

## 1. הקדמה

הספר **פרשנות החוזה** הוא הכרך הרביעי מתוך שישה, בסדרת הספרים המונומנטלית **פרשנות במשפט** מפרי עטו של פרופ' אהרן ברק<sup>2</sup>. סדרה זו היא היצירה החשובה והמקיפה ביותר שנכתבה במשפט הישראלי. היא מצטרפת לספריו ולמאמריו הרבים של ברק<sup>3</sup> ולפסיקתו העשירה בבית המשפט העליון. לנוכח אופוס עצום, ייחודי ומרשים זה אנו עומדים משתאים ומלאי התפעלות, כמעט עוצרי נשימה, אל מול תפוקתו האדירה והמופלאה של מי שהיה ילד הפלא של המשפט הישראלי, והפך למי שמגלם עד היום באישיותו את מיטב כוח היצירה השיפוטי והאינטלקטואלי של משפטנו.

לא רק כוח היצירה והיקף הכתיבה של ברק מרשימים ומפעמים. מרשימה גם התוצאה: לנגד עינינו, משפטי הארץ הזאת, יצר ברק מבנה שלם, הרמוני ומפואר, תורה שלמה, סדורה וערוכה. ניצני תורה זו, שיבשילו פרי הילולים, ניכרים כבר בתחילת כתיבתו המדעית, בשנות השישים, ובפסיקתו המגוונת, מאז התמנה, לפני כמחצית יובל שנים, לבית המשפט העליון<sup>4</sup>.

בכתיבתו ובפסיקתו יצר ברק קשר הדוק ואמיתי בין העשייה לתאוריה, בין המעשה המשפטי להלכה. הוא שלימדנו כי "אין לך דבר מעשי יותר מתאוריה טובה". אחת מתרומותיו החשובות והרבות להתפתחות המשפט בישראל היא ביצירת תורה אחידה, קוהרנטית והרמונית, הניתנת ליישום בכל תחום של המשפט ובכל נושא מנושאיםיו.

בכל כתיבתו המדעית, ובכל פסיקותיו ההלכתיות, אין ברק זונח את ראיית יער המשפט הכולל. גם כשהוא כותב על העלה, על הענף או על העץ המשפטי, הוא מודע לקיומו של היער – יער המשפט. מודעות זו מאפשרת לו, ולנו, לקיים דיאלוג משפטי מתוחכם, באמצעות מכנה משותף ושפה אחידה, מעבר לתחומי התמחות ועניין ספציפיים.

בסקירת ביקורת זו אנסה לעשות את הבלתי אפשרי: לתאר בקצרה את תורת הפרשנות הכללית של ברק ואת יישומה של תורה זו בדיני החוזים, כפי שנעשה בשבע מאות עמודי הספר שלפנינו. לאחר מכן אציג מספר רעיונות ונושאים שברק עוסק בהם בספרו ואציע דעה שונה.

## 2. פרשנות החוזה – תורת ברק

### א. תורת הפרשנות הכללית של ברק

הספר **פרשנות החוזה**, מושא רשימתנו, מהווה – בלשונו של המחבר

\* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית, ירושלים.

– "חוליה בשרשרת"<sup>5</sup>, כאשר השרשרת היא תורת הפרשנות הכללית מבית מדרשו של הפרופסור-השופט אהרן ברק.

תורת הפרשנות הכללית של ברק מהווה ביטוי לתפיסה אינטגרטיבית והרמונית של המשפט. תורה זו חלה על כלל הטקסטים המשפטיים – חוקי־יסוד, חוקים, תקנות, חוזים, צוואות. על פיה כל טקסט משפטי טעון פירוש, באשר פירוש אינו אלא מתן מובן לטקסט. דרך הפרשנות זהה לגבי כל הטקסטים המשפטיים, ולפיה קובע הפרשן את מגוון המשמעויות הלשוניות של הטקסט, ולאחר מכן בוחר מתוכן את המשמעות המשפטית. גם שיטת הפרשנות היא אחידה ומתייחסת לכל הטקסטים המשפטיים, ולפיה כל טקסט מתפרש בהתאם לתכליתו. ניתן אפוא לכנות את תורת הפרשנות של ברק תורת הפרשנות התכליתית. תורה זו גורסת כי לטקסט משפטי יש לתת את הפירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט<sup>6</sup>. תכלית הטקסט המשפטי – התכלית הנורמטיבית – מורכבת מתכלית סובייקטיבית, הלוא היא רצונו של יוצר הטקסט, ומתכלית אובייקטיבית, הלוא היא "רצון השיטה" או ערכי היסוד שלה. דיני הפרשנות הכללית לפי ברק הם הדינים המאזנים בין רצון היוצר ובין רצון השיטה. נקודת האיזון בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית משתנה, אליבא דברק, על פי סוג הטקסט, מושא מלאכת הפירוש<sup>7</sup>.

1. א' ברק **פרשנות במשפט** (תשס"א, כרך ד: פרשנות החוזה).
2. ואלה הם ששת הכרכים: א' ברק **פרשנות במשפט** (תשנ"ב, כרך א: תורת הפרשנות הכללית); א' ברק **פרשנות במשפט** (תשנ"ג, כרך ב: פרשנות החקיקה); א' ברק **פרשנות במשפט** (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית); א' ברק **פרשנות במשפט** (תשס"א, כרך ד: פרשנות החוזה); א' ברק **פרשנות במשפט** (תשס"א, כרך ה: פרשנות הצוואה); א' ברק **פרשנות במשפט** (כרך ו: בעיות מיוחדות בפרשנות החקיקה) (טרם פורסם).
3. שני כרכים גדולים, ובהם מאמרים שלו שטרם ראו אור, הופיעו לאחרונה: א' ברק **מבחר כתבים** (ח'ה' כהן ו' זמיר עורכים, תש"ס).
4. לדוגמה: בפסק דינו הראשון בפרשת **בית יולס** (ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לז(1) 533) מובלע הרעיון של תחולת ערכי היסוד של המשפט הציבורי (שם: שוויון) במשפט הפרטי, נזכרת התפיסה של אחדות המשפט ללא מחיצות רעיוניות בין משפט פרטי למשפט ציבורי, ונחזה כוחו הרב של עקרון תום הלב.
5. מתוך ההקדמה לספר, ברק, **לעיל** הערה 1, בע' 37.
6. א' ברק **פרשנות במשפט**, כרך א, **לעיל** הערה 2, בע' 373.
7. ברק מדגים, **לעיל** הערה 1, את השפעת אובייקט הפרשנות על הפעילות הפרשנית באמצעות השוואה בין פרשנות חוק החוזים ובין פרשנות חוזה. שני הטקסטים מתפרשים אמנם על פי הפרשנות התכליתית, אולם נקודת האיזון בהכרעה בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית שונה: בפרשנות חוק החוזים, משקל התכלית האובייקטיבית רב ממשקל התכלית הסובייקטיבית, בעוד שבפרשנות חוזה מעמד הבכורה ניתן לתכלית הסובייקטיבית (שם, בע' 388, 54).

נקודת האיזון בין התכליות – הסובייקטיבית והאובייקטיבית – נקבעת, לגבי החוזה כמו לגבי כל טקסט משפטי אחר, על פי מיקומו של הטקסט על גבי הספקטרום הפרשני. בספקטרום זה, שבקוטב אחד שלו נמצאת הצוואה ובקוטב המנוגד נמצאים החוקה וחוקי היסוד, מציב ברק את החוזה קרוב לצוואה ורחוק מן הטקסט החוקתי. מיקום זה נובע מהחשיבות שמייחס ברק לאוטונומיה של הרצון הפרטי. להגנה על אוטונומיה זו משקל רב בדיני החוזים, אם כי פחות מאשר בדיני הצוואות.

כדיני החוזים מצטרפים לאוטונומיה של הרצון הפרטי ערכים אחרים, כמו צדק ומוסר, ואינטרסים אחרים, הראויים אף הם להגנה, כמו הסתמכותו וציפיותיו של המתקשר השני. האינטרס החברתי הטמון בהגנה על האוטונומיה של הרצון הפרטי בדיני החוזים בא לידי ביטוי בהגשמת רצונם המשותף של הצדדים לחוזה. זוהי התכלית הסובייקטיבית של החוזה. משקלה של תכלית זו בתרכובת של התכלית הנורמטיבית רב, הגם שהוא פחות ממשקלו היחסי של רצון היוצר בצוואה. ואילו משקלה היחסי של התכלית האובייקטיבית של החוזה, המבטאת גם את ערכי היסוד של השיטה, קטן ממשקלה היחסי בפירוש חוקים, אולם רב ממשקלה היחסי בפירוש צוואות.

גם במסגרת פרשנות החוזה נקבעת נקודת האיזון בין כוונת הצדדים ובין ערכי היסוד של השיטה, על פי המיקום של סוג

החוזה העומד לדיון בספקטרום הפרשני. סוגיו השונים של החוזה – חוזה אחיד, חוזה רשות, הסכם קיבוצי, חוזה יחס, חוזה מסחרי – מסודרים על פני הספקטרום האמור על פי מידת הקרבה לפרדיגמה של החוזה הרגיל, הדו-צדדי. מידת קרבה זו קובעת את כוח המשיכה וההשפעה של כוונת הצדדים ואת משקלה היחסי בתרכובת של התכלית הנורמטיבית.

