

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

גיא מור*

עילת הסיכול מאפשרת לצד לחוזה להשתחרר מחיובי החוזה, משהתרחש מאורע חריג שמונע את ביצוע החוזה או הופך אותו לשונה מהותית. בתי המשפט פירשו את סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות) באופן שהפך את עילת הסיכול לאות מתה בדין הישראלי. במסגרת הקודקס האזרחי החדש, אשר נמצא בהליכי חקיקה בכנסת, מוצע לערוך שינוי יסודי ביחסו של הדין לעילת הסיכול. ההצעה מבקשת "להחיות" את דין הסיכול, באמצעות עיצוב מבחן חדש לתחולת העילה ולהשתחררות מן האחריות החוזית. רשימה זו מבקשת לדון במבחן המוצע לתחולתה של עילת הסיכול באמצעות ניתוח של היסודות התאורטיים שעליהם מתבססת הדוקטרינה החדשה. הניתוח התאורטי מעלה כמה תובנות חדשות. ראשית, בתי המשפט בישראל פירשו את המבחן לעילת הסיכול באופן שמבטא תפיסה שמרנית, שלפיה האחריות החוזית היא אחריות מוחלטת וללא סייגים. שנית, כדי להרחיב את ההכרה בעילת הסיכול, אימצו מנסחי הקודקס מבחן חדש, אך מבחן זה מבוסס על תאוריה המצמצמת משמעותית את עילת הסיכול. שלישית, המבחן שנבחר רחב יותר מן התאוריה שעליה הוא מבוסס, זאת בשל הרחבת שיקול הדעת השיפוטי והתבססות על שיקולי צדק בלתי-מוגדרים. המאמר מבקר בחירה זו ומציע מבחנים חלופיים.

א. מבוא. ב. דיני הסיכול בישראל; 1. מהו סיכול חוזה? 2. הדין הנוכחי – חוק החוזים (תרופות); 3. הדין המוצע – הצעת חוק דיני ממונות. ג. ניתוח תאורטי של דיני הסיכול; 1. תאוריות קלאסיות בדיני חוזים; 2. גישת הניתוח הכלכלי של המשפט; 3. החוזה כפרויקט משותף. ד. היקף שיקול הדעת של בית המשפט. ה. סיכום ביניים. ו. הערכת הדוקטרינות להכרה בסיכול החוזה; 1. המעבר ממבחן הצפיות למבחן הסיכון; 2. תיקונים מוצעים במבחן הסיכון. ז. סיכום.

* מוסמך הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה לפרופ' ברק מדינה, לפרופ' מיגל דויטש, ללייטל ג'אן, ליוסף קלמנוביץ', לעומר יחזקאל ולאור קשת על השיחות וההערות המועילות. עוד ברצוני להודות לכל חברי מערכת "המשפט", שסייעו בהכנת המאמר לפרסום ובמיוחד לד"ר יוסי נחושטן, ליהונתן פרוסק ולשלי ברד.

א. מבוא

מעמדו של החוזה מבוסס על כך שהאחריות החוזית היא אחריות חמורה, אשר לא ניתן להשתחרר ממנה בנקל. ככלל, דיני החוזים יוצרים אחריות שאינה תלויה באשם ומספקים בידי צד שנפגע מהפרת החוזה כלים לאכיפת ההתחייבות כלפיו (בעין או בכסף). דיני הסיכול מהווים חריג לאחריות החוזית, שכן הם מאפשרים פטור ממנה במצב שבו לאחר כריתת החוזה התרחש מאורע מסכל אשר הפך את ביצוע החוזה לבלתי-אפשרי. המבחן לקיומה של עילת הסיכול נוגע בלב לבם של דיני החוזים ומהווה וסת של רמת האחריות החוזית. לכן עיצוב משטר סיכול החוזה מהווה שאלת מדיניות עקרונית בדיני החוזים של שיטת המשפט.

בתי המשפט בישראל העניקו פרשנות מצמצמת ביותר למבחן תחולתה של עילת הסיכול. פרשנות זו הביאה לצמצום מוחלט של דין הסיכול ולמעשה הפכה אותו לאות מתה בדין הישראלי. עקב כך, גם אירועים חריגים ובלתי-צפויים לא הוכרו כמאורעות מסכלים, ולכן אי-קיומן של הוראות החוזה נתפס כהפרה.

הצעת חוק דיני ממונות מבקשת לשנות את דיני הסיכול בצורה מרחיקת לכת.¹ ההצעה, המצויה כעת בהליכי חקיקה בכנסת, מהווה קודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל. הפרק העוסק בסיכול חוזה מכיל הסדר שונה, שיסודו במבחן חדש לתחולת עילת הסיכול. הצעת החוק מצהירה כי מטרת המבחן החדש היא לתקן את הפרשנות המצמצמת שנתנו בתי המשפט, על מנת להרחיב את היקף עילת הסיכול. המבחן המוצע יבקש לברר על מי מהצדדים הוטל הסיכון לאירוע שהתממש (להלן: "מבחן הסיכון").

השינוי הדרמטי שהצעת חוק דיני ממונות מבקשת לחולל מציב את דיני הסיכול על פרשת דרכים. נקודת זמן זו מהווה הזדמנות נדירה לבחון לעומק את שורשיו של דין הסיכול, כדי לעצב אותו ואת היקף האחריות החוזית במשפט הישראלי. המאמר מבקש לבחון את המבחן המוצע במסגרת הקודקס, אל מול מבחנים אפשריים אחרים שניתן היה לאמץ. על מנת לעמוד על טיב המבחנים השונים ולהשוות ביניהם, ייערך ניתוח תאורטי של דיני הסיכול. המאמר בוחן ארבע תאוריות מרכזיות ואת יחסן לדין הסיכול.

הניתוח התאורטי מעלה שלוש מסקנות מרכזיות, שטרם נדונו בספרות. ראשית, הפרשנות של בתי המשפט למבחן לעילת הסיכול מבוססת על התאוריה השמרנית שלפיה האחריות החוזית היא מוחלטת וללא סייגים. הדבר הביא לתוצאה כי עילת הסיכול כמעט שאינה קיימת בדין הישראלי. למעשה, ישנו דמיון רב בין התאוריה בדבר אחריות ללא סייג, התאוריה הכלכלית בדבר הקצאת סיכונים מלאה והפרשנות שניתנה על ידי בתי המשפט בישראל. שלוש תפיסות אלו משתמשות במושגים שונים, אך כולן מצמצמות בצורה משמעותית את ההכרה בטענת הסיכול.

1 הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 595 (להלן: "הצעת חוק דיני ממונות", "ההצעה" או "הקודקס").

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

שנית, השינוי בקודקס נועד לתקן את הפרשנות שניתנה למבחן הסיכול באמצעות אימוץ מבחן מרחיב, אך גם מבחן הסיכון מבוסס על תאוריה מצמצמת. מכאן שעל אף שינוי שמו של המבחן, מבחינה תאורטית הקודקס האזרחי אינו מחולל את השינוי המיוחל. התאוריה המתאימה למטרת התיקון מצויה כיום בלשונו של סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות). מסקנות הניתוח הדוקטרינרי אינן מתיישבות עם הניתוח התאורטי. מהניתוח הדוקטרינרי עולה כי למרות חוסר ההתאמה התאורטית, מבחן הסיכון עדיף על המבחן הנוכחי הקיים בחוק החוזים (תרופות), משום שהמבחן הקיים סובל מכמה פגמים מהותיים שעליהם קשה להתגבר. עוד עולה כי המבחן המוצע מכיר בעילת הסיכול יותר מהתאוריה שעליה הוא מבוסס, משום שמבחן הסיכון מאפשר להכיר בכך שהחוזה סוכל גם על בסיס שיקולי צדק. ההתבססות על קריטריון עמום זה כרוכה בהפעלת שיקול דעת רחב מצד בית המשפט, דבר הפוגע בוודאות המשפטית. במאמר מוצעות כמה חלופות לקריטריון "שיקולי הצדק", וזאת כדי לתקן את מבחן הסיכון.

בפרק ב' אציג בכלליות את דיני הסיכול ואת תפקידם במסגרת דיני החוזים. לאחר מכן יוצגו המצב המשפטי הנוכחי בדין הישראלי וההסדר המוצע בהצעת חוק דיני ממונות. בפרק ג' יהיה לב הניתוח והוא יוקדש לעיון במבחן לתחולתה של עילת הסיכול בראי גישות תאורטיות שונות. בפרק אציג את התאוריה הקלאסית שלפיה האחריות החוזית היא ללא סייג, את הגישה המוסרית לדיני החוזים, את הניתוח הכלכלי למשפט ואת תפיסת החוזה כפרויקט משותף. בחינת מעמדו של דין הסיכול לפי כל תאוריה תכלול ניתוח של הדוקטרינות המשפטיות שצמחו מתוך אותה התאוריה. פרק ד' מוקדש לדיון בשאלת היקף שיקול הדעת המסור בידי בית המשפט המתעוררת נוכח תוכנו של מבחן הסיכון. בפרק ו' איישם את הניתוח התאורטי והדוקטרינרי בנוגע למבחן לתחולתה של עילת הסיכול. הפרק נפתח בבחינת המעבר מדוקטרינת הצפיות לדוקטרינת הסיכון. לאחר מכן אערוך ניתוח השוואתי של הדוקטרינות הישראליות ואציע פתרונות אפשריים לשיפור המבחן המוצע בקודקס האזרחי.

ב. דיני הסיכול בישראל

1. מהו סיכול חוזה?

דיני החוזים הם הענף המשפטי המסדיר את יכולתם של פרטים להגיע ביניהם להסכמה מחייבת. במשפט המקובל, כוחו וחשיבותו של החוזה מבוססים על העיקרון כי האחריות החוזית היא אחריות מחמירה שככלל איננה תלויה באשם.² גם בדיני החוזים בישראל נקלט

2 דניאל פרידמן "רמת האחריות החוזית" דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 385, 386 (2003) (הספר להלן: **חוזים** ג); גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי** 621–622 (2005); מיגל דויטש **פרשנות הקודקס האזרחי החדש** כרך א 445 (2005).

עקרון היסוד כי "חוזים יש לקיים"³. עקרון יסוד זה קיבל תימוכין הן על ידי הגישה המוסרית אשר ביססה אותו על הטענה כי "הבטחות יש לקיים"⁴ והן על ידי הניתוח הכלכלי של המשפט, אשר מצדד בעקרון יסוד זה, כיוון שעצמתו המחייבת של החוזה מאפשרת לצדדים להסתמך עליו ובכך מגבירה את הוודאות והיעילות.⁵ שיטות המשפט הקונטיננטלי (בראשן הצרפתית והגרמנית) תופסות את האחריות החוזית כנוקשה פחות, ולכן קיימת נכונות רבה יותר להכיר בחריגים לאחריות החוזית, מכוח עקרון תום הלב וההכרה בצורך להתאים את המסגרת החוזית לשינויי נסיבות בלתי-צפויים.⁶

הדוקטרינה של סיכול חוזים (frustration of contracts) היא "הצד האפל" של דיני החוזים. ככלל, דיני החוזים עוסקים בכריתת חוזה מחייב או באמצעים לקיומו ואכיפתו (בעין או בדרך של פיצויים), ואילו דיני הסיכול מהווים נתיב להשתחררות מן האחריות החוזית. השאלה המרכזית במסגרתם היא – האם ההתחייבות החוזית מושפעת מכך שחל שיבוש באפשרות לבצע את החוזה או להפיק ממנו תועלת.⁷

מאוטנר מסביר שחשיבותם של דיני הסיכול נובעת מכך שעד סוף המאה השמונה-עשרה רוב החוזים היו חוזים לביצוע מידי, ואילו בעידן המודרני יותר ויותר חוזים הם לביצוע עתידי או מתמשך.⁸ מבחינה מושגית, ככל שהחוזה מבוצע עם כריתתו או סמוך לה, הנסיבות העובדתיות שאפפו את כריתתו זהות לנסיבות בעת מועד קיומו. כאשר עובר פרק זמן ממושך בין מועד הכריתה למועד ביצוע החוזה, ייתכנו שינויי נסיבות שיכבידו על קיום החוזה או ימנעו אותו.⁹ דיני הסיכול עוסקים באותם מצבים שבהם התרחש שינוי נסיבות בין מועד כריתת החוזה למועד ביצועו ומאפשרים לצדדים פטור חריג מן האחריות החוזית

3 ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (1988); בג"ץ 1930/94 נתן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(4) 655, 643 (1994); ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 861–862 (2000); ע"א 3912/90 Examin S.A תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 81 (1993); ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד כ(3) 244, 252 (1966); בג"ץ 709/79 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד לד(2) 465, 475 (1980); ע"א 6916/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 92–93, 95 (פורסם בנבו, 18.2.2010) (להלן: עניין בנק לאומי); שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 46, 621.

4 CHARLES FRIED, CONTRACTS AS PROMISE 14–18 (1935); עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות 85–87 (חנן אלשטיין מתרגם, 2010).

5 דניאל פרידמן וגילי כהן חוזים כרך א 5 (1991); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 116–117 (8th ed. 1986).

6 דוד (פרדי) רונן התאמת חוזים לנסיבות משתנות 214–215, 222–224 (2001); כן ראו להלן הדיון בגישה המוסרית בפרק ב' וההפניות המובאות במסגרתו.

7 ברק מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 2, 411, בעמ' 412.

8 מנחם מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה בתקופה שלאחר כריתת חוזה: הערות מקדמיות בפרספקטיבה של המשפט האנגלו-אמריקאי" עיוני משפט ט 363, 364–364 (1993) (להלן: מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה").

9 שם, בעמ' 364–365.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

המוחלטת.¹⁰ לכן, כל עוד רוב החוזים היו לביצוע מידי או בתוך זמן קצר, דוקטרינת סיכול צרה התאימה לחיי המסחר והכלכלה. במאות האחרונות התרחב השימוש בחוזים לביצוע עתידי או ארוך טווח, ועמו התפתח הצורך בעילת הסיכול.¹¹ בטרם ייבחן השינוי המוצע בדיני הסיכול בישראל, יוצגו דיני הסיכול בקווים כלליים והקטגוריות העיקריות של נסיבות מסכלות. הקטגוריה הראשונה כוללת מקרים שבהם קיום החוזה הופך בלתי-אפשרי (Impossibility).¹² הדוגמה הקלאסית היא כאשר הנכס נשוא החוזה מושמד או כאשר צד לחוזה יחס לביצוע אישי נפטר.¹³ הקטגוריה השנייה עוסקת במצבים שבהם חל שינוי נסיבות משמעותי, אשר הופך את קיום החוזה לשונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו (ביצוע החוזה "אינו מעשי", impracticability).¹⁴ קבוצת המקרים השלישית מתייחסת למצבים שבהם ניתן לקיים את הוראות החוזה ללא קושי, אך לא ניתן להשיג את התכלית שלשמה נכרת החוזה ("סיכול מטרה", frustration of purpose), שכן רק תכלית החוזה סוכלה ולא אפשרות הביצוע.¹⁵ הדוגמה הקלאסית עלתה בפסיקה בריטית, אשר דנה בחוזה להשכרת דירה שמטרתה לצפות בהכתרת המלך, אך טקס ההכתרה בוטל ברגע האחרון. במקרה זה ניתן היה לבצע את הוראות החוזה (השכרת הדירה ותשלום התמורה), אך מטרת החוזה אינה ניתנת להשגה.¹⁶ ככלל, דיני החוזים מבקשים ליצור מסגרת משפטית קשיחה התובעת מן הצדדים אחריות חמורה לחיובים שעליהם הוסכם, ואילו דיני הסיכול בוחנים מצבים שבהם לאחר כריתת החוזה, התרחשה התערבות של גורם חיצוני, אשר סיכלה את ביצועו.¹⁷ תנאי מקדים

- 10 מיכל אגמון-גונן **ההשבה בהקשרים חוזיים – דיני חוזים או דיני עשיית עושר ולא במשפט** 279 (2001); Guenter Treitel, Frustration and Force Majeure 1–2 (1994).
- 11 מאוסטר **שינוי נסיבות החוזה**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 364–365.
- 12 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 635.
- 13 מדינה **"סיכול חוזה" חוזים ג**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 416, 418; ראו לדוגמה, Taylor v. Caldwell, [1863] K.B. 826, 122 ER 309.
- 14 מדינה **"סיכול חוזה" חוזים ג**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 422–423; שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 636–637.
- 15 מדינה **"סיכול חוזה" חוזים ג**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 434–436; שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 638.
- 16 Krell v. Henry, [1903] 2 K.B. 740 (C.A.) (appeal taken from Eng.); שלו, לעיל ה"ש 2, 638; מדינה **"סיכול חוזה" חוזים ג**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 415. מדינה מעלה תובנה מעניינת, שלפיה טענת סיכול הנובעת מחוזה שאינו מעשי, מקבילה לטענת סיכול המטרה. בשני המקרים ניתן לבצע את החוזה, אך תכלית החוזה נפגמה: כאשר ביצוע החוזה אינו מעשי, עלות הביצוע התייקרה משמעותית (החייב נפגע), וכאשר נטען סיכול מטרה, התועלת של הנושה מן החוזה נפגעה. ראו מדינה **"סיכול חוזה" חוזים ג**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 422, 435–446.
- 17 יצוין כי הצדדים לחוזה רשאים ליטול על עצמם התחייבויות בדרגות חומרה שונות, וכי עילת הסיכול רלוונטית רק בנוגע להתחייבויות מוחלטות. כך, למשל, צד לחוזה עשוי ליטול על עצמו חיוב השתדלות, שבמסגרתו המתקשר אינו מתחייב להשיג תוצאה פלונית, אלא רק לנקוט אמצעים סבירים לשם השגה. בשונה מחיוב תוצאה, חיוב השתדלות מטיל על המתקשר אחריות ברמת אשם, לפי סטנדרטים של סבירות, ולא אחריות מוחלטת. רשימה זו עוסקת

לקיומה של עילת הסיכול הוא היעדר אשם מצד המתקשרים בחוזה, שכן כאשר אחד הצדדים אשם בסיכול החוזה, מדובר למעשה בהפרתו.¹⁸ כמו כן, מובן כי במצבים הקלאסיים שבהם עולה טענת הסיכול (ובמיוחד כאשר מדובר בחוסר אפשרות מעשית לביצוע החוזה), אכיפת החוזה בעין איננה אפשרית.¹⁹ כיוון שהיעדר אשם אינו מספיק, השאלה היא אם האחריות החוזית היא אחריות מוחלטת או אחריות מוגבלת שהדין מכיר בהגנות המסייגות אותה.²⁰

כפי שדוקטרינת תקנת הציבור מסייגת את עקרון העל של חופש החוזים בכך שהיא מאזנת ומגדירה אילו חוזים ואילו תניות אינם לגיטימיים,²¹ כך דוקטרינת הסיכול מווסתת את האחריות החוזית וקובעת אילו נסיבות יביאו לצמצום האחריות החוזית.²² חשוב להבחין כי דיני הסיכול אינם נתפסים כדוקטרינה שמיועדת להכווין התנהגות לכתחילה, אלא הם מערכת כללים אשר מופעלת בדיעבד כדי לסייג את האחריות החוזית, כאשר נשמט יסוד מהותי שעליו מושתת החוזה.²³ עם זאת, עיצוב היקף האחריות החוזית באמצעות דיני הסיכול ישפיע על התנהגותם של פרטים מראש: אחריות חוזית מוחלטת ונוקשה מדי (דיני סיכול צרים) עלולה להרתיע פרטים להתקשר בחוזה, עקב החשש שהאחריות החוזית תעמוד בתוקפה גם במקרה של שינוי נסיבות קיצוני. מנגד, אחריות חוזית רכה, שממנה ניתן להשתחרר בקלות יחסית (הכרה רחבה בעילת הסיכול), תפגע ביכולתו של החוזה להקטין אי-ודאות ולאפשר לצדדים להסתמך על ההסכמות החוזיות.²⁴

- בחיובי תוצאה בלבד ולא בחיובי השתדלות. ראו פרידמן "רמת האחריות החוזית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 388–389, 404.
- 18 מיגל דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה" **משפט וצבא** יא–יב 13, 26 (1992); שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 633–634.
- 19 מדינה "סיכול חוזה" **חוזים** ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 416–417.
- 20 פרידמן "רמת האחריות החוזית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 367–368, 404–405, TREITEL; לעיל ה"ש 10, בעמ' 3–5.
- 21 "תקנת הציבור" היא מונח סתום שמשמעו עקרונות היסוד של החברה בישראל ושל שיטת המשפט הישראלית. בהקשר של דיני החוזים מקורו של הביטוי בס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, אשר קובע כי חוזה בטל אם כריתתו, תוכנו או מטרתו סותרים את תקנת הציבור. מונח גמיש זה מאפשר לבית המשפט לפסול תניות או חוזים אשר סותרים את ערכי היסוד של החברה בישראל. דוקטרינת תקנת הציבור מופעלת בזירות ובמצבים. להרחבה ראו עופר גרוסקופף "חוזה פסול" **חוזים** ג 473, 522–528 (2003); שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 510–511; ע"א 5258/98 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נח(6) 209 (2004); דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נד(5) 330 (2000) (להלן: **עניין רקנט**); כן ראו דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 6051/95 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נא(3) 289 (1997).
- 22 (5th ed. 2003) PERILLO ON CONTRACTS 512–513; JOSEPH M. PERILLO, CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS 512–513 (5th ed. 2003); מדינה "סיכול חוזה" **חוזים** ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 412.
- 23 השוו לגישתו של הולמס: OLIVER W. HOLMES, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 457–458 (1897).
- 24 PERILLO, לעיל ה"ש 22, בעמ' 551–552; מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 380–383; דויטש **פרשנות הקודם האזרחי החדש**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 448.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

2. הדין הנוכחי – חוק החוזים (תרופות)

כיום דיני סיכול החוזה מעוגנים בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות).²⁵ סעיף 18 (א) מגדיר באילו תנאים תתגבש עילת הסיכול ומה נפקותה, סעיף 18 (ב) מסדיר את סמכותו של בית המשפט להורות על השבה או שיפוי אם החוזה סוכל. פרק זה יוקדש להצגת עיקרי דיני הסיכול השוררים מאז חקיקתו של חוק החוזים (תרופות).

סעיף 18 (א) לחוק מונה שישה תנאים מצטברים לתחולתה של עילת הסיכול: (1) החוזה הופר; (2) בעת כריתת החוזה המפר לא ידע או צפה את הנסיבות המסכלות; (3) בעת כריתת החוזה המפר לא היה צריך לדעת או לצפות את הנסיבות המסכלות; (4) המפר לא יכול היה למנוע את קרות הנסיבות המסכלות; (5) בשל אותן נסיבות קיום החוזה הוא בלתי-אפשרי; (6) בשל אותן נסיבות קיום החוזה שונה באופן יסודי ממה שהוסכם בין הצדדים.²⁶

התנאי הראשון לתחולתה של טענת הסיכול הוא שהחוזה הופר. הנפקות של תנאי זה היא שתחת הדין הנוכחי טענת הסיכול היא טענת הגנה של המפר.²⁷ ככזו, הטענה טומנת בחובה את קין מוסרי, שכן המעלה טענת סיכול נתפס מראש כמי שהפר את החוזה ופגע בחברו, אך מבקש פטור.²⁸ הנפקות המעשית של תנאי זה היא שלא די בכך שהתרחשו נסיבות שהופכות את ביצוע החוזה לבלתי-אפשרי, אלא שנדרשת הפרה בפועל של החוזה. לפי לשון הסעיף לא ברור אם ניתן להחיל את סעיף 17 לחוק, אשר עוסק בהפרה צפויה, ולהחיל את סעיף 18 גם כאשר ההפרה טרם התרחשה.²⁹ פורמלית, משמעות העובדה שהסיכול מהווה רק טענת הגנה היא שהמתקשר עדיין מחויב לבצע את החיוב החוזי, אך בית המשפט לא יפעיל את כוח הכפייה המסור לו לאכוף את החוזה.

פרידמן, שלו ומדינה מוסיפים וטוענים שישנם מקרים שבהם הנסיבות המסכלות מונעות משני הצדדים לקיים את חלקם בחוזה (למשל, מניעה חוקית לקיים את הוראות החוזה). במצבים מעין אלו ההבחנה בין "מפר" ל"נפגע" אינה מתאימה, ולדעת שלושת המלומדים השימוש במושגים "הפרה" ו"סיכול" בערבוביה שגוי.³⁰

25 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: "חוק החוזים (תרופות)" או "החוק").

26 החלוקה המוצגת כאן היא פרי הניתוח של המחבר. הספרות ניתחה וחילקה את מרכיביו של הסעיף באופנים מגוונים, ראו שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 627; מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 414-415, 440-442; ברק מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה בהצעה לחוק דיני ממונות: פוליטיקה ומשפט בניסוח קוד אזרחי" משפטים לו 458, 453 (1997) (להלן: מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה").

27 ע"א 345/82 עזבון ביסטרי נ' פדובה, פ"ד לט(3) 292 (1985) (להלן: עניין פדובה).

