

## דין פירוש החוזה – על מחלוקת פוסקים והסכמת הצדדים

מאת

גבריאלה שלו\* אפי צמח\*\*

מבוא

- א. עיקרים בפירוש החוזה
  - ב. קריאות התיגר – ניסיון (שיפוטי) לביטול הלכת אפרופים
  - ג. התיקון לחוק – ניסיון (חקיקתי) לביטול הלכת אפרופים
  - ד. כוחם של הצדדים להתנות על דין הפירוש
    1. על פרשנות ההתניה עצמה – גבולות בחינת הנסיבות "בכל הנסיבות"
    2. על פרשנות החוזה בראי ההתניה
- א. עקרון חופש החוזים
  - ב. התניית הצדדים כתניה חוזית
  - ג. תכליתו של דין הפירוש

\* דיקן הפקולטה למשפטים ונשיאת המועצה האקדמית העליונה, הקריה האקדמית אונו; פרופסור (אמריטוס), הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

\*\* עמית מחקר ותלמיד לתואר דוקטור במשפטים, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים; תודה לפרופ' איל זמיר, לפרופ' ברכיהו ליפשיץ, לד"ר יהודה אדר ולעמרי בן צבי על שזיכנו בהערות מאירות עיניים על טיוטות ונוסחים קודמים של המאמר. המחברים מודים לעוזר המחקר שאול שארף על עזרתו המצוינת בהבאת מאמר זה לפרסום. מובן כי האחריות לכתוב היא על המחברים בלבד.

מאמר זה התקבל לפרסום בשנת 2011 ולפיכך אין בו התייחסות לפסק הדין רע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ** (פורסם בנבו, 26.2.2012) (שבו נדונה משמעות התיקון לחוק החוזים), ולפסק הדין ע"א 3894/11 **דלק - חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בן שלום** (פורסם בנבו, 6.6.2013) (שבו התעוררה מחדש שאלת ההלכה הנוהגת בנושא פירוש חוזים). פסקי דין אלה מעוררים תחושה ברורה שהמחלוקת השיפוטיות בכל הנוגע לפרשת **אפרופים** ולתיקון לחוק החוזים ימשיכו ללוות את הפסיקה הישראלית. הדברים שברשימה זו כוחם יפה אפוא, ובמדה רבה, גם לגבי ההתפתחויות הנזכרות בפסיקת בית המשפט העליון.

ד. פרשנות – מלאכה המסורה לבית המשפט  
ה. הנחות יסוד פילוסופיות – 'אין מלים ברורות'  
סיכום

## מבוא

לאחרונה צוינה אבן דרך במפעל הקודיפיקציה של הדין האזרחי, עם פרסומה של הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 ברשומות הכנסת.<sup>1</sup> מצודתו של חוק זה תהא פרושה על כלל הסדרי החקיקה האזרחית, שבמרכזה ניצבים דיני החוזים. מבין הסוגיות החוזיות שזכו לליבון ולשינוי,<sup>2</sup> מתבלט ההסדר בדבר פירושו של חוזה, ולא רק מחמת השינוי שהסדר זה מביא עמו, אף לא מפאת חשיבותו, אלא משום שאך לאחרונה זכה הסדר הפירוש להתייחסות – תחיקתית – סותרת.<sup>3</sup> למקרא שתי הוראות החוק הסותרות: התיקון לחוק מזה והצעת החוק מזה, מתקבל הרושם שהמחוקק מדבר בשני קולות. דיסהרמוניה זו אינה אלא שיקוף – נוסף – של ההתגוששות התמידית האופפת את הלכת **אפרופים**,<sup>4</sup> ההלכה המרכזית בפירוש חוזים במשפטנו, למן היווסדה.

משך שנים רבות, מאז נחקק חוק החוזים ועד לפרשת **אפרופים**, שלטה בכיפה תורת הפרשנות המסורתית, היא תורת שני השלבים. לפי תורה זו תהליך הפירוש

<sup>1</sup> ב-15 ביוני 2011. על מפעל קודיפיקטיבי מקיף זה, ראו גבריאלה שלו **דיני חוזים (החלק הכללי)** – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 5–10 (2005) (להלן: דיני חוזים).  
<sup>2</sup> יצוין כי ככל שמדובר בדיני החוזים הכלליים אין בהצעת החוק שינויים מפליגים, ונותרו על כנן הוראות מהותיות רבות אשר לכל היותר זכו לליטוש ולליבון. חרף זאת, בסוגיות מעטות אכן חלו שינויים של ממש. לעמידה על ההסדרים השונים – אלה שנותרו על כנם ואלה ששינו כאחד – ראו דיני חוזים, שם, בסמוך ובצמוד לדיונים בהסדרי הדין הנוכחי.  
<sup>3</sup> ראו סעיף 122(א) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 712, אשר הן לשונו הן דברי ההסבר לו מאמצים במפורש, ובלא סייג, את הלכת **אפרופים** (להלן בה"ש 4). מנגד, ראו סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 306, כפי שתוקן בעת האחרונה (להלן בה"ש 11), אשר תכליתו המפורשת היא ניסיון לבטל את הלכת **אפרופים** (לדיון בהקשר זה, ראו דיוננו להלן בסמוך לה"ש 56). ודוק, אף שניסוחה של הצעת החוק קדם לרקירתו החפוזה של התיקון לחוק, היה ניתן לצפות שטרם פרסומו הרשמי ייעשה מאמץ, לנוכח דבר התיקון החדש, לייצר מתאם – ולו מינימלי – בין אלה, או למצער שתיתן הדעת על עניין זה.  
<sup>4</sup> זו אשר נקבעה על ידי הנשיא ברק בע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ**, פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: עניין **אפרופים** או הלכת **אפרופים**), ואושררה לאחר מכן בדנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל פ"ד סא(2) 1 (2006)** (להלן: עניין **מגדלי הירקות**);

נפתח – ולעתים אף מסתיים – בלשון החוזה עצמו. כאשר לשון החוזה מצביעה בבירור על כוונתם של הצדדים אין צורך ואין הצדקה ללכת אל מעבר לה. רק כאשר לשון החוזה אינה ברורה ואינה מלמדת באורח חד-משמעי על כוונת הצדדים, ניתן לפנות לנסיבות כריתתו כמקור פרשני. פסק הדין בפרשת **אפרופים** סתם את הגולל על תורת שני השלבים וביסס תחתיה את תורת הפרשנות התכליתית. לפי אחד מהיבטיה המרכזיים של תורה זו, תהליך הפירוש שוב אינו נעצר, ולעתים אף אינו מתחיל, בלשון החוזה. המעבר בין המקורות שמהם ניתן להסיק את כוונתם המשותפת של הצדדים אינו מותנה בהכרעה מוקדמת אם לשון החוזה ברורה אם לאו. כוונת הצדדים תילמד מלשון החוזה ומהנסיבות החיצוניות לו גם יחד בתהליך שבו הפרשן "מדלג" מן החוזה אל הנסיבות וחוזר חלילה.

הקהילה המשפטית לא חסכה שבטה מהלכת **אפרופים** ויצאה למתקפת ביקורת ותוכחה עליה. מיום שניתנה ההלכה, התאפיין דין פירושו של חוזה במשפטנו בהתפתחות של מסה ומריבה. הטעם לכך נעוץ במידה רבה במה שמכונה "המיתולוגיה של הלכת **אפרופים**", כלומר בדרך שבה ההלכה נתפסה כמרחיבה את גדרי שיקול הדעת השיפוטי במסגרת הליך הפירוש. אכן, מקובל לראות בהלכת **אפרופים** הלכה שהשפעותיה חורגות מד' אמותיה של השאלה התחומה בדבר טכניקת מעשה הפירוש, ואף מגדרה הסטוטוטורי של הדוקטרינה החוזית הטהורה. לפי השקפה זו, ההלכה סטתה מתורת שני השלבים לא רק במישור סדר הפנייה למקורות המשמשים לחשיפת כוונת הצדדים, אלא גם במישור עקרוני ומהותי יותר היורד לשורש הערכים והמטרות שביסוד הליך הפירוש בפרט ודיני החוזים בכלל.<sup>5</sup> שאלת היסוד הפרשנית – כיצד נפנה למלאכת חשיפת רצון הצדדים – פינתה מקום לשאלה נוספת: מי הם שליטי החוזה?

<sup>5</sup> ראו, באופן כללי, דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 400, 409–411. ראו גם גבריאלה שלו "מי הם שליטי החוזה" **ספר מישאל חשין** 645, 654–656 (2009) (להלן: שלו – שליטי החוזה). ודוק: השלכות העומק העקרוניות יותר של הלכת **אפרופים** הן, ללא עוררין, העצמת כוחו ותפקידו של בית המשפט על-חשבון כוחם של הצדדים ופתיחת האפשרות לחלחל ערכים למסגרת היחסים שביניהם. אך בל נטעה: גם במישור הבסיסי ו"הצנוע" יותר של הלכת **אפרופים**, והוא שינוי האמצעים שבעזרתם יחשוף בית המשפט את כוונת הצדדים, יש כדי לערער היבטים עקרוניים ומהותיים של הדין בכללותו. יש לדעתנו קשר אמיץ בין פירוש חוזה על יסוד לשונו (כנקודת מוצא של הליך הפירוש) ובין עקרונות יסוד של דיני החוזים בפרט (בהם כיבוד אוטונומיית הרצון של הצדדים, עקרון חופש החוזים והגשמת הציפיות הסבירות של הצדדים) ושל תחום המשפט הפרטי בכלל (בהם עקרון הוודאות והיציבות, יכולת התכנון והחיזוי והביטחון המשפטי). ראו גם את דיונונו להלן, בסמוך לה"ש 26 ובגוף ההערה. כן ראו בה"ש 33.

כך הפך דין פירוש החוזה לאבן משחזת לשאלות רחבות הנוגעות לערכים ציבוריים המשולבים בפירוש החוזה,<sup>6</sup> לתפקידו של השופט בתחום החוזים בפרט<sup>7</sup> ובמשפט הישראלי בכלל,<sup>8</sup> ולאקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים.<sup>9</sup> המחלוקת המשפטית האופפת את סוגיית פירוש החוזה מראשיתה נותנת אותותיה עד העת הזאת.<sup>10</sup> תופעה זו מצאה

<sup>6</sup> שכן "התכלית האובייקטיבית" משמשת אמצעי להזרמת ערכים לדיני החוזים ולמסגרת היחסים שבין הצדדים לחוזה. ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ד 553 (2001) (להלן: ברק – פרשנות החוזה) ("אחד הערוצים החשובים שבהם מוזרמים ערכי היסוד של המשפט, ובמרכזם זכויות האדם, מהמשפט הציבורי אל הפעולה המשפטית [...] של המשפט הפרטי, הם דיני הפרשנות [...] אחד מכללי הפרשנות – ולא היחיד שבהם – אשר באמצעותו מועברים עקרונות היסוד של המשפט והשיטה אל החוזה של המשפט הפרטי, הוא זה הקובע כי חוזה יפורש על-פי תכליתו האובייקטיבית").

<sup>7</sup> ראו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 410–411.

<sup>8</sup> ראו, למשל, אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 201 (2004) (להלן: ברק – שופט בחברה דמוקרטית). ראו גם ברכיהו ליפשיץ "מעמדו של השופט בשיטת המשפט הישראלית" **עלי משפט** ו 98, 75 ואילך (2007).

<sup>9</sup> להגדרותיו המגוונות של אקטיביזם שיפוטי ראו ברק – שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 8, 393–403. להשלכותיה של הלכת **אפרופים** על האקטיביזם השיפוטי בתחום החוזים, ראו סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" **מאזני משפט** ו 21, 54–55 (2007) (להלן: דויטש – אקטיביזם); דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – בטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" **המשפט יא** 9, 18–19 (2007), מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17, 57–58 (2005) (להלן: מאוטנר – התערבות שיפוטית). כן ראו, איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" **ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 343, 347–348 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: זמיר – ספר ברק).

<sup>10</sup> למרות שהשלכותיה של הלכת **אפרופים** חורגות מן ההיבט הצר הנוגע לסדר הפנייה למקורות שמהם ניתן ללמוד את כוונתם של הצדדים, דמה שהמחלוקת המשפטית בנושא פירוש חוזים מן העת האחרונה ממוקדות בעיקר בהיבט צר זה. הסיבה לכך נעוצה לדעתנו בתשתית הפורמלית של הלכת **אפרופים**, שאיננה כופרת על-פי פשוטה במטרתו הבסיסית של הליך הפירוש, והיא גילוי כוונתם המשותפת של הצדדים. תשתית פורמלית זו הובילה גם את מבקריה החריפים ביותר של הלכת **אפרופים** לסבור כי אין מי החולק על תכליתו המרכזית של דין הפירוש (ראו, למשל, דברי המשנה לנשיא חשין בעניין **מגדלי הירקות**, בפסקה 10 לפסק דינו: "הכול מסכימים כי עיקר בפירושו של חוזה הוא גילוי כוונתם המשותפת של הצדדים – קרא: גילוי אומד דעתם של הצדדים – וכי משימתו של הפרשן היא לחשוף ולגלות אותה כוונה משותפת. אך בעוד אשר תכלית הפרשנות ידועה ומוסכמת על הכול, חלוקת הדעות בשאלה כיצד יעשה הפרשן את דרכו לעת פעילותו לחשיפתה של כוונת הצדדים ומה תהא

ביטוי לאחרונה לא רק בתיקון סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973<sup>11</sup> הנזכר בפתח הדברים, אלא אף ב"התגוששות" שיפוטית רועמת. המערכה השיפוטית האחרונה במלחמת הדברים, אולי החריפה מכולן, ניצתה על גביהן של נסיבות עניין **בלמורל**, אשר ניתן תוך הרעת אמות הספים.<sup>12</sup> פסק דין זה הוא, בעת כתיבת שורות אלה, חוליה אחרונה – ומכרעת – בשרשרת קריאות התיגר של השופט דנציגר על הלכת **אפרופים**. תוצאתו של פסק הדין חשובה פחות, כאשר כל חברי ההרכב היו תמימי דעים בעניינה. חרף זאת ראוי פסק הדין לציון לאור הדרך שבה הילכו חברי ההרכב בדונם במקרה האמור. כך, למרות ההסכמה לתוצאה, הפכו שורותיו של פסק הדין, למעלה מכל צורך, תשתית לדיון עקרוני בסוגיית פירושו של חוזה. פסק דין זה חושף במלוא העוז את המתח שבתוככי בית המשפט העליון בעניין פירוש חוזים.<sup>13</sup>

הטכניקה שיחזיק בה במעשה הפרשנות". למרות הרוח "המיתולוגית" המלווה את הלכת **אפרופים** (ראו בסמוך לה"ש 5), הרי שלתשתית פורמלית זו של ההלכה יש לדעתנו חשיבות מכרעת במתן תשובות לשאלות תיאורטיות ומעשיות העשויות להתעורר בהקשרה בעתיד, כפי שיתבאר בהמשך.

<sup>11</sup> ראו חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011, ס"ח 202 (התקבל בכנסת ביום י"ב בשבט התשע"א, 17 בינואר 2011. הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הכנסת – 335, מיום כ"ג בתמוז התש"ע, 5 ביולי 2010, בעמ' 198). לנוסח המלא של התיקון, ראו להלן, בסמוך להערות 49–50.

<sup>12</sup> ע"א 8836/07 **בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן** (פורסם בנבו, 23.2.2010) (להלן: עניין **בלמורל** או פרשת **בלמורל**). לתגובות על פסק דין זה ולסערה שעורר ראו, למשל, יובל יעזעז "מאבק בעליון לגבי הפרשנות לחוזים: אליעזר ריבלין נגד יורם דנציגר" **גלובס** 24.2.2010; נורית רוט "מחלוקת בעליון על פרשנות חוזים הפכה לסדרת עקיצות בין השופטים" **דה-מרקר** 24.2.2010; <http://www.themarker.com/law/1.562913>. ראו גם עמדותיהם של הנשיא (בדימ') פרופ' ברק, השופט דנציגר, השופט (בדימ') אליהו מצא, פרופ' איל זמיר ופרופ' נילי כהן כפי שהובאו בביטאון לשכת עורכי הדין שסיכם כנס שנערך בנושא, **עורך הדין גיליון מיוחד** 26–29 (2010) [www.israelbar.org.il/UploadFiles/orech-hadin\\_kenes\\_2010.pdf](http://www.israelbar.org.il/UploadFiles/orech-hadin_kenes_2010.pdf). כמו כן ראו את גישתו של המשנה לנשיאה השופט ריבלין לפסק הדין בעניין **בלמורל**, "חייבת להיות אחריות" **עורך הדין** 8, 37, 43–44 (2010) (ריאיון עם כב' המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין) (להלן: ריבלין – על בלמורל).

<sup>13</sup> ראו, למשל, עניין **בלמורל**, לעיל ה"ש 12, בפסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין ("חברי השופט דנציגר מביע ספק אם היה מקום, נוכח ההסכמה באשר לתוצאה במקרה שלפנינו, שחברי השופט ג'ובראן ואנוכי נבהיר את עמדותינו בסוגיית פרשנות החוזה (ודוק: מדובר בהבהרה ותו לא – שהרי אין כאן דיון עקרוני חדש). אולם הבהרה קצרה ותמציתית זו נתייבה בעקבות דברים שהשמיע חברי במקרה שלפנינו ועוד קודם לכן, וזאת כדי להסיר ספק. הסתבר בדיעבד כי דברים שכתב חברי בסוגיה זו במספר פסקי דין נתפרשו ככרוסום בהלכות

בהקשר זה מוכרת אף ההתנצחות המילולית בין נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) ברק ובין השופט דנציגר.<sup>14</sup>

סוגיית המתח הנעוץ ביסוד דין פירוש החוזה חורגת ממטרתה של רשימה זו, אך הייתה תשתית לכתיבה מקיפה שנים רבות.<sup>15</sup> עניינה של רשימה זו בסקירת התרחשויות העת האחרונה אשר חלו בדין פירוש של חוזה, ובפשרן של התרחשויות אלה. סקירה תיאורית תלמדנו כי דרכי פירוש החוזה – כל אחת מאלה בעתה – נתונות לתנודות ולמתקפות. יתר על כן, עוצמת ההתלקחות שתועדה בעת האחרונה מלמדת שגם ההכרעות – התחיקתיות והפסיקתיות – הנוכחיות אינן בבחינת אחרית דבר.

מושרשות. הסתבר כי חברי התכנון לילך מעבר ללשון שבה נקט, ובדיעבד קם הצורך ללמוד גם מהנסיבות החיצוניות של פסק-הדין על משנתו של חברי, ובעקבות זאת הצורך להביע את עמדתנו במפורש" (ההדגשה הוספה).

<sup>14</sup> ראו אלה לוי-וינריב "אהרון ברק ליורם דנציגר: "דברייך דברי הבל ואתה שולף מהמותן", גלובס 1.6.2010 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000563661. ראו בהקשר זה גם משה גורלי "עו"ד ליפא מאיר: החזרנו את הכוח לעורכי הדין" כלכליסט 21.2.2011 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3508856,00.html

<sup>15</sup> ראו, למשל, ביקורתו של פרופ' דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 483, 488 (2003) (להלן: פרידמן – לפרשנות המונח פרשנות). ("הקושי הוא ברטוריקה של פסק הדין ובדרך שבה יושמה ההלכה במקרה הספציפי. השילוב של גורמים אלה יצר תחושה שלפיה אין בנמצא חוזה ברור, הכול פתוח, וכל תוצאה ניתנת להשגה באמצעות פרשנות"). ראו גם גבריאלה שלו "פרשנות החוזה – תורת ברק" המשפט ח 675 (2003) (להלן: שלו – תורת ברק); שלו – שליטי החוזה, לעיל ה"ש 5, דויטש – אקטיביזם, לעיל ה"ש 9, בעמ' 50–55; לדברי שבח על פתיחת שערי הפרשנות, תוך הדגשת הצורך להתרחק מדיכוטומיה פורמליסטית ומפרשנות המתעלמת מן ההקשר, ראו, למשל, הלה קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת: על ערכה של שפיטה שאינה יודעת גבולות (חוזיים) מהם" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרון ברק 411, 460 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: קרן – ספר ברק) ("בהסרת הגבול המלאכותי בין לשון החוזה לנסיבות הכריתה פרץ השופט ברק את הגדר בין המשפט למציאות ובין הפירוש המלאכותי לטבעי... יתכן שניתן לחשוש מפני הפוטנציאל של הלכת אפרופים ליהפך לכלי להתערבות מוגזמת... ועדיין אין בכך כדי להקטין את ההישג שבהשתחררות מהכבלים הנוקשים שהצרו את צעדי הפרשנים ומנעו פרשנות ראויה"). ראו בהרחבה הלה קרן דיני חוזים בפרספקטיבה פמיניסטית 234 ואילך (2005) (להלן: הלה קרן – חוזים). יש גם המטילים ספק בחדשנותה של הלכת אפרופים ככל שמדובר ביחס שבינה לבין הפרקטיקה השיפוטית שנהגה עד שניתנה ההלכה. ראו איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 131 בה"ש 331 שם (1996) (להלן: איל זמיר – פירוש והשלמה). הכתיבה על הלכת אפרופים אף חרגה מזו שבשדה המחקר המשפטי האקדמי. ראו, למשל, נעמי לויצקי כבודו: אהרון ברק, ביוגרפיה 108–109 (2001). כל זאת לצד ספרות ענפה שתקצר היריעה מלהביאה במלואה.