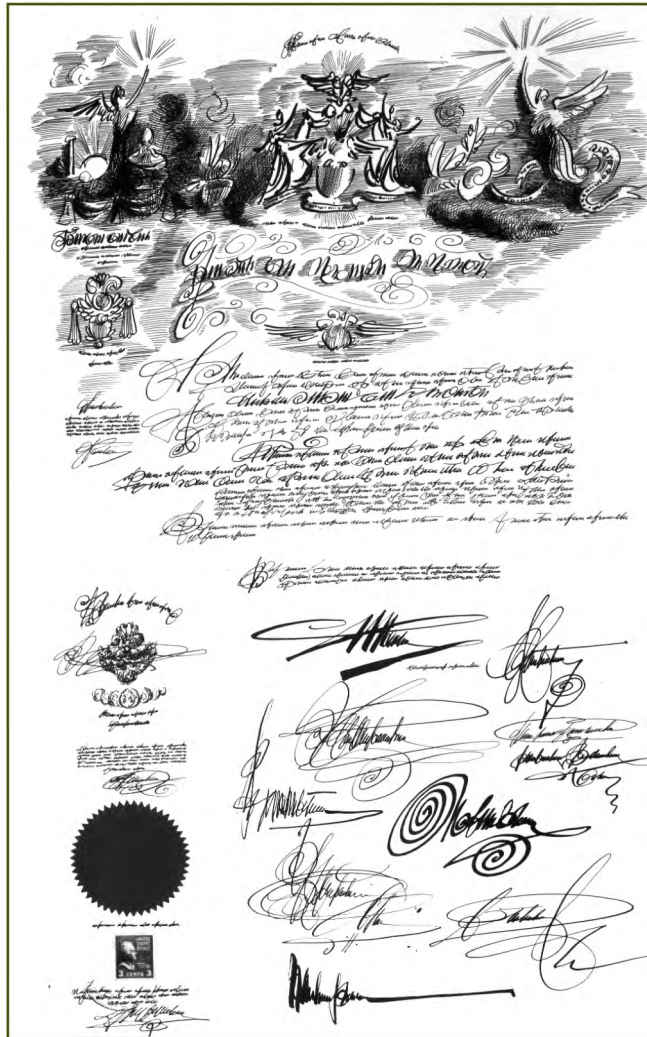
בכתיבתו על פרשנות יוצר ברק ספקטרום של טקסטים, המסודרים על פי חשיבותם ומשקלם היחסי של רצון היוצר מחד גיסא ורצון השיטה מאידך גיסא בכל אחד מן הטקסטים. בקצה אחד של הספקטרום הפרשני – הקוטב הציבורי – נמצא הטקסט החוקתי ובקצהו האחר – הקוטב הפרטי – הצוואה. בין קצוות אלה של הספקטרום נמצאים החוק לצד החוקה, והחוזה לצד הצוואה. מיקומו של הטקסט על גבי הספקטרום האמור, קרבתו אל קוטב אחד

ורחוקו מן הקוטב האחר, הם הקובעים את נקודת האיזון בהכרעה בין התכלית הסובייקטיבית (רצונו של יוצר הטקסט) ובין התכלית האובייקטיבית (רצונה של שיטת המשפט). כך, בפירוש הטקסט הניצב בקצה הפרטי של הספקטרום, הצוואה, משקלה של התכלית הסובייקטיבית (כוונת המצווה) רב ממשקלה של התכלית האובייקטיבית. מנגד, בפירוש הטקסט החוקתי, הניצב בקצה האחר, הציבורי, של הספקטרום, משקלה של התכלית האובייקטיבית, הכוללת את ערכי היסוד של השיטה, הוא המכריע.

## ב. פרשנות תכליתית של חוזים

תורת פרשנות החוזה של ברק נגזרת מתורת הפרשנות הכללית שלו ומתיישבת עמה. חוזה, ככל טקסט משפטי אחר, יש לפרש בשיטת הפרשנות התכליתית. ביישומה לפירוש חוזים קובעת תורת הפרשנות התכליתית כי יש לתת לחוזה מובן המגשים

באופן הטוב ביותר את תכליתו.<sup>8</sup> גם תכלית החוזה, כתכלית כל טקסט משפטי, מורכבת מתכלית סובייקטיבית ומתכלית אובייקטיבית. התכלית הסובייקטיבית של החוזה היא כוונתם האמיתית המשותפת של הצדדים.<sup>9</sup> התכלית האובייקטיבית של החוזה הם האינטרסים, המטרות והערכים אשר חוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים.<sup>10</sup> התכלית האובייקטיבית משקפת את הרצון ההיפותטי של הצדדים לחוזה,<sup>11</sup> את רצונם כאנשים סבירים וברמת הפשטה גבוהה את ערכי היסוד של השיטה.<sup>12</sup>



איור: סול שטיינברג

## ג. תכלית החוזה

תכלית החוזה לפי ברק היא כאמור מושג נורמטיבי, המורכב מתכלית סובייקטיבית ומתכלית אובייקטיבית. משמעותה של תכלית החוזה היא האינטרסים והמטרות שהחוזה נועד להגשים. התכלית הסובייקטיבית משקפת את הרצון הראלי של הצדדים, לאמור: האינטרסים והמטרות שהצדדים לחוזה ביקשו להגשים באמצעות החוזה. התכלית האובייקטיבית משקפת את הרצון ההיפותטי של הצדדים. למושג התכלית האובייקטיבית כמה רמות הפשטה, והוא מכיל בקרבו את רצונם המשותף המשווער של הצדדים, את רצונם המשותף הסביר ואף את ערכי היסוד של השיטה. בהתנגשות בין התכליות יד התכלית הסובייקטיבית על העליונה, אולם נדרשת לשם כך הוכחה פוזיטיבית ותשתית ראייתית מלאה שתצביע על כך כי הצדדים לחוזה לא שיוו לנגד עיניהם את התכלית האובייקטיבית<sup>13</sup>.

## ד. התכלית הסובייקטיבית של החוזה ומקורותיה

התכלית הסובייקטיבית של החוזה היא, לדעת ברק, אומד דעתם המשותף של הצדדים. מקור ראשון במעלה לאומד דעת זה הוא החוזה עצמו. דא עקא, הפנייה לחוזה כדי להתחקות אחר רצונם המשותף של הצדדים עשויה ליצור "מעגל שוטה"<sup>14</sup>: אנו פונים לחוזה כדי לדעת מהו אומד דעתם של הצדדים, ואנו פונים לאומד דעתם של הצדדים כדי לפרש את החוזה. ברק פורץ מעגל שוטה זה באמצעות תורת המעגל ההרמנויטי<sup>15</sup>: הפנייה לחוזה כדי לדעת מהו אומד דעתם של הצדדים נעשית על פי הבנה מוקדמת של הטקסט, על בסיס תפיסות תרבותיות ומשפטיות מוקדמות. אומד דעתם של הצדדים לחוזה, הלוא היא כוונתם המשותפת, קובע את התכלית הסובייקטיבית של החוזה. לתכלית זו מעמד בכורה, למצער מעמד בכורה תאורטי, בתוך התרכובת הנורמטיבית של תכלית החוזה.

בניגוד מוצהר לפסיקה שקבעה את תורת שני השלבים, קובע ברק כי על אומד דעתם של הצדדים יש ללמוד מכל הנסיבות, לרבות כמובן לשון החוזה<sup>16</sup>. תורת שני השלבים<sup>17</sup>, שלפיה נעשית הפנייה אל הנסיבות רק כאשר לא ניתן להבין את החוזה מתוכו ומתוכו, שבקה חיים לכל חי כבר בפסק דינו של השופט ברק בפרשת **אפרופים**<sup>18</sup>. בספרו מהדק ברק את מסמרי ארון המתים של תורת שני השלבים, בנותנו גיבוש רעיוני ותאורטי לפסיקתו הקודמת. טיעוניו רבים, מגוונים ומשכנעים, ולשיטתו די בכל אחד מהם כדי לבסס את ההלכה שלפיה אין אפשרות לפרש את לשון החוזה מתוך הטקסט, אלא תמיד נדרשת פנייה לקונטקסט, כלומר לנסיבות<sup>19</sup>. פירוש החוזה מצריך תמיד ("בכל הנסיבות") פנייה "לכל הנסיבות". הפרשן רשאי לפנות לנסיבות גם כשלושן החוזה ברורה, תוך כדי תנועה חופשית מהלשון לנסיבות ומהנסיבות ללשון, והכול כדי לברר את כוונתם (הסובייקטיבית) של הצדדים לחוזה<sup>20</sup>.