28 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 626.

29 ס' 17 לחוק החוזים (תרופות), לעיל ה"ש 25; להרחבה בשאלת תחולתה של תורת ההפרה הצפויה בדיני הסיכול ראו דויטש פרשנות הקודקס האזרחי החדש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 457-458.

30 דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט 721 (1998); גבריאלה שלו "לקראת דיני סיכול חדשים" ספר זיכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי 607, 613 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק,

יש לציין כי הגדרת טענת הסיכול כטענת הגנה של הצד אשר הפר את החוזה מונעת מנפגע ההפרה לטעון כי החוזה סוכל. קביעה זו שוללת את האפשרות של צד לחוזה לטעון לסיכול מטרה, שכן טענת סיכול המטרה איננה טענה שמועלית על ידי הצד שחיובו סוכל, אלא על ידי הנושה של החיוב, אשר צופה כי התועלת מביצוע החיוב נפגעה. יוער כי בפרשת **בן אבו הכיר** בית המשפט המחוזי באפשרות להשתמש בעילת הסיכול כטענה של נפגע ההפרה, זאת בהסתמך על עקרון תום הלב.³¹ באותו מקרה סטה בית המשפט מהלכת **פדובה**, וקיבל את טענת הסיכול כחלק מתביעה שהגיש המפר להצהיר על ביטול ההסכם.³² על פי פסק הדין של בית המשפט המחוזי ניתן להשתמש בטענה הסיכול כ"חרב" ולא רק כ"מגן".

התנאים השני והשלישי מהווים את המשוכה העיקרית עבור מתקשרים שטענו לסיכול החוזה. תנאים אלו בוחנים מה צפה וצריך היה לצפות המפר במועד כריתת החוזה. שני תנאים אלו הם החלק המרכזי של הסעיף, ומכיוון שהם הופכים את שאלת הצפי לאלמנט יסודי לקבלת טענת הסיכול, זכה המבחן שבסעיף 18 לכינוי "מבחן הצפיות".³³ התנאי השני הוא פשוט ליישום, שכן מדובר בבחינה סובייקטיבית עובדתית: האם המתקשר ידע שהנסיבות המסכלות יקרו או צפה אותן בפועל.

התנאי השלישי מורכב יותר; הסעיף נוקט לשון אובייקטיבית-נורמטיבית, ואילו בתי המשפט בישראל פירשו אותו כמבחן סובייקטיבי-היפותטי.³⁴ בית המשפט שינה את תוכנו של התנאי השלישי באמצעות שני מהלכים פרשניים.

ראשית, במקום לבחון אם המתקשר היה צריך לדעת על הנסיבות המסכלות או לצפות את התרחשותן, בית המשפט ביקש לבחון אם המתקשר היה יכול לצפותן.³⁵ שנית, בית המשפט העליון פסק כי חזקה שהמתקשר בחוזה הוא בעל יכולת צפייה בלתי-מוגבלת.³⁶ לשיטתו של בית המשפט העליון, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת **כץ**, המתקשר החוזי יכול לצפות בעת כריתת החוזה כל מאורע או התרחשות נסיבתית שיסכלו את החוזה.³⁷ בשורה של פסקי דין נקבע כי בכוחו של המתקשר לצפות מלחמות, פגעי מזג אוויר, משברים

מרדכי ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, (1995) (להלן: שלו "לקראת דיני סיכול חדשים"); מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 454.

31 ת"א (י-ם) 3531/01 **בן אבו חברה לבנין ולפיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל** – משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 21.7.2002); ראו גם ת"א (י-ם) 2259/08 **יורו ישראל נ' משרד הבינוי והשיכון** (פורסם בנבו, 4.3.2012).

32 עניין **פדובה**, לעיל ה"ש 27.

33 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 627–628.

34 דויטש **פרשנות הקודם האזרחי החדש**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 446.

35 שם, בעמ' 446; דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 32.

36 מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 443–444; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 484.

37 ע"א 715/78 **כץ נ' נצחוני**, פ"ד לג(3) 639, 643 (1979).

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

דיפלומטיים, משברים כלכליים ועוד.³⁸ שילובם של שני מהלכים פרשניים אלו שינה את אופיו של התנאי השלישי מסטנדרט של סבירות למבחן שאכנה "מבחן הצפיות המוחלטת", על שום ההנחה כי יכולת הצפייה של צדדים לחוזה היא מוחלטת.³⁹ בכך התעלם בית המשפט העליון ממבחן הצפיות המקורי המצוי בלשון החוק, ונמנע מליישם אותו. ככל שבתי המשפט פיתחו את מבחן הצפיות המוחלטת, הלכו דיני הסיכול בישראל והצטמצמו.⁴⁰ כיוון שבית המשפט רואה את המתקשר כבעל יכולת לצפות כל נסיבה מסכלת (הגם שהיא רחוקה או נדירה), נדרשו מתקשרים בכוח להכניס לחוזה תניות מפורשות של הגבלת אחריות, שאם לא כן יישאו באחריות לאותם אירועים.⁴¹ כפי שיוצג בהמשך, הפרשנות שניתנה לסעיף 18 על ידי בתי המשפט בישראל הפרה את האיזון העדין של האחריות החוזית ויצרה משטר נוקשה יתר על המידה.⁴² חשוב לציין שייטכן שבשנים האחרונות אנו עדים לתחילתו של שינוי בגישתו של בית המשפט בנוגע לסוגיה. בפסק הדין בעניין רגב נ' משרד הביטחון⁴³ ציין השופט אנגלרד בהערת אגב כי לדעתו ההלכה הקיימת מצמצמת מדי והביע נכונות להכיר בעילת הסיכול. אף על פי שערכאות אחרות חורגות מפעם לפעם ממבחן הצפיות המוחלטת,⁴⁴ יתר שופטי

- 38 ראו לדוגמה ע"א 101/74 לנדאו נ' פיתוח מקורות מים, פ"ד ל(3) 661 (1976); ע"א 421/74 שגן נ' מדר, פ"ד כט(1) 445 (1974); ת"א (ת"א) 2975/82 לרר נ' עיריית חולון, פ"מ תשמ"ד(1) 459 (1983); ע"א 736/82 כפר חסידים מושב עובדים דתי בע"מ נ' אברהם, פ"ד לט(2) 490 (1985); ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661 (1988); ת"א (ת"א) 651/92 בלוק אמריקה בע"מ נ' גזית ושחם חברה לבניין בע"מ (לא פורסם, 1993).
- 39 זאת, להבדיל מצפייה קונסטרוקטיבית, השוו ריקרדו בן-אוליאל "היסודות של דין הסיכול: סקירה ביקורתית לאור התפיסה של המשפט הקונטיננטלי" ספר לנדוי כרך ג, 1111, 1115 (אהרן ברק ואלניער מזוז עורכים, 1995) (להלן: בן-אוליאל "סקירה ביקורתית לאור התפיסה של המשפט הקונטיננטלי").
- יצוין כי הגישה שלפיה הכול צפוי עוררה קשיים גם במסגרת דיני הנזיקין. ראו למשל הביקורת המובאת בפסק דינו של השופט אנגלרד: דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד (פורסם בנבו, 19.5.2003).
- 40 ראו פסק דינה של השופטת אגמון-גונן בעניין ת"א (ת"א) 1072/07 גדעון נ' פוקס (פורסם בנבו, 7.3.2010): "בתי המשפט בעבר לא קיבלו את טענת הסיכול גם במקרים קלאסיים כמו פגעי טבע, מלחמות והפיכות. כתוצאה מהפירוש שניתן לאפשרות הצפייה בבתי המשפט, לפיו אין דבר שלא ניתן לצפותו בכוח, אין למעשה פסקי דין שקיבלו טענת סיכול, והאחריות החוזית הפכה, בהיבט זה, לאחריות מוחלטת"; ראו לציין כי בכמה מקרים מעטים וחריגים הוכרה טענת סיכול החוזה, ראו למשל ע"א 6450/93 ענבר נ' דנגור (פורסם בנבו, 26.2.1997); דויטש פרשנות הקודקס האזרחי החדש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 445.
- 41 אגמון-גונן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 288–289; דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 14, 32.
- 42 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 628–630; דברי הסבר להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 763.
- 43 ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, 517 (2000); אנגלרד הכריע לפי תפיסה זו בע"א 5628/99 מרקין נ' משה, פ"ד נז(1) 14 (2002), אך היה בדעת מיעוט.
- 44 ת"א (חי') 613/94 נוה הרודין בע"מ נ' פ.ד.ד. חברת מגורים ובענין בע"מ (פורסם בנבו, 21.8.2000); ת"א (י-ם) 869/93 כהן נ' כהן (פורסם בנבו, 6.2.2000) (להלן: עניין כהן);

בית המשפט העליון לא הצטרפו לעמדתו של השופט אנגלרד, וההלכה הפסוקה היא שיש לפרש את סעיף 18 לחוק באופן צר, על פי מבחן הצפיות המוחלטת.⁴⁵ התנאי הרביעי (אי־כולת מניעה) מזכיר את מוסד האשם, שאיננו קיים ככלל בדיני החוזים, אך מציב רף גבוה יותר מדרישה רגילה להיעדר אשם: לא די בכך שהמפר לא גרם לנסיבות המסכלות, עליו להוכיח כי לא היה בכוחו למנוען. דרישה זו מצמצמת את היקף דיני הסיכול ואינה מאפשרת תחולה שלהם כאשר התרחשו נסיבות מסכלות על ידי גורם חיצוני לחוזה, אך ניתן היה למנוען.⁴⁶ מעניין להזכיר בהקשר זה את הדמיון לדין הצרפתי, שם טענת הסיכול תתקבל רק בהיעדר אשם מצד המתקשר. עם זאת, בדיני החוזים בצרפת מושג האשם מפורש בצורה מרחיבה, כך שהיעדר אשם יוכר רק כאשר ההפרה נגרמה עקב כוח עליון (force majeure), קרי נסיבות שמחוץ לשליטתו של המתקשר.⁴⁷ התנאים החמישי והשישי נוגעים לטיבן של הנסיבות המסכלות. סיכול יוכר רק אם הנסיבות שהובילו אליו הפכו את קיום החוזה לבלתי־אפשרי או שונה מהותית ממה שעליו הוסכם. הספרות עסקה בשאלה אם קיום "בלתי־אפשרי" כולל גם מצבים שבהם הקיום החוזי הפך בלתי־חוקי, ונראה כי התשובה לכך חיובית, בין שמכוח פרשנות תכליתית של סעיף 18 לחוק ובין שעל ידי פנייה לסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), הקובע שחוזה בלתי־חוקי בטל.⁴⁸ שאלה אחרת מתעוררת נוכח היעדרה של עילת סיכול המטרה מלשון הסעיף, ולכן לא ברור אם ניתן להחיל את סעיף 18 כאשר קיום החוזה אפשרי אך עקר. נראה שניסוח עילת הסיכול כטענת הגנה אשר שמורה רק למפר מונעת מן הצד שמנגד לטעון לסיכול מטרה.⁴⁹

בדין הנוכחי ישנן ארבע נפקויות עיקריות לקבלת טענת הסיכול.⁵⁰ ראשית, כיוון שעסקינן במצב של הפרת החוזה, עד שזה לא יבוטל לפי הוראות סעיפים 6–7 לחוק, החוזה

בע"ע (ארצי) 256/08 קוקא נ' שוורץ, פס' 54 (פורסם בנבו, 13.2.2011) טען השופט פליטמן כי "דין הסיכול במשפט הישראלי אינו נוקשה כבעבר" וכי "ניתן להבחין בניצני שינוי"; וכן פסק הדין בעניין גרעון, לעיל ה"ש 40. על האחרון הוגש ערעור לבית המשפט העליון, אשר בהסכמת הצדדים הכריע בו על דרך הפשרה ופסק פיצוי מוקטן לתובע (ע"א 3531/10 גרעון נ' פוקס (פורסם בנבו, 23.5.2011)). לא ניתן לקבוע אם הקטנת הפיצוי מעידה על תמורה בגישתו של בית המשפט העליון לעילת הסיכול, שכן פסק הדין אינו מנומק.

ראו למשל עניין בנק לאומי, לעיל ה"ש 3, פס' 93; ע"א 5054/11 ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד) בע"מ נ' אמסטר (פורסם בנבו, 7.3.2013); בע"מ 9825/05 חמדאן נ' אחמד (פורסם בנבו, 28.10.2009); יוער כי בראשית שנת 2000, בעת שכיהנה בבית המשפט המחוזי, הכירה השופטת פרוקצ'יה כי חוזה סוכל (ראו עניין כהן, לעיל ה"ש 44). מאוחר יותר באותה שנה, כשכיהנה בבית המשפט העליון וישבה בדין בעניין רגב, לעיל ה"ש 43, נמנעה השופטת פרוקצ'יה מלתמוך בעמדתו של השופט אנגלרד.

מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 440–441.

BARRY NICHOLAS, FRENCH LAW OF CONTRACTS 194–195 (1982).

48 חוק החוזים (חלק כללי), לעיל ה"ש 21; מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 421; שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 636.

49 ראו לעיל ה"ש 15–16 והטקסט הנלווה להן.

50 מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 458–459.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

והחיובים מכוחו עומדים בתקפם.⁵¹ שנית, משנתקבלה טענת הסיכול, המפר זוכה להגנה מפני תביעות לאכיפת החוזה או לפיצויים עקב ההפרה (לפי סעיפים 3 ו-10 בהתאמה).⁵² שלישית, לבית המשפט מסורה הסמכות להורות על השבה, גם אם לא בוטל החוזה. רביעית, בית המשפט רשאי לחייב את המפר לשפות את הנפגע בגין הוצאות סבירות שהוציא.⁵³

לסיכום, כיום טענת הסיכול היא טענת הגנה הנטענת בהתקיים הפרה של החוזה. קבלת טענת הסיכול מבוססת בעיקר על מבחן הצפיות, אשר פורש באופן שצמצם במידה ניכרת את היקף טענת הסיכול. כפי שמסכמת שלו, התוצאה של פרשנות מצמצמת זו היא ש"סעיף 18 הפך כמעט לאות מתה בחקיקה".⁵⁴ אם תתקבל טענת הסיכול, החוזה יעמוד בתוקפו, אך המפר יהיה מוגן מפני תביעות לאכיפה ולפיצויים.

3. הדין המוצע – הצעת חוק דיני ממונות

הצעת חוק דיני ממונות היא אחד המפעלים החקיקתיים השאפתניים, בהיקפם ובעומקם, שנעשו בשיטת המשפט הישראלית. להצעת החוק אופי קודיפיקטיבי מובהק, שכן היא מבקשת לאחד מספר רב של חיקוקים נפרדים, כדי לעדכנם, להשלים חסרים ולהבטיח אחידות בין ההסדרים השונים.⁵⁵

51 ראו דבריו של השופט ברק (כתוארו דאז) בע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר חברה לבנין והשקעות בע"מ נ' הוך, פ"ד לז(3) 393, 414 (1983): "אין הסיכול כשלעצמו מביא לבטלותו או לנפסדותו של החוזה. כדי שהחוזה יבטל יש צורך בקיום עילה כדין לכך, כגון שהחוזה הופר".

52 ס' 18(א) לחוק החוזים (תרופות); מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 455; דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 18, 21.

53 ס' 18(ב) לחוק החוזים (תרופות).

54 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 46; דויטש פרשנות הקודקס האזרחי החדש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 445.

55 במסגרת ההצעה מוצע לערוך שינויים חשובים רבים במשפט האזרחי. בין היתר, ניתן למנות את הצגת תכליות הקודקס ועקרונות-העל, שלאורם יש לפרש את הקודקס. הגדרה חקיקתית של עקרונות יסוד במשפט הפרטי היא חדשנית ושאפתנית ביותר. ראו ס' 1-5 להצעה, לעיל ה"ש 1. בנוסף, מוצע לערוך רפורמה מעמיקה בכל הנוגע למצבים של ריבוי חיובים וריבוי נושים. ראו ס' 75-97 להצעה, לעיל ה"ש 1; דברי הסבר להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 742-744. כמו כן, מוצע להסדיר את התרופות החוזיות והנזיקיות בפרק אחד, כך שהפרת חוזה תהווה עוולה אזרחית לצד עוולות נזיקיות דוגמת עוולת הרשלנות. ראו יהודה אדר "על הדבש ועל העוקץ – הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי" משפט ועסקים ה' 347 (2006). במסגרת הפרק העוסק בדיני הנזיקין מוצע להרחיב את חסינותם של עובדי ציבור גם למצבי רשלנות. ראו ס' 379 להצעה, לעיל ה"ש 1. פרק זה כולל גם הצעות להרחיב את הגדרת עוולת הרשלנות ולשנות את מבחן הקשר הסיבתי העובדתי בין העוולה לנזק. ראו בהתאמה: ס' 386 ו-365 להצעה, לעיל ה"ש 1. פרק הנכסים בקודקס מעניק למחזיק שלא כדין בנכס הגנה מפני הסגת גבול וכן זכות לפעיל כוח כדי למנוע תפיסה של הנכס. ראו שם, ס' 503-505 להצעה. במסגרת החלק השישי להצעה, מוצעת רפורמה בדיני ההתיישנות, שעיקרה בקיצור תקופת ההתיישנות הכללית משבע לארבע שנים. ראו ס' 826 להצעה, לעיל

עוד בטרם נחקקה, זכתה ההצעה להתייחסות נרחבת במסגרת הספרות המשפטית, אשר הביעה דעות מגוונות בנוגע לקודקס בכללותו ולפרק הסיכול בפרט. מדינה טוען כי מנוסחה של הצעת החוק עולות תפיסות מתחרות, וכי מנסחי ההצעה נמנעו מלהכריע ביניהן. טענה זו מודגמת בפירוט בנוגע לפרק בדבר סיכול החוזה, שלגביו נטען כי מההסדר החדש לא ברור איזו גישה בית המשפט נדרש ליישם.⁵⁶ ביקורת נוספת הועלתה על ידי גרוסקופף, אשר טוען כי הקודקס החדש אינו צפוי לחולל שינויים מהותיים או עקרוניים במשפט הישראלי. גרוסקופף מפנה טיעון זה גם כלפי פרק הסיכול ומציין כי זהו אחד השינויים הגדולים בהצעה, אך לא ברור אם הנוסח המוצע יחייב את בית המשפט לסטות מן הפרשנות הקיימת לסעיף 18 לחוק.⁵⁷ נבו ופרוקצ'יה סבורים כי אידאל השלמות והקהרנטיות, שעליו מבוססת ההצעה, אינו מושג בשל השימוש הנרחב במונחי שסתום, שיפורשו על ידי בית המשפט. לדעתם, ניתן להבטיח ודאות משפטית באמצעות כללים ברורים שייקבעו בחקיקה של הכנסת.⁵⁸ ביקורת במישור שונה הועלתה על ידי ברק-ארז ודויטש, אשר התייחסו להסדרים הנעדרים מן הקודקס. שני המלומדים מבקרים את הבחירה שלא לכלול בקודקס ענפי משפט הנוגעים לחיי היום-יום של אנשים פרטיים, דוגמת דיני הגנת הצרכן, דיני העבודה ודיני המשפחה.⁵⁹ לצד הביקורות השונות, ברק ושלו מביעים תקווה ואופטימיות בנוגע להצעה. שלו סבורה כי הקודקס כולל חידושים ותיקונים לחקיקה הישראלית וכי הרפורמה בדין הסיכול רצויה, שכן נבחר מבין "גמיש וצודק יותר", התואם מגמות מודרניות בדיני חוזים.⁶⁰

בחלק מן ההסדרים שנכללים בהצעת החוק לא נעשו שינויים מרחיקי לכת בדין המהותי. השינויים שמוצע לערוך הם, לרוב, תיקוני עדכון, השלמה ודיוק. לא כך בתחום דיני הסיכול. זהו אחד השינויים הדרמטיים ביותר שהצעת החוק מבקשת לחולל במשפט האזרחי. לפני הדיון בתוכנה, ראוי לציין כי הצעת החוק עוסקת בשאלת סיכול החוזה באופן מעמיק הרבה יותר מאשר חוק החוזים (תרופות). כיום סעיף אחד מסדיר את הסוגיה, ואילו בהצעת החוק מוקדשים לסוגיה שבעה סעיפים. פרק זה יציג את עיקרי השינוי המוצע.

- ה"ש 1; דברי הסבר להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1053–1054. להרחבה ראו מיגל דויטש "הנדסת" הקודיפיקציה של המשפט האזרחי – הצעת מבנה "משפטים כט 587 (1999) (להלן: דויטש "הנדסת הקודיפיקציה"); תזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו–2006; להרחבה ראו אהרן ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" **עיוני משפט ג** 5 (1973). מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 455–456, 486.
- 56 עופר גרוסקופף "הצעת חוק דיני ממונות: תקוות גדולות – הגשמה צנועה" **משפטים** לו 413, 430–431, ה"ש 16 (2007).
- 57 שרון נבו ואוריאל פרוקצ'יה "מהפך! על הקודקס האזרחי החדש" **משפט ועסקים** ד 95, 130–132 (2006) (להלן: נבו ופרוקצ'יה "מהפך").
- 58 דפנה ברק-ארז "הקודקס האזרחי החדש: הבין הקהילה המקצועית לחברה" **מחקרי משפט כד** 413, 421–422 (2008); סיני דויטש "החקיקה הצרכנית והקודיפיקציה האזרחית" **משפטים** לו 499, 510–511 (2007).
- 60 אהרן ברק "מבוא להצעת הקודקס האזרחי" **משפטים** לו i (2006); שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 5–10, 617.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

הפרק העוסק בסיכול החוזה נפתח בסעיף ההגדרות, אשר מגדיר "אירוע מסכל" כמקרים שבהם קיום החוזה הפך בלתי-אפשרי, בלתי-חוקי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים. נוסף על כך, גם נסיבה המסכלת את מטרת ההתקשרות תוגדר כאירוע מסכל. בכך למעשה מכירה הצעת החוק בכל העילות לסיכול חוזה, החל בעילת היסוד של חוסר אפשרות, דרך אי-המעשיות וכלה בסיכול המטרה.⁶¹

השינוי העקרוני שהצעת החוק מבקשת לערוך בדיני הסיכול הוא הרחבת היקף טענת הסיכול. השינוי מושג באמצעות אימוץ מבחן חדש, אשר יחליף את מבחן הצפיות, והוא "מבחן הסיכון", בהשראת הדין האמריקני.⁶² לפי מבחן זה, בית המשפט לא יסתפק בבחינת הצד הטוען כי חיובו סוכל, אלא יבחן על מי מבין הצדדים לחוזה הוטלה האחריות לאירוע המסכל.⁶³ קרי, טענת סיכול מבחינה בין האחריות של צד לחוזה לבצע חיוב חוזי לבין נטילת הסיכון שאירוע חיצוני יסכל את אותו חיוב. זהו מבחן גמיש ונסיבתי, שבוחן מי מהצדדים נטל על עצמו אחריות לסיכון שהתממש – במפורש או במשתמע – או אם מן הצדק להטיל עליו את האחריות לסיכון.⁶⁴

הגם שהצעת החוק טרם נתקבלה, בשנים האחרונות ניתן למצוא שימוש של בתי המשפט במושגים הקשורים בחלוקת הסיכונים בין הצדדים, כחלק מדיון בתחולת עילת הסיכול.⁶⁵ בהחלטה שניתנה על ידי השופטת ארבל נקבע: "איני רואה כל יסוד לטענה כי אי הסדרת ההיתרים על-ידי המבקשת הייתה בלתי צפויה בעת כריתת ההסכם, אלא לטעמי מדובר בסיכון שהמבקש נטל על עצמו בעת כריתת החוזה".⁶⁶ דוגמה נוספת ניתן למצוא בפסק הדין שניתן בפרשת גרניט הגליל⁶⁷, שם בחן סגן הנשיא גינת את תחולתה של עילת הסיכול לפי מבחן הסיכון. מגמה זו של "זליגה" לעבר המבחן שטרם התקבל איננה משמעותית, אך להערכת ישיבה כדי להעיד על הציפייה לקראת אימוץ מבחן הסיכון.

- 61 ס' 130 (א) ו (ב) להצעה, לעיל ה"ש 1; דברי הסבר להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 764–763; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 491–492.
- 62 מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 461, שלו "לקראת דיני סיכול חדשים", לעיל ה"ש 30, בעמ' 614–615.
- 63 ס' 131 להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 1; דברי הסבר להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 764; מעניין לציין כי מבחן דומה אומץ על ידי הפסיקה במסגרת סוגית הטעות בכריתת חוזה ובעיקר במסגרת טענת הטעות בכדאיות עסקה, אשר מעוגנת בס' 14 (ד) לחוק החוזים (חלק כללי). ראו ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 19.5.2003).
- 64 ס' 131 (ב) להצעה, לעיל ה"ש 1; דויטש פרשנות הקודקס האזרחי החדש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 447.
- 65 ת"א (י-ם) 2259-08 יורו ישראל נ' משרד הבינוי והשיכון, פס' 20 (פורסם בנבו, 4.3.2012).
- 66 רע"א 3126/09 נאחוסני נ' סתוי (פורסם בנבו, 20.1.2010).
- 67 ת"א (חי') 437/00 גרניט הגליל בע"מ נ' שיש אלוני בע"מ, פ"מ התשסד (2) 289, 299–300 (2006): "אינני יכול לקבוע באופן חד-משמעי כי הנתבעת לקחה על עצמה סיכון כי המוצר של היצרן יתברר כמוצר כושל שאינו ראוי לשימוש. מנגד, אם ננתח את מבחן הסיכון מבחינה כלכלית, הרי שהנתבעת צפויה הייתה, בעת כריתת החוזה, להימצא בעמדה טובה יותר להתמודד עם סיכון בנוגע לטיב המוצר".