עניין פירושם של חוזים יוסיף לעמוד במוקד מחלוקות משפטיות גם בעתיד. האומנם נגזר על ים הפרשנות ההולך וסוער שלעולם לא יעמוד מזעפו?

תמיהה זו, המרחפת בחלל דיוננו, מוליכה אל עבר יעד נוסף של רשימה זו, והוא לחדד את הלכת **אפרופים** באופן שיקדם ויעשיר את החשיבה בנושא פירוש חוזים ויעדן את המחלוקות החריפות בתחום זה. אין להתעלם מכך שהמחלוקות המשפטיות בנושא אמנם מתחדשות מעת לעת, אך אינן מחדשות. עיסוק במחלוקות אלה לבדן, ובאופיו של דין הפירוש הראוי, לא יפענח צפונות שלא פוענחו זה מכבר. דומה שכדי לפרוץ את מעגל חילוקי הדעות הקיים ולהצעיד את השיח קדימה, נכון לחרוג מגדרי הדיון שנערך עד כה בהלכת **אפרופים** ולהאיר בה פנים אחרות. חילוקי הדעות בנושא פירוש חוזים התמקדו עד כה באופן שבו הליך הפירוש מופעל בידי בית המשפט. נוסף על כך, נכון לבחון את הליך הפירוש מכיוונם של הצדדים והדרך שבה הם עשויים להשפיע על הפעלתו של הליך זה. על כן, לצד הצגת התמונה התיאורית של התפתחויות העת האחרונה, ולנוכח העולה ממנה, מצאנו לנכון לעמוד ברשימה זו על שאלה תיאורטית ומעשית שלא זכתה לליבון הלכתי ואקדמי מספק: הרשאים צדדים לחוזה להתנות במפורש על דין הפירוש ובכך לסטות מכללי הפירוש שנקבעו בהלכת **אפרופים**? שאלה זו מסיטה את הזרקור ממחלוקות הפוסקים, ומפנה אותו לעברם של הצדדים. מטרתה לבחון את כוחם של הצדדים לחוזה לגשר על הפערים המעשיים בין דרכי הפירוש ולחלץ עצמם, אף את הפוסקים, מסד המחלוקות הקיימות. כאמור, ליבון שאלה זו חיוני גם להמשך פיתוח ההלכה, להבהרת תכניה – לזיכוכם ולזיקוקם: גישה המאפשרת התניה מנפה את מקרי הקצה המחודדים את ההבדלים הדקים שבין הגישות הפרשניות הנבדלות, מרעשי רקע הדבקים בהם.

סוגיית כוח ההתניה על דין הפירוש קשורה גם בקשר עובדתי לחילוקי הדעות שהתעוררו בעת האחרונה. הסוגיה עלתה בשוליה של פרשת **בלמורל** אך נפקד מקומו של הדיון הנדרש בה. בנסיבות המחלוקת הפרשנית החריפה שניטשה בין הפוסקים בפרשה זו, נעלמה מעיניהם הסכמתם – הפרשנית – של הצדדים באותו מקרה ממש, אשר באה לידי ביטוי בכינונו של סעיף מפורש בחוזה המציין את עליונותה של לשונו הכתובה של החוזה. מבחינה זו פרשת **בלמורל** היא הזדמנות שהוחמצה לליבון הלכתי מחייב של סוגיית ההתניה על דין פירוש החוזה. הסכמתם הפרשנית של בעלי-הדין לסטות מדין הפירוש הנוהג זימנה לבית המשפט הזדמנות ניאותה לצמצם את שטח המריבה המהותי שבין דרכי הפירוש הנבדלות ולגשר ביניהן. אולם, בית המשפט בחר לדלג על הזדמנות זו, להסב מבטו מהסכמתם המפורשת של הצדדים ומהשלכותיה העקרוניות, ולהוסיף ולהתבצר בחילוקי הדעות העקרוניים ואף להעמיקם. מנקודת מבט זו, נדמה כי החזית בפרשת **בלמורל** לא הייתה חזיתם הפרטית של בעלי-הדין אלא חזיתם של הפוסקים עצמם.

## א. עיקרים בפירוש החוזה

דרכי פירושו של חוזה נקבעו בסעיפים 25 ו-26 לחוק החוזים (חלק כללי). סעיף 25(א) הוא החשוב והעיקרי שבסעיפי הפירוש ולמעשה חולש על הסעיפים הקטנים שבעקבותיו. וכה הורנו המחוקק לפני התיקון לחוק:<sup>16</sup> "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות".

עיקר העיקרים במלאכת פירושו של חוזה הוא אפוא התחקות אחר אומד דעת הצדדים לו. אומד דעת הצדדים – או אם תרצו: הערכת כוונתם המשותפת – אינו אלא אמת מידה מהותית שלאורה ייערך ההליך הפרשני. לכך דומה שהכול מסכימים, אולם מנקודה זו ואילך נחלקות העמדות בשאלה כיצד ראוי ונכון לאמוד את דעתם ומה מקומה של זו במלאכת פירושו של חוזה.

בהקשר זה מצינו שתי תורות פרשניות עיקריות: בתחילה בלטה בריבונותה תורת "שני השלבים"<sup>17</sup> המסמלת מגמה שמרנית בפירוש החוזה תוך מתן קדימה ללשונו הברורה של החוזה. המאפיין תורה זו הוא חלוקת ההליך הפרשני לשני שלבים. על הפרשן, בראשית דרכו, לאמוד את דעת הצדדים כפי שזו "משתמעת מתוך החוזה" עצמו. אם אין היא משתמעת מתוך החוזה – ורק במצב זה – רשאי ואמור הפרשן לעבור לשלב השני ובו ילמד על כוונתם המשותפת של הצדדים "מתוך הנסיבות" החיצוניות של החוזה. נסיבות אלה אינן אלא מכלול הנתונים הלב-ניסוחיים<sup>18</sup>

<sup>16</sup> ראו דיוננו לעיל בה"ש 11 ובסמוך לה.

<sup>17</sup> על תורת פרשנות זו ראו גם דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 418 ואילך ("תורת שני השלבים – חייה ומותה"). לעיון נוסף ראו פרידמן – לפרשנות המונח פרשנות, לעיל ה"ש 15, בעמ' 487–488; ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 482 ("מתי מותר לפנות לנסיבות: הגישה הישראלית עד הלכת אפרופים"); איל זמיר – פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 16 ובה"ש 57 שם. ביטויים רבים לשיטה זו מצינו בפסיקותיו של בית המשפט העליון. ראו, למשל, ע"א 327/85 קוגלר נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מב(1) 97, 102 (1998) (להלן: עניין קוגלר); ע"א 2321/95 עמיתי מלון הרצל ירושלים נ' שמידט, פ"ד נ(2) 789, 792 (1996); ע"א 3804/90 דלתא להשקעות ולמסחר (קרני שומרון) בע"מ נ' סופרגז, חברה ישראלית להפצת גז בע"מ, מו(5) 209, 213 (1992); ע"א 702/84 יובל גד בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מ(4) 802 (1987) (להלן: עניין יובל גד); ע"א 650/84 שטרן נ' זיונץ, פ"ד מא(1) 380, 384 (1987); ע"א 170/85 האחים זקן חברה קבלנית בע"מ נ' רחמים מזרחי, מג(2) 635, 638 (1989).  
<sup>18</sup> כהגדרת המונח "נסיבות" על ידי השופט שמגר, ראו עניין יובל גד, שם, בעמ' 807. להרחבה בהקשר זה, ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי, בעמ' 304 בסמוך לה"ש 52 שם (1995).

האופפים את החוזה. כללו של דבר, אין נדרשים לגילוי אומד דעת הצדדים על פי הנסיבות אם ניתן לאומדה על יסוד החוזה עצמו.<sup>19</sup> ודוק, ביסוד תורת שני השלבים עומד לא רק רעיון בכורת הלשון, אלא אף העיקרון שלפיו יש ליתן ללשון החוזה את משמעותה הרגילה, הטבעית והפשוטה.

תורת שני השלבים נתמכת במפורש בלשון סעיף 25(א) לחוק החוזים הכללי. ההסדר הקבוע בסעיף עוסק הן ביעדיו של הליך הפירוש הן בטכניקת הפירוש. הוא קובע לא רק את אמת המידה הנורמטיבית לפירוש חוזים (כוונת הצדדים) אלא גם את מקורותיה של אמת מידה זו, ואת ההייררכיה הפנימית ביניהם. לצד עקרונותיו בדבר יעדיו המהותיים של הדין להלכה, יש בסעיף עצמו עקרונות בדבר הדרך שבה יפעל בית המשפט להגשים יעדים אלה למעשה. אומד דעת הצדדים יתחם אפוא, כך לפי לשון החוק, על יסוד המשעולים הדיונים והמהותיים שהותוו לכך בחוק. רק לאחר איתור אומד דעת זה, יפורש הטעון פירוש.<sup>20</sup>

תורת הפרשנות האחרת – תורת "הפרשנות התכליתית"<sup>21</sup> – נשתרשה בדין החוזים שלנו מאז נתקבל פסק דינו של השופט ברק בעניין **אפרופים**. פסק דין **אפרופים** הביא עמו מהפכה של ממש בדרכי פירושו של חוזה במשפטנו.<sup>22</sup> והנה, עוד זה מדבר וזה –

<sup>19</sup> ראו דברי הנשיא שמגר בעניין **קוגלר**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 102. ראו גם ע"א 546/86 **צים נ' אסייג**, פ"ד מג(1) 212, 217 (1989) (להלן: **עניין צים**). כן ראו ע"א 727/82 **מוניץ נ' גיל**, פ"ד לז(3) 421, 427 (1983).

<sup>20</sup> הווה אומר: בהתאם לתורת הפירוש המסורתית אין "אומד דעת הצדדים" מעין נקודת התחלה אשר נדרשים לה בשלביה המקדמיים של כרונולוגיית ההליך אשר הותווה בסעיף 25. איננו נזקקים ל"אומד הדעת" בתחילת הדרך, כדי להבין את לשון החוזה. אנו נזקקים ללשון כדי שתשמיענו ותלמדנו על "אומד הדעת", ול"אומד הדעת", בתורו, כדי לפרש את הטעון פירוש. נראה אפוא שאין בכך משום "מעגל שוטה" (לתיאור מעגל זה, ראו ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 445, ולהלן בה"ש 31, 92), שכן הלשון היא המגדירה והקובעת את אומד הדעת. וראו, למשל, ע"א 79/76 **מרציאנו נ' בן שושן**, פ"ד ל(3) 729, 733 (1976): "אומד-דעתם של הצדדים, שהוא הבסיס לפירוש החוזה שביניהם לפי סעיף 25(א) לחוק החוזים, נמדד ונקבע בראש ובראשונה על-פי לשונו של החוזה עצמו והמשתמע ממנו".

<sup>21</sup> תורת הפרשנות התכליתית של הנשיא ברק היא תורה כללית החלה על כלל הטקסטים המשפטיים: חוקי-יסוד, חוקים, תקנות, חוזים וצוואות. דין פירוש החוזה אינו אלא חוליה אחת בשרשרת זו. ראו ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 37. על הפרשנות התכליתית של החוזה, בתמצית (מהותה, התכלית הסובייקטיבית של החוזה, תכליתו האובייקטיבית והיחס ביניהן) ראו ברק – שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 8, בעמ' 199–201.

<sup>22</sup> ראו דברי המשנה לנשיא (בדימ') חשין בעניין **מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 4, בפסקה 1 לפסק דינו. לחייה ומותה של תורת שני השלבים ולתקומתה וביסוסה של תורת הפרשנות התכליתית תחתיה, ראו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 418–425.

עניין **מגדלי הירקות** – בא וסתם את הגולל לחלוטין על תורת שני השלבים. תורת הפרשנות התכליתית, אשר זכתה לפיתוחים הלכתיים<sup>23</sup> ולליבון מוקפד,<sup>24</sup> מעלה על נס את תכליתו של החוזה כאמת המידה המרכזית במלאכת פירושו. הלכת **אפרופים** חוזקה תיאורטית לא רק בשבחה של התורה התכליתית, אלא בגנותה של יריבתה. לדעת השופט ברק תורת שני השלבים נגועה בקשיים אינהרנטיים; קו הגבול בין שני השלבים מטושטש ומלאכותי; התורה אינה מתייחסת ברצינות אל כוונתם של הצדדים; תורת שני השלבים אינה משתלבת ברקמת דיני החוזים הכלליים ואינה מתיישבת עם עקרון תום הלב; ומכל מקום היא מבוססת על תפיסה שמרנית שעבר זמנה.

הלכת **אפרופים** חוללה שינוי בדרכי פירוש החוזה בשני היבטים מרכזיים. ההיבט האחד, "ראיית-דיוני" – יש שיאמרו טכני – בעיקרו. עניינו של זה מחיקת הגדר הדיונית שבין לשון החוזה ובין נסיבותיו. אומד הדעת של הצדדים ייעשה מלשון החוזה ומהנסיבות החיצוניות לו במהלך הרמוני שבו המעבר מהטקסט לנסיבות, ומהנסיבות לטקסט, הוא חופשי. היבט זה של ההלכה, הנוגע למקורות שמהם נלמדת כוונת הצדדים, מוצא ביטוי במסגרת ה"תכלית הסובייקטיבית".<sup>25</sup> אולם בל נטעה. חרף אופיו הטכני לכאורה של ההיבט האמור, הרי שיסודותיו מהותיים. הגבלת הליך פירוש החוזה, כנקודת מוצא, ללשון החוזה בלבד, כפי שהיה הדבר במודל המסורתי של פירוש החוזים, מבוססת על עקרונות יסוד של דיני החוזים ובראשם חופש החוזים והאוטונומיה של הפרט.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> ראו, למשל, רע"א 1185/97 **יורשי מילגרום נ' מרכז משען**, פ"ד נב(4) 145 (1998) (להלן: עניין **מילגרום**), שבו שוכללה הגדרת "התכלית האובייקטיבית". לעמידה על עניין זה ראו הלה קרן – חוזים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 261 ("לא חלפו שנים רבות והנה התחלף הנוסח ומעתה ענייננו 'באינטרסים, המטרות והערכים [...]...' [...] קל לראות שההבדל [...] בין הניסוחים הוא ברכיב הפרשנות החדש המוכנס לתמונה, והוא **הערכים**").

<sup>24</sup> בעיקר בספרו של פרופ' ברק (ראו ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6) שבו ניתן גיבוי רעיוני ותיאורטי מקיף לתורת הפרשנות התכליתית. ואכן, ספרו זה, כפי שצוין בעבר, אינו אלא קיבוע "במסמרים את ארון המתים של תורת שני השלבים" (ראו שלו – תורת ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 679).

<sup>25</sup> עניינה של "התכלית הסובייקטיבית" הוא המטרות, היעדים והתכנים אשר הצדדים ביקשו במשותף להגשים. ראו עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 311.

<sup>26</sup> ההייררכיה בין המקורות שמהם נלמדת כוונת הצדדים, אשר הייתה נהוגה בעידן תורת השלבים, אינה רק טכנית-הליכית, אלא היא מהותית. ההנחה היא שהמקור האמין והחשוב ביותר לכוונת הצדדים הוא החוזה עצמו. חזקה על לשון ברורה ומפורשת שהיא מביעה את כוונת הצדדים ומשקפת את רצונם. פרשנות החוזה לפי לשונו, כנקודת מוצא של הליך הפירוש, נתפסת אפוא כמגשימה ערכים אינדיבידואליסטיים ליברליים ומתיישבת היטב עם האוטונומיה של הפרט.

ההיבט האחר של הלכת אפרופים הוא היפותטי-נורמטיבי. לפיו, הליך הפירוש אינו ממוקד עוד בהסכמה האקטואלית של הצדדים אלא בשילובם של רכיבים אובייקטיביים, חיצוניים, בפרשנות החוזה. זוהי למעשה "התכלית האובייקטיבית".<sup>27</sup> אף שכוונתם הסובייקטיבית של הצדדים לא נדחקה לחלוטין לקרן זווית, הפכה היא לאמת מידה הכרחית-אך-לא-בלבדית בפירושו של החוזה. לצדה ניצבים שיקולים אחרים, אובייקטיביים במהותם, המשמשים בערוביה במלאכת פירושו של החוזה. בספרו, פרשנות החוזה, פרופ' ברק מבאר כיצד היבטים אלה ואחרים מתיישבים זה עם זה, מי יעלה ומי ירד, מי ישלוט ומי יישלט, ותקצר היריעה מלדון במכלול הדברים במסגרת רשימה זו. אולם לענייננו יש לציין כי על פי תורת הפרשנות התכליתית, בהתנגשות בין תכליתו הסובייקטיבית של החוזה לבין תכליתו האובייקטיבית, יד התכלית הסובייקטיבית על העליונה. לתכלית הסובייקטיבית מעמד בכורה בתרכובת הנורמטיבית של תכלית החוזה. שעה שניתן לחשוף את כוונתם המשותפת של הצדדים לחוזה, תועדף כוונה זו על פני התכלית האובייקטיבית. פירוש החוזה על יסוד תכליתו האובייקטיבית, אינו אלא מוצא אחרון, או אם תרצו: חוסר ברירה; רק כאשר

הנחת היסוד שבסיסה היא שהחוזה מבוסס על רצון הצדדים ושהלשון היא שיקוף נאמן – או למצער המהימן ביותר – של כוונותיהם. ראו גם דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 134, 418–419. ראו גם גבריאלה שלו "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים" קרית המשפט ה 335, 344 (2004) (להלן: שלו – חופש החוזים). כן ראו, למשל, דברי השופט דנציגר בעניין בלמורל, לעיל ה"ש 12, בפסקה 35 לפסק דינו ("הפניה לנסיבות חיצוניות לחוזה [...] כדבר שבשגרה [...] יוצרת לטעמי מציאות שעלולה לפגוע בעקרונות היסוד של דיני החוזים: אוטונומיית הרצון החופשי של הצדדים, עקרון חופש החוזים ועקרון היציבות והוודאות המשפטית"). ראו גם Wayne Barnes, *The Objective Theory of Contracts* 76 U. CIN. L. REV. 1119 (2008); Joseph M. Perillo, *The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation*, 69 Fordham L. Rev. 427 (2000) לשיקולים אלה מצטרפים גם שיקולים מוסדיים, מ"סדר שני", המובילים למסקנה דומה בדבר העדיפות המהותית של לשון החוזה בהליך הפירוש (וזאת, מנקודת מוצא נורמטיבית כללית זהה בכל הנוגע למידת ההתערבות השיפוטית הראויה ביחסיהם החוזיים של הצדדים). מחברים הנמנים על הזרם המוסדי של הכתיבה בדיני חוזים מפקפקים בכישוריו של בית המשפט לדעת טוב יותר מן הצדדים מה הייתה כוונתם וכיצד ביקשו להשיא את רווחתם. לפיכך נכון יותר לדבוק בפרשנות מילולית של החוזה וליתן תוקף להסכמת הצדדים כפי שזו נוסחה על ידם. ראו A. Schwartz & R.E. Scott "Contract Theory and the Limits of Contract Law" 113 Yale L.J. 541 (2003). מאוטנר – התערבות שיפוטית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 67–69. ראו ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 531 ואילך. עניינה של תכלית אובייקטיבית זו הוא כוונתם ההיפותטית של הצדדים לחוזה, והיא מבוססת בעיקרה על חזקות הנעוצות בערכיה ובעקרונותיה של השיטה המשפטית.

לא ניתן לאמוד את דעתם הסובייקטיבית של הצדדים, לא יהא מנוס מזניחת התכלית הסובייקטיבית תוך פנייה לתכליתו האובייקטיבית של החוזה.