## 3. תורת ברק וביקורתה במספר עניינים

### א. מבוא

כמו בכל ספריו האחרים, גם בספרו **פרשנות החוזה**, מנהל ברק דור שיח עם קוראיו. מי שקורא את ספריו של ברק אינו יכול להישאר אדיש או שווה נפש לרעיונותיו. הוא מאלץ אותנו לחשוב מחדש על אמיתות שהיו ברורות ולבדוק מושגים ראשוניים. גם ספר זה, **פרשנות החוזה**, מהווה מנוע לחשיבה ביקורתית במובנה הרחב, לאמור: ביקורת הדין הקיים, ביקורת עצמית, אך גם – ביקורת הספר עצמו.

עם זאת, קשה לבקר את ברק. לא רק משום שתפיסתו שלמה, מגובשת, סדורה, הרמונית וחובקת כול, אלא גם משום שהוא עצמו מודע לקשיים ולחולשות אפשריות של תורתו ורעיונותיו, וביושרו האינטלקטואלי הוא חושף קשיים וחולשות אלה ומתמודד עמם. כל ביקורת אפשרית זוכה לתשובה עוד בטרם הושמעה ולעתים אפילו בטרם נהגתה וכל התנגדות פוטנציאלית נתקלת, ומראש, בנימוקי נגד מרשימים.

כך, למשל, הוא טוען כי שיטת הפרשנות התכליתית, השיטה שבה הוא דוגל, אינה "נקייה מפגמים". בחכמה אין הוא טוען כי זו השיטה היחידה האפשרית; טענתו יחסית בלבד: זו שיטת פרשנות "ראויה", העדיפה לדעתו על פני שיטות אחרות, והנימוקים לכך פרושים בפני הקורא.

קשה אפוא לבקר את ברק. קשה להתמודד עם תורה מגובשת ומרתקת כתורתו. קשה, בלתי אפשרי, לעשות צדק במסגרת רשמית ביקורת עם הספר העצום הזה, עם רעיונותיו של ברק ואולי גם עם דעותי שלי בסוגיית פרשנות החוזה.

חרף קשיים אלה החלטתי לבחור מעט מן הרעיונות והנושאים שברק עוסק בהם, להציגם בפני הקוראים, ולהציע – במסגרת

8. ברק, **לעיל** הערה 1, בע' 112.

9. **שם**, בע' 405.

10. **שם**, בע' 531-532.

11. **שם**, בע' 534.

12. **שם**, בע' 539.

13. **שם**, בע' 569: "רק קביעה פוזיטיבית כי אומד דעתם של הצדדים נוגדת את התכלית [האובייקטיבית] העולה מהחוקה יש בה כדי לדחות תכלית זו" (וראו גם **שם**, בע' 583, 602, 622, 630).

14. **שם**, בע' 445.

15. **שם**, **שם**.

16. **שם**, בע' 529.

17. **שם**, בע' 482.

18. ע"א 4628/93 מ"י נ' **אפרופים שיכון ויוזום (1991) בע"מ**, פ"ד מט(2) 265 (להלן: פרשת **אפרופים**).

19. זהו הטיעון ההרמנויטי, ברק, **לעיל** הערה 1, בע' 505. אך ישנם עוד טיעונים רבים ושוניים התומכים במה שכבר ידוע כיום כהלכת **אפרופים** (ראו בעמוד 500 ואילך: הלכת **אפרופים**: חסרונות ומעלות).

20. **שם**, בע' 490 ואילך.

הדיאלוג שברק מעודד והאתגר שהוא מציב בפני קוראיו – דעה שונה, לעתים שונה במקצת לעתים שונה עד מאוד.

## ב. תורת החוזה

### 1. השקפת ברק

תורת החוזה היא התאוריה שביסוד דיני החוזים. היא התורה המסבירה את מהות החוזה ותפקידו בחברה. תורת החוזה משפיעה על פרשנות החוזה. "הנה כי כן", מסכם ברק, "קיים קשר פנימי חשוב בין הפילוסופיה המונחת ביסוד דיני החוזים לבין כללי הפרשנות החלים בחוזים"<sup>21</sup>.

תורת המשפט שמנחה את ברק, היא "תורת משפט אקלקטית", תורה המתחשבת בכל התורות כולן, תוך מתן משקל ראוי לכל אחת מהן<sup>22</sup>. מתורת משפט כללית זו נגזרת תורת הפרשנות של ברק, הלוא היא תורת הפרשנות התכליתית, המניחה ביסודה את תכלית הנורמה המתפרשת. ביישומה לדיני החוזים מכוונת תורה זו להגשים את תכליתו של החוזה, תוך התחשבות בכל התורות האחרות ותוך איזון בין צורכי הפרט לצורכי הכלל, בין היבטים סובייקטיביים להיבטים אובייקטיביים. במסגרת תורה זו ובהקשר החוזי מצהיר ברק כי תפיסתו נותנת עדיפות להיבט הסובייקטיבי, כביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי, על פני ההיבט האובייקטיבי<sup>23</sup>. עם זאת הוא נותן משקל ניכר גם להיבט האובייקטיבי המשקף, בין היתר, את ערכי היסוד של השיטה.

ברק מכיר אפוא באוטונומיה של הרצון הפרטי ובעקרון חופש החוזים, אולם הכרה זו אינה מונעת ממנו לייחס משקל ניכר לעקרונות אחרים, ובעיקר לעקרון תום הלב. לעקרון תום הלב, אליבא דברק, "אלף פרצופים"<sup>24</sup>. הוא משפיע בתחום פרשנות החוזה במובנה הצר ובמובנה הרחב<sup>25</sup>, הוא מסייע בקביעת תכלית החוזה, הוא נוגע לתוקף הנורמה החוזית<sup>26</sup>, הוא מאפשר לבסס שיערוך חובות חוזיים על פעילות שיפוטית לגיטימית<sup>27</sup>, הוא מסייע בקביעת משמעותה של תקנת הציבור, הוא שסלל את הדרך לפריצת קווי הגבול בין לשון החוזה ולנסיבותיו ("תורת שני השלבים") ואפשר לשופט ולפרשן לדלג משלב אחד למשנהו וחזרה<sup>28</sup>. עקרון תום הלב הוא גם מקור חשוב לגיבוש ערכי היסוד של השיטה ולהנחלתם, ולפיכך הוא גם מקור לחזקת התכלית (האובייקטיבית) שלפיה תכלית החוזה הנה לבצע את חיובי החוזה בתום לב<sup>29</sup>.

### 2. השקפה אחרת

תורת החוזה המנחה אותי שונה מתורת החוזה של ברק. בדומה לברק גם אני רואה את דיני החוזים כמושתתים על חופש הרצון, אולם המשקל שאני מייחסת לרצונם של הצדדים, לכוונתם המשותפת ולאומד דעתם, רב בהרבה מהמשקל שמייחס ברק לנתונים אלה. תחום החוזים הוא התחום המרכזי בעולם המשפט אשר בו יש משמעות ותוקף לרצון הפרט. לדעתי יש לנסות ולשמר במידת האפשר את כוחו של רצון הפרט ולהגן על האוטונומיה של

רצון זה. רצון הפרט שואב את תוקפו משיטת המשפט. לפיכך ברור שעליו להיות מתועל למסגרות חוקיות וחוזיות מוכרות, ולא לפעול בנתיבים אסורים או בלתי חוקיים. ברור גם שרצון הפרט עשוי להיות מוגבל על ידי חקיקה קוגנטית. עם זאת, כעיקרון, מיועדים דיני החוזים להקנות תוקף לרצונם המשותף ולהסכמתם של הצדדים לחוזה. במסגרת החוק, מסגרת שגבולותיה נקבעים על ידי חקיקה קוגנטית ותקנת הציבור, רשאים פרטים לקדם את ענייניהם ומאוויהם באמצעות חוזים. אין הצדקה – תאורטית או מעשית – לחשוף אותם לאפשרות שבדיעבד יוכתבו להם ערכים שמעולם לא רצו להכליל בחוזה שביניהם או ערכים שבמקרה הנדון עומדים בניגוד ברור לרצונם האמיתי. ערכי השיטה – צדק, הגינות, שוויון – ראויים לכל הדעות ליישום ולהגשמה, אולם לא באמצעות החוזה הפרטי.

אמת, נכון הדבר: חוזה הוא מכשיר ששיטת המשפט מעניקה לצדדים. אולם העניקה זו אינה מצדיקה לחלול של ערכי היסוד של המשפט וזכויות אדם לשם עיצוב דמותו של החוזה הפרטי. כאשר מעניקה השיטה כוח לצדדים לערוך חוזים אכיפים ותקפים ומקנה להם בכך כלי לביטוי חוקי של רצונותיהם הלגיטימיים, היא מתנה זאת אך בכך שהחוזים שהצדדים עורכים ביניהם לא יהיו בלתי חוקיים, ולא ינגדו את תקנת הציבור.

