בכל מקרה המובא בפניו.

בשלב זה של גישת הפרשנות התכליתית נקבע, כי במקרה שבו הצליח הפרשן לאתר הן את התכלית הסובייקטיבית והן את התכלית האובייקטיבית והתברר כי הן סותרות זו את זו, **גוברת התכלית הסובייקטיבית**.⁴³ פיתוח מושג "התכלית האובייקטיבית" נועד אפוא לאפשר את הרחבת תחום פריסתה של גישת הפרשנות התכליתית לשני המצבים הבאים: מצב שבו הפרשן אינו מצליח לאתר את התכלית הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה, ומצב שבו מראש לא הייתה לצדדים תכלית סובייקטיבית משותפת. עם זאת, לפיתוח מושג התכלית האובייקטיבית של החוזה הייתה השלכה משמעותית על נקודת המבט של השופט-הפרשן על החוזה. מעתה

דוקטרינה זו אינה נקייה מספקות. ואולם אופן השימוש בכלי זה בפסק הדין בפרשת **אפרופים** אשר יתואר להלן, אינו מותיר מקום לספק כי מדובר בטכניקה המופעלת כחלק אינטגרלי מתהליך פרשנות החוזה.

40 פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2.

41 השימוש במושג "תכלית אובייקטיבית" החל בראשית שנות התשעים בהקשר של פרשנות דברי חקיקה. ראו בג"ץ 953/89 **אינדור נ' ראש עיריית ירושלים**, פ"ד מה(4) 683 (1991); בג"ץ 869/92 **זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת**, פ"ד מו(2) 692 (1992). לאחר מכן, החל להיעשות שימוש במושג זה גם בפרשנות חוזים. ראו פרשת **שלו**, לעיל ה"ש 36; וגם פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 312–313.

42 ראו ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 531–537.

43 ראו פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 312–313; ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 395; שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 402–404, 406–410.

ואילך תיבחן ההתקשרות החוזית לא רק מנקודת מבטם של הצדדים הקונקרטיים לחוזה, לאור כוונותיהם ורצונותיהם, אלא יותר ויותר, מתוך נקודת מבט אובייקטיבית וכללית, או שמה נאמר מנקודת המבט הסובייקטיבית של השופט-הפרשן, הבוחנת את השאלה מהו ההסדר החוזי הראוי לחול במקרה מסוגו של המקרה הנדון.⁴⁴

לשני חידושים עקרוניים אלה יש להוסיף את המגמה האקטיביסטית שהתפתחה בתקופה זו בבית המשפט העליון בכל הנוגע לפרשנות חוזים, כחלק מן המדיניות האקטיביסטית הכללית של בית המשפט העליון.⁴⁵ מגמה זו השתקפה בצורות שונות בפסיקתו של בית המשפט העליון. כך לדוגמה התפיסה שלפיה נקודת המוצא של הפרשנות היא שאין בנמצא טקסט חוזי ברור, וכל חוזה טעון פרשנות.⁴⁶ תפיסה שכזו מאפשרת לבית המשפט – ואולי אף מחייבת אותו – להפעיל שיקול דעת רחב בפרשנות חוזים אשר עשוי להוביל במקרים רבים להתעלמות מכוונת הצדדים לחוזה, ולהעמסת ההסדר שנראה ראוי בעיני בית המשפט, על החוזה שערכו הצדדים.⁴⁷

השלב השני של גישת הפרשנות התכליתית שינה, באופן מהותי, את האיזון בין מערכת השיקולים המרסנים לבין מערכת השיקולים הליברליים והגמישים בפרשנות חוזים. השילוב בין מושג התכלית האובייקטיבית המאפשר לבית המשפט לייחס לחוזה תכליות הנראות בעיניו ראויות, ללא כל קשר לכוונות האקטואליות של הצדדים לחוזה,

44 פרופ' מנחם מאוטנר טוען, כי שיקולים של תכלית אובייקטיבית שימשו את בתי המשפט, מאז ומתמיד, במלאכת פרשנות חוזים, מבלי שהדבר ייחשף ויוצג בצורה ברורה בפסקי הדין. לפיכך, הצגת שיקול זה מעל פני השטח, ללא כחל וסרק, הנה מעשה ראוי של שקיפות וכנות של בית המשפט. מאידך גיסא, ההצגה והחשיפה "הרשמית" של שיקול זה עלולה להביא להפרת האיזון ולמתן משקל יתר לתכלית האובייקטיבית על חשבון התכלית הסובייקטיבית. ראו מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 56–57. כפי שיפורט להלן, חשש זה התגשם כבר בשלב השני של גישת הפרשנות התכליתית, וביתר שאת בשלב השלישי שלה.

45 ראו מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 21–24, 48–59.

46 ראו פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 298, כך למשל אומר שם השופט ברק: "בהירותה של הלשון אינה נקבעת על פי תחושת לשון קדם פרשנית של השופט, אלא היא פרי מסקנה פרשנית הבאה בסיומו". עוד ראו ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 57–60. לביקורת על תפיסה זו, ראו פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 231–235; פרידמן "הערות לפסק דין אפרופים" לעיל ה"ש 6; ראו פרידמן, לעיל ה"ש 1.

47 מגמה אקטיביסטית זו גם משתקפת ברעיון הסטנדרטיזציה שהנהיג השופט ברק בתחום הפרשנות. השופט ברק מבקש לראות את תחום פרשנות חוזים כחלק מתורת הפרשנות הכללית של כל טקסט משפטי (ראו, למשל, פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 296, 299, 308–309 ו-320). בהתאם לראייה זו, חוזים יפורשו על בסיס אותם עקרונות שלפיהם יפורשו חוקים, בשינויים מינוריים (ראו ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 37; ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 27 ו-236). החלת כללי פרשנות זהים הביאה לכך שהדגשת רכיבי הפרשנות האובייקטיביים והגישה האקטיביסטית שאפיינה את פעילותו של בית המשפט בתחום המשפט הציבורי תחלחל לתוך תחום פרשנות חוזים במשפט הפרטי. על טשטוש ההבחנה בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי, ראו מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 61–65. לביקורת על כך, ראו דנ"א **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 3, פס' 33–36 לפסק דינו של השופט חשין.

לבין כלל המתיר לבית המשפט לסטות מלשון החוזה ולהעמיס עליה משמעות שעומדת בניגוד לה, ובתוספת הגישה האקטיביסטית שהתפתחה בבית המשפט העליון – יצר מצב משפטי חדש בתחום פרשנות חוזים. שילוב זה השפיע השפעה עמוקה על האופן שבו תופס השופט-הפרשן את תפקידו ואת היקף שיקול הדעת המוקנה לו בביצוע מלאכת הפרשנות. על פי תפיסה חדשה זו, התערבות בית המשפט בתוכן החוזה, ועיצובו בהתאם לשיקול דעתו אף בניגוד לכוונה המקורית של עושיו, הפכה להיות פעולה לגיטימית ואולי אף מתבקשת מאליה.⁴⁸

שינוי מרחיק לכת זה בתחום פרשנות חוזים נוסח ואף יושם בפועל, באופן הבהיר והחדד ביותר בפסק דינו של השופט ברק בפרשת **אפרופים**. פסק דין זה הפך, עד מהרה, לפסק הדין המרכזי והבולט ביותר בתחום פרשנות חוזים, כמו גם למקור הראה וסמכות לפסיקות בתי המשפט בתחום זה.⁴⁹ להלן אתאר ואבחן את פסק הדין בפרשת **אפרופים**. בנייתו זה אבקש להראות, כי מלבד השאלות והקשיים העקרוניים-נורמטיביים שמעלה השלב השני בגישת הפרשנות התכליתית, אופן יישומה של גישה זו על הנסיבות שנדונו באותו עניין מעורר קשיים ניכרים. בהמשך לכך אטען, כי קשיים אלה אינם אך תולדה של ניתוח מוטעה של הנסיבות הספציפיות שנדונו באותה פרשה, אלא הם סימפטום המעיד על הבעייתיות והחולשות של התפתחות זו בגישת הפרשנות התכליתית.

2. פסק הדין בפרשת אפרופים

2.1 הרקע העובדתי והמחלוקת בין הצדדים

בראשית שנות התשעים עיבד משרד הבינוי והשיכון תכנית עידוד לקבלנים לבניית דירות מגורים על קרקעות של מינהל מקרקעי ישראל. מטרת תכנית זו הייתה ליצור פתרונות דיור לכמות הגדולה של עולים חדשים אשר הגיעו ארצה באותה התקופה ולזכאי דיור אחרים. במסגרת התכנית הכינה המדינה חוזה מסגרת להתקשרויות בין המדינה לבין הקבלנים ("חוזה הפרוגרמה"), לבניית דירות במקומות שונים בארץ, אשר חולקו בחוזה זה לשתי קבוצות: "אזורים מבוקשים" ו"אזורי פיתוח". חוזה הפרוגרמה כלל שורה של הטבות שהציעה המדינה לקבלנים, ומולן שורה של התחייבויות אשר הקבלנים נדרשו ליטול על עצמם. לצד ההטבות וההתחייבויות נקבעו גם סנקציות למקרים של הפרת ההתחייבויות על ידי הקבלנים.

בין ההטבות שניתנו, יש לציין את התחייבות המדינה לרכוש מהקבלן, אם זה ירצה בכך ויגיש בקשה מתאימה, את הדירות שיבנה. בעניין זה יצר חוזה הפרוגרמה הבחנה בין האזורים המבוקשים לאזורי הפיתוח. בנוגע לאזורים המבוקשים ניתנה התחייבות

⁴⁸ אני סבור כי תפיסה זו היא שגרמה לתופעה המכונה על ידי השופט חשין "רוח אפרופים". ראו דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 3, פס' 6, 7 ו-52 לפסק דינו של השופט חשין.

⁴⁹ ראו שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 425. וגם דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 3.

המדינה לרכוש עד 50% מן הדירות, ואילו בנוגע לאזורי הפיתוח ניתנה התחייבות המדינה לרכוש עד 100% מן הדירות שיבנה הקבלן. בין הסנקציות שנקבעו בחוזה הפרוגרמה, יש לעמוד על שתיים. האחת, סנקציה נגד הקבלן למקרה של איחור בהשלמת עבודות הבנייה במועד החוזי ("איחור בביצוע"). השנייה, סנקציה למקרה שהקבלן יתעכב, מעבר למועד שנקבע לכך בחוזה, בהצגת דרישתו למדינה לרכוש ממנו את הדירות כמוסכם בחוזה ("איחור בהצגת דרישת רכישה").

במסגרת עסקה שנרקמה בין "אפרופים" לבין המדינה חתמו הצדדים על חוזה הפרוגרמה. בנוסף לכך, נחתמו על ידי הצדדים שני חוזי בנייה ספציפיים, שבהם התחייבה "אפרופים" לבנות כמה מאות יחידות דיור בדרום הארץ, באזור אשר על פי הגדרות חוזה הפרוגרמה נחשב לאזור פיתוח. המחלוקת שהתגלעה בין הצדדים נגעה לפרשנותו של אחד מן הסעיפים בחוזה הפרוגרמה העוסק בסנקציות. בשל כך, אתעכב מעט על הסעיפים הללו.

סעיף 6(ז) לחוזה הפרוגרמה⁵⁰ כלל סנקציה בשל **איחור בביצוע** עבודות הבנייה באזורים המבוקשים בסך של 2% מן המחיר בגין כל חודש איחור. לא הייתה מחלוקת, כי סעיף זה כלל לא נגע לאיחור בביצוע עבודות הבנייה באזורי פיתוח.

סעיף 6(ח) לחוזה הפרוגרמה עסק, בין היתר, בסנקציה בשל איחור בהצגת הדרישה של הקבלן מן המדינה לרכוש ממנו את הדירות. סעיף זה כלל כמה סעיפי משנה. בנוגע לסעיף 6(ח)(2)⁵¹ לא הייתה מחלוקת בין הצדדים. שני הצדדים הסכימו שסעיף זה עסק בסנקציה בשל **איחור בהצגת דרישתו** של הקבלן לרכוש ממנו את הדירות **באזורים המבוקשים**, ונקבע בו כי הצגת דרישת רכישה על ידי הקבלן לאחר שחלפו למעלה מ- 18 חודשים מתום תקופת הביצוע (השלמת בניית הדירות), תגרור סנקציה של הפחתת 2% מן המחיר בגין כל חודש מעבר לתקופה הנזכרת.

המחלוקת בין הצדדים התמקדה בפרשנותו של סעיף 6(ח)(3)⁵². סעיף זה עסק בדירות באזורי פיתוח, וניסוחו דמה לזה של קודמו – סעיף 6(ח)(2). משמעותו הלשונית הפשוטה והברורה של סעיף 6(ח)(3) הייתה **קביעת סנקציה בשל איחור בהצגת דרישת רכישה באזורי פיתוח**, אשר לפיה הצגת דרישת רכישה על ידי הקבלן

⁵⁰ ראו פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 277, את לשון סעיף 6(ז): "לגבי דירות הנרכשות לפי סעיף 6(ב)(1) לעיל [האזורים המבוקשים], ושיבוצען הושלם לאחר תום תקופת הביצוע שבחוזה הספציפי, על אף האמור בחוזה הקבלני שייחתם או שנחתם בין החברה לבין המשרד, יופחת ממחיר הרכישה המחושב לפי סעיף קטן (ו), סכום השווה ל- 2% ממחיר הדירה בגין כל חודש של איחור בביצוע".

⁵¹ שם, בעמ' 278, לשון סעיף 6(ח)(2): "במקרה של מימוש התחייבות הרכישה לאחר 18 חודשים מתום תקופת הביצוע ינוכה ממחיר הדירה שייקבע כאמור בסעיף קטן (1) לעיל, סכום בשיעור של 2% בגין כל חודש שלאחר תום תקופת 18 החודשים כאמור".

⁵² שם, לשון סעיף 6(ח)(3): "במקרה של מימוש התחייבות רכישה בפרוייקטים שלגביהם ניתנה התחייבות רכישה בשיעור של 100% [אזורי פיתוח], לאחר תום תקופת הביצוע, ינוכה ממחיר הדירה שייקבע כאמור בסעיף קטן (ו) לעיל, סכום בשיעור של 5% בגין כל חודש שלאחר תקופת הביצוע".

לאחר תום תקופת הביצוע תגרור סנקציה של הפחתת 5% מן המחיר בגין כל חודש מעבר לתקופה האמורה.⁵³ משמעות זו עלתה בבירור הן מלשוננו של הסעיף והן מהקשרו וממיקומו בתוך החוזה, דהיינו, היותו חלק מסעיף 6(ח) אשר עסק בסנקציה בשל איחור בהצגת דרישת הרכישה על ידי הקבלן ולא בסנקציה בשל איחור בביצוע. הסכסוך בין הצדדים התעורר בעקבות איחורה של "אפרופים" בהשלמת ביצוע עבודות הבנייה.⁵⁴ בעקבות איחור זה ביקשה המדינה להטיל על "אפרופים" סנקציה. אך משבאה לחפש לה סנקציה כזו, לא מצאה את מבוקשה בלשוננו של החוזה. שהרי כאמור, סעיף 6(ז) שהיה הסעיף היחיד שעסק בסנקציה בשל איחור בביצוע, התייחס לבנייה באזורים המבוקשים בלבד ולא באזורי פיתוח. בצר לה, פנתה המדינה לסעיף 6(ח)(3) וטענה כי על אף משמעותו הלשונית של הסעיף ומיקומו בחוזה, יש לפרשו כאילו הוא עוסק בסנקציה בגין איחור בביצוע. זאת, מן הטעם שתכליתו של החוזה הייתה להמריץ את הקבלנים לבצע את עבודות הבנייה בלוח הזמנים שנקבע בחוזה. לפיכך, סנקציה בגין איחור בביצוע באזורי פיתוח הנה חיונית בחוזה. בשל כך, יש להעדיף את הפרשנות התכליתית על פני הפרשנות הלשונית ולפרש את סעיף 6(ח)(3) לחוזה כאילו כוונתו הנה לסנקציה זו.⁵⁵ המדינה אף הוסיפה וטענה כי לא ניסחה כראוי את חוזה הפרוגרמה, ותירצה את מחדליה בניסוח החוזה בעובדה שהכינה וניסחה את חוזה הפרוגרמה בחיפזון.⁵⁶

עוד בהקשרו של הרקע העובדתי שנפרס בפני בית המשפט, יש לציין כי הצדדים לא

⁵³ ודוק, אף שעל פי לשונם עסקו שני הסעיפים, 6(ח)(2) ו-6(ח)(3), בסנקציות בגין איחור בהצגת הדרישה, תוכן הסנקציות שנקבעו בשני הסעיפים היה שונה. אף שבסעיף 6(ח)(2) נקבע שסנקציה בגין איחור בהצגת הדרישה תוטל רק אם דרישת המימוש תוגש לאחר 18 חודשים מתום תקופת הביצוע, והיקף הסנקציה יהיה 2% ממחיר הדירה בגין כל חודש איחור, הרי שבסעיף 6(ח)(3) נקבע שסנקציה תוטל כבר במקרה שדרישת המימוש תוגש לאחר תום תקופת הביצוע, והיקף הסנקציה יהיה 5% ממחיר הדירה בגין כל חודש איחור. דהיינו, הסנקציה שנקבעה בסעיף 6(ח)(3) הייתה חריפה הרבה יותר הן במועד תחולתה והן בהיקפה.