פרט לנכונות העקרונית של מנסחי הצעת החוק להכיר בצורה רחבה יותר בטענת הסיכול, ניתן לראות שמבחינה תאורטית מדובר בשינוי יסודי בהשוואה למבחן הנוכחי. מבחן הצפיות (הן בנוסחו הלשוני והן בפרשנות שניתנה לו) מתמקד בצד שטוען את טענת הסיכול, ואילו מבחן הסיכון בוחן את שני הצדדים לחוזה ומשרטט את חלוקת הסיכונים ביניהם.⁶⁸ מוקדם לקבוע כיצד יעוצב מבחן הסיכון, אך ניתן לזהות כי בית המשפט יהיה מוסמך להביא בחשבון את תוכן החוזה (נטילת סיכון מפורשת), את התנהגותם של הצדדים, את הנסיבות שאפפו את כריתת החוזה וביצועו (נטילה משתמעת) ואף שיקולים נורמטיביים שונים לרבות מאזן הנוחות של הצדדים ושיקולי יעילות כלכלית.⁶⁹

עילה מקבילה לסיכול החוזה היא הטעות המשותפת, הקבועה בסעיף 14(ב) לחוק החוזים (החלק הכללי). דיני הסיכול עוסקים במאורע שהתרחש לאחר כריתת החוזה, ואילו טעות משותפת מתרחשת כאשר הצדדים טעו בנוגע לנסיבות שהיו קיימות במועד כריתת החוזה.⁷⁰ למרות הדמיון הרב בין שתי העילות, הדין הקיים והדין המוצע אימצו מבחנים שונים עבורן. במסגרת הדין הקיים, טעות משותפת מתרחשת כאשר הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על הטעות – נוסח דומה מאוד למבחן הצפיות הקבוע בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות). סמכותו של בית המשפט לבטל את החוזה בשל טעות משותפת קמה "אם ראה שמן הצדק לעשות זאת".⁷¹ הפנייה לשיקולי צדק בסעיף 14(ב) מנוסחת באותו האופן שבו מנוסח סעיף 131(ב) בקודקס. סעיף 112(א) לקודקס מסדיר את הטעות המשותפת באותו אופן, והשינוי היחיד הוא המעבר משקילת שיקולי צדק ל"טעמים מיוחדים", ניסוח עמום אף יותר. אני מסכים עם ביקורתו של מדינה שלפיה אין הצדקה להשתמש במבחנים משפטיים שונים לסוגיות כה דומות, אשר עוסקות בביטול החוזה בשל התממשות של סיכון לא ידוע או לא צפוי. לא ברור מדוע מוצע כי טעות משותפת תיבחן לפי מבחן צפיות המשלב "טעמים מיוחדים", ואילו נסיבות חדשות (סיכול) ייבחנו לפי מבחן הסיכון.⁷² כפי שנראה בהמשך, לשני מבחנים אלו בסיס תאורטי שונה, וגם הפנייה לשיקולי צדק איננה מובנת מאליה. כיוון שהקודקס ישנה את המבחן לסיכול חוזה ממבחן הצפיות למבחן הסיכון, היה ראוי להתאים לכך גם את דיני הטעות, כדי להבטיח אחידות. שינוי נוסף שהצעת החוק מבקשת לערוך הוא באשר לנפקות ההכרה בעילת הסיכול. כאמור, סיכול לפי סעיף 18 לחוק יעניק לצד המפר הגנה מפני תביעות אכיפה ופיצויים.⁷³

68 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 631–632; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 459–461.

69 דויטש פרשנות הקודקס האזרחי החדש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 447–448.

70 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 641; להרחבה על הקרבה בין שתי העילות ראו עומרי בן שחר ויובל פרוקצ'יה "דיני חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 153, 177–179 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

71 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 288–289.

72 מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 489–491.

73 ראו לעיל ה"ש 52 והטקסט הנלווה לה.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

ההצעה מבקשת לשנות תוצאה זו ולקבוע כי משסוכל החוזה, הוא פוקע ומאבד מתוקפו.⁷⁴ אופרטיבית זוהי תוצאה דומה, אך משפטית יש הבדל בין חוזה שריר, שבית המשפט לא יסייע באכיפתו, לבין חוזה בטל. עקב כך משתנה מיקומם של דיני הסיכול במסגרת דיני החוזים. כטענת הגנה במקרה של הפרה, דיני הסיכול מוקמו בחוק התרופות; אך כיוון שהצעת החוק מבקשת להכיר בדיני הסיכול כבעלי השפעה על תוקפו של החוזה, מוצע כי דיני הסיכול יהוו חלק מדיני החוזים הכלליים.⁷⁵ למעבר מטענת הגנה של המפר לטענה מהותית המשפיעה על תוקפו של החוזה יש גם משמעות ערכית וסמלית. בדין הקיים, גם קבלת טענת הסיכול תשאיר את הצד שטען לה בחזקת מפר, ואילו הדין המוצע אינו נדרש למושג ההפרה ולכן אינו מכתים מי מהצדדים במום המוסרי המזוהה עם הפרת חוזה.⁷⁶ בהתאם לשינוי הטרמינולוגי אשר מוצע בקודקס, להלן יכוננו הצדדים לחוזה "חייב" ו"נושה".

חידוש נוסף בהצעת הקודקס הוא ביצירת האפשרות לקיום בקירוב. דוקטרינה זו מאפשרת, במקרים מסוימים, להתאים את החוזה לשינוי בנסיבות, כדי לקיימו למרות התרחשותו של האירוע המסכל. לפי סעיף 135 להצעה, היה והחוזה סוכל, דיני הסיכול לא יחולו אם הנושה דרש לקיים את החוזה בקירוב והתאמת החוזה לא תשנה את מהותו.⁷⁷ דוקטרינה זו הוכרה בעבר על ידי בתי המשפט, אף שהיא טרם זכתה לעיגון חקיקתי.⁷⁸ מדינה סבור כי הדוקטרינה מעוררת כמה קשיים, דוגמת העובדה שהזכות לדרוש קיום בקירוב שמורה רק לנושה וכי קיום בקירוב כרוך בשינוי תוכן החוזה על ידי בית המשפט, ללא צורך בהסכמת שני הצדדים לחוזה.⁷⁹

74 ס' 131 (א) ו-132 ודברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 764; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 463.

75 דויטש פרשנות הקודקס האזרחי החדש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 448–449.

76 שם, בעמ' 449; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 492–493.

77 יש לציין כי הזכות לדרוש את הקיום בקירוב שמורה רק ל"נושה", אותו צד שיכול היה לקיים את כל חיוביו. לדוקטרינה פן מהותי ותרופתי, שכן מחד היא מבטלת את סיכול החוזה שלו השפעות מהותיות, מאידך הענקת הזכות לדרוש ביצוע בקירוב ניתנת רק ל"נושה", ובכך היא מזכירה את דוקטרינת האכיפה בקירוב, שלה אופי תרופתי מובהק. ראו לדוגמה: ע"א 289/78 אשד נ' לובר, פ"ד לג(1) 13 (1978).

במסגרת ס' 133 ו-134 ההצעה מסייגת את דיני הסיכול בשני ממדים: בממד הזמן ובממד החיובים השונים בחוזה. בממד הזמן נקבע הסייג כי כאשר האירוע המסכל הוא זמני, חיובי החוזה יידחו, אם אין בדחייתם לשנות את החוזה באופן יסודי. ניתן לראות את השעיית חיובי החוזה כמעין "ביצוע בקירוב", שכן החוזה מותאם לנסיבות החדשות, אשר דורשות השעיית החיובים. בממד תוכנו של החוזה יושם העיקרון כי כאשר ניתן להפריד את החוזה לחלקים וסיבת הבטלות נוגעת רק לאחד מחלקיו – יבוטל רק אותו חלק בלבד. כך, ס' 136 (שכותרתו "סיכול חלקי") מחיל את ס' 117 (א) לקודקס אשר קובע עיקרון זה. ראו דויטש פרשנות הקודקס האזרחי החדש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 452–453, 456; מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 432–433; ס' 117 (א) להצעה, לעיל ה"ש 1; דברי הסבר להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 765.

78 מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 460–462.

79 מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 495–496.

לסיכום, שני השינויים העיקריים אשר מוצע לערוך בהסדר הקיים נוגעים למבחן שיקבע אם סוכל החוזה (מעבר ממבחן הצפיות למבחן הסיכון) ולנפקות טענת הסיכול (מטענת הגנה לפקיעת החוזה). הצעת חוק דיני ממונות מבקשת לשנות את דין הסיכול בישראל מיסודו. ההיבט אשר משפיע יותר מכול על עילה או זכות משפטית הוא ההגדרה או המבחן הקובעים את תחולתה. ואכן, השינוי הדרמטי ביותר שנערך בדין הסיכול הישראלי הוא הרביזיה במבחן הסף לתחולתה של טענת הסיכול. אין מדובר בתיקון ההסדר הקיים, אלא בהחלפתו בהסדר שונה בתכלית, המשקף תפיסה אחרת של דיני החוזים. לכן ניתן להעריך את ההסדר המוצע רק דרך בחינת היסודות התאורטיים שעליהם הוא מבוסס. הפרק הבא יבחן תאוריות שונות לדיני החוזים ואת דוקטרינות הסיכול שהן מנביעות.

ג. ניתוח תאורטי של דיני הסיכול

השינוי הדרמטי ביותר שמוצע במסגרת הפרק בדבר סיכול חוזה, נוגע בלב לבה של סוגיית הסיכול: המבחן לקבלתה של טענת סיכול.⁸⁰ המבחן שבאמצעותו יכריע בית המשפט אם סוכל חוזה, ישפיע לא רק על זכויותיהם של הצדדים לחוזה, אלא גם על רמת האחריות החוזית במשפט הישראלי.⁸¹

פרק זה יבקש להתחקות אחר התאוריה של דיני הסיכול ואחר המבחנים המוצעים בספרות ובשיטות משפט שונות, כדי לבחון בצורה יסודית את הרביזיה העמוקה ביותר שנעשת בתחום החיובים הרצוניים במסגרת הצעת החוק. כל התאוריות שיוצגו מבקשות להשיב על שאלת היסוד של הסוגיה: כיצד להתמודד עם מאורע שמונע את קיום החוזה או משנה אותו בתכלית, והוא אינו מוזכר בחוזה. במרכז הפרק תעמוד הגישה הכלכלית-רציונלית. הגישה הכלכלית מבקשת להשיא את הרווחה החברתית המצרפית (cumulative social welfare) ולכן היא מתמקדת בהגברת הוודאות החוזית כדי לייעל את השימוש בחוזים כמכשיר חברתי חשוב.⁸²

1. תאוריות קלאסיות בדיני חוזים

80 מיותר לציין כי הפעלתו של דין הסיכול מעלה שאלות רבות נוספות (שחלקן מתגלמות בשינוי המוצע בקודקס), דוגמת הכרה באי-מעשיות כמצדיקה פטור (בנוסף על אי אפשריות), הסמכות לחייב את הצדדים בהשבה או בשיפוי, סיכול זמני וסיכול חלקי של החוזה ועוד. עם זאת, רשימה זו תתמקד במבחן לקיומו של סיכול.

81 מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 412–413; דויטש פרשנות הקודקס האזרחי החדש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 448.

82 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 622; להרחבה בנוגע לגישות התאורטיות השונות והשפעתן על עיצוב המסגרת החוזית ראו שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא 33 (1991); אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647, 649–657 (1999).

אחריות ללא סייג

הגישה המסורתית לדיני החוזים, שהתעצבה עד המאה התשע־עשרה בבריטניה, החזיקה בעמדה הפורמליסטית והחד־ממדית, שלפיה החוזה הוא ביטוי משפטי מחייב וכופה להתחייבויות והבטחות.⁸³ כל מהותו של החוזה המשפטי היא יצירת מסגרת משפטית מחייבת. לפי תפיסה זו, כיוון שהצדדים לקחו על עצמם מרצון אחריות מלאה לחיובי החוזה, האחריות החוזית היא מוחלטת.⁸⁴ התוצאה של תפיסה זו של מוסד החוזה היא היעדר הכרה בפטור מאחריות על רקע שינוי נסיבות שהפך את קיום החוזה לבלתי־אפשרי או לשונה באופן יסודי. צד שנטל על עצמו התחייבות חוזית מחויב לקיים את החוזה או לשלם פיצויים בגין הפרתו.⁸⁵

גישה זו מבוססת על התאוריה הליברטריאנית, שלפיה חירותו של הפרט היא ערך עליון והיא נועדה להגן עליו מפני הזולת ומפני השלטון ולכן חירות זו מוחלטת.⁸⁶ מכאן נגזר העיקרון המפורסם בדבר "חופש החוזים"; מכיוון שלפרט ישנה חירות מלאה לעצב את החוזה כרצונו, לרבות באמצעות תניות פטור מאחריות, הוא אינו נהנה מכל פטור אחר ולכן אינו רשאי להתנער מן ההתחייבות החוזית בטענה שחלו שינויי נסיבות.⁸⁷ לפי הליברטריאניזם, פנייה לבית המשפט בבקשה שיפסוק שהחוזה סוכל או שיש להתאימו לנסיבות החדשות, תהווה התערבות של המדינה באוטונומיה של הפרט ולכן היא פסולה.⁸⁸ אדן גוסף של הגישה המסורתית הוא בהנחה כי המתקשרים בחוזה נמצאים בעמדה שווה טרם כריתת החוזה וכי הם כפופים במידה שווה להוראות החוזה. היסודות של גישה זו מצויים בהגות המודרנית וכן בערכים נוצריים, שלפיהם כל בני האדם שווים בפני האל.⁸⁹

83 PATRICK S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT 36–39, 139–150 (1979); להרחבה בעניין הפורמליזם המשפטי ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503, 511–507 (1993) (להלן: מאוטנר "ירידת הפורמליזם").

84 מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 369–370; רונן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 41–50; אריאל פורת "חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה" **עיוני משפט** טז 65, 66 (1991) (להלן: פורת "חלוקת אחריות").

85 TREITEL, לעיל ה"ש 10, בעמ' 13–14; מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 370; פרשת *Paradine v. Jane*, להלן ה"ש 118; דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 13–14.

86 ATIYAH, לעיל ה"ש 83, בעמ' 13, 400–410; לניתוח מורחב של השפעות התאוריה הפורמליסטית והליברטריאנית בהקשר של דיני הקניין, ראו חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** (2005) 37–25.

87 ATIYAH, לעיל ה"ש 83, בעמ' 6, 30, 116, 202; גר טדסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו" **מחקרים במשפטנו הפרטי** 30, 32–33, 36 (1958) (להלן: טדסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו"); מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 372.

88 שם, בעמ' 370–371; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 16–17, 37–38.

89 ATIYAH, לעיל ה"ש 83, בעמ' 36, 39–41.

מאוטנר ודויטש מכנים גישה זו כ"אידאליסטית", כיוון שהיא מבטאת תפיסה לא מציאותית של תהליך התכנון החוזי ושל מוסד החוזה כולו.⁹⁰ כך, בגישה המסורתית, החירות המוחלטת מהווה הנחת יסוד מוצקה – לכן אין היא מביאה בחשבון שהמתקשר פועל תחת אילוצים או מגבלות כלשהם (למשל, היעדר אלטרנטיבות או התנגדות של הצד שכנגד לכלול בחוזה תניית פטור). התפיסה רואה את המתקשרים כרציונליים לחלוטין (כפי שהתאוריה הכלכלית הקלאסית מניחה) ולכן מסיקה שהם מסתמכים על מידע מלא ושווה, שעל בסיסו הם מקבלים החלטות רציונליות. גם ההנחה כי במעמד כריתת החוזה ניתן לחזות כל התפתחות עתידית ולתת לה ביטוי בחוזה איננה מציאותית.⁹¹ בנוסף, ספק אם ההנחה בדבר השוויון בין המתקשרים הייתה נכונה בשעתה. אמנם באותה תקופה טרם התמסדו באופן מלא דיני חוזים עבור יחסים בלתי-שוויוניים באופן מובנה (דוגמת חוזי עבודה וחוזים צרכניים), אך לא ניתן לומר כי עד המאה התשע-עשרה לא נכרתו בבריטניה חוזי עבודה, או חוזים להספקת טובין בין ספקים לצרכנים פרטיים. הגם כי עד למאה התשע-עשרה הפכה בריטניה ממונרכיה פיאודלית לדמוקרטיה מונרכית, בחברה הבריטית נכרתו חוזים על רקע פערי כוחות כלכליים ומשפטיים.⁹²

ביקורת נוספת היא כי גישה זו ביצרה את מעמדו של החוזה יתר על המידה והעדיפה להגן על יכולת ההסתמכות על ההבטחה החוזית, גם במחיר של יצירת אחריות חוזית אשר עלולה להרתיע את הצדדים שמא החיוב החוזי יעמוד גם אם הנסיבות ישתנו.⁹³ ביקורת רבה נמתחה על הכפפתם של מתקשרים בשר ודם לסטנדרטים מוחלטים, באופן שמתעלם מנסיבותיו של כל מקרה ומהשאיפה להגיע לתוצאה צודקת והוגנת. התפיסה הרווחת כיום היא כי גישה זו מייצגת עמדה שמרנית מדי, שאיננה מתאימה למגמות מודרניות במשפט ובחברה.⁹⁴ גרנט גילמור (Gilmor) מסביר כי אף שיטת משפט לא אימצה גישה נוקשה זו באופן עקבי, ככל הנראה משום שלא ישים להטיל על המתקשרים בחוזה אחריות מוחלטת וללא סייגים.⁹⁵ לדעתו, שרידיה של גישה זו מהדהדים במבחן הצפיות המוחלטת, שכן המשותף להן הוא הטלת אחריות חוזית מוחלטת על הצדדים מתוך תפיסה כי בכוחם ובאחריותם של המתקשרים לצפות מאורעות מסכלים ולעגן בחוזה תניות פטור בנוגע להם. האידאליזם שבתפיסה כי האחריות החוזית נטולת סייגים שקול לאידאליזם בפסיקת בית המשפט העליון כי "בעניני מלחמה ושלוה הבלתי-צפוי הוא לעולם בגדר הצפוי עבור אדם

90 מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 369–370; דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 15.

91 ATYAH, לעיל ה"ש 83, בעמ' 436–437;

92 להרחבה ראו שם; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 41–42.

93 מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 382–383; דויטש טוען כי צדדים לחוזה אינם מעוניינים להיות כפופים לעיקרון של קיום החוזה בכל מחיר: דויטש פרשנות הקודכס האזרחי החדש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 446–447.

94 שם; מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 384 וכן ה"ש 84 שם; דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 14.

95 GRANT GILMOR, THE DEATH OF CONTRACT 44–45, 77–78 (1974).

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

מישראל⁹⁶. הדמיון בין התאוריה בדבר אחריות ללא סייג לבין מבחן הצפיות המוחלטת מחדד את הביקורת על הפרשנות המצמצמת שהנהיג בית המשפט העליון בנוגע לעילת הסיכול.

הגישה המוסרית

הגישה המוסרית לדיני החוזים מבוססת על הפן הערכי של הבטחות. גישה זו סדקה את התפיסה הקלאסית שלפיה האחריות החוזית היא מוחלטת, בעיקר באמצעות השימוש בעקרונות ערכיים דוגמת מוסר, תום לב והגינות. הגישה המוסרית ריכזה את היחס המחמיר לאחריות החוזית, הן בהקשר של הפרת החוזה והן בהקשר של סיכולו.⁹⁷ בתת-פרק זה אציג בקצרה את תורתם של עמנואל קאנט וצ'רלס פריד. קאנט נחשב לאחד ההוגים החשובים ביותר בתקופת הנאורות ובהגות המערבית בכלל. אחד ממושגי המפתח של תורת המידות של קאנט הוא הצו הקטגורי (categorical imperative). משמעותו של הצו הקטגורי היא כי עלינו לעצב את פעולתנו כך שיוכלו להיות חוק אוניברסלי: "לעולם אל לי להתנהג אלא בדרך כזאת שאוכל גם לרצות שכלל הפעולה שלי יהיה לחוק כללי".⁹⁸ קאנט אינו סבור שעלינו לכוון את מעשינו כך שיביאו לתוצאה החברתית הטובה ביותר, אלא לבחון באופן צורני-לוגי אם הכלל שלפיו אנו פועלים סותר מתוכו הוא את המושג שעליו הוא מבקש לחול. הדוגמה העיקרית של קאנט לעיקרון זה היא הבטחה. כלל שלפיו מותר להפר הבטחות עומד בסתירה יסודית למושג "הבטחה" ולכן הוא בטל ואינו מוסרי. על כן כלל הפעולה (Maxim, בשפתו של קאנט), שעלינו לאמץ, הוא כי יש לכבד ולקיים הבטחות. בשל הסתירה העקרונית בין הפרת הבטחות לבין המשמעות הפנימית של המושג "הבטחה", הפילוסופיה המוסרית של קאנט מייחסת ערך מוסרי מוחלט לקיום הבטחות.⁹⁹ קאנט עצמו עמד על הקושי שמעורר הזמן שחולף בין מועד מתן ההבטחה (או כריתת החוזה) לבין מועד קיומה, אך התאוריה המוסרית שלו אינה עוסקת בשאלה אם הצדדים משוחררים מהתחייבות שהפכה בלתי אפשרית.¹⁰⁰ שרון בירד ויואכים הרוצ'קה (Sharon Byrd & Joachim Hruschka) בוחנים את מעמדה של הבטחה שהפכה בלתי-אפשרית בתורתו של קאנט. בהתבסס על הניתוח המשפטי-פילוסופי של תורתו החוזית של קאנט, הם סבורים כי הבטחה שלא ניתן לקיים היא מחוץ לגבולות הבחירה של הפרט ולכן אינה יוצרת

96 עניין כץ, לעיל ה"ש 37, בעמ' 643.

97 ATYAH, לעיל ה"ש 83, בעמ' 681–697; פורת "חלוקת אחריות", לעיל ה"ש 84, בעמ' 66.

98 קאנט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 56, 84–85.

99 שם, בעמ' 86–87; הצדקה מוסרית נוספת לקיום הבטחות מצויה, לדעת קאנט, בחובה לכבד את התבונה והאוטונומיה של כל אדם ולא להתייחס אליו כאל אמצעי בלבד, ראו שם, פסקה 80.

100 B. Sharon Byrd & Joachim Hruschka, *Kant on "Why Must I Keep my Promise?"*, 81 CHI.-KENT. L. REV. 47, 74 (2006).

חובה לקיימה. מכאן, הם מסיקים כי הפילוסופיה של קאנט עשויה להכיר בעילת הסיכול.¹⁰¹

בניגוד לקאנט, בן המאה השמונה-עשרה, פריד הוא משפטן בן זמננו המבטא גישה גמישה ומהותית יותר לשאלת האחריות החוזית. תורתו של פריד לדיני חוזים מבוססת על כמה עקרונות יסוד, בהם הערך של קיום הבטחות, אשם וזדון כפעולות לא מוסריות המצדיקות סנקציה והתפיסה שיש לכבד את רצונם של הצדדים ולהגן עליו.¹⁰² בהקשר של דיני סיכול החוזה, גישתו של פריד דוגלת בכך שלא מוצדק לדרוש מאדם לקיים התחייבות שאינו יכול לעמוד בה שלא באשמתו.¹⁰³ לכן תחולתם של דיני הסיכול תלויים במבחן אשם כפול, שבמסגרתו יש להוכיח כי המתקשר לא גרם לכך שביצוע החוזה הפך בלתי-אפשרי ולא היה בכוחו למנוע זאת.¹⁰⁴ פריד ביקר את הגישה כי החיוב החוזי מוחלט. לדבריו הגישה המסורתית מתעלמת מכך שהן בחוק והן בחוזה יש פערים וחסרים.¹⁰⁵ לשיטתו, יש להכיר בסיכול כאשר אין אשם מצד החייב ובהתאם להפעלת שיקולי צדק בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה.¹⁰⁶ תפיסה זו של האחריות החוזית שונה מאשר הטלת אחריות על-בסיס העובדה כי החוזה לא הכיל תניית פטור, שפטרה את המתקשר מן האחריות החוזית אם יתרחש האירוע המסכל. להלן יוצגו בתמצית ביטוייה של הגישה המוסרית בכמה שיטות משפט.