ביושר אינטלקטואלי מודה ברק כי המתח בין האוטונומיה של הרצון הפרטי לבין האינטרס הציבורי, גורר אחריו – מטבע הדברים – חוסר ודאות<sup>30</sup>. חוסר ודאות זה יפחת אם תושתת תורת הפרשנות על כוונתם המשותפת ועל אומד דעתם של הצדדים, בלא העמסת היבטים אובייקטיביים בצורת ערכי היסוד של השיטה על גבי החוזה הפרטי<sup>31</sup>.

## ג. כוונת הצדדים ומקומה בפרשנות החוזה

### 1. השקפת ברק

כאמור, ברק מצהיר כי תפיסתו נותנת עדיפות לאוטונומיה של הרצון הפרטי<sup>32</sup>: "הגשמתה של אוטונומיה זו עומדת ביסוד דיני החוזים ופרשנותם"<sup>33</sup>. ועוד הוא כותב: "יחודו של החוזה הוא בכך שהוא בא להגשים את האוטונומיה של הרצון המשותף של הצדדים... אופיו המיוחד של החוזה... מחייב מתן משקל נכבד לכוונה המשותפת של הצדדים"<sup>34</sup>.

בהיות כוונתם המשותפת של הצדדים מונחת ביסוד החוזה, "מן הראוי הוא שפרשנות החוזה תביא להגשמתה של כוונה (ריאלית) זו"<sup>35</sup>. אשר על כן, תכליתו הסובייקטיבית של החוזה, הלוא היא כוונתם המשותפת של הצדדים, עדיפה על פני תכליתו האובייקטיבית: "בהתנגשות בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית, יד התכלית הסובייקטיבית על העליונה"<sup>36</sup>.

עם זאת, לדעת ברק, הפרשנות הסובייקטיבית אינה יכולה להיות אמת מידה יחידה לפרשנות החוזה. הטעמים לכך הם מעשיים ועיוניים כאחד. במישור המעשי מצייין ברק כי לעתים קרובות אין

המשפט בישראל. על כן חזקה על הצדדים לחוזה כי הם שואפים לשוויון, לצדק, להגינות, לטובת הכלל ולזכויות האדם<sup>43</sup>. ודוק: חזקה זו ניתנת לסתירה רק אם מוכחת תכלית סובייקטיבית נוגדת, ואין היא נסתרת אם מוכח כי התכלית האובייקטיבית לא עמדה כלל לנגד עיני הצדדים<sup>44</sup>.

החזקה המזהה את תכליתו האובייקטיבית של החוזה עם תכליתו הסובייקטיבית אינה מובנת מאליה, ואין לה מקום בניסיון אמיתי לביורר כוונת הצדדים, ולו גם כוונתם המשוערת כצדדים סבירים לחוזה מהסוג הנדון. גישתו של ברק מצמצמת וממזערת את רצונם של הצדדים, ומייחסת להם, במסגרת אמת המידה האובייקטיבית, רצון שמעולם לא היה להם. לכאורה, קשיים הוכחתיים, ולא דווקא קשיים מהותיים, הם המביאים את ברק לזניחת הניסיון להתחקות אחר כוונתם האמיתית של הצדדים. אולם קשיים כאלה אינם נחלתם של דיני החוזים בלבד, אלא הם קיימים בכל ענפי המשפט ומוצאים פתרונם בדיני הראיות. בפרשת **אפרופים**<sup>45</sup> מרחיב ברק את הכלים ההוכחתיים וקובע כי אומד דעתם של הצדדים מחייב פנייה לכל הנסיבות<sup>46</sup>. ואמנם, מאז פסק דין זה, אין עוד ספק כי ניתן לפנות

אנו יודעים מהו הרצון הראלי המשותף של הצדדים, וגם כאשר רצון זה ידוע לנו, לעתים קרובות אין בו כדי לפתור את הבעיה הפרשנית. במישור העיוני מדגיש ברק את היותה של הנורמה החוזית חלק משיטת המשפט, המשפיעה על השיטה ומושפעת ממנה<sup>37</sup>.

בהמשך מודה ברק כי גם אם מבחינה תאורטית ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה, הרי מן הבחינה המעשית ידה של התכלית האובייקטיבית על העליונה. "הטעם לכך הוא פרגמטי והוא זה: בדרך כלל יקשה על בית המשפט למצוא כוונה שהיא משותפת לשני הצדדים"<sup>38</sup>.

ברק מציב את התכלית האובייקטיבית של החוזה ברמות הפשטה שונות<sup>39</sup>. ברמת ההפשטה הנמוכה הוא מדבר על רצון "היפותטי", הוא הרצון שיש לשער שהיה לצדדים אילו נתנו דעתם לבעיה. רק כאשר השערה זו אינה מסייעת בפתרון הבעיה המשפטית, עובר ברק לרמות הפשטה גבוהות יותר. ברמות אלה מחפשים את רצון הצדדים כאנשים סבירים ואף את הרצון הטיפוסי בסוג החוזה שנכרת. כאשר גם חיפוש זה אינו מניב תוצאות, ניתן לעבור לרמת ההפשטה הגבוהה ביותר, רמה שבה נקבעת התכלית האובייקטיבית של החוזה על פי עקרונות היסוד של השיטה, ובה מחליף רצון השיטה את רצון הצדדים. המעבר מרמת הפשטה אחת לשנייה אינו חד וברור; ברק מודה כי "עניין לנו ברצף ולא במדרגות"<sup>40</sup>.

## 2. ביקורת

ברק מדבר על אימוץ אמת המידה האובייקטיבית במונחים של חוסר ברירה. במקום אחד הוא אומר כי בהיעדר רצון משותף (ראלי) של הצדדים "אין מנוס מאימוץ אמת מידה אובייקטיבית אשר תבוא תחת הרצון המשותף החסר"<sup>41</sup>. ובמקום אחר הוא כותב כי במצב דברים שבו מתעוררת שאלה שכלל לא עמדה לנגד עיני הצדדים, "אין מנוס מזניחת הפרשנות הסובייקטיבית"<sup>42</sup>.

ניתן להקשות: האומנם "אין מנוס"? הרי אפשר לחשוב על אמת מידה שתופעל בהיעדר ראיות על רצונם האמיתי של הצדדים ותנסה להתחקות אחר רצונם המשוער אילו נתנו דעתם לאירוע נשוא הפרשנות. גם אם קיים לעתים יסוד פיקטיבי מסוים בניסיון מעין זה, הוא קטן מן היסודות הפיקטיביים הקיימים בייחוס כוונה לצדדים לאמץ את ערכי השיטה בחוזה שביניהם ("התכלית האובייקטיבית").

אכן, התחושה היא שברק ממהר לנטוש את ההתחקות אחר רצונם (הראלי, אך בהיעדרו – המשוער) של הצדדים, על מנת להגיע למחוז חפצו: אמת המידה האובייקטיבית. קריאה בוחנת ומעמיקה של ספרו מעלה פער בין הצהרותיו של ברק בדבר עליונותה של כוונת הצדדים ועדיפותה של הפרשנות הסובייקטיבית ובין המשקל הרב והנכבד שהוא נותן במסגרת הפרשנות התכליתית לשיקולי מדיניות, לערכים חוקתיים ולאינטרסים ציבוריים.

כך, למשל, יוצר ברק חזקה שלפיה התכלית האובייקטיבית של החוזה היא גם תכליתו הסובייקטיבית: "חזקה היא על הצדדים לחוזה כי כוונתם המשותפת הייתה לקדם את ערכיה של שיטת

21. שם, בע' 97.

22. שם, בע' 106.

23. שם, בע' 113.

24. שם, בע' 226.

25. שם, בע' 224.

26. שם, בע' 226.

27. שם, בע' 198.

28. שם, בע' 517.

29. שם, בע' 631.

30. שם, בע' 104.

31. בהקשר אחר, על רקע חוקי היסוד ו"המהפכה החוקתית", פיתח ברק השקפה שלפיה חלות זכויות האדם במשפט הפרטי. לביקורת השקפה זו של ברק ראו גם: ג' שלו "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" **קריית המשפט** א (תשס"א) 41; ג' שלו "חופש העיסוק וחופש החוזים" **ספר מנחם גולדברג** (תשס"א) 485.

32. ברק, **לעיל** הערה 1, בע' 113.

33. שם, בע' 79.

34. שם, בע' 292.

35. שם.

36. שם, בע' 395.

37. שם, בע' 295.

38. שם, בע' 541.

39. שם, בע' 539.

40. שם.

41. שם, בע' 80.

42. שם, בע' 295.

43. שם, בע' 394, ההערות במקור הושמטו.

44. שם, בע' 394-395.

45. פרשת **אפרופים**, **לעיל** הערה 18.

46. שם, בע' 285.

ערכי יסוד חוקתיים או מתערבים בתוכן החוזה ומכתיבים לצדדים ערכים ומטרות שכלל לא עלו בדעתם, וייתכן מאוד שאילו היו הוגים אותם היו משיבים בשלילה על אפשרות הכללתם בתוך החוזה שלהם.