⁵⁴ לפי האמור בפסק הדין, היה איחור קל יחסית של חודש וחמישה ימים בלבד. ראו פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 278.

⁵⁵ יש להדגיש כי גם הפרשנות המילולית של החוזה, אשר "אפרופים" ביקשה להיסתמך עליה, **תאמה את תכליתו של החוזה** ועלתה בקנה אחד עם רוחה של העסקה. טענתה של המדינה הייתה כי הפרשנות המוצעת על ידה משקפת **מטרה חשובה ומרכזית יותר** של החוזה. בהקשר זה יש לציין כי כאשר נשאלה המדינה היכן לגרסתה בפירוש החוזה מצויה בחוזה התייחסות לסנקציה בעניין איחור בהצגת דרישת הרכישה של הקבלן בנוגע לדירות באזורי הפיתוח, היא הודתה כי אכן, על פי פרשנותה, לא תימצא בחוזה סנקציה כזו; אך הוסיפה וטענה כי בעיניה תוצאה זו עדיפה, מכיוון שהסנקציה בשל איחור בביצוע משמעותית הרבה יותר עבורה מהסנקציה בגין איחור בהצגת דרישת רכישה. ראו שם, בעמ' 280–281.

⁵⁶ כדי להסביר את הפער בין עמדתה לבין לשון הסעיף, טענה המדינה כי החוזה הוכן מתוך לחץ וחיפזון. ראו שם, בעמ' 279. לדעתי, הן דברים אלה של המדינה והן תשובתה וההסברים שנתנה, הנזכרים לעיל, בה"ש 55, מלמדים על כך, שמאחורי הטענה שהציגה המדינה על הצורך במתן "פרשנות תכליתית" לסעיפי החוזה, מסתתר למעשה, טיעון רדיקלי הרבה יותר, שלפיו תכלית של העסקה מחייבת את התערבות של בית המשפט בתוכן החוזה ותיקונו כדיעבד לאחר כריתתו.

הביאו בפני בית המשפט ראיות כלשהן על אודות נסיבות כריתת החוזה; על המשא ומתן שנערך עובר לכריתתו; על הנושאים שנדונו במשא ומתן זה, ועל ההסכמות שאליהן הגיעו הצדדים במסגרתו. כל שהוצג בפני בית המשפט הוא החוזה כפי שהוא, והשאלה הפרשנית – מהו המובן שיש ליתן לסעיף 6(ח)(3).⁵⁷

2.2 פסק הדין המחוזי

בית המשפט המחוזי (השופט טל), דחה את עמדתה של המדינה. בפסק דינו הסתמך בית המשפט על לשונו הברורה של הסעיף ועל מיקומו בתוך מבנהו הכולל של חוזה הפרוגרמה אשר לדעתו לא הותירו מקום לספק. השופט טל הוסיף שגם אם תתקבל עמדת המדינה כי אחת ממטרות החוזה הייתה ליצור תמריץ לקבלנים – בדמות סנקציה – להשלמת הדירות במועד החוזי, הרי החוזה לוקה בחסר באשר הוא אינו מחיל סנקציה זו על הבנייה באזורי הפיתוח. חסר זה אינו ניתן להשלמה בדיעבד באמצעות תהליך פרשני אשר יעמיס סנקציה זו על סעיף 6(ח)(3).

בית המשפט המחוזי הוסיף והדגיש, כי גם פרשנות הסעיף על פי לשונו איננה נוגדת את תכליתו. להפך, פרשנות זו תואמת את תכלית ההתקשרות בהטילה על הקבלן מגבלה וסנקציה המתבקשת על פי תכלית החוזה. העובדה שגם הפרשנות המוצעת על ידי המדינה עשויה לתאום את תכלית החוזה איננה יכולה להביא להעדפתה כאשר אין לה עיגון, ולו מינימלי, בלשון הסעיף.

2.3 פסק הדין בבית המשפט העליון

בבית המשפט העליון נחלקו הדעות. השופט מצא בדעת מיעוט, גרס כפי שגרס השופט המחוזי. מנגד, השופטים דב לוין וברק סברו כי יש לקבל את עמדתה של המדינה ולהפוך את פסק דינו של בית המשפט המחוזי. פסק הדין המרכזי בדעת הרוב נכתב על ידי השופט ברק. בפסק דינו, פורס השופט ברק יריעה רחבה בנושא פירוש והשלמה של חוזים, ובמסגרת זו, כאמור לעיל, מנסח את העקרונות המכונים במאמר זה "השלב השני של גישת הפרשנות התכליתית". פסק דינו של השופט ברק מחולק, למעשה, לשלושה חלקים עיקריים. **בחלק הראשון** לפסק הדין⁵⁸ דן השופט ברק בהרחבה ב"תורת

⁵⁷ השופט ברק בפסק דינו, מותח ביקורת על שני הצדדים על כך שנמנעו מהבאת ראיות על אודות נסיבות כריתת החוזה. ראו פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2 בעמ' 319. כפי שציין כבר פרופ' דניאל פרידמן, ביקורת זו ככל שהיא נוגעת ל"אפרופים", מעוררת קושי. האינטרס בהצגת ראיות לקיומה של הסכמה בעניין סנקציה בגין איחור בביצוע באזורי פיתוח היה אינטרס של המדינה בלבד. לפיכך האשם בגין אי-הבאת ראיות בעניין זה רובץ לפתחה בלבד. ראו פרידמן "הערות לפסק דין אפרופים" לעיל ה"ש 6, בעמ' 490–491.

⁵⁸ פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 296–315. חלק זה אשר לעתים מתייחסים אליו כ"הלכת אפרופים", זכה להתייחסות רחבה של מלומדים שונים. ראו למשל שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 421–425; פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 245; כן ראו ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 8,

שני השלבים" ותוקף אותה.⁵⁹ כאן, יוצא השופט ברק בחריפות ובנחרצות נגד תורת שני השלבים, וטוען כי מדובר בכלל ארכאי ופורמליסטי שאבד עליו הכלח, העומד בניגוד למטרת דיני החוזים שהנה חשיפת כוונתם האמיתית של הצדדים. לדעת השופט ברק, בפרשנותו של טקסט חוזי נדרש הפרשן לפנות לשני מקורות הפרשנות – לשון החוזה והנסיבות החיצוניות של כריתתו – בו זמנית, ללא כל היררכיה פנימית מובנית ביניהם. שני המקורות הללו קבילים באותה המידה, ומתוך בחינת שניהם נדרש הפרשן לחשוף את מקור הפרשנות השלישי והחשוב ביותר – תכליתו של החוזה. משום כך, קובע השופט ברק כי אין לקבל את תורת שני השלבים ויש לדחותה.⁶⁰

בחלק השני לפסק דינו, דן השופט ברק בשאלה שהונחה לפתחו של בית המשפט – שאלת פרשנותו של חוזה הפרוגרמה. לאחר בחינה של נוסח החוזה ונסיבות כריתתו מגיע השופט ברק לשתי המסקנות הבאות: האחת, לשונו של הסעיף שבמחלוקת, סעיף 6(ח)3 לחוזה, תומכת באופן חד-משמעי בעמדת "אפרופים", שלפיה סעיף זה עוסק בסנקציה בגין איחור בהצגת דרישת רכישה, ואינה מאפשרת ואינה סובלת פרשנות לשונית כאילו הסנקציה שבה עוסק הסעיף היא בגין איחור בביצוע, כפי שטוענת המדינה.⁶¹ השנייה, תכליתו של חוזה הפרוגרמה הייתה להביא לבנייה מהירה של דירות מגורים. לשם הגשמת תכלית זו יצר החוזה מערכת של תמריצים חיוביים ושלייליים (סנקציות). אחת מן התכליות של מערכת התמריצים החוזית הייתה יצירת סנקציה בגין איחור בביצוע באזורי פיתוח.⁶² חשוב להדגיש, כי על תכלית זו לא למד השופט ברק מלשונו של חוזה הפרוגרמה (שממנה עולה המסקנה הפוכה), ואף לא מנסיבות כריתתו (שכאמור, לא הוצגו כלל בפני בית המשפט); קרי, אין זו "התכלית הסובייקטיבית" המשקפת את כוונתם המשותפת הקונקרטית של הצדדים לחוזה. תכלית זו שקבע השופט ברק, הנה "התכלית האובייקטיבית" שהסיק מתוך בחינת חוזה הפרוגרמה על בסיס מה שנראה בעיניו ראוי ודרוש להגשמת היעדים והאינטרסים של צדדים סבירים והוגנים לחוזה מעין זה.

ניתוח זה שעושה השופט ברק מוביל אותו, מטבע הדברים, למסקנה שלשונו של חוזה הפרוגרמה, שאינה כוללת סנקציה בגין איחור בביצוע באזורי פיתוח, אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו (האובייקטיבית). כזכור, הכלל שנקבע בשלב הראשון של גישת

בעמ' 488–529. בשל כך אני מתאר חלק זה בקצרה בלבד ומבקש למקד את הדיון במאמר זה בחלקים האחרים של פסק הדין, אשר לדעתי חשיבותם להבנת השינויים בדיני פרשנות חוזים גדולה ביותר.

⁵⁹ בנוסף לכך, בחלק זה של פסק הדין מציג השופט ברק את תפיסתו שלפיה אין חוזים ברורים וכל חוזה טעון פרשנות. תפיסה זו שימשה מצע לגישה האקטיביסטית בתחום פרשנות חוזים. ראו פרק ד.1 ולעיל ה"ש 46.

⁶⁰ לתיאור מעט שונה ולהצגה של שתי דרכים להבנת דבריו של השופט ברק בעניין זה ושל המחלוקת בינו לבין השופט מצא, ראו מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 51–55.

⁶¹ פרשת אפרופים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 318.

⁶² שם, בעמ' 315.

הפרשנות התכליתית, קבע כי פרשנות תכליתית של חוזה לעולם תהא מוגבלת למתחם אפשרויות הפרשנות הלגיטימיות שמתירה לשונו של החוזה. ואולם, כאן מגיע חידושו הגדול של השופט ברק אשר משנה את הכלל הנזכר. שינוי זה עושה השופט ברק באמצעות ניסוח מחדש של ה"קומות" השונות של פרשנות חוזים, ואפשרות הגישה אליהן.

כזכור, ה"קומה" הראשונה היא "פרשנות במובן הצר", דהיינו, פרשנותו של הטקסט החוזי עצמו על פי גישת הפרשנות התכליתית. בקומה זו, אליבא דהשופט ברק, אין כל שינוי. זהו הרובד הבסיסי של פרשנות חוזים שבמסגרתו הפרשן שואף לפרש את החוזה על פי תכליתו, ואולם הוא מוגבל למובנה הטקסטואלי של לשון החוזה. ואמנם, פרשנות חוזה הפרוגרמה על פי רובד פרשנות זה תוביל למסקנה שאליה הגיע השופט מצא, כי יש לדחות את עמדתה של המדינה.⁶³ ואולם בכך לא תם מסע הפרשנות, וכעת יש לפנות אל רובד הפרשנות השני – הפרשנות במובן הרחב.

עד לפסק הדין בפרשת **אפרופים** נועדה ה"קומה" השנייה של הפרשנות, "פרשנות במובן הרחב", להשלמת חוסרים בחוזה (לאקוונות) בלבד. כאן מחדש השופט ברק, כי במסגרת רובד הפרשנות הזה רשאי השופט-הפרשן לתקן את לשון החוזה ולהביא לשינוי מובנה ולשינוי תוכנו של החוזה.⁶⁴ מתי רשאי הפרשן לנקוט טכניקה זו? תשובתו של השופט ברק היא – בכל מקום שבו תכליתו של החוזה (ובכלל זה תכליתו האובייקטיבית), אינה עולה בקנה אחד עם לשונו.⁶⁵

מכאן, כמובן, קצרה דרכו של השופט ברק להכרעה בסכסוך כאמור לעיל. לדעתו, תכליתו הכללית (האובייקטיבית), של החוזה שהייתה בנייה מהירה של דירות, מחייבת לכלול בחוזה סנקציה למקרה של איחור בביצוע באזורי פיתוח. היות שלשון החוזה אינה כוללת סנקציה שכזו, ואי-אפשר לתת לה פירוש מילולי אשר יכלול סנקציה שכזו, יש להסיג את הלשון מפני התכלית, לשנותה, ולקבוע כי הסנקציה הכלולה בסעיף 6(ח)(3) – הפחתה של 5% ממחיר הדירה בגין כל חודש איחור, נוגעת, למעשה, למצב של איחור בביצוע באזורי פיתוח. כפי שאפשר להתרשם מיד, הנמקה זו של השופט ברק והתוצאה שהגיע אליה, הנן רדיקליות ומהפכניות ביותר.

את תוצאתו של פסק הדין אפשר להמחיש באמצעות שתי הטבלאות הבאות. הראשונה מתארת את הסנקציות שנקבעו בחוזה הפרוגרמה על פי פרשנותו הלשונית,

63 שם, בעמ' 318.

64 שם, בעמ' 317, 320–323.

65 יצוין כי לשם תמיכה וחיוזוק בעמדה זו, השופט ברק משתמש באופן מאולץ בכלל שלפיו מותר לסטות מלשונו של החוזה במקום שבו פרשנות לשונית תוביל לאבסורד. כלל זה אשר פורש ויושם עד כה בצמצום רב, זוכה לפיתוח ולהרחבה משמעותיים על ידי השופט ברק אשר טוען כי המושג "אבסורד" הוא מושג עמום ומעורפל, וכי למעשה בכל מקרה של אי-התאמה בין לשון החוזה לבין תכליתו אפשר לטעון כי מדובר במצב של "אבסורד". על היעדרו של אבסורד במקרה זה ראו להלן, וכן פרידמן "הערות לפסק דין אפרופים" לעיל ה"ש 6, בעמ' 491–492. כן ראו לעיל ה"ש 39.

או בלשונו של השופט ברק – "פרשנות כמוכן הצר".

טבלה מספר 1

אזורים מבוקשים	אזורי פיתוח	
איחור בהצגת דרישת רכישה	סעיף 6(ח)(2) לחוזה – 2% הפחתה ממחיר הדירה בגין כל חודש איחור.	סעיף 6(ח)(3) לחוזה – 5% הפחתה ממחיר הדירה בגין כל חודש איחור.
איחור בביצוע	סעיף 6(ז) לחוזה – 2% הפחתה ממחיר הדירה עבור כל חודש איחור.	אין כל סנקציה

הטבלה השנייה מתארת את הסנקציות בחוזה הפרוגרמה על פי פסק דינו של השופט ברק ("פרשנות כמוכן הרחב").⁶⁶

טבלה מספר 2

אזורים מבוקשים	אזורי פיתוח	
איחור בהצגת דרישת רכישה	סעיף 6(ח)(2) לחוזה – 2% הפחתה ממחיר הדירה בגין כל חודש איחור.	סעיף 6(ח)(2) לחוזה – 2% הפחתה ממחיר הדירה בגין כל חודש איחור. ⁶⁷
איחור בביצוע	סעיף 6(ז) לחוזה – 2% הפחתה ממחיר הדירה עבור כל חודש איחור.	סעיף 6(ח)(3) לחוזה – 5% הפחתה ממחיר הדירה בגין כל חודש איחור.

בחלק השלישי והאחרון לפסק הדין,⁶⁸ מעלה השופט ברק דרך חלופית ומשנית, כהגדרתו, להכרעה בסכסוך ולהגעה לתוצאה הרצויה בעיניו, והיא דרך של השלמת חסר (לאקונה) בחוזה. בעניין זה מחדש השופט ברק ומרחיב מאוד את הדוקטרינה של השלמת פרטים בחוזה. לדעתו, אמת מידה עיקרית להשלמת חוסרים בחוזה היא עקרון תום הלב. עיקרון זה מחייב להשלים חוסרים בחוזה בדרך אשר תתאים לתכליות הסובייקטיביות והאובייקטיביות של החוזה. במקרה הנדון, לדעת השופט ברק כאמור, תכליתו האובייקטיבית של חוזה הפרוגרמה מחייבת קביעת סנקציה בגין איחור בביצוע

⁶⁶ יצוין כי הדרך החלופית שמציע השופט ברק בחלק השלישי של פסק דינו, המתוארת להלן, של שימוש בטכניקה של השלמת פרטים, מביאה לתוצאה שונה מעט. ראו פרשת אפרופים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 331.

⁶⁷ אף על פי שכאמור לעיל בה"ש 55 הסכימה המדינה שעל פי גרסתה הפרשנית החוזה אינו כולל סנקציה בגין איחור בהצגת דרישת רכישה באזורי פיתוח, קבע השופט ברק בפסק דינו שיש לפרש את סעיף 6(ח)(2) לחוזה כאילו הוא מתייחס הן לאזורים המבוקשים והן לאזורי פיתוח. פרשת אפרופים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 322–323 ו-331.

⁶⁸ שם, בעמ' 323–331.

באזורי פיתוח. לפיכך, אם לא תינקט הטכניקה של שינוי לשון החוזה, נעמוד בפני מצב של לאקונה בחוזה – היעדר סנקציה למצב של איחור בביצוע באזורי פיתוח. לאקונה זו יש להשלים בדרך של הוספת סנקציה שכזו לחוזה.⁶⁹

דומה כי לכאורה, הכרעת המקרה שנדון בפרשת **אפרופים** באמצעות הטכניקה של השלמת חסר בחוזה אלגנטית ונקייה יותר מן הטכניקה החדשנית ורדיקלית של שינוי לשון החוזה. מדוע אפוא בחר השופט ברק להשתמש בטכניקה של שינוי לשון החוזה כטכניקה עיקרית ומרכזית, וראה בטכניקה של השלמת חסר אמצעי חלופי ומשני בלבד?