המהפכה המיוחסת להלכת **אפרופים** כרוכה אפוא בהיות ההלכה רבת-פנים. היא חולשת על כמה ממדים, עקרוניים כולם, של דין הפירוש. הקביעות העקרוניות שבה לא התמצו בסטייה מטכניקת הפירוש מהיבט המקורות שמהם ילמד בית המשפט על כוונת הצדדים, אלא הן הכניסו לתמונה, אף אם בנחיתות נורמטיבית יחסית, רכיב פרשני נוסף, אובייקטיבי ונורמטיבי. מכאן נובע הפוטנציאל המיוחד הגלום בהלכה להפוך לכלי להתערבות יתר ביחסי הצדדים. ככל שמרכז הכובד מוסט מן הרובד הסובייקטיבי לרובד האובייקטיבי של הפרשנות התכליתית, השאלה הפרשנית כולה משנה את פניה. היא הופכת מריאלית-עובדתית, העוסקת בהסכמה האקטואלית של הצדדים, לנורמטיבית-היפותטית המתרחקת מרצונם האקטואלי. מטעם זה הלכת **אפרופים** נתפסת כציון דרך לא רק בפרשנות חוזים אלא גם בנושאים אחרים שבשורש דין החוזים כולו וגדרי סמכויותיו של בית המשפט ביחסים שבינו ובין הצדדים לחוזה. המחלוקת בין הלכת **אפרופים** ובין תורת השלבים אינה מצטיירת אפוא רק כיריבות בין שתי טכניקות פירוש המכוונות להשגת יעד זהה, אלא כעימות בין היעדים עצמם. עם זאת, אין להתעלם מכך שלמרות הפוטנציאל האקטיביסטי הגלום בהלכה, המודל הפרשני הפורמלי אשר נקבע בה עודנו מחויב, בדומה למודל המסורתי שקדם לה, לחשיפת הכוונה האקטואלית של הצדדים. על פי התשתית הפורמלית והאנליטית של הלכת **אפרופים**, לא השתנתה תכליתו המרכזית של הליך הפירוש. תכלית זו מעלה על נס, כאמת מידה מרכזית וכבעבר, את חשיפת הכוונה האקטואלית של הצדדים ומעדיפה את כוונתם זו על פני הגשמת ערכים חיצוניים.

אפשר שמטעם זה ההיבט העיקרי שבמוקד המחלוקות מן העת האחרונה – ועליהן נעמוד בהמשך – הוא דווקא ההיבט הראייתי-דיוני של הלכת **אפרופים** ("התכלית הסובייקטיבית"). נרחיב אפוא בסמוך על היבט זה של ההלכה.

שאלת המפתח המבחינה בין דרכי הפרשנות האמורות, על יסוד היבט זה, היא טיבם והיקפם של המקורות שב"אשפת הפרשנות"<sup>28</sup> ושממנה אמור – ורשאי – הפרשן ללמוד על כוונתם של הצדדים. ככל שיוכן סעיף 25(א) כמתווה מסלול דו-שלבי לפירוש חוזים, הרי בפני הפרשן ניצבת מחיצה ראייתית קשיחה, גדר הפרדה בלתי חדירה, במצב דברים שבו ניתן להידרש לפירושו של חוזה על יסוד לשונו.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> בלשונו היפה של השופט מ' חשין בדנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס**, פ"ד נב(3) 1, 72–74 (1998).

<sup>29</sup> אולם ראוי להעמיד דברים על דיוקם. אף בעידן שבו שלטה בכיפה תורת שני השלבים, קבעו בתי

מבחינה זו, אין לו לדיין אלא מה שהראהו הטקסט, ואין בכליו של הדיין ביטוי אמין יותר לכוונת הצדדים מזה שניסחו הם עצמם. כלל זה מזכיר במידת מה את הכלל האנגלו-אמריקני הקרוי Parol Evidence Rule,<sup>30</sup> המציב חסם בפני הבאתן של ראיות חיצוניות בכל הנוגע לחוזה כתוב במצב דברים שבו מצא בית המשפט כי הוא שלם (Integrated). במקרים אלה יחול "כלל המשמעות הפשוטה" (The Plain Meaning Rule), ולפיו יפורש החוזה על יסוד לשונו בלבד. בכך יש למעשה גם כדי להשיב על שאלת היסוד שמגבה את תורת הפרשנות התכליתית מבחינה פילוסופית ורעיונית, היא איך תפורש לשון החוזה, והרי לכאורה אף זו לעצמה טענה פירושה.<sup>31</sup> הכלל מורה אפוא שהלשון תפורש כפשוטה.

אולם אם יובן סעיף 25 באופן המחיל את תורת הפרשנות התכליתית, הרי לפנינו פתיחת שערי הפרשנות ופריצת סכר הראיות. מן הבחינה הזאת הפכה ידו של הפרשן להיות בכול, שכן מלוא כל אשפתו ראיות למכביר. המעבר לתורת הפרשנות התכליתית משמיענו, בראש ובראשונה, את ניתוצה של המחיצה הראייתית בין לשונו של החוזה ובין נסיבותיו הכלליות. ייחודה הוא שבירת מחיצות דינויות ותנועתיות מתמדת בלא תחנת מעבר בין לשון החוזה לבין הנסיבות החיצוניות

המשפט שפירוש החוזה מתוכו אין משמעו פרשנות מילולית "צרה", אלא יש לפרש את הטקסט על רקע ההקשר החוזי כולו, תכליתו ומטרתו. כך, למשל, העיר הנשיא שמגר כי המונח "לשון החוזה" הוא מושג רחב שאינו מתמצה אך בפרשנות המילולית של ביטוי זה או אחר (ראו עניין צים, לעיל ה"ש 19, בעמ' 217), ואילו השופט חשין העיר כי קו הגבול בין לשון החוזה ובין נסיבות עריכתו הוא "דק מכל דק" ואין להגביל את פרשנות החוזה ללשונו בלבד (ראו ע"א 5795/90 סקלי נ' דורעאן בע"מ, פ"ד מו(5) 811, 818 (1992). בהקשר זה ראו גם דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 420–421. לטענה רדיקלית שלפיה גם בתקופה שקדמה להלכת אפרופים, ההיררכיה המסורתית של דיני הפירוש לא תאמה את האופן שבו בתי המשפט קבעו את תוכן החוזה בפועל, וכי "פירמדת הפירוש וההשלמה", כפי ביטוייה בפסיקה, היא למעשה מהופכת, ראו איל זמיר – פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 21–59.

<sup>30</sup> Law Commission Report No. 154 on Law of Contract: The Parole Evidence Rule (1987). לדין בכלל זה, ולביקורת נוקבת בהקשרו, ראו הלה קרן – חוזים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 244.

<sup>31</sup> לפי השופט ברק הגדרת מלאכת הפרשנות היא "הבנה" (meaning) (ברק – שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 8, בעמ' 180). לדידו, שם, בעמ' 181: "אין לטקסט פירוש "אמיתי". אין באפשרותנו להשוות את משמעותו של הטקסט לפני הפירוש למשמעותו לאחר הפירוש. כל הבנה היא תוצאה של פירוש. כל טקסט מתייצב לפנינו לאחר שפורש. אין הבנה קדם פרשנית" (ההדגשות הוספו). ראו גם ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 58, 445. ראו גם להלן בה"ש 92.

שלו.<sup>32</sup> הבחנות כרונולוגיות אין בה. ניתוקים ראייתיים אין בה. כללי מעבר אין בה. תורת הפרשנות התכליתית תובעת אפוא התחשבות בנסיבות "בכל הנסיבות"<sup>33</sup> ככלי עזר ראייתי להערכת אומד דעת הצדדים לחוזה.

אלה הם עיקרי דין הפירוש להיבטיו ולתמורותיו, ואין האמור אלא תיעוד הידוע. מכאן ואילך החלו להסתמן מגמות חדשות בהקשר זה, אשר לאורן מתקבל הרושם שמהפכת אפרופים והביקורות שבאו בעקבותיה היו רק ראשיתה של הסערה הגדולה האופפת סוגיה זו. לבחינת מגמות אלה נפנה כעת.

## ב. קריאות התיגר – ניסיון (שיפוטי) לביטול הלכת אפרופים

לאחרונה נשמעו קריאות תיגר על ההלכה השלטת בבית המשפט העליון.<sup>34</sup> הן קוראות להשבת עטרת לשון החוזה כמקור מכריע בפירושו של חוזה, ליושנה.<sup>35</sup> דוברן העיקרי – השופט דנציגר – זיכנו בגרסאות חריפות<sup>36</sup> ובגרסאות מרוככות<sup>37</sup> בפורשו משנתו זו.

<sup>32</sup> ראו עניין אפרופים, לעיל ה"ש 4, בפסק דינו של השופט ברק, בעמ' 314.  
<sup>33</sup> ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 492. על פריצת הגדר הדיונית ראו גם דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 423.

אמנם אפשר לטעון שדווקא שיטה זו, המסירה את החציצה הדיונית בין לשון החוזה ובין נסיבותיו, היא "סובייקטיבית" יותר, שכן היא מאפשרת, לכאורה, התחקות טובה יותר אחר כוונת הצדדים (ראו, למשל, קרן – ספר ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 455–457). לדעתנו הטענה שגויה. הלוא גם הנסיבות לא יוכלו לעשות יותר מן הלשון הברורה בהקשר זה, זולת מקרים שבהם אין בלשון, כשלעצמה, כדי לסייע (ראו למשל, להלן, בה"ש 74). נסיבות החוזה לאו דווקא מנהירות באופן טוב יותר את כוונת הצדדים. בצדק ציין השופט ברק כי "כמובן, ברוב המקרים, אומד הדעת העולה מתוך לשונו של החוזה הוא 'בטוח' יותר ואמין יותר מאומד הדעת הנלמד מתוך הנסיבות" (עניין אפרופים, שם, בעמ' 300). נראה לנו שפנייה גורפת וכוללת לנסיבות "בכל הנסיבות" מעידה על עצמה שאין היא נובעת מהיות ה"נסיבות" כלי עזר להערכת כוונת הצדדים, אלא היא מבוססת יותר על דחיקת רגליה של לשון החוזה בהערכת כוונתם זו ועל חתירה להתעלמות נרחבת מן המשמעות המילולית של החוזה.

<sup>34</sup> לבחינה תמציתית וקולעת בהקשר זה, ראו יהודה אדר "מגמות ותנודות בדין החוזים הכללי – ישראל 2010" דין ודברים 1, 15–16 (2011).

<sup>35</sup> קריאות תיגר מחודשות אלה, המתאפיינות בנסיגה אל עבר תפיסות שמרניות, מנוגדות לחלוטין לתחזית של פרופ' ברק, כפי שהובעה בספרו פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 505 ("עם עכור הזמן, ולאחר שנתרגל להלכת אפרופים, היא תיראה בעינינו כמבטיחה ביטחון וודאות. הידוע נראה ודאי, ואילו החדש נתפס כנוסך חוסר ביטחון. עניין הוא לשנים לעשות את שלהן").

<sup>36</sup> "חריפות", משום שהן מערערות בנחרצות על הנחות היסוד שביסוד הלכת אפרופים, לעיל ה"ש 4. ראו, למשל, ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ, תק"ע על 2008 (1) 840 (2008) (להלן: עניין

על אף הגושפנקה שניתנה להלכת אפרופים בעניין מגדלי הירקות, לא נדחקה שיטתו של השופט דנציגר לקרן זווית, וערכאות נמוכות אימצו והלכו בעקבותיה.<sup>38</sup> ייתכן

לוי, שבו העיר השופט דנציגר כי "על אף כללי הפרשנות שנקבעו בהלכת אפרופים ובהלכת ארגון מגדלי ירקות, מן הראוי כי במקום בו לשון ההסכם היא ברורה וחד משמעית, כגון המקרה שבפני, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם" (שם, פסקה 27 לפסק דינו). וראו גם ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון בע"מ (לא פורסם, 13.2.2008) (להלן: עניין בלום) שבו ציין השופט דנציגר, בציינו את עניין לוי, כי "לאחרונה הבעתי את דעתי לפיה כאשר לשון ההסכם היא מפורשת, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם [...] דברים אלו יפים גם לעניין שבפני". ראו גם רע"א 7816/06 עו"ד יעקב בויאר בתפקידו ככונס נ' עיזבון המנוח דוד מרמלשטיין (לא פורסם, 1.10.2009) (להלן: עניין בויאר), פסקה 30 לפסק דינו של השופט דנציגר, שבה שב ופרש את משנתו שלפיה "כאשר לשון החוזה ברורה יש לתת לחוזה את המשמעות הפשוטה והברורה העולה מלשונו". ראו גם ע"א 3559/07 זקס נ' המפרק ד' קירשנבוים (לא פורסם, 7.7.2009), בפסק דינו של השופט דנציגר; ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל חברה לבנייה 1992 בע"מ נ' טהוליאן (לא פורסם, 10.9.2009), בפסק דינו של השופט דנציגר. ראו גם ע"א 10849/07 פוארסה נ' פוארסה (לא פורסם, 12.11.2009) (להלן: עניין פוארסה), שבו ציין השופט דנציגר בסעיף 31 לפסק דינו כי "סבור אני כי מקום שבו לשון החוזה ברורה וחד משמעית, חזקה עליה כי היא משקפת את אומד דעת הצדדים ולכן יש להעניק לה משקל מכריע בפרשנות ולתת לחוזה את המשמעות הפשוטה והברורה העולה מלשונו". ראו גם בע"מ 5141/09 פלונית נ' פלוני, פס' 15–14 לפסק דינו של השופט דנציגר (לא פורסם, 27.1.2010), בציינו כי: "אין ספק כי במקרה דנן לשונו של הסכם הגירושין ברורה וכוונת הצדדים מפורשת [...] משכך, שגה בית המשפט לענייני משפחה כאשר פירש את הסכם הגירושין פרשנות תכליתית תוך התעלמות מלשונו המפורשת של ההסכם". לכך שלשון פסיקותיו של השופט דנציגר משמיעה חתירה מפורשת תחת הנחות היסוד הגלומות בהלכת אפרופים, ראו להלן בהערה 46.

37 ראו, למשל, רע"א 1452/10 מפעל הפיס בע"מ נ' טלמור (לא פורסם, 11.10.2010), בו מדגיש השופט דנציגר כי "מבחינה עקרונית הלכת אפרופים אינה הלכה שגויה, אולם [...] סבורני כי הרטוריקה שלה והדרך שבה היא יושמה הם שהובילו לפגיעה בעקרון חופש החוזים, לפגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי ופגיעה ביציבות הנדרשת בדיני החוזים. לגישתי, וכך אף עולה מלשון סעיף 25(א) לחוק החוזים, על בית המשפט להביא בחשבון את כלל השיקולים הרלבנטיים כאשר הוא נדרש לשאלת פרשנותו של חוזה, וכל זאת במקום בו החוזה אינו ברור וטעון פרשנות. במקרים אלו נדמה כי אין מקום להסתפק אך ורק בלשון החוזה", שם, פס' 41 (ההדגשות הוספו).

38 ראו, למשל, ת"א 53200-08 רחים נ' מוארמן, בסעיף 35 (פורסם בנבו, 2011) (להלן: עניין מוארמן), העוסק בפירוש החוזה הנדון. ראו גם ת"א (שלום באר-שבע) 1347/09 ישראלמריין ייצור מבנים 3000 בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון בפס' 12 לפסק הדין (לא פורסם, 8.9.2011) (להלן: עניין ישראלמריין) ("למרות הלכת אפרופים [...] הרי שמצאתי להפנות בעניינינו, דווקא לפסק דינו של השופט דנציגר בעניין ע"א 5856/06 – אמנון לוי נ' נורקייט 15

שמטעם זה – וייתכן שבלא קשר לכך – הביאו הרהורי כפירה אלה למתיחויות ולהתנצחויות מהדהדות. שיאה של התגושות שיפוטית זו, שניצניה החלו להיראות עוד קודם לכן,<sup>39</sup> היה פסק הדין בעניין **בלמורל**. פסק הדין לא טמן בחובו חילוקי דעות בדבר תוצאתו האופרטיבית. חרף זאת, בחרו כל חברי ההרכב להידרש לביאורים עקרוניים של דין הפרשנות הנוהג. ככל שדברים אמורים בשאלת מקומה של הלכת **אפרופים**, דומה שפרשת **בלמורל** אינה מותירה עוד מקום לספק. המשנה לנשיאה ריבלין, על דעת השופט ג'ובראן, ראה לנכון להדגיש שהלכת **אפרופים**, על עיקריה ונדבכיה, עומדת על כנה, וכי "מדובר בהבהרה ותו לא – שהרי אין כאן דיון עקרוני חדש".<sup>40</sup> לדבריו אלה הוסיף המשנה לנשיאה מסר אישי, ולפיו: "אכן, מפגיעה בוודאות וביציבות המשפטית יש להיזהר בתחום פרשנות החוזה [...] גם סטייה שאין בה הכרח מהלכה מושרשת עשויה לפגוע בוודאות וביציבות המשפטית". בכך נראָה היה שבאה על סיומה – תוך שספגה מהלומה ניצחת – מסכת קריאות התיגר על הלכת **אפרופים**.<sup>41</sup>

כמה הערות מתבקשות בכל זאת להיאמר בהקשר זה: מסכת קריאות התיגר על הלכת **אפרופים** אופיינה במבוכה ובעמימות כאחד. מבוכה, שכן דומה שחסידיה המובהקים של הלכת **אפרופים** כמו הניחו (אולי בלי משים) – בטרם ניתן פסק הדין בעניין **בלמורל** – להלכה הנוהגת "לחמוק" תחת ידם. רקע הראוי להיזכר כאן הוא שרשרת המקרים שקדמו לעניין **בלמורל** ואשר בהם נפרשה משנתו של השופט דנציגר בלא שנשמע קולם של חברי ההרכב שישבו עמו על מדין.<sup>42</sup>

בע"מ [פורסם בנבו] תק-על 2008 (1), 840, שם נקבע כי, מקום בו לשון החוזה מפורשת יש ליתן לעובדה זו משקל מכריע בפרשנות ההסכם, עד כי לעיתים אין להידרש לכוונות הצדדים".<sup>39</sup> ראו, למשל, הערותיהם המרוככות של חברי המותב, בתגובה לפסק דינו של השופט דנציגר באותו מקרה, בעניין **פוארסה**, לעיל ה"ש 36. המשנה לנשיאה ריבלין והשופט נאור ראו לנכון להבהיר, ובזאת התמצה פסק דינם, כי הלכת **אפרופים** עומדת על כנה.<sup>40</sup> עניין **בלמורל**, לעיל ה"ש 12, בפסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.<sup>41</sup> אולם יש לציין זאת: השפעותיה של מסכת קריאות תיגר זו עודן מהלכות בקרבנו. אף לאחר פרסום פסק הדין בעניין **בלמורל**, שם, שיטתו של השופט דנציגר לא נדחקה לחלוטין, ודומה שהחלו לתבוע מושב קבע למענה בינותינו. ראו, למשל, עניין **מוארמן**, לעיל ה"ש 38, שבו צוטטה – בלא הסתייגות – משנתו של השופט דנציגר כפי שהובאה בעניין **בלמורל**, שם. כן ראו עניין **ישראלין**, לעיל ה"ש 38.

ראו, למשל, עניין **לוי**, לעיל ה"ש 36, שבו התקבל פסק דינו של השופט דנציגר בהסכמה בלתי מסוייגת של שני חברי ההרכב האחרים (המשנה לנשיאה ריבלין, והשופט גרוניס). ראו גם עניין **בלום**, לעיל ה"ש 36, אשר גם בו נתקבלה הכרעתו של השופט דנציגר בלא הסתייגות מצד חברי ההרכב האחרים (השופט גרוניס והשופטת חיות). כן ראו עניין **בוניאר**, לעיל ה"ש 36, אשר גם בו ניתן פסק דינו של השופט דנציגר בהסכמה בלתי מסוייגת של חברי ההרכב (השופטת פרוקצ'יה

אולם לגופם של דברים דומה שעמדתו של השופט דנציגר לוקה בעמימות. אמנם לאחר קריאת משנתו של השופט דנציגר, רב הפיתוי לסבור שהיה בדעתו לקרוא תיגר על הלכת אפרופים, אלא שחוסר ההתאמה בין משנתו של השופט דנציגר ובין הלכת אפרופים אינו בחזקת המובן מאליו, שכן במקרים רבים מצינו שההצהרה המהותית לא עלתה בקנה אחד עם העשייה הדיונית. כך, למשל, בעניין בלמורל עצמו – ובאופן שאינו מתיישב לכאורה עם עמדתו הנורמטיבית כלשונה – בחר השופט דנציגר לבחון בכל זאת גם את נסיבותיו החיצוניות של החוזה.<sup>43</sup> אם כך, ניתן היה להניח שקריאות התיגר אינן מהותיות וכי השופט דנציגר הוא מעין "פרקטיקאי נחבא" של תורת הפרשנות התכליתית.

