

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

גרשון גונטובניק*

כל תורה פרשנית משפטית חייבת לכלול מענה לשתי רמות שונות של שאלות: **מהן** התכליות שבאה הפרשנות המשפטית לקדם ומהו **המשקל** שיש לתת לתכליות אלה במסגרת הפרשנות, כאשר הן מתנגשות זו בזו. לפיכך, בחלק הראשון של המאמר אעסוק בשלב איתור התכליות שהפרשנות המשפטית באה לקדם. יוצג בו הוויכוח בין דוורקין לבין רז בעניין זה. בחלק השני של המאמר אעסוק בשלב מתן **המשקל** לתכליות, שבאה הפרשנות המשפטית לקדם. הוויכוח הסוער שנלווה להלכת **אפרופים** נוגע בדיוק בכך. תיבחן בו הגישה המילולית, האובייקטיבית והסובייקטיבית לפרשנות החוזית. הגישה הפרשנית הסובייקטיבית, שאינה מציבה תנאים מוקדמים לקבילות ראיות, היא הראויה במקומותינו, דווקא נוכח היותה של מדינת ישראל מדינה רב-תרבותית. הוויכוח הנלווה להלכת **אפרופים** מראה עד כמה חסרה הגותו הפרשנית של רז בכל הנוגע לשלב מתן המשקל לתכליות הפרשניות. בחלק השלישי והאחרון של המאמר אבחן שאלה עיונית עמוקה יותר. דווקא לאור עושר התכליות שבאה הפרשנות המשפטית להגשים, ודווקא לאור מורכבות האיוון בין התכליות הללו, עולה השאלה אם ניתן לפתח תורה פרשנית אחידה, החלה על כל הטקסטים המשפטיים כולם, פרטיים וציבוריים כאחד. נראה שתשובתו של רז היא בשלילה, ואילו ברק הראה כי מהלך כזה הוא אפשרי, שכן גם פרשנות החוזים, למשל, כוללת תכלית אובייקטיבית של קידום ערכי היסוד של השיטה וזכויות חוקתיות. אך תכלית זו אינה מתאימה לכל החברות הדמוקרטיות, וודאי שלא לחברות רב-תרבותיות שסועות כמו החברה הישראלית. ערכים אלה ראוי שיוחדרו למערכת היחסים החוזית "מבחוץ" ולא באמצעות פרשנות. בכך מוצבים גבולות ראויים למה שהפרשנות החוזית יכולה להשיג, ולמה שאין להרכיב על גבה, בחברה רב-תרבותית שסועה.

* מרצה למשפט חוקתי, המרכז הבינתחומי הרצליה, המרכז האקדמי כרמל; שותף במשרד ד"ר "וינרוט ושות'"; תודתי נתונה לעו"ד יפעת נפתלי על עזרת המחקר המעולה, וכן לעו"ד יובל רויטמן; ולמערכת כתב העת "המשפט" – לד"ר יוסי נחשתן, למר מתן ספקטור, לגב' שובל צרויה ולגב' ליטל פרימו, על הערותיהם הנוקבות אשר שיפרו, אני מקווה, את תכניה של רשימה זו, ועל הפניות שהפנו לחומר עיוני נוסף.

א. פתח דבר: מה לפרשנות חוזית בכרך לכבודו של יוסף רז? ב. על חשיבות איתור התכליות שבאה הפרשנות המשפטית לקדם; 1. מבט כללי על פרשנות משפטית כמקדמת תכליות; 2. על עושר התכליות שבאה לקדם הפרשנות המשפטית, ובהן הגשמת כוונת יוצר הטקסט המשפטי. ג. על חשיבות מתן המשקל הראוי לתכליות המתנגשות בפרשנות המשפטית; 1. הפרשנות החוזית כדוגמה לזכייה על אודות משקלן הראוי של התכליות הפרשניות; 2. אי-התמודדותו של רז עם המשקל הראוי של התכליות הפרשניות בעיסוקו בפרשנות חוקים. ד. התייחסות תורת פרשנות אחת האחידה לכלל הטקסטים המשפטיים? התחשבות בתכלית האובייקטיבית של ערכי היסוד של השיטה בפרשנות חוזים; 1. גישת ברק – פרשנות חוזה כחלק ממכלול פרשני אינטגרטיבי הבא להגשים את ערכי היסוד של השיטה; 2. מבט נוסף על התכלית האובייקטיבית במודל הפרשני של ברק – בידוד מרכיב קידום ערכי היסוד של השיטה ובהם ערכים חוקתיים וזכויות האדם; 3. מבט ביקורתי על גישתו הפרשנית של ברק – החלה על כל הטקסטים המשפטיים. ה. סוף דבר.

א. פתח דבר: מה לפרשנות חוזית בכרך לכבודו של יוסף רז?

כיצד יש לפרש טקסטים משפטיים? אילו תכליות באה פרשנות זו לקדם? מהו המשקל שיש לתת לכוונתו של יוצר הטקסט המשפטי בהליך הפרשני? האם ניתן לפתח שיטת פרשנות אחידה לכל הטקסטים המשפטיים – ציבוריים כפרטיים? אלה הן שאלות היורדות לשורש ההבנה של עולם המשפט, משום שהפרשנות המשפטית תופסת מקום כה מרכזי בעולם זה. כל מי שמנסה להבין את עולם המשפט, את מאפייניו ואת גבולותיו חייב להתמודד עם תופעת הפרשנות המשפטית, לעמוד על מאפייניה ועל גבולותיה. ואכן, ענקי המשפט לאורך הדורות התמודדו, ומתמודדים עדיין, עם סוגיית הפרשנות המשפטית, המשמשת כר פורה לזיכוכים נוקבים. הזיכוכים בתחום זה אינו עיוני גרידא. הוא מתנהל גם בעולם המעשה. מדובר באחת הסוגיות שבהן לתאוריה יש השלכות מוחשיות ביותר על הפרקטיקה. הסיבה לכך ברורה. כל העוסקים במשפט, גורמים פרטיים וציבוריים כאחד, גורמים מייצעים, מתכננים ומכריעים, חייבים כולם להיזקק לפרשנות המשפטית. כולנו חייבים לפרש טקסטים משפטיים, מעשה יום יום, שעה שעה. על רקע זה, אין זה מפתיע כי אתגר ההתמודדות עם תופעת הפרשנות המשפטית אינו זר לענף תורת המשפט יוסף רז. בקשת הנושאים הרחבה שבהם העמיק ניתן מקום של כבוד לתחום הפרשנות המשפטית

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

ולמאפייניה.¹ על כן בכרך מאמרים זה לכבודו חשבתי שראוי יהיה לכלול מאמר על אודות הפרשנות המשפטית.

עיקר עיסוקו של רז היה בפרשנותם של טקסטים משפטיים של המשפט הציבורי. כך, הוא עסק, בין השאר, בפרשנות החקיקה.² בסוגיה זו הוא התעמת עם רונלד דוורקין (Dworkin) על אודות שאלת המשקל שיש או שאין לתת לכוונת המחוקק בפרשנותם של חוקים. והנה, במאמר זה בחרתי להתרכז דווקא בפרשנות חוזים ובתכליות שהיא באה לקדם, ולא בפרשנות החקיקה. זוהי בחירה תמוהה לכאורה נוכח העובדה שרז לא הקדיש מקום של ממש בכתובתו לפרשנות החוזית, וכך גם לא דוורקין. זאת, להבדיל מאהרן ברק,³ שהציג מודל פרשני מרשים החולש על הטקסטים המשפטיים כולם, ולהבדיל מקנט גרינאוולט (Greenawalt), שבחר לפתוח את מסעו בנבכי תורת הפרשנות המשפטית דווקא בפרשנותם של טקסטים משפטיים פרטיים.⁴ מדוע לפיכך ראוי לעסוק בנושא הפרשנות החוזית דווקא בכרך זה?

התשובה הראשונית היא שהעיסוק בפרשנות החוזית חשוב, כמוכן, בזכות עצמו. דווקא היא זו המעוררת במקומותינו דיון סוער ונוקב על אודות דרך הפרשנות המשפטית הראויה. הנושא נדון בפסק הדין הידוע בעניין **אפרופים**,⁵ שמאז שנפסק היה בסיס למחלוקות שיפוטיות עזות על תפקידו הפרשני של בית המשפט והתכליות שעליו לקדם אגב פרשנות החוזים. מחלוקות אלה התפשטו לאקדמיה ואף הגיעו לבית המחוקקים. על כן חשוב לבחון את התכליות שבאה הפרשנות החוזית לקדם, ואת תפקידו של בית המשפט במימושן. עוד לא אבדה התקווה כי רז יזכה אותנו בתובנותיו על הדרך הראויה לפרש טקסטים משפטיים פרטיים.

תשובה עמוקה יותר היא שהוויכוח על הדרך הראויה לפרש חוזים מעלה תובנות בעלות חשיבות כללית, היפות לכל העוסק בתורת הפרשנות המשפטית. הוא מעלה כי כל תורה פרשנית משפטית חייבת לכלול מענה לשתי רמות שונות של שאלות. הרמה הראשונה עוסקת בשאלה **מהן** התכליות שבאה הפרשנות המשפטית לקדם. הרמה השנייה עוסקת בשאלה **מהו המשקל שיש לתת לתכליות אלה במסגרת הפרשנות**, כאשר הן מתנגשות זו בזו וקידומן עלול להוביל לתוצאות סותרות. ללא התמודדות עם שתי רמות אלה של ניתוח אין

1 ראו את JOSEPH RAZ, BETWEEN AUTHORITY AND INTERPRETATION: ON THE THEORY OF LAW AND PRACTICAL REASON (2009), המקבץ כמה מאמרי יסוד שפרסם בתחום לאורך השנים.

2 במאמר זה לא אעסוק בכתובתו בנושא פרשנות החוקה. לניתוח שלו אותה ראו שם, בעמ' 323. הוויכוח על אודות השאלה כיצד יש לפרש חוקה הוא סוער במיוחד בארצות-הברית. בשל מגבלות מקום לא אוכל להידרש אליו במסגרת זו.

3 אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** (2003).

4 KENT GREENAWALT, LEGAL INTERPRETATION: PERSPECTIVES FROM OTHER DISCIPLINES AND PRIVATE TEXTS (2010). בכרכי ההמשך של מפעלו הפרשני יעסוק גרינאוולט בפרשנות חוקים וחוקה.

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

לכם תאוריה פרשנית משפטית יישומית, וחשיבותה של התאוריה הפרשנית המשפטית הוא, בין השאר, בישימותה. לכן גם העוסקים בשאלת האופן שבו יש לפרש טקסטים משפטיים ציבוריים, ראוי שיבחנו את התובנות העולות מפרשנותם של טקסטים משפטיים פרטיים וילמדו אותן. יש בהן כדי להציב מראה המסייעת לבחון אם הניתוח הפרשני שלהם תקף, והיכן הוא טעון השלמה. בעזרת תובנות אלה אצביע על כך כי הגותו של רו נמצאת חסרה במיוחד ברמת המשקל שיש לתת לתכליות הפרשניות אגב פרשנות החקיקה.

פרק ב' יעסוק ברמה הראשונה של גיבוש התאוריה הפרשנית המשפטית – איתור התכליות שהיא באה לקדם. בהתאם לעמדתו של רו, לא אתעמק בשאלה ההגדרתית מהי פרשנות משפטית, ותחת זאת אתמקד בשאלה **מדוע** אנו מפרשים. במסגרת זו אציג, בין השאר, את תשובתו של דוורקין, ולפיה פרשנות משפטית באה לקדם ערכים ותכליות, ואתיחס לתכליות ולערכים שהוא מאתר. כבר כאן ניתן יהיה להתרשם כי היעדר ההתייחסות של דוורקין לפרשנות טקסטים משפטיים פרטיים היא מצערת. היא גרמה לו לאפיין את התכליות שבאה לקדם הפרשנות המשפטית באופן צר מדי, המחמיץ את המגוון והעושר שלהן. היא גרמה לו שלא לייחס את החשיבות הראויה לתכלית מימוש כוונת יוצר הטקסט המשפטי בפרשנותו. תכלית זו חשובה במיוחד במסגרת פרשנותם של טקסטים משפטיים פרטיים, ובהם חוזים, אך לא רק בהם. לשיטתו של רו, תכלית מימוש כוונת יוצר הטקסט המשפטי חשובה גם בפרשנות חוקים. הוא אף טוען כי מימוש התכלית הזו היא הנותנת לגיטימציה לפרשנותם.

פרק ג' יעסוק ברמה השנייה של התורה הפרשנית המשפטית, שלב מתן **המשקל** לתכליות שבאה הפרשנות המשפטית לקדם, והצעת מתווה עקרוני ליישוב המקרים שבהם הן מתנגשות. התובנות העולות בעניין זה מתחום הפרשנות החוזית נוקבות ומאלפות. בכל הנוגע אליה נראה כי אין מחלוקת בדבר החשיבות של תכלית הגשמת רצון יוצרי החוזה בפרשנותו. הוויכוח הסוער שנלווה להלכת **אפרופים** עסק למעשה בנושא אחר. הוא סב סביב המשקל הראוי שיש לתת לתכלית זו ולאיוון הראוי בינה לבין הגשמת תכליות אחרות, בהן הוודאות המשפטית, היציבות המסחרית וערכי ההגינות וערכים ציבוריים אחרים אגב הפרשנות החוזית. מתן המשקל לתכליות ולאיוון ביניהן משפיע ישירות על השאלה כיצד לפרש. כך, לכובד המשקל שניתן לתכלית מימוש כוונת יוצרי החוזה, יש השפעה ישירה על השאלה **כיצד** מפרשים חוזים. מתן משקל כבד לתכלית זו יאפשר להגיע למסקנה פרשנית כי יש לתת לחוזה מובן הסוטה מהמשמעות המקובלת של לשון החוזה. בפרק זה אציג גישות שונות להכרעה בשאלת המשקל הראוי שיש לתת לתכליות המתנגשות בפרשנות החוזה. אתמקד בשאלה מתי ניתן לסטות מהמשמעות המקובלת של לשון החוזה כדי להגשים את כוונת יוצריו. אטען כי גישתו העקרונית של ברק, שאינה מציבה תנאים מוקדמים לקבילות ראיות אלה היא הראויה, דווקא נוכח היותה של מדינת ישראל מדינה רב־תרבותית. עובדה זו מחייבת זהירות רבה לפני שדוחים את היכולת להציג ראיות חיצוניות על המשמעות הראויה של הטקסט החוזי נוכח היותו "ברור" לכאורה. אציג באופן תמציתי את הוויכוח שנלווה להלכת **אפרופים**, ואתיחס לאיוון בין התכליות המתנגשות, שנראה ששיטתנו המשפטית צועדת אליו לאחר תיקון החוק בנושא. נראה כי מחד גיסא

הדין במקומותינו מבקש לתת משקל גדול יותר לתכלית הוודאות החוזית, בקלחת התכליות המתנגשות, ומאידך גיסא הוא אינו שולל את יכולת הצדדים לחוזה להביא ראיות על המובן האמתי של ההסכמה שאליה הגיעו, גם אם לשון החוזה ברורה לכאורה.

התובנות העולות מפרק זה מקרינות על הגותו הפרשנית של רוז, ומראות היטב את המקומות שבהם ניתוחו את פרשנות החקיקה טעון השלמה. רוז עמד על כמה ערכים שפרשנות החקיקה באה לקדם, אך הוא לא הציע מודל מסודר המסביר איזה משקל יש לתת לתכליות השונות וכיצד לאזן ביניהן, מלבד האמירה כי בחוקים ותיקים קטן משקל מימוש כוונת המחוקק בהליך הפרשני. בכך נבדל הניתוח של רוז מגישתו הפרשנית של ברק המקדיש מקום ניכר בהגותו הפרשנית לשאלת המשקל שיש לתת לתכליות השונות הנלוות לפרשנות המשפטית ולאזון ביניהן. על החסר בגישתו של רוז ניתן ללמוד מהשאלה שהוא עוסק בה, והיא מה הדין כאשר קיים פער בין כוונת המחוקק לבין לשון החוק? רוז הותיר את המענה לשאלה זו לפרקטיקה הפרשנית הנוהגת בקהילה המשפטית, אך כפי שמראה הפרשנות החוזית, כאן בדיוק טמון הוויכוח העיוני הנוקב ביותר. לטעמי, הפילוסוף העוסק בפרשנות המשפטית ובהבנתה אינו יכול להותיר את הנושא להכרעת הפרקטיקה. עליו לנקוט עמדה בשאלה איזה משקל יש לתת לתכליות השונות וכיצד לאזן ביניהן, שכן זוהי השאלה המרכזית ולא המשנית אגב גיבושה של תאוריה פרשנית ישימה. חשוב להדגיש – אין אני טוען כי יש לפרש חוקים באופן שבו יש לפרש חוזים; אין אני טוען כי החוזה הפרטי שקול לחוק מבחינת מאפייניו ככלי משפטי. עם זאת, דווקא אם נקבל את הטענה של רוז כי בפרשנות החוק חשוב לממש את כוונת יוצרי הטקסט המשפטי, ומימוש זה נותן את הלגיטימיות להליך הפרשני, מתגלה העובדה כי הגותו הפרשנית אינה מפותחת די צורכה. אין היא מסבירה מדוע בפרשנות חוקים, הכוונה הסובייקטיבית של המחוקקים תתקשה להתגבר על לשון החוק, ואילו בפרשנות חוזים מוכרת האפשרות שכך יהיה, כשעיקר הוויכוח סב סביב השאלה באילו נסיבות ובאיזה היקף. מסקנתו של רוז צריכה להיות מוסברת במשקל המוגבר שיש לתכליות האחרות הנלוות לפרשנות החוקים, הגוברות על מימוש כוונתם הסובייקטיבית של יוצרי החוק, ומסד תאורטי זה אינו מפותח בכתיבתו די הצורך.

בפרק ד' אבחן שאלה עיונית עמוקה יותר. דווקא לאור עושר התכליות שבאה הפרשנות המשפטית להגשים, ודווקא לאור מורכבות האיזון בין התכליות הללו, עולה השאלה אם ניתן לפתח תורה פרשנית אחידה, החלה על כל הטקסטים המשפטיים כולם, פרטיים וציבוריים כאחד. נראה שתשובתו של רוז היא בשלילה, וניתן למצוא בכתיבתו אמירה כי מהלך שכזה אינו אפשרי. במפעל אינטלקטואלי מעורר השתאות הראה ברק כי מהלך שכזה הוא אפשרי. נראה לי שגם בסוגיה זו ניתן ללמוד רבות מהוויכוח על אודות הפרשנות החוזית הראויה. הפרשנות החוזית היא אתגר לכל המבקש לטעון לקיומה של תורה פרשנית אחידה, שרב הדומה על השונה במסגרתה, למשל באופן שבו אנו מפרשים חוק בהשוואה לחוזה. ברק נענה לאתגר. לפי גישתו, אחת התכליות שבאה לקדם הפרשנות החוזית היא קידום ערכי היסוד של השיטה, ובהם ערכים חוקתיים וזכויות האדם. בפרק זה אטען כי מרכיב זה הכרחי שייכלל, לשיטתו, בפרשנותם של טקסטים משפטיים פרטיים, כדי שאכן

ניתן יהיה לכונן את אותה תורה פרשנית אחידה לכל הטקסטים המשפטיים כולם. זהו המרכיב המאפשר לקבוע כי תורת הפרשנות התכליתית היא הוליסטית. הוא מהווה אבן יסוד ברורה בפרשנות חוקה וחוקים, אך השאלה אם הוא צריך לחול בפרשנות חוזים היא מורכבת הרבה יותר. אעמוד על הקושי הקיים דווקא בחברות רב-תרבותיות בהכללת תכלית פרשנית זו בפרשנות חוזים פרטיים, ואטען כי אין לו מקום בפרשנותם במקומותינו. לכן, בישראל אין לדבר על תורה פרשנית אחת אחידה, החלה על כל הטקסטים המשפטיים. זאת, משום שאם אחד הערכים המרכזיים שבאה לקדם פרשנות חוקה וחוקים צריך להיעדר מפרשנות חוזים, הרי שרב המפריד על המאחד בנוגע לפרשנותם.

בסיומו של פרק זה חשוב יהיה להבהיר שעדיין אין בכך כדי לשלול את תחולתם של הערכים החוקתיים בתחום החוזה. זאת, משום שלערך האוטונומיה ולחופש החוזים יש גבולות. המשפט כופה ערכים במקרים המתאימים גם על אלה שלא מכירים בתקפותם. בעניין זה ניתן ללמוד הרבה מהגותו של רוז, הן בכל הנוגע לאפיונם הנאות של החוזים ככלי משפטי, שאינו נותן תוקף לכל רצון של הצדדים באשר הוא, והן בכל הנוגע לתאוריה הפוליטית הכללית שלו. רוז הוא אחד הכותבים הבולטים ביותר בזרם הליברלי הפרפקציוניסטי, המנתץ את היומרה לייחס למשטר הליברלי ניטרליות. הוא רואה בו כמקדם ערכים ואוכף אותם גם בספרה הפרטית. לכן ניתן בהחלט להגביל את חופש הרצון הפרטי על ידי ערכים חוקתיים. אך הם חודרים לחוזה "מבחוץ", יש בהם מרכיב של כפייה, ואין לראותם כמשקפים את רצון הצדדים בדרך של פרשנות "מבפנים". בכך מוצבים גבולות ראויים למה שהפרשנות החוזית יכולה להשיג, ולמה שאין להרכיב על גבה, בחברה רב-תרבותית כדוגמת החברה הישראלית.

ב. על חשיבות איתור התכליות שבאה הפרשנות המשפטית לקדם

1. מבט כללי על פרשנות משפטית כמקדמת תכליות

מהם מאפייני היסוד של הפרשנות המשפטית? אין חולק כי קיים קשר הדוק בין פרשנות להבנה. על פי ברק, הגדרת פרשנות היא מתן מובן לאירוע.⁶ פרשנות משפטית כרוכה במתן מובן לטקסט הכולל נורמה משפטית. זוהי שליפת המשמעות המשפטית מתוך המשמעות הלשונית של הטקסט.⁷ אך מהו היחס המדויק בין הבנה לבין הפרשנות? האם כל פעולה של מתן מובן לטקסט המשפטי היא פעולה פרשנית? יש המשיבים לשאלה זו בחיוב.⁸ אחרים

6 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 29.

7 שם, בעמ' 31.

8 לפי הגדרתו של ברק התשובה היא בחיוב. זוהי גם גישתו של דוורקין, שציין כי כל קריאה של טקסט מערבת בהכרח פרשנות שלו; Ronald Dworkin, Justice for Hedgehogs 123 (2011). דוורקין טוען כי הבנה היא פרשנות. שם, בעמ' 152. גישה זו חופפת בין מושג ההבנה לבין מושג הפרשנות. לגישה זו שורשים עמוקים. כפי שציין הנס גאורג גדמר (Gadamer),

טוענים כי כל פרשנות תורמת להבנת הטקסט אך לא כל הבנה היא פרשנות. יש בה בפרשנות ייחוד, שאחרת לשם מה צריך מונח לשוני מיוחד המתייחס לפרשנות?⁹ ניתן להבין גם את רז כמבחין בין הבנה לבין פרשנות,¹⁰ ולא כחופף בין שני המונחים. האם יוכוח הגדרתי זה הוא חשוב? רז הביע את הדעה שלא, שעה שהתייחס לפרשנות באמנות. הוא ציין כי החשוב הוא לקבוע אמות מידה ל**מצוינות** של פרשנות, במקום לקבוע תנאים הכרחיים ומספיקים שקובעים אם משהו הוא פרשנות. זאת, משום שאין תנאים הכרחיים ומספיקים כאלה, ובלשונו: "בדרך כלל אין טעם לצייר את הגבול שבין פרשנות גרועה מאוד לבין דבר שכלל אינו פרשנות, ואין גם טעם להתווכח על גבול זה".¹¹ לא נראה כי תשובה זו יאה לפרשנות במשפט, לא בכל הנוגע לתורת המשפט,¹² וגם לא בכל הנוגע לפרקטיקה המשפטית,¹³ אך העיסוק בנושא זה חורג מדיוננו. בעקבותיו של רז אתרכז בשאלה מה הופך פרשנות משפטית לטובה. כלומר אתמקד באופן שבו ראוי לפרש טקסט משפטי, ולא בשאלה מהי פרשנות משפטית.

כאשר בא פלוני לענות על השאלה כיצד ראוי לפרש, עליו להתמודד עם שורה של שאלות יסוד: האם על הפרשנות להישען על זווית הראייה של כותב הטקסט או של קורא

שורשיה של ההרמנויטיקה רואים בפרשנות הבנה. להבין פירושו לפרש. HANS GEORG GADAMER, TRUTH AND METHOD 306 (2nd ed. 2004).

9 רז העלה את השאלה מה בין הסמנטיקה, החוקרת את משמעות המילים, ובין פרשנות? RAZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 300. ואכן, הטענה כי אין הבדל בין הסמנטיקה לבין פרשנות קשה היא. גם פרופ' דניאל פרידמן מבחין בין הבנה לבין פרשנות. הוא מגדיר פרשנות כפענוח טקסט לא ברור על ידי בחירה בין כמה אפשרויות. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 232 (2003). מכאן שקיימים טקסטים ברורים שאנו יכולים להביןם ללא פרשנות. גם פרופ' אנדריי מרמור (Marmor) ציין כי משפט, כמו כל צורת תקשורת אחרת, יכול להיות מובן בפשטות, ואז להיות מיושם. הפרשנות היא החריג, ולא הסטנדרט של הבנת השפה. ראו ANDREI MARMOR, INTERPRETATION AND LEGAL THEORY 93 (2005). פרשנות נדרשת לשיטתו רק כאשר ניסוח הכלל מותיר ספק לגבי דרך יישומו במקרה נתון. שם, בעמ' 118.