התשובה, כך נראה, היא שגם השימוש הרחב שמבקש השופט ברק לעשות בטכניקה של השלמת חוסרים בחוזה הנו מרחיק לכת ובעייתית. הדוקטרינה של השלמת פרטים בחוזה מיועדת, בראש ובראשונה, להשלמה של פרטים אשר הנם **חיוניים לביצועו של החוזה**. אמנם טכניקה זו גם מאפשרת השלמה של **חוסרים סמויים**, דהיינו, השלמת פרטים בהסדרים הנחזים כשלמים, ואולם, כאן נקודת המוצא תהיה שהיעדר אותם פרטים מהווה הסדר שלילי.⁷⁰ דומה, כי בכל הנוגע לפרשת **אפרופים**, הסנקציה בגין איחור בביצוע לא הייתה פרט חיוני הדרוש לביצועו של החוזה. גם לא הובאו נימוקים משכנעים לכך שהיעדרה מן החוזה אינו מהווה הסדר שלילי. לכך יש להוסיף, שהשלמת החוזה על ידי השופט ברק לא נעשתה באמצעות אחד מערוצי ההשלמה הרגילים, נוהג פרטי או כללי או דין דיספוזיטיבי,⁷¹ אלא כאמור, באמצעות עקרון תום הלב שהנו סטנדרט אמורפי שתוכנו נקבע על ידי בית המשפט בהתאם לשיקול דעתו הרחב.⁷² אין

⁶⁹ חשוב להדגיש, כי השופט ברק קבע כי הסנקציה החדשה שהוספה לחוזה באמצעות טכניקת ההשלמה תהיה זהה לסנקציה שנקבעה בסעיף 6(ח)(3), דהיינו, הפחתה של 5% מן התמורה בגין כל חודש איחור. קביעה זו כשלעצמה הנה מוקשה ביותר מן הטעם שלכאורה לא נראה כל קשר בין היקף הסנקציה החוזית לבין היקף הנזק הצפוי בפועל. ראו פרק ד.3.2 ולהלן ה"ש 80.

⁷⁰ דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א 270–271 (1991); פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 229–230; ע"א 191/85 **מדינת ישראל נ' חברת נוה שוסטר בע"מ**, פ"ד מב(1) 573, 582 (1988).

⁷¹ ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 273–282.

⁷² פרופ' מנחם מאוטנר עומד על ההבדל בין השימוש בדוקטרינה של תניות מכללא לבין השימוש בדוקטרינת תום הלב לשם השלמת פרטים בחוזה. על פי דוקטרינת התנאי מכללא, בית המשפט פועל כ"משרתם של הצדדים" ומנסה לסייע להם בפתרון הבעיה שנוצרה, בדרך של התעמקות בחוזה שנערך ביניהם וחתירה לפתרון התואם ככל האפשר את הכוונה ההיפותטית המשותפת שהייתה להם לו היו נותנים דעתם, בעת כריתת החוזה, לנושא שבמחלוקת. מנגד, בדוקטרינת תום הלב רואה בית המשפט את עצמו כמי שעומד מעל הצדדים ומוסיף ויוצק לתוך החוזה שביניהם תכנים הנובעים מנורמות ומערכים הראויים בעיניו. ראו מנחם מאוטנר "כיצד הודחה דוקטרינת התנאי מכללא ממעמדה בדיני החוזים של ישראל?" **ספר ויסמן** 429 (שלום לרנר ודפנה לויןסון-זמיר עורכים, 2002); מנחם מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 313, 370–372, 379–381 (2003); מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 58–59. דומה, כי דרך הפעלת עקרון תום הלב כאמצעי להשלמת החוזה בפרשת **אפרופים** מדגימה היטב הבחנה זו.

מדובר אפוא בהפעלה רגילה של טכניקת השלמת פרטים,⁷³ אלא **בהתערבות שיפוטית בתוכן החוזה** תוך הפעלת שיקול דעת רחב על ידי בית המשפט על אודות ההסדר החוזי הראוי בעיניו,⁷⁴ באמצעות מושג התכלית האובייקטיבית ועקרון תום הלב.

3. הקשיים בפסק דינו של השופט ברק בפרשת אפרופים

פסק דינו של השופט ברק בפרשת אפרופים מעורר שאלות רבות וקשיים ניכרים⁷⁵ בשני רבדים שונים. הרובד הראשון הוא הרובד הנורמטיבי-עקרוני של דיני פרשנות חוזים, ובמרכזו השאלה: האם חידושיו של השופט ברק בפסק הדין בפרשת אפרופים מקדמים את דיני פרשנות חוזים לכיוון רצוי ויש לאמצם או שמא יש לדחותם. הרובד השני מתייחס לאופן יישום גישתו של השופט ברק על המקרה הקונקרטי שנדון בפרשת אפרופים. כאן השאלה המרכזית שיש לבחון היא: האם נסיבות המקרה הנדון אכן הצדיקו את ההתערבות הקיצונית של בית המשפט בתוכן החוזה, והאם תוצאת פסק הדין הנה פתרון ראוי לסכסוך שהועמד בפני בית המשפט. הדיון שלהלן יתמקד ברובד השני הנזכר.⁷⁶ טענתי תהיה, כי אופן ניתוח המקרה שנדון בפרשת אפרופים על ידי השופט ברק כמו גם התוצאה שאליה הוא הגיע, מעוררים קשיים ניכרים, אינם מתבקשים מנסיבות העניין ובוודאי אינם מחויבי המציאות. כן אטען, כי השופט ברק בפסק דינו התעלם משורה של שיקולים רלוונטיים וחשובים. לאור זאת, אטען, כי נסיבות שנדונו בפסק הדין, לא הייתה הצדקה לנקיטת גישה אקטיביסטית-אגרסיבית כל כך כפי שנקט השופט ברק בפסק דינו.

3.1 תכליתה של ההתקשרות בין "אפרופים" לבין המדינה

המסקנה הפרשנית שבעקבותיה קבע השופט ברק שיש לפעול בדרך של שינוי לשון חוזה הפרוגרמה, הייתה שתכליתו (האובייקטיבית) של חוזה זה מחייבת קיומה של סנקציה קבועה ומוסכמת מראש למקרה של איחור בביצוע באזורי פיתוח. כזכור, מסקנה זו לא הוסקה מלשון החוזה ואף לא מעדויות שהוצגו בבית המשפט על נסיבות כריתתו, שכן עדויות שכאלה לא הוצגו. למסקנה פרשנית זו הגיע השופט ברק מתוך

⁷³ בהקשר זה יש גם להזכיר כי בפסיקה הובעה עמדה כי הפרטים שאפשר להשלים הנם פרטים שאינם מהותיים אלא טפלים ופחותים בחשיבותם, ראו ע"א 6518/98 **הוד אביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נה(4) 28, 44 (2001). בעמדה זו מצדדת פרופ' גבריאלה שלו, ראו שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 445-446. ואולם, מנגד הובעו גם עמדות אחרות שלפיהן גם פרטים מהותיים ניתנים להשלמה, ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 282.

⁷⁴ דיון רחב בנושא זה חורג ממסגרתו של מאמר זה, שבו אני מבקש להתמקד בנושא הפרשנות.

⁷⁵ לביקורת נוספת על פסק הדין בפרשת אפרופים ראו פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 245-249; פרידמן "הערות לפסק דין אפרופים" לעיל ה"ש 6; מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 57-58; דויטש, לעיל ה"ש 6, בעמ' 176-179.

⁷⁶ דיון ברובד הראשון, הנורמטיבי, ייערך בפרק 2.1 להלן.

הרקע הכללי שהוצג בפני בית המשפט על אודות חוזה הפרוגרמה, דהיינו, שהחווה נועד להביא לבנייה מהירה של דירות לעולים חדשים ולזכאי דיור; ומהתבוננות במבנה החוזה שהכיל הטבות לקבלנים מן הצד האחד וסנקציות מן הצד האחר. נתונים אלה הספיקו כדי להביא את השופט ברק למסקנה שתכליתו של החוזה מחייבת כי תיכלל בו **סנקציה מוסכמת בגין איחור בביצוע באזורי פיתוח**, וכי ללא סנקציה שכזו יהיה החוזה בלתי מאוזן ופגום.

ואולם, בחינה נוספת של ניתוח זה מלמדת, כי הנתונים שהונחו בפני בית המשפט מאפשרים גם מסקנה אחרת, סבירה והגיונית לא פחות, על אודות תכלית ההתקשרות בין הצדדים. כהקדמה לניתוח אלטרנטיבי זה, יש להעיר תחילה שתי הערות מקדמיות. הראשונה, על פי המתואר בפסק הדין, חוזה הפרוגרמה כלל שתי סנקציות שונות. האחת בגין איחור בביצוע והשנייה בגין איחור בהצגת דרישת רכישה. בחינה של שתי הסנקציות הללו תלמד כי מדובר בשתי סנקציות השונות במהותן. הסנקציה בגין איחור בביצוע הנה, למעשה, קביעת **פיצוי מוסכם** וקבוע מראש בגין הפרה של התחייבויות הקבלן כלפי המדינה. מנגד, הסנקציה בגין איחור בהצגת דרישת רכישה איננה פיצוי בגין הפרה כלשהי של החווה. מטרתה הנה לתחום ולהגביל את ההטבה שמעניקה המדינה לקבלן בכך שהיא מתחייבת לרכוש ממנו את הדירות שיבנה במקרה שהוא לא יצליח למכור אותן בשוק החופשי. הקבלן מעדיף, כמובן, למכור את הדירות בשוק החופשי במחיר הגבוה ביותר שיצליח לקבל בעבורן. התחייבות הרכישה של המדינה נועדה לספק לו **רשת הגנה** של מחיר מינימום שהוא יקבל עבור הדירות. אי-הצגת דרישת רכישה על ידי הקבלן איננה אפוא הפרה של החווה, אלא היא בחירה מושכלת ורציונלית של הקבלן. ה"סנקציה" בגין איחור בהצגת הרכישה, למעשה, איננה **סנקציה מובן הרגיל** של מונח זה, אלא היא קביעת **מגבלת זמן למתן ההטבה** של התחייבות הרכישה, שלאחריה רשת ההגנה שמספקת ההטבה הולכת ונחלשת, באופן הדרגתי. ההערה השנייה – קביעת סנקציה בגין איחור בביצוע של פרויקט בנייה – ובמיוחד סנקציה בהיקף שקבע השופט ברק בגין איחור בביצוע באזורי פיתוח, בסך של 5% מן התמורה עבור הדירה לכל חודש איחור – איננה דבר של מה בכך. בשים לב לעובדה הידועה שפרויקטים של בניית מאות יחידות דיור עלולים להתעכב, מדובר בסנקציה קשה, אם לא דרקונית, שעלולה להביא את הקבלן, בגין הפרה קלה יחסית של התחייבויותיו, למצב של הפסדים כבדים ביותר.⁷⁷

על רקע האמור אפשר לנתח ולתאר את תכליתו של חוזה הפרוגרמה בדרך הבאה – בחוזה הפרוגרמה ביקשה המדינה לעודד ולתמרץ קבלנים לבנות דירות לעולים במקומות שונים בארץ, תוך מתן עדיפות ברורה לאזורי פיתוח, שבהם מטבע הדברים הבנייה פחות כדאית. לשם כך יצרה המדינה בחוזה הפרוגרמה הבחנה ברורה בין אזורים מבוקשים לבין אזורים פיתוח. באזורים המבוקשים הוצעה המדינה לקבלנים רשת ביטחון חלקית – התחייבות רכישה של 50% מן הדירות בלבד. בנוסף לכך, נקבעה סנקציה של

⁷⁷ השוו מאוסטר "התערבות שיפוטית בתוכן החווה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 58.

פיצוי מוסכם בגין איחור בביצוע באזורים אלה של 2% בגין כל חודש איחור. כמו כן, היות שבאזורים המבוקשים יש חשש קטן בלבד כי היה ותמומש התחייבות הרכישה על ידי הקבלן, אזי המדינה תתקשה בשיווק הדירות או שערך ירד, נקבע בחוזה כי רשת הביטחון החלקית הנזכרת תעמוד בתוקפה תקופה ארוכה, עד 18 חודשים לאחר תקופת הביצוע, ורק לאחר מכן תיחלש בהדרגה (2% בכל חודש).

לעומת זאת, באזורי הפיתוח הציעה המדינה לקבלנים **רשת ביטחון משמעותית הרבה יותר** – התחייבות רכישה של 100%. בנוסף לכך, היא נמנעה, **במתכוון**, מלקבוע סנקציה של פיצוי מוסכם בגין איחור בביצוע, תוך שהיא משאירה בידיה, כמובן, את הזכות מכוח הדין לתבוע מן הקבלנים את הנזקים שייגרמו לה בפועל במקרה של איחור בביצוע. עם זאת, היות שבאזורי פיתוח יש חשש גדול כי מימוש התחייבות הרכישה על ידי הקבלן עלול לגרום למדינה נזקים והפסדים משמעותיים (בשל קושי בשיווק הדירות על ידי המדינה או ירידת ערך), ובשים לב להיקפה הגדול של רשת ביטחון זו, נקבע בחוזה כי היא תעמוד בתוקפה עד לסיום תקופת הביצוע בלבד ולאחר מכן תיחלש בהדרגה, בקצב מהיר יותר (5% בכל חודש).

על פי ניתוח מוצע זה, אי-הכללת סנקציה בגין איחור בביצוע באזורי הפיתוח לא נגרמה עקב שכחה או השמטה, אלא נעשתה בכוונת מכוון לאור הרצון לתת עדיפות לאזורי הפיתוח ולעודד קבלנים לבנות בהם. אם אכן זו הייתה תכליתו של חוזה הפרוגרמה, הרי **שלושנו של החוזה תואמת באופן מלא ומדויק את תכליתו**,⁷⁸ וסנקציה בגין איחור בביצוע באזורי הפיתוח, לא זו בלבד שאיננה חיונית לקיום תכליתו של החוזה, היא אף עומדת בניגוד גמור לה.

במילים אחרות, בניגוד לשופט ברק הממקד את תכלית החוזה ב**ביצוע מהיר** ככל האפשר של בניית הדירות, ולפיכך הוא סבור שסנקציה בגין איחור בביצוע באזורי הפיתוח הנה נדרשת וחיונית, הניתוח שלעיל ממקד את תכלית החוזה דווקא ב**מוטיבציה לעודד קבלנים לבנות באזורי פיתוח**. אך ברור (ובעניין זה עוד יפורט להלן), שקביעת פיצוי מוסכם בסך 5% בגין כל חודש איחור בביצוע באזורי פיתוח, לא רק שאינה נדרשת על פי תכלית זו, אלא אף אינה עולה עמה בקנה אחד.

כאן המקום להדגיש, כי אינני מתכוון לטעון כי התכלית שתוארה לעיל היא היא תכליתו המקורית והאמיתית של חוזה הפרוגרמה. טענתי היא, שעל פי הנתונים שהוצגו לבית המשפט, הניתוח שנעשה לעיל מציע תכלית שהנה סבירה, הגיונית

⁷⁸ כפי שאפשר לראות, ניתוח זה גם מציע הסבר להבחנה שנעשתה בחוזה הפרוגרמה בסעיפים 6(ח)2 ו-6(ח)3 בכל הנוגע למועד האחרון למימוש התחייבות הרכישה – סוף תקופת הביצוע באזורי הפיתוח, לעומת 18 חודשים לאחר סוף תקופת הביצוע באזורים המבוקשים. לעומת זאת, לפי גישת השופט ברק, המבקש ליצור הקבלה מלאה בין הסנקציות באזורים המבוקשים לבין הסנקציות באזורי הפיתוח, הבחנה זו אינה מוסברת. ראו פרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 323. השופט ברק אכן מעיר, שבהבחנה זו אין היגיון ואפשר להתעלם ממנה ולבטלה (ולכן גם קובע שסעיף 6(ח)2 מתייחס הן לאזורים מבוקשים והן לאזורי פיתוח). גם מטעם זה יש להעדיף את הניתוח המוצע על הפרשנות שנתן השופט ברק.

וראויה לא פחות מן התכלית שנקבעה על ידי השופט ברק בפסק הדין. המסקנה המתבקשת, לדעתי, היא שניתוח התכלית האובייקטיבית שהציג השופט ברק בפסק הדין איננו מחויב המציאות ואינו מצדיק את המסקנה והתוצאה הרדיקלית של נקיטת טכניקה של שינוי לשון החוזה, כפי שנעשה בפסק הדין.

3.2 הסנקציה שנקבעה בפסק הדין למקרה של איחור בביצוע מוקשית ובלתי סבירה

על פי המתואר בפסק הדין, "אפרופים" איחרה בביצוע הדירות שבנתה איחור של חודש וחמישה ימים בלבד. בגין איחור זה ביקשה המדינה להטיל עליה פיצוי מוסכם בסך של 6% ממחיר הדירות.⁷⁹ דומה כי לו היה הפיצוי שהתבקש נבחן מנקודת המבט של דיני התרופות בשל הפרת חוזה, היה מקום להעלות את הטענה כי מדובר בדרישה מופרזת ומוגזמת של פיצויים שאינה משקפת את הנזק אשר במועד כריתת החוזה אפשר היה לצפות כי ייגרם למדינה בגין איחור שכזה, ואף לא את הנזק שנגרם למדינה בפועל בעקבות האיחור.⁸⁰ ואולם בית המשפט כלל לא בחן את היקף הפיצוי שהתבקש מנקודת מבט זו.