כאמור לעיל, ברק מוכן להכיר בסתירת החזקה שלפיה צדדים לחוזה רוצים לקדם את ערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל רק בסיטואציה (הנדירה והחריגה) שבה צדדים לחוזה משיבים במפורש ובשלילה על אפשרות הכללתם של ערכי היסוד בתוך החוזה שלהם. אך האם תעמוד התנאה חוזית על שוויון, צדק, הגינות, טובת הכלל וזכויות האדם במבחני תקנת הציבור, מבחנים שאף הם הורחבו עד למאוד על ידי השופט ברק?<sup>47</sup>

אמת, נכון הדבר: חופש החוזים אינו ערך מוחלט, ובמקרים רבים

הוא נדחה מפני עקרונות אחרים, חשובים הימנו. דווקא משום שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים, יש לשמר את המעט שנותר ממנו. בוודאי אין זה נכון להוסיף לו הגבלות "פנימיות", במסווה של האדרת כוונתם המשותפת של הצדדים. הפרשנות התכליתית של החוזה, מבית מדרשו של ברק, מתרחקת מאוד מכוונתם האמיתית של הצדדים, ולפיכך פוגעת באינטרס ההסתמכות, בציפיותיהם הסבירות של הצדדים לחוזה ובעקרון חופש החוזים.

### 3. השקפה אחרת

עקרון חופש החוזים הוא העיקרון החשוב והמרכזי בדיני החוזים. עיקרון זה קובע, בין השאר, את חירותם של פרטים להתקשר בחוזים ואת חירותם לעצב את תוכנם של חוזים אלה. מראיית עקרון חופש החוזים כעקרון על מנחה בדיני החוזים נובעת גם החשיבות של בירור כוונתם המשותפת של הצדדים לחוזה. וכך כתבתי בעבר: "עיקר העיקרים בפירוש חוזה הוא (לפיכך) הניסיון לברר את כוונתם האמיתית המשותפת של הצדדים"<sup>48</sup>. זוהי אף מצוות החוק, בסעיף 25(א) לחוק החוזים הכללי<sup>49</sup>, המורה בראשיתו לאמור "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים".

דעתם של הצדדים, אותה מצווה הפרשן לאמוד, היא רצונם, כוונתם והסכמתם המשותפת. דא עקא, שכוונה היא מושג פסיכולוגי סובייקטיבי, שקשה להלמו ולהתחקות אחריו. כבר נאמר כי "רבות מחשבות בלב איש, ועצת ה' היא תקום" וכן נאמר כי "רק השטן יודע מהן כוונותיו של האדם". ואם כוונה אינדיבידואלית של היחיד

לנסיבות, ולא רק ללשון החוזה, כדי לברר את כוונתם של הצדדים. מקובל עלינו כי הנסיבות עשויות לסתור את החזקה שלפיה דעת הצדדים משתקפת בלשון החוזה. אך האין לראות את החזקה כי התכלית האובייקטיבית היא גם התכלית הסובייקטיבית כהתרחקות מהלכת **אפרופים** ויחד עמה מניסיון כן לחשוף את כוונתם האמיתית של הצדדים?

דומה כי הפרופסור ברק מעדיף את החזקה שלפיה תכליתו האובייקטיבית של החוזה היא גם תכליתו הסובייקטיבית על פני ניסיונו של השופט ברק לברר את כוונתם האמיתית של הצדדים מתוך לשון החוזה ונסיבותיו. במקום תנועה בלתי פוסקת מן הלשון אל הנסיבות וחזרה, שהציע ברק בפרשת **אפרופים**, במגמה להתחקות אחר כוונתם המשותפת האמיתית של הצדדים, מסביר הפרופסור



הנשיא ברק נואם ביום עיון בנושא פרשנות חוזים בבית הספר למשפטים המסלול האקדמי של המכללה למינהל, אפריל 2002. צילום: דני גוטמרוינד

ברק כי אילוץ המעשה מחייבים נטישת התכלית הסובייקטיבית לטובת זו האובייקטיבית. כתוצאה מגישה זו יפחתו עד מאוד המקרים שבהם תופעל פרשנות סובייקטיבית ושבהם יילקח בחשבון רצונם הראלי והסכמתם האמיתית של הצדדים לחוזה.

בספרו מעתיק ברק את מרכז הכובד מן התכלית הסובייקטיבית, המתרכזת בכוונתם של הצדדים, אל התכלית האובייקטיבית, המשקפת עקרונות של סבירות והיגיון וכן את ערכי היסוד של השיטה. ספק רב בעיני אם צדדים סבירים והוגנים לחוזה כלשהו מתכוונים להגשים את ערכי היסוד של השיטה, ואפילו אם כן, ספק אם האיזון בין ערכים אלה שהם בחרו בו הוא האיזון שהשופט ברק יראה בו את האיזון הראוי. ספק רב בעיני אם ראוי ונכון להגשים את

עקרונות היסוד של המשפט הישראלי ואת המטרות החברתיות שברק מנסה להגשים דווקא באמצעות דיני החוזים ופרשנות החוזה. לדעתי, הפעלת יתר של התכלית האובייקטיבית פוגעת בחופש החוזים ובאוטונומיית הרצון של הפרט. עקרון חופש החוזים אינו רק העיקרון הקובע את חופש ההתקשרות ואת חופש העיצוב. עקרון חופש החוזים פירושו גם, ואולי בעיקר, כי הסכמים שעשו פרטים, תוך הגשמת רצונם החפשי – יזכו להגנה מפני פגיעה ויאיכפו על ידי בתי המשפט – בלא התערבות בתוכם. על ידי מתן משקל יתר לתכלית האובייקטיבית של החוזה או מתרחקים עד מאוד מכוונתם האמיתית של הצדדים, אותה כוונה שדיני החוזים מיועדים להגשים. על ידי ייחוס רצון (פיקטיבי) לצדדים להגשים ולקדם

בגמירת דעת בעלמא, אלא תובע השתקפות חיצונית שלה. הן לעניין ההצעה והן לעניין הקיבול נדרשת "העדה" על גמירת הדעת: כדי שפנייה תיחשב להצעה, עליה להעיד על גמירת דעתו של המציע<sup>51</sup>; כדי שהודעה תיחשב כקיבול, עליה להעיד על גמירת דעתו של הניצע<sup>52</sup>. בעוד שהמונח גמירת דעת מתייחס להחלטה פנימית של האדם, מתייחס המונח העדה לביטוי החיצוני של החלטה זו.

הוא הדין לגבי פירוש החוזה. מבחן אומדן הדעת הקבוע בסעיף 25(א) הוא מבחן אובייקטיבי שלפיו נבחנת כוונת הצדדים על פי השתקפות החיצונית. המבחן האובייקטיבי של אומדן הדעת נובע מן הגישה הכללית של דין החוזים ומתיישב עמה. כשם שהוראות פרק א' של חוק החוזים, הדין בכריתת החוזה, אינן דורשות גמירת דעת במובן הסובייקטיבי, אלא מסתפקות בגמירת דעת במובן 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 שכלול של חוזה תקף, כך גם מבחן הפירוש תובע התחקות אחר אומדן דעתם של הצדדים. מעצם טיבו, במונח "אומדן" יש יסוד אובייקטיבי מובהק. הוא מצביע על הערכה, השערה או אומדנה, אשר נעשות – מטבע הדברים – על פי מבחן אובייקטיבי, מבחן של סבירות. אנו בוחנים, אפוא, את כוונת הצדדים כאנשים סבירים בנסיבות העניין<sup>53</sup>.

כמה טעמים לגישה האובייקטיבית לפירוש החוזה. טעם אחד הוא טעם הגיוני. במקרים רבים אומדן דעתם של הצדדים, אשר נקבע בדיעבד, אכן משקף את כוונתם האמיתית בעת כריתת החוזה. המבחן האובייקטיבי של פירוש החוזה מגשים בכך את שאיפת דיני החוזים למימושה של כוונת הצדדים. טעם שני הוא טעם מעשי. בדרך כלל, בהתעורר סכסוך חוזי, קשה לברר את כוונתם האמיתית של הצדדים לחוזה, באשר כל צד טוען לכוונה (משותפת) שונה. ייתכן גם כי לא הייתה לצדדים כוונה מיוחדת לגבי מובן של תניות החוזה. בנסיבות אלה מלאכת האומדנה האובייקטיבית היא היחידה המאפשרת בדיעבד את בירור כוונתם של הצדדים. טעם נוסף למבחן האובייקטיבי נעוץ באינטרס ההסתמכות ובמגמת ההגנה עליו. גם

היא מושג פסיכולוגי וסובייקטיבי, כוונה משותפת של שני צדדים לחוזה היא מושג מיסטי, שקשה, ואולי בלתי אפשרי, לבררו. הדרך היחידה שמכיר המשפט לבירור בדיעבד של כוונת אנושיות היא באמצעות דיני הראיות, שהם מעצם טיבם דינים חיצוניים-אובייקטיביים. קשיי הוכחה של כוונת אינדיבידואליות תומכים בגישה שלפיה לא ניתן לעמוד על כוונתם המשותפת של צדדים לחוזה, ולאומדן את דעתם, אלא באמצעות אומדנה, השערה בדיעבד, של דעתם. אומדנה זו, אומדן דעת זה, נעשים באמצעות הוכחות חיצוניות לכוונתם, לרצונם ולדעתם המשותפת של הצדדים לחוזה. ואכן, גם בתחום פרשנות החוזה, כמו בתחומים רבים אחרים של דיני החוזים, שלטת התאוריה האובייקטיבית. תאוריה זו, האופיינית לדיני החוזים המודרניים, בארץ ובעולם, שמה את הדגש על הגילוי החיצוני של ההסכמה ולא על המחשבות המלוות אותה, על הצהרת הרצון החיצונית ולא על הרצון הפנימי. אין פירוש הדבר שעל פי התאוריה האובייקטיבית כוונתם של הצדדים אינה נלקחת בחשבון. פירוש הדבר הוא שכוונתם זוכה להכרה ולתוקף משפטי בתנאי שקיבלה ביטוי חיצוני נאות.