ואין הדבר כך. הפערים בין ההשקפות נעוצים לדעתנו בליבתה הקשה של הלכת אפרופים, על כלל נדבכיה ועקרונותיה, ויורדים לשרשה.<sup>44</sup> אין בדרכו הדיונית של השופט דנציגר, הפונקציה אף היא לבחינת נסיבות ההתקשרות, כדי להעיד על מתינותן המהותית של קריאות התיגר שלו. היפוכו של דבר: ייתכן שדווקא החתירה השיטתית לטשטוש החיכוך האופרטיבי כאשר נסיבות המקרה מתאימות לכך, עשויה להעיד על ניסיון לחמוק מגלאי החיכוך הנורמטיבי – מחמת עמקותו. בל נשכח כי המכנה המשותף למקרים שבהם בחר השופט דנציגר לבחון את נסיבות החוזה בצמוד ללשונו,<sup>45</sup> הוא היעדר כל עימות בין לשון החוזה ובין נסיבותיו. משלא נזדמן לפתחנו מקרה מבחן מתאים לליבון השקפתו הנורמטיבית, אין לנו אפוא אלא ללמוד על

והשופט ג'ובראן). שתיקתם הרועמת של חברי ההרכב במקרים השונים לא הייתה חפה מתגובות בערכאות הנמוכות. וראו, למשל, ת"א (מחוזי תל-אביב) 1716/07 כהן נ' קצירי, (פורסם בנבו, 2011), שבו צוין כי "בע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ" (פורסם בנבו ב-28.1.08) קבע בית המשפט העליון, מפני השופט י' דנציגר, בהסכמת השופטים א' ריבלין וא' גרוניס, כדלהלן: 'על אף, כללי הפרשנות שנקבעו בהלכת אפרופים ובהלכת ארגון מגדלי ירקות, מן הראוי כי במקום בו לשון ההסכם היא ברורה וחד משמעית, כגון המקרה שבפני, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם'.

<sup>43</sup> עניין בלמורל, לעיל ה"ש 12, בפסקה 27 לפסק דינו של השופט דנציגר. לדוגמאות נוספות שבהן נקט השופט דנציגר פרקטיקה דומה, ראו איל זמיר "אפרופים עדיין כאן – כיצד יפורש החוק בנושא פירוש חוזים", עורך הדין "גיליון היובל" 11, 98, 101 (2011) (להלן: איל זמיר – אפרופים עדיין כאן).

<sup>44</sup> לעמדה אחרת, ולפיה המתח האמור נעוץ דווקא ברטוריקה שיפוטית, ראו איל זמיר – אפרופים עדיין כאן, שם, בעמ' 101. (לעניין הרטוריקה השיפוטית העדיפה לפי זמיר, ראו זמיר – ספר ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 399 ואילך). עמדה מעין זו נקט אף המשנה לנשיאה ריבלין. ראו ריבלין – על בלמורל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 37, 43–44 (2010). עמדתנו הנבדלת בהקשר זה נעוצה בהתבטאויותיו המפורשות של השופט דנציגר, להלן בה"ש 46.

<sup>45</sup> ראו אלה המובאים בה"ש 43 לעיל, ולרבות הסקירה שערך פרופ' זמיר בהקשר זה.

אומד דעתו של השופט דנציגר כפי שהיא משתמעת מלשון פסיקותיו.<sup>46</sup> זו הלשון תשמיענו כי בחינת הנסיבות (אכן) נעשתה מצדו למעלה מכל צורך ובשוליהם של דברים.<sup>47</sup> ואולי דווקא התקיפות שבביקורת מתנגדיו מעידה – כמאה עדים – על אומד דעתם שלהם, שלפיה מחלוקתם נעוצה בליבתם הקשה של הדברים.

### ג. התיקון לחוק – ניסיון (חקיקתי) לביטול הלכת אפרופים

משהוכרעה שאלת דין הפירוש במגרש השיפוט, ביקש גם המחוקק לכבוש לו חלקה בסוגיה רגישה זו. ואכן, בלי תופים ובלי מחולות – ויש הטוענים כי במחטף של ממש<sup>48</sup>

<sup>46</sup> לשון פסיקותיו של השופט דנציגר משמיעה, לדעתנו, חתירה – מפורשת – תחת הנחות היסוד של עניין אפרופים, לעיל ה"ש 4 (ובכלל הנחות יסוד אלה: שבירת המחיצה שבין לשון החוזה ובין נסיבותיו, התיישבות הפנייה לנסיבות בכל הנסיבות עם עקרונות יסוד של דיני החוזים, היעדר קיומו של טקסט ברור כשלעצמו, הכפירה בכלל המשמעות הפשוטה של הלשון, ומשקלה היחסי של לשון החוזה בהערכת כוונתם של הצדדים). ראו, עניין לוי ועניין בלום, לעיל ה"ש 36, בפסקי דינו של השופט דנציגר. וראו גם קריאת תיגר מפורשת זו: "אין בידי להסכים לעמדתו של חברי, המשנה לנשיאה, לפיה עסקינן אך ורק [...] ב'רוח של אפרופים'. פניה לנסיבות החיצוניות כעניין שבשגרה [...] אף כשאין הדבר נחוץ [...] הפכה לחלק בלתי נפרד מהאופן בו מפרשים בתי המשפט חוזים. הפניה לנסיבות חיצוניות בהסתמך על הלכות אפרופים ומגדולי הירקות, יוצרת לטעמי מציאות שעלולה לפגוע בעקרונות היסוד של דיני החוזים". ראו, עניין בלמורל, לעיל ה"ש 12, בפסקה 35 לפסק דינו של השופט דנציגר.

<sup>47</sup> בלשונו של השופט דנציגר, בטרם פנה לבחינת נסיבותיו של החוזה במקרים שנדונו לפניו. ראו, למשל, דבריו אלה: "לשונו של סעיף זה ברורה וחד משמעית [...] מעבר לנדרש, אציין כי לדידי גם נסיבות עריכת ההתקשרות החוזית [...] מעידות על כך שפרשנות החוזה אכן מעגנת את אומד דעת הצדדים בעת כריתתו" (ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, בפסקאות 26–27 לפסק דינו של השופט דנציגר נבו (2009) (ההדגשות הוספו). ראו גם את דבריו אלה: "בשולי הדברים יוער כי גם אם נפנה לנסיבות החיצוניות להסכם, הרי שאלה רק מחזקות את עמדת המשיב" (עניין בלמורל, לעיל ה"ש 12, בפסקה 27 לפסק דינו של השופט דנציגר).

<sup>48</sup> ראו דברי פרופ' ברק בתוך יובל יועז "אהרן ברק: לא מבין איך החוק לביטול הלכת אפרופים התקבל" גלובס 6.4.2011 [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000636560](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000636560). (להלן: יועז – החוק לביטול אפרופים). ראו גם יובל יועז "אושר תיקון לחוק החוזים, מהפכת הנגד של הלכת אפרופים נכשלה" גלובס 23.1.2011 [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000617555](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000617555). ראו גם שחר ליפשיץ "האם תוסר העמימות מהלכת אפרופים" דה-מרקר 2.2.2011 [www.themarker.com/law/1.597621](http://www.themarker.com/law/1.597621). (להלן: ליפשיץ – האם תוסר העמימות).

– אושר תיקון סעיף 25 לחוק החוזים הכללי. <sup>49</sup> הואיל וסעיף 25(א) ראש וראשון הוא לסעיפי הפירוש, נידרש כאן רק אליו. <sup>50</sup> וכך הורנו המחוקק בסעיף המתוקן: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין. ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו".

למקרא הוראת התיקון מתבקשת השאלה כיצד, אם בכלל, יש בו כדי לשנות מן ההלכה הנוהגת. <sup>51</sup> נראה לנו שחקיקתו של התיקון רק הוסיפה לערפול הכללי השורר בסוגיה. עיקרה של העמימות נעוץ בכך שעיון בדברי ההסבר להצעת החוק חושף – באופן פרדוקסלי – תהום החוצצת בין לשונו של החוק ובין תכליתו.

<sup>49</sup> ראו דיוננו לעיל, בה"ש 11 ובטקסט הסמוך לה.

<sup>50</sup> מלבד תיקון ס"ק א' נקבע גם כי אחרי ס"ק ב' יבוא ס"ק ב(1) המעגן את הכלל הפסיקתי "פירוש נגד המנסח" באופן הזה: "חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו". יצוין שעד התיקון לחוק עיקרון זה הוחל בעיקר על חוזים אחידים. הנוסח שאומץ בסעיף 25(ב) רחב יותר מהנוסח המקובל כיום בפסיקה, שכן הוחל לא רק על חוזה שנוסח כולו בידי צד אחד, אלא למעשה בכל מצב שבו לצד אחד הייתה עדיפות בעיצוב תנאי החוזה. לדיון כללי בכלל פסיקתי זה ראו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 436 ואילך.

<sup>51</sup> לאחר שמאמר זה התקבל לפרסום, נדונה (והוכרעה) שאלה זו בפסק הדין רע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ** (פורסם בנבו, 26.2.2012). בפסק הדין הנזכר קבעו שופטי הרוב (השופט ריבלין והשופט ג'ובראן) כי אין בתיקון לחוק כדי לסטות מן השיטה הפרשנית שנקבעה בהלכת **אפרופים**. התיקון, לדעתם, הוא אימוץ של המודל הפרשני אשר הונהג בהלכת **אפרופים**. בסתירה לעמדה זו ניצבת לא רק עמדתו של השופט הנדל באותו פסק דין (שלפיה התיקון לחוק בא לשנות מהלכת **אפרופים**), אלא גם עמדתו של השופט דנציגר, שלפיה התיקון לחוק הוא תיקון מהותי המבטא עמדה נורמטיבית שונה מזו שביסוד הלכת **אפרופים** (ראו ע"א 11039/07 **אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ** (נבו, 6.7.2011) (להלן: **עניין אליהו**)). יתר על כן, גם בחלוף זמן ניכר מאז שניתן פסק הדין בעניין המוסד לביטוח לאומי, נדמה כי המחלוקת לא דעכה. כך, בפסק הדין ע"א 3894/11 **דלק - חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' בן שלום** (פורסם בנבו, 6.6.2013) שבה והתלקחה המתיחות בדבר דין הפרשנות הנוהג. עמדת השופט סולברג, כפי שהובעה בפסק דין זה, הינה כי פסק הדין בעניין המוסד לביטוח לאומי אינו משקף הכרעה במחלוקת, אלא אך ביטוי נוסף למחלוקת שעודנה נטושה בין הפוסקים. עוד הוסיף השופט סולברג והביע את עמדתו בכל הנוגע לתיקון לחוק, שלפיה ראוי להפחית ממשקלן של הנסיבות החיצוניות לחוזה "עד כי, לעיתים נדירות, תזכה הלשון למעמד בלעדי" (שם, בפסקה 19 לפסק דינו של השופט סולברג). לעומת זאת, השופט ג'ובראן שב והבהיר את תוקפה של הלכת **אפרופים**. חילוקי הדעות ההולכים ונמשכים באשר לפשרו של התיקון לחוק החוזים משקפים היטב את עמדתנו המוצגת כאן, שלפיה התיקון רק הוסיף לערפול ולמתיחות המאפיינים את הסוגיה.

עיון בלשונו הסבוכה של התיקון לחוק יניב את התובנה שאין בתיקון האמור כדי לגרוע דבר מן ההלכה הקיימת, אף לא כדי להגבילה או להתיש את כוחה. היפוכו של דבר, דומה שהלכת **אפרופים** זכתה לעיגון מפורש בדבר החקיקה. טיעון זה מוצא תימוכין בכמה מישורים אשר כוחם יפה לחוד, וקל וחומר בהצטברם.

ראשית, הואיל והתיקון לחוק נסב בעיקרו על ההיבט "הסובייקטיבי" של הלכת **אפרופים** (הנוגע למקורות שמהם ניתן יהיה ללמוד ולחשוף את כוונת הצדדים), אין בו כדי לשנות מן הליבה הקשה – והרגישה יותר – של הלכה זו, שמבוססת על עקרון תום הלב ועל עקרונות היסוד של השיטה ושמאפשרת את העצמת כוחו של בית המשפט על-חשבון כוחם של הצדדים. דבר החקיקה ממוקד בעיקרו במחיצה "הדיונית-ראייתית" שהוסרה בהלכת **אפרופים** ולא בהיבטיה הנוגעים ל"תכלית האובייקטיבית".<sup>52</sup> ואם בגרסתו הקודמת של החוק נמצאה אחיזה לפנייה לערכי השיטה, לא תהיה מניעה לכך אף בגרסתו החדשה.

שנית, לא נכחד – איך נוכל? – את חלקו הראשון של הסעיף, המבטא במדויק את הלכת **אפרופים**. נוסח זה מעגן, למעשה לראשונה, את ביטול ההפרדה בין החוזה ובין נסיבותיו, ועל כן הוא נותן ביטוי מובהק לתורת הפרשנות התכליתית בהיבטה הסובייקטיבי. אמנם לשונו של התיקון בסיפא מעגנת את תורת שני השלבים במלאכת פירושו של חוזה, תוך ייחוס הבכורה ללשונו, אולם ספק רב עד כמה יש בחלק זה – אף כעומד לעצמו – כדי להגשים את תכליתו. סעיף 25 המתוקן מכונן למעשה שינוי בסיסי בקשרי הגומלין שבין "אומד דעת הצדדים" ובין "לשון החוזה", שכן הוא מנתק את הקדימה הנורמטיבית כמו גם את הזיקה ההדוקה שבין אלה. בסעיף 25 שלפני התיקון דובר בלשון החוזה כמשקפת את תחומי דעת הצדדים, מגדירה וגודרת אותם, בלא כל תנאי מקדמי – כמו זה שבנוסח החדש – המאפשר, לפני פנייה ללשון עצמה, את עצם קיומה של מסקנה אחרת. שכן הסיפא לסעיף המתוקן נפתח בתנאי מקדים שלפיו "אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה". הרשות נתונה אפוא כיום לפרשן לבור לו כיד הנחותיו המקדמיות את המקורות שלהם יידרש. הליך מעין זה מעניק שיקול דעת רחב יותר לפרשן ודומה שאין החוק חוסם את האפשרות שיובאו ראיות חיצוניות לעניין זה.<sup>53</sup> זאת ועוד, התיקון לחוק מצמצם את בכורתה של הלשון בקבעו סטנדרט מחמיר לכינון בכורה זו, דהיינו השתמעות "מפורשת" מלשון החוזה. מנגד, לפני התיקון, הפירוש על יסוד לשונו של החוזה נסמך על השתמעות ("בלבר") מתוך החוזה, בלא דרישה למפורשות ההשתמעות. ומה אפוא יהא דינה,

<sup>52</sup> ראו דיונונו לעיל בסמוך לה"ש 25–27.

<sup>53</sup> ראו, למשל, עניין **אליהו**, לעיל ה"ש 51. ראו גם ת"א (שלום תל-אביב) 10316-01-10 **לבייב נ' מעוז**, (פורסם בנבו, 2011).

לאחר התיקון, של השתמעות ("בלבד") מתוך החוזה, ומדוע כבר אין בהשתמעות ("בלבד") כדי להשביע רצון? אמת המידה הנזכרת בתיקון מאפשרת אפוא שיקול דעת רחב להתנתק מלשון החוזה ולפנות לנסיבותיו.<sup>54</sup> יתר על כן, דומה שהביטוי "משתמע במפורש" הוא אוקסימורון, בהיותו ביטוי שצירוף רכיביו מחולל פרדוקס. מכאן שסמכותו של בית המשפט, לאחר התיקון לחוק, לפנות לנסיבותיו החיצוניות של החוזה, רחבה יותר מסמכותו של בית המשפט לעשות כן עובר לתיקון.

שלישית, אף הכרונולוגיה הניסוחית אשר ננקטה בסעיף בכללותו – ובמנותק מן הסבך שבסיפא – חושפת רטוריקה חקיקתית שמשמעותה הנורמטיבית בצדה.<sup>55</sup> אם סעיף 25 לחוק, בנוסחו הקודם, השמיענו בראשית דבריו את עליונות הלשון כ"כלל הזהב" במלאכת הפרשנות, דומה שלאחר התיקון נועד לפרשנות התכליתית מקום של כבוד משנטבעה זו בפתחו של הסעיף, כמעין נקודת מוצא שחלופותיה באות לאחריה.

מכל האמור עולה שהתיקון לחוק אינו אלא ברכה סטוטורית על המוגמר, שכן בא זה ועיגן בכתובים את שכבר נשתרש בהלכה הפסוקה.

לעומת לשונו המפורשת של החוק, מתייצבות במלוא עוצמתן נסיבותיו החיצוניות, המשתקפות בין השאר בדברי ההסבר הרשמיים לחוק ובישיבות הכנסת.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> דוגמה לשיקול דעת רחב זה, ראו בתוך ע"א 3299/10 מנהל מקרקעי ישראל נ' מפעלי תרנ"א מלונאות ונופש בע"מ (טרם פורסם, 4.9.11), אשר ניתן בבית המשפט העליון לאחר התיקון לחוק, בהרכב של שלושה, בפסקה 17 לפסק הדין, ובו נקבע שאין נפקא מינא אם החוק שינה את המצב הקיים אם לאו, שכן ממילא "אומד דעת הצדדים" אינו משתמע – "מפורשות" – מלשון החוזה. ("השאלה אם תיקון מס' 2 יוצר שינוי באופן פעולתו של הפרשן ואם כן באיזה אופן, טרם הוכרעה בפסיקתו של בית המשפט זה. בענייננו, אומד דעת הצדדים אינו עולה באופן מפורש מלשון החוזה [...] ולפיכך אין צורך להידרש לשאלת תחולת התיקון האמור בענייננו, כמו גם לפרשנותו – שלא הועלתה על ידי הצדדים בהליך זה"). ראו גם ע"א 3375/06 קמטק מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל (נבו, 22.3.2011), שבו קבע בית המשפט שאין צורך להידרש לשאלת משמעות התיקון לחוק, משום שממילא אין אומד דעת הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה.

<sup>55</sup> כפי שמצינו אף בגזרות אחרות של החוק. חוק החוזים כולו מסודר בקפידה ומבטא כרונולוגיה – עובדתית אך גם נורמטיבית – של חיי החוזה החל בשלב כריתתו, עבור לפגמים בכריתתו, וכלה בשלבי קיומו והפרתו. ראו גם את עקרון תום הלב אשר בקודקס האזרחי החדש נועד לו מקום של כבוד (הסעיף השני בהצעת חוק דיני ממונות מחיל את עקרון תום הלב). מעבר "טכני" זה מסמל, יותר מכול, את משילתו – הנורמטיבית – של עיקרון זה על כל החקיקה האזרחית. דברים אלה יכולים ללמדנו שלכרונולוגיית הבאת הדברים נודעת פעמים רבות משמעות נורמטיבית.

<sup>56</sup> ראו, למשל, ישיבה מס' 204 של הכנסת, 17 בינואר 2011, [www.knesset.gov.il/plenum/data/00273911.doc](http://www.knesset.gov.il/plenum/data/00273911.doc), שבה התבטא חבר הכנסת יריב לוין כדלקמן: "ביטלנו סוף סוף את הלכת

מדברים אלה עולה, ללא עוררין, שתכליתו של החוק אחת היא: סילוקה של הלכת אפרופים מעל פנינו והעלאתם מן האוב של תורת שני השלבים ובכורת לשון החוזה. הנה כי כן מצאנו שכדי להתחקות אחר אומד דעת המחוקק קם הצורך הפרדוקסלי לפסוע הרחק מנתיבי לשונו של התיקון ולהיעזר בנסיבותיו החיצוניות. הצבת נסיבות התיקון אל מול לשונו תשמיענו שאת הכוח שביקש המחוקק ליטול, הצליח הוא דווקא להעמיק, שכן "בסופו של דבר, ההכרעה צריכה לפעול על-פי האנאליזה של החוק ולא על-פי הפסיכואנליזה של המחוקק".<sup>57</sup> התיקון לחוק לא סיפק פתרונם<sup>58</sup> ולא זו בלבד אלא שהוא הגביר את המחלוקת בסוגיה רגישה זו. למבוכת המשפטנים כמו נצטרפה מבוכת המחוקקים ונמצאנו אפוא נבוכים בלא מורה נבוכים. מבוכה זו מקבלת משנה תוקף לנוכח פרסומו הרשמי – כמעט בו בזמן – של הסדר פרשנות החוזה כחלק בלתי נפרד מהצעת חוק דיני ממונות. סעיף 122(א) להצעת החוק, בדומה לרישא של התיקון לחוק, קובע כי: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין". בהצעת החוק זוכה אפוא הלכת אפרופים לתוקף חקיקתי מפורש, בלא כל סייג או ניסיון לקבוע סדר פנימי בין מקורות אומד הדעת. המעבר מלשון החוזה אל נסיבותיו החיצוניות כבר אינו מותנה בשאלה אם אומד הדעת משתמע – "בלבד" או "במפורש" – מלשון החוזה. יתר על כן, הסדר זה, בשונה מהתיקון, פיו ונסיבותיו שווים. אלה ואלה כאחד מאמצים את הלכת אפרופים על קרבה ועל כרעיה.<sup>59</sup>

אפרופים שגרמה נזק עצום לחיי המסחר ולוודאות המשפטית". ראו גם נילי כהן "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה" עורך הדין – גיליון היובל 11, 102, 104 (2011).  
<sup>57</sup> בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לח(4)1, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט ברק (1981).