10 רז מציין כי "פרשנות היא הבהרת משמעות, וכל דבר שיש לו משמעות שאינה מובנת מאליה ניתן לפרשנות". יוסף רז "פרשנות ללא כוונה" **עיוני משפט** יח 407, 413 (1994). וראו גם RAZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 224. מכאן שישנם מצבים שבהם הטקסט ומשמעותו מובנים מאליהם.

11 שם, בעמ' 413.

12 השאלה מהם גבולותיה של הפרשנות במשפט היא שאלת יסוד בתורת המשפט. דוורקין מציג את המשפט כולו כפרשנות (law as interpretation), הכרוך בהערכה נורמטיבית. גישה זו, כפי שטען מרמור, חותרת תחת יסודות הפוזיטיביזם המשפטי מבית מדרשם של קלזן ושל הארט, הרואים בפרשנות חלק מהמבנה המשפטי, אך לא מתפשט על כולו. ראו MARMOR, לעיל ה"ש 9, בעמ' 27–45. ברק ציין כי הוא מכבד את הגדרתו של דוורקין, אך היא אינה מעניינה של כתיבתו. ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 41.

13 לצד הוויכוח העיוני, הרי להגדרה יש גם משמעות מעשית ברורה – אם פרשנות היא מתן מובן לטקסט, הרי שכל טקסט משפטי זקוק לפרשנות. עם זאת, לא נובע מכך שכל טקסט משפטי אינו ברור. ראו הדיון אצל ברק, שם, בעמ' 51, ואת תשובתו לפרידמן, שם, בעמ' 60. לעומת זאת אם פרשנות משפטית היא מתן מובן לטקסטים משפטיים לא ברורים, הרי שמובלעת בכך ההנחה שלא כל טקסט זקוק לפרשנות.

הטקסט? האם על הפרשן לנסות ולברר את הבנתם הסובייקטיבית של כותבי המסמך, קרי הכוונה שהייתה להם בעת כתיבתו, או את הבנתם של קוראיו? האם עליו להתמקד בהבנה של כותב או קורא סביר? האם עליו לפרש את המסמך כשהוא עומד לבדו, או שמא בהקשר של כתיבתו, ולהיזקק לנסיבות החיצוניות המראות כיצד נכתב ועל איזה רקע? האם יש ליתן מובן לטקסט בהתאם לזמן הכתיבה או לזמן הפרשנות?¹⁴ אלה הן שאלות היפות לפירוש הראוי של טקסטים משפטיים וכן לפרשנות באופן כללי. נראה לי כי ניתן ללמוד רבות מהגותו של דוורקין בבואנו ליתן מענה לשאלות עומק אלה.

דוורקין קושר באופן הדוק בין מתודת הפרשנות הראויה לבין הערכים והתכליות שהיא באה להגשים. הפרשן חייב להבין תחילה, לפני שהוא ניגש להליך הפרשני, באיזה סוג של פרשנות הוא עוסק.¹⁵ להבנה זו תהיה השלכה ישירה על מתודת הפרשנות שינקוט. עלינו להבין מהו ז'אנר הפרשנות הרלוונטי (למשל פרשנות משפטית או ספרותית), לאחר מכן עלינו להבין מהי התכלית של הפרשנות של אותו אפיק? גישה זו משתלבת היטב עם גישתו של רו המסביר כי לא ניתן לענות על השאלה "איך לפרש" ללא מענה על השאלה "מדוע לפרש".¹⁶ לפי דוורקין, עלינו לפרש באופן המגשים באופן הטוב ביותר את התכלית הרלוונטית של האפיק הפרשני.¹⁷ דוורקין מקדם את תאוריית הערך (Value Theory) כעומדת בבסיס ההליך הפרשני. מכאן קצרה הדרך להבנה כי ז'אנרים שונים של פרשנות או חזים בתכליות שונות ובבסיסם ערכים שונים. דוורקין עורך הבחנה בין פרשנות שיתופית (collaborative), הסברית (explanatory) ומושגית (conceptual). פרשנות שיתופית מניחה שלמושא הפרשנות (למשל טקסט) יש מחבר או יוצר, שהחל בפרויקט, ושעל הפרשן לקדם. זוהי, למשל, פרשנות משפטית. פרשנות היסטורית היא שונה.¹⁸ היא מהווה דוגמה לפרשנות הסברית, שבה חשובה לנו ההשלכה של מושא הפרשנות על נמעני הפרשנות היום, הציבור, ופחות חשובה כוונתם הסובייקטיבית של מכוני האירוע ההיסטורי. גם פרשנות של תופעות סוציולוגיות הן הסבריות. ואשר לפרשנות המושגית, כאן אנו מחפשים הבנה של משמעות מושג, כגון "צדק" או "אמת", מושגים שלא נוצרו על ידי יוצר אחד אלא הם נחלת קהילות שלמות.¹⁹ זוהי למשל פרשנות פילוסופית. קל לראות כי אם אכן צריכה הפרשנות לממש תכלית, הרי שניתן להבחין בין פרשנות טובה לבין פרשנות רעה, בהתאם לעמידה ביעדים ובתכליות שהז'אנר הפרשני בא לקדם.

- 14 ראו GREENAWALT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 6-11. גרינאוולט בוחן את המענה לשאלות אלה במבט רחב הדין גם בטקסטים שאינם משפטיים, ובכללם טקסטים ספרותיים ודתיים.
- 15 DWORKIN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 124-125.
- 16 RAZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 225.
- 17 DWORKIN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 131. ניתן להתווכח בשאלה אם, כפי שכתב דוורקין קודם לכן, על הפרשנות לשוות למושא הפרשנות את התוכן הטוב ביותר לטקסט מהסוג שמפרשים, MARMOR, לעיל ה"ש 9, בעמ' 28-33, 43, אך הוויכוח בנושא חורג מגבולות רשימה זו.
- 18 השוו עם רו שמציין כי היסטוריה אינה נוצרת מתוך כוונה להיות מפורשת. RAZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 232.
- 19 DWORKIN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 134-139.

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

כפי שציין רוז, הערכת טיבה של הפרשנות יכולה להתבסס על סטנדרטים אובייקטיביים.²⁰ אם אני מבצע פרשנות שיתופית, שאין כל קשר בינה לבין התכלית שמחבר הטקסט ביקש לקדם, הרי שאני פרשן גרוע. אם אני עורך פרשנות היסטורית, ובודק רק מה היה הלך המחשבה של הדמות ההיסטורית שאת מעשיה אני בוחן, הרי שאיני מממש את תכליתה של הפרשנות ההיסטורית ההסברית. יש פרשנויות שהן טובות יותר וטובות פחות.²¹ כדי שאבצע פרשנות משפטית טובה, עליי להגדיר לעצמי אילו תכליות היא באה להגשים. חשוב שאאתר את התכליות הרלוונטיות, ולכל הפחות את המרכזיות שבהן, שאחרת לא אהיה פרשן טוב.

לסיכום פרק זה מתבקשת הערה טרמינולוגית. מקובל להנגיד במקומותינו בין הפרשנות התכליתית לבין סוגי פרשנות אחרים. כך, למשל, בכל הנוגע לפרשנות חוזים, איל זמיר מבחין בין תורת השלבים, "הפירמידה ההפוכה" ותורת הפרשנות התכליתית.²² יורם דנציגר וצביקה מצקין דנים במעבר מגישת "שני השלבים" לגישת "הפרשנות התכליתית" בדיני החוזים.²³ גם שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין מבחינים, בין השאר, בין הפרשנות הלשונית לבין הפרשנות התכליתית.²⁴ להבחנה זו שורשים עמוקים בפסיקה ובתורת המשפט, אך למעשה, ולאור הניתוח שהוצג לעיל, הרי כל פרשנות משפטית היא פרשנות תכליתית. זאת, משום שכל פרשנות משפטית, בהגדרה, באה לקדם תכליות מסוימות. השאלה לפיכך אינה אם הפרשנות היא תכליתית או לא, אלא מהן התכליות שהפרשנות המשפטית באה לקדם. שיטות פרשנות משפטיות שונות באות לקדם תכליות שונות, ובכך הן נבדלות זו מזו. הקביעה כי אנו תומכים בפרשנות תכליתית או מתנגדים לה אינה נותנת מענה עיוני מדויק דיו לשאלה מהו המודל הפרשני המועדף עלינו. אם אמרתם כי אתם תומכים בפרשנות התכליתית, אמרתם הכול, אך לא אמרתם דבר.

20 Raz, לעיל ה"ש 1, בעמ' 226.

21 שאלה נפרדת, החורגת מגבולות הדיון ברשימה זו, היא: האם פרשנות טובה חייבת להיות פרשנות "אמתית"? האם הפרשן שואף לגלות את האמת? דוורקין עונה על הדברים בחיוב. DWORKIN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 126, 128. ברק עונה על כך בשלילה. הוא מציין כי אין פרשנות "אמתית" אלא פרשנות "ראויה". ראו ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 47. גישתו של רוז מורכבת יותר. ניתן למצוא כמה התייחסויות שלו לנושא. רוז מכיר במקרים שבהם יכולות להיות כמה אפשרויות פרשניות לגיטימיות. ראו Raz, לעיל ה"ש 1, בעמ' 228, ובכמה פרשנויות סותרות שלא כולן בהכרח שגויות. ראו שם, בעמ' 271. מכאן שאין לדבר בהכרח על פרשנות אחת ויחידה שהיא האמתית. ראו בעניין זה את הביקורת של רוז על דוורקין. רוז, לעיל ה"ש 10, בעמ' 417, ה"ש 11. עם זאת, גם לפי רוז, פרשנויות שונות כפופות להערכה של תקפותן כנכונות או כשגויות. ראו Raz, לעיל ה"ש 1, בעמ' 268. לכן אין לשלול את הרלוונטיות של האמת לפרשנות.

22 איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" **משפטים** מג 5, 8–15 (2012).

23 יורם דנציגר וצביקה מצקין "האם שבו הצדדים להיות שליטי החוזה לאחר תיקון מס' 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973?" **משפט ועסקים** טו 27, 31 (2012).

24 שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" **משפטים** מג 55, 62–63 (2012).

2. על עושר התכליות שבאה לקדם הפרשנות המשפטית, ובהן הגשמת כוונת יוצר הטקסט המשפטי

ראינו עד כמה מורכב הוא העולם הפרשני. סוגי הפרשנות שונים ומגוונים, ולכל אחד מהם תכליות וערכים שהוא בא לקדם. מורכבות זו חודרת גם לעולם הפרשנות המשפטית. האם אחת התכליות שבאה לקדם הפרשנות המשפטית היא מימוש כוונת יוצר הטקסט המשפטי? תכלית זו מכונה בשם התכלית הסובייקטיבית, כלומר היא שואפת להגשים את הרצון הסובייקטיבי, הממשי-ראלי, של יוצרי הטקסט המשפטי.²⁵ אם יש לראות בפרשנות המשפטית פרשנות שיתופית, כדברי דוורקין – פרשנות המניחה קיומו של מחבר לטקסט, שאת הפרויקט שהחל על הפרשן לקדם – ברור, לכאורה, שחשוב להגשים את כוונת יוצר הטקסט המשפטי בפרשנותו. אלא שהדברים אינם כה פשוטים. דוורקין עצמו יהיה מראשוני המתנגדים לקו ניתוח זה, משום שלשיטתו הפרשנות המשפטית אינה פרשנות שיחתית (conversational). אין היא שקולה לשיח בין שני בני אדם, שכאשר אנו מבקשים להבינו אנו שואלים את עצמנו למה התכוונו המשוחחים.²⁶ הפרשנות המשפטית היא קונסטרוקטיבית, במובן זה שלנוסח המשפטי יש תכלית שעלינו כפרשנים להגשימה כך שתמלא באופן המוצלח ביותר את היעדים שהז'אנר שבו אנו עוסקים התכוון למלא.²⁷ לכן, לשיטת דוורקין, שעה שמפרשים למשל דבר חקיקה, אין אנו מתעניינים בשאלה למה התכוונו המחוקקים שהיו מעורבים בניסוחו. תכלית פרשנות החקיקה והערכים שהיא באה לקדם הופכים את רוב מה שהמחוקקים התכוונו להשיג באופן אישי לבלתי-רלוונטי להליך הפרשני.²⁸ עלינו להבין מהי תכלית החוק, וליתן לו פירוש באופן המשתלב במערך החקיקה הכללי, על התכליות והערכים שכבר גלומים בו. על חוק שנחקק בעבר להשתלב במערך החקיקה והתכליות הקיים היום. זאת, נוכח השאיפה לקוהרנטיות ולשלמות (integrity) במשפט. לכן עלינו לחלץ בהליך הפרשני את הכוונה המופשטת של המחוקקים ולא את כוונתם הסובייקטיבית-היסטורית. אם נפנה לטרמינולוגיה של ליפשיץ ופינקלשטיין, נראה שדוורקין תומך בפרשנות החוק כפרשנות יצירה ולא כפרשנות היוצר.²⁹

האומנם זוהי גישה ראויה? ניתוח זה של דוורקין מראה עד כמה מורכבת היא מלאכת איתור התכליות שבאה לקדם הפרשנות המשפטית. נראה לי כי גישתו אינה עושה חסד עם רב-גוניות העולם המשפטי. גישתו הפרשנית מתמקדת בפרשנות טקסטים של המשפט הציבורי – הפסיקה, החקיקה והחוקה, אך היא מזניחה טקסטים משפטיים נוספים וחשובים, מעולמו של המשפט הפרטי. כך, אין היא מייחסת את המקום הראוי למאפייניהם של

25 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 165.

26 באפיק פרשני זה יש דומיננטיות רבה לכוונת הדובר. ראו DWORKIN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 149.

27 RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 52, 315 (1986).

28 DWORKIN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 149–150.

29 ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 62–63. גישת היוצר מבקשת להתחקות אחר כוונת יוצר הטקסט, ולעומת זאת, גישת היצירה מכריזה על "מותו של המחבר" ומתמקדת בפרשנות הטקסט עצמו במנותק מהכוונה הממשית של כותבו.

טקסטים חוזיים, של הוראות שליחות, של נאמנויות ושל צוואות. בטקסטים אלה מתקיים מרכיב בולט של שיחתיות, שיח שנוצר על ידי גורמים פרטיים שמטרתו השגת יעדים פרטיים. מרכזיותו של ערך האוטונומיה של הרצון במשפט הפרטי בשיח זה מחייבת ייחוס חשיבות רבה לרצון הסובייקטיבי של הצדדים, ולא דווקא לרצונם המופשט. רז עמד רבות על חשיבותו של ערך האוטונומיה בחברות המערביות. הוא הסביר כי בבסיסו עומד האידאל שבו אנשים מעצבים את חייהם שלהם. האדם האוטונומי הוא היוצר (החלקי) של סיפור חייו.³⁰ לכן לא נוכל לכבד את ערך האוטונומיה אם לא ננסה להבין מהם היעדים הסובייקטיביים שרצו להשיג הצדדים שיצרו את האקט המשפטי הפרטי. טלו למשל חוזה. הצדדים לחוזה יוצרים "עולם חוזי".³¹ זהו עולמם שלהם, והם אוטונומיים לעצבו בהתאם למטרותיהם וליעדיהם. רצון זה יש לכבד. כאשר מתעוררת שאלה פרשנית – למה התכוונו בעולם החוזי שיצרו – עלינו להתחקות, ככל האפשר, אחר כוונתם שלהם, שאחרת לא נעניק משקל נאות לערך האוטונומיה, ונכפה עליהם, באמצעות פרשנות, מטרות ויעדים שלא התכוונו להשיג. זו גם הסיבה שהמטפורה היפה של דוורקין, שלפיה השחקנים המשפטיים כותבים כל פעם פרק בספר שפרקיו נכתבים לאורך הדורות, יפה למחוקקים ולבתי משפט, אך לא לכותבי חוזים. אפשר לייחס חשיבות רבה לקוהרנטיות שבאה לשלב חוקים חדשים בתכליות של חוקים ותיקים, ופסיקה חדשה בגוף הפסיקה הקיים של בתי המשפט לדורותיהם. זהו מפעל משפטי בין-דורי שחשוב שיפעל באופן מוסדי והרמוני. אך לא כך שעה שעל הפרק חוזים פרטיים המשקפים רצונות פרטיים של מחבריהם. אין זה לגיטימי לצפות מעורכי חוזה נתון שיפעלו מתוך הרמוניה עם שכניהם שעורכים חוזה אחר. את עולמם החוזי שלהם הם יוצרים ולא את עולמם של אחרים. אכן, המסגרת המשפטית המאפשרת את יצירת החוזים ואת אכיפתם צריכה להיות הרמונית, אך תוכנם של החוזים הפרטיים אינו בבחינת חוליה בשרשרת בין-דורית, ולכן הניתוח של דוורקין היפה לטקסטים משפטיים ציבוריים, כגון חוק, אינו ממצה את התכליות הנשקפות מטקסטים משפטיים פרטיים, כגון חוזה. בפרשנותם של אלה ישנה חשיבות דווקא רבה לתכלית הסובייקטיבית של מימוש רצון יוצרי הטקסט עצמם.

הנה כי כן, אי-התעמקותו של דוורקין בפרשנות טקסטים משפטיים פרטיים גרמה לו להציג תמונה חלקית של התכליות הנלוות לפרשנות המשפטית ושל מאפייניה. תשובתו של דוורקין יכולה, כמובן, להיות כי קיים הבדל בין התכליות שבאה לקדם פרשנותם של חוקים לבין פרשנותם של חוזים, ואילו הוא מתמקד בפרשנותם של טקסטים משפטיים ציבוריים. אלא שכאן באה ביקורתו של רז שהיא עמוקה יותר. לפי רז, לכוונת המחוקקים בפועל יש חשיבות רבה בהליך הפרשני ובהבנת משמעותו של החוק שחוקקו. על רקע זה מכיר רז בקיומה של תכלית סובייקטיבית גם בפרשנות החקיקה. הסיבה נעוצה באופן שבו מאפיין רז את המשפט עצמו. המשפט הוא סמכותי (Authoritative). השחקנים המשפטיים השונים

JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 369 (1986) 30

Steven J. Burton & Eric G. Andersen, *The World of a Contract*, 75 IOWA L. REV. 861 (1990) 31

יכולים ליצור, לאכוף וליישם דין,³² ולהפעיל עלינו סמכות. נורמות משפטיות מחייבות אותנו כיוון שליוצריהן יש לגיטימציה לחייב אותנו, ויוצריהן מתיימרים להפעיל את כוחותיהם באופן לגיטימי. כשגורם סמכותי מציין כי יש לפעול באופן נתון, זוהי סיבה שנפעל או שנימנע מפעולה בהתאם.³³ כיצד אפיון זה מתקשר לפרשנות? רז מציין כי לתת לאדם או למוסד כוח ליצור דין, פירושו לתת להם כוח ליצור דין באופן מכוון, או לכל הפחות מתוך הבנה שלהם שהם יוצרים דין מחייב.³⁴ אין כל טעם לתת להם כוח ליצור חוק אלא אם כן אנו מניחים שהחוק שיצרו הוא החוק שהם התכוונו ליצור.³⁵ כך מזווית הראייה של המחוקקים, אך כך גם מזווית הראייה של הציבור הרחב. הציבור הרחב מייחס חשיבות לכך שהמחוקק הפעיל את סמכותו, והוא מציית (בדרך כלל) לחוק שהמחוקק התכוון ליצור, מאחר שהמחוקק הוא שיצר אותו. אין זה לגיטימי להפעיל עלינו סמכות כופה שהמחוקק כלל לא התכוון להפעיל. לכן עלינו לפרש את החוק כדי לתת ביטוי לכוונתו הסובייקטיבית של המחוקק ולממשה. עלינו להבין את כוונת המחוקק, כדי שנוכל לראות שהפעלת הסמכות הזו היא לגיטימית. רז מציין כי אכן, לעתים, קשה לעמוד על כוונתו הברורה של יוצר ספציפי של דין. עם זאת, ישנם מקרים שבהם ניתן לאתר כוונה זו. על רקע זה הוא הציג את תזת הכוונה האוטוריטטיבית (The Authoritative Intention Thesis), שלפיה אם הדין נובע מפעולה מכוונת של יצירת דין, הפרשנות שלו צריכה לשקף את כוונת יוצר הדין.³⁶ פרשנות משפטית הנעשית בניגוד לכוונת יוצר הנורמה המשפטית עלולה לשלול את הלגיטימיות של הכפיפות לנורמה זו. לכן אין זה מפתיע כי תזת הכוונה האוטוריטטיבית מייחסת חשיבות לכוונה בפועל, לכוונה הסובייקטיבית של יוצרי הטקסט.³⁷ מכאן שעל פי רז, בניגוד לדוורקין, אחת התכליות שבאה לקדם פרשנות החקיקה היא מימוש כוונת המחוקק הסובייקטיבית. זוהי תכלית חשובה ומרכזית.

תובנה זו של רז יפה, לדעתי, לא רק לפרשנות חוקים, וזאת משום שמושג האוטוריטטיביות חורג מגבולות הפעלת הסמכות הפוליטית.³⁸ יש לו רלוונטיות גם לפרשנות חוזים הנכתבים על ידי פרטים. אכן, אין דין חוזה כדין חוק, ורז מזהיר אותנו מפני מתיחת מושג הסמכות מעבר לגבולותיו הראויים.³⁹ עם זאת, ההסכמה החוזית אינה הסכמה מוסרית או הסכמה ג'נטלמנית. זוהי הסכמה משפטית.⁴⁰ חוזה הוא הסכם אכיף. זהו הסכם

32 RAZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 233.

33 ראו הדיון שעורך רז במושג הסמכות (2009) JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW 11.

34 ניתוח זה כפוף לחריגים שרז מודע להם, כגון קיומו של משפט מנהגי וכיו"ב.

35 RAZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 274.

36 שם, בעמ' 275.

37 שם, בעמ' 279.

38 RAZ, לעיל ה"ש 33, בעמ' 11–12.

39 שם, בעמ' 19.

40 אתיחס בהמשך הרשימה לניתוח של רז את מאפייניה של ההתחייבות החוזית. ראו להלן בפרק ד3(ב). אני מודה למערכת "המשפט" על הרחבת נקודה זו.

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

שהדין מכיר בו ומעניק לו הגנה.⁴¹ לכן כל חוזה משקף מימוש של אוטונומיה אך בה בעת גם צמצום שלה. כל צד לחוזה מכפיף את האינטרסים שלו לאלה של הצד האחר. הוא יודע כי אי־ציות להסכמה החוזית עלול לגרור סנקציה משפטית שתופעל נגדו, על כל הנובע מכך. על רקע זה חשוב מאוד להבין מהם גבולות ההכפפה, וזאת על ידי הבנת גבולות ההסכמה. הכפפת הצדדים למגבלות שעליהן לא הסכימו פוגעת באוטונומיה שלהם. כל אלה מובילים למשקל הרב שיש לתת לתכלית קידום רצון הצדדים לחוזה, כפי שבא לידי ביטוי בעת כריתתו. כמו בפרשנות חוקים כך גם בפרשנות חוזים – התעלמות מתכלית זו עלולה להפוך את הפעולה הפרשנית ללא לגיטימית. נראה כי בעניין זה קיימת הסכמה רחבה בין חכמי דיני החוזים.⁴² במידה רבה, רבות מהמורכבויות המעשיות הנוגעות לפרשנות חוקים, המקשות על חילוץ הכוונה הסובייקטיבית של יוצרי החוק, אינן נחלתה של הפרשנות החוזית. קשה לחלץ כוונה סובייקטיבית של מחוקקים נוכח מורכבותו של הליך החקיקה וקיומם של מחוקקים רבים בעלי דעות שונות ומתנגשות המביעים דעתם בשלבי השונים של ההליך. בעיה דומה אינה קיימת, בדרך כלל, בנוגע לרוב החוזים, דבר המקל, יחסית, על מימוש כוונתם הסובייקטיבית של יוצרי החוזה בפרשנותו.

ג. על חשיבות מתן המשקל הראוי לתכליות המתנגשות בפרשנות המשפטית

עד כה עמדתי על חשיבות איתורן של התכליות שעל ההליך הפרשני לקדם. אולם באיתור תכליות אלה לא תמה המלאכה. זהו רק השלב הראשון בגיבושה של תורה פרשנית משפטית. חשוב לא פחות, ואולי חשוב אף יותר, הוא השלב השני בגיבושה של תאוריה שכזו, שלב מתן המשקל הראוי לתכליות הפרשניות, כדי שניתן יהיה להכריע במקרים שבהם הן מתנגשות. חיוניותו של שלב זה נובעת מהעובדה כי הפרשנות המשפטית לא באה לקדם תכלית אחת ויחידה, אלא מגוון של תכליות. הוויכוח הער המתנהל בישראל בעקבות הלכת אפרופים, בדבר האופן הראוי שבו יש לפרש חוזים, הוא דוגמה מובהקת לחשיבות ההכרעה בשאלה איזה משקל יש לתת לתכליות שבאה להגשים הפרשנות המשפטית. אחד ממוקדי הוויכוח הוא, האם תכלית הגשמת הרצון של יוצרי החוזה בזמן גיבושו (התכלית הסובייקטיבית) יכולה להתגבר על לשונו ולתת לה משמעות הסוטה מההבנה המקובלת שלה? איזה משקל יש לתת בעניין זה לתכליות אחרות, כגון שמירה על הוודאות והיציבות החוזית אגב ההליך הפרשני? כיצד יש להכריע בין התכליות המתנגשות? זוהי דוגמה מובהקת לכך שהמשקל שניתן לתכליות הפרשניות מקרין באופן ברור על השאלה כיצד יש לפרש טקסטים משפטיים, ובכללם חוזים, ועל הפרקטיקה הפרשנית הראויה בעניין זה.