קביעת היקף הפיצוי (בסך של 5% בגין כל חודש), נעשתה על ידי בית המשפט, באופן אוטומטי, בעקבות המסקנה כי יש לשנות את לשון החוזה ולראות את סעיף 6(ח)(3) לחוזה כאילו הוא עוסק בסנקציה בגין איחור בביצוע באזורי הפיתוח. כפועל יוצא של כך, הוצמד לסנקציה זו, ש"הוצנחה" אל תוך הסעיף, המספר "5%" שבאופן מקרי הופיע בסעיף. לא הובאה כל הנמקה עניינית ומהותית להסבר ההתאמה בין תוכן הסנקציה (סנקציה בגין איחור בביצוע), לבין היקפה (5% בגין כל חודש איחור).⁸¹ משמעות הדברים היא שגם אם נקבל את העמדה הפרשנית העקרונית של השופט ברק לפיה תכליתו האובייקטיבית של חוזה הפרוגרמה מחייבת קיומה של סנקציה בגין

⁷⁹ שם, בעמ' 278.

⁸⁰ ראו ס' 10 ו-15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970; ע"א 879/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' רוסמן, פ"ד נ(1) 774 (1996); ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800 (1981).

⁸¹ ראו פרשת אפרופים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 331 (ההנמקה החלופית על פי הטכניקה של השלמת פרטים), מנסה השופט ברק להסביר את ההתאמה בין המספר 5% לבין הסנקציה בגין איחור בביצוע, באמצעות הקבלה צורנית בין שתי הסנקציות הנוגעות לאזורי הפיתוח. דהיינו, כפי שבגין איחור בהצגת דרישת רכישה באזורי פיתוח נקבעה סנקציה של 5% בחודש (לפי הנמקה חלופית זו, סעיף 6(ח)(3) עוסק בסנקציה בגין איחור בהצגת דרישת רכישה), כך גם ראוי שבגין איחור בביצוע באזורים אלה, תוטל סנקציה בהיקף של 5% בחודש. במבט ראשון הקבלה זו מושכת את העין. ואולם בחינה נוספת שלה מעלה קשיים ניכרים. ראשית, הקבלה צורנית זו אינה מספקת הנמקה עניינית להטלת סנקציה כה חריפה. שנית ועיקר, כפי שהוסבר כבר לעיל, יש הבדל גדול בין שתי הסנקציות – בניגוד לסנקציה בגין איחור בביצוע שהנה למעשה קביעת פיצוי מוסכם בגין הפרת חוזה, הסנקציה בגין איחור בהצגת דרישת רכישה איננה סנקציה בגין הפרת חוזה, אלא היא תוחמת בזמן ובהיקף את ההטבה של התחייבות הרכישה שהעניקה המדינה לקבלנים. ממילא מדובר בשני הסדרים שונים שאי אפשר ליצור ביניהם כל הקבלה עניינית.

איחור בביצוע באזורי פיתוח, משלא הונחה בפני בית המשפט כל תשתית עובדתית ככל הנוגע להיקף סנקציה זו, לא הייתה לבית המשפט כל דרך לקבוע הסדר בעניין זה. תוכנה והיקפה של הסנקציה הקשה שנקבעה על ידי השופט ברק נקבעו באופן אקראי, שרירותי ובלתי מנומק. קביעת סנקציה שכזו הנה התערבות בעייתית ביותר בתוכן החוזה שאינה נסמכת, למעשה, על דבר. אפשר לטעון, כי במצב דברים זה טוב ועדיף היה שלא להתערב כלל בתוכן החוזה ולהותיר את נושא הפיצוי בגין איחור בביצוע להסדר הקבוע בדיני החוזים.

בהקשר זה יש לדון גם בהיבט נוסף והוא **סוגיית ההסתמכות**. אין כל ספק, ש"אפרופים" הסתמכה על הוראות החוזה שחתמה וכלכלה את צעדיה בהתאם. האם אפשר לומר כי "אפרופים", כצד סביר ותם לב לחוזה הפרוגרמה, העלתה בדעתה, במועד כריתת החוזה או לאחריו, כי בגין איחור בביצוע של חודש ימים היא תספוג סנקציה כה קשה ומשמעותית? אם התשובה לשאלה זו שלילית, הרי שתוצאת פסק הדין פגעה בהסתמכותה של "אפרופים" על החוזה, שהנה, כידוע, אחת מאבני הבניין החשובות של דיני החוזים.⁸²

3.3 התעלמות בית המשפט מכלל הפרשנות נגד המנסח

מן המתואר בפסק הדין עולה, כי חוזה הפרוגרמה היה חוזה אחיד אשר נוסח במלואו על ידי המדינה והוכתב על ידה לקבלנים שעמם התקשרה. אף על פי כן, הייתה זו המדינה שביקשה לשנות את לשונו של החוזה ובדרך זו לשפר את מצבה ולאפשר לה הטלת סנקציה נוספת שלא נכללה בחוזה. במצב דברים זה אפשר היה להעלות את הטענה כי לאור כלל ה"פרשנות נגד המנסח"⁸³ היה מקום לדחות את עמדתה של המדינה.⁸⁴ אמנם תחולתו של כלל זה צומצמה בפסיקה, והיא אף שנויה במחלוקת בין המלומדים;⁸⁵ עם זאת, דומה כי ישנה הסכמה כי כאשר אחד הצדדים לחוזה הוא בעל השליטה, מבחינה מהותית, על קביעתו וניסוחו של הטקסט החוזי, יש הצדקה לפרש את החוזה בניגוד לאינטרס של אותו צד.⁸⁶

⁸² ראו גם מאוטר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 58.

⁸³ על כלל הפירוש נגד המנסח, ראו רע"א 1185/97 **עזבון מילגרום נ' מרכז משען**, פ"ד נב(4) 145, 159 (1998); פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 280–283; שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 436–441.

⁸⁴ ראו גם פרידמן "הערות לפסק דין אפרופים" לעיל ה"ש 6, בעמ' 491–492. פרופ' פרידמן עומד בהקשר זה גם על כלל פרשנות נוסף שלא נלקח בחשבון במקרה זה – כלל כנגד פרשנות המטילה קנס, המחייב מתן פרשנות מצמצמת לסעיף קנס או חילוט. עוד ראו על כך פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 248–249, 268–269.

⁸⁵ ראו שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 439–440. פרופ' גבריאלה שלו סבורה כי לכלל זה אין תחולה במשפט הישראלי ולכל היותר אפשר לשקול את החלתו בתחום החוזים הצרכניים ובתחום החוזים האחידים. מנגד, פרופ' דניאל פרידמן סבור כי הכלל חל במשפטנו. פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 280–283; כן ראו זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 40–42.

⁸⁶ ראו שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 440–441; ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 638–639; כלל

יותר מכך. נראה כי במקום שבו מבקשים להחיל פתרון רדיקלי כל כך של שינוי לשון החוזה, אי-אפשר להתעלם ולהימנע מדיון בעובדה שמדובר בחוזה אחיד, ושפתרון שמבקשים להחיל נועד דווקא לשפר את מצבו של הצד שניסח את החוזה באופן בלעדי ושלט על תוכנו. ואולם בפסק הדין לא נמצאת כל התייחסות לעובדה זו, וממילא לא ניתן לה כל משקל.

3.4 לסיכום הביקורת על פסק דינו של השופט ברק בפרשת אפרופים

הניתוח שהוצג לעיל מלמד, לדעתי, כי גם אם נצא מן ההנחה שהעקרונות שפותחו בשלב השני של גישת הפרשנות התכליתית הנם נכונים וראויים, יישומם בפועל בפרשת אפרופים נראה בעייתי ומוקשה. בפסק הדין בפרשת אפרופים הפעיל בית המשפט שיקול דעת רחב ומרחיק לכת, ותוך שהוא נשען על תכלית אובייקטיבית שנקבעה על ידו, "פירש" את החוזה בדרך יצירתית תוך שינוי החוזה והתערבות בתוכנו, ואכף על הצדדים לו הסדר שאיש מהם לא היה מודע לו בעת כריתת החוזה.

כל זאת, אף על פי שראשית, אין כל ודאות כי ה"תכלית" שהציג השופט ברק כתכלית האובייקטיבית של החוזה ואשר עליה הוא השתית את פסק דינו, היא היא התכלית אשר לאורה יש לפרש את החוזה, וייתכנו אפשרויות אחרות סבירות והגיוניות לא פחות. שנית, פסק דינו של השופט ברק מתעלם לחלוטין מכלל הפרשנות נגד המנסח שעשוי להיות, במקרה זה, שיקול חשוב בפרשנות החוזה כנגד המהלך הפרשני שבוצע בפסק הדין. ושלישית, תוצאת פסק הדין שלפיה הוספה סנקציה חמורה של פיצוי מוסכם בשיעור גבוה ביותר בגין איחור בביצוע, נראית לכאורה בלתי סבירה וללא כל פרופורציה לנזק שצפוי היה להיגרם למדינה עקב ההפרה.

אני סבור כי פסק הדין בפרשת אפרופים ממחיש היטב עד כמה בעייתית עשויה להיות תורת פרשנות של חוזים אשר מאפשרת לבית המשפט העוסק בפרשנות חוזה להפעיל שיקול דעת רחב, עצמאי ומנותק מן הטקסט החוזי ומכוונת עושיו.

פסק הדין בפרשת אפרופים, שבו נוסחו כאמור עקרונות השלב השני של גישת הפרשנות התכליתית, הפך עד מהרה, לאחד מפסקי הדין החשובים, ואולי החשוב ביותר, בתחום פרשנות חוזים ודיני חוזים בכלל.⁸⁷ על אף הביקורת שהושמעה נגד פסק הדין והשלכותיו, הן מקרב קהילת עורכי הדין והן על ידי אנשי אקדמיה,⁸⁸ אימצו בתי המשפט השונים⁸⁹ את העקרונות שהותוו בו, והוא הפך עבורם למקור השראה.⁹⁰ הדבר

ברוח זו נוסח גם בסעיף 123(ד) להצעת חוק דיני ממונות.

⁸⁷ ראו לעיל ה"ש 49.

⁸⁸ ראו לעיל ה"ש 75; ארנון בן-יאיר "בא לברך ויצא... לא ברור" דה-מרקר 14.5.2006. http://alerts.them.arker.com/tmc/archive/arcSimplePrint.jhtml?ElementId=skira20060514_715492, www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=715492&contrassID=2&subContrassID=6&sbSubContrassID=0.

⁸⁹ על פי בדיקה שנערכה באמצעות מנוע החיפוש באתר האינטרנט של נבו (www.nevo.co.il) – פסק הדין בפרשת אפרופים אוזכר ב-89 פסקי דין של בית המשפט העליון וב-1,613 פסקי דין

בא לידי ביטוי בשימוש גובר והולך במושג התכלית האובייקטיבית⁹¹ ובהפעלה של שיקול דעת רחב בפרשנות חוזים. תהליך זה הוביל לפיתוחו של השלב השלישי של גישת הפרשנות התכליתית, שעליו ידובר להלן.

ה. השלב השלישי של גישת הפרשנות התכליתית

1. היפוך ההיררכיה – העדפת התכלית האובייקטיבית על פני התכלית הסובייקטיבית

שני השלבים שתוארו לעיל התפתחו בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים. השלב השלישי שיתואר בפרק זה מצוי כיום, לדעתי, בשלבי התהוות המלווים בוויכוח נוקב בין השופטים בבית המשפט העליון. ייתכן שבעתיד נראה אותו מנוסח ומוצג בצורה ברורה יותר בפסיקה. מאידך גיסא, ייתכן שתהליך התגבשותו ייבלם וייעצר, בשל הביקורת שהוא מעורר.

בשלב השני של גישת הפרשנות התכליתית, פותח, כזכור, מושג "התכלית האובייקטיבית". עם זאת, בשלב זה נקבעה היררכיה ברורה שלפיה חוזה יפורש, קודם כול, על פי התכלית הסובייקטיבית של הצדדים לו, ואילו השימוש בתכלית האובייקטיבית נועד להיעשות רק במקום שבו אי-אפשר לאתר את התכלית הסובייקטיבית.

השלב השלישי בהתפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית מתאפיין בהיפוכה של

של בתי המשפט האחרים (לשם השוואה, פסק הדין בפרשת **אתא נ' זולטולוב**, אשר ניתן כ-10 שנים לפניו, אוזכר ב-100 פסקי דין של בית המשפט העליון וב-244 פסקי דין של בתי המשפט האחרים, בלבד (הנתונים הם עד ליום 28.2.2008).

⁹⁰ ראו למשל ע"א 6745/95 **חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ נ' פסל בע"מ**, פ"ד נב(5) 542 (1998); ע"א 4869/96 **מיליין בע"מ נ' The Harper Group**, פ"ד נב(1) 845 (1998); פרשת **מילגרומ**, לעיל ה"ש 83; ע"א 9803/01 **תחנת שירות ר"ג בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ**, פ"ד נה(3) 105 (2004). עוד ראו ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 505, ה"ש 378. יותר מכך – את דנ"א **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 3, ראו חלק משופטי ההרכב כמעין דיון נוסף על פסק הדין בפרשת **אפרופים**. רוב שופטי ההרכב אישרו מחדש את נכונותה של הלכת **אפרופים**. שופט המיעוט, השופט חשין, ציין כי הוא מסכים לעיקריה אך מתנגד ל"רוח אפרופים", דהיינו, לתחושה שנוצרה, לדעתו, שלפיה בית המשפט רשאי להתערב בתוכנו של חוזה על פי שיקול דעתו המבוסס על עקרונות אובייקטיביים אשר הנם ראויים בעיני בית המשפט. כדוגמאות להתערבות בלתי מוצדקת בתוכן החוזה על ידי בית המשפט, מציין השופט חשין את פסקי הדין בפרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, ובפרשת **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 3. יציין כי כאשר שופטי הרוב בפסק דין זה דנים ב"הלכת אפרופים", כוונתם היא לחלקו הראשון של פסק הדין בלבד – דחייתה של תורת שני השלבים. הקביעות העקרוניות האחרות בפסק הדין – אימוץ המונח "תכלית אובייקטיבית" בפרשנות חוזה, והכלל שלפיו בתי המשפט רשאים ליתן לחוזה מובן שאינו עולה בקנה אחד עם לשונו הן לדעתי, רדיקליות ובעייתיות הרבה יותר, והן שהולידו את מה שהשופט חשין מכנה "רוח אפרופים". בקביעות אלה לא דנו שופטי הרוב כלל.

⁹¹ ראו מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 55–57.

היררכיה זו ובמתן עדיפות לתכלית האובייקטיבית על פני התכלית הסובייקטיבית. על פי תפיסה מתגבשת זו, בית המשפט רשאי, במקום שהדבר נראה בעיניו ראוי, להימנע מלפרש חוזה על פי התכלית הסובייקטיבית האקטואלית שעמדה בבסיס התקשרותם של הצדדים בחוזה ולבכר על פניה לפרש את החוזה בהתאם לתכלית האובייקטיבית שלו; דהיינו בהתאם להסדר אשר בעיני בית המשפט הוא ההסדר הראוי והרצוי בחוזה מן הסוג הנדון.

חשוב להדגיש, כי תפיסה זו עדיין לא באה לידי ביטוי בניסוחים חדים וברורים בפסיקת בית המשפט. בפסקי הדין אף נמשך השימוש ברטוריקה שלפיה התכלית הסובייקטיבית גוברת על התכלית האובייקטיבית.⁹² ואולם הן בפסיקה⁹³ והן בכתיבתו של השופט ברק⁹⁴ אפשר להבחין במגמה של מתן עדיפות דה-פקטו לתכלית האובייקטיבית על פני התכלית הסובייקטיבית.⁹⁵ עדיפות דה-פקטו זו באה לידי ביטוי בכך שבמסגרת התהליך הפרשני שמבצע השופט-הפרשן ננקטת גישה של התעלמות מן התכלית הסובייקטיבית תוך הצדקת התנהגות זו בנימוקים שונים כגון קושי באיתור התכלית הסובייקטיבית, חוסר בהוכחות מספיקות על אודותיה או היעדרה של תכלית סובייקטיבית משותפת לצדדים לחוזה. התעלמות זו מאפשרת עקיפה של התכלית הסובייקטיבית, והכשרת הדרך לפנייה אל התכלית האובייקטיבית ולפירוש החוזה על פיה.⁹⁶

במילים אחרות, טענתי היא כי יש פער בין הרטוריקה שנוקט בית המשפט לבין אופן פעולתו הלכה למעשה. אף שברטוריקה שולט עדיין הכלל ברבר עדיפותה של

92 ראו דנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 3, פסק דינו של השופט ריבלין; ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 375.

93 ראו ע"א Megason Publishing Aps 11418/03 נ' אורנים פרויקטים 1994 בע"מ, פדאור 05(8) 243 (2005); חוות הדעת של השופט ברק בפסק הדין בפרשת ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 3. במגמה זו הבחין גם השופט חשין בדנ"א ארגון מגדלי ירקות, לעיל ה"ש 3, פס' 2 ו-27 לפסק דינו.