הדין הגרמני ביטא את הגישה המוסרית ואת מבחן האשם עד לפרוץ המשבר הכלכלי לאחר מלחמת העולם הראשונה.¹⁰⁷ המשבר הכלכלי (ובעיקר האינפלציה הדוהרת) הביא לכך שניתן היה לקיים חוזים, אך ההיגיון הכלכלי שבבסיסם נשמט. כדי לאפשר תחולה של דיני הסיכול גם על מצבים אלו, נעזרו בתי המשפט ביסוד ערכי נוסף, עקרון תום הלב.¹⁰⁸ השימוש בעקרון תום הלב אפשר לבתי המשפט בגרמניה לתת נימוק מוסרי להכרה בטענת הסיכול גם במצבים של שינוי מהותי שאינו מונע את ביצוע החוזה (impracticability) ובמצבים של סיכול מטרה (frustration of purpose). יש לציין כי במסגרת דוקטרינה זו,

101 ש.ם.

102 FRIED, לעיל ה"ש 4, בעמ' 8, 11, 14–16; שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 623.

103 ייתכן שהשוני בין גישותיהם של קאנט ופריד נובע מהשוני בין התקופות שבהן פעלו השניים. קאנט, בן המאה השמונה-עשרה, פיתח את תורתו בתקופה שבה פרוחה בבריטניה התפיסה כי האחריות החוזית מוחלטת, ואילו פריד פעל במאה העשרים, שבה חל ריכוך בתפיסת האחריות החוזית.

104 טדסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו", לעיל ה"ש 87, בעמ' 31; אגמון-גונן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 282.

105 FRIED, לעיל ה"ש 4, בעמ' 69–70.

106 ש.ם, בעמ' 72–73.

107 בן-אוליאל "סקירה ביקורתית לאור התפיסה של המשפט הקונטיננטלי", לעיל ה"ש 39, בעמ' 1118; רונן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 213–215 [BÜRGERLICHES GESETZBUCH [BGB] [CIVIL CODE] art. 213(1), 275 (Ger.)].

108 אגמון-גונן, לעיל ה"ש 10, 283; רונן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 217 [BÜRGERLICHES GESETZBUCH [BGB] [CIVIL CODE] art. 242 (Ger.)].

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

העדיפו בתי המשפט בגרמניה להתאים את החוזה לשינוי הנסיבות (קיום בקירוב) ולא לבטלו.¹⁰⁹

במשפט הצרפתי טענת הסיכול היא צרה יחסית ומבוססת בעיקר על שאלת האשם.¹¹⁰ סעיף 1148 לקוד הצרפתי פוטר צד לחוזה מן האחריות החוזית, כאשר החוזה סוכל בשל מעורבות של כוח עליון (force majeure).¹¹¹ הסעיף מציב שני תנאים: כי לא ניתן לצפות את הנסיבות המסכלות במועד כריתת החוזה; וכי הנסיבות אינן בשליטתו של המתקשר החוזי.¹¹² הדין הצרפתי נקט באופן עקבי גישה מצמצמת בנוגע לעילת הסיכול, אך כדי שלא לעקר אותה מתוכן כליל, הושם הדגש באופן כמעט מוחלט על התנאי השני בדבר היעדר אשמו של המתקשר החוזי בנוגע לנסיבות סיכול החוזה.¹¹³ בנוסף, כאשר נבדק אם הנסיבות המסכלות היו צפויות בעת כריתת החוזה, הבחינה נעשתה במישור האובייקטיבי. תוצאת הסיכול בדין הצרפתי היא בטלות מוחלטת של החוזה (Void).¹¹⁴

הדין האיטלקי קבע כלל רחב להכרה בעילת הסיכול – כאשר שינוי נסיבות בלתי-רגיל הופך את ביצוע החוזה למכביד ביותר (eccessivamente onerosa [איטלקית]).¹¹⁵ עם זאת, בטרם תינתן ההכרעה שהחוזה סוכל, הנושה זכאי לדרוש התאמה של החוזה לנסיבות החדשות, ולבית המשפט הסמכות לכפות את השינוי המוצע אם הוא סביר. במשפט האיטלקי, עילת הסיכול רחבה, אך היא מופעלת בצורה מצומצמת עקב הבחינה המקדימה של אפשרות התאמת החוזה לנסיבות החדשות.¹¹⁶

נראה כי גם שורשיו של דין הסיכול הבריטי מצויים בגישה המוסרית. הדין הבריטי הכיר בעילת הסיכול בשלב מאוחר יחסית. למעשה, רק בשנת 1863 ניתן בבריטניה התקדים הראשון שהכיר באפשרות לסיכול חוזה.¹¹⁷ עד לשנה זו שלטה התפיסה המוסורתית, שלפיה צד שהתקשר בחוזה מרצונו החופשי כבול באופן מוחלט להתחייבות החוזיות.¹¹⁸ טדסקי

109 רונן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 71–72; אגמון-גונן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 283.
110 בן-אוליאל "סקירה ביקורתית לאור התפיסה של המשפט הקונטיננטלי", לעיל ה"ש 39, בעמ' 1116.
111 CODE CIVIL [C. CIV] art. 1148 (Fr.).
112 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 624; אגמון-גונן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 283.
113 בן-אוליאל "סקירה ביקורתית לאור התפיסה של המשפט הקונטיננטלי", לעיל ה"ש 39, בעמ' 1117.
114 אגמון-גונן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 283–284; רונן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 223.
115 שם, בעמ' 228; בן-אוליאל "סקירה ביקורתית לאור התפיסה של המשפט הקונטיננטלי", לעיל ה"ש 39, בעמ' 1118; CODICE CIVILE [C.C.] art. 1467–1468 (It.).
116 בן-אוליאל "סקירה ביקורתית לאור התפיסה של המשפט הקונטיננטלי", לעיל ה"ש 39, בעמ' 1134; אגמון-גונן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 284–285.
117 פסק הדין התקדימי ניתן בעניין Taylor, לעיל ה"ש 13; להרחבה ראו TREITEL, לעיל ה"ש 10, בעמ' 35–38; טדסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו", לעיל ה"ש 87, בעמ' 38.
118 שלמה יהודה "על מהות תורת הסיכול" הפרקליט יד 203, 203, 206–207 (1958) (להלן: יהודה "על מהות תורת הסיכול"). פסק הדין המפורסם אשר מסמל את הגישה הנוקשה בנוגע לאחריות החוזית ניתן בפרשת Paradine v. Jane. בפרשה זו נטען כי חוזה להשכרת מקרקעין סוכל כיוון שכוח צבאי שלחם במלחמת האזרחים הבריטית תפס את חלקת המקרקעין ולא

סבור כי השינוי התחולל עקב הצורך להתאים את הדין לשינויים שהתחוללו בעולם הכלכלי, שעיקרם שימוש הולך וגובר בחוזים מתמשכים וחוזים לביצוע עתידי. טדסקי מציע נימוק נוסף, שלפיו באותה תקופה דיני החוזים בבריטניה הושפעו מן הדין הקונטיננטלי.¹¹⁹ העיקרון המארגן מאחורי פסקי הדין השונים מכונה "היעלם יסוד החוזה" (destruction of the basis of the contract).¹²⁰ לפי דוקטרינה זו, בתי המשפט פירשו את החוזה כמכיל תנאי מכללא, שלפיו לחוזה לא יהיה תוקף אם אחד מיסודות החוזה נפגע או אם המטרה שעמדה בבסיסו של החוזה אינה ניתנת להשגה.¹²¹ האופן שבו נוסח המבחן אפשר, ברבות הימים, להכיר גם בסיכול מטרת החוזה כעילה להשתחררות ממנו.¹²² דוקטרינה זו מבטאת את תורת הרצון המוסרית, שלפיה התערבות מצד בית המשפט מוצדקת כאשר היא נועדה לסייע לצדדים להגשים את רצונם החוזי.¹²³ הדעה הרווחת בפסיקה הבריטית הייתה כי לא ייעשה שימוש בדוקטרינה, כאשר המתקשר הטוען כי החוזה סוכל הוא שאשם בהתרחשותו.¹²⁴ טדסקי מבקר את השימוש בדוקטרינת התנאי מכללא וטוען כי היא שימשה את בתי המשפט כדי להצניע את השינוי שהתחולל בדין הבריטי, מבלי להכיר מפורשות כי מדובר בריכוך רמת האחריות החוזית.¹²⁵

במהלך המאה העשרים אימצו בתי המשפט בבריטניה בהדרגה מבחן מעט שונה, שלפיו סיכול הוא מצב שבו לא ניתן לקיים את החוזה בגלל שינוי נסיבות קיצוני, שהופך את החוזה לשונה באופן מהותי ממה שהצדדים הסכימו עליו. אף על פי שגם מבחן זה מבוסס

אפשר להשתמש בה. בית המשפט דחה טענה זו. אחד ממשפטי המפתח מתוך פסק הדין, מבטא את הלך הרוח של אותה התקופה: "When the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract [...] The law would not protect him beyond his own agreement". *Paradine v. Jane*, [1647] K.B. 82 ER 897, 897.

119 טדסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו", לעיל ה"ש 87, בעמ' 40–41.
120 TREITEL, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1–2; יהודה "על מהות תורת הסיכול", לעיל ה"ש 120, בעמ' 205.

121 דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 16–17; טדסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו", לעיל ה"ש 87, בעמ' 44–47; יהודה "על מהות תורת הסיכול", לעיל ה"ש 120, בעמ' 209–210; טדסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו", לעיל ה"ש 87, בעמ' 91. ראו לדוגמה פרשת *Tamplin*: *Tamplin Steamship Co, Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co, Ltd*, [1916] 2 AC 397, 403 (H.L.).

122 ג'ד טדסקי "סיכול חוזה – בהיפסק עניין הנושה" **מסות במשפט** 106, 107–108 (1978); טדסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו", לעיל ה"ש 87, בעמ' 60–85.

123 טדסקי "סיכול החוזה – בהיפסק עניין הנושה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 86; דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 13–14; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 37–38: "[בתי המשפט] העדיפו לייחס את מערכת הכללים הנוגעים לחוזה (לרבות דין הסיכול) לכוונת הצדדים עצמם, ולשמר בדרך זו את הקונספציה בדבר 'ריבונות' הצדדים על החוזה".

124 יהודה "על מהות תורת הסיכול", לעיל ה"ש 120, בעמ' 211.

125 טדסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו", לעיל ה"ש 87, בעמ' 86.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

על בחינת הסכמתם של הצדדים, הוא אינו כרוך בפיקציה המשפטית בדבר אותו תנאי מכללא.¹²⁶ כדי לקבוע על מה הסכימו הצדדים, לא יסתפק בית המשפט בלשון החוזה, משום שמתקשרים אינם יכולים לפרט את כלל הסיכונים האפשריים, אלא יבחן את מהות החוזה ואת הנסיבות הרלוונטיות.¹²⁷

להבנת, למרות המסורת המשפטית השונה, דיני הסיכול בבריטניה התבססו על הגישה המוסרית, בדומה למדינות הקונטיננט. מסקנה זו נלמדת על סמך הניסיון להגשים את רצונם של הצדדים לחוזה, עקב הדמיון לדין האיטלקי אשר אף הוא בוחן את קיומו של שינוי מהותי לאור הנסיבות החדשות וכן באמצעות בחינת אשמו של הטוען לסיכול החוזה. הפסיקה והספרות הבריטיות מתייחסות לדוקטרינת הסיכול הבריטית לפי האופן שבו חולקה האחריות בין הצדדים. למרות זאת, לדעת, השימוש במונחים "סיכון" או "הקצאת סיכונים" אינו מלמד על נטישת הגישה המוסרית לטובת הניתוח הכלכלי (ראו להלן), אלא כי מונחים אלו השתלבו בתוך התאוריה המוסרית.¹²⁸ כך למשל: בית המשפט קבע כי במסגרת הקצאת הסיכונים, הצדדים לא הטילו את הסיכון על החייב, ולכן הגיע למסקנה שהיעדר הכרה בסיכול החוזה (פסיקת פיצויי קיום) תוביל לתוצאה החורגת מכוונת הצדדים.¹²⁹ הטרמינולוגיה העוסקת בסיכונים נועדה לשרת את תורת הרצון ולא כדי לערוך ניתוח כלכלי עצמאי. לעתים מונח הסיכון שימש את בתי המשפט כדי לבחון אם הצדדים צפו את הסיכון או היו צריכים לצפותו, וזאת במטרה לברר אם התממשותו פוגעת באחד מיסודות החוזה.¹³⁰

נראה כי המשטרים המשפטיים באירופה מבוססים תאורטית על הגישה המוסרית. בשונה מהם, שלושת המבחנים שנבחנו במסגרת הדין הפוזיטיבי בישראל – מבחן הצפיות, מבחן הצפיות המוחלטת ומבחן הסיכון – אינם שאובים מן התאוריה המוסרית. על מנת לדון במבחנים המוצעים עבור הדין הישראלי, המשך הניתוח יעסוק בגישתו של הדין האמריקני לדין הסיכול ובתאוריה הבולטת במסגרתו – גישת הניתוח הכלכלי.

126 ; Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council, [1956] AC 496, 728 (H.L.)
טרסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו", לעיל ה"ש 87, בעמ' 90.

127 עניין *Davis Contractors*, לעיל ה"ש 126, בעמ' 721; עניין *Krell*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 748;
כן ראו להלן תת-פרק "הקצאת סיכונים חלקית".

128 טריטל מסביר שהשיח המשפטי בבריטניה משתמש במונח "הקצאת סיכונים" במסגרת השאלה מי, על פי משטר האחריות החוזית, אחראי לקיום החיוב החוזי. בשונה, במסגרת השיח המשפטי האמריקני, אותו מונח משמש כדי לבחון על מי מבין המתקשרים הטילו הצדדים את האחריות לנזק שנגרם עקב התרחשותו של אירוע מסכל. ראו *TREITEL*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 69. טרסקי מוסיף לעניין זה בהעירו כי כאשר צד טוען לסיכול מטרה, מוצדק שלא להטיל עליו את הסיכון לסיכול החוזה, אם הדבר לא אירע עקב אשמו של אותו צד; טרסקי "סיכול החוזה – בהיפסק עניין הנושה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 131.

129 *Autry v. Republic Productions, INC.*, (1947) 180 P.2d 888.

130 טרסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו", לעיל ה"ש 87, בעמ' 50; *TREITEL*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 458; מתודה זו מזכירה את מבחן הצפיות הישראלי, המעוגן בס' 18 לחוק, ראו לעיל ה"ש 33 והטקסט הנלווה לה.

2. גישת הניתוח הכלכלי של המשפט

גישת הניתוח הכלכלי של המשפט רואה במדע הכלכלה כלי רב-עצמה לניתוח מגוון רחב של שאלות ומצבים. הניתוח הכלכלי מניח כי בני אדם פועלים באופן רציונלי כדי למקסם את התועלות הרצויות להם. גישה זו אינה מגדירה מהן אותן תועלות: המשתמש בה מוזמן להגדיר מטרות חברתיות ויעדים פרטיים כראות עיניו. לרוב, השימוש בניתוח הכלכלי נעשה כדי למקסם את הרווחה החברתית המצרפית, לעודד פעילויות רצויות ולדכא פעילויות לא רצויות. נוסף על המושג "תועלת" (Utility), הניתוח הכלכלי משתמש במושגים נוספים משדה הכלכלה, דוגמת המונחים "ערך" (Value), "יעילות" (Efficiency), "ודאות" (Certainty) ו"סיכון" (Risk).¹³¹ גם גישת הניתוח הכלכלי של המשפט מבוססת על רצונם החופשי של הצדדים. פועל יוצא של כך, היא מבקשת להבטיח כיבוד של ההבטחות החוזיות ולצמצם את עלויות ביצוע החוזה והמשא ומתן לקראת כריתתו.¹³² לפי גישה זו, החוזה הוא מכשיר חברתי מועיל, כיוון שהוא מאפשר לפרטים לקבוע בעצמם אילו משאבים יקבלו ומה תהיה התמורה לכך, הכול לפי ההעדפות הפרטיות של כל אחד מהם. מכאן שהחוזה מאפשר מעבר של משאבים לידי מי שיפיק מהם את המרב.¹³³ מנקודת מבט כלכלית, הערך המרכזי שהחוזה מעניק הוא הבטחת ודאות בנוגע לעתיד, שכן צד שקיבל התחייבות חוזית, יכול להסתמך עליה הודות למנגנוני האכיפה של המשפט.¹³⁴ הניתוח הכלכלי רואה את החוזה לא רק כמערכת של החלפת התחייבויות, אלא ככלי לחלוקת הסיכונים בין הצדדים (Risk allocation), אם בעתיד יתרחש מאורע בלתי-צפוי שישפיע על ביצוע החוזה.¹³⁵ כאשר א' מתחייב כלפי ב' לבצע את הוראות החוזה, ב' מסתמך על כך שהחוזה יקום גם אם עלות הביצוע של א' תתברר כיקרה משא' העריך.¹³⁶ לפי פוזנר, האפשרות לחייב תשלום של פיצויי קיום במקרה של הפרה, משמעה כי החוזה אינו רק מבטיח את ביצוע ההתחייבות החוזית, אלא מהווה גם סוג של חוזה ביטוח – שכן גם אם לא ניתן יהיה לאכוף את החוזה שהופר, ניתן יהיה לתבוע את שוויו מן המפר.¹³⁷

131 POSNER, לעיל ה"ש 5, 4-3, 15-16; רונן, לעיל ה"ש 6, 98-99; להרחבה על הניתוח הכלכלי של המשפט ראו עלי זלצברג "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (1993) 261.

132 Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfeld, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 88 (1997).

133 זאת, להבדיל מאספקת טובין ושירותים באופן כפוי, למשל על ידי המדינה. ראו מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 381.

134 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, 12; POSNER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 115-116; מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 380-382.

135 בית המשפט העליון ביטא גישה זו בע"א 4481/90 אהרן נ' ג. פרץ מ. בן גיאת חברה להנדסה ובנין בע"מ, פ"ד מז(3) 427, 437 (1993).

136 POSNER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 121; ATIYAH, לעיל ה"ש 83, בעמ' 202-204.

137 POSNER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 130-131.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

התרחשותו של מאורע מסכל היא למעשה הגלגול העתידי של סיכון אפשרי שהצדדים היו עשויים לחזות במועד כריתת החוזה.¹³⁸ כיוון שהניתוח הכלכלי של המשפט מניח שהצדדים מקצים ביניהם את הסיכונים השונים ומתמחרים את עלות העסקה בהתאם, כאשר מאורע מסכל מתממש, יש לברר מי נושא בסיכון להתממשות מאורע זה. אם הסיכון מוטל על החייב – יהיה עליו לפצות את הנושה. מנגד, אם הנושה הוא שנושא בסיכון – הוא לא יהיה זכאי לפיצוי בגין אינטרס הקיום (ולכן נכיר בכך שהחוזה סוכל).¹³⁹ הסוגיה שלפנינו נוגעת למצבים שהאחריות לגביהם לא הוסדרה במפורש על ידי הצדדים, לכן הגישה הכלכלית מתמודדת עם השאלה, כיצד לקבוע מי מן הצדדים נושא בסיכון. בשונה מן הגישה המוסרית, גישת הניתוח הכלכלי של המשפט מבססת את הטלת האחריות במקרה של אי-קיום החוזה, על הקצאת הסיכונים בין הצדדים ולא בהכרח תטיל את האחריות בשל אשמו של המתקשר בקרות האירוע המסכל.

עם זאת, הניתוח הכלכלי של שאלת הקצאת הסיכונים לא ייערך מקום שבו אחד הצדדים אשם בהתממשות המאורע המסכל. גישת הניתוח הכלכלי רואה בדין מכשיר להכוונת התנהגות יעילה באמצעות תמריצים שונים. לכן, אם אחד הצדדים לחוזה אשם בהתממשות המאורע המסכל, הטלת האחריות על הצד השני תגרום להחצנת עלויות או סיכונים על אותו מתקשר (תופעה המכונה Moral Hazard).¹⁴⁰ כאשר גורם מצליח להחציץ את הסיכונים או העלויות שלו על הזולת, הוא ייטה ליצור יותר סיכונים או יותר עלויות – תוצאה שאינה יעילה. לכן, לפי הגישה הכלכלית, על הכללים המשפטיים לגרום להפנמת סיכונים ועלויות על ידי הגורם שייצר אותם. בהתאם לכך, יש ליצור עבור שני הצדדים לחוזה תמריץ שלילי להימנע מפעילויות שעלולות לסכן את האפשרות לקיים את החוזה ולהטיל על הצד האשם את עלות התממשות הסיכון.¹⁴¹ המשך הדיון בגישת הניתוח הכלכלי ייערך על בסיס הנחה של היעדר אחריות של הצדדים להתממשות המאורע המסכל.

ניתוח כלכלי: הקצאת סיכונים מלאה

לפי גישה זו, החוזה מהווה מערכת נורמטיבית שלמה, ובתוך כך מסדיר בצורה מלאה את הקצאת כלל הסיכונים בין הצדדים. קרי, היעדר הוראה המקצה את הסיכונים בנוגע

138 מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 412.

139 לדוגמה, אם יצרן מעריך שמוצר אחד מתוך מיליון יהיה מקולקל ולכן תוגש נגדו תביעה, הוא יכול להתמודד עם הסיכון אם יגבה מחיר גבוה יותר בעבור כל מוצר, כך שישתמש בתוספת המחיר כדי לבטח את עצמו מפני קרות הסיכון (הן באמצעות רכישת פוליסה מחברת ביטוח והן באמצעות הפרשת הכסף), ראו POSNER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 132–133; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 463.

140 Posner & Rosenfeld, לעיל ה"ש 132, בעמ' 98.

141 STEPHEN SPURR, ECONOMIC FOUNDATIONS OF LAW 48–49 (2nd ed. 2010); Tom Baker, *On* 141 *the Genealogy of Moral Hazard*, 75 TEX. L. REV. 241 (1996–1997); אבי שמחון "הקדמה כללית" הגישה הכלכלית למשפט 39, 86–89 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

להתרחשותו של אירוע מסכל אפשרי איננה לאקונה (חסר), אלא הסדר שלילי.¹⁴² הנחת המוצא של גישה זו היא כי המתקשרים בחוזה שואפים למקסם את הרווחה המצרפית ולהגיע לתוצאה היעילה ביותר. לכן הצדדים הקצו את הסיכונים ביניהם כך שכל סיכון הוטל על הצד שמסוגל למנוע אותו טוב יותר, לבטח מפניו בעלות פחותה או שיספוג נזק פחות אם הסיכון יתממש והאחריות תוטל על כתפיו.¹⁴³ גישה זו מעלה על נס את עקרון הוודאות החוזית, שתאפשר למתקשרים להסתמך על הבטחות חוזיות, שכן חברה מפותחת מבוססת על תכנון עתידי יציב.¹⁴⁴ כיוון שהכלל המשפטי נועד לבטא ולעודד התנהלות יעילה, כדי למקסם את הרווחה החברתית, גישה זו גורסת שמבחינה כלכלית ראוי להטיל את הסיכון לאירוע המסכל על הצד שיכול למנוע את קרות האירוע במחיר זול יותר ("המונע הזול") או לבטח את עצמו מפני השלכות האירוע במחיר הזול ביותר ("המבטח הזול").¹⁴⁵ הצד שעלויות המניעה או עלויות הביטוח שלו נמוכות יותר מוגדר כ"נושא היעיל בסיכון" (Superior risk bearer).¹⁴⁶ לפי גישת הקצאת הסיכונים המלאה, הצד שנהנה מיכולת עדיפה למנוע את האירוע המסכל או לבטח מפניו, נטל על עצמו מראש את הסיכון לקרות האירוע המסכל – בין שפעל כדי להתמודד עם האירוע המסכל ובין שלא.¹⁴⁷ גישה זו מניחה כי הצדדים הקצו ביניהם את הסיכונים באופן היעיל ביותר, ולכן סיכון שלא הוקצה במפורש מוטל על הצד שנושא בחיוב החוזי. בנוסף, בשל הקושי והעלויות הרבות שיש להשקיע כדי לקבוע מי מן הצדדים הוא הנושא היעיל בסיכון שאינו מוזכר בחוזה, גישת הקצאת הסיכונים המלאה מניחה כי לרוב, ההתחייבות לבצע חיוב חוזי מעידה

- 142 Posner & Rosenfeld, לעיל ה"ש 132, בעמ' 88–89; מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 488; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 466.
- 143 מבחינה דיונית, הצדדים למעשה הסמיכו את בית המשפט לקבוע מי יישא בסיכון שהתממש באופן יעיל יותר, כדי לגלות על מי הוטלה האחריות מלכתחילה: POSNER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 119–118 John Eloffson, *The Dilemma of Changed Circumstances in Contract Law: An Economic Analysis of the Foreseeability and Superior Risk Bearer Tests*, 30 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 1, 6 (1996).
- 144 מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 381–382.
- 145 POSNER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 133–134; רונן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 111–112; טריאנטיס מסווג את המאפיינים של המונע הזול כ-"risk control", ואת המאפיינים של המבטח הזול כ-"risk management" George G. Triantis, *Contractual Allocations of Unknown Risk: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability*, 42 U.T.L.J. 450, 454–455 (1992).
- 146 העלויות הנדרשות מן הצדדים לשם מניעת הסיכון או ביטוח מפניו (באמצעות רכישת פוליסה או באמצעות ביטוח עצמי) מורכבות מעלויות איסוף המידע על ההסתברות להתרחשות האירוע המסכל ומידע על העלות או הנזק שיגרום האירוע המסכל; עלות המניעה בפועל של האירוע המסכל או ההגנה על האובייקט נשוא החוזה מפני האירוע המסכל; רמת השליטה על האובייקט נשוא החוזה ועלות הביטוח. ראו מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 463; מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 371; Posner & Rosenfeld, לעיל ה"ש 132, בעמ' 90–93.
- 147 שם, בעמ' 89–91; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 467–468.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

על זיקה כלפי אותו חיוב ונובעת משליטה עליו.¹⁴⁸ לכן הנחת המוצא של גישה זו היא שהצד אשר נושא בחיוב החוזי מחזיק במידע עודף ובשליטה רבה יותר על אותו חיוב, ולכן יוכר כנושא היעיל בסיכון.¹⁴⁹ כך, לדוגמה, המלומד הבריטי גונטר טריטל (Guenter Treitel) מסביר כי אם הצדדים לא קבעו במפורש מי יישא בסיכון, הם התכוונו כי מי שחיובו סוכל יישא בסיכון.¹⁵⁰ לחזקה כי החייב הוא הנושא היעיל בסיכון משקל רב, וקשה מאוד להפכה. לכן גישת הקצאת הסיכונים המלאה מצמצמת ביותר את עילת הסיכול.¹⁵¹ מדינה מבקר גישה זו וטוען כי עקב הקושי לאתר את הנושא היעיל בסיכון, החזקה יוצרת הכרעות שרירותיות.¹⁵²

במבט ביקורתי, גישת הקצאת הסיכונים המלאה קרובה לתפיסה האידאליסטית שלפיה האחריות החוזית מוחלטת וללא סייגים. החזקה החמורה, שלפיה החייב הוא הנושא היעיל בסיכון, מצמצמת כמעט לחלוטין את האפשרות להכיר בעילת הסיכול.¹⁵³ גישת ההקצאה המלאה מעניקה תוקף מחודש לתפיסה כי האחריות החוזית מוחלטת.¹⁵⁴ לכן גישת הקצאת הסיכונים המלאה סובלת מאותם חסרונות של הגישה המסורתית – היא מרתיעה מתקשרים בכוח משימוש בחוזה כיוון שהיא טומנת בחובה נשיאה באחריות לסיכונים שהם לא נטלו על עצמם.¹⁵⁵

אני מוצא כי אותם קווי דמיון קיימים גם בנוגע למבחן הצפיות המוחלטת, שהוחל בדין הישראלי.¹⁵⁶ החזקה שלפיה בכוחו של צד לחוזה לצפות מראש כל מאורע שקולה להנחת

148 Posner & Rosenfeld, לעיל ה"ש 132, בעמ' 89–90, 110–111; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 467; Triantis, לעיל ה"ש 145, בעמ' 476.