קשיי ההוכחה של רצונות אינדיבידואליים וכוונות משותפות אינם הנימוק היחיד לתאוריה האובייקטיבית. הגיונה ותוקפה של תאוריה זו, שלפיה אנו מסתפקים בביטוי החיצוני של רצון וכוונה, ואין אנו חותרים להבין את הרצון הפנימי – "האמיתי" – של הצדדים לחוזה, נובעים מהנחה אמפירית, שלפיה קיימת בדרך כלל זהות בין הרצון הפנימי וכוונתם המשותפת של הצדדים לחוזה ובין הצהרתם החיצונית. התאוריה האובייקטיבית מהווה לפיכך גורם מתמרץ להחצנת כוונת שבלב הצדדים. היא חשובה גם לקידום הדינמיות המסחרית, והעברה יעילה ומהירה של שירותים ומוצרים, בלא עיכובים שהיו עשויים לנבוע מניסיונות לברר כוונה ורצון "אמיתיים", שאינם זהים לכוונה ולרצון המוצהרים. אולם מעל הכול, התאוריה האובייקטיבית מיועדת להגן על ההסתמכות של הצד השני לחוזה. צד זה זכאי להסתמך על דבריו ועל מצגיו של הזולת על פי הצהרתם ומשמעותם הסבירה הרגילה, בלא שיידרש לבדוק ולבחון את מניעיו הנסתרים וכוונותיו הפנימיות של הזולת ואת מידת התיאום בין רצונותיו להצהרותיו. ציפיותיו הסבירות של צד לחוזה, של כל צד לכל חוזה, מוגנות באמצעות התאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים. חרף העובדה כי רצונם החופשי של הצדדים וכוונתם המשותפת מהווים את מקור התוקף והלגיטימיות של דיני החוזים, מושם הדגש בתחומים שונים של דיני החוזים, וביניהם גם בתחום הפרשנות, על הצהרת רצונם ועל הביטוי החיצוני של כוונת הצדדים לחוזה.

התאוריה האובייקטיבית מאפיינת את דיני החוזים בישראל והיא חלה בגזרות שונות של דינים אלה. כך, הוראות פרק א' לחוק החוזים, הדנות ביצירת חוזה, מקנות תוקף לכוונת הצדדים, אולם רק כפי ביטויין החיצוני. מבחן גמירת הדעת הקבוע בפרק א' הוא מבחן ההצהרה החיצונית ולא מבחן הכוונה הסמויה<sup>50</sup>. החוק אינו מסתפק

47. על כך ראו מאמרי, ג' שלו "סוס הפרא – לאן או מה ארע לתקנת הציבור?" קריית המשפט ב (תשס"ב) 21.  
 48. ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 301.  
 49. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים").  
 50. השוו לדברי הנשיא שמגר בע"א 620/89 חושני ג' אמגר, פ"ד מו(1) 588, 594: "בידוע הוא כי בבחינת גמירת הדעת הקבועת היא ההצהרה החיצונית ולא הכוונה הסמויה".  
 51. סעיף 2 לחוק החוזים.  
 52. סעיף 5 לחוק החוזים.  
 53. השוו ע"א 154/80 בורכרד ליינס לימיסד לונדון ג' הידוובטון בע"מ, פ"ד לח(2) 213, 223 (השופט ברק); ע"א 552/85 אגסי ג' ח.ל.ג.ן החברה ישראלית לעיבוד נתונים בע"מ, פ"ד מא(1) 241, 245 (השופט ברק); וראו גם: E.A Farnsworth On Contracts (Boston, 2<sup>nd</sup> ed., Vol. II, 1990) 254.

פירוש החוזה. תהליך הפירוש נעשה על פי אמת מידה אובייקטיבית, כלומר – בחינה בדיעבד של החוזה ונסיבותיו על פי ראיות חיצוניות. רק כאשר נכשל הניסיון להתחקות אחר כוונתם האמיתית של הצדדים, יש לנסות ולהתחקות אחר כוונתם המשוערת, הלוא היא כוונתם כפי שהיה מבין אותה אדם סביר בנסיבות העניין.

#### ד. תפקיד בית המשפט בפירוש חוזים

##### 1. השקפת ברק

בפסיקה ובספרות, בישראל ובעולם, שכיחה ושגורה הקביעה כי תפקידו של בית המשפט וכוחו הם לפרש חוזה שהצדדים עשו, אך לא לעשות חוזה עבורם וגם לא לשנות חוזה שעשו הצדדים. ברק אינו מקבל קביעה זו כפשוטה. הוא מצביע<sup>55</sup> על נסיבות רבות שבהן ניתן לומר כי בית המשפט עושה חוזה עבור הצדדים. לדעתו, האמירה שלפיה בית המשפט מפרש חוזה שהצדדים עשו ואינו עושה חוזה חדש עבורם חשובה אמנם בעודדה רגישות שיפוטית לבחירה של הצדדים, אך אין לקרוא אותה כמונעת התערבות שיפוטית בחופש הצדדים לעצב את החוזה כרצונם. לכאורה מכיר אפוא ברק בכך כי בית המשפט אינו מוסמך ליצור חוזה חדש אגב פרשנותו<sup>56</sup>. לפיכך הוא מחפש, ואף מוצא, מקור חדש לגיטימיות הפעילות השיפוטית היוצרת. בכך הוא עובר מדוקטרינות פרשניות לדוקטרינות לבר-פרשניות<sup>57</sup>. דוקטרינה לבר-פרשנית כזו – המעניקה לגיטימיות לפעילות שיפוטית מעבר ללשון החוזה – היא השלמת חסר. ברק מבחין בין פרשנות במובן הצר, שעניינה מתן מובן משפטי ללשון החוזה, ובין פרשנות במובן הרחב, המתמקדת במסר הנורמטיבי העולה מתוך החוזה<sup>58</sup>. לדעתו גם פרשנות במובן הרחב – כמו השלמת חסר – היא בגדר פרשנות. השלמת חסר נעשית, לאחר מיצוי הנהגים והדין הדיספוזיטיבי, על ידי עקרון תום הלב.

בכתיבתו ובפסיקתו הענפות במחצית היובל שחלפה מאז יצא חוק החוזים הכללי, תרם ברק – יותר מכל אחד – לקביעת מקומו המרכזי של עקרון תום הלב במערכת המשפט הישראלי ובדיני החוזים. אשר על כן, כאשר הוא שואל "היש לעקרון תום הלב מקום מיוחד בפרשנות הטקסט המשפטי בכלל, ובפרשנות הטקסט החוזי בפרט"<sup>59</sup>, ברור לכל מי שמכיר את פסיקתו וכתביו כי השאלה היא רטורית והתשובה עליה חיובית. תוך השראה מהוראות הקודקסים האירופיים, ובעיקר סעיף 157 לספר החוקים האזרחי הגרמני, קובע ברק את השפעתו הרבה של עקרון תום הלב על פרשנות החוזה. השפעה זו היא משולשת: "מכוח עקרון תום הלב יש לפרש חוזה על-פי אומד דעתם (הסובייקטיבי) המשותף של שני הצדדים; כל חוזה צריך להתפרש באופן שתכליתו הינה הגשמת עקרון תום הלב; חסר בחוזה יש להשלים על-פי עקרון תום הלב"<sup>60</sup>. עקרון תום הלב פועל, אפוא, הן בתחום הפרשנות במובנה הצר והן בתחום השלמת החסר. בתחום הפרשנות מורה עקרון תום הלב על כך שיש לפרש חוזה לפי עקרון תום הלב. משמעות קביעה זו היא כי יש לפרש חוזה על פי כוונתם האמיתית המשותפת של הצדדים.

בתחום הפירוש נראית הסתמכותו של צד לחוזה שהעניק, ובצדק, מובן אובייקטיבי להצהרות רעהו בחוזה, כראויה להגנה. מכל הטעמים הללו גם יחד עולה ההנחה, כי הצהרותיהם החיצוניות ומצגיהם של הצדדים לחוזה משקפים את רצונותיהם האינדיבידואליים ואת כוונתם המשותפת. זהו, לדעתי, אומד דעתם של הצדדים לחוזה: ברור כוונתם האמיתית, על ידי מבחן חיצוני, אובייקטיבי, המופעל בדיעבד. דברים שאמרו וכתבו הצדדים, מצגים שהציגו ונסיבות העניין בכללותן הם שיסייעו לפרשן בקביעת (באומד) דעתם המשותפת ורצונם ההדדי של הצדדים לחוזה.