<sup>58</sup> לדברי ביקורת דומים ואחרים על הסעיף האמור, משום שאין בו כדי להפיג את העמימות השוררת בסוגיה נכבדת זו, ראו גם דברי פרופ' ברק בתוך יועז – החוק לביטול אפרופים, לעיל ה"ש 48. ראו גם ליפשיץ – האם תוסר העמימות, לעיל ה"ש 48. איל זמיר – אפרופים עדיין כאן, לעיל ה"ש 43; איל זמיר "כיצד יפורש החוק בנושא פירוש חוזים" בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים (מיום 1.5.2011), <http://hebrewu-law.blogspot.com/2011/05/blog-post.html>; יועז, לעיל ה"ש 48.

<sup>59</sup> ראו דברי ההסבר לסעיף 122(א) להצעת חוק דיני ממונות, הנסמכים במוצהר על הלכת אפרופים, לעיל ה"ש 4, על ספרו של פרופ' ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6 ועל עניין מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 4. לפי דברי ההסבר: "הנוסח המוצע מבהיר כי אין מקום לתורת שני השלבים בפרשנות חוזים [...] לשון החוזה אינה מונעת בדיקה של הנסיבות החיצוניות [...] גם כאשר לשון החוזה ברורה צריך הפרשן לעבור לשלב גזירת אומד הדעת מן הנסיבות החיצוניות כדי לגבש את אומד דעתם של הצדדים לחוזה".

תהפוכות וטלטלות אלה מזמינות חשיבה נוספת על דין פירוש החוזה. בחשיבה נוספת זו אין בדעתנו לבוא בריב מחודש עם דרך פירוש זו או אחרת. דיונים מעין אלה נעשו בהרחבה בעבר. דומה שכוחו המלכד של דין פירוש החוזה – בין דרכי הפירוש השונות – הוא דווקא במה שלא צוין בדין זה במפורש. המכנה המשותף לדרכי הפירוש, כפי שיתברר בהמשך, הוא בהיותן נסוגות מפני רצונם המנוגד של הצדדים. כוחם של הצדדים לחוזה לקבוע ביניהם את כללי הפירוש בעניינם – מובן מאלין.<sup>60</sup> תובנה זו, שלפיה יש לצדדים כוח להתנות על דין הפירוש ולעצבו, לא רק תביא לקידום החשיבה בסוגיית דין פירוש החוזה, אלא תערך את המחלוקת הכללית ותקרב בין הגישות הנבדלות.

#### ד. כוחם של הצדדים להתנות על דין הפירוש

צלע שלישית במשולש מעצבי דמותו ותבניתו של דין החוזים – זו השייכת לצדדים – ראויה אפוא להיזכר כאן. הדיון שנערך עד כה בסוגיית פירוש החוזה התמקד באופן שבו הליך הפירוש מופעל, או ראוי שיהא מופעל, בידי בתי המשפט. נוסף על כך, ראוי לבחון את הליך הפירוש מנקודת מבטם של הצדדים לחוזה והדרך שבה הם עשויים להשפיע על הפעלתו של הליך זה. הכול מסכימים שלרצונם הריאלי של הצדדים משקל מכריע במלאכת פירושו של חוזה. חרף תמימות דעים זו, כך עולה מפסק הדין בעניין **בלמורל**, נראה כי אלה ואלה – הפוסקים – התפלמסו בעומקה של הטריטוריה החוזית, ורק שליטיה של זו עמדו מנגד ולא נשמע קולם. בדברינו אלה אנו מכוונים לאחד מספייחיה המשפטיים של פרשת **בלמורל**, שעניינו תוקף דיבורם המפורש של הצדדים בדבר כללי הפירוש שיחולו עליהם. העניין מתעורר – כפי שאירע (אך לא נדון) בנסיבות פרשת **בלמורל** – כאשר צדדים לחוזה בוחרים לנצל את חירותם החוזית ולעגן, לצד הסכמותיהם הענייניות, אף את הסכמתם לדין הפירוש שיחול עליהם. כך, בפרשת **בלמורל** כללו הצדדים לחוזה, במכלול הסכמותיהם, גם סעיף מפורש המציין את עליונותה של לשונם הכתובה של החוזה על פני נסיבותיו החיצוניות, ולמעשה את בלבדיותה.<sup>61</sup> קולם זה של הצדדים, שאין לך מפורש הימנו, היה ראוי להיזכר ולחלץ

<sup>60</sup> משהובאה שאלה זו לפני פרופ' איל זמיר, הציע הוא לנו נקודת ראות אחרת – ומסוייגת יותר. לפי פרופ' זמיר, בעקבות משנתו הרחבה, ובהנחה שלהליך הפירוש וההשלמה יש תכליות נוספות מלבד חשיפת כוונת הצדדים (כגון קידום היעילות הכלכלית, קידום ערכים של הוגנות ושקילות, צדק מחלק ואף פטרנליזם), המסקנה שלפיה דיני הפירוש וההשלמה הם דיספוזיטיביים אינה מן הדברים המובנים מאליהם. אנו מודים לו על הערתו זו.

<sup>61</sup> וזו לשון הסעיף: "הוראות חוזה זה, מבטאות את החוזה המלא שבין הצדדים וכל הסדרים,

הכרעה פסוקה<sup>62</sup> בשאלה אשר יש לה השפעה עמוקה על תחום דין הפירוש. יתרה מזו, קביעת אופיו הכופה או המרשה של דין הפירוש היא קביעה מהותית היורדת לשורשי העקרונות שביסוד דין החוזים כולו. אולם חרף חשיבותה של השאלה, נראה ששופטי הרוב לא חיפשו, ולא זו בלבד אלא שחיפשו הם דרכים שלא למוצאה.<sup>63</sup> הרשאים צדדים לקבוע ביחסיהם ההדדיים הסדר שונה מזה הקבוע בכללי הפרשנות? שאלה זו היא כאמור בעלת משמעות רבה. ראיית דין הפירוש כהסדר חלופי בלבד, הנסוג מפני רצונם המנוגד של הצדדים, עשויה לטשטש בנסיבות מסוימות את ההבחנה המעשית שבין הגישות הפרשניות הנבדלות. במתן יחס משתנה – על פי התנהגות הצדדים וקביעותיהם המפורשות – להליך הפירוש, התניית הצדדים מצליחה לגשר על הפער המעשי שבין שיטת הפירוש המסורתית לשיטת

מצגים, ו/או הבנות שהיו קודם לחתימת הסכם זה, ככל שלא קיבלו ביטוי מפורש בחוזה זה, יהיו חסרי תוקף". ראו עניין בלמורל, לעיל ה"ש 12, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט דנציגר. להלן יכונה סעיף זה – ככתבו וכלשונו – "ההתניה" או "התניית הצדדים". על כן מובהר שאין אנו עוסקים כאן בנוסחים אפשריים – אולי לקויים – של סעיף מעין זה, וממילא אין אנו באים בעובי קורת הדיון הכללי בדבר קיומו או היעדרו של טקסט ברור בהקשר זה. איננו עוסקים בטקסט כלשהו, אלא בסעיף המסוים המובא. לדעתנו הוראה זו מבטאת את כוונתם של הצדדים לשלול את תקפן של נסיבות חיצוניות לחוזה גם במסגרת הליך פירוש. אמנם, ניתן להשקיף על הוראה זו, בדומה להוראת סעיף 80 סיפה לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאני, כהוראה האוסרת רק את סתירת הכתב בעדות כעל פה וככזו שאינה חלה על פרשנות החוזה עצמה (ראו, למשל, ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 323). כאמור, לדעתנו, הוראה זו באה להסדיר במישרין גם את סוגיית דרכי קביעת תוכן החוזה, ובראשן: דרכי פירוש החוזה (וראו גם עמדת השופט דנציגר, עניין בלמורל, לעיל ה"ש 12, בסעיף 26 לפסק דינו). לשון אחר: נסיבות, הבנות ומצגים המתייחסים לעניינים המוסדרים בחוזה עצמו – בין אם אלה מתיישבים עם הכתוב בחוזה במפורש ובין אם אינם מתיישבים עם הכתוב בו – לא יהיו תקפים לעניין קביעת תוכנו. ונדמה שמסקנה אחרת בדבר מהות הסעיף עלולה לרוקנו מתוכנו: התחשבות בנסיבות חיצוניות לצורך פירוש של חוזה היא למעשה קביעת מערך זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים על פי נסיבות חיצוניות אלה, הווה אומר: כמוה, בפועל, כמתן תוקף לאותן הנסיבות שאת ההיזקקות להן ביקשו הצדדים לשלול.

<sup>62</sup> ואין בדברים אלה כדי ללמד שנושא זה לא זכה לעיון בספרות. ראו, למשל, ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 261 ואילך, ובעמ' 443–444, ולהלן בה"ש 93.

<sup>63</sup> בהשראה מדבריו היפים של השופט חיים כהן, ראו ע"א 41/75 נילי נ' שלומי, פ"ד ל(2) 3, 7 (1976). בדברינו אלה אנו מכוונים לגישת האגב של השופט דנציגר לעניין זה, בפסקה 26 לפסק דינו, בלא שהוצגה באופן סדור ושיטתי התשתית הנורמטיבית הנדרשת להכרעה בשאלה האמורה. שופטי הרוב, מצדם, התעלמו כליל מן השאלה והתייחסו, בעיקר, למחלוקת העקרונית בנושא פירוש חוזים.

הפירוש התכליתי. ברור הדבר, למשל, שהכרה משפטית בכוחם של צדדים לחוזה לקבוע שאין משמעות לנסיבות שמעבר ללשון החוזה, וכי על לשון החוזה להקרא כפשוטה, כמוה כהעמדת הצדדים באותו מצב שבו היו נתונים אילו החוזה שכרתו היה מפורש לפי תורת השלבים. יתר על כן, כיבוד רצונם של הצדדים לסטות מכללי הפירוש שנקבעו בהלכת אפרופים עשוי אף למתן את כוחה של ההלכה להפוך כלי להתערבות שיפוטית מוגזמת ביחסי הצדדים (על יסוד "התכלית האובייקטיבית"). כפי שכבר הובהר, המודל הפרשני שנקבע בהלכת אפרופים עודנו מכיר בעדיפות הכוונה האקטואלית של הצדדים – שעה שניתן לחושפה – על פני הגשמת ערכים אחרים. מכאן נובע התפקיד שהתניית הצדדים ממלאת גם במישור העקרוני יותר של הלכת אפרופים הנוגע להגשמת ערכים חיצוניים. התניית הצדדים היא מתן ביטוי מפורש לרצונם הסובייקטיבי גם בדבר דרך פירוש הסכמתם. ההתניה היא למעשה מנגנון הכרעה מוסכם במקרה שבו תתעורר סתירה בין המסקנות הנובעות מן המקורות המלמדים על כוונת הצדדים, ולפיכך היא עצמה משמשת כלי פרשני המעיד על כוונת הצדדים כאשר יש קושי באיתורה. לאור זאת, ההתניה, ככל שיכירו בתוקפה, מייתרת את הצורך – ואת היכולת – לפנות גם למדרגה הבאה בהליך הפירוש, היא מדרגת הערכים האובייקטיבים, הבאה רק כאשר קיים כשל באיתור כוונתם האקטואלית של הצדדים.

נפנה אפוא לבחינת אופיו של דין הפירוש, האם דין כופה הוא או אולי דין מרשה?

#### 1. על פרשנות ההתניה עצמה – גבולות בחינת הנסיבות "בכל הנסיבות"

הקושי העיקרי בסוגייה זו איננו בשאלה העקרונית-עיונית בדבר יכולת הצדדים להתנות על דרך הפרשנות הנוהגת, אלא בשאלה המקדמית כיצד תפורש התנייתם זו היא עצמה. מובן שבאספקלריית הנחות היסוד הפילוסופיות-הרמנויטיות שבבסיס תורת שני השלבים, ובכללן: ההנחה שיש וניתן לקרוא לשון כפשוטה במשמעותה הטבעית והרגילה, אין השאלה מתעוררת, שכן כוונת הצדדים עולה במפורש מבחירת נוסח כגון זה שמצאנו בפרשת **בלמורל**. שונים פני הדברים על פי תורת הפרשנות התכליתית, ככל שזו שוללת את התוקף התיאורטי מהנחת היסוד שלפיה "הברור איננו טעון פירוש" (In claris non fit interpretatio), ובוחנת את ההתניה תוך הסתייעות גם בנסיבותיה הרחבות.<sup>64</sup> הרי ללשון כשלעצמה – ובכללה לשון ההתניה

<sup>64</sup> ראו ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 443, בהתייחסו להתניית הצדדים על דין הפירוש, לאמור: "הוראה חוזית זו, היא עצמה, תתפרש בראש ובראשונה על-פי תכליתה הסובייקטיבית. הפרשן ישאל עצמו, מה הייתה כוונתם המשותפת של הצדדים, שעה שקבעו כי החוזה שביניהם יתפרש [כפי שקבעו הצדדים]" (ההוספה אינה במקור). ודוק: בציננו שקיימת

– אין לכאורה כל פשר מושכל, אלא הפשר העולה מנסיבותיה החיצוניות. לטעמנו, גם בראי הנחות יסוד אלה אין מקום לעצם העמדת השאלה בדבר כוח לשונה המפורשת של ההתניה. עמדתנו זו נעוצה בראש ובראשונה בתכנית המתאר הכללית, שדין הפירוש עצמו מושתת עליה, ושעל פיה יתבצע הליך הפירוש בין אם לפי תורת הפירוש המסורתית, בין אם לפי תורת הפרשנות התכליתית. תכנית מתאר זו אינה אלא התיאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים החלה גם על גזרת פירושו של חוזה,<sup>65</sup> ובלא קשר להיקף הראיות שיובאו במסגרתו. מבחן הפירוש ייחתך תמיד על

עמימות בנוגע לדרך שבה תפורש התניית הצדדים, אין אנו מתעלמים מן ההנחות התקפות, גם בחסות תורת הפרשנות התכליתית, שלפיהן גבול הפרשנות הוא גבול הטקסט, כי אין לייחס לחוזה פרשנות שאינה מתיישבת עם לשונו וכי ישנה חזקה שלפיה פירוש החוזה הוא זה התואם את המשמעות הפשוטה והטבעית של הכתוב (ראו, למשל, עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 313–314; עניין **בלמורל**, לעיל ה"ש 12, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט ריבלין; ע"א 8239/06 **אברון נ' פלדה** (פורסם בנבו, 2008), בסעיף 2 לפסק דינה של השופטת חיות; ע"א 8918/06 **קמחי נ' מנהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 2009), בסעיף יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין). למרות הנחות אלה, הקושי בשאלת כוחה של ההתניה על דין הפירוש – בראי הפרשנות התכליתית – נותר על כנו. כוחן של ההנחות האמורות הוא מוגבל בפועל ונתון לסתירה לאור מכלול הנתונים הקשורים לעסקה. יתר על כן, משמעותן של הנחות אלה בפועל נדמית לעתים זניחה למדי (ראו, למשל, ע"א 2553/01 **ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו, 2005], פסקה 6 לפסק דינו של השופט מצא). זאת ועוד, כוחן של ההנחות האמורות מוגבל אף מן הבחינה התיאורטית ולאור הנחות היסוד הפילוסופיות-הרמנויטיות שביסוד תורת הפרשנות התכליתית, שכן משמעותו של הכתוב, אף היא כשלעצמה, טעונה לכאורה פירוש על יסוד נסיבותיו הרחבות. משום כך, ההתניה, כנקודת מוצא של ההליך, לכאורה נעדרת פשר כשלעצמה (ראו בה"ש 31 לעיל, ובה"ש 92 להלן).

<sup>65</sup> יש להבחין – הבחן היטב – בין ה"תכלית האובייקטיבית" שבפרשנות התכליתית, ובין ה"תיאוריה האובייקטיבית" החלה על דין החוזים, ובכללו דין פירוש החוזה (ראו שלו – תורת ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 688–689). הראשונה דוחקת – ועושה כן במוצהר – את כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים לקרן זווית ומבכרת אמת מידה אחרת על פניה, ואילו האחרונה מעלה את כוונתם הסובייקטיבית על נס, אולם רק כדי שיעור השתקפותה החיצונית, מטעמים מעשיים, הגיוניים ומהותיים כאחד. ודוק: דרישת השתקפות חיצונית זו אינה מנוגדת לכוונתם הריאלית של הצדדים, בין היתר לנוכח הנחת המתאם הכללי שבין כוונתם הפנימית של הצדדים ובין השתקפותה החיצונית. ומכל מקום, גם אם יש לעתים יסוד פיקטיבי בתיאוריה האובייקטיבית, הרי הוא קטן לאין שיעור מן היסודות הפיקטיביים שיש בייחוס כוונה לצדדים לאמץ את ערכי השיטה בחוזה שביניהם. לתיאוריה האובייקטיבית בכלל, ראו, למשל, דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 172–173 ("על פי תיאוריה זו מושם הדגש על הגילוי החיצוני של ההסכמה ולא על הכוונות או המחשבות המלוות אותה [...] הן מקנות תוקף לכוונות הצדדים ולרצונותיהם, אולם רק כפי ביטויים החיצוני. מבחן גמירת הדעת הוא מבחן חיצוני של הצהרה

יסוד השתקפותה החיצונית של דעת הצדדים ולא על פי כוונותיהם הסובייקטיביות הנעדרות אחיזה חיצונית.<sup>66</sup> מבחן אובייקטיבי זה הוא למעשה יסוד מבאר של דין פירוש החוזה כולו. התיאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים, בהקשרנו כאן, היא אמת המידה לבחינת הראיות שיובאו במסגרת דין הפירוש, יהא מקורן של אלה בלשון החוזה בלבד או גם בנסיבותיו הכלליות. אף שתיתכן גמישות בתהליך פירוש של חוזה מבחינת המקורות שיידרש להם הפרשן, הרי הגמישות צריכה להימצא בגבולות התיאוריה האובייקטיבית ולא מחוץ לה. עיקרון מרכזי זה חל בלא עוררין גם בחסותה של הפרשנות "הסובייקטיבית", זו המיוחסת לפרשנות הנסמכת גם על נסיבותיו החיצוניות של החוזה. הדרישה לסממנים חיצוניים יתרונותיה הנכבדים בצדה, ואין בדרך פירוש זו או אחרת כדי להניס את ליחה.<sup>67</sup>

ולא מבחן פנימי של הכוונה". כן ראו, שלו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 55. לתיאוריה האובייקטיבית בהקשר דין הפירוש ראו, למשל, שלו – תורת ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 686–688. ראו גם דיני חוזים, שם, בעמ' 415 ("מבחן אומד הדעת הוא מבחן אובייקטיבי שלפיו נבחנת כוונת הצדדים על פי השתקפותה החיצונית [...] כשם שהוראות פרק א' של חוק החוזים, הן בכריתת החוזה, אינן דורשות גמירת דעת כמובן הסובייקטיבי, אלא מסתפקות בגמירת דעת כמובן האובייקטיבי, כך גם אין סעיף 25(א) תולה את מבחן הפירוש בדעתם הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה. וכשם שבפרק א' לחוק נדרשת העדה חיצונית על גמירת דעתם של הצדדים לשם שכלולו של חוזה תקף, כך גם מבחן הפירוש תובע התחקות אחר אומד דעתם של הצדדים").

66 ואכן, הביטוי "אומד" האמור בסעיף 25 מורה שכוונת המחוקק הייתה למבחן אובייקטיבי הנועץ בהערכה, השערה או אומדנה של כוונת הצדדים.