94 ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 541, שם עומד השופט ברק על כך שאף שמן הבחינה התאורטית התכלית הסובייקטיבית גוברת, הרי מן הבחינה המעשית דווקא התכלית האובייקטיבית היא החשובה יותר. זאת, מן הטעם שבדרך כלל יקשה על בית המשפט לאתר את הכוונה המשותפת לשני הצדדים. קיומו של קושי זה מותיר לשופט-הפרשן שיקול דעת רחב עד כמה להשקיע מאמץ בחיפוש הכוונה האקטואלית של הצדדים ומתי לפנות אל התכלית האובייקטיבית.

95 יותר מכך, השופט ברק אף אומר שבסוגים מסוימים של חוזים, כגון חוזים אחידים, חוזים צרכניים וחוזי יחס, רשאי הפרשן לתת מלכתחילה עדיפות לתכלית האובייקטיבית. ראו ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 395-396.

96 לניתוח דומה, ראו שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 406-410. פרופ' שלו עומדת על כך שפעמים רבות נראה שהשופט ברק מרים ידיים ונוטש את הניסיון להתחקות אחרי התכלית הסובייקטיבית מהר מדי, בתירוח שהיא אינה ניתנת לאיתור, ופונה אל התכלית האובייקטיבית. כן היא מציינת כי על המגמה להעדיף את התכלית האובייקטיבית אפשר ללמוד גם מ"חזקת התכלית" שקובע השופט ברק, שלפיה התכלית הסובייקטיבית של החוזה עולה בקנה אחד עם זו האובייקטיבית.

התכלית הסובייקטיבית, בפועל ניתנת העדיפות דווקא לתכלית האובייקטיבית.⁹⁷ אם אכן תיאור זה נכון, מדובר, ללא ספק, בשינוי מהותי נוסף של "חלוקת התפקידים" המקובלת ומערך יחסי הכוחות בין הצדדים לחוזה לבין בית המשפט, בכל הנוגע לפרשנות ולקביעת תוכנם של חוזים. משמעותו של שינוי זה היא **העברה של מרכז הכובד של הזכות לקביעת תוכנם של חוזים מן הצדדים אל בית המשפט**. הצדדים לחוזה כבר אינם "בעלי הבית" על תוכנו של החוזה. גם במקום שבו הם מגלים את רצונם באופן ברור ומפורש, בית המשפט רשאי להפעיל את שיקול דעתו הרחב, ובאמצעות מושג "התכלית האובייקטיבית", להתערב בהסדר שקבעו הצדדים ולכפות עליהם הסדר אחר, אך ורק מן הטעם שההסדר האחר נראה בעיניו ראוי יותר. דוגמה מאלפת לתפיסה זו אפשר לראות, לדעתי, בפסקי הדין בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**, שבהם ידובר להלן.

2. פסקי הדין בפרשת ארגון מגדלי ירקות⁹⁸

הסכסוך מושא פסקי הדין נסוב על אודות חוזה שנכרת בין המדינה לבין ארגון מגדלי הירקות בסוף שנת 1994. הסכם זה בא לעולם בעקבות החתימה על הסכם קהיר בין מדינת ישראל לבין הרשות הפלסטינית אשר במסגרתו הוסכם, בין היתר, על ביטול ההגבלות על ייבוא תוצרת חקלאית מן הרשות הפלסטינית. עד למועד חתימת הסכם קהיר נהנו חקלאים במדינת ישראל מהסדר של מכסות גידול אשר הגן עליהם. הסכם קהיר אשר במסגרתו ביקשו, כאמור, לבטל את המגבלות על ייבוא תוצרת חקלאית מן הרשות הפלסטינית, חייב, מטבע הדברים, את ביטול המכסות שהעניקה המדינה למגדלים.

לאחר משא ומתן בין המדינה לבין ארגון מגדלי הירקות, נערך בין הצדדים חוזה אשר במסגרתו הוסדר, בין היתר, באופן פרטני, נושא הפיצוי שיינתן למגדלים של גידולים שונים עקב ביטול המכסות. במוקד ההליך המשפטי עמד הפיצוי שהובטח בחוזה למגדלי תפוחי אדמה. בעניין זה נקבע בחוזה, כי מכיוון שבהסכם קהיר נקבע כי התרת ייבוא תפוחי אדמה משטח הרשות הפלסטינית לישראל תיעשה באופן הדרגתי לאורך כמה שנים, גם ביטול המכסות למגדלי תפוחי אדמה ייעשה בהדרגה ויפרס בהתאם על פני כמה שנים. בהמשך ובהתאם לכך, קבע החוזה,⁹⁹ כי גם הפיצוי בגין

⁹⁷ מעניין לציין שתהליך דומה התרחש בכל הנוגע לדחיית "תורת שני השלבים". כפי שתואר לעיל בה"ש 24, כבר בשלב הראשון של גישת הפרשנות התכליתית, עם דחיקתו של "כלל עדיפות הלשון", חל כרסום משמעותי ביישומה, הלכה למעשה, של תורת שני השלבים. ואולם באופן "רשמי" בוטלה תורת שני השלבים רק למעלה מעשר שנים לאחר מכן, בפסק הדין בפרשת

אפרופים.

⁹⁸ לעיל ה"ש 3.

⁹⁹ ראו פרשת **ארגון מגדלי הירקות**, שם, בעמ' 486, את נוסח סעיף 5(1) לחוזה זה, שבו נאמר: "ביטול המכסות בתפוחי האדמה יעשה בהדרגתיות בהתאם להסכמי האוטונומיה. בכל אחת משלושת השנים הבאות יממן משרד האוצר פצוי על ביטול המכסות לפי הכמות הנכנסת

ביטול המכסות למגדלי תפוחי אדמה יינתן באופן הדרגתי בשני שלבים. תחילה, במהלך הביטול ההדרגתי של המכסות (עד שנת 1997), יינתן פיצוי חלקי, שהיקפו ייגזר מהיקף התוצרת שתיכנס בפועל משטחי הרשות הפלסטינית בשנים אלה. בשלב השני, לאחר הביטול המלא של המכסות (בשנת 1998), תשולם **יתרת הפיצוי**.¹⁰⁰

ואולם בטרם הגיע המועד לתשלום מלוא הפיצוי, בשנת 1997, החליטה הממשלה לבטל לגמרי את תשלום הפיצויים למגדלי תפוחי אדמה, בנימוק שהיות שבפועל כמעט שלא היה ייבוא של תפוחי אדמה משטחי הרשות הפלסטינית, ולפיכך המגדלים לא סבלו כל פגיעה בעקבות הסכם קהיר, אין מקום לפצותם. בעקבות זאת, הגישו המגדלים תביעה נגד המדינה לקבלת מלוא הפיצוי שנקבע בחוזה בגין ביטול המכסות.

טענת המדינה בבית המשפט הייתה,¹⁰¹ כי יש לתת לחוזה פרשנות שלפיה תשלום הפיצויים למגדלי תפוחי אדמה בגין ביטול המכסות היה **מותנה בקיום נזקים בפועל** בעקבות ייבוא תפוחי אדמה משטחי הרשות הפלסטינית. כיוון שבפועל ייבוא תפוחי אדמה משטחי הרשות הפלסטינית היה בהיקף קטן ומגדלי תפוחי האדמה לא סבלו נזקים משמעותיים בעקבות זאת, הרי שעל פי החוזה הם אינם זכאים לתשלום הפיצוי. טיעון זה ביקשה המדינה לבסס על **פרשנות תכליתית** של החוזה שלפיה תכליתו של התשלום שהמדינה התחייבה לשלם למגדלים הייתה לתת להם פיצוי אך ורק בגין הנזקים שייגרמו להם בפועל.

מנגד, המגדלים טענו, כי לפרשנות זו אין עיגון ולו מינימלי בלשון החוזה. שכן, בלשון זו אי-אפשר היה למצוא ולו ברמז, התנאה של תשלום הפיצוי בקיומו של נזק בפועל. עוד טענו המגדלים כי תכליתו של החוזה לא הייתה לתת להם פיצוי רק עבור נזקים בפועל, אלא לתת להם פיצוי בגין **עצם ביטולן של המכסות**, אשר היוו לטענתם, זכות קניינית או מעין קניינית שלהם, וביטולן הסב להם נזקים. המגדלים לא הסתפקו בטיעון זה, אלא הציגו, כראיה לעמדתם, תצהירים ומכתבים של אישים שונים שהשתתפו במשא ומתן לכריתת החוזה, ובכלל זה אנשים אשר ניהלו את המשא ומתן

¹⁰⁰ מהאוטונומיה בפועל והשאר (עד מלוא גובה המכסות), עם הביטול המוחלט של המכסות". כפי שיפורט להלן, משמעותה של "יתרה" זו עמדה במרכז המחלוקת המשפטית. על פי משמעותו הלשונית הפשוטה של סעיף 5(1) שצוטט לעיל, היתרה היא ההפרש בין שווייה המלא של המכסה (אשר נקבע מראש בחוזה), לבין הסכומים החלקיים שכבר שולמו למגדלים עד לאותו מועד. זו גם הייתה עמדת המגדלים. ואולם טענת המדינה בהליך המשפטי הייתה ש"יתרת הפיצוי" שתשולם בשנת 1998 תחושב באופן זהה לפיצוי ששולם בשנים שקדמו לה, דהיינו פיצוי חלקי בלבד שהיקפו ייגזר מהיקף הייבוא של תפוחי אדמה בפועל.

¹⁰¹ הדרך שנקטה הממשלה, כאמור, הייתה ביטול ההסכמה לשלם את הפיצוי. מהתנהגות זו אפשר ללמוד שהממשלה סברה שמוטל עליה חיוב מכוח החוזה, אך היא ביקשה להשתחרר ממנו ולבטלו בהתאם ל"הלכת ההשתחררות" שלפיה רשאית המדינה להשתחרר מחוזה מטעמים של טובת הציבור. אף על פי כן, בבית המשפט הציגה המדינה טיעון פרשני שלפיו כלל לא הייתה מוטלת על המדינה חובה לשלם. יצוין כי בית המשפט המחוזי דחה את הטיעון הפרשני של המדינה אך קיבל את עמדתה בעניין הלכת ההשתחררות הנזכרת. ראו ה"פ" (מחוזי י"ם) 318/98 **ארגון מגדלי הירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל** (2001).

מטעמה של המדינה – שר האוצר, שר החקלאות ומנכ"ל משרד החקלאות. אישים אלה תמכו בעמדת המגדלים והעידו כי מטרת החוזה הייתה לפצות את המגדלים **בגין ביטול משרת המכסות** אשר נהג משך שנים רבות, ולא דווקא בגין נזקים שייגרמו להם בפועל. המדינה מצדה הציגה תצהיר נוגד של פקיד שנטל חלק במשא ומתן.

בפני בית המשפט הועמדה אפוא שאלה של פרשנות חוזה, אשר מערך הכוחות בנוגע אליה היה כדלהלן: **לשונו** של החוזה, אשר קבעה כי למגדלים ישולם פיצוי ללא כל סייג או התנאה, תמכה באופן מובהק בעמדת המגדלים. ואילו באשר **לתכליתו הסובייקטיבית** של החוזה, שני הצדדים הציגו שתי תזות שונות אשר נתמכו בעדויות סותרות על אודות נסיבות כריתתו של החוזה.¹⁰²

במצב דברים זה, על פי הכלל שנוסח בשלב השני של גישת הפרשנות התכליתית, היינו מצפים כי בית המשפט **יתמקד בבחינת התכלית הסובייקטיבית** ויקבע באמצעותה את הפרשנות שיש לתת לחוזה. כן היינו מצפים כי את התכלית הסובייקטיבית של החוזה יחשוף בית המשפט בדרך של הכרעה בין הגרסאות הסותרות של הצדדים בעניין זה, ותוך שהוא מייחס חשיבות ללשונו של החוזה אשר תמכה, כאמור, בעמדתם של המגדלים. ואולם שופטי הרוב בכית המשפט העליון, הן בדיון הראשון והן בדיון הנוסף, פעלו בדרך שונה.

הדיון הראשון הוכרע על ידי השופטים ברק וריבלין נגד דעת המיעוט של השופט מצא. שני שופטי הרוב "דילגו" מעל התכלית הסובייקטיבית של החוזה ואף נמנעו מלייחס חשיבות רבה ללשונו.¹⁰³ הם נימקו עמדה זו בטיעון שיש קושי לאתר את התכלית הסובייקטיבית במקרה זה. השופט ברק אף קבע, עקרונית, שאף על פי שמבחינה תאורטית התכלית הסובייקטיבית עדיפה, היות **שבדרך כלל** התכלית הסובייקטיבית קשה לאיתור, הרי מבחינה מעשית, ידה של התכלית האובייקטיבית על העליונה.¹⁰⁴

במקום בחינה מעמיקה של לשון החוזה ושל התכלית הסובייקטיבית, התמקדו שופטי הרוב בתכלית האובייקטיבית של החוזה, דהיינו בפרשנותו על פי עקרונות של

¹⁰² יש לציין בעניין זה, שהשופטים מצא (שופט המיעוט בדיון הראשון) וחשין (שופט המיעוט בדיון הנוסף), מציינים בפסקי דינם, שבניגוד לעדויות שהציגו המגדלים אשר היו מפורטות וברורות, העדות הנגדית שהציגה המדינה הייתה לאקונית ומעורפלת.

¹⁰³ השופט ריבלין אף הודה, כי "קריאה תמה של החוזה מושכת במידת-מה לכיוון פרשנותם של המערערים". עם זאת, הוא טען שגם את עמדת המדינה אפשר ליישב עם הלשון. ואולם הוא לא הסביר כיצד. לדעתו, קשה מאוד ליישב בין עמדת המדינה לבין לשון החוזה. השופט ריבלין, ככל הנראה, היה מודע לכך ולכן הזכיר, אמנם ברמז, את הכלל שנקבע בפסק דין **אפרופים** בעניין האפשרות ליתן לחוזה פרשנות שאינה עולה בקנה אחד עם לשונו. ראו פרשת **ארגון מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין.

¹⁰⁴ שם, פס' 12–13 לפסק דינו של השופט ברק ופס' 11–14 לפסק דינו של השופט ריבלין. קביעה זו מעוררת קושי בשל ההתעלמות משלל הראיות שהציגו המגדלים להוכחת התכלית הסובייקטיבית, אשר דומה כי הן אפשרו לבית המשפט לאתרה על נקלה (יצוין כי השופט ריבלין תולה את פנייתו לתכלית האובייקטיבית גם בכך שמדובר בחוזה רשות. ואולם נימוק זה נראה משני בחשיבותו).

הגינות, של סבירות ושל תום לב (כפי שאלה נתפסים על ידי השופטים בהקשרו של המקרה הנדון בפניהם), והסבירו כי מעקרונות אלה נובעות הדרישה להקפיד על שימוש נאות בכספי ציבור, וההנחה, כי המדינה אינה אמורה לשלם פיצויים בשל ביצוע מהלך שלטוני כלשהו למי שלא נגרמו לו נזקים של ממש בעקבות מהלך זה. לפיכך קבעו כי תכליתו האובייקטיבית של החוזה הייתה לתת למגדלים פיצוי אך ורק בשל הנזק שצפוי היה להיגרם להם בפועל עקב פתיחת השוק לייבוא חופשי משטחי הרשות הפלסטינית. ממילא, בהיעדר נזק לא קמה למגדלים זכות לקבלת פיצוי על פי החוזה. בעקבות זאת, אימצו שופטי הרוב את עמדת המדינה באשר לפרשנות החוזה ודחו את ערעורם של המגדלים.

במהלך הפרשני שביצעו שופטי הרוב ניתנה אפוא עדיפות מוחלטת לתכלית האובייקטיבית של החוזה, כפי שזו נתפסה בעיניהם, על פני התכלית הסובייקטיבית הקונקרטית של החוזה, כמו גם על פני המשמעות הפשוטה והברורה של לשונו. במילים אחרות, שופטי הרוב **העדיפו לתת לחוזה את המשמעות אשר נראתה בעיניהם ראויה ורצויה** וליצוק לתוך החוזה הסדר אשר בעיניהם נראה נכון והגיוני, תוך דחייה של המשמעות אשר נראית כמשמעות התואמת את הכוונה האקטואלית של הצדדים לחוזה.

הדיון הנוסף בפרשת ארגון מגדלי ירקות הותיר, ברוב דעות, את פסק הדין בדיון הראשון על כנו.¹⁰⁵ ואולם בפעם הזאת השתמש השופט ריבלין – אשר כתב את חוות הדעת המרכזית בדעת הרוב – בהנמקות שונות לחלוטין. את נימוקיו מיקד השופט ריבלין דווקא בטיעון ששני מקורות הפרשנות המקובלים לאיתור כוונת הצדדים, לשון החוזה והתכלית הסובייקטיבית שלו, תומכים בעמדת המדינה ומחייבים את קבלתה. טיעונים אלה, כשלעצמם, נראים מוקשים ואף מאולצים במקצת.¹⁰⁶ ואולם הרושם

¹⁰⁵ הדיון הנוסף נדון על ידי תשעה שופטים והוכרע ברוב של שבעה (השופטים ברק, ביניש, ריבלין, פרוקצ'יה, לוי, גרוניס וג'ובראן), נגד שניים (השופטים חשין ונאור). ואולם, יצוין, כי חלק משופטי הרוב (השופטים ג'ובראן, לוי, פרוקצ'יה), כלל לא אזכרו, בחוות הדעת שכתבו, את המקרה הקונקרטי ואת פרשנות החוזה הנדון.