149 רונן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 113–114; שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 623; Posner & Rosenfeld, לעיל ה"ש 132, בעמ' 111; פרידמן מציין כי חזקה זו מזכירה במידת מה את כלל "הדבר מדבר בעדו", ראו פרידמן "רמת האחריות החוזית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 404.

150 טריטל משתמש בביטוי הצירוף: "[T]he parties intended the risk of supervening events to: 'lie where it falls'". GUENTER TREITEL, LAW OF CONTRACT 676 (6th ed. 1983).

151 מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 381; לניתוח המצמצם עוד יותר את האפשרות להכיר בעילת הסיכול ראו Triantis, לעיל ה"ש 145, בעמ' 464–466.

152 מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 447.

153 עם זאת, חשוב לציין שתאוריה זו איננה שוללת לחלוטין את האפשרות לקבלת טענת הסיכול. כך, למשל, החייב יכול להוכיח כי הצד שמנגד החזיק במידע עדיף על אודות הסיכון שהתממש, או שהייתה לו עדיפות בכל הנוגע לביטוח מפני אותו סיכון. ראו מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 381–382; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 467; ATIYAH, לעיל ה"ש 83, בעמ' 436–437.

154 John C. Goetz & Robert E. Scott, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, 96 YALE L.J. 1261, 1274 (1980); בדומה לתאוריה בדבר אחריות ללא סייג, גם גישת הקצאת הסיכונים מבטאת פורמליזם משפטי. במקום האיסור הגורף להעניק פטור מהאחריות החוזית, גישת הקצאת הסיכונים המלאה מעניקה מקום מרכזי לשיקולי ודאות ותכנון, ומנתקת את ההכרעה מהממד הערכי שלה: מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 83, בעמ' 509–511, 564–565.

155 מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 380–381.

156 ראו לעיל את הטקסט הנלווה לה"ש 40.

הרציונליות המוחלטת ולחזקה כי כל הסיכונים הוקצו במעמד כריתת החוזה. גישת הקצאת הסיכונים המלאה ומבחן הצפיות המוחלטת אינם מבטלים במישרין את עילת הסיכול, אך הם קובעים הנחות מוצא אשר הופכות את טענת הסיכול לבלתי-אפשרית הלכה למעשה. לכן גישת הקצאת הסיכונים המלאה והלכת הצפיות המוחלטת הישראלית, מהוות נסיגה אל התפיסה השמרנית שלפיה האחריות החוזית היא מוחלטת. לתובנה זו מתקשרת ביקורתו של המלומד הצרפתי ז'אן קרבונייר (Jean Carbonnier), אשר טוען כי מכיוון שאין מאורע שלא ניתן לחזות מראש, התמקדות ביכולת לצפות את האירוע תוליד מבחן מוחלט; ולכן יש להתמקד במבחן חלופי דוגמת החובה הנורמטיבית לצפות את האירוע או ביכולת המניעה שלו.¹⁵⁷

בהקשר זה מעניין לבחון את מבחן הסיכון, אשר הצעת החוק מבקשת לאמץ במשפט הישראלי. אין ספק כי הבסיס הרעיוני למבחן הסיכון הוא בתאוריה הכלכלית בדבר הקצאת סיכונים מלאה, שכן גישת הניתוח הכלכלי למשפט היא שביססה את החשיבה כי החוזה הוא מכשיר לחלוקת סיכונים ואת השפה המשפטית בנושא.¹⁵⁸ במבט ראשון נראה כי מדובר באימוץ של גישת הקצאת הסיכונים המלאה, שכן המבחן המוצע בודק מי מהצדדים נושא בסיכון לאירוע שהתממש. עם זאת, מבחן הסיכון בנוסחו הישראלי אינו מוגבל ללשון החוזה ואינו מכיל חזקה כי הסיכון מוטל על החייב. הדוקטרינה הישראלית מביאה בחשבון גם הקצאת סיכונים שנעשתה במשתמע ואף מסמיכה את בית המשפט לקבוע את הקצאת הסיכונים הראויה לפי שיקולי צדק.¹⁵⁹ בהקשר זה מתעוררת השאלה אם יש לפרש את "שיקולי הצדק" שבמבחן הסיכון ברוח התאוריה הכלכלית – ולהתמקד בשיקולי הכוונת התנהגות ומקסום היעילות. אני סבור כי ועדת הקודיפיקציה ביקשה לשאוב רק חלק מן הרעיונות שבתפיסת הקצאת הסיכונים, והבחירה במונח הכללי "צדק" נועדה לשמור על מסגרת שיקולים רחבה, אשר ככל הנראה מפנה את בית המשפט לסעיף 1 להצעת החוק, הקובע את תכליות החוק (ביניהן מוזכרות גם ודאות, יעילות והסתמכות).¹⁶⁰

ניתוח כלכלי: הקצאת סיכונים חלקית

הניתוח הכלכלי של סיכונים המסכלים את החוזה יצר תאוריה נוספת לגבי דיני החוזים, אשר תכונה להלן "הקצאת סיכונים חלקית". גישת הקצאת הסיכונים החלקית חולקת על

157 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 624; JEAN CARBONNIER, DROIT CIVIL vol. 4 – Les Obligations; (1985) 296; כן ראו דבריו של דויטש: דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 30.

158 POSNER, לעיל ה"ש 5, בעמ' 4–5, 15.

159 מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 482–483; ראו לעיל ה"ש 69 והטקסט הנלווה לה.

160 ס' 1 להצעה, לעיל ה"ש 1.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

מקצת הנחות היסוד של גישת הקצאת הסיכונים המלאה, ומניחה כי לא כל הסיכונים מוקצים בעת כריתת החוזה.¹⁶¹

גישת הקצאת הסיכונים החלקית בוחנת את הליך כריתת החוזה באופן ראליסטי יותר מאשר גישת הקצאת הסיכונים המלאה, ומניחה כי בעת תכנון צופה פני עתיד ישנם קשיים ואילווצים, אשר מגבילים את המתקשרים בחוזה מלהקצות ביניהם את כל הסיכונים.¹⁶² לא ניתן לחזות מראש את כלל הנסיבות המסכלות האפשריות, ולכן אף חוזה אינו יכול לכלול התייחסות לכל מאורע עתידי.¹⁶³ גישה זו טוענת כי בשונה מן המודל הכלכלי המופשט, בעולם האמתי בני אדם מוגבלים ביכולתם לאסוף מידע, לקבל החלטות ולנהל משא ומתן מפורט על כל סיכון היפותטי (עקב עלויות העסקה העצומות הכרוכות בכך). בעקבות כך, לא ניתן להניח שהצדדים לחוזה הקצו את מלוא הסיכונים באופן רציונלי בעת כריתת החוזה.¹⁶⁴

גישת ההקצאה החלקית מניחה כי החוזה שואף להוות מערכת שלמה, אך העיקרון תקף רק בנוגע לסיכונים שתוחלתם גבוהה (מכפלת ההסתברות להתרחשותם בנוק שייגרם).¹⁶⁵ גישה זו מבחינה בין סיכונים שתוחלתם גבוהה לבין סיכונים שתוחלתם נמוכה.¹⁶⁶

- 161 מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 464.
- 162 מאוטנר אף מכנה אותה "הגישה הריאליסטית לתכנון חוזה": מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 372.
- 163 שם, בעמ' 372–373; להרחבה על האי-ודאות כמאפיין בלתי-נפרד מתכנון עתידי ראו Ian R. Macneil, *A Primer of Contract Planning*, 48 S. CAL. L. REV. 627, 636–640 (1975).
- 164 מקניל טוען שהקושי העיקרי ביישום תובנות כלכליות בעולם המשפט הוא שהמודלים הכלכליים מופשטים מדי ביחס למציאות המורכבת; ראו Ian R. Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 NW. U. L. REV. 1018, 1043–1044 (1982). יוער כי התפיסה הכלכלית המסורתית, שלפיה בני אדם במציאות פועלים באופן רציונלי, נמצאת במתקפה חריפה בעשורים האחרונים. החוקר המוביל בתחום, הרברט סימון (Herbert Simon), פיתח מודל חלופי המכונה "רציונאליות מוגבלת" (Bounded rationality) שלפיו מקבל ההחלטות סובל ממגבלות אובייקטיביות וסובייקטיביות המונעות ממנו לחזות התפתחויות עתידיות. להרחבה על מודל הרציונליות המוגבלת ראו Herbert A. Simon, *Theories of Bounded Rationality*, in DECISION AND ORGANIZATION 161, 163–164 (C.B. McGuire & Roy Radner eds., 1972); JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY HEURISTICS AND BIASES (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982).
- על מגבלות היכולת האנושית לאסוף מידע ראו Anthony T. Krnoman, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, 7 J. LEGAL STUD. 1, 9–18 (1978).
- על המגבלות והקשיים בעיבוד וניתוח מידע ראו FRANK KNIGHT, RISK, UNCERTAINTY AND PROFIT 213–214 (1964); מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 387–386.
- להרחבה על אודות השפעתן של עלויות העסקה על המשא ומתן ראו Macneil, שם, בעמ' 1023–1022; וכן את חיבורו המפורסם של קואז: Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960).
- 165 Clifford G. Hall, *Frustration and the Question of Foresight*, 4 LS 300 (1984).
- 166 כיוון שמדובר בשיבוש מהותי של החוזה, כל הסיכונים הרלוונטיים הם בעלי השפעה רבה על קיום החוזה. לכן ההבחנה מבוססת על ההסתברות להתממשות הסיכון. ראו Mark P. Gergen,

המתקשר ודאי צפה או שהיה עליו לצפות את הסיכונים שתוחלת הנזק שלהם גבוהה, ולכלול בחוזה תניית פטור לגביהם. מנגד, סיכונים שתוחלת הנזק שלהם נמוכה אינם מצדיקים מתן ביטוי בחוזה, משלושה טעמים. ראשית, משום שסטטיסטית, תוחלת השפעתם על החוזה מועטה לכשעצמה. שנית, אין לכך הצדקה כלכלית, כיוון שהדבר כרוך בהשקעת משאבים לצורך איסוף מידע ועיבודו וניהול משא ומתן.¹⁶⁷ שלישית, מדובר בסיכון רחוק שסיכויי התממשותו נמוכים מעצם טבעו, ולכן המידע על אודותיו מצומצם ודל. כמו כן, ככל שמרחיקים ומביאים בחשבון סיכונים שתוחלתם זניחה יותר, מספר הסיכונים הולך ומתרבה משמעותית. קליפורד הול (Clifford Hall) סבור שראוי להכיר באירוע כמסכל, אם בנסיבות עריכת החוזה לא היה היגיון מצד הצדדים לדון באותו סיכון ולנסח תניה חוזית עבורו.¹⁶⁸

גישת הקצאת הסיכונים החלקית מציעה להכיר בכך שהחוזה סוכל כאשר מדובר בסיכונים שסיכויי ההתממשות שלהם נמוכים ולכן סביר (ואף יעיל כלכלית) שלא לנהל משא ומתן על אופן הקצאתם. מכאן שסיכונים רחוקים, אשר לא הצדיקו משא ומתן, יוכרו כמאורעות מסכלים. לעומת זאת, כאשר מדובר בסיכון ממשי או בעל תוחלת גבוהה בעת כריתת החוזה, נראה במתקשר כמי שבחר שלא בצדק לא לנהל משא ומתן לגבי הסיכון ולכן נושא באחריות לו.¹⁶⁹ חשוב להדגיש שגישה זו אינה שואלת אם הסיכון צפוי או שמדובר במאורע מפתיע, אלא בוחנת את הסיכוי להתממשותו. עם זאת, על מנת לקבוע אם סיכון פלוני מצדיק עריכת משא ומתן לגביו או כי הוא רחוק, ניתן לבחון באיזו מידה הוא היה צפוי למתקשרים.¹⁷⁰ בניגוד לגישת הקצאת הסיכונים המלאה, אשר בוחנת את שני הצדדים באופן השוואתי, גישת הקצאת הסיכונים החלקית בוחנת את מידת הצפיפות של הסיכון רק מנקודת מבטו של החייב, בהתבסס על הנחת המוצא שכל צד אחראי לחיוביו ולשיבושים בהם.¹⁷¹

לדעתי, מבחן הצפיות, אשר עולה מנוסחו של סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות), מבטא תפיסה זו. כאמור, הרכיבים המרכזיים במבחן הם התנאים השני והשלישי, שעניינם אם

A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts, 71 IND. L.J. 45, 47–48 (1995); Scott McConnel, *Project Financing in the Energy Industry and its Impact on Completion Risk*, 20 AMPLJ 148, 152 (2001).

167 לדוגמה, אם שווי החוזה הוא 100 ומדובר בסיכון שעלותו 80, אך ההסתברות להתרחשותו היא 1:100, תוחלת הנזק של הסיכון היא 0.8. ככל שעלות איסוף המידע על הסיכון (עלותו, ההסתברות להתרחשותו, אפשרויות המניעה והביטוח מפניו) ועלות עריכת המשא ומתן לגביו גבוהות מ-0.8, לא יעיל רציונלית להקצות סיכון זה בגדרי החוזה.

168 Hall, לעיל ה"ש 165, בעמ' 302.

169 סיכון ממשי יצדיק עריכת משא ומתן, שבמסגרתו הקצאת הסיכונים תשפיע גם על יתר תנאי החוזה (למשל, הצד שיסכים לשאת בסיכון יזכה בפרמיה בתמורה לכך), ראו מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 468.

170 Hall, לעיל ה"ש 165, בעמ' 301–302; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 465.

171 מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 468–469.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

המתקשר צפה את הסיכון שהתממש ואם היה עליו לצפותו. להבנתי, תנאים אלו מבקשים לברר אם במועד כריתת החוזה, הסיכון למאורע המסכל שהתממש היה סיכון רחוק, שאין הצדקה לדון בו ולנסח עבורו תניית פטור; או שמא מדובר בסיכון משמעותי שאפשרות התממשותו ממשית ולכן היה על המתקשר לנהל משא ומתן לגביו.

כאמור, בתי המשפט בישראל נתנו לנוסחו של סעיף 18 משמעות שונה. מדינה גורס כי הדין השורר בישראל מבטא שילוב בין שתי הגישות הכלכליות. לתפיסתו, בחינת מידת הצפיות של החייב ("המפר" לפי לשון החוק), מהווה ביטוי לגישת הקצאת הסיכונים החלקית; והחזקה כי שני הצדדים היו מודעים לסיכונים מסוימים (למשל: שינוי בערכו הראלי של המטבע) וכי היעדר הסדרה שלהם תתפרש כהסדר שלילי, מבטאת את גישת הקצאת הסיכונים המלאה.¹⁷² אני חולק על דעתו של מדינה, מכיוון שלדעתי הפרשנות בדין הישראלי ניתקה את סעיף 18 מגישת הקצאת הסיכונים החלקית (שמתבטאת בנוסחו של סעיף 18), לטובת התאוריה בדבר אחריות ללא סייג. לטענתי, השילוב בין הפרשנות שלפיה תיבחן יכולת הצפייה (להבדיל מן הצפייה הראויה, הנורמטיבית) לבין החזקה כי כל הנסיבות המסלולות צפויות, רוקנה מתוכן את השימוש בטרמינולוגיה של צפיות (משום שאליבא דבית המשפט, הכול צפוי). פרשנות זו הביאה לכך שכיום דין הסיכול הישראלי מבטא את התפיסה כי אין לאחריות החוזית סייגים.¹⁷³

כאמור, מבחן הסיכון הוא ביטוי לתאוריה הכלכלית בדבר הקצאת סיכונים מלאה. על מנת לבחון את האופן שבו תורגמה התאוריה לדוקטרינה מעשית, נבחן בקצרה את הדין האמריקני, אשר בהשראתו נוסח מבחן הסיכון הישראלי.

יישום הניתוח הכלכלי של דיני החוזים בארצות-הברית

בספרות ניכרת תמימות דעים כי הדין האמריקני אימץ מבחן המבוסס על גישת הקצאת הסיכונים המלאה.¹⁷⁴ הדין החקוק מכיל ביטויים לגישת הקצאת הסיכונים, אך טרם התגבש בפסיקה מבחן ברור ואחיד לעילת הסיכול.

הריסטייטמנט השני לחוזים (Restatement (second) of Contracts) קובע מבחן כללי לקיומו של סיכול: (1) לאחר כריתת החוזה, התחייבויותיו של צד הפכו לבלתי-מעשיות; (2) ללא אשמתו; (3) הנחת היסוד של החוזה הייתה היעדר קיומן של הנסיבות; (4) אלא אם כן לשון החוזה או הנסיבות מצביעות אחרת.¹⁷⁵ בהמשך מוגדרים שלושה מצבים שבהם

172 שם, בעמ' 471–472.

173 כאמור, במקרים המעטים שבהם הכירו בתי המשפט באפשרות לקבל את טענת הסיכול, צומצם הפירוש למצבי מלחמה או לנסיבות נדירות שבהן צד שלישי יזכה בצו מניעה שלא היה זכאי לו על פי הדין, ראו עניין רגב, לעיל ה"ש 43; עניין גדעון, לעיל ה"ש 40; עניין ענבר, לעיל ה"ש 40.

174 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 635; מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 375–376; TREITEL, לעיל ה"ש 10, בעמ' 69; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 464.

RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 261 (1981) 175.

הצדדים משוחררים מן החיוב החוזי: מוות או חידלון כלכלי של אדם הנחוץ לביצוע החוזה; הרס או כישלון בשימוש בחפץ הכרחי לביצוע החוזה; איסור חוקי המונע את ביצוע החוזה. סעיף 265, אשר מתייחס לסיכול מטרה, מכיל נוסח זהה כמעט לחלוטין.¹⁷⁶

ה־UCC (Uniform Commercial Code) אימץ מבחן דומה לעילת הסיכול.¹⁷⁷ בפרשת Transatlantic ניתן פסק הדין המנחה והמרכזי בנושא. בפסק דינו פירט בית המשפט הפדרלי לערעורים בצורה מסודרת את שלושת התנאים המצטברים לתחולת עילת הסיכול. התנאי הראשון הוא כי התרחש אירוע חריג ובלתי־צפוי. התנאי השני והמרכזי הוא כי הסיכון להתרחשות האירוע המסכל לא הוקצה בין הצדדים במפורש או במשתמע. התנאי השלישי הוא שהאירוע הופך את ביצוע החוזה לחסר טעם מבחינה מסחרית. בית המשפט בחן את הצדדים לפי המאפיינים הייחודיים שלהם כדי להכריע על מי מהם הוטל הסיכון בעת כריתת החוזה.¹⁷⁸ לצד זאת, בית המשפט ביטא את גישת הקצאת הסיכונים החלקית והכיר כי במועד כריתת החוזה, הצדדים אינם יכולים לדון בכל הסיכונים. עוד נקבע כי התממשות הסיכון אינה מלמדת כי היה על הצדדים לצפות או להקצות אותו ביניהם מראש.¹⁷⁹

המלומד ג'וזף פרילו (Joseph Perillo) סבור כי הדין האמריקני בוחן הן את הקצאת הסיכונים בעת כריתת החוזה והן את מידת הצפיות של הסיכונים שהתממשו.¹⁸⁰ פרילו מציין כי בעבר הניחו בתי המשפט שבחנו את יכולת הצפיות (foreseeability) כי הדמיון האנושי אינו מוגבל, והתוצאה הייתה צמצום ההכרה בדוקטרינת הסיכול. התיאור של פרילו מזכיר במידה רבה את השפעת מבחן הצפיות המוחלטת על עילת הסיכול בדין הישראלי. לדבריו, בעקבות ביקורת על צמצום עילת הסיכול, הכירו בתי המשפט בכך שלא תמיד ניתן להזכיר בחוזה את כל הסיכונים האפשריים.¹⁸¹

- 176 שם, ס' 262–265.
- 177 הסעיף המרכזי הוא: Uniform Commercial Code § 2-615 (1952); ראו גם שם, ס' 613–2, העוסק בסיכול חוזה מכר של נכס שהושמד.
- 178 PERILLO, לעיל ה"ש 22, בעמ' 513–514; 363 F. 2d; Transatlantic Financing Corp v. U.S., 312, 213–215, 217 U.S App, 183 (1966).
- 179 שם, בעמ' 318: "Parties to a contract are not always able to provide for all the possibilities of which they are aware, sometimes because they cannot agree, often simply because they are too busy. Moreover, that some abnormal risk was contemplated is probative but does not necessarily establish an allocation of the risk of the contingency which actually occurs"
- 180 PERILLO, לעיל ה"ש 22, בעמ' 515–516.
- 181 שם, בעמ' 547–549; 177 F.2d 694, 699; L.N. Jackson & Co. v. Royal Norwegian Gov't, 776 P.2d 656, 658 (Utah 2d Cir., 1949); Western Properties v. Southren Utah Aviation, 776 P.2d 656, 658 (Utah App., 1989).