41 גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 13–15 (2005).

42 שם, בעמ' 395; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 235.

אציג תחילה את הוויכוח בתחום הפרשנות החוזית. לאחר מכן אבחן כיצד התוכנות העולות מהוויכוח מראות מדוע הגותו הפרשנית של רז, בתחום פרשנות החוקים, טעונה עדיין פיתוח והשלמה, נוכח העובדה כי אין למצוא בכתובתו מקום ראוי למשקל שיש לתת לתכליות הפרשניות, ולהשפעתו של משקל זה על הפרקטיקה הפרשנית הראויה.

1. הפרשנות החוזית כדוגמה לוויכוח על אודות משקלן הראוי של התכליות הפרשניות

(א) מבט כללי: איזונים שונים בין תכליות מתנגשות בפרשנות חוזים

תורת הפרשנות החוזית היא אחת הדוגמאות הבולטות לכך, שהפרשנות המשפטית מקדמת כמה תכליות שונות, היכולות להתנגש זו בזו. טלו פער בין לשון הטקסט המשפטי לבין כוונת יוצרו. פער זה יכול להתעורר בנוגע לכל טקסט משפטי ובכלל זה בנוגע לחוזים. כיצד יש להתמודד עמו? לכאורה, דווקא בפרשנות החוזה, שהוא תוצר של האוטונומיה של הרצון הפרטי, ראוי ליתן משקל בכורה לתכלית מימוש האוטונומיה של הצדדים לחוזה, ולתת לכוונתם משקל מכריע בפרשנותו. אך אין הדברים כה פשוטים. זאת, משום שחופש החוזים בא להשיג גם יעדים ואינטרסים החורגים מאלה של הצדדים הישירים לחוזה. כפי שציין רז, חופש החוזים בא בין השאר לקדם את התנאים לפעילותו התקינה של השוק החופשי.⁴³ על רקע זה ניתן למצוא דוגמאות לכך שבדוקטרינות הכלליות של דיני החוזים ייסוג הצורך להגשים את הרצון הסובייקטיבי של הצדדים לחוזה נוכח אינטרסים חיוניים אחרים. כך, למשל, ידוע עקרון היסוד החל במשפט האנגלו-אמריקני, שלפיו התוכן של החוזה לא נקבע לפי הכוונות הסובייקטיביות הטהורות של הצדדים, אלא לאור הביטוי החיצוני של כוונת אלה.⁴⁴ אין מדובר בגישה המובנת מאליה. ישנן שיטות משפט שבהן הרצון הסובייקטיבי של הצדדים הוא הקובע בגיבוש תוכנו של החוזה.⁴⁵ השוני בין הגישות מראה את המשקל השונה הניתן בהן לערך הגשמת רצון יוצר הטקסט. בקונטיננטל ניתן לו

43 Raz, לעיל ה"ש 30, בעמ' 252–253. אמירה זו משתלבת עם גישת האינטרס לזכויות המזוהה כל כך עם רז. כאשר בוחנים אם אינטרס פלוני מצדיק הטלת חובה על אחרים (זוהי הגדרת המונח זכות לפי רז), מובאים בחשבון גם האינטרסים הציבוריים הכלליים הנשכרים עקב ההכרה באינטרס הנדון כבזכות. הכרה בחופש החוזים באה לשרת גם את האינטרסים של החברה ולא רק את אלה שצפויים להתקשר בחוזים.

44 ראו את דברי השופט הולמס שהסביר, לפני למעלה ממאה שנים, כי בדיני החוזים אין אנו שואלים למה יוצרי החוזה התכוונו במחשבתם, אלא מה יבין דובר אנגלית מן המניין מהמילים שבהן בחרו להשתמש, בהינתן נסיבות כריתת החוזה. Oliver Wendell Holmes, *The Theory of Legal Interpretation*, 12 HARV. L. REV. 417, 417–418 (1899). כלומר אמת המידה לפרשנות היא של האדם הסביר, ולא דווקא של המתקשרים הספציפיים. וידועה אמירתו של השופט לרנד האנד (Learned Hand), שלפיה גם אם יביא הצד לחוזה כעדים מטעמו עשרים בישופים שיישבעו, בהן צדק, כי התכוון למובן פלוני, לא יהיה בכך כדי להועיל. הבעת הרצון החיצונית היא הקובעת ולא הרצון הפנימי. הדברים מובאים אצל GREENAWALT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 262.

45 אהרן ברק *פרשנות במשפט* כרך רביעי – פרשנות החוזה 439 (2001).

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

משקל גדול במיוחד. לעומת זאת, בשיטת המשפט המקובל אומצה הגישה האובייקטיבית, הנותנת לו משקל נמוך יותר, נוכח הרצון לעודד ודאות ויציבות חוזית, וכדי להגן על הסתמכותם של אלה ששינו את מצבם לרעה, לאור הבעות הרצון החיצוניות של הצדדים לחוזה. זהו הדין גם במשפט הישראלי.⁴⁶

הנה כי כן, גישות שונות בפרשנות החוזית מעניקות משקל שונה לתכלית הגשמת הרצון (הסובייקטיבי) של יוצרי החוזה, בהשוואה לתכליות האחרות שמקדם ההליך הפרשני, ובכללן ודאות ויציבות חוזית. הגישה הפרשנית המעניקה את המשקל הנמוך ביותר לתכלית הגשמת רצונם של יוצרי הטקסט היא גישת הפרשנות המילולית (literalism). על פי גישה זו, רק מילות החוזה ומילון יכולים להילקח בחשבון שעה שבאים לפרש את החוזה בשלב הראשון של ההליך הפרשני. בשלב זה אין כל מקום להיזקק להקשר.⁴⁷ ככל שעיון בחוזה מראה כי אין הוא ברור או שישנה סתירה כזו או אחרת בין הוראותיו, ניתן יהיה להביא ראיות חיצוניות כדי לפתור את השאלה הפרשנית. גישה זו מעניקה את המשקל המרבי לתכלית ערכי היציבות והודאות החוזיים, אך היא עלולה לחטא בכפיית הבנה "ברורה" של הציבור הרחב על צדדים לחוזה, שביקשו להשיג מטרה אחרת בהתקשרות ביניהם.⁴⁸ למעשה, גישה זו עומדת בבסיס גיבוש מתודת שני השלבים בפרשנות החוזית. רק אם לשון החוזה "אינה ברורה" (בשלב הראשון) ניתן לקבל ראיות חיצוניות לחוזה כדי להבין את משמעותו (בשלב השני). לאחרונה הביעו דנציגר ומצקין את דעתם כי ביסוד גישת הפרשנות הדרו-שלבית עומד הרצון לקדם את תכלית מימוש רצון הצדדים, אשר עמלו על כתיבת ההסכם וציפו כי הוא יכובד ככתבו וכלשונו. לפי קו ניתוח זה, הלשון היא המקור האמין ביותר ללימוד רצונם של הצדדים.⁴⁹ לדעתי, קשה להשתחרר מהרושם כי התכלית

46 שלו, לעיל ה"ש 41, בעמ' 135.

47 STEVEN J. BURTON, ELEMENTS OF CONTRACT INTERPRETATION 14, 17–18 (2009). תורה פרשנית זו משקפת את "גישת היצירה – הלשונית" לפרשנות, בהתאם לפילוח שערכו ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 73. גישה זו רואה ביצירה ולא ביוצר את מושא הפרשנות, ובממד הלשוני של ההבנה כמגביל את הפרשנות.

48 BURTON, לעיל ה"ש 47, בעמ' 18. גישת הפרשנות המילולית אינה מקובלת היום על רוב המוסדות והטריבונלים העוסקים בפרשנות חוזים. אכן, היא מקובלת בבוררות מסחריות, ובקרב בתי משפט בעלי אוריינטציה מסחרית, אך אין היא מקובלת על מרבית הערכאות השיפוטיות במדינות השונות בארצות-הברית. זאת, משום שהיא מעניקה משקל יתר לשיקולי היציבות המסחרית על פני ערך היסוד של הגשמת האוטונומיה ורצונם של יוצרי החוזה. הפרשנות המילולית זכתה לביקורת רבה מצד השופט האנדר שצ'יין שאחת האינדיקציות הברורות לקיומה של שיטת משפט בוגרת ומפותחת היא שזו לא הופכת מילון למבצר. ראו Cabell v. Markham, 148 F.2d 737, 739 (2nd Cir. 1945). הצגתי לעיל בה"ש 44 את דבריו של השופט האנדר שלפיהם כאשר אנו תרים אחר כוונת הצדדים, אין אנו עוסקים בשאלה למה התכוונו, אלא איזה ביטוי חיצוני נתנו לכוונתם. אין למצוא בדברים אלה משום ביטוי לגישה המילולית לפרשנות החוזה, אלא לגישה האובייקטיבית. זאת, משום שהיא מאפשרת עדיין קבלת ראיות על אודות גילויי רצון חיצוניים מחוץ ללשון החוזה עצמו.

49 דנציגר ומצקין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 33. יודגש כי דנציגר ומצקין אינם תומכים בגישה זו בטרתה, וגם לשיטתם ניתן יהיה להציג ראיות על אודות מובן החוזה גם אם הוא ברור

המרכזית והמכרעת שמקדמת גישת הפרשנות המילולית היא היציבות החוזית, ולא התכלית של כיבוד רצון הצדדים, שאחרת מדוע נמנע מהם כל אפשרות להציג ראיות שלפיהן חוזה שנראה ברור ממבט ראשון אינו כזה?

אל מול הגישה המילולית עומדת הגישה האובייקטיבית לפרשנות חוזה שמכירה ביכולת לקבל ראיות בהליך הפרשני מעבר לאמור בחוזה, ללא התניה מוקדמת בהיותו לא ברור. אלא שלא כל הראיות החיצוניות שניתן להציג הן קבילות. ניתן להגיש לבית המשפט רק ראיות "אובייקטיביות". כך, במסגרת ראיות אלה ניתן להציג נסיבות חיצוניות שקדמו לכריתת החוזה, את המטרה הכלכלית שהחוזה בא להגשים, קיומו של נוהג בין הצדדים והלכות מסחר, תקדימים משפטיים ומסחריים ועוד. עם זאת, אין מקום להציג ראיות "סובייקטיביות". כך, הסכמות בעל פה העומדות בניגוד לנוסח הכתוב של החוזה אינן קבילות אם החוזה הכתוב מסווג כממצה. בנוסף, אין לקבל הצהרות סובייקטיביות של הצדדים לגבי כוונתם העומדת מאחורי הנוסח החוזי שנבחר,⁵⁰ זאת נוכח משקלן המפוקפק של ראיות אלה. החשש הוא שתמיד הצדדים ינסו לשוות לחוזה, בדיעבד, את התוכן הנוח להם במועד הסכסוך ביניהם. בגישה פרשנית זו מידת ההגנה על הוודאות החוזית היא עדיין גדולה, אך עם זאת ניתן משקל משמעותי יותר לערך האוטונומיה ולתכלית ליתן מובן לכוונת הצדדים. בהחלט תיתכנה נסיבות שבהן על בסיס תורה פרשנית זו תינתן לחוזה משמעות החורגת מלשונו, כפי שמבין אותה הציבור הרחב.

ומול שתי אלה עומדת הגישה הסובייקטיבית לפרשנות חוזים, שמוכנה לקבל את מרב הראיות על ההקשר של הטקסט החוזי. היא מוכנה לאפשר הגשה של כל הראיות שמוכנה לאפשר הגישה האובייקטיבית, אך להוסיף עליהן ראיות על כוונותיהם הסובייקטיביות של הצדדים. במובנה הטהור אין היא מטילה מגבלות כלשהן על קבילות הראיות, הבאות לבסס את כוונתם של הצדדים לחוזה. היתרון הגדול של הפרשנות הסובייקטיבית הוא בקידום ערך האוטונומיה החוזית. עם זאת, היא מעוררת חשש שהשימוש בה יוביל לפגיעה מהותית בוודאות החוזית. כמו כן קיים חשש שתוצגנה ראיות בלתי-אמינות, העלולות בסופו של דבר להוביל למסקנות הסוטות מהכוונה האמתית של הצדדים.

מבט על שלושת המודלים הפרשניים הללו, כשהם עומדים זה לצד זה, מבהיר עד כמה חשוב לקבוע את המשקל הראוי לתכליות המתנגשות במלאכת הפרשנות, וכיצד המשקל השונה משליך על הפרקטיקה הפרשנית. במציאות המודרנית נראה כי התומכים בגישה פרשנית דו-שלבית, שלפיה רק אם החוזה הוא "לא ברור" ניתן יהיה לקבל ראיות חיצוניות לשם פירושו, מוצאים את עצמם במיעוט קטן והולך,⁵¹ משום שהתומכים בפרשנות

לכאורה. אין הם מבקשים למנוע הבאת ראיות שכזו, אך הם מבקשים ליתן למוכח הלשוני של החוזה משקל כבד בפרשנותו.

50 BURTON, לעיל ה"ש 47, בעמ' 21-22, 35, 105.

51 הריסטייטמנט, כמו גם הקוד המסחרי המאוחד (Uniform Commercial Code), דחו את הכלל שלפיו פונים לראיות על כוונת הצדדים רק כאשר החוזה אינו ברור. עם זאת, לגישה זו יש

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

המילולית מתמעטים והולכים.⁵² קונה לה אחיזה הדעה כי אין אפשרות לפרש את הטקסט החוזי רק על בסיס לשונו, משום שנוכח המגבלות של הלשון האנושית, לעולם הטקסט זקוק להקשר. מה שנראה ברור ממבט ראשון עלול להתברר כרחוק מאוד מכך.⁵³ הבחירה אפוא היא בין מודל אובייקטיבי לפרשנות החוזית לבין מודל סובייקטיבי שלה. אולם גם בין שני מודלים אלה ישנן אפשרויות בחירה, בהתאם למשקל שיינתן לתכלית הסובייקטיבית של מימוש רצון הצדדים לחוזה, ולתכלית האובייקטיבית מסוג ההגנה על היציבות החוזית. איזון זה יכול להיעשות במגוון אופנים. כך למשל הציע גרינאוולט לכונן חזקה עובדתית שהצדדים התכוונו ליתן להסכם את מובנו הלשוני, ועל הטוען אחרת יוטל נטל כבד למדי לסתור אותה.⁵⁴ איזון אחר שהציג גרינאוולט התייחס ישירות להגותו של ברק בכתיבתו האקדמית. הוא הסכים עמו שיש לקבל ראיות על ההקשר גם כאשר הטקסט המשפטי נראה ברור. עם זאת, לעומת ברק, המוכן לקבל כל ראיה בנושא זה, ללא מגבלות של קבילות, גרינאוולט מוכן לשקול להטיל גם מגבלות של קבילות, ולא לקבל כל ראיה על ההקשר החוזי.⁵⁵ זהו הד ברור לשיטת הפרשנות החוזית האובייקטיבית.

ניתן ללמוד רבות מהעובדה כי דווקא בבירטניה, מכורתה של שיטת המשפט המקובל, המייחסת חשיבות רבה מאוד לערכי היציבות המסחרית והודאות החוזית, חלה התפתחות משפטית משמעותית בדבר אופן פרשנות החוזים. הגישה המסורתית של המשפט המקובל תמכה בתורת שני השלבים ואפשרה קבלת ראיות חיצוניות על משמעות החוזה רק אם לשונו סווגה כ"לא ברורה".⁵⁶ אך כבר לפני חמש-עשרה שנה, לא הרבה לאחר פסיקת הלכת אפרופים ציין הלורד הופמן (Hoffmann) כי בכל הנוגע לחוזים מסחריים, המגבלות במשפט המקובל על הצגת ההקשר לשם פרשנות החוזה נזנחו בשקט (quietly "dropped").⁵⁷ נזנחה תורת שני השלבים, וניתן משקל גבוה יותר לתכלית הגשמת רצון

עדיין תחולה במספר רחב של ערכאות בארצות-הברית. ראו BURTON, לעיל ה"ש 47, בעמ' 105; ה-UCC (Uniform Commercial Code) מעודד הישענות על פרקטיקות מסחר. פרקטיקות אלה רלוונטיות להליך הפרשני גם אם החוזה "ברור". ראו U.C.C. § 1-303(d), (2001) 2-202.

52 אך ראו את התמיכה המחודשת שהיא זוכה לה מן הזרם הניאו-פורמליסטי בארצות-הברית. לסקירה של זרם זה ראו ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 86-142.

53 ג'ון הנרי ויגמור (Wigmore) ציין כי המחשבה שבית משפט יוכל לקבוע כי טקסט ברור ללא הקשר שגויה. "The fallacy consists in assuming that there is or ever can be *some one real* or absolute meaning"; 9 JOHN HENRY WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW § 2462 (1981).

54 GREENAWALT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 274.

55 שם, בעמ' 332.

56 GERARD McMEEL, THE CONSTRUCTION OF CONTRACTS: INTERPRETATION, IMPLICATION, AND RECTIFICATION 25 (2011).

57 Mannai Investments co. Ltd. v. Eagle Star Life Assurance Co. Ltd., [1997] A.C. 749, 779.

הצדדים לחוזה בהליך פרשנותו. ננטש תנאי "אי-בהירות" לשון החוזה, כדי שניתן יהיה להציג ראיות חיצוניות על מובנו הראוי.⁵⁸

גישה זו הדהדה גם בערכאות שיפוטיות של המשפט המקובל מחוץ לאנגליה.⁵⁹ המשפט המקובל בחר לאחרונה לשוב ולאשרר את מחויבותו לשיטת פרשנות זו.⁶⁰ יש לציין כי שינוי זה לא היה חף מביקורת של אלה התומכים בפרשנות המילולית נוכח הפגיעה הנטענת בוודאות המסחרית,⁶¹ אך נראה כי שיטת המשפט המקובל עברה את נקודת האל-

58 MCMEEEL, לעיל ה"ש 56, בעמ' 56. גישה בסיסית זו באה לידי ביטוי גם בפסיקתו האחרונה של בית המשפט העליון הבריטי (שהחליף את בית הלורדים). ראו Oceanbulk Shipping and Trading SA v. TMT Asia Ltd., [2010] UKSC 44, para. 36 (Lord Clarke) (Eng.).

59 ראו MCMEEEL, לעיל ה"ש 56, בעמ' 92–93. המפנה בכל הנוגע לאוסטרליה לעניין *Franklins Pty Ltd v Metcash Trading Ltd* (2009) NSWCA 407 para. 239–304 שבו נשלל תנאי אי-בהירות של החוזה כמאפשר קבלת ראיות חיצוניות לגבי פרשנותו. הוא הדין לגבי סינגפור, שמחשיבה אף היא את הוודאות הכלכלית, אלא ששם צוין כי לא ניתן לגשת לפרשנות חוזים ללא הקשר. נקבע כי יש לדחות את הגישה הוותיקה לפרשנות חוזים שיש בה "wealth of text" but a dearth of context. ראו MCMEEEL, לעיל ה"ש 56, בעמ' 96–97, המפנה אל *Zurich Insurance (Singapore) Pte Ltd v. B-Gold Interior Design & Construction Pte Ltd.*, [2008] SGCA 27.

60 אושרר שם האיזון שלפיו ניתן להציג ראיות חיצוניות גם נוכח קיומו של חוזה "ברור" לכאורה, אך לא את כל סוגי הראיות. הנושא נדון לעומק באחד מפסקי הדין העקרניים האחרונים של בית הלורדים בבריטניה (בטרם הפך לבית משפט העליון הבריטי). ראו הלורד הופמן (Hoffmann) את הגישה האובייקטיבית לפרשנות החוזה, ולפיה אין בית המשפט שואל עצמו למה התכוונו הצדדים הסובייקטיביים, אלא כיצד היה מבין את הדברים אדם סביר, בהינתן כל הידע שעמד לרשות הצדדים. שם, פס' 14 לפסק הדין. ניתן להציג ראיות כדי לעמוד על ההקשר אך לא את כל הראיות. בראש ובראשונה נשללת האפשרות להציג את עדויות הצדדים עצמם על אודות המובן שהתכוונו (סובייקטיבית) לתת לחוזה. שם, פס' 34–35, 41. זאת, משום שהדבר ייצור אי-ודאות גדולה מדי, ועלויות גבוהות מדי בחיובי הדעה מצד הצדדים על אודות המצב המשפטי החל עליהם. על כל העוסקים בהליך בבית המשפט ומחוצה לו יהיה לקבל את כל המסמכים ולאסוף את כל העדויות בנוגע לכל השלבים שהובילו לגיבוש ההסכם. כך נוצר מצב שעבור תועלת קטנה במקרים קיצוניים, שבהם אכן יהיה בראיות אלה כדי להועיל, ייגרם נזק רב לכלל העוסקים במלאכה ולשיטת המשפט בכללותה. כן יושפעו לרעה צדדים שלישיים המסתמכים על חוזים שנערכו על ידי אחרים. עם זאת, ניתן להציג ראיות אלה כדי לבסס טענת השתק (למשל נוכח קיומו של קוד מילולי פרטי של הצדדים), או לצורכי תיקון החוזה. שם, פס' 42, 45 לפסק הדין. בית הלורדים היה מודע לקולות השונים הקוראים לו לזנוח את גישתו האובייקטיבית לפרשנות חוזים, ולאפשר הצגת ראיות בתחומים אלה ללא המגבלות שקבע, אך הוא העדיף להותיר את ההלכה על כנה, על מנת לאזן כראוי, לשיטתו, בין התכליות השונות הנלוות לפרשנות החוזית. לורד הופ (Hope) שיבח את יכולתו של המשפט המקובל לשוב ולבחון את עקרונותיו ולראות אם הם מתאימים לצורכי התקופה, וכך גם נעשה לדבריו במקרה הזה. ראו שם, פס' 2 לפסק הדין.

61 MCMEEEL, לעיל ה"ש 56, בעמ' 57–59. אחד הקולות הבולטים ההודפים את הביקורת ותומכים בגישה האובייקטיבית לפרשנות החוזה הוא זה של ריצ'ארד פוזנר (Posner). פוזנר הסביר כי אחת הדרכים לצמצם את העלויות הנלוות להתדיינות בפרשנות חוזים היא לצמצם את הראיות הקבילות שניתן להציג בהליך המשפטי. צמצום זה יכול להוות איוון ראוי בין הרצון לממש את רצון הצדדים לחוזה במסגרת פרשנותו, לבין הרצון שלא להכביד במלאכת

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

חזור בעניין זה. ביקורת אחרת על שיטת הפרשנות האובייקטיבית מגיעה מתומכיה של שיטת הפרשנות הסובייקטיבית. לשיטתם, שלילת ראיות מבית המשפט עלולה להוביל בסופו של ההליך הפרשני למתן מובן לחוזה שאיש מהצדדים לא התכוון לתת לו.⁶² ואכן, בקונטיננטל ההיזקקות להקשר היא רחבה יותר מזו הבריטית, ומאפשרת גם קבלת ראיות על אודות המשא ומתן בין הצדדים וכוונתם הסובייקטיבית.⁶³

(ב) הוויכוח בישראל על אודות האיזון הראוי בין התכליות המתנגשות בפרשנות חוזים

(1) הצגת הוויכוח

מאז נפסקה הלכת **אפרופים**⁶⁴ התלהט ויכוח איתנים בישראל סביב השאלה כיצד ראוי לפרש חוזים. לאור עצמת הוויכוח אין זה מפתיע כי היא סווגה כהלכה החשובה ביותר שנפסקה בדיני החוזים הישראליים,⁶⁵ ולא בכדי. כפי שציינה גבריאלה שלו, היא מהווה ציון דרך משפטי לא רק בסוגיית פרשנות חוזים, אלא גם בנושאים אחרים כמו תפקיד בית המשפט בתחום החוזים ומקומם של עקרונות חופש החוזים ותום הלב בדיני החוזים.⁶⁶ עניינה של ההלכה, ושל הוויכוח שהיא עוררה בפסיקה, בחקיקה ובכתיבה האקדמית שבאו בעקבותיה, מצוי בשאלת **המשקל** הראוי שיש לתת לתכליות שהפרשנות החוזית באה לממש, ולתפקידו של בית המשפט בקידומן. כך, אחד ממוקדי הוויכוח עוסק באיזון הראוי בין תכלית מימוש כוונת יוצרי החוזה בפרשנותו לבין תכליות נוספות הנלוות לפרשנות החוזים. הוא מעלה את השאלה מתי יוכל רצון הצדדים לגבור על המובן המקובל של לשון החוזה, ובאילו נסיבות; נגזרת אחרת של הוויכוח עוסקת בשאלה אם כאשר בית המשפט מפרש חוזים הוא, אכן, מחויב לתכלית הגשמת רצון יוצרי הטקסט, או שמא, למרות ההצהרות שכך הוא עושה, הרי בפועל הוא נוטש אותה לטובת הגשמת תכליות אחרות. רבות נכתב על הדין המצוי ועל הדין הרצוי בתחום זה, וכך גם לאחר שהמחוקק נדרש לנושא.⁶⁷ לכן אוכל להסתפק בהצגת עיקרי הדברים. כאמור, מטרתה היא להראות עד כמה חשוב הוא שלב מתן המשקל לתכליות הפרשניות המתנגשות לגיבושה של כל תאוריה פרשנית ראויה. כיצד המענה העיוני לשאלה מהו המשקל הראוי שיש לתת לתכליות הפרשניות מקרין ישירות על השאלה המעשית כיצד יש לפרש. הוויכוח על אודות האופן הראוי שבו יש לפרש חוזים במקומותינו מדגים הדברים היטב. גם לפני הלכת **אפרופים** וגם

הפרשנות על ידי הטלת עלויות דינויות לא יעילות. Richard A. Posner, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, 83 Tex. L. Rev. 1581, 1592 (2005).