חשיפת הכוונה הראלית המשותפת של הצדדים לחוזה, "התכלית הסובייקטיבית" בלשונו של ברק, היא נקודת הפתיחה של תהליך הפירוש. התחקות אחר כוונה זו נעשית לדעתי על פי המבחן האובייקטיבי. מבחן זה, המונח ביסוד התאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים, שונה מן התכלית האובייקטיבית שמהווה, לפי תורת הפרשנות התכליתית של ברק, חלק עיקרי מתכליתו הנורמטיבית של החוזה. במסגרת המבחן האובייקטיבי אנו בוחנים את לשון החוזה ואת נסיבותיו באמצעים חיצוניים. אמצעים חיצוניים אלה משולים למצלמה ולרשמקול. אנו מנסים לפענח את לשון החוזה, את התמונות והקולות שנלוו לכריתתו, ולהבין מה הייתה כוונתם האמיתית של הצדדים לחוזה. האדם הסביר, הפרשן הסביר, הלוא הוא בית המשפט הבוחן בדיעבד את ההתקשרות החוזית ונסיבותיה, אינו רואה אלא את מה שהצדדים בחרו להראות לו, אינו שומע אלא את מה שהשמיעו ואינו קורא אלא את מה שכתבו. המבחן האובייקטיבי, שהוא חלק מהתאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים, נגזר מדיני הראיות, שהם דינים אובייקטיביים מעצם טיבם. לדעתי, המונח "אומד דעת" בסעיף 25(א) לחוק החוזים, מצביע על אובייקטיביזציה של כוונת הצדדים. את דעת הצדדים, את כוונתם המשותפת, יש לאמוד, כלומר: לקבוע באמצעים חיצוניים-אובייקטיביים. אמצעים אלה, והממצאים שייקבעו בעזרתם, מאפשרים לנו לחשוף את רצונם האמיתי של הצדדים. עם זאת, כאשר נכשל הניסיון להתחקות ולברר את כוונתם האמיתית של הצדדים, אנו פונים אל רצונם המשוער, כאנשים סבירים בנסיבות החוזה המסוים שערכו ביניהם. אכן, באותם המקרים שבהם לא ניתן לברר את כוונתם האמיתית של הצדדים – ולא לי לקבוע אם מקרים אלה הם רבים או מעטים – תיחוס לצדדים כוונה סבירה בנסיבות העניין. מבחן הכוונה הסבירה כתחליף למבחן הכוונה האמיתית אומץ באמנות בינלאומיות ובחקיקה אירופית. במקורות אלה נקבע כי כאשר לא ניתן לפרש חוזה בהתאם לכוונתם המשותפת של הצדדים, ייעשה הפירוש על פי הבנתו של אדם סביר בנסיבות העניין כוללת<sup>61</sup>. ואדגיש: הבנתו של אדם סביר בנסיבות העניין כוללת בוודאי את נהגי המסחר, תנאי השוק ונסיבות החוזה הנדון, אך אינה כוללת את ערכי היסוד החוקתיים.

אוכל לסכם את השקפתי כך:

ברור כוונתם האמיתית של הצדדים הוא מטרתו העיקרית של



חוזיים, ולא מהכללת ההשלמה בגדר פרשנות במובנה הרחב. ברק עצמו אינו עקבי בכינוי השלמת החסר כפרשנות, ולעתים הוא מכנה אותה פרשנות "מדומה", להבדילה מפרשנות "אמיתית"<sup>62</sup> או פרשנות "משלימה", להבדילה מפרשנות "רגילה"<sup>63</sup>. ואכן, בית המשפט מוסמך להשלים חסר בחוזה, אולם יש להודות כי השלמה כזו מנותקת מעצם הגדרתה מכוונתם האמיתית של הצדדים<sup>64</sup>. עם זאת, אל לה להשלמה לעמוד בסתירה לכוונת הצדדים האמיתית ולפגוע ביעילות החוזה, ביחס ובאיזון הפנימי שיצרו הצדדים בחוזה שביניהם.

ברק מעניק תפקיד חשוב, לדעתי חשוב מדי, לשופט ולפרשן בגיבוש כוונת הצדדים לחוזה ובאומד דעתם, ונותן משקל רב, לטעמי רב מדי, לעקרון תום הלב בתהליכי הפירוש וההשלמה. באמצעות תורת הפרשנות שלו מרחיב ברק את סמכות בית המשפט להתערב בחוזים ואף לעצב מחדש את תניותיהם.

לאחרונה נתגלעה מחלוקת דומה, בדבר היקף ההתערבות השיפוטית בחוזה, בין הנשיא ברק ובין השופט זמיר בפרשת **רקנט**<sup>65</sup>. וכך סיכם שם השופט זמיר את עיקר ההבדל בין דעת הנשיא ברק לבין דעתו<sup>66</sup>:

"ההבדל נעוץ במידת המשקל שבית המשפט נותן להסכמה של הצדדים לחוזה, וכפועל יוצא מכך לאפשרות שבית המשפט נותן לאחד הצדדים להשתחרר מן ההסכמה שנתן, וכן להיקף השימוש

עקרון תום הלב אף נמצא לפי תורתו של ברק, בבסיס הפנייה אל תכלית השיטה, כלומר אל האינטרסים המקובלים על צדדים הוגנים ליחס החוזי, אינטרסים המושפעים מעקרונות היסוד של השיטה ומערכיה הבסיסיים. גם בתחום השלמת החסר משפיע ופועל עקרון תום הלב. השלמת החסר שנעשתה בעבר באמצעות הקונסטרוקציה הפיקטיבית של תניות מכללא, נעשית היום – לדעת ברק – באמצעות אמת המידה של תום הלב<sup>66</sup>.

2. השקפה אחרת

בתחום דיני החוזים מוגבל, לדעתי, כוחו של בית המשפט לפירוש חוזה, ואין להפקיד בידי כוח ליצור חוזה ואף לא לשנות חוזה שהצדדים עשו. גישתי משקפת תפיסה הדוגלת בעקרון חופש החוזים. חופש החוזים אינו רק החופש של הצדדים להתקשר ולעצב חוזים על פי רצונם המשותף. חופש החוזים טומן בחובו גם את ההגנה על החוזה מפני התערבות שיפוטית. אכן, פרטים רשאים לעשות חוזים בלתי גיוניים, בלתי סבירים, בלתי כלכליים ואף טיפשיים. חופש החוזים מאפשר להם ליטול סיכונים ולקוות לסיכויים, על חשבונם שלהם. מובן שאל להם לעשות חוזים אסורים, בלתי חוקיים או חוזים הנוגדים את תקנת הציבור. אולם ערכי הצדק הכללי והמוסר הציבורי אינם צריכים, לדעתי, לבוא לידי ביטוי בחוזים פרטיים רגילים. ערכים חשובים אלה נדחים בדיני החוזים מפני שיקולים של צדק יחסי (בין הצדדים), תועלת כלכלית והגנות עסקית.

פירוש חוזה והשלמת חסר בחוזה הם שני תהליכים שונים ונבדלים בנייתו המשפטי, והם מתבצעים לדעתי על פי אמות מידה שונות. הן מבחינה לוגית והן מבחינה כרונולוגית, מקדים תהליך הפירוש את תהליך ההשלמה. פירוש החוזה הוא תמיד שלב ראשון – ולעתים אחרון – בנייתו המשפטי. בראשית הדרך יש לפרש את החוזה. פירוש החוזה קובע את תחומי השתרעותו של החוזה. לפיכך לא ניתן להגיע לשלב השני בנייתו המשפטי – שלב ההשלמה, אלא לאחר מיצוי השלב הראשון – שלב הפירוש. לא ניתן לברר אם יש בחוזה חלל או ליקוי הטעונים השלמה, אלא לאחר פירושו וחתמת גבולותיו.

הן פירוש החוזה והן השלמתו מסורים לידי בית המשפט. עם זאת מבוצעים תפקידים אלה בתהליך אינטלקטואלי שונה. תהליך הפירוש שקול כנגד התחקות אחר רצון הצדדים לחוזה. תהליך ההשלמה מבוסס על ההנחה, כי לגבי עניין מסוים לא גיבשו הצדדים רצון משותף ולא הסכימו לגביו – במפורש או במשתמע. בתהליך הפירוש אומד בית המשפט את דעת הצדדים, ואילו בתהליך ההשלמה אין בית המשפט מתחשב בדעתם, אם כי לעתים עשויה ההשלמה לעלות בקנה אחד עם רצונם האמיתי.