¹⁰⁶ באשר ללשון, אף שבדיון הראשון אמר השופט ריבלין כי היא תואמת יותר את עמדת המגדלים – ראו פרשת **ארגון מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 3, בפס' 10 לפסק דינו – בדיון הנוסף הוא אמר כי היא "קרובה יותר" לעמדת המדינה. ראו דנ"א **ארגון מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 3, בפס' 6 לפסק דינו. השופטים מצא וחשין, טוענים ואף מראים כי לשון החוזה אינה יכולה לשאת כלל את עמדת המדינה. ראו פרשת **ארגון מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 3, בפס' 3–12 לפסק דינו של השופט מצא; ראו דנ"א **ארגון מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 3, בפס' 37–41 לפסק דינו של השופט חשין. יצוין כי העמדות הקוטביות כל כך של השופטים השונים בעניין לשון החוזה ומתחם אפשרויות הפרשנות הלגיטימית שלה, מלמדות עד כמה הרחיקה לכת **הגישה הליברלית לפרשנות לשון החוזה**. ראו פרק 2. לעיל. באשר לתכלית הסובייקטיבית – ראו דנ"א **ארגון מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 3, בפס' 14–18 לפסק דינו של השופט ריבלין. בנייתו התכלית הסובייקטיבית השופט ריבלין אינו בוחן את כוונתם האקטואלית של הצדדים לחוזה שבפניו ובוחר שלא לייחס כל חשיבות לראיית הרבות שהובאו בעניין זה. במקום זאת, הוא פונה לבחינת התייחסותה של המדינה למסכות גידול שונות בעבר ומבקש ללמוד מכך על המקרה הנדון. דרך פעולה זו של פנייה למעין נוהג כללי, שונות בעבר ומבקש ללמוד מכך על המקרה הנדון. דרך פעולה זו של פנייה למעין נוהג כללי,

המתקבל הוא שהשופט ריבלין עושה מאמץ לרכך ולמתן, לכל הפחות מבחינת הרטוריקה, את דרך הפעולה מרחיקת הלכת שנקטו שופטי הרוב בדיון הראשון.¹⁰⁷ עם זאת, אי-אפשר למצוא בדעת הרוב בדיון הנוסף התייחסות עקרונית לדרך הפעולה שננקטה בדיון הראשון, ובמיוחד לדבריו של השופט ברק על אודות **עדיפותה דה-פקטו של התכלית האובייקטיבית**.¹⁰⁸ השופט ריבלין אינו חוזר בו מאופן הנמקת פסק דינו בדיון הראשון ואינו מבקר את קביעותיו הנזכרות של השופט ברק. שתיקה זו בולטת לאור העובדה ששופטי המיעוט, השופט מצא בדיון הראשון והשופט חשין בדיון הנוסף, ביקרו בחריפות דרך פעולה זו של העדפת התכלית האובייקטיבית על פני התכלית הסובייקטיבית.¹⁰⁹

הדיון הנוסף הותיר אפוא אי-בהירות בכל הנוגע לקליטתו של שלב השלישי של גישת הפרשנות התכליתית. השאלה אם לאמץ את עקרונות השלב שלישי או לדחותם נותרה, במידה רבה, פתוחה לפסיקה עתידית.

3. הביקורת על דעת הרוב בפרשת ארגון מגדלי ירקות

את הביקורת על דעת הרוב בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**¹¹⁰ אני מבקש למקד בשאלה אם נסיבות המקרה הצדיקו את הטכניקה הפרשנית יוצאת הדופן שבה נעשה שימוש, דהיינו את ההעדפה של התכלית האובייקטיבית על הסובייקטיבית; והאם תוצאת יישומה של טכניקה פרשנית זו אכן הובילה לפתרון ראוי יותר של הסכסוך שנדון בפסק הדין. היות שטכניקה פרשנית זו ננקטה באופן ברור ומוצהר בפסק הדין הראשון בפרשה זו, ובדיון הנוסף לא התברר נושא זה כל צורכו, תתמקד הביקורת שלהלן במהלך הפרשני שבוצע בדיון הראשון.

כאמור, שתי תכליות אפשריות שונות של החוזה הועמדו בפני בית המשפט. האחת, בה החזיקו המגדלים, גרסה שתכלית החוזה הייתה לתת למגדלים פיצוי בגין ביטול המכסות שהם היו זכאים להן משך שנים רבות. השנייה, לה טענה המדינה, גרסה שתכלית החוזה הייתה לתת למגדלים פיצוי אך ורק על נזקים שייגרמו להם בפועל

קרובה יותר לתכלית האובייקטיבית מאשר לתכלית הסובייקטיבית.

¹⁰⁷ השופט ריבלין מדגיש, כמה פעמים, את חשיבותה של הלשון ואת הצורך להתאמץ לאתר את התכלית הסובייקטיבית.

¹⁰⁸ השופט ברק עצמו לא כתב חוות דעת מפורטת בדיון הנוסף אלא הסתפק בהסכמה לפסק דינו של השופט ריבלין.

¹⁰⁹ השופטים מצא וחשין ביקרו את דעת הרוב בחריפות, הן בכל הנוגע לדרך הפעולה העקרונית שננקטה על ידם והן בכל הנוגע ליישומה הפרטני במקרה הנדון. שופטי המיעוט טענו, כי הן לשון החוזה, הן התכלית הסובייקטיבית והן התכלית האובייקטיבית תומכים באופן חד-משמעי בעמדת המגדלים.

¹¹⁰ כפי שכבר נאמר לעיל בעניין פסק הדין בפרשת **אפרופים**, את פסק הדין יש לבחון בשני רבדים שונים – ברובד העקרוני של דיני פרשנות חוזים וברובד הפרטני של המקרה הנדון. פרק זה דן ברובד השני. הרובד הראשון, העקרוני, יידון בפרק הבא.

בעקבות הייבוא משטחי הרשות הפלסטינית. דומה כי לכאורה מדובר בשתי אופציות אפשריות וסבירות. אף אחת מהן אינה נראית בלתי סבירה או בלתי הגיונית, ונראה כי אפריורית אי-אפשר לשלול או לפסול מי מהן.

אף על פי כן, העדיפו שופטי הרוב את גרסת המדינה, תוך שימוש בנימוק שהיא תואמת את הפרשנות התכליתית האובייקטיבית של החוזה. וכל כך למה? מסבירים שופטי הרוב, כי אחד מעקרונות היסוד של השיטה המשפטית הוא שיש להקפיד על זהירות בשימוש בכספי ציבור, ואין לאפשר התעשרות של קבוצה מסוימת על חשבון הקופה הציבורית. לפיכך יש להניח כי המדינה אינה מתחייבת לפצות אזרחים בעקבות מהלך שלטוני שלא גרם להם נזק. המסקנה המתבקשת, לדעת הרוב, מתכלית אובייקטיבית זו היא שהפרשנות ההגיונית היחידה של החוזה היא כגרסת המדינה.¹¹¹ ואולם, בדברים אלה, המבוססים על עקרונות כלליים ומופשטים ביותר, מתעלמים שופטי הרוב לחלוטין ממהותה של המחלוקת העובדתית הבסיסית שהייתה נטושה בין הצדדים לחוזה. טענת המגדלים במחלוקת זו הייתה כי המכסות מהוות זכות קניינית או מעין קניינית שלהם, אשר ביטולה על ידי המדינה מחייב פיצוי, וכי החוזה משקף את הסכמת המדינה לשלם פיצוי זה. מנגד, טענה המדינה כי המכסות לא הקנו למגדלים כל זכות, וביטולן היה שינוי לגיטימי במדיניות הכלכלית של המדינה אשר לא חייב, כשלעצמו, מתן פיצוי למגדלים, וכי לפיכך המדינה מעולם לא התחייבה לפצות את המגדלים על עצם ביטול המכסות. מחלוקת זו נוגעת, אמנם, לתכלית הסובייקטיבית של החוזה, אולם היא משפיעה ומשליכה מיד גם על התכלית האובייקטיבית שלו. שהרי אם תתקבל גרסתם העובדתית של המגדלים שלפיה בבסיס החוזה עמדה הנחה שיש לפצותם בגין אבדן הזכות שהייתה להם בנוגע למכסות, ברור כי לנימוקם של שופטי הרוב אין כל בסיס. שכן אין מדובר בשימוש בלתי נאות בכספי ציבור ובהתעשרות על חשבון הקופה הציבורית, אלא בפיצוי על אבדן נכס בעל ערך.¹¹² ממילא גם אי-אפשר יהיה לומר כי התכלית האובייקטיבית של החוזה מחייבת את קבלת עמדת המדינה.

אנו רואים אפוא כי דרך הפעולה שנקטו שופטי הרוב, של עקיפת התכלית הסובייקטיבית ושל פירוש החוזה על פי התכלית האובייקטיבית בלבד, כפי שהיא נתפסה בעיניהם ותוך הפעלת שיקול דעת רחב ביותר שלא היה מעוגן כראוי בבסיס העובדתי הרלוונטי, הביאה לתוצאה שנראית לכאורה תמוהה ובלתי מבוססת, וייתכן שגם בלתי הוגנת.

יותר מכך. הפעלת מקורות וטכניקות הפרשנות הקלאסיות על מקרה זה, הייתה מביאה, ככל הנראה, לתוצאה שיש להעדיף את עמדת המגדלים על עמדת המדינה.

¹¹¹ ראו פרשת ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 3, בפס' 14 לפסק דינו של השופט ריבלין ופס' 16 לפסק דינו של השופט ברק.

¹¹² ראו דנ"א ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 3, בפס' 49 לפסק דינו של השופט ששין; פרשת ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 3, בפס' 35–43 לפסק דינו של השופט מצא. שניהם עומדים על כך שבמקרה זה התכלית האובייקטיבית זהה לתכלית הסובייקטיבית.

לעמדת המגדלים היו תימוכין חזקים בלשון החוזה, בתוכנו ובמבנהו,¹¹³ כמו גם בנסיבות כריתתו.¹¹⁴ בדומה לכך נראה כי גם בחינה של התכלית הסובייקטיבית של החוזה תוך הכרעה במחלוקת שהתגלעה בעניין זה בין הצדדים, הייתה מביאה להעדפת עמדת המגדלים.¹¹⁵ במצב דברים זה היינו מצפים כי החלטה כה רדיקלית של בית המשפט, לזנוח את כלי הפרשנות הקלאסיים כמו גם את העקרונות שנקבעו בשלב השני של גישת הפרשנות התכליתית, ולהעדיף על פניהם טכניקה פרשנית מרחיקת לכת של פנייה ישירה לתכלית האובייקטיבית, תיעשה **בנסיבות מיוחדות, בשל צורך מיוחד, ותוך הנמקה מתאימה**. ואולם עמדת הרוב, הן בדיון הראשון והן בדיון הנוסף, אינה מספקת הסבר נאות למהלך הפרשני מרחיק הלכת ואף מותירה את הרושם כי תוצאת פסקי הדין אינה נכונה ואינה הוגנת, הן מנקודת המבט הסובייקטיבית של ההסדר שהצדדים רצו ליצור בחוזה בפועל והן מנקודת המבט האובייקטיבית של ההסדר הראוי בנסיבות העניין.

לסיכום דבריי בעניין זה אפשר לומר, כי הרושם שמתקבל מן הניתוח שלעיל הוא, שבשלב השלישי של גישת הפרשנות התכליתית בית המשפט רואה עצמו מחויב באופן רופף בלבד לטקסט החוזי ולרצון ולכוונה האקטואליים של הצדדים. מחויבותו העיקרית של בית המשפט היא לקביעת הסדר שייראה בעיניו ראוי, סביר והגון, גם אם הדבר כרוך במחיר של התערבות בתוכן החוזה שקבעו הצדדים ושינויו. האם גישה זו ראויה? בכך אעסוק בפרק הבא.

ו. גישת הפרשנות התכליתית – הערכה וביקורת

בחינה והערכה של גישת הפרשנות התכליתית, מחייבות, לדעתי, לערוך הבחנה בין השלבים השונים שלה. בכל הנוגע לשלב הראשון, דומה כי שלב זה תרם רבות לפיתוחם של דיני פרשנות חוזים. בשלב זה, כזכור, פותח מושג הפרשנות התכליתית

¹¹³ הלשון קבעה באופן חד-משמעי את הזכות לקבלת מלוא הפיצוי בשנת 1998, ללא כל התניה. יצוין כי היות והמחלוקת הייתה בנושא שעמד במרכזו של החוזה, יש להניח כי אילו הצדדים היו הפצים להתנות אותו בתנאי כלשהו, הם היו דואגים לעשות זאת באופן ברור ומפורש בלשונו של החוזה. היעדר כל התניה כאמור, מחזק מאוד את עמדת המגדלים. באשר למבנה החוזה, מתבקשת הקבלה בין מגדלי תפוחי אדמה למגדלי גזר ובצל. בנוגע לאחרונים לא הייתה מחלוקת, כי הם זכאים למלוא הפיצוי ללא כל התניה וללא כל קשר לקיומו של נזק בפועל. המדינה לא הציגה כל טעם או נימוק להבחנה בין המגדלים השונים. עמדת המדינה יצרה חוסר שוויון בלתי מוסבר ובלתי סביר בין המגדלים.

¹¹⁴ ובכלל זה, העדויות הרבות והחד-משמעיות שהובאו לתמיכה בעמדת המגדלים וכן העובדה שהחלטת הממשלה הייתה להשתחרר מן החוזה. כאמור, אם המדינה עצמה הייתה סבורה באמת שפרשנותו הנכונה של ההסכם יוצרת זיקה והתניה בין קיומם של נזקים בפועל לבין זכאות המגדלים לפיצוי, לא היה צורך בקבלת החלטת ממשלה לבטל את תשלום הפיצוי.

¹¹⁵ כאמור, נראה כי המגדלים הציגו ראיות רבות וטובות יותר לתמיכה בעמדתם. ראו ניתוח מפורט בעמדות המיעוט של השופט מצא (בדיון הראשון), והשופט חשין (בדיון הנוסף). ראו גם מאוטרנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 53, ה"ש 77.

והוצב כציר המרכזי של מקורות הפרשנות. בכלי זה, אשר השימוש בו גם הוגבל בסייגים ברורים, יש כדי לסייע רבות למיקוד השופט העוסק בפרשנות החוזה במאמץ להבין למה באמת כיוונו הצדדים לחוזה ומה הם חפצו להשיג באמצעותו. שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לשלבים השני והשלישי. כפי שכבר נאמר, התפתחויות אלה עוררו בשנים האחרונות ביקורת רבה.¹¹⁶ בנושא זה אדון בשורות הבאות.

את הביקורת על השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית אחלק לשני פרקים. תחילה אציג את הטענה – שהנה פועל יוצא של הניתוח שנעשה עד כה – כי שלבים אלה כשלו ב"מבחן התוצאה". לאחר מכן אציג בקצרה שורה של נימוקים ושיקולים עקרוניים ונורמטיביים המלמדים על הבעייתיות, החולשות והחסרונות של שלבים אלה.

1. כישלונם של השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית ב"מבחן התוצאה"

בפרק זה אני מבקש לחדד היבט אחד של ביקורת על השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית,¹¹⁷ אשר נובע ומשתקף מן הניתוח ומן הביקורת על פסקי הדין בפרשת אפרופים ובפרשת ארגון מגדלי ירקות אשר הוצגו בפרקים הקודמים. טענתי היא, כי בחינת יישומם בפועל של השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית, מלמדת על כישלונם של אלה ב"מבחן התוצאה", ועל כך שהצידוק העיקרי אשר ניתן לשימוש בעקרונות שגובשו בהם אינו מתקיים בפועל. עקב כישלון זה ובהיעדר הצידוק האמור, מאבדת גישת הפרשנות התכליתית את יתרונה, דבר המחייב, ממילא, בחינה מחודשת של יישום השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית.

הצידוק העיקרי לקבלת העקרונות של השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית הוא הטיעון שלפיו יישומם והשימוש בהם מגשימים באופן הטוב ביותר את יעדי של החוזה ומאפשרים לתת לו את הפרשנות הראויה והטובה ביותר.¹¹⁸ ההנחה

¹¹⁶ ראו לעיל ה"ש 1 ו-75. ביקורת קודמות כלפי גישת הפרשנות התכליתית נוגעות אף הן, בעיקרן, למאפייניה ולעקרונותיה של הגישה כפי שהותוו בשלבי ההתפתחות המתקדמים שלה, אף כי המבקרים לא עשו הבחנה מפורשת בין שלבי ההתפתחות השונים.

¹¹⁷ בפרק זה יכונו שני השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית בשם "השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית".