62 ראו הביקורת של ברק **פרשנות חכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 385, 390.

63 MCMEELE, לעיל ה"ש 56, בעמ' 102.

64 עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 5.

65 שלו, לעיל ה"ש 41, בעמ' 425.

66 שם, בעמ' 400.

67 דניציגר ומצקין, לעיל ה"ש 23; זמיר, לעיל ה"ש 22; ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24.

אחריה נראה כי הכול מסכימים שפרשנות חוזים צריכה להגשים את רצונם של הצדדים לחוזה (תכלית סובייקטיבית), וזוהי תכלית מרכזית שהיא באה לקדם. נראה כי הכול מסכימים שפרשנות חוזים באה לקדם גם תכליות נוספות ובהן יציבות מסחרית וודאות משפטית (תכלית אובייקטיבית). אך מה המשקל הראוי שיש לתת לתכליות המתנגשות? מה הדין כאשר לשון החוזה ברורה לכאורה, אך קיימת טענה כי הצדדים התכוונו לתת לו מובן אחר? המשנה לנשיא ברק בהלכת **אפרופים** ניתץ את תורת שני השלבים לפרשנות חוזים. בכך הוא נתן משקל כבד להגשמת תכלית מימוש רצון הצדדים לחוזה בפרשנותו, ומשקל זה הוא שהוביל את תורת הפרשנות הדו-שלבית אל כיליונה הרשמי. ברק דחה את הטענה כי קיימים חוזים שאינם טעונים פרשנות. הקביעה כי החוזה ברור היא נקודת הסיום ואינה נקודת המוצא. אפשר להגיע למסקנה זו רק לאור התוצאה של ההליך הפרשני. מה שנראה לכאורה ברור, עשוי להתברר כלא ברור לאור הנסיבות האופפות את גיבוש החוזה.⁶⁸ לכן ניתן לפנות לראיות החיצוניות לחוזה ולהקשר שלו כדי לגבש תובנות פרשניות, גם אם לשון החוזה ברורה לכאורה. בעקבות הלכת **אפרופים**, ניתנה לפרשן המשפטי יכולת מוגברת לפרש את החוזה באופן הסותר את לשונו החד-משמעית לכאורה. זאת, לאור היכולת להעדיף את הנשמה של הטקסט המשפטי על פני הגוף הלשוני שלו.⁶⁹ גישה זו שיקפה מהפכה של ממש בפרשנות החוזים בישראל,⁷⁰ לפחות ברמה ההצהרתית.⁷¹ בכל אלה ניתן לראות כיצד הוויכוח העיוני מקרין על הפרקטיקה הפרשנית. תורת שני השלבים אמורה הייתה להטיל מגבלות על הראיות שניתן להציג במסגרת הסכסוך המשפטי על פרשנות החוזה. ביטולה, נוכח הצהרת נאמנות לתאוריה פרשנית חלופית, הקרין באופן ישיר על השאלה כיצד מפרשים, ועל היכולת להציג ראיות גם נוכח קיומו של חוזה "ברור" לכאורה.

התגובה למהפכה הפרשנית הייתה עזה. החשש היה ועודנו שגם נוכח לשון חוזית ברורה, לכאורה, ניתן יהיה להביא ראיות חיצוניות על מנת לערער את המשמעות המתבקשת העולה ממנה, ולכן לא יהיה לכם חוזה אחד שניתן לאכפו בפשטות וללא מורכבות התדיינותית פוטנציאלית. החשש היה שההלכה החדשה תהיה הרסנית ליכולת לתכנן פעולות על בסיס זכויות חוזיות, החיונית כל כך לכלכלה המודרנית. כלומר החשש

68 עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 298.

69 שאלת היחס בין הגוף לנשמה של הטקסט המשפטי היא שאלת היסוד כפי שהציב אותה המשנה לנשיא ברק בפתח פסק דינו. שם, בעמ' 296.

70 כך סיווג אותה המשנה לנשיא חשין בפתח פסק דינו בדנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי ירקות** – **אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(2) 1, פס" 1 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2006) (להלן: עניין **מגדלי הירקות**).

71 איל זמיר העלה את הטענה כי באופן מעשי, גם בעשרות השנים שקדמו להלכת **אפרופים**, פירשו בתי המשפט חוזים באופן שקידם, בין השאר, את המחויבות לערכי הוגנות ולערכים ציבוריים נוספים. ראו איל זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** (1996), אלא שהם שמרו על ההצהרה הפורמלית כי הם מגשימים את רצון הצדדים, גם כאשר לא תמיד עשו כן. בכך נוצר פער בין מה שהצהירו עליו בתי המשפט לבין מה שעשו הלכה למעשה.

היה שניתן משקל גדול מדי לתכלית הגשמת רצון הצדדים לחוזה, על חשבון תכלית הוודאות המשפטית והיציבות המסחרית. גם בבית המשפט העליון היו שמחו על הפגיעה הקשה, על פי הטענה, בוודאות המשפטית החוזית.⁷² ביקורת על פסק הדין הושמעה גם באקדמיה.⁷³ על רקע זה קראו המבקרים להגדיל בחזרה את המשקל הניתן לערכי הוודאות והיציבות החוזיים. בכך הם ביקשו להגביר את עצמת הלשון החוזית המגבילה את התוצאות הפרשניות האפשריות, זאת כדי למנוע מהצדדים לחוזה לנסות ולפתוח בדיעבד התחייבויות חוזיות שניתנו, ולצמצם את היכולת של בית המשפט לתת לחוזה מובן שהצדדים כלל לא כיוונו אליו, נוכח שיקול הדעת המוגבר שקיבל בהליך הפרשני.

למרות גלי הביקורת הסוערים נראה לי כי יש היום הסכמה שתורת שני השלבים אכן אינה יכולה להוות עוד דרך פרשנות ראויה בדיני החוזים. אם אחת התכליות הבסיסיות של פרשנות החוזה היא הבנת כוונת הצדדים לחוזה, מניעת הבאת ראיות על אודות ההקשר החוזי, בטענה שהחוזה "ברור", עלולה לסכל אותה. כפי שצינו דניאל פרידמן ונילי כהן, גם בישראל שולט הכלל הבסיסי שלפיו "אם פירוש מילולי אובייקטיבי מצביע על משמעות אחת, אך מסתבר ששני הצדדים התכוונו למשמעות שונה, יש להכיר בתוקפה המחייב של המשמעות השונה שעליה הסכימו הצדדים".⁷⁴ וכיצד ניתן לממש כלל זה ללא אפשרות להביא ראיות גם בהינתן נוסח חוזי ברור לכאורה? אכן, גם פרידמן מכיר בכך שמרכיב זה בעניין **אפרופים** הוא נכון. הוא מסכים שאין סיבה להבחין בין החוזה לבין הנסיבות. גם לשיטתו על הפרשנות להביא בחשבון את מכלול הנתונים והשיקולים הרלוונטיים, "ולא ניתן לקטוע אותם באופן מלאכותי באמצעות שלב אחד".⁷⁵ גם המשנה לנשיא חשין ציין כי הוא מסכים לעיקריה של הלכת **אפרופים**, להבדיל מהרוח שהחלה מנשבת ממנה.⁷⁶ על רקע זה נראה שצודקים ליפשיץ ופינקלשטיין בציינם כי גם מי שמצטיירים כמבקרים החריפים של עניין **אפרופים**, אינם כופרים בהלכה עצמה, אלא באופן יישומה.⁷⁷ משמעות הדברים היא כי מהבחנה המעשית, להבדיל מהבחנה העיונית, אי אפשר לומר **מראש** כי חוזה הוא

72 ביטוי מובהק להתנגדות זו ניתן למצוא בפסיקתו של השופט דנציגר. ראו למשל ע"א 8836/07 **בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן**, פס' 24 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.2.2010) (להלן: **עניין בלמורל**). עוד ראו את גישתו של המשנה לנשיא חשין בעניין **מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 70; וכן את זו של השופט גרוניס, כתוארו אז, שהצטרף שם לגישתו הדוקטרינרית של המשנה לנשיא חשין (אך חלק עליו בתוצאה).

73 ראו למשל אצל דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" **המשפט** ח 483 (2003), המגן על התזה שלפיה ישנם טקסטים משפטיים ברורים שאינם טעונים פרשנות; גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" **ספר מישאל חשין** 645 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009); סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" **מאזני משפט** ו 21, 35 (התשס"ז).

74 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 236.

75 שם, בעמ' 245.

76 עניין **מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 70, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

77 ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 58. אינני משוכנע כי הערה זו חלה על השופט דנציגר, אף שהוא מסכים לביטול תורת שני השלבים.

“ברור”, שכן ברגע שנדחית תורת שני השלבים אין מניעה מראש להצגת ראיות היכולות להוביל לפרשנות של חוזה הסוטה מלשונו.⁷⁸ העובדה כי תורת שני השלבים נזנחה אפילו במשפט המקובל, המייחס חשיבות רבה לערך הוודאות החוזית, מראה כי אכן גוברת והולכת ההכרה שהיא אינה ראויה. משמעות הדברים העמוקה יותר היא כי גישת הפרשנות המילולית לחוזה, המעניקה משקל מכריע לערך הוודאות החוזית, אכן הולכת ודועכת, נוכח ההבנה כי תורת הפרשנות המילולית לחוזה, אינה מעניקה משקל נאות לתכלית הגשמת רצון הצדדים לחוזה בהליך פרשנותו. ואכן, במסגרת הוויכוח שהתעורר על אודות תקפותה של הלכת **אפרופים** בבית המשפט העליון, שופטים רבים שתמכו בהלכה, עשו זאת בשל המשקל הנכבד שהם מייחסים לתכלית הגשמת האוטונומיה של הרצון בפרשנות החוזית.⁷⁹ הלכת **אפרופים** זכתה לביקורת מכיוון נוסף, שגם עניינו במשקל הניתן לתכליות השונות אגב הפרשנות החוזית. על פי הטענה, בית המשפט עשה שימוש בשיקול הדעת הפרשני הרחב שקיבל לאחר הלכת **אפרופים**, כדי ליתן לחוזים מובן שכותביהם כלל לא כיוונו אליו. למרות הרטוריקה המייחסת חשיבות לתכלית של הגשמת רצונם הסובייקטיבי של הצדדים, הרי מעשית חיש מהר זנח אותה בית המשפט כדי ליתן משקל לתכליות אחרות, תכליות אובייקטיביות ובהן קידום הגינות וערכי יסוד ציבוריים. זו הייתה הביקורת על “רוח אפרופים”. כך, עיקר ביקורתו של פרידמן לא נגע בעצם ביטול תורת שני השלבים, אלא ביישומה של ההלכה באופן שלשיטתו לא ייחס לכוונת הצדדים את משקלה הראוי. פרידמן ציין כי התכלית האובייקטיבית נוצלה לכתיבה מחדש של החוזה באופן מלאכותי ושגוי. גם

78 פרופ' פרידמן מתנגד לאמירה העקרונית כי אין חוזים ברורים, שאינם טעונים פרשנות. ראו לעיל ה"ש 9. גם המשנה לנשיא חשין התקשה לקבל את הקביעה כי לשון החוזה לעולם אין היא “ברורה”. עניין **מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 70, פס' 19 לפסק דינו. עם זאת, ניתן לפתור את הוויכוח התאורטי בשאלה ההגדרתית מהי פרשנות. ראו לעיל ה"ש 13. עוד מעניין יהיה לציין את גישתו של סטיבן בורטון (BURTON) שהעיר כי בתחום החוזי יש להבחין הבחן היטב בין הדיון הפילוסופי הכללי לדיון המעשי. בעולם המעשה החוזה איננו ברור רק אם קיים צד שטוען כי הוא איננו ברור, והדברים אינם נבחנים באופן מופשט. ברוב המקרים הצדדים לחוזה מבינים אותו היטב. ומי שטוען כי אין הוא ברור צריך להציג משמעות סבירה חלופית של ההסכם, שאחרת טענתו תידחה. ראו BURTON, לעיל ה"ש 47, בעמ' 106, 139.

79 כך, המשנה לנשיא ריבלין ציין כי ההליך הפרשני אינו אלא ניסיון להתחקות אחר אומד דעת הצדדים, וסגירת דלתו של בית המשפט לראיות חיצוניות וצמצום נקודת מבטו לחוזה הכתוב בלבד עלולה להוביל אותו להבנה מוטעית של ההתקשרות. עניין **מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 70, פס' 11 לפסק דינו. המשנה לנשיא חשין ציין אף הוא כי עיקר העיקרים בפרשנות החוזה הוא אומד דעתם של הצדדים לו. ולכן בדרכו לגילוי הכוונה אל לו לפרשן לצמצם עצמו ללשון הכתובה בלבד. על הפרשן ליתן דעתו ללשון ולנסיבות גם יחד. שם, פס' 15 לפסק דינו, אך על הלשון לזכות בכורה על פני הנסיבות. שם, פס' 16 לפסק דינו. השופט ג'ובראן ציין כי “השיקול העיקרי שצריך לעמוד ביסוד פעולתם של דיני החוזים הוא קידום האוטונומיה של הצדדים המתקשרים בחוזה. כדי להתחקות אחר כוונתם ולקדם את תועלתם, על בית המשפט להתחשב בכל מקור רלוונטי, לא רק בלשון שנקטו הצדדים, אלא גם באלו נסיבות נערך החוזה”. שם. ואילו השופטת פרוקצ'יה ציינה כי זוהרה של הלכת **אפרופים** לא כהה בשנים שחלפו מאז פסיקתה.

שלו ציינה כי "הנהירה אל עבר הנסיבות, גם כשלשון החוזה ברורה, ולעתים בהתחשבות מעטה וסמלית בלשון זו עד כדי התעלמות ממנה, מהווה פגיעה בחופש החוזים ובאוטונומיה של הרצון הפרטי".⁸⁰ איל זמיר ציין כי הסערה שנלוותה להלכת אפרופים, עניינה היה בתפיסת הקהילה המשפטית כי חל שינוי בחלוקת הכוח שבין הצדדים לחוזה לבין בית המשפט. התכלית האובייקטיבית גברה על רצון הצדדים לא רק בשל הקושי לחשוף את רצונם, אלא בגין רצון בית המשפט לאכוף ערכים של הוגנות, סבירות וצדק.⁸¹ זהו גם עיקר ביקורתו של עו"ד ישראל ציגנלאוב במאמר מקיף שפרסם בנושא.⁸² ציגנלאוב ציין כי המתודה הפרשנית שאימץ בית המשפט העליון מאפשרת לבתי המשפט לתת עדיפות מוחלטת לתכלית האובייקטיבית של החוזה, כפי שזו נתפסת בעיניהם, על חשבון התכלית הסובייקטיבית שלו, ולהתגבר על לשונו הברורה. בכך ניתנת לבתי המשפט האפשרות ליתן מובן לחוזה שנראה להם ראוי, גם אם הצדדים לא התכוונו ליתן לו מובן זה.⁸³ לפי הביקורת, הפרשנות התכליתית שעומדת בבסיס הגותו של ברק, הפכה מגישה החותרת להבין את כוונת הצדדים, לגישה השמה במרכז את שיקול דעת בית המשפט המגבש את התכלית החוזית הרצויה בעיניו במנותק מרצונם.⁸⁴ בכל אלה, על פי הטענה, יש כדי לערער את הוודאות החוזית החיונית לחיי כלכלה תקינים.

בית המשפט העליון ניסה להדוף את הביקורת. כך, בעניין **מגדלי הירקות** התייחסה השופטת (כתוארה אז) נאור לטענות כי המתודה הפרשנית שאימץ בית המשפט פוגעת בוודאות וביציבות החוזית. היא פסקה כי "טענות אלו מועלות לעתים גם באולמות המשפטים. הייתי מציעה למבקרים לחזור ולקרוא, לראות מה נאמר ומה לא נאמר".⁸⁵ אלא שהעיקר לא במה שנאמר אלא במה שנעשה. בעניין **אפרופים** בחרה דעת הרוב של בית המשפט להוסיף תניה לחוזה המאפשרת למדינה לקבל פיצוי בגין איחור במסירת בתים המיועדים לשיכון עולים חדשים, אף על פי שהמדינה, שניסחה את החוזים, לא דאגה להבטיח מפורשות אופציית פיצוי שכזו. בעניין **מגדלי הירקות** בחר בית המשפט להותיר על כנה פרשנות הסכם כמקנה פיצוי לחקלאים מהמדינה רק אם נגרם להם נזק בפועל, אף שלפי לשון החוזה לא כתוב היה כי הפיצוי הוא מותנה, ומנסיבות כריתת החוזה עלה בבירור כי הוא לא היה כזה. בית המשפט הגיע למסקנות האמורות, השומרות אמנם על הקופה הציבורית, אך בדרך פרשנית ולא בדרך של התערבות חיצונית בתוכן החוזה. בנסיבות אלה אפשר להבין את הביקורת שהתעוררה על אבדן הוודאות החוזית. בצדק ציין איל זמיר כי השופטים שהגנו על הלכת **אפרופים** ייחסו לחוזה את המשמעות שנראתה להם

80 שלו, לעיל ה"ש 73, בעמ' 660.

81 זמיר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 15.

82 ישראל ציגנלאוב "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים" **הפרקליט** נ 261 (2008).

83 שם, בעמ' 297.

84 שם, בעמ' 305.

85 עניין **מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 70, פס' 1 לפסק דינה של השופטת נאור.

הוגנת וסבירה בהתחשב בהיגיון הכלכלי של ההסכם ובמכלול הנסיבות, ונתנו משקל זעום לראיות הסותרות על כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה.⁸⁶

התפתחותו של הדין בתחום פרשנות החוזים נעשתה לנוכח הביקורת העזה על הלכת אפרופים והתגובה לה. במסגרת זו אכן גדל משקלו של עקרון הוודאות והיציבות החוזית בהליך הפרשני. כך, המשנה לנשיא ריבלין ציין בעניין **מגדלי הירקות**, כי יש לכונן חזקה פרשנית ולפיה מובן החוזה הוא העולה מלשונו הרגילה, אך מדובר בחזקה הניתנת לסתירה.⁸⁷ מחד גיסא ניתן בכך משקל משמעותי ללשון החוזה אם היא ברורה על פניה, כדי לשמר את היציבות החוזית. מאידך גיסא, ניתן עדיין לסתור את לשון החוזה. בכך הוכרה החשיבות של תכלית הגשמת רצון החוזים בפרשנותו, ונשמר ביטולה של תורת שני השלבים בפרשנות החוזים. לאחרונה הובעה בבית המשפט העליון הדעה כי אין לקרוא את הלכת אפרופים ללא הסייגים והדגשים שהיא הוכפפה להם בפסיקתו המאוחרת יותר, שהעצימה את משקל מובן הלשון החוזית בהליך הפרשני.⁸⁸ באופן חריג למדי נדרשה הכנסת לוויכוח הפרשני מתוך מוטיבציה ברורה לאמץ גישה פרשנית לשונית. אך בסופו של הליך החקיקה אומץ נוסח,⁸⁹ שהוא כשלעצמו אינו ברור, ועורר את הוויכוח אם שונה המצב המשפטי הקיים בעקבות התיקון, אם לאו. כך, בעניין **המוסד לביטוח לאומי** הביע המשנה לנשיא ריבלין את עמדתו כי גם לאחר התיקון לחוק יש לפרש חוזים בהתאם לחזקה הניתנת לסתירה שהוצגה לעיל, ואילו השופט הנדל הביע הדעה כי בעקבות התיקון ירד קרנה של התכלית האובייקטיבית בפרשנות החוזה.⁹⁰ איל זמיר ציין בצדק רב כי תיקון החוק לא

- 86 זמיר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 19.
- 87 עניין **מגדלי הירקות**, לעיל ה"ש 70, פס' 11 לפסק דינו של השופט ריבלין. הוא הוסיף וציין כי עצמת החזקה תשתנה בהתאם לקטגוריות החוזים השונות העומדות על הפרק.
- 88 ראו את דברי המשנה לנשיאה ריבלין ברע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ בשם מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פס' 14–15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 26.2.2012) (להלן: עניין **המוסד לביטוח לאומי**), שציין כי מאז שניתן עניין **מגדלי הירקות** "אין לראות עוד את פסק הדין בעניין אפרופים כעומד בפני עצמו" הפסיקה שבאה בעקבות עניין **אפרופים** עיצבה את דרכי יישום ההלכה ו"קשרה את הקצוות שנתרו 'פרומים' בה.
- 89 ס' 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1972 (להלן: "החוק"). הסעיף כפי שהוא מנוסח היום קובע כי "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי הוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו". די בקיומה של הפנייה לאומד דעת ה"משתמע במפורש" כדי להצביע על בעיה ניסוחית המזמינה מחלוקות על אודות כוונת המחוקק.
- 90 ראו בעניין **המוסד לביטוח לאומי**, לעיל ה"ש 88, פס' 26 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, שאליו הצטרף השופט ג'ובראן. בכך צעד בית המשפט העליון באחד האפיקים שהציע גרינאוולט לאיזון בין התכליות המתנגשות הנלוות לפרשנות החוזית, ראו לעיל, הטקסט הנלווה לה"ש 54. השופט הנדל פסק שלאחר התיקון בחוק חל שינוי במעמדה של "התכלית האובייקטיבית" בפרשנות החוזה וזה פחת במידה משמעותית. ראו שם, פס' 4(ט) לפסק דינו. עוד ציין השופט הנדל, בדעת יחיד, כי לאחר תיקון החוק על בית המשפט לבחון אם לשון החוזה "מפורשת" על ידי בחינת מלוא הראיות המוגשות, הכוללות גם ראיות על אודות הנסיבות החיצוניות לכריתת החוזה. אם יגיע למסקנה כי מדובר בלשון מפורשת, יפרש על פי

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

פישט או הבהיר את כללי פירוש החוזה, לא הגביר את הוודאות המשפטית ולא הפך את הלכת אפרופים.⁹¹ עם זאת, ברור למדי שהמחוקק ביקש להגביר את משקל התכלית האובייקטיבית של קידום הוודאות החוזית, בפרשנותם של חוזים בישראל.

(2) הערכת תוצאות הוויכוח

עמדתי לעיל על שלושת האבות של התורה הפרשנית החוזית – הפרשנות המילולית, האובייקטיבית והסובייקטיבית.⁹² נוכח הרגיעה הזמנית בהמולת הקרב הפרשני במקומותינו, נשאלת השאלה היכן מצאה את עצמה שיטתנו המשפטית? מהי המתודה הפרשנית החוזית הנוהגת אצלנו והאם היא ראויה? ככל שמדובר בפרשנות החוזית המילולית, נראה לי שדחייתה היא סופית. לא ניתן לצפות ברצינות לתחייתה של תורת שני השלבים בפירוש חוזים. תיקון החוק בנושא זה לא רק שלא ביטל את תורת שני השלבים, אלא עיגן את ביטולה במפורש בחקיקה.⁹³ האם חלה אצלנו לפיכך תורה פרשנית חוזית סובייקטיבית או אובייקטיבית? התשובה מורכבת. ניתן היה ללכת בדרך שבה צעד בית הלורדים כבריטניה, ולהגביל את הראיות בדבר משמעות החוזה שניתן להגיש במסגרת הדיון בבית המשפט. ניתן היה לאמץ מודל פרשני אובייקטיבי טהור. בית המשפט העליון כמו גם המחוקק לא צעדו בדרך זו. אין מניעה להגיש ראיות על משמעות החוזה, ובכלל זה ניתן להגיש ראיות על כוונת הצדדים הסובייקטיבית ולא רק על גילוייה החיצוניים. בכך, לכאורה, נדחתה הגישה הפרשנית האובייקטיבית לטובת המתווה הסובייקטיבי. זוהי האמת, אך לא כל האמת. אין ספק בדבר קיומה של מגמה ברורה להעצים את משקל לשון החוזה בפרשנותו. כך גם עולה מהתיקון לחוק, שמדברי ההסבר לו ניתן להבין באופן מובהק כי הוא ביקש להעצים את משקל תכלית הוודאות המשפטית והיציבות בפרשנות החוזה.⁹⁴ נראה כי התגבש קונצנזוס רחב יחסית סביב פרקטיקה פרשנית ולפיה, במקרים שבהם לשון החוזה היא ברורה על פניה, קיימת חזקה שהיא משקפת את אומד דעת הצדדים, אלא אם כן יצליח מי מהם לסתור אותה. פרקטיקה פרשנית זו יש בה מן הגישה הפרשנית הסובייקטיבית, כמו גם מן הגישה האובייקטיבית. על רקע זה נשאלת השאלה אם ראוי היה לאמץ מודל פרשני פשוט יותר, מודל אובייקטיבי טהור, כמו זה הנוהג כבריטניה, המטיל מגבלות על הראיות שניתן להציג במסגרת סכסוך משפטי על אודות פרשנות החוזה?