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

נראה כי החוק והפסיקה האמריקניים אימצו במשולב את גישת הקצאת הסיכונים המלאה והקצאת הסיכונים החלקית.¹⁸² למרות היעדר האחידות, ניכר כי הדין האמריקני גילה נכונות רבה יותר מן הדין הבריטי להכיר בסיכול חוזה.¹⁸³

3. החוזה כפרויקט משותף

התפיסה המסורתית, שלפיה האחריות החוזית מוחלטת, וגישת הניתוח הכלכלי למשפט ראו במתקשרים בחוזה צדדים לעומתיים, אשר פועלים כל אחד בנפרד לקידום האינטרסים הפרטיים שלהם. שתי גישות אלו היו נאמנות להנחת המוצא הפורמליסטית שלפיה עם כריתת החוזה נוצר מצב משפטי חדש, המחיל על הצדדים חובות משפטיות קשיחות.¹⁸⁴ התפיסה כי החוזה הוא פרויקט משותף קוראת תיגר על שני מאפיינים אלו של המוסד החוזי.¹⁸⁵ ראשית, תפיסה זו רואה את החוזה כמנגנון לשיתוף פעולה המאפשר לצדדים השגת יעדים ומטרות משותפים.¹⁸⁶ גישה זו מתאימה לעולם המודרני, שכן בשונה מן המאות ה-18–19, חלק ניכר מן החוזים כיום אינם חוזי מכר חד-פעמיים, אלא חוזים מתמשכים לשיתוף פעולה (דוגמת חוזי עבודה וחוזי יחס אחרים).¹⁸⁷ לכן התאוריות המוקדמות צמחו מתוך תפיסת עולם אדברסרית אשר מניחה יריבות בין הצדדים לחוזה, ואילו גישת הפרויקט המשותף מבקשת לסייע לצדדים להגשים את מטרותם המשותפת.¹⁸⁸

182 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 261 cmt b. (1981); Mishara Construction Co. v. Transit-Mixed Concrete Corp., 365 Mass. 122, 130, 310 N.E.2d 363, 366–367 (1974).

183 להרחבה על התפתחות הדין האמריקני ועל השינויים שחלו בו לאורך המאה העשרים, ראו Deborah L. Jacobs, *Legal Realism or Legal Fiction – Impracticability under the Restatement (Second) of Contracts*, 87 COM. L.J. 289 (1982).

184 מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 475, 463.

185 להרחבה על המעבר מתפיסת עולם פורמליסטית לתפיסת עולם ערכית במשפט הישראלי ראו מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 83, בעמ' 519–525, 532.

186 ע"א 3912/90 Eximin S.A. נ' טקטיל והנעלה איטל סטייל פרארי, פ"ד מז(4) 64, 82, 84 (1993) (להלן: פרשת Eximin); מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 435–436.

187 Ian Roderick Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 Nw. U. L. REV. 854, 858–859 (1978) (להלן: Macneil, *Contracts*).

188 דויטש פרשנות הקודקס האזרחי החדש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 446; ייתכן שהתפיסה התאורטית כי הצדדים לחוזה הם יריבים מבוססת על כך שהפורמליזם המשפטי במשפט המקובל התפתח במסגרת ה-case method, ולכן המלומדים לא נחשפו לחוזים עצמם אלא לסכסוכים שהובאו לפני בית המשפט. יוער כי תפיסת היריבות החוזית מבוססת על הנחת השוויון. הנחה זו קיימת בנוגע לחוזי עסקה מסחרית בדידה אך איננה מתאימה לחוזים שבהם קיימת שונות או חוסר שוויון בין הצדדים, דוגמת חוזי עבודה, חוזים בנקאיים וחוזים אחידים. ראו לעיל תת-פרק "אחריות ללא סייג" וכן: Ian Roderick Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974). בהקשר הישראלי יוער שלפי מחקר אמפירי מקיף, דיני החוזים בישראל מתפתחים בעיקר על בסיס חוזי מקרקעין, שלעתים קרובות מתיישבים עם הנחות

שנית, גישת הפרויקט המשותף איננה מגבילה את הניתוח המשפטי למועד כריתת החוזה, מכיוון שהיא תופסת את דיני החוזים כמערכת שנועדה לסייע לצדדים להגשים את התכלית המשותפת שעומדת בבסיס החוזה. גישה זו אינה מסתפקת בבחינה פורמלית של מועד כריתת החוזה, אלא בוחנת את זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים לאורך תקופת ביצוע החוזה.¹⁸⁹

גישה זו סדקה את ה"אידיאליזם" שבתאוריה המסורתית לדיני החוזים ובניתוח הכלכלי של המשפט, בכך שגרסה כי לא רק שבלתי-אפשרי להקצות מראש את כל הסיכונים האפשריים, אלא כי הצדדים כלל לא עושים זאת. לפי גישה זו, חוזים לביצוע עתידי הם חוזי "שלד", ובמועד הכריתה הצדדים מסכימים רק על המסגרת הכללית, שהם ימלאו בהסכמות נוספות לאורך חיי החוזה.¹⁹⁰ יש לציין כי התפיסה כי החוזה איננו מתמצא בתוכנו הלשוני, היוותה את הבסיס להכרה בעילת סיכול המטרה, שכן עילה זו קיימת כאשר אין מניעה לבצע את הוראות החוזה ורק התכלית שמאחוריו נמנעה.¹⁹¹

התפיסה כי היחסים החוזיים הם למעשה מערכת יחסים מתמשכת, שבבסיסה תכלית משותפת, הייתה תוצר של הטמעה מחדש של שיקולי מוסר, צדק והגינות אל דיני החוזים (על חשבון עקרונות פורמליים), והיא אפשרה שימוש גובר בהם.¹⁹² עקרון תום הלב זכה למעמד מיוחד, שכן הוא אפשר להחיל על הצדדים חובות שלא הופיעו בחוזה (ולפעמים מנע מהם להפעיל זכות חוזית) עקב בחינת הנסיבות בתקופת קיום החוזה.¹⁹³ יישום תפיסת הפרויקט המשותף על דיני הסיכול מאפשרת להחיל מבחן ערכי גמיש, התלוי בנסיבותיו של כל מקרה, אשר מביא בחשבון את עקרון תום הלב, שיקולי אשם וסבירות. באופן כללי ניתן לומר שגישה זו מבקשת להגיע לתוצאה צודקת עבור שני הצדדים כדי למנוע עוול.¹⁹⁴ בין שיקולי הצדק השונים ניתן להביא בחשבון גם שיקולי צדק חלוקתי (distributive justice) ואת התובנה כי צמצום ההתערבות השיפוטית, לרבות בדיני הסיכול, מיטיבה על פי רוב עם החזקים.¹⁹⁵ האפשרות להחיל שיקולים ערכיים גמישים, שאינם מוגדרים, משמעה הענקת

- הבסיס של תפיסת היריבות החוזית: מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" **עיוני משפט** לד 527 (2011).
- 189 פרשת *Eximin*, לעיל ה"ש 186, בעמ' 78; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 475-476.
- 190 מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 373; *Macneil, Contracts*, לעיל ה"ש 187, בעמ' 889.
- 191 מדינה "סיכול חוזה" **חוזים** ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 435-436; דויטש **פרשנות הקודקס האזרחי החדש**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 447.
- 192 *ATIYAH*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 726-727; גבריאלה שלו **דיני חוזים** 43 (1990).
- 193 לעניין תום לב בקיום חוזה ראו בג"ץ 59/80 **שירותי תחבורה ב"ש נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לה (1) 828, 833-839 (1980); פרשת *Eximin*, לעיל ה"ש 186, בעמ' 81; לעניין הגבלת השימוש בזכות חוזית מכוח עקרון תום הלב, ראו פסק דינו של השופט אלון: ע"א 148/77 **רוט נ' ישופה**, פ"ד לג (1) 617, 628-631 (1979).
- 194 *Macneil, Contracts*, לעיל ה"ש 187, בעמ' 863-864; מדינה "סיכול חוזה" **חוזים** ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 477-478; פורת "חלוקת אחריות", לעיל ה"ש 84, בעמ' 77-88.
- 195 *ATIYAH*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 648, 726-727.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

שיקול דעת וסמכות רחבה לבית המשפט, באשר לסוג השיקולים שיופעלו ולתוצאת ההכרעה השיפוטית. לכן מחיר הגמישות והערכיות הרבה שמציעה גישת הפרויקט המשותף הוא בהסתמכות על שיקול דעת רחב – ייתכן שרחב מדי – של בית המשפט.

במסגרת תפיסה זו נשברה הפרדיגמה המסורתית שלפיה לכל מקרה יש שתי תוצאות אפשריות בלבד: יש חוזה או אין חוזה; התרחשה הפרה או לא התרחשה הפרה וכו'. גם דיני הסיכול הכירו בעבר בשתי אפשרויות בלבד: הכרה בסיכול החוזה, המשחררת את החייב מהתחייבויותיו החוזיות; או היעדר הכרה, אשר תתיר את החיובים החוזיים בתוקף.¹⁹⁶ הגישה הרואה בחוזה פרויקט משותף שואפת לקיים את התכלית המשותפת העומדת בבסיס ההתקשרות, ולכן במצב של סיכול החוזה, היא תעדיף להתאים את החוזה לשינויי הנסיבות ולא להפקיע את החוזה כליל. זהו למעשה הבסיס הרעיוני לדוקטרינת הקיום בקירוב.¹⁹⁷ תוצאה נוספת שגישת הפרויקט המשותף יכולה להוביל אליה היא הכרעה כי האחריות לסיכון מתחלקת בין הצדדים, ולכן שני הצדדים יישאו במשותף בעלויות ובנזקים בגינו. חלוקת הסיכונים בין הצדדים מלמדת על תפיסה גמישה של עצם האחריות החוזית – כפי שהחוזה נתפס כפרויקט משותף, גם האחריות החוזית מוטלת במשותף על שני הצדדים (לא בהכרח במידה שווה).¹⁹⁸ תפיסה כזו של האחריות החוזית סותרת הן את התאוריה הקלאסית בדבר אחריות מוחלטת ללא סייג והן את גישת הקצאת הסיכונים המלאה, אשר מחלקת את האחריות בין הצדדים בצורה מוחלטת.

אף על פי שהדין המוצע בקודקס מאמץ כעיקרון את מבחן הסיכון, מדינה סבור כי ניתן למצוא בו ביטויים לגישת החוזה כפרויקט משותף. ראשית, ההכרה בסיכול המטרה, אשר מופיעה בסעיף 130(ב), מלמדת על גישה מתקדמת אשר רואה בחוזה מכשיר לקידום מטרה משותפת ולכן מכירה בסיכול כאשר התכלית שמאחוריו איננה ניתנת להשגה.¹⁹⁹ שנית, הסיפה של סעיף 131(ב) מפנה את בית המשפט לבחון גם שיקולי צדק כאשר הוא מכריע באשר להקצאת הסיכונים בין הצדדים. המונח "מן הצדק" הוא מונח כללי, שיכול להתפרש באופנים מגוונים, ולכן הוא מהווה אפיק טבעי עבור גישת הפרויקט המשותף לייבוא שיקולים ערכיים גמישים. שלישית, הצעת החוק מסמיכה את בית המשפט להורות על קיום בקירוב של החוזה. התאמת החיובים המקוריים לשינוי הנסיבות, כדי להשיג את התכלית המשותפת, היא מאפייין מובהק של גישת הפרויקט המשותף.²⁰⁰ עם זאת, נראה כי גם ועדת

196 מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 413.

197 המעבר מהתמקדות בלשון החוזה אל תכליתו מתיישבת עם מגמות רחבות יותר: מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 83, בעמ' 359–537; Macneil, *Contracts*, לעיל ה"ש 187, בעמ' 880–802; מדינה "סיכול חוזה" חוזים ג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 437–435; פרשת *Eximin*, לעיל ה"ש 186, בעמ' 83.

198 פורת "חלוקת אחריות", לעיל ה"ש 84, בעמ' 75–76.

199 מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 482.

200 שם, בעמ' 485; דויטש פרשנות הקודקס האזרחי החדש, לעיל ה"ש 2, בעמ' 447–448.

הקודיפיקציה וגם המלומדים סבורים כי המבחן המוצע עוצב בעיקר בדמות גישת הקצאת הסיכונים המלאה.²⁰¹

לדעתי, ניתן לראות בגישת הפרויקט המשותף ביטוי מודרני לגישה המוסרית לדיני חוזים. גישת הפרויקט המשותף מבקשת לתת מענה למצבים קיימים, אך יש לה גם פן חינוכי-נורמטיבי. בנוסף, החזרתם של הערכים אל מרכז הבמה והשימוש בהם (חלף הניתוח הפורמליסטי) כדי לפתח את דיני החוזים, מאפשרת לבתי המשפט לצקת תוכן ערכי לדיני החוזים ולהעניק נימוק מוסרי להכרעתו.²⁰² אני סבור כי זוהי תאוריה ראויה, שכן למרות הקשיים שמעורר השימוש בערכים, המשפט מעולם לא היה חף מהכרעות ערכיות.²⁰³ מדינה סבור כי במסגרת ההסדר החדש של עילת הסיכול, ישנם ביטויים לגישה זו. לשיטתו, הפנייה לשיקולי צדק כחלק מההכרעה בשאלת הקצאת הסיכונים מבטאת סטייה מגישת הניתוח הכלכלי של המשפט, לטובת גישת הפרויקט המשותף. מדינה מצביע על היבטים נוספים בפרק הסיכול, שאינם נוגעים למבחן לתחולת העילה, דוגמת דוקטרינת הקיום בקירוב וההכרה בסיכול המטרה.²⁰⁴

ד. היקף שיקול הדעת של בית המשפט

כאשר שיטת המשפט מכירה בעילת הסיכול, היא מעניקה לבית המשפט את הסמכות לקבוע באילו מקרים יינתן פטור מן האחריות החוזית. התאוריות שהוצגו מבוססות על מבחנים שונים ובהתאם הן דורשות היקף שונה של שיקול דעת שיפוטי.

כל פנייה לבית המשפט מערבת את בית המשפט במערכת היחסים בין הצדדים, וכל הכרעה שיפוטית מכילה מידה של הפעלת שיקול דעת מצד בית המשפט. כפי שראינו, הגישה הליברטריאנית הקלאסית מתנגדת להתערבות מצד בית המשפט בחוזים פרטיים ומגבילה את סמכותו לתחום האכיפה והתרופות בלבד.²⁰⁵ מנגד, גישות מודרניות מבקשות להטמיע ערכים חברתיים בדיני החוזים, ולכן דוגלות בסמכות בית המשפט ובישקול דעתו הרחב יותר.²⁰⁶ ההבחנה הראשונית שייכת למישור החקיקתי, והיא נערכת בין שני סוגים של נורמות משפטיות: הסוג הראשון הוא כללים (rules), אשר מכתיבים הוראות ברורות ולעתים טכניות, המצמצמות את שיקול הדעת של בית המשפט; הסוג השני כולל סטנדרטים

201 דברי הסבר להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 764; שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 631–632; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 459–461.

202 זוהי למעשה תורת של FRIED, לעיל ה"ש 4.

203 בנוגע לדיני החוזים ראו Duncan Kennedy, *The Political Stakes in 'Merely Technical'* (2001) 7 *EURO. REV. PRIV. L.* 7; בהקשר של שיטת המשפט הישראלית בכללותה ראו מארטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 83, בעמ' 520–521, 571–580.

204 מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 482–483.

205 ראו לעיל ה"ש 88 והטקסט הנלווה לה; ATYAH, לעיל ה"ש 83, בעמ' 389–393.

206 פורת "חלוקת אחריות", לעיל ה"ש 84, בעמ' 77–78; מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 480.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

(standards) אשר יוצרים מבחנים כלליים או מציגים ערכים ועקרונות שיש לשקול באופן חופשי יותר.²⁰⁷

מתן שיקול דעת רחב לבית המשפט מאפשר החלה של הדין באופן גמיש, המתאים למאפיינים הייחודיים של כל מקרה, כדי להגיע לתוצאה הצודקת. החסרונות הטמונים בשיקול דעת שיפוטי רחב הם הפגיעה בוודאות ובאחידות המשפטית, עקב השימוש בסטנדרטים משפטיים גמישים. לכן, מהזווית המוסרית, שיקול דעת רחב עלול להביא לפגיעה בעקרונות השוויון וההגינות.²⁰⁸ אנשי הניתוח הכלכלי חוששים מפני סטנדרטים כלליים משום שהקטנת הוודאות המשפטית תקשה להכווין התנהגות באופן יעיל.²⁰⁹ בעשורים האחרונים המתח סביב היקף שיקול דעת השיפוטי בא לידי ביטוי בשלושת תתי-הענפים העיקריים של דיני החוזים. בדיני כריתת החוזה ורככו דרישת המסוימות ודרישת הכתב באמצעות סטנדרטים ערכיים דוגמת עקרון תום הלב.²¹⁰ בדיני התרופות נעשה שימוש רב בסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות) המהווה סייג לאכיפת החוזה כאשר היא בלתי-צודקת בנסיבות העניין.²¹¹ השימוש בשיקול דעת רחב משך את מרב תשומת הלב בתחום דיני פרשנות החוזה, לאחר שבית המשפט הצהיר שיפרש את החוזה לא רק על פי לשונו המפורשת, אלא גם באמצעות פנייה לנסיבות ולעקרונות אובייקטיביים.²¹² כחלק ממגמת השימוש בשיקול דעת רחב גילו בתי המשפט מעורבות רבה בעיצוב תוכן החוזה ואף בהכרעה אם נכרת חוזה ונוצרו בין הצדדים יחסים משפטיים מחייבים.²¹³ בתי המשפט הצדיקו את התערבותם בכך שהם מבקשים לקדם את האינטרסים המשוערים של הצדדים, לממש את רצון הצדדים כפי שהוא נלמד מנסיבות החוזה, בהתבססות על עקרון

- 207 מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321, 325–329, 335 (1987) (להלן: מאוטנר "כללים וסטנדרטים").
- 208 ראו בהקשר של השימוש בעקרון תום הלב במשפט הישראלי: מיגל דויטש "תום-לב בשימוש בזכויות – קווים אדומים לתחולת העיקרון?" **עיוני משפט** יח 261, 263–261 (1994); טרסקי "סיכול החוזה בהיפסק עניין הנושה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 106.
- 209 מאוטנר "כללים וסטנדרטים", לעיל ה"ש 207, בעמ' 328–329; אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך רביעי – פרשנות החוזה 503–505 (2001) Triantis; לעיל ה"ש 145, בעמ' 476–477.
- 210 ע"א 133/89 **החברה לפיתוח חוף התכלת נ' מנהל מס שבח מקרקעין**, פ"ד מז(5) 689 (1993); ע"א 986/93 **קלמר נ' גיא**, פ"ד נ(1) 185 (1996); שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 124, 158; מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 83, בעמ' 545–547.
- 211 דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ד, 221–248 (2011); כן ראו דבריו של השופט (כתוארו דאז) חשין בע"א 3023/91 **ינאי נ' יחיא**, פ"ד מז(4) 773, 779 (1993): "רשימת ה'נסיבות' העשויות להשפיע על שיקול הדעת אינה סגורה ולעולם לא תינעל".
- 212 ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים**, פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: עניין **אפרופים**); ע"א 2553/01 **ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(5) 481 (2006); להרחבה ראו מאוטנר "ירידת הפורמליזם", לעיל ה"ש 83, בעמ' 549–551; ברק, לעיל ה"ש 209, בעמ' 488–500.
- 213 עניין **אפרופים**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 291–293, 329; ע"א 3833/93 **לוינ' לוינ' פ"ד מח(2)** 862 (1994); פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה", לעיל ה"ש 82, בעמ' 661–662.

תום הלב, על מנת לצמצם את הוצאות העסקה וכדי לקדם אינטרסים ציבוריים.²¹⁴ על מידת המעורבות הרבה של בתי המשפט בתוכנם של חוזים נמתחו ביקורות רבות. בין השאר נטען כי מדובר בתפיסה פרשנית רחבה מדי וכי מגמה זו עלולה לגרום לפגיעה באוטונומיה של הצדדים לחוזה, בחופש החוזים ובעקרון היציבות והוודאות המשפטית. עוד נטען כי במישור המוסדי, הגישה המרחיבה עלולה להוות חריגה מסמכותו של בתי המשפט לפרש חוזה.²¹⁵

הצעת החוק מהווה קודקס משפטי. תרבות משפטית קודיפיקטיבית מבוססת על דברי חקיקה ארוכים, מפורטים וטכניים, במטרה לקדם את הוודאות והקוהרנטיות המשפטית.²¹⁶ מנגד, המשפט הישראלי קרוב יותר למשפחת המשפט המקובל מאשר למשפט הקונטיננטלי המאופיין בהסדרים קודיפיקטיביים.²¹⁷ לכן שיטת המשפט הישראלית הכירה מראשיתה בתפקידו המרכזי של השופט בפרשנות, ביישום ובפיתוח הדין.²¹⁸ כפי שהוצג לעיל, מגמות מודרניות בדיני החוזים תובעות שימוש בשיקול דעת שיפוטי רחב, כדי לקדם ערכים ואינטרסים מוגנים.²¹⁹

בהקשר של שאלת היקף השיקול הדעת הרצוי, דיני הסיכול ממוקמים בצומת רגיש. ראשית, הם מטפלים בשאלת מדיניות (היקף האחריות החוזית). שנית, הם עוסקים באירוע שהצדדים לא הסדירו בחוזה ולכן יש לבחון את נסיבותיו של כל מקרה. שלישית, דיני הסיכול נוגעים להתרחשותם של אירועים חריגים ובלתי-צפויים. המשפט נדרש להתפתח ולהמציא כלים חדשים כאשר הוא נתקל בשאלות חדשות, ודיני הסיכול כוללים מעצם מהותם התמודדות קבועה עם שאלות חדשות ומצבי קיצון.²²⁰

מאוטנר מרחיק לכת ומגדיר את עצם ההכרה של שיטת משפט בעילת הסיכול כשינוי היקף שיקול דעתו של בית המשפט, שכן דיני הסיכול מצריכים שימוש מתמיד בסטנדרטים משפטיים גמישים ורחבים, שיופעלו בהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה. לכן, ייתכן

214 לעיל ה"ש 212.

215 ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, 21–24 (פורסם בנבו, 23.2.2010); רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2012); דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 484, 483 (2003); גבריאלה שלו "פרשנות חוזה – תורת ברק" המשפט ח 675, 685–686, 691–693 (2003); עניין רקנט, לעיל ה"ש 21, בעמ' 375.

216 דפנה ברק-ארו "הקודיפיקציה הישראלית בראי דיני החוזים" עיוני משפט כב 793, 797–798 (2000); דויטש "הנדסת הקודיפיקציה", לעיל ה"ש 55, בעמ' 588–589; מאוטנר "כללים וסטנדרטים", לעיל ה"ש 207, בעמ' 337–340.

217 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 179–191 (1992).

218 שם, בעמ' 193–194, 307–313.

219 ברק, לעיל ה"ש 209, בעמ' 99–100; מאוטנר מסווג את הניסוחים בחקיקה אשר מאפשרים שיקול דעת שיפוטי לכמה קבוצות. ראו מאוטנר "כללים וסטנדרטים", לעיל ה"ש 207, בעמ' 331–335.

220 לכן, לדעתי נכון לסווג אותם כ"מקרים קשים" של הפעלת שיקול דעת שיפוטי. ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 65–66 (1987).

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

שתרבות משפטית קודיפיקטיבית, המצמצמת את תפקידו ואת שיקול הדעת של בית המשפט, איננה מסוגלת לספק פתרונות מתאימים למצבי הסיכול.²²¹ בהקשר זה מעניין לבחון אם המשפט הישראלי יאמץ תרבות משפטית קודיפיקטיבית בעקבות חקיקת הקודקס האזרחי וכיצד הדבר ישפיע על היקף שיקול הדעת השיפוטי. לדעתי, שיטת המשפט הישראלית אינה מתיישבת עם תרבות קודיפיקטיבית, עקב תפקידם המרכזי של השופטים ושיקול הדעת המסור לבית המשפט. לכן הקודקס האזרחי כשלעצמו לא יגרום לבתי המשפט לאמץ תפיסת תפקיד צרה ולצמצם את היקף שיקול דעתם.²²² בנוסף, הקודקס מכיל פנייה לערכים ולעקרונות גמישים ובכך דווקא מזמין הפעלת שיקול דעת שיפוטי.²²³ לכן הגורם המרכזי שיעצב את דמותו של הקודקס האזרחי בכלל ושל פרק הסיכול בפרט יהיה שיקול הדעת שיפעילו בתי המשפט.

מבין שופטי בית המשפט העליון בלט בעיקר השופט אנגלרד, שהביע את דעתו כי יש להרחיב את ההכרה בעילת הסיכול. אף שעמדה זו טרם אומצה בפסק דין של בית המשפט העליון, החלו בתי המשפט המחוזיים ליישמה.²²⁴ השופט ארבל הקדימה ויישמה מבחן המבוסס על חלוקת הסיכונים בין הצדדים, עוד בטרם נחקק הקודקס. מכך שהיא יישמה מבחן שטרם נחקק, ניתן ללמוד על היקף שיקול הדעת שהיא מפעילה. על כן סביר להניח שהשופט ארבל תאמץ את מבחן הסיכון, והיא עשויה לגלות שיקול דעת שיפוטי רחב גם כאשר תיישם אותו.²²⁵ מעניין לנתח את עמדתו של השופט דנציגר, אשר התנגד להקניית שיקול דעת שיפוטי רחב במסגרת דיני פרשנות החוזה. עמדתו התבססה על כיבוד כוונת הצדדים והשאיפה לחזק את הוודאות המשפטית.²²⁶ עם זאת, דנציגר אינו פוסל הפעלת שיקול דעת שיפוטי תוך התערבות ביחסים החוזיים. לשיטתו, דרך המלך היא כיבוד האוטונומיה של הצדדים, אך ייתכנו נסיבות שבהן ראוי כי בית המשפט יתערב ויפעיל שיקול דעת על מנת להגן על ערכים ציבוריים וחברתיים. השופט דנציגר טוען כי גם התערבות זו תוגבל למקרים שהוגדרו על ידי המחוקק וכי על בית המשפט לנהוג בריסון.²²⁷ לכן סביר להניח כי דנציגר יישם את מבחן הסיכון, אך ימנע מהפעלת שיקול דעת רחב

221 מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 376; מאוטנר "כללים וסטנדרטים", לעיל ה"ש 207, בעמ' 345–346.