67 תיאוריה זו הותוותה במפורש בחוק (ראו ה"ש 65–66 ובסמוך להן), ועליה מושתתים בלא ספק דיני החוזים, ומכל מקום חשיבותה של התיאוריה האובייקטיבית רבה, טעמיה מגוונים וכוחם עומד לכל אחד מהם גם לחוד. מלבד ההיגיון הבסיסי (כגון המתאם האמפירי בין הצהרות הרצון החיצוניות ובין הרצון הפנימי. ראו גם דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 134, ובעמ' 174–173), וההיגיון המהותי, הנוצצים ביסוד התיאוריה האובייקטיבית (כגון הגנה על הצד המסתמך, הצורך בוודאות עסקית ובביטחון מסחרי. ראו דיני חוזים, שם. ראו גם, עמדת הנשיא שמגר, ע"א 685/88 קוטרמן נ' קרן תורה ועבודה, פ"ד מז(2) 598, 603 (1993)), מובן הדבר שגם טעם מעשי תומך בהקשר זה במבחן האובייקטיבי, שכן ידוע שקשה להיוודע בדיעבד מה היו רצונותיהם האמיתיים של הצדדים. השיטה האובייקטיבית כמו נתפרה לאפשר הכרעות בשאלות משפטיות הטמונות בנבכי לבם של בעלי הדין. כל שיטה אחרת, שתבקש להתחקות אחר כוונת שבלב, סופה שתביא להכרעות הסוטות מן השאלה הריאלית-עובדתית, אל עבר הכרעות היפותטיות-נורמטיביות (ראו גם ה"ש 68 הסמוכה להלן). על כן, אף שההצדקה העיקרית של המבחן האובייקטיבי היא ההגנה על הסתמכות הצד האחר, אין זו ההצדקה היחידה.

מדברים אלה עולה שהקושי התיאורטי בפירוש ההתניה שלא רק על יסוד לשונה, אלא גם על פי נסיבותיה, אינו נובע מעצם הפנייה לנסיבות החוזה, אלא מן המגמה לייחס משקל פרשני לכוונתם הפנימית (הסמויה) של הצדדים למעלה מהשתקפותה החיצונית.<sup>68</sup> מגמה זו חורגת מגדר המחלוקת בדבר היקף המקורות, או האמצעים, שיידרש להם הפרשן במלאכת הפירוש, והיא מעמעמת הבחנות יסוד בין דיני הפגמים בכריתה ובין דיני הפירוש, באופן שאינו מתחייב ואינו נובע מן המחלוקת הפרשנית שעליה עמדנו. עמעום הבחנה מסורתית זו הוא עירוב מין בשאינו במינו,<sup>69</sup> שכן

<sup>68</sup> מגמה זו, כמובן, היא תיאורטית גרידא, לנוכח קשיי ההוכחה המעשיים של כוונה סובייקטיבית משותפת לשני הצדדים שלא על יסוד השתקפותה החיצונית. ודומה שהיא משמשת אך קרש קפיצה לפנייה ל"תכליתו האובייקטיבית" של החוזה. ראו גם שלו – תורת ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 683. ואכן, לא פלא הוא שהמעבר לתכלית האובייקטיבית הוא 'מהיר שבמהירים'. ראו הלה קרן – חוזים, לעיל ה"ש 15, בעמ' 259–263.

<sup>69</sup> דומה שפרופ' ברק מעמעם מאוד את ההבחנה האמורה, ואת שאלת הצורך בה, תוך שהוא מצביע על דיסהרמוניה לכאורית בין דיני הטעות ובין דיני הפירוש, שכן: "במקרים רבים עשוי הפרשן לתת לחוזה מובן אובייקטיבי, שאינו תואם את הכנתם הסובייקטיבית של הצדדים, או אחד מהם. בפער זה מופעלים דיני הטעות. התוצאה היא מתן כוח לאחד הצדדים או לשניהם, לבטל את החוזה. את שיד ימין נתנה (באמצעות דיני הפרשנות), יד שמאל נטלה (באמצעות דיני הטעות)", ראו ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 527. דיסהרמוניה זו, לפי ברק, תבוא על פתרונה ככל שהמאמץ הפרשני ימוקד בהבנתם הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה. הגיונם של דברים אלה בצד, אולם דעתנו אחרת. לא יהיה נכון לייחס לדין הפירוש תכליות אשר לא יועד להן. דין הפירוש לא בא להפוך הסדר כושל להסדר ראוי, ולכן אין עניינו בצמצום מלאכותי של פער בין חוזה שנפל פגם בכריתתו לבין חוזה שנכרת כדין. דין הפירוש בא לשקף את אומד דעת הצדדים, לפי ביטוייה החיצוני. יתר על כן, הדיסהרמוניה שפרופ' ברק מצביע עליה, מוצאת את איזונה העדין בכללים אשר הותוו בדיני הפגמים בכריתה. כללים אלה הם ביטוי להכרה בחשיבות כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים ובה בעת בחשיבות שמירה על שלימותן של עסקאות חוזיות. הם מיועדים לאזן בין שמירה על רצון חופשי והסכמה אמיתית לבין הגנת אינטרס ההסתמכות וציפיות סבירות; בין עקרון הוודאות החוזית ובטחונן של התקשרויות, לבין התחשבות בזולת; בין אינטרסים אינדיבידואליסטים לגיטימיים, ובין נטיות קולקטיביות; בין טעויות שראוי להטיל את האחריות להן על הצד הטועה, לבין טעויות שהאחריות להן ניצבת לפתחו של הצד האחר; בין פער בלתי לגיטימי בין הכוונה הפנימית לבין החזות החיצונית, לבין פער נסבל בין הכוונה הפנימית לבין החזות החיצונית. כל סטייה ממערכת כללים זו, על דרך עמעום התורה האובייקטיבית עצמה, סופה שתשוב ותפגע בערכים שביסוד הדין. לדוגמה נוספת לעמעום ההבחנה שבין דיני הפגמים בכריתה לבין דיני פירוש החוזה, ראו גם ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 410, לאמור: "בפרשנות החוזה, מדוע לא נתחשב בכוונתו של צד, שלא מצאה ביטוי בלשון החוזה ובנסיבות החיצוניות, אך היא ידועה לצד השני" (ההדגשה הוספה).

ההבחנה מבוססת על פעילות שיפוטית אחרת בתכלית. בעוד עניינם של דיני הפגמים הוא התחקות מירבית אחר הכוונה הפנימית של המתקשר, הרי עניינו של דין הפירוש (אף אם יהא זה על יסוד הנסיבות "בכל הנסיבות") הוא התחקות מיטבית אחר כוונת הצדדים, על פי השתקפותה החיצונית, אפילו אין היא תואמת את הכוונה הפנימית.<sup>70</sup> מן הבחינה הזאת, היעדר כוונה פנימית שלמה אינו שולל העדה חיצונית מובהקת על קיומה. בחיי היומיום מעטים הם החוזים הנכרתים מתוך חופש רצון מוחלט במשמעותו הקלסית. ובכל זאת, אין בכך כדי לפגום את הסכמת הצדדים. ניסיון התחקות גורף אחר כוונות סמויות במסגרת דין הפירוש מעלה קשיים ניכרים. הדבר עלול להביא להבנה שגויה של דין פירוש החוזה, ולא זו בלבד אלא שיש בו קיפוח בלתי מאוזן<sup>71</sup> של הסתמכות המתקשר וציפיותיו, כמו גם של צד שלישי. יתר על כן, יש בכך כדי לעורר קשיי הוכחה מעשיים אשר יביאו בתורם לאימוץ תדיר של אמות מידה היפותטיות-נורמטיביות לפירוש החוזה. באימוץ תדיר זה יש גם כדי לסטות מן התשתית הפורמאלית של הלכת אפרופים עצמה, המחוייבת, בראש ובראשונה, לחשיפת כוונתם האקטואלית של הצדדים, למצער בקירוב, ולמיצוי הליך זה לפני פניה לרכיבים אובייקטיביים.

<sup>70</sup> התיאוריה האובייקטיבית, כאמור, ניצבת ביסוד דין הפירוש, ואילו דיני הפגמים אינם אלא חריג לתיאוריה האובייקטיבית. עניינם של האחרונים – ואלה בלבד – הוא התחקות אחר הלך רוחו הפנימי של המתקשר בחוזה. בחינה זו ראוי שתיעשה רק לפי הפרמטרים שהותוו לכך בפרק ב' לחוק החוזים, הטומנים בחובם מלאכת איזון עדינה כנזכר לעיל בה"ש 69. מנגד, מלאכת פירוש החוזה, עניינה – בעליל – התחקות אחר דעת הצדדים לפי ביטוייה החיצוני-אובייקטיבי. בהקשר זה אין בדרך כלל משמעות לכוונה פנימית שלא מצאה ביטוי בלשון החוזה ובמכלול נסיבותיו החיצוניות.

<sup>71</sup> שהרי, כנזכר, הגנת הדין על כוונות סמויות נעשית בהתאם לאיזון מוקפד (ראו, לעיל, בה"ש 69). על כן לא לפלא הוא שבבחינת התניה זו באספקלריית פגמים בכריתת החוזה, ייתכנו קשיים ניכרים לצד הטוען לביטולה או לריכוכה. כך, למשל, אם מטענת טעות ייבנה הטוען – ואף אם זו טעות הידועה לצד השני (ראו ברק – פרשנות החוזה, בעמ' 410, לעיל בסוף ה"ש 69) – מתעוררת בין היתר שאלת נטילת הסיכון להתרחשות הטעות. סעיף חוזי מעין זה משקף הסכמה המקצה סיכונים בין הצדדים. בנסיבות אלה, צד שנטל על עצמו סיכון, לא יישמע בטענתו שנתגשם הסיכון. ראו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 281. לגישת הסיכון באופן כללי, ראו דניאל פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעייה בכדאיות" עיוני משפט יד 459 (1989). לאימוץ עמדה זו בדיני הטעות באופן כללי ראו ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד (מח) 2) 513 (1994). כן ראו סעיף 111 להצעת חוק דיני ממונות, המאמץ גישה זו. לדברים אלה מצטרפים בדרך כלל התנאים המכבידים שמילויים דרוש לצורך הוכחת פגמים בכריתה. ראו דיני חוזים, לעיל בה"ש 1, בעמ' 273–352.

כללו של דבר, מגמתו של הליך פירוש ההתניה היא התחקות אחר מצגים חיצוניים שיש בהם כדי להשפיע במישרין על תוקפה והיקפה. "נסיבות" ההתניה אשר ייבחנו בהקשר זה הן אפוא רק כאלה העולות מהצהרות, מפורשות או משתמעות, של הצדדים – בעניינה – וגם הן אובייקטיביות.<sup>72</sup> ואם כך הוא, הרי יש בדבר כדי להגביל במידה ניכרת את המקרים שבהם ימצא בית-אחיזה פרשני לצמצום כוחה של ההתניה המפורשת אף אם זו תיבחן על רקע הנסיבות החיצוניות לה.

אמנם לעתים דין הפירוש עצמו אינו מתעלם מכוונתם הפנימית של הצדדים, ויכפר את כוונתם זו על פני הכוונה העולה מפשט הכתוב. בעימות בין לשון ההתניה ובין כוונת מכוונתה – כך גם לפי דין הפירוש עצמו – ראוי שתהא יד האחרונה על העליונה.<sup>73</sup> אולם במה הדברים אמורים? במצב שבו הקשר הדברים מצביע, בעליל, על כוונה שונה מזו העולה מן המילים כפשוטן.<sup>74</sup> מה שאין כן בהתניה האמורה בפרשת **בלמורל** שהקשר הדברים והדבקם ברור בה, ושלא פגם ברצון – במשמעותו הקלסית – דבק בכינונה.

סיכומם של דברים, עצם קיומה של הבנה סובייקטיבית שאינה שלמה, וביטויה החיצוני של הבנה זו – דברים נבדלים הם. על הפרשן להבחין בין שאלות הנעוצות

<sup>72</sup> כך, למשל, ה"נסיבות" בעניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 4, שעליהן התבססה המדינה לצורך סטייה מלשונו המפורשת של חוזה הפרוגרמה, היו נעוצות בהצהרות אובייקטיביות מפורשות ומקבילות, אשר קיבלו ביטוי חיצוני מובהק. ראו עניין **אפרופים**, שם, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט מצא. בצדק ציין הנשיא ברק כי: "בגדר הנסיבות החיצוניות לא ילקחו בחשבון 'שיקולים אינדיווידואליים או קוניונקטוראליים של אחד הצדדים' [...] אף לא 'כוונה משוערת, שאינה מתורגמת ללשון הכתוב' [...] בית המשפט לא יפנה לבחון ב'צפונותיהם של המתקשרים, שמא בסתר לבם כיוונו לתכלית אחרת, שלא הביאוה לידי ביטוי' (עניין **אפרופים**, שם, בעמ' 301).

<sup>73</sup> ראו שלו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 303.

<sup>74</sup> ראו, למשל, ע"א 324/63 **סגל נ' חברת גורג'ני מג'י בע"מ**, פ"ד יח(4) 371 (1964), שבו לא היה כל ספק בעניין כוונת מנסח המסמך, שהייתה שונה מן המילים כפשוטן. בנסיבות מקרה זה היה ברור שמנסח המסמך שגה בלשונו וכי ניסוחו עלה כדי: "צורת כתיבה בלתי מדויקת ובלתי מוצלחת ותו לא". ממילא, וכפי טיעוננו כאן, הדברים היו בתפר שבין דיני הטעות ובין דין הפירוש. ראו גם ע"א 565/85 **גד נ' נביאי**, פ"ד מב(4) 422 (1989), שבו חתם המתקשר על מסמך – הסותר הבנות קודמות – בשפה שאינה שגורה בפיו ותוך תרמית של ממש. יתרה מזו, אפילו יעמוד מסמך זה בפני עצמו, הרי פשט הלשון במקרה האמור הביא לתוצאה אבסורדית למדי (שלפיה על המתקשר גם למכור נכס וגם לשלם בעדו). אף מקרה זה נמצא בתפר שבין דיני הפגמים ברצון ובין דין הפירוש. ראו גם ע"א 1395/91 **וינוגרד נ' ידיד**, פ"ד מז(3) 793 (1993), הנמצא אף הוא בתפר שבין דין הטעות ובין דין הפירוש.

בגזרת כריתת החוזה<sup>75</sup> ובפגמים בכריתתו ובין גזרת פירושו של חוזה.<sup>76</sup> מכאן שאף בחסות הפנייה לנסיבות "בכל הנסיבות" תהא האפשרות לסטות מלשון ההתניה המפורשת, בנתיב פרשני, צרה ותחומה למדי. בצדק ציין פרופסור איל זמיר כי "היכולת להקשות על התנאה באמצעים פרשניים מוגבלת מטיבה, שכן די לנסח את ההתנאה בלשון ברורה וחד-משמעית כדי שיינתן לה תוקף".<sup>77</sup> עניין הראוי להיזכר כאן הוא שהמחלוקת הפרשנית שניטשה בין בעלי הדין בעניין **בלמורל** נסכה על תוכנו הענייני של החוזה בלבד. לא היה מי מהם אשר כפר, באמצעים פרשניים, במובנו המילולי של סעיף ההתניה כשלעצמו. משהועמדו דברים אלה על חודם, נפנה אל השאלה העקרונית בדבר יכולת הצדדים להתנות על דין פירוש החוזה.

## 2. על פרשנות החוזה בראי ההתניה

### א. עקרון חופש החוזים

שלא כמו חוקים אחרים בחקיקה האזרחית, אין סעיף 25(א) קובע במפורש אם ההסדר הקבוע בו הוא כופה או מרשה. לדעתנו, דין פירוש החוזה, ובייחוד נדבכיו הראייתיים (הנוגעים לסדר הפנייה למקורות שמהם תילמד כוונת הצדדים),<sup>78</sup> הוא בעיקרו דין

<sup>75</sup> כך, למשל, אין אנו עוסקים במצב דברים שבו נטען כי התניה זו שונתה או בוטלה על ידי הצדדים בשלב מאוחר. בנסיבות אלה, ממילא אין מדובר בשאלה פרשנית, אלא בשאלת כריתת הסכמה מאוחרת זו, והוכחתה. שאלה זו, בתורה, תיבחן על יסוד מכלול נסיבות העניין, ולפי המתווה שנקבע לכך בפרק א' לחוק החוזים ולתיאוריה האובייקטיבית הניצבת ביסודו.

<sup>76</sup> להבחנה אנליטית ניאונה בין הדברים, ראו ע"א 9207/04 **כמיסה נ' גרטלר** (פורסם בנוב, 2008). בפסק הדין נדון עניינו של הסכם ויתור על תביעה וזכויות נוספות (במידת מה יש דמיון בין הסכם מעין זה ובין הסכם שלפיו יפורש החוזה על יסוד לשונו בלבד. ראו דיוננו להלן בסמוך לה"ש 85–86). בית המשפט בחן את תוקפו והיקפו של כתב הוויתור הן באספקלריית פגמים בכריתה הן באספקלריה פרשנית, תוך הבחנה ראויה בין "נסיבות" שיש בהן כדי להצביע על היעדר כוונה פנימית של המתקשר (בסוגיית הפגמים) ובין אלה הנוגעות להשתקפותה החיצונית של כוונה זו (בסוגיית הפירוש). לבסוף הגיע בית המשפט לכלל מסקנה (על פי פרשנות תכליתית של ההסכם) שלשון ההסכם ברורה, גורפת וחד-משמעית, ואין כל נסיבה – **חיצונית** – המעידה על סתירת מסקנה זו לפי השתקפותם האובייקטיבית של הדברים.

<sup>77</sup> איל זמיר – פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 40–41.

<sup>78</sup> כפי שהסברנו, דין הפירוש קובע לא רק את אמת המידה שלאורה ייערך ההליך הפרשני, אלא אף את מקורותיה הראייתיים של אמת מידה זו כמו גם ההיררכיה הפנימית בין מקורות אלה. ראו בסמוך לה"ש 20 לעיל.

מרשה, שהצדדים לחוזה רשאים לסטות ממנו. כרוב הוראות דין החוזים – כך דין פירוש החוזה, נתין הוא בממלכתו של עקרון חופש החוזים.<sup>79</sup> משקלו של עיקרון זה בתרכובת כלל העקרונות המשמשים בשאלה זו רב ודומיננטי. כוחו של עקרון חופש החוזים, כעקרון היסוד המנחה דיני החוזים, הוא המכריע. אחד מנדבכיו המרכזיים של עקרון חופש החוזים הוא ההכרה בכוחם של הצדדים לחוזה לעצב את תוכנו כראות עיניהם. הנחה זו, הנובעת מאוטונומיית הרצון של הצדדים, ניכרת במישרין בסעיף 24 לחוק החוזים הכללי המורה כי "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". כך הדבר בין אם בתוכנו ה"ענייני" (בדבר גופו של הסכם) עסקינן, בין אם בתוכנו ה"דיוני" (בדבר המקורות הראייתיים שיידרש להם הפרשן בפרשנותו). עקרון חופש החוזים מגן אפוא על חירות הפעולה – תהא זו אשר תהא – בכפוף לעקרונות כלליים של תקנת הציבור ותום הלב<sup>80</sup> כמו גם ערכים אחרים.<sup>81</sup> ואכן, מעקרון חופש

<sup>79</sup> עקרון חופש החוזים הוא העיקרון המרכזי והבסיסי ביותר בדין החוזים. עיקרון זה קובע לא רק את חירותם של הצדדים לעצב את הסכמותיהם החוזיות כאוות נפשם אלא גם את כוחן האכיף של הסכמותיהם בלא התערבות בתוכנן. וראו בהרחבה, דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 45 ואילך. כן ראו שלו – חופש החוזים, לעיל ה"ש 26. לתיאור נרחב של תולדותיו והתפתחותו של עקרון חופש החוזים ראו ספרו המונומנטלי של PATRICK S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (1979). למרות שחל פחות במעמדו של עקרון זה בעשורים האחרונים, בדיני החוזים בארץ ובעולם, סבורים אנו כי התפיסה שעליה עקרון זה מושתת – היות החוזה ביטוי לרצון החופשי – עודנה מן הבולטות והמרכזיות ביותר. לתפיסת החוזה כמבוסס על אוטונומיית הרצון של הפרט ראו: CHARLES FRIED CONTRACT AS PROMISE (1981). ראו גם: Randy E. Barnett "A Consent Theory of Contract" 86 Culum. L. Rev. 269 (1986). עקרון אוטונומיית הרצון קיבל חיזוק מיוחד בשיטתנו בד"נ 20/82 אדרס נ' ארלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221 (1988). לצד זרם זה, המעלה על נס את קידום האוטונומיה של הפרט כעקרון העליון שביסוד דיני החוזים, ניצב זרם מרכזי נוסף שלפיו אמת המבחן העליונה של הדין הוא קידום היעילות הכלכלית. זרם זה מוביל למסקנה זהה בדבר חשיבות כיבוד רצונם האקטואלי של הצדדים (ראו, איל זמיר, "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות", משפטים כט 783, 790 (1999)). להשפעת התניית הצדדים גם על השיקולים התיאורטיים הכלליים המנחים בהקשר זה, ראו להלן, בה"ש 85.