הלשון, ואם לא – על פי הלשון והנסיבות. לשיטת המשנה לנשיאה ריבלין אין הבדל מהותי בתוצאות המעשיות של גישתו ושל גישת השופט הנדל. אף שהמשנה לנשיאה ריבלין הציג את המחלוקת בין גישתו לבין גישת השופט הנדל כרטורית, נראה שהתמונה מורכבת יותר. ראו הדיון אצל ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 138–139, ה"ש 308.

91 זמיר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 31.

92 ראו לעיל הדיון בפרק ג.1(א).

93 ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 135.

94 שם, בעמ' 136.

המענה לשאלה זו כרוך במענה לשאלה כמה הקשר נדרש להליך הפרשנות החזוי? ⁹⁵ התשובה יכול שתתנה מחברה לחברה וגם מחוזה לחוזה. לטעמי, חשוב להכניס לקלחת השיקולים גם את זווית הראייה הרב-תרבותית, וראוי שאחד השיקולים שיובאו בחשבון בעניין זה הוא מידת ההומוגניות התרבותית של החברה העומדת על הפרק. ככל שמדובר בחברה הומוגנית יותר מבחינה תרבותית, הגישה האובייקטיבית שנקט המשפט המקובל יכולה להיות מאומצת ביתר קלות. ככל שמדובר בחברה בעלת שונות תרבותית גבוהה, כך ראוי לאמץ את הפתרון העקרוני שאליו הגיע בית המשפט העליון בפסקי הדין שבאו לאחר עניין אפרופים, ושנראה כי עוגן בחקיקה. החלת אמות מידה אובייקטיביות נוקשות היא מסוכנת במציאות של שונות תרבותית גבוהה. שופטים וגורמים שלטוניים בולטים אינם תמיד שותפים למעגל החוויות של ציבורים שונים המרכיבים את החברה שבה הם חיים. ⁹⁶ מה שנראה להם ברור מאליו עלול להיות רחוק מכך בהקשר תרבותי נתון. ואכן, כאשר קיים בחברה פלורליזם תרבותי ניכר, יש לגשת בזהירות לפרשנות חוזים, ולהימנע מאמירות שלפיהן התכנים החוזיים ברורים על פניהם. התובנה של גדמר (Gadamer), שלפיה אין אנו באים להליך הפרשני כדף חלק, אלא כל אחד מאתנו מביא עמו את עולמו שלו, ⁹⁷ חשובה במיוחד במציאות הרב-תרבותית. היות שרמות השונות התרבותית בישראל מובהקות במיוחד, לא נראה לי כי הגישה של המשפט המקובל מתאימה לחול במקומותינו. החזקה הגמישה שגובשה בעניין מגדלי הירקות יוצרת איזון נאות בין התכליות השונות שעל הפרשנות החוזית לקדם בחברה רב-תרבותית כמו החברה הישראלית. יש בה מחד גיסא מקום של כבוד לשאיפה לגלות את הכוונה הסובייקטיבית של יוצרי החוזה, גם נוכח קיומם של חוזים "ברורים" לכאורה, ומאידך גיסא משקל ראוי לוודאות המסחרית, שכן לא בנקל יינתן לחוזים מובן הסותר את לשונם. בנוסף, גישה זו גמישה דיה כדי להעניק לחזקה הפרשנית עצמה תוכן המשתנה בהתאם לסוג החוזה העומד על הפרק. כך, למשל, עצמת החזקה צריכה להיות חזקה במיוחד בחוזים מסחריים, הנכרתים בין חברות ענק המשקיעות מאמצים רבים בניסוחם ושוקלות את הניסוח שלהם בזהירות רבה. היא צריכה להיות חזקה פחות בחוזים הנכרתים בין גורמים פרטיים שאינם כה מתוחכמים, ואינם משקיעים את אותם המאמצים בגיבוש החוזים ביניהם. במקרים אלו החשש לפער בין הכוונה האמתית של הצדדים ללשון החוזה עלול להיות חמור יותר, ויתרונותיה של שיטת הפרשנות הסובייקטיבית הופכים להיות מובהקים יותר. ⁹⁸

95 BURTON, לעיל ה"ש 47, בעמ' 117.

96 GREENAWALT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 87-88.

97 לדיון בכך, שם, בעמ' 151.

98 נראה כי קיימת הסכמה רחבה כי חוזים שונים מצריכים גישה שונה בנוגע לפרשנותם. המשנה לנשיא חשין ציין כי "אין צורך בדמיון מפליג" כדי להבין שלא הרי פירושו של חוזה מסחרי כהסכם ממון בין בני זוג, וגם בין החוזים המסחריים בינם לבין עצמם קיים שוני רב. קיים שוני בין הסכמים בין סוחרים בינם לבין עצמם על הקודים הנלווים להם, לבין הסכמים שבין סוחרים ללקוחות מן הציבור ועוד. ראו עניין מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 70, פס' 25 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. ואכן, נראה כי בחוזים שונים משקל התכלית לקדם את כוונת

האם החזקה הפרשנית ממצה את תורת הפרשנות החוזית הנוהגת במקומותינו לאחר הפסיקה והחקיקה שבאו בעקבות הלכת אפרופים? ליפשיץ ופינקלשטיין ציינו כי כיום אומצה בשיטת המשפט שלנו גישת "היוצר הלשוני" לפרשנות החוזית, שלפיה התכלית המרכזית שבאה הפרשנות לקדם היא הגשמת רצון יוצר הטקסט, ופרשנות זו מוגבלת בלשון הטקסט.⁹⁹ נראה לי שהצדק עמם בנוגע לחוזים הנראים על פניהם ברורים. אלא שעולמם של החוזים הוא מורכב יותר. כיצד עלינו לפרש חוזים שלשונם אינה ברורה, ואף אינה נחזית להיות ברורה? כיצד עלינו לפרש חוזים שהוראות שונות בהם סותרות זו את זו ומובילות למסקנות יישומיות סותרות? או חוזים שהצדדים כללו בהם הוראות עמומות מלכתחילה, כגון דרישה לנהוג בהגינות או באופן סביר? או חוזים ארוכי טווח שמלכתחילה כוחם לצפות את המחלוקות העתידיות בין הצדדים הוא מוגבל? כאן היכולת לפרש את החוזה לפי אומדן הדעת הסובייקטיבי היא קשה ומוגבלת מאוד. אכן, לחזקה הפרשנית שלפיה יש לתת ללשון החוזה הברורה את המשקל הראוי, יש מלכתחילה תחולה מוגבלת. היא מוגבלת למקרים שבהם לשון החוזה ברורה לכאורה, אך מקרים רבים המגיעים לבתי המשפט אינם כאלה. כיצד על הפרשן לנהוג נוכח חוזים אלה? הנה כי כן, גם היום, לאחר תיקון החקיקה, היקף שיקול הדעת הפרשני השיפוטי הוא רחב. על רקע זה גם לאחר תיקון החוק רלוונטית התכלית האובייקטיבית לפרשנות חוזים. ניתן להביא בחשבון לצורכי פירוש החוזה את הפרקטיקה הקודמת של הצדדים; התנהלות סבירה של צדדים מסוג זה; ההגיון הכלכלי של ההסכם; ערכי הגינות וערכים ציבוריים ועוד. אולם, האם השימוש בכל אלה הוא ראוי? שוב ניצבת לפנינו השאלה אילו תכליות ראוי לה לפרשנות החוזית לקדם, ומה המשקל של תכליות אלה אם הן מתנגשות זו בזו. לשאלה זו אדרש בחלקה האחרון של הרשימה.¹⁰⁰ לפני כן אבקש להראות כיצד הדיון שנערך כאן מקרין על החסר בהגותו הפרשנית של רוז.

2. אי-התמודדותו של רוז עם המשקל הראוי של התכליות הפרשניות בעיסוקו בפרשנות חוקים

הצדדים לחוזה קטן. כאשר מדובר בחוזים כמו חוזים אחידים או חוזים צרכניים, שבהם הצד הצרכני של החוזה אינו משקיע מחשבה רבה, אם בכלל, בכניסתו לחוזה, הרי שתכלית זו מאבדת מזוהרה אף שמדובר בפרשנות חוזית. כפי שהסביר סיני דויטש, במקומות שבהם קיימים פערי כוחות בין הצדדים גדל משקל הערך של הבטחת ההגינות וסבירות ההתקשרות בפרשנות החוזית. דויטש, לעיל ה"ש 73, בעמ' 37-38.

99 ראו את הצגת הגישה אצל ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 91, וראו שם גם את ה"ש 143 שבה מצוין כי השופט יוכל לחרוג מהמובן הלשוני רק על בסיס בחינה אמפירית, שבה הצדדים יידרשו להביא ראיות כדי לשכנע מה הייתה הבנתם הממשית. הכותבים מוצאים ביטוי לכך גם בגישתו של המשנה לנשיאה ריבלין לאחר תיקון החוק, בעניין המוסד לביטוח הלאומי, לעיל ה"ש 88, פס' 30 לפסק דינו.

100 ראו להלן הדיון בפרק ד.

הוויכוח על פרשנות החוזים במקומותינו מדגים את חשיבות האיתור המדויק של התכליות שבאה לקדם הפרשנות המשפטית, ולא פחות חשוב מכך, את ההכרעה בדבר המשקל הראוי שיש לתת לתכליות אלה אם הן מתנגשות אגב ההליך הפרשני. רז לא עסק באופן ממש בגיבוש תאוריה פרשנית של חוזים, אך התמודד עם שאלת הדרך הנאותה שבה יש לפרש חוקים. עיקר תרומתו מצוי בשלב הראשון של גיבוש התורה הפרשנית, קרי בשלב איתור התכליות והערכים שבאה פרשנות זו להגשים. כזכור, הוא הדגיש את חשיבותה של תכלית מימוש רצון המחוקק בפרשנות חוקים. "תזת הכוונה האוטוריטיבית"¹⁰¹ שגיבש מורה לנו כי פרשנות הדין, שהיא תוצר של פעילות מכוונת, צריכה לשקף את כוונת יוצרו. שיקוף זה מקנה לה לגיטימציה. בכתבתו התייחס רז לתכליות חשובות נוספות, שבאה לקדם הפרשנות המשפטית, ואין לראות את הגותו הפרשנית כמקדמת תכלית סובייקטיבית גרידא. כך, מציין רז, שחשובה למשפט ההמשכיות (continuity). חוקים ותקדימים משפטיים ממשיכים להיות מחייבים הרבה אחרי שיוצריהם איבדו את כוחם ליצור דין. חיי החוק אינם מוגבלים וכפופים לחיי יוצרי החוק.¹⁰² בכך מקודמים ערכים חברתיים חשובים, ובהם יציבות.¹⁰³ רז מציין כי ערך היציבות יכול להסביר מדוע נשמר כוחם המחייב של חוקים ותיקים, שחלפו שנים רבות מאוד מאז נחקקו.¹⁰⁴ עוד מוסיף רז ומציין כי הבנת המשפט כנשען על סמכותיות מובילה להכרה כי הוא קשור קשר ישיר לערכים של צדק. אין שיטה משפטית שלא מנסה להציג את החלת סמכותה כמוצדקת. מכאן חשיבותה של ההגינות (equity) לעולם המשפטי, המקרינה על תפקודם המעשי של בתי המשפט ועל תפקידם לקדמה. עליהם לדאוג ליישומם של הכללים של הדין מתוך שאיפה להגיע לתוצאות צודקות,¹⁰⁵ ולכל אלה יכול להיות ביטוי גם בעבודתם הפרשנית. רז מוסיף ומציין שיש חשיבות לחדשנות משפטית ולשינוי, הנעשים עדיין בתוך מסגרת משפטית יציבה ונמשכת. פרשנות משפטית חדשנית היא אחד הכלים המאפשרים השגת יעד קשה זה.¹⁰⁶ הוא עומד על כמה גורמים שהופכים פרשנות חדשנית זו לרצויה, ובהם הצורך להתאים את הדין לצורכי החברה כשהדין הקיים פגום; הצורך ליצור אינטגרציה בין נורמות משפטיות שונות לכדי גוף קוהרנטי; הצורך הבלתי־נמנע לפתור קונפליקטים, הצורך להתמודד עם חוסר בהירות; והצורך ליצור אינטגרציה בין דין למוסר.¹⁰⁷

הניתוח של רז את מגוון התכליות הללו, שבאה הפרשנות המשפטית לקדם, הוא מאלף, ומדגים את חשיבות הרמה הראשונה של כל תאוריה בדבר הפרשנות המשפטית – שלב איתור התכליות הפרשניות. אך רז הזניח למעשה את הרמה השנייה שכל תאוריה פרשנית חייבת לכלול – שלב מתן המשקל לתכליות הפרשניות, והכרעה בדבר האיזון הראוי כאשר

101 ראו לעיל הדיון בטקסט הנלווה לה"ש 36.

102 RAZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 233.

103 שם, בעמ' 235.

104 שם, בעמ' 294–297.

105 שם, בעמ' 236.

106 שם, בעמ' 317.

107 שם, בעמ' 318.

הן מתנגשות אגב ההליך הפרשני. לכן רז לא מתמודד עם שורה של שאלות יסוד הנוגעות לשימותו של הניתוח שלו. הניחו כי לפנינו חוק חדש, שקשה לחלץ את הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק שעמדה מאחורי חקיקתו. כיצד מציע רז לפרשו? מה הדין כאשר כוונתם הסובייקטיבית של המחוקקים מתנגשת עם ערכי צדק, או עם ערכי היסוד של השיטה המשפטית, ובהם מחויבות לזכויות אדם? האם יש לפרש את החוק כך שתינתן הבכורה לתכלית האובייקטיבית ולא לתכלית הסובייקטיבית? מה מקומה של התכלית הקונסטרקטיבית, בפרשנות החקיקה, שעליה עמד דוורקין?¹⁰⁸ מה הדין כאשר היא מתנגשת עם כוונת המחוקק הסובייקטיבית? מדובר במישור של שאלות שאינן משני או טפל לגיבושו של מודל פרשני משפטי ראוי. למעשה, הלקח שמלמד אותנו הוויכוח על אודות פרשנות החוזים מראה כי שלב מתן המשקל הוא השלב החשוב והמרכזי בגיבושה של תאוריה פרשנית. ניתוח ממצה שלו אצל רז נמצא חסר ביותר. על רקע זה מתחזרת עצמת המודל הפרשני של ברק, הכולל התייחסות מעמיקה ומפורטת למכלול דילמות זה ולדילמות רבות נוספות.

ניתן יהיה להדגים את החסר בהגותו של רז אם נבחן את התמודדותו עם דילמת הפער בין כוונת יוצר הטקסט המשפטי לבין לשון הטקסט בפרשנות החקיקה. כאשר אין מחלוקת על השאלה למה התכוונו מחברי הטקסט המשפטי, לא מתעורר הצורך לפרש אותו בערכאות המוסמכות. אך מה כאשר מתעוררת מחלוקת? רז מציין כי דרך המלך לגלות למה אדם התכוון היא לראות מה הוא אמר. בדרך כלל אדם מתכוון למה שהוא אומר.¹⁰⁹ אכן, כך ברוב המקרים, אך לא בכלם. הוויכוח על פרשנות החוזים מבסס היטב את התובנה כי השפה האנושית מהווה אמצעי מוגבל למדי להבעת רצונות באופן מדויק. כיצד יש לפרש חוק נוכח הטענה כי קיים פער בין לשונו לבין כוונתם של יוצריו? רז אכן עמד על הדילמה אך פתר אותה על בסיס הנחת יסוד שלמעשה מאיינת אותה. רז מסביר כי חקיקה היא תוצר של עשייה מוסדית, הכוללת שלבי פעילות סדורים, ולכן הסיכון לטעות סופר או לפער בין הכוונה לביטוי היא זניח, ופרקטית הוא נעלם.¹¹⁰ כך נוצר כלל ברור המאחד את מה שהמחוקק רצה להגיד סובייקטיבית עם מה שהמחוקק אמר בפועל. מסקנתו של רז היא כי מבחינה פרקטית אין מקום לבחון אם המחוקק התכוון למשהו שונה או אחר מזה שביטא בלשון החוק. לכן, מסביר רז, תזת הכוונה האוטוריטיבית, המייחסת חשיבות רבה לכוונת המחוקק, אינה מסייעת במענה לשאלה כיצד יש לפרש, שכן ברור שהמחוקק התכוון למה שאמר בפועל, וכלשונו:

“The Authoritative Intention Thesis is crucial for the legitimation of legislation. An enactment which is not interpreted as it was meant or intended to be cannot rest on the authority of the legislature (at least it

108 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 27.

109 RAZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 287.

110 ש.ם.

cannot rest on that authority alone). But the Authoritative Intention Thesis is no use as an aid to or method of interpretation".¹¹¹

הנה כי כן, לשיטתו של רו, תכלית פרשנית של מימוש רצון המחוקק לחוד ומתודת פרשנות לחוד. רו מתעקש כי התזה שלו אינה משליכה על האופן שבו יש לפרש. הוא מסביר כי בעניין זה קובעות הפרקטיקות הפרשניות הנוהגות בקהילה נתונה. על רקע זה, "Intention legitimates, but conventions interpret".¹¹²

האומנם זהו ניתוח ראוי? לא נראה לי כי ניתן לטאטא את הדילמה מתחת לשיטה כפי שעשה זאת רו. למעשה, הוא הפחית מחשיבות הניתוח שלו עצמו ומשמעותו של ניתוח זה. אחד הלקחים החשובים העולים מהוויכוח על הפרשנות החוזית הוא שמתן המשקל הראוי לתכליות הפרשניות משליך באופן ישיר על השאלה **כיצד** מפרשים. כך, למשל, בתחום פרשנות החוזים הגיעה שיטת המשפט שלנו לכינונה של חזקה שלפיה יש לתת לטקסט החוזי את מובנו הלשוני, כאשר לשון החוזה ברורה לכאורה. זוהי חזקה הדומה בתוכנה ל"תזת הכוונה האוטוריטיטיבית" של רו, אך בהבדל מרכזי בולט – בתחום החוזים היא ניתנת לסתירה. אם יוצגו ראיות מספקות, ניתן יהיה לתת לחוזה מובן הסותר את לשונו,¹¹³ וזאת דווקא נוכח המשקל הנכבד שיש לתכלית מימוש רצון הצדדים לחוזה בפרשנותו. מדוע שחזקה זהה לא תחול בתחום פרשנות החקיקה? אם התכלית המרכזית של הפרשנות היא לחשוף את כוונת יוצר הטקסט המשפטי, מדוע שזו לא תגבר על הביטוי הלשוני שלו בהינתן ראיות מהימנות גם כשמדובר בחקיקה? במצב הדברים הנוהג היום במדינות המשפט המקובל ובישראל, יכולים בתי המשפט לתקן טעות בולטת בטקסט חקוק, כדי להגשים את כוונת המחוקק.¹¹⁴ אך מה הדין כאשר אין מדובר בטעות בולטת בניסוח, אך עדיין קיימות ראיות כי כוונת המחוקק הייתה לתת לחוק מובן שונה מהמשמעות המקובלת של לשונו? רו מפנה לפרקטיקה פרשנית מאחדת בין כוונת יוצר הטקסט למלל שחוקק, אך מדוע היא בהכרח ראויה? קיומה של פרקטיקה פרשנית אינו מחסן מפני הצורך לבחון את טיבה. פרשנות משפטית יכולה להיות טובה וגרועה. לכן ניתן להעריך את טיבה של הפרקטיקה הפרשנית באופן אובייקטיבי.¹¹⁵ רו עצמו שותף למאפיין יסודי זה של הפרשנות המשפטית. כך, למשל, הלכת **אפרופים** באה לשנות מהפרקטיקה הפרשנית שנהגה עשרות שנים לפניו. יש הטוענים כי השינוי היה לחיוב ויש הטוענים כי היה

111 שם, בעמ' 288.

112 שם, בעמ' 298. רו אינו מסביר לאילו מוסכמות פרשניות הוא מתכוון, אך ברור למדי שכוונתו למוסכמות המקובלות על הקהילה המשפטית הנתונה. הוא אף נוקט ביטוי זה ("legal culture"). יצוין כי ברק מתייחס בהסכמה לקשר שקושר רו בין הגשמת רצון יוצר הטקסט לבין לגיטימיות הליך הפרשנות. הוא מצייץ כי תמיד קיים חשש שהשופט יסיג גבולו של יוצר הטקסט. לכן ניתן לראות בכללי הפרשנות ככללי לגיטימציה. הם מסייעים בשמירת אמון הציבור בשופטיו. ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 80.

113 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 87.

114 ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 120.

115 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 20.

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

לשלילה, אך איש לא הכריע את הוויכוח בטענה כי קיימת פרקטיקה כזו או אחרת. פרקטיקות ניתנות לשינוי. ודאי שפרקטיקה אינה יכולה לפטור את רז מלהתמודד עם המשקל הראוי שיש לתת לכוונת יוצר הטקסט בפרשנותו. ניתן להצדיק את המסקנה שאליה הגיע שלפיה אין כוונת המחוקק יכולה להתגבר על לשון החקיקה, נוכח המסקנה כי התכליות הנוספות הנלוות לפרשנות החקיקה, מתגברות על הצורך להגשים את רצונו הסובייקטיבי של המחוקק. אך יש להתייחס באופן מפורש לתכליות אלה, למשקלן העודף בהשוואה לתכלית הסובייקטיבית, ולאופן שבו הן מתגברות על תזת הכוונה האוטוריטיבית.¹¹⁶

החובה להידרש למשקל הראוי שיש לתת לתכליות הפרשניות המתנגשות, המוטלת על כל מי שמבקש לעסוק בתאוריה פרשנית משפטית, מתחדדת דווקא נוכח העובדה כי אנו עוסקים בפרשנות טקסטים משפטיים. המשפט הוא כלי שבא לשרת יעדים פרקטיים. לכן גם הפרשנות המשפטית צריכה להשיג יעדים פרקטיים. אין מדובר בפרשנות עיונית או אמנותית. הפרשנות המשפטית נדרשת לתת מענה לנמעני המשפט, הזקוקים למתודה פרשנית שניתן לעבוד עמה, כדי להסדיר חילוקי דעות מעשיים. לכן על הפרשנות המשפטית להוביל לתוצאות מספקות במבחן התוצאה, הניתנות גם ליישום פרקטי בעלויות סבירות והיתכנות למימוש.¹¹⁷ על רקע זה, יש לקוות כי לקחיו של הוויכוח על הפרשנות החוזית הראויה, והתובנות העולות ממנו על האופן שבו יש לגבש מתודת פרשנות כללית, ידרבנו את רז להמשיך ולפתח את כתיבתו הפרשנית בתחום פרשנות החקיקה ובכלל. עוד יש לקוות כי אלה יובילו אותו להבהיר לא רק את התכליות שבאה לקדם הפרשנות המשפטית של חוקים, אלא גם את מתודיקת האיזון הראויה בין התכליות השונות כאשר אלה מתנגשות זו בזו, ואת השלכתן על פרקטיקת הפרשנות הראויה.

ד. התייחסות תורת פרשנות אחת האחידה לכלל הטקסטים המשפטיים? התחשבות בתכלית האובייקטיבית של ערכי היסוד של השיטה בפרשנות חוזים

116 רז בעצמו עמד על כך. הוא ציין כי תזת הכוונה האוטוריטיבית אינה יכולה לכסות וליתן מענה לכל הדילמות הפרשניות. RAZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 298, אך אין בכך כדי לתת מענה לביקורת שלפיה היא אינה נותנת מענה לדילמות המרכזיות הרלוונטיות לכל גיבוש תורה פרשנית – איתור התכליות שבאה הפרשנות המשפטית לקדם, ומתן המשקל הראוי להן במקרים שבהם הן מתנגשות זו בזו. למקרה שבו אכן התעוררה הדילמה הלכה למעשה, ראו את פסק דינו של השופט בקר בת"פ (שלום ת"א) 6784-12-12 מדינת ישראל נ' אלעקל (פורסם בנבו, 22.10.2013), שם ציין השופט כי גם אם יש ראיות על כוונת המחוקק, לשון החוק גוברת.

117 GREENAWALT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 14.

לאור ריבוי התכליות שבאה להשיג הפרשנות המשפטית, ולאור מורכבות האיזון ביניהן, עולה השאלה אם ניתן לפתח תורה פרשנית אחידה לפירושה של הטקסטים המשפטיים כולם. בשאלה זו אבקש לעסוק בפרק ד'. תנאי הכרחי לגיבושה של תאוריה כזו הוא איתורן של אותן תכליות יסוד, שהרי אם פרשנותם המשפטית של טקסטים שונים מקדמת תכליות שונות, לא ניתן יהיה לכוונן תורה פרשנית אחידה שכזו. וגם אם נאמר כי פרשנותם של כל הטקסטים הפרשניים מקדמת את אותן תכליות יסוד, האם משקלן יהיה זהה בפרשנותן של כל טקסט וטקסט? האם אכן ניתן לכוונן תאוריה פרשנית כוללת שבה רב המאחד, למשל, בין פרשנות חוזים לפרשנות חוקים על המפריד ביניהן?