222 ברק סבור כי הקודקס נועד לכוון את השופטים להעדיף פרשנות תכליתית ולא לצמצם את שיקול דעתם. על כל פנים, גם ברק מחזיק בדעה כי גורלו של הקודקס תלוי בפירוש שיינתן לו על ידי בתי המשפט: ברק "מבוא להצעת הקודקס האזרחי", לעיל ה"ש 60, בעמ' xi–xii.

223 נבו ופרוקצ'יה "מהפך", לעיל ה"ש 58.

224 ראו לעיל ה"ש 44. השופטת פרוקצ'יה פסקה בעניין כהן כי החוזה סוכל, אך במהלך כהונתה בבית המשפט העליון לא הביעה תמיכה בגישתו של אנגלרד. ראו עניין כהן, לעיל ה"ש 44. השניים פרשו מכס השיפוט, ולכן לא עלה בידם לפרש את מבחן הסיכון.

225 לעיל ה"ש 66.

226 לעיל ה"ש 215.

227 לעיל ה"ש 45.

המבוסס על סטנדרטים ערכיים גמישים.²²⁸ יש להעיר כי השופטים המכהנים כיום בבית המשפט העליון אשררו את מבחן הצפיות המוחלטת, ולכן קשה לקבוע כיצד יתקבל המבחן החדש המוצע בקודקס וכיצד יופעל.

לענייננו דרושה הכרעה נורמטיבית בדבר היקף שיקול הדעת הרצוי בשאלת הסיכול. מקובלת עליי עמדתו של השופט דנציגר באשר להיקף שיקול הדעת השיפוטי שיש להפעיל בנוגע לעילת הסיכול. לתפיסתי, המאפיינים הייחודיים של שאלת הסיכול יוצרים הכרח לאפשר לבית המשפט מרחב של שיקול דעת, אך רצוי ששיקול הדעת השיפוטי יהיה תחום באמצעות מבחנים מוגדרים המכילים מעט רכיבים ערכיים גמישים. לכן, בעת בחירת הכלל המשפטי לתחולת עילת הסיכול, יש לבחון מהו היקף שיקול הדעת שניתן לבית המשפט. במסגרת פרק ו' של המאמר אבחן את היקף שיקול הדעת השיפוטי שמצריכים המבחנים השונים. בחלקו האחרון של הפרק אציע כמה מבחנים חלופיים, כדי לאפשר פתרונות משפטיים גמישים, תוך תחימת שיקול הדעת השיפוטי.

ה. סיכום ביניים

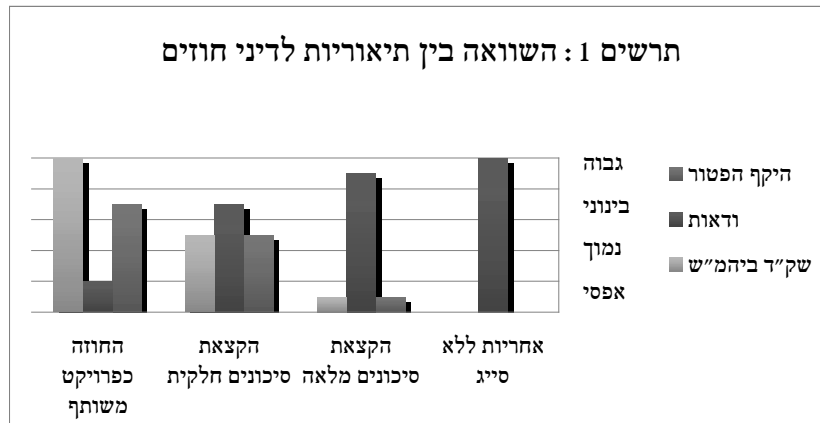
חלק זה יבקש להשוות בין התאוריות השונות שהוצגו לעיל ובין הדוקטרינות המשפטיות שנדונו בנוגע לחוק הישראלי. את ההשוואה המסכמת אערוך בהתבסס על שלושה קריטריונים: (1) היקף ההכרה באפשרות לפטור מן האחריות החוזית; (2) מידת הוודאות שמספק הכלל המשפטי; (3) היקף שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט ביישום הכלל. היקף ההכרה באפשרות למתן פטור הוא פרמטר תוצאתי, הבוחן עד כמה הכלל הנדון מאפשר הכרה כי החוזה סוכל. מידת הוודאות שמספק הכלל הוא פרמטר אשר בוחן את מידת האובייקטיביות והאחידות של המבחן בשאלת סיכול החוזה. ודאות משפטית ידועה כתכונה חשובה של מערכת משפט. גישות כלכליות דוגלות בכך שוודאות מאפשרת לפרטים להסתמך ולתכנן על בסיס הכלל המשפטי. בנוסף, מצב של היעדר ודאות עלול לעודד פנייה לא מוצדקת לערכאות ולניהול התדיינויות מיותרות. גישות דאונטולוגיות רואות בוודאות כלי להבטחת שוויון, הגינות והיעדר שרירות.²²⁹ הקריטריון בדבר היקף שיקול הדעת מתמקד במידה שבה תוצאת הכלל תלויה בשיקול דעתו של בית המשפט. בחינת היקף שיקול הדעת מאפשרת לבחון את האיזון בין המחוקק לבית המשפט וכן עד כמה כל תאוריה ודוקטרינה היא "כלל" או "סטנדרט".

228 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, 37, 51-52 (2012).

229 ס' 1 (ה) להצעה קובע כי אחת מתכליות הקודקס היא "קידום ביטחון, ודאות ויעילות במשפט", לעיל ה"ש 1; יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" **דין ודברים** ו 17, 38 (2011); POSNER; לעיל ה"ש 5, בעמ' 4, 14-15, 116; אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה, 583-584 (1993).

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

השוואה שתובא להלן היא פרי הערכה איכותנית-תאורטית, והיא אינה מתיימרת לספק נתונים אמפיריים מדידים. מטרתה היא לסייע להשוות בפשטות בין התאוריות השונות שנותחו בפרק זה. על מנת שלא לחזור על המידע שהוצג עד כה, מובא להלן תרשים לסיכום עיקרי התאוריות והדוקטרינות השונות לפי שלושת המשתנים לעיל. התרשימים המובאים להלן מבוססים על הספרות והפסיקה שהוצגה עד כה, בנוגע לתאוריות ולדוקטרינות השונות.



תרשים 1 משווה בין ארבע מן התאוריות שהוצגו בפרק זה. אלו ארבע התאוריות הבולטות, שקיבלו ביטוי בדין הישראלי (בלשון החוק, בדין השורר ובדין המוצע).²³⁰ באמצעות התרשים ניתן לראות בבירור כי הגישה המסורתית, שלפיה האחריות החוזית מוחלטת ונעדרת סייגים, והתאוריה הכלכלית בדבר הקצאת סיכונים מלאה, מציגות עמדה

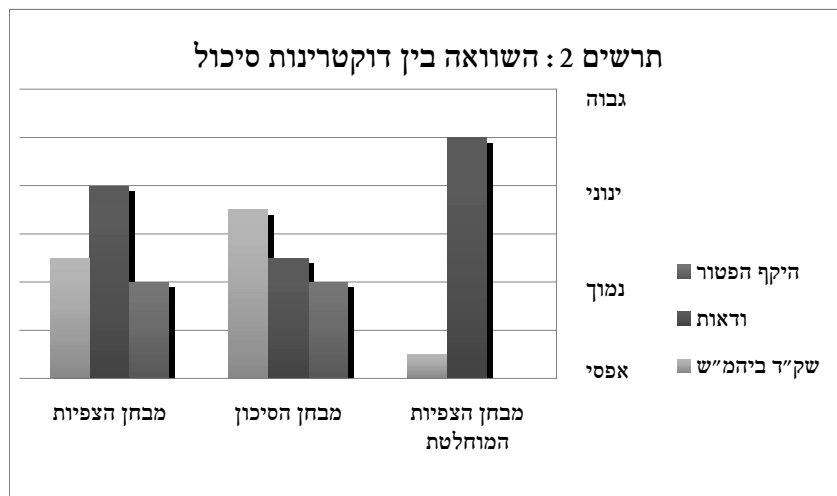
²³⁰ התאוריה בדבר אחריות ללא סייג לא מכירה כלל בסיכול חוזה ולכן מייצרת ודאות מוחלטת. כלל זה אינו מאפשר לבית המשפט להפעיל כל שיקול דעת ואינו מתייחס כלל לשיקולי צדק בין הצדדים.

גישת **הקצאת סיכונים מלאה** כוללת חזקה חמורה כנגד החייב, אשר מצמצמת את האפשרות להכרה בעילת הסיכול. הנטל הכבד הדרוש כדי להפוך את החזקה יוצר מידה גבוהה של ודאות משפטית, ומצר את שיקול הדעת השיפוטי. עם זאת, ייתכן שהאחריות לסיכון תוטל על הצד החזק, אשר נהנה מעדיפות במידע, בכוח וביכולת הביטוח. לכן המבחן עשוי לבטא שיקולי מדיניות במידה מצומצמת.

גישת **הקצאת הסיכונים החלקית** מאפשרת הכרה רחבה יותר בעילת הסיכול. במסגרתה מוענק לבית המשפט היקף רחב יותר של שיקול דעת, שכן היא מציגה שאלות כלליות התלויות בפרשנות של בית המשפט לנסיבותיו הסובייקטיביות של כל מקרה.

ראיית החווה כ**פרויקט משותף** מבוססת על מבחנים ערכיים גמישים, דוגמת תום לב, סבירות, שיקולי צדק וכיוצא באלה. על כן מובן שלבית המשפט מסור שיקול דעת רחב. תאוריה זו מבטאת מוכנות גבוהה להכיר בסיכול החווה ולהתאימו לשינוי הנסיבות. השימוש במבחנים ערכיים גמישים מחליש, כמוכן, את הודאות המשפטית.

רדיקאלית באשר לקשיחות האחריות החוזית. מנגד, התאוריה הרואה בחוזה כפרויקט משותף מרככת בצורה ניכרת את האחריות החוזית. לריכוך האחריות החוזית מחיר בדמות הסתמכות רבה יותר על שיקול דעתו של בית המשפט. שני הבדלים אלו משפיעים על רמת הוודאות שתאוריית הפרויקט המשותף מספקת. בתווך אנו מוצאים את התאוריה הכלכלית בדבר ההקצאה החלקית של הסיכונים, אשר מציגה עמדה מתונה בכל שלושת המשתנים שנבחנו.



תרשים 2 משווה בין שלוש דוקטרינות הסיכול שנבחנו או יושמו במסגרת הדין הישראלי.²³¹ ראשית, מוצג מבחן הצפיות המוחלטת, שפותח בפסיקתם של בית המשפט.

²³¹ **מבחן הצפיות המוחלטת** אינו מכיר בפועל בטענת הסיכול, עקב ההלכה כי המתקשר החוזי בישראל יכול לצפות כל התרחשות וכל אירוע. גישה זו מבטיחה ודאות משפטית מלאה. לבית המשפט מסור שיקול הדעת להכריע אם האירוע היה ניתן לצפייה מראש, אך כאמור החזקה היא כי הכול בר צפייה.

מבחן הסיכון הוא תוצר של גישת הקצאת הסיכונים המלאה, אך הוא עבר כמה שינויים. ראשית, הוא אינו כולל את החזקה החמורה כנגד החייב ולכן היקף הפטור במבחן הסיכון רחב יותר מאשר בתאוריית הקצאת הסיכונים המלאה. שנית, לבית המשפט מסורה הסמכות המפורשת לבחון את שיקולי הצדק. סמכות זו מעניקה לבית המשפט שיקול דעת רחב ובהתאם פוגעת בוודאות המשפטית שהכלל יוצר.

מבחן הצפיות, אשר עולה מנוסחו הלשוני של ס' 18 לחוק החוזים (תרופות) מאפשר היקף דומה של הפטור עקב סיכול, שכן בדומה למבחן הסיכון, הוא בוחן הן מאפיינים סובייקטיביים (צפיות בפועל) והן מאפיינים אובייקטיביים (היה עליו לצפות). הסמכות של בית המשפט להגדיר סטנדרט התנהגות אובייקטיבי מוגבלת, ובית המשפט אינו מוסמך לעשות שימוש נרחב במונחי שסתום או בשיקולים ערכיים. תחימת שיקול הדעת השיפוטי מבטיחה ודאות משפטית לצד הכרה מתונה בעילת הסיכול.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

ניכר כי התוצאה של דוקטרינה משפטית זו דומה יותר מכול לתאוריה המסורתית בדבר האחריות ללא סייג (ראו תרשים 1), אשר סירבה אף היא להכיר בעילת הסיכול כטענת פטור מן האחריות החוזית. מבחן הסיכון הוא המבחן המשפטי המוצע בקודקס האזרחי החדש, שתמציתו היא בחינת חלוקת הסיכונים בין הצדדים במפורש, במשתמע או לפי שיקולי צדק. מבחן זה מכיר בטענת הסיכול באופן מתון. יש לשים לב שהפנייה לאינדיקציות משתמעות ובמיוחד האפשרות לפסוק לפי שיקולי צדק לא מוגדרים, מגדילים במידה משמעותית את היקף שיקול דעתו של בית המשפט, במחיר של פגיעה בוודאות המשפטית. מבחן הצפיות, המוצג לאחר מכן, הוא הכלל המשפטי כפי שנלמד מנוסחו של סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות). עיקרו של המבחן, בהקשר זה, הוא שהמתקשר יישא באחריות לסיכונים שצפה או היה עליו לצפות במועד כריתת החוזה. מבחן זה מכיר בעילת הסיכול ואף הוא מעניק לבית המשפט שיקול דעת, בעיקר לגבי ההתוויה הנורמטיבית של מידת הצפייה הראויה (כרף אובייקטיבי). עם זאת, כיוון שהמבחן תחום וברור יותר מזה שבמבחן הסיכון, שיקול הדעת המוענק לבית המשפט צר יותר ובהתאם מושגת ודאות רבה יותר.

באמצעות הייצוג הגרפי של התאוריות והדוקטרינות השונות ניתן להפיק כמה תובנות מעניינות. ראשית, מבחן הצפיות המוחלטת מהווה הדהוד של התפיסה כי האחריות החוזית היא ללא סייג. שנית, למרות הבסיס התאורטי השונה, גישת הקצאת הסיכונים המלאה מבטאת עמדה קרובה מאוד לתאוריה המסורתית שלפיה האחריות החוזית היא ללא סייג. לדמיון הרב לתאוריה השמרנית מן המאה השמונה-עשרה יש משמעות לא מבוטלת – החסרונות של הגישה המסורתית תקפים גם בנוגע למבחן הצפיות המוחלטת וגם בנוגע לגישת הקצאת הסיכונים המלאה.²³² שלישית, ניכר כי מבחן הסיכון ומבחן הצפיות, הם, בהתאמה, תרגום של תאוריית הקצאת הסיכונים המלאה ותאוריית הקצאת הסיכונים החלקית. עם זאת, חשוב לעמוד על כך שמבחן הסיכון, בנוסח המוצע במסגרת הצעת חוק דיני ממונות, לא יישם את תאוריית הקצאת הסיכונים המלאה בצורתה המקורית, אלא ריכך אותה משמעותית באמצעות הפנייה הכללית לעקרונות הצדק. עקב כך, שיקול הדעת של בית המשפט התרחב במידה ניכרת בהשוואה לתאוריה הכלכלית. גישת הקצאת הסיכונים המלאה דוגלת בהטלת הסיכון על הצד שיישא בו באופן היעיל ביותר, ואילו מבחן הסיכון מאפשר להטיל את הסיכון על צד לחוזה בשל נטילת הסיכון באופן משתמע או בשל שיקולי צדק. יש בכך סטייה לא מבוטלת מן התאוריה הכלכלית בדבר הקצאת סיכונים מלאה. כפועל יוצא מכך, מבחן הסיכון ומבחן הצפיות, שפותחו בעקבות תאוריות אלו, אינם כה שונים זה מזה, ומכירים במידה דומה בעילת הסיכול.

ניתוח התאוריות השונות והדוקטרינות המשפטיות שצמחו מתוכן מעלה את המסקנה כי המחוקק הישראלי הושפע בעיקר מן הניתוח הכלכלי של המשפט. מבחן הצפיות שבסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות) מבוסס על גישת הקצאת הסיכונים החלקית ומבחן הסיכון שבהצעת הקודקס מבוסס על גישת הקצאת הסיכונים המלאה. כמו כן, עולה שהמבחן

232 אגמון-גונן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 290.

שהמחוקק ביקש ליצור במסגרת סעיף 18 לחוק לא יושם, כיוון שבתי המשפט יצרו את מבחן הצפיות המוחלטת, שהוא ביטוי לתאוריה השמרנית שלפיה לאחזיות החוזית אין סייגים. עתה נבחן את שתי הדוקטרינות הרלוונטיות למשפט הישראלי: מבחן הצפיות, שהמחוקק יצר בחוק, ומבחן הסיכון, שמוצע לאמץ במסגרת הקודיפיקציה האזרחית החדשה.

ו. הערכת הדוקטרינות להכרה בסיכול החוזה

בהמשך לניתוח התאורטי, פרק זה יוקדש לדיון בדוקטרינות שצמחו מן התאוריות השונות. תחילה אדון בהחלטת ועדת הקודיפיקציה לנטוש את מבחן הצפיות המוחלטת, שמבטא את הגישה השמרנית, לטובת גישת הקצאת הסיכונים המלאה, ואנתח את הסתירה התאורטית שבמהלך זה. לאחר מכן אציג את הליקויים המאפיינים את מבחן הסיכון, שהם תוצאה של אותה סתירה תאורטית. המשך הפרק יוקדש לבחינת הקשיים במבחן הצפיות ובאפשרות לרפא את הליקויים במבחן הסיכון.

1. המעבר ממבחן הצפיות למבחן הסיכון

כיוון שמבחן הצפיות המוחלטת מבטא את התאוריה המסורתית בדבר אחריות חוזית ללא סייג, החלטת ועדת הקודיפיקציה להמליץ לשנות את הדין הקיים היא מהלך נכון וראוי. הוועדה לא הסתפקה בתיקון הלכת הצפיות המוחלטת. היא בחרה לזנוח את מבחן הצפיות לטובת מבחן חדש – מבחן הסיכון. כפי שראינו, מקורם של מבחן הסיכון ומבחן הצפיות הוא בניתוח הכלכלי של המשפט, אך הם מייצגים שתי תפיסות יריבות. דברי ההסבר להצעת החוק מנמקים את אימוץ המבחן החדש ברצון להרחיב את ההכרה בעילת הסיכול, כדי לאפשר ריכוך של האחריות החוזית.²³³

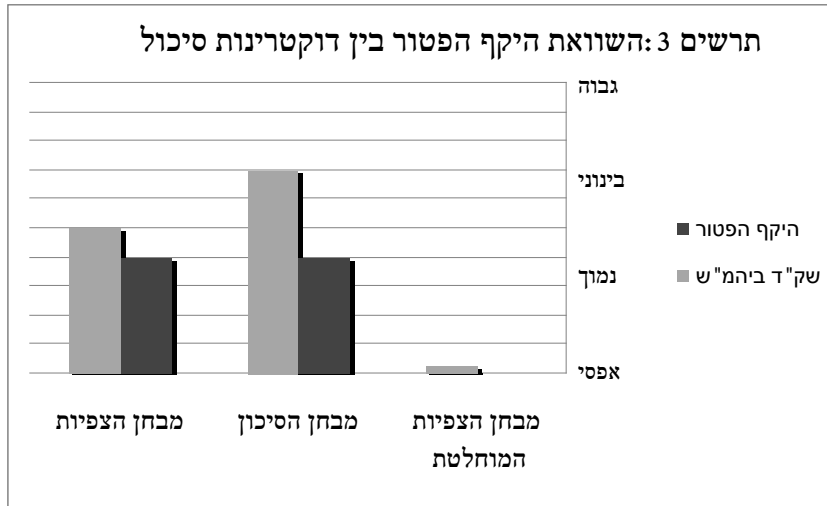
במישור התאורטי, הבחירה במבחן הסיכון נראית שגויה. אמנם גישת הקצאת הסיכונים המלאה מאפשרת מעט יותר הכרה בעילת הסיכול, אך חשוב לזכור שגישה זו קרובה לתאוריה השמרנית, והיא מצמצמת מטבעה את ההכרה בעילת הסיכול.²³⁴ במישור התאורטי, הבחירה בגישת הקצאת הסיכונים המלאה איננה הולמת את מטרת השינוי – הרחבת טענת הסיכול. העובדה שגישת הקצאת הסיכונים המלאה מהווה "רנסנס" של הגישה בדבר אחריות ללא סייג מטילה ספק בדבר האפשרות שתאוריה זו תאפשר ריכוך של האחריות המוחלטת הנהוגה כיום בישראל.

²³³ דברי הסבר להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 763–764.

²³⁴ כאמור, מבחן הקצאת הסיכונים המלאה עושה שימוש בחזקה חמורה כנגד הצד אשר טוען לסיכול החוזה, ולכן מבחן זה כמעט אינו שונה מן הגישה הממאנת להכיר בסיכול חוזים. ראו לעיל ה"ש 151–153 והטקסט הנלווה להן.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

כיוון שהצעת החוק מבקשת לתקן את הלכת הצפיות המוחלטת, היה זה טבעי שהמחוקק ירתום את הקודקס החדש כדי להחזיר עטרה ליושנה – לתקן את הפרשנות השגויה של בתי המשפט, כדי להשיב על כנו את מבחן הצפיות המתון שמבוסס על גישת הקצאת הסיכונים החלקית.²³⁵ יש לציין כי בהצעת החוק ובדברי ההסבר לה אין כל הסבר לזניחתה של גישת הקצאת הסיכונים החלקית ולא־אומץ עולם תאורטי חדש המבוסס על



התאוריה המצמצמת של הקצאת הסיכונים המלאה. הבחירה במבחן הסיכון היא בחירה תמוהה, שאיננה הגיונית מבחינה תאורטית.

עד כה ההשוואה התמקדה בהבדלים שבין התאוריות השונות. עתה נעבור לבחון את הדוקטרינות המשפטיות הישראליות – מבחן הצפיות ומבחן הסיכון. אף שקיים הבדל ניכר בין גישת הקצאת הסיכונים המלאה לבין גישת הקצאת הסיכונים החלקית, הדוקטרינות הישראליות מכירות בהיקף דומה של עילת הסיכול. תרשים 3 מציג בתמצית את היקף הפטור בכל דוקטרינה.

בכל הנוגע להיקף הפטור והיקף שיקול הדעת השיפוטי, מבחן הצפיות המוחלטת תואם לגישה בדבר אחריות ללא סייג ומבחן הצפיות דומה לגישת הקצאת הסיכונים החלקית. בתרגום התאוריות לדוקטרינות חל שינוי במבחן הסיכון, שהרחיב את ההכרה בעילת הסיכול ובשיקול הדעת המוקנה לבית המשפט. מן ההשוואה עולה כי מבחן הסיכון ומבחן הצפיות מביאים למידה דומה של הכרה בטענת הסיכול.²³⁶ שני המבחנים המתונים שנסו

²³⁵ ראו לעיל ה"ש 170–172 והטקסט הנלווה להן.

²³⁶ יש לציין כי הדיון בשתי הדוקטרינות הללו הוא תאורטי לחלוטין, מכיוון שמבחן הסיכון טרם אומץ בדין הישראלי ומבחן הצפיות מעולם לא יושם, עקב הפרשנות שיצרה במקומו את מבחן הצפיות המוחלטת.

במסגרת הדין הישראלי מהווים את החלופות העיקריות שניתן היה לאמץ. ההכרעות העקרוניות ביותר של ועדת הקודיפיקציה טמונות בגורמים לכך שמבחן הסיכון הפך דומה למבחן הצפיות.

להבנתו, ישנם שלושה גורמים לכך שהפערים בין התאוריות הצטמצמו כאשר הן תורגמו לדוקטרינות בדין הישראלי. הגורם הראשון והמרכזי הוא כי עקב ההתחשבות בשיקולי צדק, מבחן הסיכון מעניק הכרה רחבה יותר מן התאוריה שמאחוריו. סעיף 131(ב) קובע כי ניתן להכריע באשר לנטילת הסיכון לפי שיקולי צדק לא מוגדרים.²³⁷ הגורם השני לצמצום הפער בין הדוקטרינות הוא שמבחן הסיכון הישראלי אינו מכיל את החזקה החמורה נגד החייב, שבה דוגלת תאוריית הקצאת הסיכונים המלאה. הגורם השלישי הוא שמבחן הצפיות כולל מבחן אשם כפול ברוח הגישה המוסרית (היעדר אשמה בקרות האירוע המסכל והיעדר יכולת למנועו). זאת, בשונה מגישת הקצאת הסיכונים החלקית, שאינה מפעילה מבחן מבוסס אשם.²³⁸ המבחנים הישראליים אינם זהים לתאוריות המקור שלהם, ולכן הם מכירים במידה דומה בעילת הסיכול. אפנה לבחון את המאפיינים של שני המבחנים, כדי להעריך מי מהם עדיף.