<sup>80</sup> לכך שאין סתירה בין התניה זו, כשלעצמה, ובין תקנת הציבור, עקרון תום הלב, או סייג הצדק באכיפה, ראו דיוננו להלן בהערות 90–91, ובסמוך להן.

<sup>81</sup> מובן שחופש החוזים, ככל זכות יסוד אחרת, איננו חופש מוחלט. מדובר בעקרון יחסי אשר יש לאזנו מול ערכים ואינטרסים מתנגשים אחרים, הראויים אף הם להגנה (ראו גם הדיון שלהלן בטקסט הסמוך לה"ש 87). כך, למשל, כשמדובר בחוזים אחידים, בחוזי יחס או בחוזי רשות – ואין דברינו ברשימה זאת מכוונים לחוזים מעין אלה – ראוי להגביל את חופש החוזים כדי לקדם ערכים אחרים, חשובים יותר בהקשרם (על השפעותיהם של ערכים אלה על קביעת דרכי הפירוש בחוזים מיוחדים, ועל הנובע מדרכי פירוש אלה לעניין כוח ההתנייה של הצדדים עליהן, ראו להלן בסיפא ה"ש 84).

החוזה נובע שעיקר מניינו ובניינו של דין החוזה הוא ההוראות הדיספוזיטיביות המתירות התניה על הוראותיו.<sup>82</sup>

דברים אלה, בדבר מרכזיותו של עקרון חופש החוזה, מקבלים משנה תוקף על רקע קולם הצלול של הצדדים, בלשון שאין ברורה ומפורשת הימנה, בדבר דרך פירוש הסכמתם. בנסיבות אלה מתעורר ביתר שאת עקרון חופש החוזה.<sup>83</sup> כשלשון ההסכם מעידה במפורש לא רק על הסכמותיהם הענייניות של הצדדים, אלא גם על דעתם המפורשת בדבר "אומד דעתם", שומה על בית המשפט לקבוע שהמשמעות היחידה והאפשרית של ההסכם תילמד בהתאם לכללי הפירוש שקבעו הצדדים עצמם.<sup>84</sup> הלא

<sup>82</sup> ראו דיני חוזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 50. למקצת דוגמאות בהקשר זה, ראו גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזה" **משפטים** יז 465, 470 (1988). למהותו האידאלית של הדין המרשה, באספקלריה כלכלית, ראו אוריאל פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לעירפול מושגי-היסוד במשפט" **משפטים** יח 395 (1989). לדברי ביקורת ראו גד טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי", **עיוני משפט** טו 5 (1990). וראו לתגובה על דברי ביקורת אלה אצל אוריאל פרוקצ'יה "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופ' גד טדסקי" **עיוני משפט** טו 385 (1990). כן ראו ברק מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות דין מרשה – תכליתם של דיני התרופות בשל הפרת חוזה", **עיוני משפט** כב(3) 685 (1999). ראו גם דברי השופט חשין בע"א 3190/99 **שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נד(3) 127, 140 (2000).

<sup>83</sup> לנגיעה בדרך אגב בכך ראו עמדת השופט דנציגר, עניין **בלמורל**, לעיל ה"ש 12, בסעיף 26 לפסק דינו לאמור: "סבור אני כי אין מקום לפנות לנסיבות חיצוניות על מנת ללמוד על כוונה לכאורית של הצדדים, ואף ביתר שאת נוכח העובדה שבנסיבות העניין הצדדים עצמם שללו מפורשות במסגרת סעיף 35 להסכם את האפשרות להיזקק למצגים חיצוניים שלא עוגנו בהסכם גופו".

<sup>84</sup> דברים אלה כפופים להערות שלהלן: **ראשית**, אין מדובר במקרה שבו ההתניה עצמה לוקה בנוסח עמום (וראו דיוננו לעיל בה"ש 61), או שפגמים בכריתה דבקו בכינונה של ההתניה עצמה (ראו דיוננו לעיל, בה"ש 75–77 ובסמוך להן). **שנית**, מובן שאין הדברים אמורים במצב שבו לשון הסכמותיהם הענייניות – עצמן – של הצדדים לחוזה מביאה לתוצאה אבסורדית שאין הדעת סובלת (ראו, למשל, דיוננו לעיל בהערות 73–74). בנסיבות אלה לא יהא מנוס, אפילו היה החוזה מתפרש בחסות תורת שני השלבים, מלפנות לנסיבותיו הכלליות של החוזה כדי ללמוד על כוונת הצדדים. הווה אומר: כלל פרשני שקבעו הצדדים השולל היזקקות למצגים חיצוניים, צריך להקרא, על-פי פרשנותו התכליתית שלו עצמו, ככזה הנותן קדימה ומשקל מכריע ללשון החוזה, אך לא ככזה שנותן לה בלעדיות במקרה שהיא אינה ברורה או שהיא מובילה לתוצאות אבסורדיות. שאם לא כן, התניית הצדדים עלולה להמצא ככזו שאינה מאפשרת את קיום החוזה בכלל, ובתוצאה זו בוודאי לא חפצו הצדדים. פרשנות זו של סעיף ההתנייה מתבקשת גם על פי סעיף 25(ב) לחוק החוזה הכללי. פירוש המקיים את החוזה במקרה זה הוא פירוש המאפשר פניה לנסיבות החוזה, חרף ההתנייה, באותם המצבים שבהם היה נאלץ בית המשפט לפנות לנסיבותיו של החוזה בחסות תורת השלבים. **שלישית**, אין

אף כללי פירוש אלה הם בגדר ביטוי מפורש לרצונם הסובייקטיבי של הצדדים החולש על הוראות החוזה כולו והנטמע בצופן הגנטי של כל אחת מהוראותיו. חופש החוזים כולל אפוא לא רק את החופש להתקשר בחוזה, אלא גם את החופש שלא להתקשר בו או במה שהוצא מגדריו במפורש. הגבלת דין הפירוש ללשון החוזה בלבד אינה אלא תיחום גבולות הגזרה של יחסיהם החוזיים של הצדדים. כשם שצדדים חופשיים להסכים על מיסוד יחסיהם במסגרת חוזה מחייבת, כך, על ידי התניה נאותה, הם חופשיים גם להסכים על גבולותיהם הברורים של יחסים אלה.

אמנם תיתכן טענה שככל שעקרון חופש החוזים הוא שעומד ביסוד הדבר, הרי חופש החוזים של הצדדים אשר התנו על דין הפירוש אינו שונה כלל מחופש החוזים – של אותם צדדים – הבא לידי ביטוי בנסיבות החיצוניות של החוזה. ומדוע אפוא שיינגף האחרון מפני הראשון?<sup>85</sup> טיעון זה, בהקשרנו כאן, כרוך בפגם לוגי של

הדברים אמורים במצב שבו הסכמותיהם הענייניות של הצדדים, כפי שבוטאו בחוזה, נגועות בפגמים בכריתתן. שאלה זו אינה יורדת לשורשי דין הפירוש אלא לקשרי הגומלין שבין פרשנות לשונית ובין שאלת פגמים בכריתת החוזה. פירוש החוזה על יסוד לשונו אינו שולל פנייה לנסיבות לשם בחינת כשרות כריתתו. **רביעית**, אין הדברים אמורים בחוזים בעלי אופי מיוחד, דוגמת **חוזי רשות**, **חוזים אחידים** או **חוזי יחס**. לאופיים המיוחד של חוזים אלה, ולאיוון שבין הערכים המתגוששים בנסיבותיהם הייחודיות, יש השפעות גם על קביעת דרכי פירושם. יסודותיו של הליך הפירוש של חוזים מיוחדים אינם מושתתים על כוונת הצדדים בלבד אלא על ערכים, אינטרסים ועקרונות יסוד רחבים החורגים ממערכת היחסים הפנימית של הצדדים (לפרשנות חוזים אחידים ראו, למשל, עניין **מילגרום**, לעיל ה"ש 23, פסקאות 14–15 לפסק דינו של הנשיא ברק, ע"א 5300/92 **בנק לאומי לישראל נ' "אורות" מושב עובדים של עולי אמריקה להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ**, פ"ד נא(5) 273, 287 (1997). לפרשנותם של חוזי רשות ראו גבריאלה שלו **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** 31 (1999). לפרשנותם של חוזי יחס ראו, למשל, דוד רונן **התאמת חוזים לנסיבות משתנות** 179–185 (2001), דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 104–105). אופיו הנבדל של דין הפירוש בנסיבות של חוזים מיוחדים משליך, מטבע הדברים, לא רק על כללי הפירוש אלא גם על כוחם של צדדים לסטות מכללים אלה. הדעת נותנת שיכולת הצדדים להשפיע על מה שהוא, במידה ניכרת, מנותק מרצונותיהם האקטואליים, היא בוודאי מוגבלת. **ולבסוף**, דברים אלה, בנוגע למגבלות כוחם של הצדדים להתנות על דין הפירוש, כוחם יפה גם לגבי חוזים שנכרתו בנסיבות שבהן לאחד הצדדים הייתה עדיפות ברורה בעיצוב תנאיהם (ראו להלן בה"ש 87).

<sup>85</sup> טענה מעין זו נוגעת כמוכן לשאלה תיאורטית רחבה יותר הנוגעת באמצעים המיטביים להגשמת רצון הצדדים. מן הבחינה התיאורטית, מובן כי מתעוררת השאלה האם הגשמת רצון הצדדים – וחופש החוזים – מתיישבים טוב יותר עם פירוש החוזה על פי לשונו בלבד או שמא עם פירוש החוזה על פי לשונו ונסיבותיו גם יחד. עקרון חופש החוזים והתפיסה התיאורטית שביסודו (ראו, לעיל, בה"ש 79) אינם משמיעים מתוכם תשובה ביחס לשאלת האמצעים הפרשניים המגשימים באופן המיטבי את רצון הצדדים. כך, למשל, לפי הזרם המוסדי (לעיל,

מעגליות: ממילא העדפת אחת מן ההסכמות תאיין את תוקפו של חופש החוזים המשתקף באחרת, אשר נזנחה. זאת ועוד, קבלתו של טיעון מעין זה כמוה כשמיטת ההצדקה לכל הסכמה הכוללת ויתור (מאוחר או מוקדם) על זכות. והרי כל חוזה מגביל במידת מה את חירותם של המתקשרים בו. עקרון חופש החוזים אינו חוסם פעולה העלולה לעמוד לצדדים – או לאחד מהם – לרועץ. היפוכו של דבר: אחד מפניו של העיקרון האמור הוא מתן הגנה מפני התערבות שיפוטית בכל הסכמה שהיא. פעולתו של חופש החוזים היא אפוא לשבט ולחסד. הכוח שהוא מקנה פירושו גם אחריות. התובע את כיבוד חופש החוזים שלו, יואיל לכבדו בעצמו.

כללם של דברים, זולת מצב שבו ההתניה עצמה נגועה בפגם בכרית<sup>86</sup> או מצב שהוכח בו – בכפוף לתיאוריה האובייקטיבית – כי שני הצדדים גם יחד הסכימו, לאחר קביעת התניה, לבטל אותה או להגבילה, הרי כיבוד חופש החוזים של הצדדים בהקשר זה מחייב את זניחתן של הסכמות חיצוניות סותרות ושליטת הפנייה לנסיבות חיצוניות.

בה"ש 26), לשם הגשמה מיטבית של רצון הצדדים נכון יותר לדבוק בפרשנות מילולית של החוזה וליתן תוקף להסכמת הצדדים כפי שזו נוסחה על ידם. מנגד, יש הסוברים כי הגשמה מיטבית של רצון הצדדים מחייבת את בדיקת הנסיבות האופפות את ההתקשרות (ראו, למשל, קרן – ספר ברק, לעיל ה"ש 15, בעמ' 455–457, ראו גם פרידמן – לפרשנות המונח פרשנות, לעיל ה"ש 15, בעמ' 488). עמדתנו הכללית בהקשר זה גם היא הובעה, לעיל בה"ש 33, בציינו כי נסיבות החוזה אינן מנהירות באופן טוב יותר כוונות הצדדים. לשאלה זו אפוא פנים לכאן ולכאן ואין בכוונתנו להכנס לעובי הקורה בוויכוח על אודות טכניקת הפירוש המתחקה באופן המיטבי אחר רצון הצדדים. מטרתנו כאן היא מצומצמת יותר, ועניינה בשאלה כיצד תשפיע התניית הצדדים על אופן פירוש הסכמתם, תהא הגישה העקרונית (ביחס לטכניקת הפירוש) אשר תהא. דומה שבמקרה כזה, המחלוקת התיאורטית-היפותטית הנזכרת מאבדת ממשמעותה. לדעתנו קיומה של התניה על דין הפירוש משפיע גם על הסברה שלפיה, הגשמה מיטבית של רצון הצדדים מצריכה התחקות אחר הנסיבות כולן. הדבר נעוץ בהיות ההתניה חלק ממכלול נסיבות ההתקשרות (להלן בה"ש 94 ובסמוך אליה), נסיבה המלמדת אף היא – מתוכה ובאופן עצמאי – על כוונתם האקטואלית של הצדדים, ושכוחה להכריע נסיבות אחרות. בנסיבות שבהן התנו הצדדים במפורש על דין הפירוש, השאלה ההיפותטית (בדבר האמצעים המגשימים באופן טוב יותר את כוונתם האקטואלית של הצדדים) זוכה למענה עובדתי ישיר על ידי הצדדים לחוזה. לשון אחר, ההתנייה היא ביטוי **סובייקטיבי** מפורש לדרך שבה חפצו הצדדים הקונקרטיים שתפורש הסכמתם.

<sup>86</sup> מצבים שכאמור אינם מענייננו כאן, ואין הם עניין לדין הפירוש לענות בו. כפי שהתבאר, הדרך הראויה להתמודד עם מצבים אלה, אם בכלל, אינה התערבות שיפוטית בתוכן החוזה אלא – ותוך הבחנה ניאותה בין הדברים – הליכה במסלולים שנקבעו לכך בדיני הפגמים בכריתת. בהם אין כל מניעה לפנות ל"נסיבות" הכלליות של ההתקשרות. ראו לעניין זה ולהבחנה האמורה, דיוננו לעיל בה"ש 69–71, 75–77 ובסמוך להן.

ואין בדברים אלה קושי תיאורטי. היקף המקורות שמהם ייגזר אומד דעת הצדדים, השפעתו אחת למעשה: יש בו כדי להכתיב את היקף ההגנה על כל אחד מהצדדים ואת הזכות שתינתן לכל אחד מהם. חופש חוזים, ובכללו החופש להתנות על דין הפירוש, מאפשר לצדדים למשא ומתן מסחרי לחלק ביניהם את הסיכונים העסקיים בהקשר זה. ניתן אף להרחיק ולהניח שהסכמה מעין זו מוצאת את איזונה בטובת הנאה סבירה שהחווה מקנה לצדדים תמורתה. התניה מעין זו היא אפוא הקצאה מוסכמת – ומאוזנת – של זכויות וחובות. בהיות הצדדים "שליטי החווה", ממילא אין כל מניעה שיעצבו את היקף זכויותיהם וטיבן כראות עיניהם. הפה שיצר הוא גם הפה שגִיךְ.

### ב. התניית הצדדים כתניה חוזית

ניתן להשקיף על סוגיה זו גם במשקפיה של חובת תום הלב והפרת החווה: התניה על דין הפירוש תוך הגבלתו ללשון החווה בלבד היא למעשה התחייבות המצטרפת למכלול התחייבויות הצדדים, ולפיה מה שלא נכתב, כאילו נכתב שלא יסתמכו עליו. טענה כנגד התניה על דין הפירוש היא אפוא גם הפרה של ההסכם ולמצער הפרת חובת תום הלב בקיום חיובים.

### ג. תכליתו של דין הפירוש

אמנם אין להתעלם מכך שעקרון חופש החוזים הוא רק הנחת המוצא בשאלת כוחם של הצדדים להתנות על דין הפירוש. אין הוא השיקול היחיד המשמש בה. לעומת עקרון חופש החוזים ישנם שיקולים נוספים המושכים כל אחד לכיוונו הוא. לפעמים האינטרס הציבורי שביסוד דבר חקיקה ישמיענו טעמים שבמדיניות להסגת עקרון חופש החוזים מפניו. אולם אין בדברים אלה כדי להציב קושי בענייננו, שכן סעיף 25(א) – לרבות תכליתו הברורה והמוצהרת המחוייבת כולה לכוונת הצדדים – מעיד על אופיו הניתן להתניה נוגדת.<sup>87</sup> יתר על כן, אין הסעיף מגביל את עקרון חופש

<sup>87</sup> השאלה אם הוראת חוק מסוימת היא קוגנטית או דיספוזיטיבית, היא שאלה של פרשנות דבר החקיקה. ראו, למשל, דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 50, בה"ש 19 שם; ודוק, תכליתו של סעיף 25(א) מעידה על יכולת הצדדים להתנות על כללי הפירוש האמורים בו. מה שאין כן באשר לסעיף 25(ב), לאחר תיקונו, הקובע כי "חווה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו". כלל פרשני זה אינו ניתן להתניה נוגדת מצד הצדדים לחווה. במקרה זה נסתרת חזקת הדיספוזיטיביות החלה על הוראות הדין האזרחי, לפי שהוראה זו, שלא כמו עניינו של סעיף 25(א), נובעת בין השאר משיקולים פטרנליסטיים של ביכור החלש על פני החזק, תוך קידום ערכים נוספים. הדעת נותנת אפוא כי כלל פרשני זה, מעצם טיבו וטבעו, לעולם כופה הוא. אין הוא

החוזים, ולא זו בלבד אלא שהוא נגזר מן העיקרון האמור. שלא כמו חובות קוגנטיות למיניהן, סעיף 25(א) אינו ביטוי לשיקולים פטרנליסטיים של הגנת החלש מפני החזק או אינטרס אחר המשמיע סטייה מחזקת הדיספוזיטיביות החלה על הוראות הדין האזרחי. תכליתו של סעיף 25(א) אחת היא: לאתר את כוונת הצדדים לחוזה. תכלית זו, שביסוד הסעיף, היא עצמה משמיעה את יכולת ההתניה על מקורותיה, קל וחומר כאשר ההתניה היא על המקורות הראייתיים אשר נקבעו בסעיף החוק, ולא על אמת המידה המהותית שהותוותה בו.<sup>88</sup> בנסיבות אלה, אין לך אמצעי או ראייה חזקים לחשיפת כוונת הצדדים יותר מאלה שהעמידו הם עצמם. לא יהא ראוי אפוא לכוף עליהם כל מובן המנוגד לכוונתם זו, ולמצער מובן שאינו מתחשב בה.

כפי שנזכר, גם הלכת **אפרופים** ותורת הפרשנות התכליתית, ולו לפי התשתית הפורמלית והאנליטית שלהם, מעולם לא ביססו שינוי בתכליתו המרכזית של דין פירוש החוזה, והיא חשיפת כוונת הצדדים. כשזו ניתנת לאיתור, אין מקום לפרשנות הסוטה הימנה. אמנם, ניתן אולי לפקפק במשמעותה של תשתית פורמלית זו לנוכח אותן רוחות מנשבות הרואות בהלכת **אפרופים** הלכה הקוראת למשנה אקטיביסטית יותר בפירוש חוזים. עם זאת, לדעתנו, יש חשיבות רבה לתשתית הפורמלית שביסוד הלכת **אפרופים**. תשתית זו ממלאת תפקיד חשוב, אולי המרכזי ביותר, בהבהרת שורה של שאלות המתעוררות – והעשויות להתעורר – בכל הנוגע להמשך פיתוחה של הלכת **אפרופים**, ולדרכי החלטה.

משנה את צבינונו כאשר הוא פועל בצלן של הצהרות כלשהן מצד הצדדים. יסודותיו נטועים בערכים, באינטרסים ובעקרונות שמחוץ להסכמות הצדדים. ראו גם שחר ולר "על התערבות בתוכנם של חוזי ביטוח באמצעות 'פרשנות'", **עלי משפט** ג 247, ה"ש 13 שם (2003).