עמדתי על הוויכוח הנוקב שהתחולל סביב גישתו הפרשנית של ברק לפרשנות חוזים.¹¹⁸ ויכוח זה אין לנהל רק בד' האמות של דיני החוזים, שכן בכך יוחמץ עומק המהלך הפרשני שהוביל ברק בפסיקתו ובכתיבתו האקדמית. אין לראות את התוצאה שאליה שאף להגיע, ושאליה הגיע הלכה למעשה, כנוגעת לפרשנות חוזים כשהיא עומדת לבדה. מפעלו הפרשני של ברק הוא מעמיק ושפתני בהרבה. מודל הפרשנות התכליתית ששכלל, ומרכיב התכלית האובייקטיבית שבמסגרתו, הם "מבנה שלם, הרמוני ומפואר, תורה שלמה, סדורה וערוכה".¹¹⁹ הם יוצרים מתודה פרשנית עוצרת נשימה, המתאימה לפירוש הטקסטים המשפטיים כולם, החל בחוקה עבור בחוק, בחקיקת משנה, דרך חוזה וכלה בצוואה. אחד היעדים של מתודה פרשנית זו הוא להגשים ולקדם את ערכי היסוד של השיטה, ובהם קידום ערכי הדמוקרטיה, האינטרס הציבורי וזכויות האדם. יעד זה מוגשם באמצעות מרכיב התכלית האובייקטיבית החל בפרשנות הטקסטים המשפטיים כולם. מרכיב זה יוצר את האינטגרציה בין הנורמות המשפטיות שאליהן התייחס רז,¹²⁰ אך לא רק בין הנורמות הציבוריות בינן לבין עצמן, אלא בין מכלול הנורמות המשפטיות – פרטיות וציבוריות כאחד. לפיכך אין זה מפתיע כי תוצר מתבקש של מתודה פרשנית זו הוביל למתן מובן לחוזים שעמדו על הפרק בעניין אפרופים ובעניין מגדלי הירקות, העולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי, שבהבטחת שימוש נאות בכספי הציבור. כשם שהעוסקים במלאכת הפרשנות של טקסטים ציבוריים צריכים ללמוד מפרשנותם של טקסטים פרטיים, כך העוסקים במלאכת פרשנות של טקסטים פרטיים, הדנים בהלכת אפרופים, צריכים לקחת בחשבון את התכליות שבאה לקדם פרשנותם של טקסטים ציבוריים. רק אז ניתן יהיה לרדת לעומק המתודה הפרשנית של ברק, ולבחון אם אכן ראוי לאמץ אמת מידה אינטגרטיבית לפרשנות הטקסטים המשפטיים כולם, ואם להחזיר אמות מידה ציבוריות גם בהליך פרשנותם של טקסטים פרטיים.

118 ראו לעיל הדיון בפרק ג.1(ב)(1).

119 גבריאלה שלו "פרשנות החוזה – תורת ברק (על 'פרשנות החוזה' מאת אהרן ברק)" המשפט ח 676, 675 (2003).

120 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 107.

1. גישת ברק – פרשנות חוזה כחלק ממכלול פרשני אינטגרטיבי הבא להגשים את ערכי היסוד של השיטה

מפעלו הפרשני של ברק כרוך באתגר כביר – לגבש תורה פרשנית אחידה וישימה המתאימה לטקסטים המשפטיים כולם. הוא מודע לו היטב. כבר בפתחה של ההקדמה לספרו על אודות הפרשנות התכליתית מציין ברק כי מדובר בשיטת פרשנות אחידה שכזו. בכך נוצרת אחידות בגישה הפרשנית. מדובר בגישה הוליסטית – המפרש טקסט אחד מפרש את הטקסטים כולם. קיים קשר בלתי-פוסק בין טקסט בודד לבין מכלול הטקסטים בשיטת המשפט.¹²¹ ברק מודה כי מעטים מבקשים לגבש תאוריה פרשנית כללית, שתחול על כל הטקסטים המשפטיים כולם. הפרשנות התכליתית מבית מדרשו מנסה להשיג מטרה זו, לאור קיומם של מרכיבים המשותפים לפרשנות כל הטקסטים המשפטיים.¹²² מדוע מנסה ברק לגבש תאוריה כזו? הרי לכאורה, כל אחד מספריו על פרשנות החוקה, החוק, החוזה והצוואה¹²³ נושא את עצמו, מכיל עולם מרהיב של שיקולים ותכליות פרשניות ודן באיזון המורכב שביניהן. מדוע חשוב לברק למקם את כל אלה בתוך מבנה-על פרשני? התשובה היא שבבסיס גישתו עומדת תאוריה חוקתית כוללת.¹²⁴ תאוריה זו משקפת מחויבות לערכי היסוד של הדמוקרטיה והכרה בצורך לקדם ולהגן עליהם. זהו רצון להגן על ערכים חוקתיים ולקדם אותם, בכל שדותיו של המשפט. אחת הדרכים לעשות זאת היא באמצעות התכלית הפרשנית האובייקטיבית החלה בפרשנות כל הטקסטים המשפטיים כולם.¹²⁵

ברק מסביר כי טקסט משפטי הוא טקסט נורמטיבי. גם טקסט פרטי כגון חוזה, הוא חלק ממסגרת נורמטיבית כללית, שממנה הוא שואב את כוחו, וממנה הוא צריך לשאוב גם את מובנו. יש לשאוף לגיבוש תכליתו האובייקטיבית של חוזה כך שישתלב בדיון הכללי. יש לשאוף להשגתה של הרמוניה בין הטקסטים המשפטיים.¹²⁶ לאור העובדה כי למשפט כמכשיר חברתי יש תכלית, הרי שגם לכל טקסט אינדיווידואלי יש תכלית במסגרת השיטה.¹²⁷ גם לחוזה יש אופי חברתי כי הצדדים לו מערבים את המדינה. הם מבקשים לשתף את בתי המשפט באכיפת ההסכם או במתן פיצוי בגין הפרתו, ומכאן הקשר שנוצר עם ערכי היסוד של השיטה ועם עקרונותיה. ערכי היסוד של השיטה אינם מוגבלים למשפט הציבורי בלבד. הם חלים (בתחולה עקיפה) גם במערכת היחסים שבין הפרטים בינם לבין עצמם. אחד מאמצעי התחולה הוא התכלית האובייקטיבית, המסייעת לפרשנותם של

121 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 27.

122 שם, בעמ' 138.

123 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה (1993); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית (1994); ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 45; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך חמישי – פרשנות הצוואה (2001).

124 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 289–290.

125 שם, בעמ' 291–292.

126 שם, בעמ' 207.

127 שם, בעמ' 278.

הטקסטים שהם יוצרים. קמה חזקה פרשנית ולפיה תכליתם האובייקטיבית של הטקסטים המשפטיים היא להגשים את ערכי היסוד של השיטה.¹²⁸ עם ערכים אלה יש למנות ערכים אתיים (צדק, מוסר, הגינות, תום לב, זכויות אדם); מטרות חברתיות (קיום המדינה, אופייה הדמוקרטי, הגשמת ציפיות סבירות, זכויות אדם, הגשמת אינטרס הציבור) ודרכי התנהגות (סבירות, הגינות, תום לב).¹²⁹ כיוון שמדובר בחזקה משפטית, אין צורך להוכיחה. הנטל מוטל על מי שהחזקה פועלת לרעתו, לנסות ולסתור אותה.¹³⁰

לפי גישה זו אין לומר כי ערכי היסוד של השיטה חלים רק בפרשנות חוקה ובפרשנות חוק. הם מחלחלים גם לכל פרשנות של צוואה ושל חוזה. יש לפרש גם טקסטים אלה מתוך שאיפה להשיג הרמוניה נורמטיבית ולשלבם בדין הכללי של החברה הדמוקרטית.¹³¹ כשם שהשופט הוא שותף למפעל החקיקה באמצעות פרשנותו, כך הוא שותף למפעל היצירה של הצדדים הפרטיים באמצעות פרשנותו. תפקידו לפרש, וזוהי הפונקציה שהוא ממלא במסגרת "הפרדת הרשויות" שבין הרשות השופטת לפרטים. הפרט הוא "המחוקק". החוזה הוא "החוק" שהצדדים יצרו להסדרת היחסים ביניהם. השופט אינו שלוחם של הצדדים. גם בפרשנותם של טקסטים מהמשפט הפרטי עליו לדאוג לכך שהטקסט יפורש ויקבל מובן התואם את תפיסות היסוד של החברה והמשפט.¹³²

במודל הפרשני של ברק קיימת אינטגרציה בין התכלית האובייקטיבית לסובייקטיבית בפרשנות כל הטקסטים המשפטיים, ציבוריים ופרטיים כאחד. כוונת היוצר של הטקסט, כוונת היוצר הסביר וערכי היסוד של השיטה חלים תמיד, בו־זמנית ובלא חלוקה בין שלבים שונים בהליך הפרשני.¹³³ הפרשנות התכליתית מבוססת על אחדות כוללת. המהלך הפרשני הוא מעגלי. לא חשובה נקודת המוצא; ניתן לפתוח בתכלית האובייקטיבית ולעבור לסובייקטיבית או להפך, אך חשוב שהפרשן יביא בחשבון את מכלול התכליות האובייקטיביות והסובייקטיביות.¹³⁴ עם זאת, אין מדובר בפרשנות זהה לכל הטקסטים המשפטיים. השיטה הפרשנית של ברק מכירה בייחודיות של כל אחד מהם. זאת, משום שבסוגי טקסטים שונים יינתן משקל שונה לתכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית. אכן, כפי שראינו, בניגוד להגות הפרשנית של רז, בהגות הפרשנית של ברק ניתן משקל רב למרכיב המשקל של התכליות הפרשניות וליחס ביניהן. כך, בפרשנות חוקה מכריעה התכלית האובייקטיבית, ואילו בפרשנות חוזה מכריעה התכלית הסובייקטיבית.¹³⁵ עם זאת, שתיהן

128 שם, בעמ' 211–212.

129 שם, בעמ' 213. להכללת הגשמת אינטרס הציבור במטרות החברתיות ראו שם, בעמ' 224.

130 שם, בעמ' 225.

131 שם, בעמ' 312.

132 שם, בעמ' 307.

133 שם, בעמ' 132.

134 שם, בעמ' 136–137.

135 שם, בעמ' 138. בהמשך מציין ברק כי ראוי יותר לאמץ טרמינולוגיה של חזקה כי תכליתו הסופית של הטקסט היא סובייקטיבית. הניתוח בעניין זה על ידי ברק אינו אחיד. כך, הוא מציין כי אין מקום לגבש כלל שלפיו בנסיבות מתאימות, למשל בפירוש חוזה או צוואה, ידה

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

חלות מיד¹³⁶ ותמיד. גם בהינתן משקל שונה לתכליות, הן רלוונטיות לכל הטקסטים המשפטיים. לכן ניתן לומר כי תורה פרשנית זו היא אחידה לפרשנות כל הטקסטים המשפטיים. בפרשנות כל טקסט משפטי קיימות פעולות גומלין מתמידות בין כוונת היוצר (התכלית הסובייקטיבית) לבין כוונת היוצר הסביר וכוונת השיטה (התכלית האובייקטיבית). קיימת חזקה כי תכלית הטקסט נקבעת על פי כוונת היוצר הסביר וכוונת השיטה.¹³⁷ בכל הנוגע לכוונת השיטה, חזקה כללית היפה לפרשנות כל הטקסטים המשפטיים היא כי ההוראות שבמסמך (גם אלה שבחזוזה) באות להבטיח שוויון, הגינות ותוצאות צודקות.¹³⁸ בכך מושגות סינתזה ואינטגרציה בפרשנותם של הטקסטים המשפטיים כולם.¹³⁹ בכך מוגשמת התאוריה החוקתית העומדת בבסיס המודל הפרשני של ברק.

על רקע זה, אלה המבקשים לבקר את מתודת הפרשנות שהובילה לתוצאה שהגיע אליה הנשיא ברק בעניין **אפרופים** ובעניין **מגדלי הירקות**, חייבים להתמודד עם הבסיס הפרשני שהוביל לתוצאה זו. אין אפשרות לבקר את המתודה הפרשנית מזווית הראייה החוזית כשהיא עומדת לבדה. חייבים להביא בחשבון את היעדים הכוללים שלה, החוצים את שדותיו של המשפט לאורכם ולרוחבם. חייבים להתייחס לתאוריה החוקתית שלו, השואפת להשגת יעדים חוקתיים וציבוריים, גם באמצעות פרשנות של טקסטים משפטיים פרטיים.

2. מבט נוסף על התכלית האובייקטיבית במודל הפרשני של ברק – בידוד מרכיב קידום ערכי היסוד של השיטה ובהם ערכים חוקתיים וזכויות האדם

הפרשנות החוזית מהווה אתגר לכל מי שמבקש לשלבה במודל אחד המתייחס גם לפרשנות טקסטים ציבוריים, שהרי משקל תכלית קידום הרצון הסובייקטיבי של יוצרי הטקסט כבד בהרבה מזה שיש ליוצרי החוק בפרשנות החקיקה. ברק מתמודד עם אתגר זה כאשר הוא מייחס לתכלית האובייקטיבית חשיבות לא רק בפרשנות החוק והחוקה, אלא גם בפרשנות החוזה. הוא ציין כי שיטות פרשניות הנשענות באופן בלעדי על התכלית הסובייקטיבית אינן פרקטיות, שכן הן אינן נותנות מענה למצב שבו כוונת היוצר נותרת בערפל.¹⁴⁰ כך, למשל, במקרים רבים שעה שבא בית המשפט לפרש את החוזה, אכן לא יוצגו לפניו נתונים שניתן

של התכלית הסובייקטיבית על העליונה, והתכלית נקבעת על פיה. מדובר בקביעה קשיחה מדי. עדיף לכוון **חזקה** הניתנת לסתירה שלפיה יד התכלית הסובייקטיבית על העליונה. שם, בעמ' 193. אך קודם לכן הוא מציין, כי במצבים מסוימים, כגון בצוואה רגילה או בחוזה, משקלה של החזקה הוא כה כבד עד כי יש לראות בה **כלל**. שם, בעמ' 192. דרך אחת ליישב את הסתירה היא שבישראל החזקה הופכת לכלל נוסח הוראות ס' 25 לחוק. שם, בעמ' 238, ועוד ראו שם, בעמ' 192, ה"ש 115, אך במדינות דמוקרטיות אחרות, שאינן כוללות הוראת חוק סותרת, ראוי שמדובר יהיה בחזקה.

136 שם, בעמ' 159.

137 שם, בעמ' 157.

138 שם, בעמ' 196.

139 שם, בעמ' 234.

140 שם, בעמ' 321–322.

יהיה לבסס עליהם ברצינות ממצא לגבי כוונת הצדדים שגיבשו אותו. על רקע זה, שיטה פרשנית משפטית שלא נותנת מענה למקבץ שלם של בעיות פרשניות מעשיות, אינה שיטה ראויה. מכאן חשיבות הצורך לכלול גם תכליות אובייקטיביות בהליך הפרשני של חוזים. על רקע זה עולה השאלה אילו תכליות ספציפיות נכללות במסגרת התכלית האובייקטיבית? עיון בתכניה של התכלית האובייקטיבית במודל של ברק מעלה כי אין היא עשויה מקשה אחת. היא כוללת כמה מרכיבים שהדבק שמאחדם אינו מובהק. ראינו כי תכלית סובייקטיבית היא מימוש רצונם הממשי של יוצרי הטקסט המשפטי. לשיטתו של ברק, כל התכליות האחרות נופלות לעולם התכליות האובייקטיביות. מהלך עיוני זה אינו מובן מאליו. גרינאוולט, שעה שהתייחס למודל הפרשני של ברק, רמז כי ההבחנה בין מרכיבי התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית במודל זה אינה כה חדה, כפי שהיא נראית לעין במבט ראשון.¹⁴¹ לעניות דעתי, הצדק עמו. הבה נתבונן שוב במרכיבים של התכלית האובייקטיבית. לטעמי קיים הבדל ברור למדי בין הכוונה ההיפותטית של הצדדים לחוזה, הכוונה של יוצרי החוזה הסבירים והתכלית הכלכלית של החוזה שבו מדובר, לבין קידום ערכי היסוד של השיטה. שלושת המרכיבים הראשונים יכולים לשמש כלי עזר טובים לגיבוש אומד דעת הצדדים לחוזה. כאשר אין לבית המשפט נתונים על הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה או כאשר החוזה עמום וניתן לפירוש בכמה אופנים, ומתעוררת מחלוקת פרשנית לגבי המובן שיש לתת לו, הרי שניסיון לעמוד על רצונם המשוער של הצדדים, על האופן שבו היה ניגש לנושא מתקשר סביר, יכולים לסייע כולם במתן מענה לשאלה מה הייתה כוונתם. הוא הדין בנוגע לתכלית שחוזים מהסוג שכרתו באים לקדם. אם קיימת מחלוקת לגבי אומד דעת הצדדים, ללא שניתן להכריע בה על בסיס ראיות חזקות דיין, הגשמת מטרת החוזה יכולה להוות אינדיקציה ברורה לאומד דעתם. זאת, משום שהצדדים בחרו לצאת למפעל משותף באמצעות החוזה שכרתו, ומטרתו היא השגת יעד כלכלי נתון או יעד אחר, בהתאם לחוזה העומד על הפרק. לכן יהיה הגיוני להניח שהתכוונו להגשים את מטרת מפעלם המשותף. השימוש במרכיבים אלה בהליך הפרשני עולה בקנה אחד עם הדומיננטיות של תכלית הגשמת רצון הצדדים בפרשנות החוזית. לאור העובדה כי מרכיבים אלה יכולים לכונן רצון חוזי סובייקטיבי משוחזר, הם יכולים להשתלב בכל מתודה פרשנית שמייחסת משקל רב למימוש כוונתו הסובייקטיבית של יוצר הטקסט. לעומת זאת, תכלית אובייקטיבית הבאה לתת מובן לחוזה באופן שיקדם את ערכי היסוד של השיטה אינה משתלבת באותה הקלות במודל פרשני השם דגש על מימוש הרצון של יוצרי החוזה. המתודה הפרשנית הנוהגת בפירוש חוזים במשפט המקובל מתייחסת לתכליות שכאלה בחשד,¹⁴² ותקפות השימוש שבהן שנויה מאוד במחלוקת.¹⁴³ ליפשיץ

141 GREENAWALT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 330, 333.

142 ראו את הניתוח של בורטון שלפיו יעדים של הגינות, שוויון וצדק חשובים הרבה פחות להשגה בפרשנות החוזים. מדובר בשיקולים חשובים לבדיקת השאלה אם מדובר בחוזה תקף (נוכח טענות על עושה, וסתירה לתקנת הציבור) אך שאלת תקפות החוזה מתבררת לפני שבית המשפט בוחן את פרשנותו. BURTON, לעיל ה"ש 47, בעמ' 8.

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

ופינקלשטיין ראו במרכיב זה כמי שמשקף את תפקידו של הפרשן כיוצר, להבדיל מזה שבא לממש את כוונת יוצרי הטקסט. בכך "החווה משמש כלי להחדרת ערכים חברתיים אל תוך יחסי הצדדים המתקשרים בחוזים ולכפיית ערכים אלו על הצדדים גם כאשר הערכים הללו אינם מקובלים על כלל הצדדים לחוזה".¹⁴⁴ אלא שגם מרכיב זה אינו עשוי מקשה אחת. לטעמי, יש להפריד במסגרתו בין קידום ערך ההגינות שבין הצדדים לחוזה (תום הלב) לבין ערכים חוקתיים, ובהם קידום ערכי הדמוקרטיה וזכויות האדם. בכל הנוגע לערך ההגינות שבין הפרטים, ניתן לבסס טיעון שלפיו גם מרכיב זה יכול להוות אמת מידה לשחזור אומד דעתם ההיפותטי של צדדים פרטיים, כאשר אין די ראיות על מובנו הסובייקטיבי. כך, ליפשיץ ופינקלשטיין מצביעים על קיומם של מחקרים אמפיריים שלפיהם במקרים רבים הצדדים חולקים למעשה ערכים קהילתיים של יושר, הגינות והתחשבות הדדית.¹⁴⁵ איל זמיר, ברוח כתיבתו של פולר (Fuller), הצביע על קיומו של פער בין ציפיות הצדדים לציפיות עורכי דינם. הציפייה המשותפת של הצדדים לחוזה היא שהם יפגינו זה לזה יחס של התחשבות והגינות, ולא יעמדו על דקדוקי נוסחים שכללו באי-כוחם בדיעתם או שלא בדיעתם, בחוזה שגובש ביניהם.¹⁴⁶ לעומת זאת, בכל הנוגע לקידום ערכי היסוד החוקתיים של השיטה וזכויות האדם, קשה לדבר על התאמתם לשמש בסיס לגיבוש רצון היפותטי שכוה. שלו ציינה כי בגין השימוש בתכלית זו, אנו מתרחקים מאוד מכוונתם האמתית של הצדדים, ובלשונה: "על ידי יחס רצון (פיקטיבי) לצדדים להגשים ולקדם ערכי יסוד חוקתיים אנו מתערבים בתוכן החוזה ומכתיבים לצדדים ערכים ומטרות שכלל לא עלו בדעתם, ויתכן מאוד שאילו היו הוגים אותם היו משיבים בשלילה על אפשרות הכללתם בתוך החוזה שלהם".¹⁴⁷ אמירה זו יפה במיוחד בחברות רבת-תרבותיות, שפועלות בהן קהילות שאינן ליברליות ושערכי היסוד החוקתיים של השיטה אינם מנחים אותן בפעילותן הפרטית.

השוני בין התכלית הפרשנית האובייקטיבית של קידום הגינות בין צדדים פרטיים לבין הגינות חוקתית אינו מתמצה כאן. הניחו כי בשני המקרים מדובר בייחוס רצון פיקטיבי לצדדים, והמטרה היא החדרת ערכים אובייקטיביים למערכות היחסים הפרטיות בדרך של פרשנות. בלי לדון בשאלה אם פעולה שכזו היא ראויה,¹⁴⁸ עדיין מדובר בשתי רמות שונות של הגינות מבחינת עצמתן. ההגינות החוקתית הציבורית היא בעלת עצמה גבוהה במיוחד. היא משקפת את היותן של רשויות הציבור נאמן של הציבור. היא עולה ללא ספק על זו

143 כך, גרינאוולט מציין כי שימוש באמות המידה של תקנת הציבור כבאמת מידה פרשנית הוא שנוי במחלוקת. ראו GREENAWALT, לעיל ה"ש 4, בעמ' 274. אך ראו את Restatement (second) of Contracts § 207 (1981) המצייין כי במסגרת פרשנות החוזה יש להעדיף פירוש המשרת את האינטרס הציבורי.

144 ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 101.

145 שם, בעמ' 105.

146 זמיר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 41.

147 שלו, לעיל ה"ש 41, בעמ' 409.

148 ראו התייחסות אליה להלן בפרק ד.3(ב).

שחלה על גורמים פרטיים ביחסים בינם לבין עצמם.¹⁴⁹ ברוח האמירה הידועה של הנשיא ברק, האחת משקפת אמת מידה של "אדם לאדם – מלאך", והשנייה "אדם לאדם – אדם".¹⁵⁰ על רקע זה תכלית אובייקטיבית הכוללת רמת הגינות ציבורית מובילה להתנגשות גבוהה הרבה יותר בינה לבין חופש החוזים ומימוש ערך האוטונומיה של הרצון הפרטי. בכל זאת, מדובר במרכיב חשוב ומרכזי במודל הפרשני של ברק. יותר מכך, לטעמי הוא מרכיב הכרחי לניסיונו ליצור תאוריה פרשנית אחידה לכל הטקסטים המשפטיים. מרכיב זה משמש כדבק המדביק את הטקסטים המשפטיים הפרטיים והציבוריים. אין חולק שהוא מקבל דומיננטיות רבה בפרשנות החוקה והחוק, שהורתם במשפט הציבורי ואת תכליותיו הם באים להגשים. אולם אם נוותר עליו בפרשנות החוזה, קשה יהיה להגיד שקיימת קוהרנטיות בין האופן שבו אנו מפרשים חוק לבין האופן שבו אנו מפרשים חוזה. התאוריה הפרשנית התכליתית, כתאוריה פרשנית אחידה לכלל הטקסטים המשפטיים, תאבד מתקפותה הכללית. בנוסף, מרכיב זה משקף את הבסיס החוקתי למפעל הפרשני של ברק, שלפיו אחד מיעדיה של שיטת המשפט הדמוקרטית הוא לקדם את הערכים הדמוקרטיים בכל הטקסטים המשפטיים, ציבוריים ופרטיים כאחד. אם נוותר עליו נאבד מכשיר משפטי רב-עצמה המקדם ערכים אלה במשפט הפרטי, ונאבד כלי ליצירת אינטגרציה בין הנורמות הציבוריות לבין הנורמות הפרטיות. על רקע זה אבקש לחזור לשאלה אם אפשר לכוון תורה פרשנית אחידה וכללית. אמקד את הדיון במרכיב של התכלית האובייקטיבית. האם אכן ניתן להצדיק שימוש במרכיב קידום ערכי היסוד של השיטה, ובכללו זכויות האדם, כדי ליצור תורה פרשנית כוללת לכל הטקסטים המשפטיים? האם הבסיס החוקתי העומד בבסיסו הוא איתן ומתאים לכל החברות הדמוקרטיות?