¹¹⁸ ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 296–304, 659–660; ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 273–276. כן ראו זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 79–129. פרופ' זמיר מציג שורה של טיעונים נורמטיביים להצדקת מה שמכונה על ידו "הפיכת פירמידת הפרשנות המקובלת", ראו לעיל הטקסט בה"ש 32. בבסיס כל הטיעונים המוצגים על ידו מונחת ההנחה שהפיכת פירמידת הפרשנות המקובלת תניב תוצאות הגונות, סבירות וראויות יותר. יצוין, כי הפירמידה ההפוכה שמתאר פרופ' זמיר, ובה הוא תומך, שונה מן השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית המתוארים במאמר זה. גישת הפירמידה ההפוכה תומכת במתן עדיפות לנוהג הכללי ולכללים ולעקרונות הקבועים בדין הדיספוזיטיבי, על פני לשון החוזה (ראו, למשל, שם, בעמ' 58–59). לעומת זאת, השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית מקדמים,

המקופלת בבסיס טיעון זה, כך נראה, היא שככל שלשופט המפרש את החוזה תוענק האפשרות להפעיל שיקול הדעת רחב בנוגע לחוזה; יינתנו לו הכלים לבחון את החוזה מזוויות שונות ורחבות; ותוענק לו האפשרות לתת לחוזה מובן התואם את שיקול דעתו (אף אם זה אינו עולה בקנה אחד עם הטקסט החוזי ועם הכוונה האקטואלית של הצדדים לחוזה), אזי השופט המפרש את החוזה יגיע לתוצאה ראויה יותר, המגשימה בצורה טובה יותר את יעדי החוזה שבפניו.¹¹⁹

ואולם הניתוח שנעשה בפרקים הקודמים בעניין פסקי הדין בפרשת **אפרופים** ובפרשת **ארגון מגדלי ירקות**, מפרך הנחה זו. ניתוח זה מראה, כזכור, כי אף שבמקרים אלה השתמש בית המשפט בשיקול דעת רחב ביותר תוך שהוא משיל מעליו את המגבלות והגורמים המרסנים שהיו מקובלים בעבר, התוצאות שאליהן הגיע נראות בעייתיות ואף מוקשות. הפעלת שיקול הדעת הרחב במקרים אלה הניבה, כזכור, התערבות מרחיקת לכת בתוכן החוזה באמצעות שימוש בטכניקות חריגות ויוצאות דופן. ואולם, כפי שתואר לעיל בהרחבה, עיון בפסקי הדין הללו אינו מצליח לשכנע כי הייתה הצדקה לשימוש בטכניקות חריגות אלה ולהתערבות בתוכן החוזה; ועוד יותר מכך, הוא אינו משכנע כי התערבות זו של בית המשפט הובילה להגשמת יעדי החוזים והניבה תוצאות ראויות. ההפך הוא הנכון. קיימים טעמים כבדי משקל לסברה שהפרשנויות שניתנו במקרים אלו לחוזים שנדונו בהם היו מוטעות או בלתי ראויות, ושהתוצאות שהן הניבו היו בלתי הוגנות.

נגד טיעון זה אפשר לטעון, שמדובר במקרים פרטיים שאי-אפשר ללמוד מהם על הכלל, ושמהביקורת הפרטנית על פסקי הדין הנזכרים אין להסיק דבר על אודות העקרונות הכלליים שבבסיס גישת הפרשנות התכליתית.¹²⁰ ואולם, לדעתי, אין לקבל טיעון זה. הביקורת על פסקי הדין הללו אינה מתמצית אך בהיבטים הפרטניים של המקרים שנדונו בהם ואינה מסתכמת אך ורק בכשלים נקודתיים בשיקולי הדעת שהופעלו במקרים פרטיים אלה. ביקורת זו חושפת ומשקפת את הבעייתיות ואת החולשה המהותית הקיימות בשלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית. זאת,

כאמור, תפיסה שלפיה יש להעניק לבית המשפט שיקול דעת רחב לבחון, לבקר ולשנות הסדרים חוזיים שקבעו הצדדים, ללא כל קשר לנוהג הכללי ולדין הדיספוזיטיבי.

¹¹⁹ המונח "יעדי החוזה" הוא מונח אשר בעצמו טעון ליבון ודין, שכן אפשר להגדירו באופן מצומצם כיעדים אשר הצדדים לחוזה ביקשו להגשים, ואפשר להגדירו באופן רחב כמונח הכולל בתוכו גם יעדים חיצוניים לצדדים לחוזה, כגון גיבוש חוזה הגון וסביר בנסיבות העניין. הגדרה זו של "יעדי החוזה" תהיה, מן הסתם, שנויה במחלוקת בין המצדדים בשלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית לבין המתנגדים להם, כמו גם בין גישות שונות בתאוריה של דיני החוזים (ראו להלן, ה"ש 130). ואולם בטיעון המוצג כאן העוסק ב"מבחן התוצאה" של יישום השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית, אני מתעלם מוויכוח זה ומניח, לצורך העניין, כי ההגדרה המרחיבה של יעדי החוזה הנה לגיטימית.

¹²⁰ טיעון ברוח זאת עולה מדברי כמה שופטים בפסק הדין בדיון הנוסף בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**. ראו דנ"א **ארגון מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 3, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, ופסק דינו של השופט גרוניס.

כיוון שהיא מראה עד להיכן עלולה להוביל תפיסה פרשנית אשר אינה מגבילה את הפרשן, אינה תוחמת את פעולת הפרשנות לתוך כללים ברורים וידועים מראש ואף מעודדת את השופט-הפרשן להפעיל שיקול דעת עצמאי וחיצוני לחוזה ולנקוט עמדה ערכית ואקטיביסטית כלפיו. לפיכך ביקורת זו יכולה לשמש אמת מידה להערכת השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית.

שאלה מעניינת היא, מדוע נכשלו השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית ב"מבחן התוצאה"? על שאלה זו אנסה להשיב במסגרת הדיון בפרק הבא. עם זאת, נראה כי עצם קיומו של הכישלון מחייב בחינה מחודשת של יישומם של שלבים אלה והשימוש בהם.

2. חולשותיהם העקרוניות והנורמטיביות של השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית

בצד הכישלון ב"מבחן התוצאה", בחינה של השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית מעוררת וחושפת בעייתיות, חולשות וחסרונות עקרוניים ונורמטיביים, שאפשר למקד, בקצרה, בטיעונים הבאים.

א. הבעייתיות בשימוש במושג "התכלית האובייקטיבית" והתוצאות הבלתי משכנעות של השימוש בו – הפעלת שיקול הדעת השיפוטי באמצעות שימוש ברעיון התכלית האובייקטיבית, תוך עקיפת הטקסט החוזי וכוונת הצדדים לו, נועדה להביא לתוצאה ראויה, הגיונית וסבירה יותר בפירוש החוזה. ואולם בפועל אין זה כך. כאמור, בחינת אופן הפעלת שיקול הדעת ותוצאותיו מלמדת, כי ההסדרים החוזיים שקבע בית המשפט תוך שהוא מתבסס על "התכלית האובייקטיבית" של החוזה שבפניו, לא היו ראויים, לא היו הגיוניים ולא היו סבירים יותר מן ההסדרים החוזיים שקבעו הצדדים. ודאי לא באופן מובהק שיש בו כדי להצדיק את העדפתם על פני ההסדרים האקטואליים שנקבעו על ידי הצדדים בחוזים הללו. בכך נחשפת הבעייתיות הטבעית במושג התכלית האובייקטיבית.

כפי שכבר נאמר לעיל, לחוזים רבים אפשר, באופן אפריורי ותאורטי, להציע תכליות שונות, לעתים מנוגדות וסותרות זו לזו,¹²¹ אשר כל אחת מהן הגיונית וסבירה כשלעצמה. כך, למשל, ברור כי בחינה של התקשרות חוזית כלשהי מנקודות המבט השונות של צדדים שונים לחוזה, אשר פעמים רבות האינטרסים שלהם עומדים אלה מול אלה (כגון קונה-מוכר, יצרן-מפיץ וכדומה), עשויה להניב השקפות שונות באשר

¹²¹ כפי שהראיתי לעיל, לעתים די בשינוי קטן בהבנת תכלית החוזה כדי לגרום להסקת מסקנות שונות ואף מנוגדות באשר לפרשנותו. זאת, כאשר כל אחת מן התכליות והפרשנויות הנגזרות מהן סבירה ולגיטימית כשלעצמה. כך, למשל, בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**, הבחירה בין הבנה של התכלית כ"מתן פיצוי בגין נזקים בפועל" לבין הבנת התכלית כ"מתן פיצוי עבור ביטול הזכות למכסות" (שתי אפשרויות אשר, באופן תאורטי, הן סבירות ולגיטימיות כשלעצמן). הנה בחירה בין שתי תוצאות שונות ומנוגדות של פרשנות החוזה. השוו פרשת **שלו**, לעיל ה"ש 36.

לתכלית הראויה והסבירה של החוזה. בדומה לכך, פעמים רבות תהיה תכלית החוזה תלויה בתכונות האופי של המתקשר בחוזה (לדוגמה, שונא סיכון או אוהב סיכון וכדומה).

ואולם לצורך ביצוע פעולת הפרשנות באמצעות רעיון התכלית האובייקטיבית נדרש השופט-הפרשן לבחור עבור החוזה שבפניו תכלית אחת בלבד אשר בעיניו היא ההגיונית והסבירה ביותר, ולפרש את החוזה על פיה. אך ברור הוא, כי פעמים רבות משימה זו הנה משימה בלתי אפשרית. מכיוון שכפי שנאמר, מתוך מגוון התכליות המציעות את עצמן, אי-אפשר להצביע על תכלית אחת שהנה, כשלעצמה באופן אובייקטיבי, סבירה, הגיונית וראויה יותר מן האחרות. גם אי-אפשר ליצור קריטריונים ומבחנים ישימים לאיתור אותה תכלית אובייקטיבית. שכן תכליתו של החוזה תלויה, פעמים רבות, בנקודות האיזון בין האינטרסים המנוגדים של הצדדים לחוזה. נקודות איזון אלה נקבעות בתהליך המשא ומתן בין הצדדים ואינן יכולות להיקבע מתוך השקפה תאורטית של גורם חיצוני לחוזה על אודות התכלית האובייקטיבית הראויה שלו. בחירתו של השופט-הפרשן באחת מן התכליות האובייקטיביות האפשריות כ"תכלית הנכונה" של החוזה מלמדת אפוא יותר על העדפותיו האישיות של השופט-הפרשן ועל עולם הערכים שלו מאשר על החוזה עצמו.¹²²

בנוסף לכך, גם אם היה מקום – במישור העקרוני – לקבל את רעיון התכלית האובייקטיבית, הרי יש סיכוי בלתי מבוטל שבבחירת התכלית האובייקטיבית לא יגיע השופט-הפרשן לתוצאה ראויה.¹²³ פעמים רבות בית המשפט שבפניו מובא הסכסוך איננו מומחה בעריכת חוזים מן הסוג הרלוונטי ואיננו בעל ידע מספיק על אודות המקובל, הראוי וההגון בחוזים מסוג זה.¹²⁴ בדרך כלל בידי בית המשפט לא מצוי די ידע על אודות הצדדים, על מערכת היחסים ביניהם ועל השיקולים והאינטרסים השונים שלהם שהובילו לכריתת החוזה ולקביעת תוכנו.¹²⁵ כמו כן, לעתים קרובות לבית המשפט גם אין הזמן הדרוש להתעמק כראוי בפרטי העסקה שנערכה בין הצדדים על

¹²² השוו ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 400–401. השופט ברק מודע לשיקול הדעת המסור לשופט בקביעת תכלית החוזה, אך טוען כי שיקול דעת זה מצומצם ומוגבל על ידי העובדות והנסיונות הרלוונטיים, לרבות כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה. ואולם פסקי הדין בפרשת אפרופים ובפרשת ארגון מגדלי ירקות מצביעים, כאמור, על שיקול דעת רחב הרבה יותר. כן ראו שם, בעמ' 655–679. דוגמה נוספת לכך אפשר לראות בניתוחים השונים של תכלית החוזה ובתוצאות השונות שביט המשפט העליון הגיע אליהן ברע"א 6072/98 שדמון נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 519 (2000). וכן בדיון הנוסף באותה פרשה, דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמון, פ"ד נו(5) 643 (2002).

¹²³ על הבעייתיות במתן שיקול דעת רחב לבית המשפט תוך ויתור על עמידה בכללים פורמליים, מגבילים ומרסנים, ראו פרידמן, לעיל ה"ש 1.

¹²⁴ הבעיה מחריפה, כמובן, ככל שמדובר בחוזים הנערכים בעסקאות מסחריות מורכבות.

¹²⁵ טיעון זה דומה לטיעון המוצג על ידי פרופ' מנחם מאוטנר כטיעונם של אנשי הזרם המוסדי בדני חוזים, שלפיו שופטים אינם מצוידים בכישורים ובידע הנדרשים כדי להבין כהלכה את הצרכים של הצדדים המתקשרים בחוזים וכדי להתערב בחוזים ולקבוע את תוכנם. ראו מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 67–69, 72–73.

מנת להגיע למסקנה נכונה על אודות התכלית האובייקטיבית, היינו ההסדר ההגון והראוי שצריך לחול בין הצדדים בנסיבות המקרה שבפניו.

מטעמים אלו נראה כי מושג התכלית האובייקטיבית, אשר ייתכן כי הוא מתאים לשימוש בפרשנות של דברי חקיקה בשל תפקידו של בית המשפט בפרשנות דברי חקיקה ובעיצובם,¹²⁶ איננו מתאים לשימוש בפרשנות חוזים. ייתכן שזו גם הסיבה לכישלון שנחלו השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית ב"מבחן התוצאה".

ב. השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית מנוגדים לעקרונות היסוד של דיני החוזים – כפי שתואר לעיל, השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית מחלישים מאוד את מעמד הצדדים לחוזה בכל הנוגע לקביעת תוכנו. תוצאה זו היא פועל יוצא של צירופם של שני גורמים. **הגורם הראשון** הוא התפיסה העקרונית-נורמטיבית של גישה זו. תפיסה זו כוללת, כזכור, מתן אפשרות לשימוש במושג "התכלית האובייקטיבית" בפרשנות חוזים; הרחבת השימוש בו וקביעת כלל המאפשר העדפה של התכלית האובייקטיבית על פני התכלית הסובייקטיבית; ובנוסף לכך מתן לגיטימציה לסטייה מלשון החוזה. האפשרות לתת לחוזה פרשנות שאינה מתיישבת עמו בצמוד לפיתוח מושג התכלית האובייקטיבית, הפכו את הפרשנות התכליתית מגישה החותרת להבין את כוונת הצדדים ורצונם לגישה ששמה במרכז את שיקול דעתו של בית המשפט על אודות התכלית הראויה והרצויה, בעיניו, של החוזה. על פי גישה זו, השופט-הפרשן שוב אינו מוגבל ואינו תחום לגבולות שקבעו הצדדים – לא לגבולות הלשוניים ואף לא לגבולות המחשבתיים. מכאן ואילך הופך השופט-הפרשן להיות חופשי הן בקביעת תכלית החוזה והן במתן משמעות התואמת תכלית זו ללשון החוזה.

הגורם השני הוא אימוץ גישה אקטיביסטית המעודדת (ואולי אף מחייבת), הפעלת שיקול דעת רחב על ידי השופט-הפרשן ושימוש בכלים המגוונים שמעמידה לרשותו גישת הפרשנות התכליתית.

¹²⁶ דיון בדרך פרשנותם של דברי חקיקה חורג מגבולותיו של מאמר זה. אציין רק בקצרה, שגם מי שמתנגד לשימוש ברעיון התכלית האובייקטיבית בפרשנות חוזים עשוי לקבל אותו בכל הנוגע לפרשנות של חוקים. שכן אפשר לסבור כי תפקידו של בית המשפט בפרשנות חוקים שונה באופן מהותי מתפקידו בפרשנותם של חוזים. בכל הנוגע לפרשנותם של חוקים, בית המשפט איננו פועל אך ורק להבהרת דברי המחוקק ולחשיפת כוונתו, אלא הוא ממלא תפקיד משמעותי בעיצוב וביצירת החוק. ראו דנ"א **ארגון מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 3, בפס' 33–36 לפסק דינו של השופט חשין; ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 397–434. רעיון הסטנדרטיזציה שהנהיג השופט ברק בדיני הפרשנות של כל הטקסטים המשפטיים (ראו לעיל ה"ש 47), אפשר שהקל על קליטת רעיון התכלית האובייקטיבית גם לפרשנותם של חוזים. אני סבור, כאמור, כי קליטת רעיון זה הנה בעייתית ביותר. יצוין כי יישום גישת הפרשנות התכליתית בפרשנות חקיקה עוררה גם היא ביקורת. ראו קידר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 744–745. לדיון עקרוני בלגיטימיות של שימוש בשיקולים חיצוניים לטקסט ולכוונת המחוקק בפעולת הפרשנות, ראו משה הלברטל **המפכות פרשניות בהתוותן 181–197** (התשנ"ט).

צירופם של שני גורמים אלה מביא לדחיקת הצדדים לחוזה לשוליים, ומעניק את המקום המרכזי, בכל הנוגע לקביעת תוכן החוזה, לבית המשפט ולתפיסתו את ההסדר החוזי הראוי. על אף האמירות הרבות על החשיבות הרבה של כוונת הצדדים ורצונם,¹²⁷ בפועל, רצונם האקטואלי של הצדדים לחוזה נדחק והופך לבעל חשיבות משנית בלבד.¹²⁸ השופט המפרש את החוזה הופך לגורם הדומיננטי בקביעת תוכנו. במהלך תהליך הפרשנות הופך החוזה מיציר כפיהם של הצדדים, למסמך המשקף את עולם הערכים ותפיסות העולם של השופט, כמו גם את סביבתו התרבותית, ניסיון החיים והשכל הישר שלו.