דברים אלה אמורים, כמובן, לא רק בהתניה מפורשת של הצדדים על כלל הפירוש האמור בסעיף 25(ב), שבוודאי לא תצלה לנוכח אופיו הקוגנטי, אלא גם בהתניה על כלל הפירוש הדיספוזיטיבי האמור בסעיף 25(א), אם הייתה לאחד הצדדים עדיפות בעיצוב תנאי החוזה, וההתניה סופה שתיטיב עם אותו הצד. במצב דברים זה ממילא יתעורר כלל הפירוש האמור בסעיף 25(ב) מרצונו. ראו גם איל זמיר – פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 40–41.

<sup>88</sup> להבחנה בין התניה על עקרונותיה המהותיים של הדין ובין נדבכיו האחרים, ראו משה גלברד ויהודה אדר "השבה, פיצויים, צירוף תרופות וחופש החוזים" **משפטים** מ 827, 865–861 (2011). בהקשר דין הפירוש, ובניגוד לדיני התרופות, נדירים לדעתנו הם המצבים שבהם צדדים, שכרתו חוזה מתוך רצון חופשי, ייתפסו כמתנים על אמת המידה המהותית של הדין, משום שההתניה עצמה (ולרבות השינויים שהיא מביאה עמה לגבי יתר הוראות החוזה) היא בגדר ביטוי מפורש לרצונם הסובייקטיבי של הצדדים. כך, למשל, אפילו נניח כי הצדדים קבעו כי החוזה יפורש, לא לפי אומד דעתם, אלא לפי אומד דעתו של צד שלישי, הרי שגם קביעה זו היא ביטוי מפורש לאומד דעתם של הצדדים לחוזה עצמם.

## ד. פרשנות – מלאכה המסורה לבית המשפט

סוגיית תכליתו של דין הפירוש מתחברת, ובה בעת משיבה, לטענת נגד אפשרית שלפיה מלאכת הפירוש כולה מסורה לבית המשפט – ואין היא עניין לצדדים לענות בו.<sup>89</sup> על פי טענה זו, גבולותיהם של כללי הפירוש אינם מסורים לצדדים כלל, וכל הסכם בעניינם אינו תקף. מבחינה פורמאלית טענה זו עשויה למצוא לה אכסניה גם בתקנת הציבור ובסייג הצדק באכיפה.<sup>90</sup> ואכן, לא ימצא מי שחולק על נקודת המוצא

<sup>89</sup> על כך שאין ניתן להתנות על מלאכה המסורה בעיקרה לבית המשפט בהקשרים אחרים, כגון חוסר היכולת להתנות על דין התרופות מחמת היותו מלאכה המסורה לבית המשפט, ראו, לדוגמה, א' ידין **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1971** 19 (מהדורה שנייה, 1979). (חרף זאת, העמדה המקובלת היא יכולת להתנות על דין התרופות. ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 71–101 (2009)**). (להלן: שלו ואדר – תרופות).

<sup>90</sup> תקנת הציבור וסייג הצדק הם מכשולים פוטנציאליים הניצבים בפני יכולת ההתנייה על הדין. ראו, בהרחבה, איל זמיר – פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 38, 41–42, 52–53. כך, למשל, ניתן להרחיק לכת ולסבור שהתניה על דין הפירוש סותרת את תקנת הציבור (לדין בעקרון תקנת הציבור ובאפשרות להתערב בתוכנם של חוזים מכוחו, ראו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 510–533) משום שיש בהתניה הגבלה – למצער מסוימת – של הזכות לפנות לערכאות בהיותה, לכאורה, "כובלת" את ידי הפוסק, מצמצמת את גודל שיקול דעתו וחוסמת את דרכו לאמצעים פרשניים אפקטיביים שהיו עומדים לרשותו אלמלא התניית הצדדים. לדעתנו אין בגישה זו ממש: דווקא מחמת שחיקתו ההולכת ונמשכת של חופש החוזים, ראוי לשמר את שנותר ממנו, וספק רב אם ראוי שהתניה מעין זו תוכר ככזו הסותרת את תקנת הציבור. כפי שצוין בעבר: "רק כאשר ברור כי חוזה מסוים נוגד [...] את יסודות הסדר החברתי [...] יש לבטלו". ראו גבריאלה שלו "סוס הפרא – לאן או מה ארע לתקנת הציבור", **קריית המשפט ב 21**, 28 (2002). אכן, תקנת הציבור היא אמצעי דרסטי. אין זה פלא כי השימוש בה כאמצעי לפיקוח על תוכנם של חוזים איננו שכיח (ראו, איל זמיר, לעיל, בעמ' 41 ובעמ' 42 בה"ש 79). ואמנם, כבר מצינו שאף כשהצדדים "הגבילו" את כוחו של בית המשפט הגבלה חריפה לאין ערוך מזו האמורה כאן, נמנע הוא מלפסול את התניה על יסוד סתירה בינה לבין תקנת הציבור. ראו ע"א 3833/93 **לויין נ' לויין**, פ"ד מח(2) 862, 875–876 (1994) (להלן: עניין לויין) ("אכן, לא היה מקום לסיפק לו התיימר החוזה בלשון ברורה לחסום את הדרך אל בית המשפט. אך [...] החוזה] אינו נוקט לשון כזאת. הוא אינו אומר שהמשיבה אינה רשאית לתבוע בבית המשפט את מזונותיה. הוא אומר רק זאת, שהמשיבה מנועה, בתביעה שכזאת, להסתמך על החוזה" (ההדגשות והסוגריים הוספו). ואם הדברים אמורים בסעיף המגביל את כוחו של צד להסתמך על החוזה בכלל (על לשונו ונסיבותיו גם יחד), האם לא כל שכן בסעיף המגביל את כוחו של צד להסתמך רק על נסיבותיו של החוזה?).

זאת ועוד, אף אם יטען הטוען שאמנם סעיף זה לא יפסל מחמת היותו מנוגד לתקנת הציבור, אך מכל מקום, ומטעמים דומים, הוא לא ייאכף מחמת סייג הצדק הקבוע בסעיף 3(4) לחוק

שלפיה מלאכת הפירוש היא מלאכה שיפוטית. מסורה היא לפרשן ולא לצדדים. אולם כאן שבים אנו לאותה המעגליות הנעוצה בתכלית הליך הפירוש. הכול הולך אחר התכלית. סמכותו ושיקול דעתו של בית המשפט במלאכת פירושו של חוזה הותוו במלואם על ידי המחוקק. זה האחרון הכפיף את הפרשן ל"אומד דעת הצדדים". ואם כך הוא, הרי הפונקציה השיפוטית בהקשר זה מוגבלת להתחקות אחר כוונת הצדדים. בהיות עניינו של דין הפירוש נעוץ באמת מידה זו, ממילא יש בהתנהגותם של הצדדים – ובהתניותיהם – כדי לגלות את דעתם (ולהשפיע על אומדנה) לפי נסיבותיו של העניין בכללותו. בנסיבות אלה התנייתם תימצא תקפה ולו מחמת היות הפרשן כפוף לאמת מידה המקבלת את כל צביונה מן הצדדים, וממילא מתחשבת בהתנייתם זו.<sup>91</sup>

החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16, הרי אין בטיעון זה כדי להעלות או להוריד. ראשית, למרות שמבחן הצדק פותח פתח רחב לצמצום הזכות לאכיפה, דומה כי המגמה בישראל היא להמעיט בשימוש בחריג זה. ראו שלו ואדר – תרופות, לעיל ה"ש 89, בעמ' 217–219. שנית, מקובל כי אי-סבירות של תנאי העסקה או חוסר כדאיותה אינם שיקול להמנע מאכיפתה (איל זמיר – פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 52 בה"ש 116 ובסמוך אליה). שלישית, אפילו תימנע אכיפת התניה הסוטה מדין הפירוש (מן הטעם שהיא חוסמת את הדרך האפקטיבית לערכאות) ממילא יהיה רשאי הצד האחר לחוזה לתבוע פיצויי קיום מן הצד המפר בגין הפרת הוראה חוזית זו (ראו עניין לוי, שם, בעמ' 879. בניגוד לאכיפה – שהפעלתה כפופה לשיקולי צדק – אין הזכות לפיצויים כפופה לשיקולי צדק. שיקולים של צדק, פרטי או ציבורי, אין בהם כדי לערער את זכותו המוקנית של הנפגע לפיצוי על נזקי הפרה. ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 286). בדרך זו יהיה זכאי הנפגע מהפרת ההתניה על דין הפירוש לתבוע את סך ההפרש שבין ערכה הכלכלי של הזכות לאור "לשון החוזה" ו"נסיבותיו" ובין ערכה של זו על יסוד "לשון החוזה" בלבד. בנסיבות אלה, התוצאות של פירוש החוזה על יסוד לשונו ונסיבותיו ממילא יושו אפוא – בערכן הכלכלי – לאחר מכן, כאילו מלכתחילה פורש החוזה על יסוד לשונו בלבד.

<sup>91</sup> מטעם דומה, הנוגע לכוחם של הצדדים להשפיע על אמת-המידה המהותית הקבועה בדין (אפילו אם זו אינה נובעת מרצונם בלבד) גם אין התניה מעין זו, כשהיא לעצמה, סותרת את חובת תום הלב בשימוש בזכויות, בהתאם לסעיף 39 לחוק החוזים הכללי. באופן תיאורטי ניתן היה לטעון שהסטייה מכללי הפירוש שנקבעו בדין היא בלתי מאוזנת ובלתי סבירה, ולפיכך העמידה הדווקנית על קיומה היא התנהגות בחוסר תום לב. זו טענה מרחיקת לכת. עצם העמידה של צד על זכותו החוזית המפורשת ועשיית שימוש בה אינן מהוות כשלעצמן חוסר תום לב. נדרשות נסיבות מיוחדות המצביעות על העדר תום לב (ראו דיני חוזים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 109–111). התשובה לשאלה אם בעל זכות פעל, במימוש זכותו, בחוסר תום לב תלויה בנסיבות המקרה ובהיקף חובת תום הלב שהתגבשה בין הצדדים בהתאם לנסיבות אלה. הואיל וחובת תום הלב קובעת נורמת התנהגות במישור היחסים ההדדיים שבין הצדדים, היא גם מושפעת – מיניה וביה – מציפיותם הסבירה של הצדדים במקרה נתון ומנסיבות החוזה והמשא ומתן בהקשרו, ומתחשבת בהן (ראו עמדת הנשיא שמגר בעניין ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' ריב משה ושות' 39

כללם של דברים, לא את מלאכת השיפוט ביקשו הצדדים לעצב ולא מעקרונותיה ביקשו הם לסטות, כי אם את כוונתם המשותפת ביקשו הם לגלות, וזוהי אמת המבחן העליונה של מושא ההתניה עצמו (דין הפירוש), החוזרת ומשליכה על המלאכה השיפוטית.

בסמוך יתבאר כי ההתניה על דין הפירוש גם איננה כרוכה בסטייה – הליכית – מטכניקת הפירוש המופעלת למעשה בידי בית-המשפט.

### ה. הנחות יסוד פילוסופיות – 'אין מלים ברורות'

נקודה אחרונה הראויה לציון היא הנחת היסוד הפילוסופית של תורת הפרשנות התכליתית בדבר קוצרה ומגבלותיה של לשון החוזה כשלעצמה. לכאורה, על פי הנחות היסוד של תורת הפרשנות התכליתית, היה עשוי להתעורר קושי אינהרנטי בהתניה הנדונה: הרי הכפפת הפרשן ללשון החוזה תביאו לכאורה ל"מעגל שוטה" אשר אין מוצא פרשני ממנו. וכיצד יוגבל הפרשן למילותיו של החוזה בלבד שעה שאין

**בע"מ, פ"ד מג(1) 461, 441 (1989); בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים ב"ש נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 834, 828 (1980).** כן ראו דברי הנשיא שמגר בד"נ 7/81 פנידור חברה להשקעות פיתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 689, 673 (1983). ראו גם אהרן ברק שיקול דעת שיפוט 473 (1987)). לפיכך, ההתניה ממלאת תפקיד חשוב גם בקביעת היקף חובת תום הלב החלה על הצדדים: אם תום הלב נבחן מתוך התייחסות למערכת יחסים נתונה מובן שיש בהתנהגותם של הצדדים – ובהתננייתם במקרה נתון – כדי להשפיע על היקף חובת תום הלב החלה בעניינם. בכוחם של הצדדים המתנים מראש "לעצב" את חובת תום הלב ולתחום תחומיה, לפי נסיבותיו של העניין בכללותו ולפי ציפיותיהם המקדמיות כפי שהן התגבשו בשלבי המשא-ומתן. לא הרי היקף ציפיותיהם וחובת תום הלב של צדדים שהסכימו לסטות מכללי הפירוש, כהרי היקף ציפיותיהם וחובת תום הלב של צדדים ששתקו בנושא זה. יתירה מכך ולאור זאת, בנסיבות של התניה על דין הפירוש, אפשר שדווקא טענה כנגד היכולת להסתמך על ההתניה היא הפרת ציפיותיהם המשותפות של הצדדים, ולפיכך היא הפרת חובת תום הלב בקיום חיובים; נוסף על האמור, יש להדגיש עניין אחר. הכרה בכך שהסתמכות על ההתניה כמוה כשימוש בזכות שלא בתום לב איננה שוללת את תוקף ההסתמכה על התניה זו, אלא מותירה אותה על מכוונה תוך פסילת ההסתמכות עליה באופן התלוי בנסיבות כל מקרה לגופו (איל זמיר – פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 47, בה"ש 98 שם ובסמוך אליה); טענה אחרת – ונפרדת – היא כי עצם הכללתה של התניה על כללי הפירוש בחוזה עשויה להיות נגועה בחוסר תום בשלב המשא ומתן בהתאם לסעיף 12 לחוק החוזים הכללי. אולם דומה כי הפסיקה הסתייגה מן השימוש בסעיף 12 לחוק החוזים כאמצעי להתערבות בתוכנו (ראו איל זמיר – פירוש והשלמה, לעיל, בעמ' 48).

מלים ברורות כשלעצמן? <sup>92</sup> אכן, ההנחה הבסיסית שלפיה אין ללשון, כעומדת לעצמה, כל פשר מושכל אלא זה העולה מנסיבותיה עלולה לעורר ספקות בדבר עצם יכולתו של הפרשן לחשוף את אומד דעת הצדדים שעה שהוא הוגבל מלכתחילה ללשון הכתוב בלבד.

קשה לקבל טיעון זה. גם על רקע הנחות יסוד מקדמיות מעין אלה, מתבקשת לכל הפחות ההכרה המעשית בכוחם של הצדדים להתנות על דין הפירוש ולהגבילו ללשון הכתוב. <sup>93</sup> ניתן לראות בסעיף ההתניה הוראה שאיננה שוללת את עצם הפנייה לנסיבות החוזה, אלא שוללת ביסוס הכרעה שיפוטית בהסתמך על נסיבות אלה, תוך סטייה מלשון החוזה וממה שאין בה. ההתניה איננה משנה אפוא את אופן פעולתו של הפרשן במלאכת הפירוש, אלא משנה את אופן הכרעתו. גם אם ייבחן החוזה בכללותו, על פי תורת הפרשנות התכליתית, תוך פנייה ללשונו ולנסיבותיו גם יחד, הרי למקורות פירוש אלה יצטרף מקור פרשני נוסף ומכריע: הסכמתם של הצדדים בדבר כללי הפירוש שיחולו בעניינם. הסכמה זו, למרות שהיא חלק ממכלול מילותיו של החוזה, פושטת ולובשת צורה ונטמעת במכלול "נסיבותיו" <sup>94</sup> כגורם מכריע, לפי שהיא מהווה מעין ויתור מוסכם על התוצאות המעשיות הנובעות מפירוש החוזה על יסוד נסיבותיו. ממילא יש בהתניה זו כדי להשפיע על כוונתם הכללית של הצדדים ועל צביון החוזה כולו.

כללם של דברים, התניה על דין הפירוש גוררת תנודה, אף בחסות בחינת הנסיבות ובהצטרף לה, במלאכת ההכרעה בדבר אומד דעת הצדדים. סעיף ההתניה אינו שולל

<sup>92</sup> ראו דברי השופט ברק בעניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 4, עמ' 298 ("אין מלים 'ברורות' כשלעצמן. אכן, אין לך דבר פחות ברור מהקביעה כי המלים הן 'ברורות'"). ראו לעניין זה גם דיוננו לעיל בה"ש 31 ובסמוך אליה, ובסמוך לה"ש 64.

<sup>93</sup> ואין דוברי הפרשנות התכליתית חלוקים בנקודת מוצא עקרונית זו. ראו ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 443, בציינו כי: "הכללים לזיהוי תכליתו של החוזה הם, בעיקרם, כללי משפט דיספוזיטיביים. אופיים הדיספוזיטיבי מתבטא בכך שהצדדים רשאים לקבוע ביחסייהם ההדדיים הסדר שונה מזה הקבוע בכללי הפרשנות". מכך עולה בין השאר שאין הוראת סעיף 122(א) להצעת חוק דיני ממונות – הנסמכת על הפרשנות התכליתית – משפיעה על יכולת הצדדים להתנות על דין הפירוש.

<sup>94</sup> משום שמקור פרשני זה – הסכמת הצדדים בדבר דין הפירוש שיחול עליהם – אף שמקורו בלשון החוזה, חורג ממתחם הוראותיו הענייניות של החוזה (בדבר העסקה גופה) ומצטרף למכלול הנתונים האופפים את עשיית העסקה עצמה, כשיקול מכריע. לשאלת הנסיבות אשר ייבחנו לפי דין הפירוש ראו ברק – פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 461. מן הבחינה הזאת, משום שההסכמה בדבר דרך פירושו של חוזה נמצאת – מבחינה מהותית – מחוץ לתחום העסקה העניינית, מדובר בנתון הנוסף על אוסף רחב ומקיף של נסיבות שמהן ניתן ללמוד על אומד דעתם של הצדדים בעריכת החוזה.

את הפנייה לנסיבות חיצוניות – מבארות, משלימות או סותרות – אלא בולען אל קרבו ומעגן כלל הכרעה בהקשרן. אומד דעתם של צדדים, שהתנו על דין הפירוש תוך הגבלתו ללשון החוזה, ידחה מתוכו, במישור המסקנה האופרטיבית, כל הכרעה פרשנית שאינה עולה במפורש מלשון החוזה, אף אם זו נתמכת בנסיבותיו. הכרעה שיפוטית המכירה בכוחם של צדדים להתנות על דין הפירוש במקרה כאמור, איננה כרוכה אפוא בסטייה – הליכית ומהותית – מהלכת **אפרופים** ומתורת הפרשנות התכליתית אלא היא מתבקשת גם לאחר העברת החוזה בכור ההיתוך של תורה פרשנית זו ומתיישבת עמה היטב.

### סיכום

מעטות הן השאלות מתחום דין החוזים המחוללות מחלוקת כמו דין פירושו של חוזה. נפח העיסוק – השיפוטי, התחיקתי והציבורי – בשאלה זו מלמדנו על רגישותה של הסוגיה. הטעם העיקרי לכך הוא היות מוקד הסוגיה תחימת סמכויות בית המשפט כלפי הצדדים. ודומה שאין לך גזרה ניאונה לשליטת הצדדים כגזרה החוזית, ואין לך גזרה חוזית ראויה לכך – כגזרה המעלה על נס את "דעתם". לנוכח הדיון הרחב בהלכת **אפרופים**, ולאחר פסק הדין בעניין **מגדלי הירקות** ופסקי הדין של השופט דנציגר, היה ניתן לצפות ממחוקק זהיר שיימנע מלהתערב בסוגיה זו. תחת זאת צירף המחוקק את עצמו לזירת ההתגוששות ונטמע בה כאחד הנצים. בנסיבות אלה ראוי להרהר מחדש ביסודם של דברים ולהיאחז בנקודת המוצא – אשר לעתים דומה שסולקה מעל פנינו – והיא אדנותם של מי שכווננו את החוזה מראשיתו. ברשימה זו ביקשנו להראות כי גם על פי הלכת **אפרופים** ותורת הפרשנות התכליתית, לצדדים נבונים כמו גם למי שעורכים למענם את החוזה, שמור הכוח להתנות על דין הפירוש ולקבוע כיצד יפורשו הסכמותיהם על ידי בית המשפט. בכך יכולים צדדים לחוזה להעמיד את עצמם באותו מקום שבו היו נתונים אילו הסכמותיהם היו מתפרשות לפי תורת הפרשנות המסורתית, תורת שני השלבים. אדנותם של הצדדים לחוזה, הראויה לכל שימור, תשמיענו כי בין כך ובין כך – מפתחות דין הפירוש בידם. ברצותם – יקרבו דין זה אל כוונתם, ברצותם – ירחיקוהו.