3. מבט ביקורתי על גישתו הפרשנית של ברק – החלה על כל הטקסטים המשפטיים

המשימה שאליה יצא ברק, לגבש תאוריה פרשנית המסדירה את פרשנותם של הטקסטים המשפטיים כולם, נראית כמשימה בלתי-אפשרית. את הניסיון המרשים שלו לעמוד באגר זה ניתן לתקוף בשתי רמות דיון שונות. הראשונה מנסה לערער את עצם המהלך מבסיסו. לפי התקפה זו, שאראה מיד כי יש לה הדים בכתיבתו של רו, מדובר במסע חסר תוחלת, משום שלא ניתן לעמוד ביעד זה כעניין שבעיקרון. השנייה היא צנועה יותר. היא מכירה בגאונות המודל הפרשני של ברק, המצליח לעמוד במשימה שעל פניה נראית בלתי-

149 ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ב 631 (2010), שם מציינת המחברת כי חובת ההגינות קשורה גם בתפיסה שלפיה הרשות היא נאמן הציבור. עוד ראו בג"ץ 164/97 **קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ**, פ"ד נב(1) 289, 317–318 (1998). שם עמד השופט זמיר על כך כי חובת ההגינות המוטלת על הרשות המנהלית מחמירה יותר מחובת תום הלב המוטלת על גורם פרטי.

150 ראו רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, 279 (1999). שתי אמות מידה אלה מובחנות מהסטנדרט של "אדם לאדם – זאב".

אפשרית. אלא שעל פי הטענה שאנסה לקדם, אין מדובר במודל פרשני המתאים להחלה בכל החברות הדמוקרטיות, ובייחוד לא בחברות רב־תרבותיות כמו החברה הישראלית. הוא מתאים להחלה בחברות שקיים בהן קונצנזוס על אודות ערכי היסוד החוקתיים שלהן (כמו בחברה הגרמנית למשל) אך לא בחברות רב־תרבותיות מסוימות, שבהן ערכי היסוד הציבוריים של השיטה עצמם שנויים במחלוקת; שפועלות בהן תרבויות בולטות לא ליברליות, שערכי היסוד של השיטה אינם מנחים אותן בפעילותם. בחברות אלה מרכיב התכלית האובייקטיבית של קידום ערכי היסוד החוקתיים של השיטה, המתאים והחשוב כל כך בפרשנות החוקים והחוקה, אינו מתאים לפרשנות החוזים. זהו המקרה של ישראל. כאן יש להחיל את הערכים החוקתיים "מבחוץ" באמצעות הגבלת הרצון החופשי של הצדדים במקרים המתאימים, ולא "מבפנים" באמצעות פרשנות הטקסטים שהם עצמם יצרו, ומתן מובן שהם כלל לא התכוונו אליו. מהלך שכזה יהיה בגדר פיקציה לא ראויה, והפרשנות התכליתית תאבד את אחת ממעלותיה – כנותה האינטלקטואלית.

(א) קו ביקורת ראשון – לא ניתן לפתח מודל כוללני שכזה

קו הביקורת הראשון חותר, כאמור, תחת עצם היתכנותה של תורה פרשנית משפטית הישימה על כל הטקסטים המשפטיים כולם. ניתן להציג את הביקורת האמורה בכמה אופנים. הראשון מתמקד בבסיס העיוני הנדרש לגיבושה של תורה שכזו. הד לכך ניתן למצוא בכתיבתו של רוז שהצהיר כי "There cannot be a general theory of legal interpretation"¹⁵¹. מדוע בעצם לא? רוז השתית מסקנה זו על הקשר המורכב הקיים בין המשפט לבין המוסר. לשיטתו לא יכולה להיות תורת מוסר המסוגלת להיות מבוטאת במונחים ספציפיים, ללא שאלה עצמם יהיו תלויים בשיפוט מוסרי שישתנה מחברה לחברה, ממקרה למקרה ומזמן לזמן. קשת האפשרויות שתורה שכזו תצטרך להתייחס אליה היא רחבה מדי ואינה ניתנת לגיבוש ממצה מראש, באופן המכסה את כל האפשרויות הרלוונטיות. אכן, ביקורתו של רוז הייתה כללית וחורגת מתחום הפרשנות. היא יצאה נגד ניסיונות לפתח מודלים מוסריים יישומיים (operational) כוללים מבית מדרשם של רולס, קאנט והתועלתנים, אך לטיעון זה יש תקפות גם בנוגע לשאלה הפרשנית שאנו עוסקים בה כאן. זאת, משום שכפי שהסביר ברק, בבסיס כל תורה פרשנית מקיפה עומדת, או צריכה לעמוד לכל הפחות, תאוריה חוקתית.¹⁵² ככל שהשיטה הפרשנית שאפתנית יותר, ושואפת לכלול את הטקסטים המשפטיים כולם, כך גם התאוריה החוקתית העומדת בבסיסה היא שאפתנית יותר, עמוקה יותר, ויהיה עליה לתת תשובה לקשת בלתי־אפשרית כמעט של מצבים. רוז טוען כי ניסיון שכזה הוא עקר במידה רבה. עוד הוא מציין כי תאוריה חוקתית שכזו היא תמיד יפה לשעתה ולמקומה. לא הרי הליברליזם של המאות השבע־עשרה

151 RAZ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 118–119.

152 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 124.

והשמונה-עשרה, כהרי האתגרים הניצבים בפנינו היום.¹⁵³ השינוי באתגרים מוביל לשינוי בחוקתיות, והשינוי בחוקתיות יוביל לשינוי בבסיס הראוי למודל הפרשני. על רקע זה ניסיון לעצב מראש את דרכי המסע הוא מיותר. יש לנוע ולהכריע בבעיות במועד שבו הן מתעוררות.

לדעתי, ביקורת כזו אינה מערערת את יסודותיו של המודל הפרשני של ברק. ראשית, גם ברק אינו מציין כי המודל שלו תקף בכל החברות ובכל שיטות המשטר. הוא מייחד אותו למשטרים הדמוקרטיים.¹⁵⁴ שנית, גם במשטר דמוקרטי חוקתי, גדולתו של המודל היא בגמישותו. חלק מהתכליות שבאה לקדם הפרשנות המשפטית במודל זה כוללות מחויבות ליישום ערכי מסגרת, שתוכנן הפרטני יכול להשתנות מעניין לעניין ומתקופה לתקופה. כך, מרכיב התכלית האובייקטיבית כולל את ערכי היסוד של השיטה ואת המחויבות לקידום. מדובר במונח שגם ברק מניח כי ישתנה עם הזמן. כמו רז, גם ברק מוכן להניח כי ערכי היסוד של שיטת הליברליזם הקלאסי שהתמודדו עם אתגרים אנושיים בני למעלה ממאתיים וחמישים שנה עברו שינוי, והאתגרים של היום שונים מאלה של אז. אלא שגם אלה וגם אלה מעצבים את ערכי היסוד של השיטה. יהיה אשר יהיה תוכנם בזמן נתון, ניתן יהיה לקדם במסגרת התכלית האובייקטיבית, ולאזן בינם לבין התכליות האחרות בכל מקרה ומקרה. הנה כי כן, לפנינו מודל פרשני שמחד גיסא הוא גמיש אך מאידך גיסא הוא ישים, במובן שהוא מצייד את הפרשן בכלים פרטניים דיים, כדי לבצע את מלאכתו הפרשנית.

סוג אחר של ביקורת, שבא להראות כי אין אפשרות לכונן תורה פרשנית אחידה והוליסטית היפה לכל הטקסטים המשפטיים, מתמקד בשתי הרמות שעל כל תורה פרשנית לכלול – רמת איתור התכליות שהיא באה לקדם ורמת מתן המשקל לתכליות אלה תוך הכרעה ביניהן אם הן מתנגשות. הבה נתמקד ברמה הראשונה – התכליות שבאה לקדם פרשנותו של הטקסט המשפטי. ניתן לטעון כי כשם שהטקסטים המשפטיים אינם עשויים מקשה אחת, כך גם התכליות שפרשנותם באה לקדם שונות אלה מאלה. ואם הן שונות אלה מאלה, לא ניתן לדבר על תורה פרשנית אחת אחידה. לכן הגישה הרווחת עוינת למדי את הרעיון שלפיו ניתן לכונן תורת על פרשנית. כך, הלורד שטיין (Steyn) ציין כי קיימים הבדלים ברורים בין הליך פרשנות של חוזים פרטיים לבין חוקים ציבוריים.¹⁵⁵ גם המשנה לנשיא חשין עמד למשל על השוני בין פרשנות חוזה לבין פרשנות חוק.¹⁵⁶ עמדת המשפט האנגלי דוחה גישה פרשנית אחת לטקסטים המשפטיים השונים.¹⁵⁷ גם חכמי תורת המשפט

Joseph Raz, *Multiculturalism: A Liberal Perspective*, in ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: 153
ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS 170, 171 (1994).

154 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 47-48.

155 עניין *Mannai Investments*, לעיל ה"ש 57, בעמ' 770.

156 עניין *מגדלי הירקות*, לעיל ה"ש 70, פס' 34-35 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. את הדיון בנושא זה סיכם המשנה לנשיא חשין בכך שהכלים שבית המשפט עושה בהם שימוש בפירוש חוק חדרו והתערבבו עם כלי הפרשנות החוזית.

157 ראו הניתוח של McMEEL, לעיל ה"ש 56, בעמ' 20. מקמיל מנגיד את הגישה האנגלית לגישתו של ברק, שאותה הוא מכנה בשם "גישה שאפתנית".

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

מצמידים תכליות שונות לפרשנותם של טקסטים משפטיים שונים. ראינו כיצד דוורקין ניסה לאפיין את הפרשנות המשפטית כפרשנות קונסטרוקטיבית, שאינה מייחסת חשיבות לתכלית הגשמת רצונם הסובייקטיבי של המחוקקים. התמקדותו בפרשנות החקיקה והחוקה התעלמה מפרשנותם של טקסטים משפטיים פרטיים שאוחזים במאפיינים אחרים, ושמקדמים דווקא את תכלית מימוש רצונם הסובייקטיבי של יוצרי הטקסט.¹⁵⁸ לכן די ברור שדוורקין סבור שאין לפרש חוק באופן שבו יש לפרש חוזה, ואין מקום לדון בתורה פרשנית אחת לשניהם. רו, לעומת זאת, המייחס חשיבות רבה לכוונת המחוקק הסובייקטיבית בפרשנות החקיקה, מתייחס באופן שונה לפרשנות חוקה. לשיטתו, כוחן המחייב של החוקות, ולכל הפחות של החוקות הוותיקות, אינו נובע מכוונת מחבריהן.¹⁵⁹ זאת, בניגוד למצב הדברים בפרשנות חוקים. במידה רבה כוחה המחייב של החוקה נובע מהחוקה עצמה ומתקפות ההכרעות המוסריות שהיא מבצעת.¹⁶⁰ מכאן נובע כי רו מייחס תכליות אחרות לפרשנות חוקה ולפרשנות חוק, ולכן לא נראה כי קיימת תורת פרשנות אחת היפה לכל הטקסטים המשפטיים.

אלא שגם בכל אלה אין כדי לערער את הבסיס של המודל הפרשני של ברק, שהוא עשיר תכליות. ברק מצייין כי כל הטקסטים המשפטיים כולם באים להגשים את תכלית מימוש רצון יוצר הטקסט (התכלית הסובייקטיבית), וכך תכליות אובייקטיביות, כמימוש רצון היוצר הסביר, וערכי היסוד של השיטה המשפטית. כמו רו ובניגוד לדוורקין, הוא סבור שיש לבחון את כוונת המחוקק הסובייקטיבית בפירוש חוקים. בניגוד לרו ובניגוד לדוורקין, הוא סבור שיש לבחון את כוונת כותבי החוקה בפרשנותה, וזאת לצד התכליות האובייקטיביות שדוורקין ורו תומכים בהן. גם בדיני החוזים יש לקדם תכליות אובייקטיביות וסובייקטיביות. מכאן שריבוי התכליות שבאה לקדם הפרשנות המשפטית אינו מערער את יסודותיו של המודל הפרשני של ברק. הוא כולל את כולן.

מה באשר למשקל שיש לתת לתכליות אלה כאשר הן מתנגשות? גם ברק מסכים כי אין לפרש חוזה כשם שמפרשים חוק. לכל טקסט משפטי איזון משלו בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית. בכל הנוגע לטקסטים משפטיים ציבוריים יד התכלית האובייקטיבית צריכה להיות על העליונה, ובכל הנוגע לטקסטים משפטיים פרטיים

158 ראו לעיל הדיון בפרק ג.1, הטקסט הנלווה לה"ש 18.

159 Raz, לעיל ה"ש 1, בעמ' 348.

160 מועיל יהיה להיזכר בעניין זה בפרשנות המושגית (conceptual) שאליה התייחס דוורקין. פרשנות זו חלה לשיטתו של דוורקין בפרשנותן של נורמות מוסריות. ראו לעיל הדיון בפרק ג.1. בטקסט הנלווה לה"ש 19. לדעתי, פרשנות זו, על התכליות הנלוות לה, חלה לא רק בפרשנות הנורמות המוסריות, אלא גם בפרשנות הנורמות החוקתיות-משפטיות. נראה שהפרשנות החוקתית דומה במהותה לפרשנות המושגית. עם מושגים אלה נמנים מונחים שדוורקין קרא להם פרשניים (interpretive), והם בעיקרם מושגים פוליטיים ומוסריים, המקבלים את תוכנם על ידי האופן שבו החברה מיישמת אותם, על חילוקי הדעות הנלווים ליישום זה. ראו Dworkin, לעיל ה"ש 8, בעמ' 158. כך יש להתייחס, למשל, למחויבות החוקתית לכבוד האדם או לשוויון.

יד התכלית הסובייקטיבית צריכה להיות על העליונה. אך האיך שוני זה המשקף משקל שונה לתכליות הפרשניות והכרעה שונה אם הן מתנגשות, ממוטט את קיומה של תורה פרשנית אחידה? התשובה היא בשלילה. אכן, נראה כי המודל הפרשני של ברק השיג את הבלתי-אפשרי. הוא ציין כי על פי המודל שלו, הכוחות המאחדים חזקים מהכוחות המפצלים.¹⁶¹ זאת, משום שהפרשן תמיד צריך לבחון הן את התכליות האובייקטיביות והן את הסובייקטיביות בפרשנותו של כל טקסט משפטי. תכליות אלה קשורות ביניהן בקשרי גומלין הדוקים. כך, למשל, החיפוש אחר הרצון המשותף של הצדדים לחוזה לא בא במקום התכלית האובייקטיבית. זו חלה תמיד ומיד. היא מהווה את הרקע להבנת התכלית הסובייקטיבית.¹⁶² ברק מניח כי במרבית המקרים יוצר הטקסט הוא אדם או גוף הפועל באופן סביר, כך שהרצון הסובייקטיבי של היחיד תואם את הרצון האובייקטיבי של השיטה. קיימת חזקה שרצונו הסובייקטיבי של היחיד תואם את רצונו האובייקטיבי של השיטה, והוא מבקש להגשים אותה. מדובר בחזקה הניתנת לסתירה,¹⁶³ אך היא חלה תמיד ובנוגע לכל הטקסטים המשפטיים ובכללם הטקסטים הפרטיים. אם לטקסט כמה תכליות, אם שתי תכליות סובייקטיביות נוגדות זו את זו, יש לבחור באותה תכלית סובייקטיבית העולה בקנה אחד עם התכלית האובייקטיבית. לכן התכלית האובייקטיבית רלוונטית מאוד גם לפרשנות טקסטים משפטיים פרטיים ובהם חוזים.¹⁶⁴ מכאן שפרשנותם של הטקסטים המשפטיים כולם כרוכה בקידום של תכליות דומות, וגם אם המשקל שלהן ישתנה מטקסט לטקסט, עדיין על הפרשן לבחון את כולן כדי שיוכל לזקק את המובן הראוי של הטקסט שהוא מפרש.

עם זאת, במבט נוסף ולמרות הכול, משקלם של כוחות פרשניים מאחדים אלה נחלש שעה שבוחנים את הפרשנות החוזית. קיימת סתירה פנימית מסוימת במודל שברק מפתח ובניתוח שלו עצמו. טלו את הדיון בנוגע למרכיב התכלית האובייקטיבית בפרשנות החוזה. ברק מקנה לתכלית זו דרגות הפשטה שונות. הוא מסביר כי לפי גישתו, מן הראוי לנוע מרמת הפשטה נמוכה לעבר הגבוהה. תחילה יש לפנות לרצון המשווער של הצדדים, ורק כאשר השערה זו אינה מסייעת בפתרון הבעיה המשפטית, יש מקום לעבור לרמת הפשטה גבוהה יותר.¹⁶⁵ זאת, נוכח המשקל הניכר שיש לתת לערך האוטונומיה בפרשנות החוזים. כלומר, תחילה יש לבדוק אם ניתן לפתור הבעיה הפרשנית בפנייה לרצונם המשווער של הצדדים. רק אם פנייה זו לא תסייע, נפנה לבחון את אמת המידה של המתקשרים הסבירים ושל התכלית (הכלכלית) שתוזה מהסוג הנדון באה להגשים. ורק אם לא תימצא התשובה במישור זה נפנה לתכלית של קידום ערכי היסוד של השיטה. מדרג זה אכן משקף את חשיבותה של תכלית הגשמת רצון הצדדים לחוזה בפרשנותו. אך כאן מתחדדת הסתירה

161 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 357–358.

162 שם, בעמ' 378.

163 שם, בעמ' 161.

164 ראו לעיל הדיון בפרק ד.2(א)–(ב).

165 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 391.

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

הפנימית במודל. מחד גיסא מציין ברק כי יש להיזקק לתכלית קידום ערכי היסוד של השיטה רק אם לא ניתן לפתור את הבעיה באמצעות התכלית הסובייקטיבית, הרצון המשוער של הצדדים, רצונם של צדדים סבירים והתכלית הכלכלית של החוזה. מאידך גיסא הוא מציין כי התכלית האובייקטיבית חלה תמיד בפרשנות כל טקסט פרשני, ואין מוקדם ומאוחר בהליך הפרשני. כלומר ניתן לפתוח בתכלית האובייקטיבית ולסיים בסובייקטיבית או להפך, ובלבד שכל התכליות מובאות בחשבון המהלך הפרשני. שני מרכיבים אלה של התורה אינם מתיישבים זה עם זה. איזה טעם יש לפתוח את ההליך הפרשני החוזי בתכלית אובייקטיבית של קידום ערכי היסוד של השיטה, אם זו משמשת, לכאורה, רק מפלט אחרון ליישוב הדילמה הפרשנית, וגם זאת רק אם שאר המרכיבים אינם נותנים מענה לשאלה הפרשנית? קשה להעלות על הדעת דילמה פרשנית חוזית, שלא ניתן יהיה להכריע בה על בסיס הפרמטרים של הרצון הסובייקטיבי של הצדדים, של רצונם המשוער ושל תכליתו הכלכלית של החוזה, ללא היזקקות לערכי היסוד של השיטה. לכן ערכי יסוד אלה הפכו, לכאורה, לסרח עודף מיותר, שצריך לחול כבררת מחדל רק במיעוטם של המקרים. לעומת זאת, בכל הנוגע לפרשנות חקיקה או חוקה, מדובר לכל הפחות במרכיב מרכזי אם לא מכריע. נמצאנו למדים כי הפרשנות החוזית עצמה, לפי אחד הקווים הפרשניים של ברק, משקפת מתודת פרשנות שרב המבדיל על המאחד, בהשוואה לפרשנות החוק והחוקה. ניתן להתמודד עם סתירה פנימית זו בכמה דרכים. ראשית, אפשר לטעון כי מדובר בסתירה מדומה. כפי שראינו, על פי המודל הפרשני של ברק, התכלית האובייקטיבית חודרת באופן עקיף לתכלית הסובייקטיבית, ומשפיעה על קביעת רצון הצדדים לחוזה. זהו, למשל, מהלכה של החזקה שלפיה יוצר הטקסט התכוון להגשים את ערכי היסוד של השיטה, ועליו מוטל הנטל לסתור אותה. לא יסתור את החזקה, הרי שערכים אלה יישקלו בהליך הפרשני, ושוב בא לידי ביטוי אותו גורם מאחד המשקף היזקקות לתכליות אובייקטיביות בפרשנותם של כלל הטקסטים המשפטיים. שנית, אפשר לתקן את המודל ולבטל את אותה הייררכיה בין התכליות האובייקטיביות שעמד עליה ברק. אכן, כפי שציין איל זמיר, ההיררכיה האמורה משקפת את תורת השלבים¹⁶⁶ ולא את הפרשנות התכליתית. במקרה כזה ישוב לעמוד המודל הפרשני על כנו – אין בו מאוחר ומוקדם, ולתכלית האובייקטיבית יש בו חלק תמיד ובכל עת. בכך ניתן יהיה לממש את התאוריה החוקתית הבאה לקדם את ערכי היסוד והדמוקרטיה בין השאר באמצעים של פרשנות משפטית. אך האם ראוי לעשות כן?

(ב) קו ביקורת שני – מרכיב התכלית האובייקטיבית של קידום ערכי היסוד החוקתיים של השיטה לא מתאים לפרשנות חוזים בחברה רב-תרבותית מהסוג של החברה הישראלית

166 זמיר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 9.

קו הביקורת שהוצג בחלק הקודם בא לערער את היתכנותה של מתודה פרשנית הנוגעת בפרשנותם של הטקסטים המשפטיים כולם. הסברתי מדוע, לדעתי, אין בו כדי לערער את המודל הפרשני של ברק. הוא הצליח לכוון את אותו מודל פרשני, שהשגתו נחשבה בלתי-אפשרית.

קו הביקורת השני על מודל זה הוא צנוע יותר. הוא מכיר בהיתכנותו העיונית, אך מתמקד בתאוריה החוקתית העומדת בבסיסו. תאוריה זו מבקשת להחיל את ערכי היסוד החוקתיים ובהם את זכויות היסוד החוקתיות באמצעות הפרשנות בכל שדותיו של המשפט – על גורמים ממלכתיים, ציבוריים ופרטיים כאחד.¹⁶⁷ ברק מגביל את תחולתו של המודל לחברות הדמוקרטיות, אך החברות הדמוקרטיות אינן עשויות מקשה אחת. לכן אין זה ברור שהתאוריה החוקתית העומדת בבסיס המודל מתאימה לתחולה ככולן. האם אכן מודל זה ראוי שיחול בכל החברות הדמוקרטיות? לטעמי, המרכיב הנעדר בתורה החוקתית העומדת בבסיס המודל הפרשני הוא המאפיין הרב-תרבותי של חלק מהחברות הדמוקרטיות, ובמיוחד אלה שקיימת בהם שונות תרבותית גבוהה עד כדי שסע בין הקבוצות התרבותיות הפועלות בהן. המודל הפרשני של ברק מתאים לחברות דמוקרטיות שקיים בהן קונצנזוס חברתי רחב על אודות ערכי היסוד העומדים בבסיס החברה ובבסיס המשטר. חברות שבהן ישנה מחויבות חוצה קבוצות אתניות ולאומיות לערכי יסוד ליברליים ולזכויות האדם. אך ישנן חברות שלא אלה הם פני הדברים במסגרתן. אלה הן חברות שקיימות בהן מחלוקות רבות על עצם ערכי היסוד שאמורים להסדיר את התנהלותן. חברות שהמשטר החוקתי שלהן מכיר באוטונומיה תרבותית גם של קבוצות דתיות, מסתגרות, מסורתיות ולא ליברליות. כפי שאטען, בחברות שכאלה אין זה ראוי לכוון תורה פרשנית הטוענת כי כל בני החברה, ובהם גורמים פרטיים, מבקשים לקדם בטקסטים המשפטיים שהם יוצרים זכויות יסוד חוקתיות וערכי יסוד חוקתיים.

כבר בנקודת המוצא, התאוריה החוקתית העומדת בבסיס המודל הפרשני של ברק מתנגשת עם עיקרי היסוד של הליברליזם הקלאסי. על מנת להדגים את הדברים ניתן להפנות להגותו של רוז, שמציין כי מודל הליברליזם המסורתי תוכנן כדי לאפשר פעילות של מגוון קבוצות תרבותיות ובהן קבוצות לא ליברליות. המחויבות לערך הסובלנות מאפשרת, למשל, מימוש פעילות תרבותית לא ליברלית עד גבול מסוים. האיסור המשפטי של הפליה הקיים בחברות אלה אינו טוטלי. הוא עדיין מאפשר לקבוצות לשלוט בנעשה במוסדות ייחודיים, ואף מאפשר להן להפלות במישור הפנימי להתנהלותן.¹⁶⁸ רוז מסביר שערך הפלורליזם מקבל משמעות מיוחדת בחברה הרב-תרבותית. הוא מכיר בכך שישנה תקפות למגוון ערכים סותרים המקודמים על ידי פרקטיקות תרבותיות שונות.¹⁶⁹ מדובר בערכים מתנגשים שלא ניתן במקרים רבים ליישב ביניהם ולהגשים את כולם באותה העת.¹⁷⁰ רב-

167 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 124 ואילך.

168 RAZ, לעיל ה"ש 153, בעמ' 172–173.

169 שם, בעמ' 174.

170 שם, בעמ' 180.