מצב דברים זה מנוגד לעקרונות היסוד של דיני החוזים. על פי התאוריה המקובלת שבבסיס דיני החוזים, חוזה נועד להגשים את רצונם של הצדדים, והוא מבוסס על האוטונומיה של רצון הצדדים לו. מכך נובע, כמובן, שיש לייחס משקל מכריע לכוונה ולרצון האקטואליים של הצדדים לחוזה ולהעמיד אותם, ולא את השופט, במרכז של תהליך הפרשנות.¹²⁹ מן הראוי לציין, שכידוע, עקרון חופש החוזים ששלט במאה ה-19 נחלש מאוד במאה ה-20. עם זאת, התפיסה המקובלת בנוגע לקביעת תוכן החוזה היא שבמגבלות הוראות הדין הקוגנטי, הוא צריך להיקבע על ידי הצדדים לו.¹³⁰

העקרונות שנקבעו בשלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית משקפים אפוא שינוי עמוק במהותו של החוזה והפיכתו מ"חקיקה פרטית" של הצדדים אשר נעשית ונשלטת על ידם, למוסד משפטי עצמאי אשר אמנם נוצר במקור על ידי הצדדים, אך לאחר יצירתו הוא עומד ברשות עצמו ותכניו נקבעים ומעוצבים על ידי בית המשפט הרשאי להפעיל לשם כך שיקול דעת רחב ביותר.¹³¹ ייתכן שהמצדדים בשלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית אכן חפצים בשינוי שכזה. ואולם אני סבור כי שינוי מרחיק לכת כל כך בתפיסת מהותו של החוזה, ראוי שייעשה בצורה ישירה וגלויה תוך חשיפתו והצגתו המלאה לדיון ולוויכוח ציבורי, ולא בדרכים עקיפות באמצעות דיני פרשנות חוזים.

ג. יישומם של השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית יוצר חוסר ודאות וחוסר ביטחון ואף פוגע בעקרון ההסתמכות. צירופם של שני הגורמים הנזכרים – התפיסה העקרונית והנורמטיבית של השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית והגישה האקטיביסטית – מביא גם להתערבות בית המשפט בתוכנם של

¹²⁷ ראו למשל דנ"א ארגון מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 3, בפס' 6 לפסק דינו של השופט ריבלין; ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 375.

¹²⁸ בין בדרך של התעלמות מן הטקסט החוזי שכתבו הצדדים ושינויו כפי שנעשה בפסק הדין בפרשת **אפרופים**, לעיל ה"ש 2, ובין בדרך של התעלמות מכוונתם של הצדדים ומן התכלית הסובייקטיבית שביקשו לתת לחוזה, כפי שנעשה בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 3.

¹²⁹ ראו שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 406–407; פרידמן "פרשנות חוזה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 235–238.

¹³⁰ ראו מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 67–69. לתפיסות אחרות של עקרונות דיני החוזים, ראו זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 87–113.

¹³¹ השוו מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 29–48, המשווה את החוזה לארגון.

חוזים גם במקומות שבהם הצורך בכך והצידוק לכך, מוטלים בספק. התוצאה הבלתי נמנעת של מצב זה היא פגיעה בביטחון החוזי, בוודאות המשפטית ובעקרון ההסתמכות.

כידוע, החוזה הנו כלי לתכנון ולהקצאת סיכונים בידי הצדדים לו, אשר גם מסתמכים עליו באופן התנהגותם ובדרך שבה הם מכלכלים את צעדיהם. לפיכך הביטחון החוזי והוודאות המשפטית¹³² בכל הנוגע לתוכנם של חוזים ולאפשרות מימוש התכניות והציפיות האקטואליות של הצדדים באמצעותם, הנם ערכים בעלי חשיבות מרכזית בדיני חוזים. פגיעה בערכים אלה הנה בעייתית ביותר, והיא אף עלולה להביא לחוסר אמון בפתרון סכסוכים בתחום החוזים, על ידי בית המשפט.¹³³

ד. יישומם של השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית עלול לפגוע באמינות בתי המשפט. כפי שתואר לעיל,¹³⁴ פעמים רבות נמנע בית המשפט מהצגה גלויה וברורה של טיבה האמיתי של הפעולה הפרשנית שהוא נוקט הלכה למעשה, ואינו מבהיר כי למעשה הוא אינו מתעניין באמת בכוונת הצדדים לחוזה, אלא מתערב בתוכן החוזה תוך הפעלת שיקול דעת רחב. במקום זאת, מנסה בית המשפט להסוות את האופן שבו הוא פועל באמצעות רטוריקה ונימוקים שונים, כגון קביעה כי אי-אפשר להתחקות אחר התכלית הסובייקטיבית של הצדדים או כי לשון החוזה ניתנת לפרשנות באופנים שונים ומגוונים, וכדומה. דוגמאות בולטות לכך ראינו בפסק הדין בפרשת **אפרופים** ובפסקי הדין בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**.¹³⁵ דרך פעולה זו עלולה להיתפס כמאולצת, מלאכותית ובלתי אמינה, ובכך לפגוע באמינותו של בית המשפט בעיני המתדיינים בפניו כמו גם בעיני הציבור הרחב.¹³⁶

¹³² על חוסר הוודאות הטבוע בהליך המשפטי והצורך לצמצמו, ראו מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" **משפט וממשל** ט 223 (2005). כן ראו בעניין זה אורי וייס "האפקט הרגרסיבי של אי וודאות משפטית" (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2005). וייס טוען ומראה באמצעות ניתוח כלכלי, כי לאי-וודאות משפטית יש השלכה רגרסיבית על העברת העושר בחברה. כלומר היא גורמת להעברת עושר משונאי סיכון לאדישים לסיכון, מעשירים לעניים, מגברים לנשים ומתובעים לנתבעים. זאת, מן הטעם שאי-הוודאות גורמת לכך שבמסגרת פשרה תוזז נקודת שיווי המשקל בין הצדדים לכיוונו של הצד האדיש לסיכון.

¹³³ ראו פרידמן "הערות לפסק דין אפרופים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 487–488; ראו פרידמן, לעיל ה"ש 1. פרופ' פרידמן מוסיף וטוען, כי הגישה האקטיביסטית של בית המשפט מצמצמת את יכולתם של הצדדים המנסחים חוזה לקבוע את תוכנו וכן מקשה עליהם לדעת כיצד לנהוג במהלך תקופת קיומו של החוזה. עוד הוא טוען, כי גישה זו מביאה לערעור המכנה המשותף החיוני בין הקהילה המשפטית לבין בתי המשפט. כן ראו שלו, לעיל ה"ש 6, בעמ' 406; דויטש, לעיל ה"ש 6. פרק ה.1 לעיל.

¹³⁴ ראו פרקים 2. ד ו-3. בעניין פסק דינו של השופט ברק בפרשת **אפרופים**; ולעיל ה"ש 106 והטקסט שם, בעניין חוות דעתו של השופט ריבלין בדיון הנוסף בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**.

¹³⁵ נראה כי אם תשונה מדיניות זו ובית המשפט אשר יישם את השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית יבהיר היטב את טיבה של דרך הפעולה הננקטת על ידו, אזי עלול בית המשפט לעמוד בפני בעיה אחרת אך דומה – השימוש במונח "פרשנות" לתיאור פעולות של

ה. תוצאות שליליות נוספות של חוסר הוודאות בנוגע לאופן שבו יכריע בית המשפט בסכסוכים חוזיים. חוסר הוודאות ואי-הבהירות באשר לאופן שבו יפעיל בית המשפט את שיקול הדעת הרחב המסור לו בפרשנות חוזים, על פי השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית, עלולים לגרום לתוצאות שליליות נוספות: 1. **התחמקות מקיום חיובים חוזיים** – השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית וחוסר הוודאות הנובע מהם עלולים להוות **תמריץ להפרת חוזים**. כך, בנסיבות שבהן צד לחוזה אינו רוצה לקיים את חיוביו החוזיים או שהוא חפץ לשנות את מערך החיובים שנקבע בחוזה, הוא עלול לבחור בדרך טקטית של הפרת חיוביו החוזיים, או איום בהפרתם, תוך הצגת טיעון "פרשני" להצדקת עמדתו. טקטיקה פסולה זו עשויה להצליח באחד משני מובנים: א. בשל אי-הוודאות ואי-הבהירות של תוצאת ההליך המשפטי עלול הצד השני לחוזה להתקפל תחת האיום ולהיכנע לתכתיבו של הצד המפר; ב. אם העניין יגיע לעימות משפטי, הטיעון הפרשני של הצד המפר עלול להתקבל על דעת בית המשפט המפעיל "שיקול דעת רחב". 2. **ריבוי התדייניות** – בהמשך לטיעון הקודם, אי-הבהירות וחוסר הוודאות בכל הנוגע לדרך שבה יראה השופט-הפרשן את ההתקשרות החוזית בין הצדדים, עלולים גם להביא לריבוי התדייניות משפטיות. זאת מן הטעם, שצד לחוזה אשר, בשלב מסוים, תנאי החוזה אינם מוצאים חן בעיניו, עלול לנסות לפתוח בהתדיינות משפטית מתוך מטרה לנסות לשכנע את בית המשפט להביא לשינוי תנאי החוזה בדרך של "פרשנות תכליתית".

ז. סיכום – גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים

במאמר זה סקרתי את תהליך התפתחותה של גישת הפרשנות התכליתית. ביקשתי להראות כי אפשר להבחין בשלושה שלבים שונים בהתפתחות זו, אשר האחרון שבהם מצוי כיום בשלבי התהוות. טענתי כי בתהליך התפתחות זה אפשר להבחין במגמה ברורה של מעבר מתפיסה שלפיה הצדדים לחוזה, רצונם וכוונותיהם, הם אלו המוצבים במרכז של תהליך הפרשנות, לתפיסה שלפיה במרכז תהליך הפרשנות מוצב שיקול דעתו הרחב של השופט-הפרשן על אודות תוכן ההסדר שראוי להיות בחוזה מן הסוג שנדון בפניו. לשם כך בשלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית נוצרו כלים המאפשרים לבית המשפט לפרש את החוזה בדרך שלמעשה מהווה התערבות משמעותית בתוכנו ועיצובו מחדש. כך הוא מושג התכלית האובייקטיבית; הכלל כי אפשר לסטות מלשון החוזה ולהעניק לה מובן שהיא אינה יכולה לשאת; וכן מתן אפשרות להעדיף את התכלית האובייקטיבית על פני התכלית הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה.

בהמשך ניתחתי את פסקי הדין בפרשת **אפרופים** ובפרשת **ארגון מגדלי ירקות**, המהווים נקודות ציון מרכזיות בשני השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות

התערבות בתוכן החוזה ועיצובו על ידי בית המשפט בהתאם לשיקול דעתו, עלול להתפס כשימוש בלתי נאות במונח אשר אינו מתאר נכונה את הפעולה המבוצעת על ידי בית המשפט.

התכליתית, וטענתי כי הם מעוררים קשיים ניכרים הן במישור ההכרעה הפרטנית באותם מקרים והן במישור העקרוני-נורמטיבי. בין היתר, טענתי בהקשר זה, כי השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית יוצרים חוסר ודאות וחוסר ביטחון, והם אף פוגעים באמינות בתי המשפט ובאמון הציבור בפתרון סכסוכים הנוגעים לחוזים על ידי בית המשפט.

כיום מצויה גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים. כיוון אחד הפתוח בפניה הוא המשך תהליך ההתפתחות שתואר לעיל וגיבושו של השלב השלישי של גישת הפרשנות התכליתית בהתאם לעקרונות שהותוו בפסק הדין בפרשת **ארגון מגדלי ירקות**. הכיוון האחר הוא בחינה מחדש של שני השלבים המתקדמים של גישת הפרשנות התכליתית לנוכח הביקורת שהועלתה נגדם, וחזרה לתפיסה זהירה ומרוסנת יותר בדיני פרשנות חוזים.¹³⁷

לאור הטיעונים שהוצגו בפרקים הקודמים, אני סבור כי הדרך השנייה היא הטובה יותר. כפי שכבר נאמר, מושג התכלית הוא מושג בעל חשיבות מרובה בפרשנות חוזים, ומן הראוי להמשיך לעשות בו שימוש כאמצעי להתחקות אחר כוונתם ורצונם של הצדדים לחוזה. עם זאת, בד בבד, יש להדגיש את העקרונות הבאים: א. העמדת הצדדים לחוזה במרכז תהליך הפרשנות וראיית מטרתו המרכזית של תהליך זה בהתחקות אחר כוונת הצדדים ורצונם; ב. קביעת מנגנונים המגבילים ומרסנים את שיקול הדעת של בית המשפט בפרשנות חוזים,¹³⁸ כגון מתן משקל גבוה למשמעות הרגילה של הלשון, ואיסור לסטות ממתחם אפשרויות הפרשנות הלגיטימיות של הלשון;¹³⁹ ג. הימנעות משימוש במושג התכלית האובייקטיבית בכל מקום שבו התכלית הסובייקטיבית ניתנת לאיתור. ובמקום שבו היא אינה ניתנת לאיתור – שימוש זהיר ומרוסן בתכלית האובייקטיבית תוך מודעות לחסרונותיה ולבעייתיות הכרוכה בשימוש בה; ד. הימנעות משיפוט ערכי של תוכן ההסדר החוזי שערכו הצדדים ומהתערבות בו, כל עוד עומד החוזה בהוראות הדין.¹⁴⁰ זאת, מתוך קבלת העיקרון שהצדדים יוצרי החוזה, הם ורק הם,

¹³⁷ סמוך לפני פרסום המאמר, ניתנו על ידי בית המשפט העליון, מפי השופט יורם דנציגר ובהסכמת יתר שופטי ההרכבים, שני פסקי דין, במסגרתם קובע השופט דנציגר, כי על אף כללי הפרשנות שנקבעו בפסק הדין בפרשת **אפרופים**, ובפרשת **ארגון מגדלי ירקות**, במקום בו לשון ההסכם ברורה וחד משמעית, יש לתת לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם. ראו ע"א 5856/06 **לי נ' נורקייט** פדאור (3) 508, פס' 27 לפסק דינו של השופט דנציגר (2008) וע"א 5925/06 **בלום נ' אנגלו סכסוך – סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ** פדאור (4) 853, פס' 43 לפסק דינו של השופט דנציגר (2008). רק ימים יגידו האם מדובר באמירות בודדות או בתחילתה של מגמה לשינוי גישת הפרשנות התכליתית.

¹³⁸ ראו בעניין זה הצעתו של השופט חשין, בדנ"א **ארגון מגדלי ירקות**, לעיל ה"ש 3, בפס' 20–23 לפסק דינו.

¹³⁹ לאיסור זה יהיו כמובן חריגים. כזכור, גם הגישה הקלאסית לפרשנות חוזים הכירה במקרים חריגים שבהם אפשר לסטות מן המשמעות הלשונית של החוזה, כגון מקרה שבו הוכח שבין הצדדים יש קוד פרטי או מקרה שבו הלשון מובילה לאבסורד. ראו לעיל ה"ש 17.

¹⁴⁰ חשוב לציין כי כיום מצויים בידי בית המשפט כלים ואמצעים שונים המאפשרים התערבות בתוכנם של חוזים, כגון: הוראות דין קוגנטיות, הוראות דין הקובעות חזקות ונטלי ראייה וכן

זכאים לקבוע את תוכנו ולעצבו כרצונם.

אני סבור, כי הליכה בדרך זו תסייע לבתי המשפט לפרש חוזים המובאים בפניהם כהלכה ובאופן ראוי, ותחזק את הוודאות המשפטית והביטחון החוזי. אפשר לקוות, כי השבת החוזה לצדדים לו תשיב לבית המשפט את אמון הציבור בפתרון סכסוכים חוזיים באמצעותו.

נורמות מחייבות מסוג של סטנדרט, כגון חוק החוזים האחידים, עקרון תום הלב, תקנת הציבור ועוד (לסקירה בעניין זה, ראו מאוטר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 26–67; זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 38–55). דיון באמצעים אלה חורג ממסגרתו של מאמר זה. ואולם אני סבור שיש להבדיל בין התערבות בחוזה באמצעות כלים אלה לבין התערבות בדרך של פרשנות. ההתערבות באמצעות הדין הקוגנטי אמנם פוגעת בחופש החוזים, אך היא עושה כן על פי שיקולים נורמטיביים כלליים ושיקול דעת רחב (אשר לרוב מופעל מראש), על אודות המגבלות שהדין מטיל על התקשרויות חוזיות. לעומת זאת, ההתערבות באמצעות פרשנות היא התערבות הנעשית אד-הוק, על ידי שופט מסוים במקרה פרטי, המבקש להחליף את שיקול הדעת של הצדדים על אודות תוכנו של ההסדר ביניהם, בשיקול הדעת שלו. מהלך זה בעייתי הרבה יותר, ואני סבור כי אין לקבלו, וכי כל עוד עומד ההסדר החוזי בהוראות ובנורמות המחייבות הקבועות בדין הקוגנטי, יש לאפשר לצדדים לעצב אותו כרצונם.