לדעתי, הלגיטימיות של השלמת חסר בחוזה נובעת מהוראות החוק (כמו – אך לא רק – הוראת סעיף 26 לחוק החוזים) המאפשרות השלמה כזו ומהצורך החברתי לפתור וליישב סכסוכים

54. ראו סעיף 8 לאמנת האומות המאוחדות בדבר חוזים למכר טובין בינלאומי (אמנת וינה) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 11 April 1980, 1489 U.N.T.S. 3; וסעיף 4 לעקרונות חוזה סחר בינלאומי של ה-UNIDROIT (1994) – Unidroit Principles of International Commercial Contracts (1994), available at [http://www.unidroit.org/english/principles/contents.htm] (last visited on 2 June 2002); ובאורח כללי: K. Zweigert & H. Kötz. *An Introduction to Comparative Law* (Oxford, 3<sup>rd</sup> ed., 1998) 408-409.

55. ברק, **לעיל** הערה 1, בע' 63.

56. **שם**, בע' 229.

57. **שם**, בע' 237.

58. **שם**, בע' 88.

59. **שם**, בע' 216.

60. **שם**, בע' 217-218.

61. בטענה זו דוחה ברק, מעמרו 180 ואילך, עמדות אחרות בעניין זה: של פרידמן וכהן, של בן נתן ושלי.

62. **לעיל** הערה 1, בע' 116.

63. **שם**, בע' 133.

64. גישה זו עדיפה על פני הגישות המשפטיות המתיימרות להיתלות בכוונת הצדדים כמו הגישה האנגלית הממלאה חסרים בחוזה באמצעות המכניזם של תניות מכללא, או הגישה הצרפתית שלפיה כוונתם המשותפת של הצדדים המתקשרים היא המהווה בסיס להשלמה.

65. דנג"צ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330 (להלן: פרשת רקנט).

66. **שם**, בע' 375.

החוזה. למעשה, כל מה שנאמר, נכתב ונפסק בנושא תום הלב בכלל, ובנושא תום הלב בדיני חוזים בפרט, נמצא בין דפי הספר – מעל הקו המבחין בין טקסט ובין הערות שוליים, ומתחתיו (והרי כבר לימדנו ברק כי כל הטקסט הכתוב, לרבות הערות וסעיפים שמתחת לקו, מהווה חומר לפעילות פרשנית). ואכן, מומלץ מאוד לכל מי שרוצה להתחיל עיון תאורטי או בירור מעשי הקשור לתום לב (וכי מה אינו קשור לתום לב?) לפתוח את דפי הספר **פרשנות החוזה**, ולקבל תמונה מקיפה של התפתחות העיקרון החשוב הזה והשפעתו בדיני החוזים<sup>66</sup>. גם במקומות אחרים ובנושאים אחרים ניכר כוחו של המחבר במיצוי והסבר הדין הפוזיטיבי. כך למשל הוא מכניס סדר בנושא הסבוך של ערוצי ההשלמה<sup>69</sup>. כשקראתי את העמודים בעניין פרשת *Peerless* (טעות הדדית)<sup>70</sup>, לא יכולתי שלא להיזכר בכוח ההסבר המופלא של המתרגל הצעיר שלימד אותי בשנות השישים דיני חיובים ובכל מה שלמדתי מאהרן ברק, מורי ורבי, גם ובעיקר בתחום דיני החוזים.

הספר פרשנות החוזה יכול אפוא להוות נקודת פתיחה לדין בכל נושא ובכל סוגיה מתחום דיני החוזים. יתר על כן: גם מי שמגיע אל הקריאה בספר כדי למצוא מענה לשאלה ספציפית או לעיין בסוגיה מסוימת, ימצא, לצד מבוקשו המידי, את תורת הפרשנות של ברק ביישומה לנושא הנדון. כוחו הנדיר של ברק להסבר, להעמקה ולהפשטה, מסייעים לו בהפיכת כל פרק ופרק משנה בספר לגרעין המחזיק בחובו את כל תורתו כולה. מי שמעיין וקורא בפרק אחד יוצא ויותר משכרו בידו: הכרת נושא הפרק, אך גם הכרת תורת הפרשנות של ברק בכללותה. חזרה זו על הרעיונות הכלליים משרתת את מי שמגיע אל הספר באופן תכליתי, כדי למצוא תשובה לשאלה כלשהי בתחום פרשנות החוזה. עם זאת יש לה מחיר מסוים והוא באורכו של הספר וחזרות על רעיונותיו המרכזיים.

קריאת ספרו של ברק "פרשנות החוזה", כקריאת כל כתבי האחרים, מזמנת לקורא חוויה אינטלקטואלית נדירה והנאה של שותפות בדיאלוג חכם ומעמיק. זוהי חוויה מלמדת, אך גם חוויה מענגת. בתוך העשייה המשפטית היום-יומית, של חוקרים, סטודנטים, עורכי דין ושופטים, גורם לנו ברק להרים ראש, לשאת עיניים, לזקוף גו ולהרגיש כחלק ממורשת תרבותית-משפטית עשירה ויפה ♦

של בית המשפט בסמכות לעצב את החוזה מחדש, שלא לפי הסכמת הצדדים, על יסוד הטענה של תקנת הציבור. לדעתי, הנשיא ברק מרחיב את הסמכות של בית המשפט להתערב בחוזים על יסוד הטענה של תקנת הציבור, וכתוצאה מכך תתרחב גם ההתיינות הצפויה סביב טענה זאת מעבר למקובל עד כה ואף מעבר לראוי כיום לא רק בנוגע להפליה מחמת גיל, אלא גם בנוגע לעניינים רבים אחרים."

המחלוקת העיונית בין השקפת ברק ובין ההשקפה האחרת, המנוגדת, נעוצה בעמדת המוצא העקרונית, כאשר עמדת מוצא זו משפיעה ואוצלת גם על מקומה של נקודת האיזון בין העקרונות המתנגשים. מי שיוצא, כמוני, מנקודת המוצא שלפיה עקרון חופש החוזים הוא העיקרון החשוב ביותר בדיני החוזים בישראל, ימצא את נקודת האיזון בין הערכים והעקרונות המתנגשים בסוגיה מסוימת קרוב יותר אל הקוטב של חופש החוזים ורחוק במידת האפשר ממושגי השסתום – ויהא זה מושג תום הלב, כמו בנושא הפרשנות או מושג תקנת הציבור, כמו בפרשת **רקנט**. לדעתי, בהיותם מושגים שיוריים, צריכים מושגי שסתום אלה להיוותר מחוץ למרכז הפעילות החוזית, שהיא בעיקרה פעילות כלכלית-מסחרית. מנגד, מי שיוצא, כמו ברק, מעמדת המוצא שלפיה ערכי מוסר, הגינות וצדק גוברים מראש על עקרון חופש החוזים, ימצא את נקודת האיזון קרוב יותר אל הקוטב של תום לב ותקנת הציבור.

אכן, דיני החוזים המודרניים של מדינת ישראל נקלעים בין שני קטבים אלה – חופש חוזים מצד אחד ועקרונות שסתום ערכיים מן הצד האחר – ונקודת האיזון תימצא בכל סוגיה ובכל פרשה על פי הנתונים המשפטיים והעובדתיים של העניין הנדון, אך גם על פי השקפת עולם משפטית.

#### 4. סיום

אין, ולא היה, בעולם המשפט הישראלי, מי שמיטיב מברק להראות לנו, המשפטנים, את עושר המורשת המשפטית שלנו וליצור בינינו תחושה של לכידות ושייכות לחברה המשפטית. בכתיבתו יוצר ברק זיקת אחדות המאפשרת לנו להכיר במקור התרבותי המשותף ובמטרה המשותפת של המשפט ולנהל דיאלוג שוטף בינינו, על בסיס עולם מושגים ברור ותורת משפט אחידה<sup>67</sup>.

את הספר **פרשנות החוזה** ניתן לראות כחלק ממבנה שלם ומפואר על פרשנות במשפט. אך ניתן לראותו גם כספר יסוד בדיני החוזים. ברק דן בספר זה בשאלות יסוד של דיני החוזים: תוקף החוזה, תוצאות היעדר תוקף, כריתת תוזה, פירוש הצהרות רצון בשלב המשא ומתן, הצעה וקיבול, טעות, חוזה פסול. גם אם דיונים אלה נעשים תמיד בהקשר של פרשנות ויחסי גומלין בין הנושאים האמורים ובין פרשנות החוזה, אין ספק כי יש להם גם חשיבות כללית, לאו דווקא ולא רק בהקשר של פרשנות. כך, למשל, בנושא תום הלב. לכאורה עוסק ברק בתום לב רק בהקשר של פרשנות

67. ראו לשם השוואה את מאמרו של מריו ורגס יוסה, "Why literature?" M.V. Llosa, *The New Republic* 14.05.01 ובו הוא מציין את "זיקת האחוזה" שהספרות יוצרת בין בני האדם.

68. מעניין לציין כי חרף האמור לעיל, ברק כותב כי ניתוח מקיף של עקרון תום הלב "חורג ממסגרת ספר זה", לעיל הערה 1, בע' 198.

69. שם, בע' 153.

70. שם, בע' 123-124.