תרבותיות ליברלית דואגת לטובתם הקיומית של חבריה ומכבדת את שונותם התרבותית ואת הקבוצות התרבותיות הפועלות בתוכה. על רקע כל אלה ניתן להתרשם כי החוקתיות הליברלית הקלאסית מתנגשת עם הבסיס החוקתי של התאוריה הפרשנית של ברק. החוקתיות הליברלית הקלאסית מבחינה בין הפרטי לציבורי. היא מבקשת לאפשר לפרטים ולקבוצות לממש את מפעלם התרבותי המיוחד להם במישור הפרטי ובמישור החברתי. היא מתייחסת בסובלנות לתרבותם השונה, באופן המכפיף מימוש זה למגבלות מצומצמות יחסית, וזאת נוכח המחויבות לאוטונומיה ובכללה לאוטונומיה התרבותית.¹⁷¹ לכן תאוריה חוקתית פרשנית ליברלית תתייחס בחשד למהלך שבא לקדם מתן מובן לפעולות פרטיות הדומה לזה הניתן לפעולות ציבוריות. מצוות כיבוד ערכי האוטונומיה והפלורליזם, החלה גם בנוגע לקבוצות תרבותיות לא ליברליות, מחייבת מתן מובן לפעולות פרטיות הנעשות על ידי חברי קבוצות אלה, באופן המקדם את הבנתם שלהם. המודל הפרשני של ברק בפרשנות חוזים פרטיים חוטא למרכיב יסוד זה. בחברה הרב-תרבותית גם אם קבוצה נתונה חושבת כי ערכיה של הקבוצה האחרת אינם ראויים, לא ניתן לאכוף את ערכי היסוד של השיטה על התנהלותה במישור הפרטי באמצעים פרשניים. יש לקוות כי המגע עם הסכיבה ועם הקבוצות האחרות יוביל לשינוי תרבותי,¹⁷² אך זה צריך להיות שינוי פנימי. המודל של ברק אינו משקף ניסיון לשינוי שכזה, אלא לשינוי כופה, שקשה לראותו ככזה שהצדדים הפרטיים אכן התכוונו להשיג.

חוסר ההתאמה של התורה החוקתית, העומדת בבסיס המודל הפרשני של ברק, הוא מובהק יותר שעה שעל הפרק עומדות חברות רב-תרבותיות שסועות,¹⁷³ כמו החברה הישראלית. אין חולק שישראל היא מדינה רב-תרבותית מובהקת.¹⁷⁴ למרבה הצער, מערכת

171 ראו הדיון אצל גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת-ישראל" **עיוני משפט** כז' 23 (2003).

172 RAZ, לעיל ה"ש 153, בעמ' 186.

173 כדי שחברה תוגדר כשסועה, אין די בהתקיים בה שונות תרבותית קוטבית. אם זהו המדרד, הרי שכמעט כל החברות הקיימות במדינות השונות בעולם כיום תיחשבנה לשסועות, ולא היא. חברה שסועה היא כזו שקיימת חפיפה מכרעת בין השונות התרבותית שלה לבין השיח הפוליטי שלה. התביעות הפוליטיות אינן מקדמות בהכרח את טובת החברה כולה, אלא את טובת הסקטור הנוגע בדבר. השיח הציבורי הוא שיח שבטי, סקטוריאלי. חברה שסועה היא חברה שהחלקים המרכיבים אותה מתקשים להגיע להסכמה על ערכי יסוד משותפים. שעה שזוהי ההגדרה ואלה המאפיינים, הרי שארצות-הברית, למשל, עם כל חילוקי הדעות הקיימים בה, אינה נחשבת לחברה שסועה, Sujit Choudhry, *Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies*, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION? 3, (Sujit Choudhry ed., 2008), 9, ואילו ישראל היא מהשסועות שישנן.

174 אמנון רובינשטיין "שקיעתה, אך לא מותה, של הרב-תרבותיות" **הפרקליט** מט' 47, 76 (2006). הכוונה בעניין זה היא לרב-תרבותיות במובן הדסקריפטיבי ובמובן הנורמטיבי כאחד. במובן הדסקריפטיבי פועל בישראל מגוון רחב של קבוצות תרבותיות אתניות, לאומיות ודתיות. במובן הנורמטיבי מדינת ישראל, המוגדרת כמדינה יהודית ודמוקרטית, כוללת שורה של זכויות קבוצתיות תרבותיות המתחשבות בשונות התרבותית הקיימת בה.

היחסים שבין הקבוצות התרבותיות המרכיבות אותה היא מתוחה במיוחד. מערכת יחסים זאת מורכבת שסעים שסעים. השסע הערבי-יהודי, הדתי-חילוני, השסע העדתי והשסע המעמדי¹⁷⁵ מהווים דוגמאות בולטות. על אלה יש להוסיף גם את חילוקי הדעות בתוך המחנה הדתי היהודי עצמו, בין היהודים הרפורמים, הקונסרבטיבים והאורתודוקסים. השונות הרב-תרבותית בישראל מהותית ביותר. כל אלה יוצרים חברה שסועה, שקיימת בה מחלוקת עצומה על ערכי היסוד החוקתיים שצריכים להנחות אותה.¹⁷⁶ המשטר החוקתי שלנו דוגל באוטונומיה תרבותית דתית, לאומית ואתנית, המאפשרת לקבוצות השונות הפועלות בארץ לממש באופן משמעותי את מפעלן התרבותי בהתאם להבנתן, גם אם זה אינו עולה בקנה אחד עם ערכים חוקתיים ליברליים מערביים.

בחברות כאלה התאוריה החוקתית בבסיס המודל הפרשני של ברק עומדת בסתירה לתאוריה החוקתית הכללית. המשפט החוקתי שלנו משקף מחויבות לאוטונומיה תרבותית, שבאה לאפשר לפרטים ולקבוצות התרבותיות את החירות לממש את מפעלם התרבותי בהתאם להשקפת עולמם בספרה הפרטית. התאוריה החוקתית הפרשנית של ברק פועלת בכיוון ההפוך. היא מבקשת לתת מובן חוקתי ליברלי מערבי לפעולות משפטיות פרטיות גם של קבוצות ויחידים שאינם כאלה. מהלך כזה פוגע באוטונומיה שהמשפט החוקתי שלנו מבקש לתת לאותן הקבוצות ממש, הפועלות אצלנו. זוהי פעולה חוקתית בכיוונים מנוגדים. במקום אחר טענתי כי תחולת הערכים החוקתיים במשפט הפרטי בחברות שסועות כמו החברה הישראלית, צריכה להיות הרמונית ולהשתלב עם האיזונים החוקתיים ברמה החוקתית הציבורית.¹⁷⁷ במקום שבו המשפט החוקתי מקדם אוטונומיה תרבותית, תחולת הזכויות החוקתיות במשפט הפרטי צריכה לשקף זאת. לכן תורה פרשנית, שכוללת תכלית אובייקטיבית של קידום ערכי היסוד החוקתיים גם בנוגע לטקסטים משפטיים פרטיים אינה משקפת הרמוניה כזו. אין היא משקפת את ההחלה הזהירה והמידתית של הערכים החוקתיים במשפט הפרטי. לכן, למרות יופייה של התאוריה הפרשנית של ברק והתאמתה לחברות דמוקרטיות בעלות קונצנזוס ערכי, לא נראה לי כי היא צריכה לחול בפרשנותם של טקסטים משפטיים פרטיים בישראל. אם אכן כך, אין אפשרות לכוון אצלנו תורה פרשנית אחידה והוליסטית לכל הטקסטים המשפטיים כולם, שכן תכלית קידום ערכי היסוד של השיטה והזכויות החוקתיות, שהיא מרכזית וחיונית לפירוש טקסטים ציבוריים, לא תתקיים בפרשנותם של טקסטים משפטיים פרטיים.

לסיום פרק זה חשוב יהיה להדגיש כי הניתוח שערכתי אינו שולל קיומה של תכלית אובייקטיבית בפרשנות חוזים בישראל. גם בישראל ראוי להכיר, לדעתי, בתכלית פרשנית אובייקטיבית המקדמת מערכת יחסים הגונה בין הצדדים לחוזה, ובכלל זה את ערך תום הלב. כדי להבין נקודה זו, חשוב להזכיר מדוע המשפט מכיר בהתחייבויות חוזיות

175 ראו דפנה ברק-ארו "משפט ואחדות חברתית בישראל" *מחקרי משפט* כו 259, 260 (2010).

176 HANNA LERNER, MAKING CONSTITUTIONS IN DEEPLY DIVEDED SOCIETIES 31 (2011).

177 ראו גרשון גונטובניק "זכויות חוקתיות במשפט הפרטי במדינה יהודית ודמוקרטית" צפוי להתפרסם בכתב העת *משפט ועסקים*.

מלכתחילה. גם בעניין זה אפשר יהיה ללמוד רבות מהגותו העיונית של רז. רז רואה בחוזים כמקנים כוח לפרטים ליצור נורמה משפטית.¹⁷⁸ המשפט מכיר ביכולתם של חוזים לשנות את המציאות הנורמטיבית ולקדם תכליות שהמשפט רואה אותן כרצויות דיין כדי לבסס הכרה שכזו.¹⁷⁹ תכליות אלה רצויות מסיבות החיצוניות לרצון הצדדים לחוזה. לכן דיני החוזים אינם ניתנים להסבר רק ברצון לתת תוקף להבטחות פרטיות. אין מדובר בכלי משפטי סובייקטיבי. בבסיסו עומדות תכליות אובייקטיביות שהמשפט רוצה לקדם, תכליות שהן עצמאיות ובלתי-תלויות בתוכן הספציפי של ההבטחה החוזית (Content Independent Justifications). כך, למשל, חופש החוזים בא לקדם תכליות של שוק חופשי תקין¹⁸⁰ ושל מימוש אוטונומיה. לכן מחויבויות חוזיות יכולות להיות מוצדקות אם הן יוצרות מערכת יחסים שהחברה רואה אותה כבעלת ערך,¹⁸¹ כזו שמצדיקה את הפקדת הכוח המשפטי בידי פרטים, להגשים את החוזה בהתאם לרצונם. גישתו זו של רז משתלבת עם קו הניתוח הרואה בנורמטיביות של החוזה כלי להחדיר דרכו ערכים למערכת היחסים שבין פרטים. כך ידוע מאמרו הקלאסי של מוריס כהן (Cohen) שטען לפני שמונים שנה כי נוכח העובדה שדיני החוזים מעמידים את כוחה של המדינה לרשות הצדדים, לגיטימי לשאול לאילו מטרות ובאילו נסיבות יועמד הכוח הכופה שלה לרשותם.¹⁸² זהו גם אחד הבסיסים לגישתו של איל זמיר המצדד בקידום ערכים ציבוריים ובהם ערכי הוגנות במסגרת פרשנותם של חוזים.¹⁸³

על רקע זה יש להבחין לדעתי בין שני מצבים בפרשנות החוזים. הראשון הוא מצב דברים שבו לשון החוזה ברורה על פניה, ולא נסתרה החזקה שלפיה אומד דעת הצדדים תואם את לשון החוזה.¹⁸⁴ כפי שצייגה שלו, הצדדים יכולים לערוך חוזים בלתי-הגיוניים, בלתי-סבירים, בלתי-כלכליים ואף טיפשיים.¹⁸⁵ המשפט מכיר ביכולתם לממש את האוטונומיה שלהם גם בדרך זו. בנסיבות אלה, נראה שהדין בישראל הוא עם דנציגר ומצקין שציינו כי אין להיזקק לתכלית אובייקטיבית של החוזה בהליך פרשנותו.¹⁸⁶ אך שונים הם פני הדברים כאשר לשון החוזה אינה ברורה או שהיא כוללת הוראות סותרות, ולכן

- Neil MacCormick & Joseph Raz, *Voluntary Obligations and Normative Powers*, 46 PROCEEDINGS OF THE ARISTOTELIAN SOCIETY 59, 82 (1972). מדובר בחלקו של רז שבא לאחר ניתוחו של ניל מקורמיק (MacCormick) את הסוגיה.
- 178 שם, בעמ' 95.
- 179 ראו לעיל ה"ש 43.
- 180 Joseph Raz, *Promises and Obligations*, in LAW, MORALITY AND SOCIETY: ESSAYS IN HONOUR OF H.L.A HART 210, 228 (P.M.S. Hacker & J. Raz eds., 1977). לדין כללי על אודות השתלבותה של גישתו של רז בתאוריה החוזית הראויה ראו Gregory Klass, *Three Pictures of Contract: Duty, Power and Compound Rule*, 83 N.Y.U.L. REV. 1726 (2008).
- 181 ראו Morris Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553 (1933).
- 182 זמיר, לעיל ה"ש 71.
- 183 להצגת החזקה ולדין בה ראו לעיל הטקסט שלאחר ה"ש 93.
- 184 שלו, לעיל ה"ש 119, בעמ' 691.
- 185 דנציגר ומצקין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 78.

מתעוררת סוגיה פרשנית מורכבת יותר, המאפשרת לתת לו כמה מובנים. לדעתי, בנסיבות כאלה יש להחיל חזקה פרשנית אובייקטיבית, הבאה לקדם את התכלית שחוזים מסוג זה באים לקדם, וכן ערכי הגינות פרטיים, שכן בכך ניתן ביטוי להיותו של החוזה כלי נורמטיבי בשיטת המשפט. החלה כזו מתיישבת גם עם חוקתיות של מדינה רב־תרבותית, שכן מדובר באמת מידה של הגינות שאינה שקולה לזו של המשפט החוקתי. זוהי הגינות של "אדם לאדם – אדם ולא של "אדם לאדם – מלאך". זוהי הגינות של פרטים ולא של רשויות ציבוריות שהן נאמן של הציבור. בחוקתיות רב־תרבותית אין דבר המונע רצון לקדם ערכים של הוגנות בין פרטים ובין מתקשרים חוזיים, ואין דבר המונע את מימוש התחייבויותיהם בדרך מקובלת ובתום לב. במקום שבו חוזה אינו ברור, אין סיבה שלא לתת לו את המובן ההוגן יותר.

(ג) החלת ערכי היסוד החוקתיים של השיטה וזכויות האדם "מבחוץ" ולא "מבפנים"

לקראת סופו של המאמר ראוי יהיה להעיר הערה מסכמת, על מנת שקו הניתוח שהצגתי לא יובן שלא כהלכה. עסקתי במודל של פרשנות, שמטבעה באה לתת מובן לטקסטים משפטיים.¹⁸⁷ טענתי כי בחברה תרבותית שסועה, בעלת שונות תרבותית ניכרת, חזקה פרשנית הבאה לתת מובן לטקסטים פרטיים באופן המקדם ערכים חוקתיים, אינה ראויה. עם זאת, אין בכך כדי לומר שאין רלוונטיות לערכי היסוד החוקתיים של השיטה במשפט הפרטי. הליברליזם מבית מדרשו של רו יוכיח. רו מבהיר כי המחויבות לערכי יסוד ובהם ערך האוטונומיה מצדיקה שימוש, אפילו שימוש כופה, במשפט כדי לקדם ערכים ולהחילם על כלל חלקי החברה.¹⁸⁸ זהו זרם הליברליזם הפרפקציוניסטי.¹⁸⁹ אין מדובר בזרם המתיימר לניטרליות.¹⁹⁰ לסובלנות ולפלורליזם יש גבולות. הוא מודה כי גם במשטר ליברלי מקודמים ערכי יסוד מסוימים, וכאמור לעתים באופן כופה. עם זאת, ערכים אלה מוחדרים לספרה הפרטית מבחוץ. הם מגבילים את הרצון הפרטי ומאזנים בין ערך האוטונומיה והזכות לתרבות לבין קידום האינטרסים הציבוריים ובהם ערך השוויון. מדובר בהחלה כנה ושקופה של ערכים אלה המתגברים, במקרים המתאימים, על הרצון הפרטי. אין מדובר בהחלה מלאכותית של ערכים אלה במסווה של פרשנות, מתוך יומרה להגשים את רצונם של הפרטים במקום שבו אין מדובר ברצונם כלל ועיקר.

כך באופן כללי וכך גם בפרשנות החוזית. ברק עומד על כך כי בבסיס החוזה מונחת תורת החוזה שצריכה להשפיע על פרשנותו.¹⁹¹ אכן, תורת החוזה אינה כוללת אך את חופש

187 ראו לעיל הדיון בתחילת פרק ב.

188 RAZ, לעיל ה"ש 30, בעמ' 416.

189 לדיון המציג את הגישות השונות בנושא זה ראו STEPHEN MULHALL & ADAM SWIF, LIBERALS & COMMUNITARIANS 250 (1992).

190 ראו הדיון אצל GEORGE SHER, BEYOND NEUTRALITY: PERFECTIONISM AND POLITICS (1997).

191 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 378.

החוזים. תורת החוזה כוללת גם מחויבות לערכים חברתיים כמו הגינות, שוויון וצדק וליעילות כלכלית המגבירה את הרווחה. קיימים חוזי יחס (relational contracts) שהם חוזים ארוכי טווח המצריכים התאמות לשינויים בנסיבות. גישות פמיניסטיות מוצאות ביטוי גם בדיני החוזים. לא ניתן לבסס את דיני החוזים על ערך תכלית אחת ויחידה שהם באים לקדם.¹⁹² אך כאן בדיוק מצויים גבולותיה של הפרשנות החוזית. עם כל חשיבותה של הפרשנות החוזית אין היא ממצה את עולמם של דיני החוזים. כפי שצינתי, לא כל הערכים שדיני החוזים באים לקדם ראוי להפכם לתכלית פרשנית. תכליות פרשניות יכולות לכלול בדיני חוזים את הגשמת הרצון הסובייקטיבי של הצדדים, את רצונם ההיפותטי, את ההיגיון הכלכלי של החוזה שנכרת וכן ערכי הגינות בין פרטים. אך אין זה ראוי בחברה רב-תרבותית שסועה להפוך את הערכים החוקתיים ואת זכויות האדם לתכליות פרשניות. אלה צריכים להיות מוחלים במשפט הפרטי "מבחוץ" ולא "מבפנים". הם יגבילו את מימוש הרצון הפרטי במקרים המתאימים לכך באמצעות החובה לנהוג בתום לב ולשמור על תקנת הציבור. יתרונה של שיטת פרשנות שכזו הוא בכנותה, באמירתה אמת.¹⁹³ בחברה רב-תרבותית שסועה החלת חזקה כי הצדדים לחוזה ביקשו להגשים את ערכי היסוד החוקתיים של השיטה אינה עומדת באמת מידה זו. החלת אמות המידה החוקתיות מבחוץ היא שתאפשר את החלתן הזהירה במשפט הפרטי בחברות רב-תרבותיות שסועות, בהקפדה על איזון מידתי וראוי בין קידום ערך האוטונומיה החוזית לערכים החוקתיים המתנגשים עמו. את הדיון אבקש לסיים בהדגמת חשיבות שיטת פרשנות כנה שאומרת אמת מחוץ להקשר הרב-תרבותי הישיר. נראה לי כי פער מלאכותי בין המתודה הפרשנית למציאות הוא שעמד בבסיס הביקורת הרבה שעוררו עניין אפרופים¹⁹⁴ ועניין מגדלי הירקות.¹⁹⁵ בית המשפט יצא מגדרו כדי ליתן לחוזים שערכה המדינה מובן שמגשים את חשיבות אינטרס השמירה על הקופה הציבורית. כפי שהסביר דויטש, הקו המקשר בין שני פסקי הדין הוא בתוצאה הבאה לקדם את טובת המדינה, ובכך לקדם את טובת הציבור. בית המשפט פעל כדי לאפשר למדינה להימנע מתשלומים שהתחייבה לשלם ללא הוכחת נזק (עניין מגדלי הירקות) ולקבל פיצויים וקנסות מקבלנים אף על פי שלא דאגה להבטיח את קבלתם בחוזים שהיא עצמה ניסחה (עניין אפרופים).¹⁹⁶ לטעמי, התוצאות שאליהן הגיע בית המשפט הן ראויות, אך הדרך שבה הגיע אליהן היא בעייתית. לו היה בית המשפט אומר באופן מפורש כי האינטרסים הציבוריים צריכים לגבור בחוזים שלטוניים על התניות שהצדדים ניסחו, ובכך לייצר תורת פרשנות המיוחדת לחוזים ציבוריים, היה הדבר משקף באופן נכון יותר את המהלך שעשה. אך בית המשפט עיגן את התוצאה שהגיע אליה בתורת פרשנות חוזית כללית. היה ברור למדי שאת המובן שהוא התעקש לתת לחוזים, הצדדים לא העניקו. מכאן

192 ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 103.
193 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28.
194 עניין אפרופים, לעיל ה"ש 5.
195 עניין מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 70.
196 דויטש, לעיל ה"ש 73, בעמ' 53.

הביקורת הרבה שזכו לה פסקי הדין, שהובילה בסופו של דבר להתערבות נדירה מצד המחוקק כדי לחזק את משקלה של הגשמת כוונת הצדדים בהליך הפרשנות החוזי. פער זה בין המתודה למציאות קיים גם שעה שמנסים לייחס לרצון הצדדים בחברה רב-תרבותית שסועה את קידומם של ערכי היסוד החוקתיים של השיטה. עיקר משקלם של ערכים אלו בזירה הציבורית ולא בזירה הפרטית, והם צריכים לחדור אליה "מבחוץ" באמצעות תחולה עקיפה, ולא "מבפנים" באמצעות "פרשנות".

ה. סוף דבר

מאמר זה נע בין פרשנותם של טקסטים משפטיים פרטיים לפרשנותם של טקסטים משפטיים ציבוריים. נראה לי כי אחת התובנות המרכזיות העולות ממנו היא כי דווקא העיסוק בפרשנות **מגוון** הטקסטים המשפטיים מקנה כלים טובים יותר להבנת סוגי הפרשנות השונים, להבנת התכליות שהם באים להשיג ולגיבוש מתודת האיזון המורכבת בין התכליות המתנגשות בפרשנות המשפטית. במאמר התמקדתי בפרשנות החוזית, אך באמצעותה ביקשתי לדון בדילמות פרשניות משפטיות כלליות. ביקשתי לבסס את חשיבות שתי רמות הדיון שצריכות להתקיים בכל תאוריה פרשנית משפטית – הראשונה עוסקת באיתור התכליות שהיא באה לקדם, והשנייה עוסקת במשקל הנאות שיש לתת לתכליות אלה, בייחוד שעה שהן מתנגשות האחת ברעותה.

דווקא על רקע הצגת הוויכוח בדבר האופן הראוי שבו יש לפרש חוזים, מזדקר החסר בהגותו הפרשנית של רוז על אודות פרשנות חוקים. החסר מצוי בהיעדר התייחסותו הממצה לרמה השנייה בגיבושה של התאוריה הפרשנית שלו, ובייחוד למשקל שיש לתת לתכלית הגשמת רצון המחוקק אל מול התכליות האחרות שבאה פרשנות החקיקה לקדם. בניגוד לדבריו, הכרעה בדבר המשקל הראוי מקרינה באופן ברור על הפרקטיקה הפרשנית ומסייעת להעריך אם היא ראויה אם לאו. באמצעות ההתמקדות בפרשנות החוזית ביקשתי להתמקד בשאלה עיונית נוספת והיא: האם באמת ניתן לפתח מודל פרשני משפטי החל על כל הטקסטים המשפטיים כולם? האם אכן רב המאחד על המפריד בין מתודות הפרשנות של טקסטים משפטיים ציבוריים ופרטיים? בעניין זה נראה שהמודל הפרשני של ברק, שבניגוד לרוז הקדיש מקום נכבד לדיון במשקל שיש לתת לתכליות בהליך הפרשני ולאזון ביניהן, אכן השיג את הבלתי-אפשרי. הוא יצר סינתזה מרשימה בין התכליות הנלוות לפרשנות הטקסטים המשפטיים כולם. ביקשתי לשכנע כי הדבק העומד בבסיס מודל זה הוא תכלית קידומם של ערכי היסוד של השיטה, החלה, לפי ברק, גם במסגרת פירוש טקסטים משפטיים פרטיים. ביקשתי להראות כי מרכיב קידום הערכים החוקתיים וזכויות האדם בתכלית זו בעייתי במיוחד למימוש בחברות רב-תרבותיות. הדגש הרב שניתן בפרשנות החוזית למימוש כוונת הצדדים הסובייקטיבית, הוא זה שצריך למנוע, בחברות רב-תרבותיות, יצירת חזקה פרשנית שלפיה הצדדים לחוזה התכוונו לממש את ערכי היסוד של השיטה. על רקע זה בחברות רב-תרבותיות המייחסות חשיבות רבה לאוטונומיה התרבותית, אין יכולת לפתח תורה פרשנית אחידה אחת לפרשנותם של חוקים ושל חוזים. פרשנות

מחשבות על אודות פרשנות, פרשנות חוזים וגבולותיה

שכזו מתאימה לחברות שקיים בהן קונצנזוס על אודות ערכי היסוד של השיטה. ישראל אינה כזו.

לכל אורך הדיון השתדלתי לעשות שימוש נכון ומדויק בקטעים ממפעל הגותו העיוני של רז. הפניתי לתובנותיו על הפרשנות, על ערך האוטונומיה, על המחויבות לערכי יסוד ליברליים בחברה רב־תרבותית, על גבולות הסובלנות, על הקשר שבין המשפט לתאוריה החוקתית, על הקשר שבין המשפט לאוטוריטיביות ועוד. עושר נורמטיבי זה מראה עד כמה חשובה הגותו העיונית של רז, וכמה היא יכולה לסייע להתמודדות עם הדילמות המתעוררות בעולם המשפטי והחברתי, הן בשחקים התאורטיים והן במציאות המעשית. יש לצפות בשקיקה להמשך כתיבתו של רז, בין השאר, על תופעת הפרשנות. אני מקווה כי ירחיב את היריעה גם להגות על הפרשנות המשפטית הפרטית, והכול כדי ליצור מפעל עיוני פרשני משפטי שלם. אני מודה לעורכי כתב העת "המשפט" על ההזדמנות שהעניקו לי לתרום תרומה לכרך זה המוקדש לענק תורת המשפט – יוסף רז.