מבחן הסיכון

מבחן הסיכון הישראלי מבטא כמה תאוריות. הפנייה לשיקולי צדק היא מאפיין של גישת החוזה כפרויקט משותף, שכן מדובר בסטייה מעקרון הקצאת הסיכונים לטובת ראייה ערכית של דיני החוזים ושל התכלית שמאחורי החוזה.²³⁹ מכאן שמבחן הסיכון לוקה בחוסר אחידות תאורטי, שכן הוא מבטא בערבוביה שתי תאוריות סותרות: הגישה בדבר הקצאת סיכונים מלאה והגישה הערכית שלפיה החוזה הוא פרויקט משותף.²⁴⁰ הרחבת היקף ההכרה בטענת הסיכול מושגת במחיר של הענקת שיקול דעת רחב מאוד לבית המשפט. כאמור, להפעלת שיקול דעת שיפוטי רחב יש יתרונות בדמות התאמת ההכרעה לנסיבות המקרה. מנגד, לשיקול דעת רחב יש חסרונות כמו הפגיעה בשוויון, באחידות ובוודאות המשפטית. לדעתו, בתחום הסיכול, ראוי שהיקף שיקול הדעת של בית המשפט יהיה צר יחסית, אך לא טכני לגמרי. מבחן סדור, אשר תוחם את היקף שיקול הדעת, הוא הכרחי לעיצוב היקף האחידות החוזית. לכן, לדעתו, יש חשיבות רבה לעיצוב

237 ראו לעיל ה"ש 68–69 והטקסט הנלווה להן.

238 אגמון-גונן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 282; טדסקי "על החוזה אשר נבצר ביצועו", לעיל ה"ש 87, בעמ' 31–32.

239 מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 477–478; מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 384.

240 מעניין ציין שבעיה דומה מאפיינת גם את דין הסיכול האמריקני, אשר מבוסס על אותה תאוריה כלכלית. ראו לעיל ה"ש 179, 180 והטקסט הנלווה להן.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

מבחן ברור ומוגדר ככל האפשר, שיקטין את האי־ודאות והשונות למינימום האפשרי. מסקנתי היא שמבחן הסיכון מבוסס על שיקול דעת רחב מהרצוי.²⁴¹ מכיוון שמבחן הסיכון מובא במסגרת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי, חשוב לציין כי חקיקה קודיפיקטיבית מתאפיינת לרוב בפירוט ובניסיון להתוות מסגרת משפטית מקיפה וממצה, כדי להסדיר במסגרת החקיקה את מרב הפתרונות המשפטיים הראויים. אופייה הקודיפיקטיבי של הצעת החוק מתיישב עם השאיפה להבטיח ודאות ואחידות, באמצעות שיקול דעת מצומצם. כמו כן, לא נראה שמטרת התיקון בדין הסיכול היא להרחיב את שיקול הדעת של בית המשפט.²⁴² הביקורת על היקף שיקול הדעת במסגרת מבחן הסיכון מתחדדת כיוון שהיה ניתן לעצב את תחולת דיני הסיכול בהיקף דומה, באמצעות חזרה למבחן הצפיות, כפי שהוא מנוסח בסעיף 18 לחוק. היתרון של מבחן הצפיות הוא בהימנעות משימוש בשיקול דעת שיפוטי רחב, אשר עלול לפגוע בוודאות המשפטית.

מבחן הצפיות

עתה אפנה לבחון את החסרונות הטמונים במבחן הצפיות, כדי לבחון אם עדיף היה לאמץ אותו במסגרת הקודקס האזרחי החדש. בפרק א' הוצגו כמה היבטים בעייתיים במבחן הצפיות כפי שהוא מנוסח בסעיף 18 לחוק. אחד הקשיים המרכזיים נעוץ בכך שטענת הסיכול היא טענת הגנה במקרה של הפרה. הבעיות בהסדר זה הן שרק צד אחד יכול להעלות את טענת הסיכול וכי עילת הסיכול אינה מפקיעה את תוקף החוזה.²⁴³ לכן, אם נבחר להשתמש במבחן הצפיות, מומלץ לאמץ את ההסדר שבהצעת החוק, שלפיו עילת הסיכול היא עילה מהותית שמפקיעה את תוקפו של החוזה ואינה טענת הגנה של המפר. תיקונים אלו ניתן לערוך בהסדר הקבוע בסעיף 18 לחוק, מבלי לשנות את מבחן הצפיות. נעבור עתה לבחון ביקורות מהותיות, אשר נוגעות לליבת דוקטרינת הצפיות. הביקורת הראשונה והמרכזית שאבקש למתוח על מבחן הצפיות היא החשיפה שלו להטיה קוגניטיבית חמורה בשם "הניתוח שלאחר מעשה" (hindsight bias). כאמור, דיני הסיכול עוסקים באירועים שהיו בלתי־צפויים בעת כריתת החוזה. בפילוסופיה המערבית, אירועים אלו מכונים "ברבורים שחורים", כמטאפורה על האמונה האירופית כי ברבורים

241 גם לשיטתו של מדינה הענקת שיקול דעת שיפוטי רחב אינו רצוי, בין היתר בשל חשש מפני פגיעה בוודאות, היווצרות חוסר אחידות וקושי להכווין התנהגות בצורה ברורה ויעילה. נוסף על כך, מדינה מוסיף ביקורת מוסדית שלפיה בהענקת שיקול דעת שיפוטי רחב, בחרה ועדת הקודיפיקציה למסור את סמכות ההכרעה בין התאוריות השונות לבית המשפט ולא לכנסת: מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 486.

242 ש.ס.

243 שלו, לעיל ה"ש 2, בעמ' 645–646; ראו לעיל ה"ש 28–30 והטקסט הנלווה להן.

שחורים אינם קיימים (אמונה שהופרכה ב-1697, כאשר התגלה באוסטרליה זן של ברבורים שחורים).²⁴⁴

פילוסופים אפיסטמולוגיים השתמשו במונח "ברבור שחור" כדי לדון ביחסינו כלפי אירוע בלתי-צפוי לאחר שהתרחש.²⁴⁵ הקושי העיקרי שהסוגיה מעלה הוא שמרגע שהתגלה "ברבור שחור", אנו נוטים להתייחס אליו כמובן מאליו ומסבירים את הסיבתיות הרציונלית שהובילה להתרחשותו, אף על פי שעד אותו רגע הוא נחשב למאורע בלתי-אפשרי. ההטיה הקוגניטיבית הטמונה ב"ברבור השחור" מתעוררת בדיעבד, לאחר ש"הברבור השחור" נחשף, והיא מונעת מאתנו להביא בחשבון שלפני התרחשותו הוא היה בלתי-צפוי בעליל.²⁴⁶

ברומה, כאשר בית המשפט יפעיל את מבחן הצפיות, יידרש ממנו להיכנס לנעליו של המתקשר החוזי במועד הסמוך לכריתת החוזה, ולהעריך אילו סיכונים הוא צפה ואילו סיכונים היה עליו לצפות. מבחן הצפיות מועד לטעויות תפיסיות, עקב פער הזמן בין בית המשפט, אשר בוחן את האירוע בדיעבד, לבין המתקשר, אשר ניסה לצפות את הסיכון מראש. הבעיה העיקרית, אשר מונעת מבית המשפט לערוך בירור אמתי, היא שבמועד הדיון בית המשפט כבר יודע שהסיכון התממש, ולכן יחסו אל האירוע משתנה – הוא אינו מסוגל להתייחס אל האירוע כאל סיכון בלתי-צפוי.

החשש מפני ההטיה של "הנתיח שלאחר מעשה" עלה בהקשרים משפטיים שונים. בית המשפט בבריטניה ציין בנוגע למלאכת השיפוט כי "Nothing is so easy as to be wise after the event".²⁴⁷ רחלינסקי ערך ניתוח משפטי מעמיק של הטיה זו. אחת הדוגמאות שהוא מביא נוגעת להפעלת מבחן Learned Hand המפורסם, בדיני הרשלנות בניזיקין. לפי מבחן זה, כדי להכריע אם התנהגות הנתבע הייתה רשלנית, יבדוק בית המשפט אם עלויות המניעה של הנתבע לכתחילה היו נמוכות או גבוהות מתוחלת הנזק (מכפלת ההסתברות בעלות הנזק).²⁴⁸ לטענתו של רחלינסקי, כאשר התביעה מובאת בפני בית המשפט, הנזק כבר אירע, ולכן בית המשפט יעריך ביתר את ההסתברות להתרחשות הנזק. מכאן שהניסיון של בית המשפט להעריך בדיעבד את מצב הדברים (ההסתברות לקרות הנזק) לכתחילה,

244 נסים ניקולס טאלב **תעתועי האקראיות** 173, 175 (חנן אלשטיין עורך, מיכל אילן מתרגמת, 2006).

245 NASSIM NICHOLAS TALEB, *THE BLACK SWAN* 45–46 (2007).

246 טאלב מונה הטיה זו כ-"The retrospective distortion"; שם, בעמ' 8, 12–13, 310–312.

247 *Cornman v. The Eastern Counties Railway Company*, [1859] 157 Eng. Rep. N.S. 1050, 1052 (Eng.).

248 Jeffery J. Rachlinsky, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, 65 U. CHI. L. REV. 571 (1998). להרחבה ראו אריאל פורת "דיני נזיקין: עולות הרשלנות על פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת מבט תיאורטית" **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו** 373, 382–384 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1996).

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

מועד להטיות קוגניטיביות.²⁴⁹ גם פרי העלה ביקורת ברוח דומה נגד בחינת הצפיות, במסגרת שאלת הקשר הסיבתי בעוללת הרשלנות.²⁵⁰ לסיכום, מעניין לחשוב על מבחן הצפיות המוחלטת, דרך התאוריה של הטיית הניתוח שלאחר מעשה". ניתוח כזה מביא למסקנה שמבחן הצפיות המוחלטת הוא התגלמותה המלאה והקיצונית של ההטייה, שכן בית המשפט סירב להכיר כמעט לחלוטין בקיומם של אותם ברבורים שחורים. אין בהכרח מדרון חלקלק בין מבחן הצפיות למבחן הצפיות המוחלטת, אך ניכר כי שני המבחנים חשופים להשפעה של הטיית הניתוח שלאחר מעשה. על יסודות אלו ניתן להעלות ביקורת שנייה, שלפיה מבחינה אנליטית, מוסד הסיכול עוסק בהתרחשותם של אירועים בלתי-צפויים, ולכן יש כשל לוגי פנימי בשימוש במבחן המבוסס על צפיות.

ביקורת שלישית נוגעת למתודה שלפיה מופעל מבחן הצפיות. המבחן בודק רק את הצד שחיבורו סוכל. תוצאת המבחן היא שאם החייב לא צפה את הסיכון – האחריות לסיכון מוטלת על הנושה. מבחן הצפיות אינו בודק את הנושה, ולכן מבוסס על ניתוח חלקי של המקרה המובא בפני בית המשפט. גם אם נראה הוגן שלא להטיל את האחריות על החייב, המבחן איננו מספק נימוק מדוע נעביר את האחריות אל כתפי הנושה, שכן צפיותו את האירוע המסכל לא נבחנה. לכן יש עדיפות למבחן שמבסס את הכרעתו על בדיקת שני הצדדים לחוזה, דוגמת מבחן הסיכון.

ניתן לתקן את מבחן הצפיות כדי לפתור הקושי שמציגה הביקורת השלישית, אם נקבע כי בית המשפט יבחן את הצפיות של שני הצדדים לחוזה. עם זאת, שתי הביקורות הראשונות נוגעות לבעיות אינהרנטיות שנובעות מעצם טבעו של מבחן הצפיות. לכן נראה שלא ניתן יהיה לתקן את מבחן הצפיות כדי לפתור את הכשל הלוגי הטמון במבחן ואת החשיפה להטיית הניתוח שלאחר מעשה. אפנה להציע תיקונים למבחן הסיכון, כדי לצמצם את היקף שיקול הדעת השיפוטי שהוא מאפשר.

2. תיקונים מוצעים במבחן הסיכון

הקושי המרכזי במבחן הסיכון הוא השימוש בשיקול דעת שיפוטי ניכר, כדי להרחיב את היקף ההכרה בעילת הסיכול, בהשוואה לתאוריית המקור של המבחן (גישת הקצאת הסיכונים המלאה). להלן יובאו שלוש הצעות למבחנים חלופיים, המבוססות על שיקול דעת שיפוטי מצומצם.

המבחן החלופי הראשון מבוסס על ממד הזמן. מאוטנר בוחן את הליך המשא ומתן לקראת כריתת חוזה כמשימת תכנון עתידי ומציין שהבעיה שבפניה ניצב המתקשר בכוח היא פער הזמן שמפריד בין המצב הקיים במציאות לבין התפתחויות עתידיות אפשריות.

249 Rachlinsky, לעיל ה"ש 248, בעמ' 572–573.
250 רונן פרי "הכל צפוי והרשלנות נתונה: עוד על דנ"א 7794/98 רביד נ' קליפורד" **משפטים** לה 359, 400–403 (2006). להרחבה ראו מיה בר הלל ואוריאל פרוקצ'יה "כלכלה התנהגותית" **הגישה הכלכלית למשפט** 71, 102–105 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

כאמור, בעת המודרנית נוצר פער בין מועד כריתת החוזה למועד ביצועו, הן עקב שימוש בחוזים לביצוע עתידי והן עקב שימוש בחוזים לביצוע מתמשך וארוך-טווח.²⁵¹ לפי הגישות המודרניות, פער הזמן בין מועד כריתת החוזה למועד ביצועו מצדיק את ההכרה בסיכול החוזה אם יתרחשו נסיבות מסכלות בתוכם שבין הכריתה לביצוע.²⁵²

אני מבקש לחזור להנחת היסוד הזו ולהיעזר בה כדי לקבוע באילו מקרים נפסוק כי החוזה סוכל. מוצע לבחון את פער הזמנים שבין כריתת החוזה לבין ביצועו, כאומדן שישמש את בית המשפט להעריך את חשיפת החוזה לנסיבות בלתי-צפויות שעלולות לשבש אותו. ההיגיון מאחורי האומדן המוצע הוא שחוזים לביצוע בעתיד הרחוק או חוזים מתמשכים לתקופה ארוכה חשופים למאורעות מסכלים יותר מאשר חוזים לביצוע בעתיד הקרוב. לכן, ככל שמשך הזמן בין כריתת החוזה לביצועו יתארך, כך תגדל הנכונות להכיר בביצוע החוזה.²⁵³ מעניין לשקול בהקשר זה הכרעה שתחלק את האחריות לסיכון שהתממש בין הצדדים, כי כאמור חוזים ארוכי טווח הם לרוב חוזי-יחס הדורשים שיתוף פעולה מן הצדדים (מאפיין של גישת הפרויקט המשותף).²⁵⁴

המבחן החלופי השני הוצע על ידי מאוטנר במסגרת בחינה של מלאכת התכנון החוזי. מאוטנר מבקש להכריע בסוגיית הסיכול באמצעות השאלה אם ניתן היה לצפות מראש ובהשקעת משאבים סבירים את האירוע המסכל.²⁵⁵ מאוטנר מבקש לברר כמה מידע יש או יכול להיות בידי הצדדים על אודות הסיכונים לחוזה, ומציע להשתמש בשני מבחנים נסיבתיים: מבחן הראשוניות ומבחן השכיחות. מבחן הראשוניות בוחן אם נעשו חוזים דומים בעבר או שזהו חוזה חדשני. הניסיון העסקי עשוי לסייע לצדדים לתכנן את החוזה ולצפות סיכונים שצדדים אחרים צפו או סיכונים שהתממשו בעבר. מבחן השכיחות בוחן את מספר החוזים מאותו סוג, שכל אחד מן הצדדים צפוי לערוך בעתיד. אם אחד הצדדים אמור להתקשר בחוזים רבים ודומים בעתיד, סביר שהוא ישקיע יותר משאבים בבירור הסיכונים המאיימים על אותם חוזים (היגיון המבוסס על העיקרון של "עלות שולית פוחתת"). המבחן המשולב יקבע אם על בית המשפט להחיל כלל פטור רחב (נכונות להכיר בסיכול של חוזים חדשניים ונדירים) או כלל פטור צר (הכרה מועטה בסיכול חוזים ותיקים ושכיחים).²⁵⁶

251 ATYIAH, לעיל ה"ש 83, בעמ' 168–173, 190–191; מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 364, 366; דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 13.

252 מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 368.

253 הרעיון להתחשבות בממד הזמן מבוסס על מאמרם של קוטר ופורת, המציעים להקטין את האחריות החוזית בגין הפרת החוזה, כפונקציה של משכו ומועד הפרה: Robert Cooter & Ariel Porat, *Decreasing-Liability Contracts*, 33 J. LEGAL STUD. 157 (2004). יוער כי גם הפסיקה הישראלית הכירה בכך שחוזים לטווח ארוך חשופים לשינויי נסיבות ולכן מוצדק לפרש אותם באופן גמיש יותר מחוזים לטווח קצר; ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עזבון זולוטולוב, פ"ד מא(1) 282, 310–311 (1987).

254 להרחבה ראו פורת "חלוקת אחריות", לעיל ה"ש 84.

255 מאוטנר "שינוי נסיבות החוזה", לעיל ה"ש 8, בעמ' 387.

256 שם, בעמ' 388–389.

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

חשוב לעמוד על כך שמאוטנר אינו מבקש לבחון את הסיכון שהתרחש, אלא את החוזה שהצדדים כרתו. מבחינתו, אין זה משנה אם המאורע שסיכל את החוזה היה נדיר, אלא אם כן סוג החוזה שנכרת הוא נדיר. לפי מבחן זה ייתכן שיוכר שחוזה סוכל, אם מדובר בחוזה חדשני ונדיר, גם אם הסיכון אינו רחוק או בלתי-צפוי. לדעתי, יש להביא בחשבון גם את אופיו של האירוע המסכל ולא רק את מאפייני החוזה.

האופן שבו מאוטנר מנסח את השאלה דומה לגישת הקצאת הסיכונים החלקית: מאוטנר אינו מבקש לברר מי מהצדדים נושא בסיכון, אלא אם הסיכון הוקצה במועד כריתת החוזה אם לאו. עם זאת, ניתן להתאימו לדוקטרינת מבחן הסיכון (השאוב מגישת הקצאת סיכונים המלאה) ולקבוע כי יש לבחון בנוגע לכל אחד מן הצדדים, בנפרד, עד כמה העסקה הייתה ראשונית ושכיחה. הגרסה המוצעת למבחן של מאוטנר תשווה את ראשוניות ושכיחות החוזה מנקודת מבטו של כל אחד מן המתקשרים. בכך היא תואמת את גישת הקצאת הסיכונים המלאה (החיפוש אחר הנושא היעיל בסיכון) ואת מבחן הסיכון.

את המבחן החלופי השלישי אני מציע בהשראת גישת הניתוח הכלכלי. מבחן זה יתמקד ביכולת המניעה של כל אחד מהצדדים את האירוע המסכל. ככל שצד לחוזה היה יכול למנוע או לצמצם את השפעת האירוע המסכל בצורה אפקטיבית או בהשקעת פחות משאבים, כך תגדל הנכונות להכיר בכך שהסיכון הוטל עליו. מבחינה כלכלית, יעיל לתמרץ את הצד שיכול למנוע את סיכול החוזה, כדי שיפעל להגן על החוזה, ולקדם יעילות חברתית. נוסף על ההיגיון הכלכלי של הכוונת התנהגות, למבחן זה יש הצדקות מוסריות. מבחינה מוסרית, מוצדק שהצד שיכול היה להגן על החוזה מפני האירוע המסכל, יישא באחריות להתרחשות האירוע המסכל.

שני המבחנים האחרונים, המבחן הכפול של מאוטנר (ראשוניות ושכיחות) ומבחן יכולת המניעה, מבקשים לסייע לבית המשפט לקבוע על מי מהצדדים יש להטיל את האחריות להתרחשות המאורע המסכל. שני מבחנים אלו מנסים לאתר את הצד שיכול היה להתמודד מראש עם הסיכון, והוא גם הצד שמוצדק להטיל עליו בדיעבד את האחריות להתרחשות האירוע המסכל. יתרונם של שני המבחנים האחרונים טמון בכך שהם מבחנים תחומים ומוגדרים היטב. זאת, בשונה מן המבחן הראשון, שעניינו בממד הזמן, שכן זהו מבחן גמיש מאוד, אשר משתנה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה. לדעתי, המבחן הכפול שמוצע על ידי מאוטנר הוא המבחן העדיף, בכפוף להתאמות שהוצעו לעיל. בנוסף, מומלץ לשלב שימוש במבחן יכולת המניעה, שמלבב הן השקפה מוסרית והן שיקולי יעילות כלכלית. שני מבחנים אלו יכולים לשמש תחליף לנוסח הנוכחי של סעיף 131(ב) ("...אם מן הצדק להטיל עליו את הסיכון") ובכך לצמצם את היקף שיקול הדעת המסור בידי בית המשפט. מבחנים אלו מאפשרים גמישות מספקת לצד הבטחת הוודאות המשפטית הראויה בנוגע לסוגיית מדיניות כמו היקף האחריות החוזית. אני סבור כי הטמעת המבחנים החלופיים המוצגים תאפשר להרחיב את היקף ההכרה בעילת הסיכול בדין הישראלי, לשמור על אופיו של מבחן הסיכון ובה בעת, להימנע מהרחבה יתרה של היקף שיקול הדעת המסור בידי בית המשפט.

ז. סיכום

המאמר ביקש לבחון אם הקודקס האזרחי החדש אימץ את המבחן הנכון להכרה בעילת הסיכול. הדיון התאורטי והדוקטרינרי שנערך במסגרת המאמר מביא לתשובה מורכבת, המכילה לא מעט סתירות. האם המבחן שאומץ הוא המבחן הנכון? במישור התאורטי, התשובה שלילית: המבחן שנבחר נועד להרחיב את עילת הסיכול, אך הוא פרי של תאוריה מצמצמת. בנוסף, הוא מכיל ביטויים לכמה תאוריות סותרות. מבחינה מעשית, נראה כי מבחן הסיכון עדיף על מבחן הצפיות ובוודאי על מבחן הצפיות המוחלטת. עם זאת, הוא לא חף מליקויים שיש לתקן. הדרך בין התאוריות הובילה את המאמר לכמה פניות ותובנות מפתיעות.

התובנה הראשונה חשפה את הדמיון הרב בין תאוריות מסורתיות ומודרניות. התפיסה כי יש לצמצם את עילת הסיכול הייתה מקובלת באנגליה של המאה השמונה עשרה, וכיום היא שבה לבמה בחסות גישת הניתוח הכלכלי. התברר כי גם ההלכה הישראלית מבטאת תפיסה זו.

בהמשך התברר שהבחירה במבחן הסיכון מגלמת סתירה תאורטית. דווקא מבחן הצפיות, שמצוי בחוק החוזים (תרופות) מאז 1970, מתאים למטרה שהציבו לעצמם מנסחי הקודקס. לתיקון הסתירה התאורטית היה גם מחיר – מבחן הסיכון מאפשר לבית המשפט להפעיל שיקול דעת רחב מדי ולהכריע על פי שיקולי צדק.

פנייה נוספת גילתה כי במבחן הצפיות טבועות בעיות שספק אם ניתן לתקן. התברר כי מבחן הצפיות רגיש להטיה הקוגניטיבית "הניתוח שלאחר מעשה". מסתבר שכאשר בוחנים את הצפיות של אירועים מפתיעים בדיעבד, עלולים שלא לזהות ברבורים שחורים. לא אמרתי נואש ממבחן הסיכון, והצעתי כמה חלופות לשיקולי הצדק, כדי לתחם את שיקול הדעת שיינתן לבית המשפט. הוצע לבחון את משך חיי החוזה, כיוון שככל שהחוזה מתמשך, כך הוא חשוף יותר למאורעות מפתיעים שיסכלו אותו. כן הוצע לבחון את מאפייני החוזה שסוכל, בנפרד מאופיו של האירוע המסכל. לסיום הצעתי להתבונן במידת אשמו וביכולת המניעה של כל אחד המתקשרים בהתרחשות האירוע המסכל. הצעות השונות נועדו לעצב את מבחן הסיכון כמבחן יציב, ודאי וגמיש במידה, כדי להתמודד עם השאלות הקשות שיובאו בפני בית המשפט.

חשוב לציין כי בכל הנוגע לרמת האחריות החוזית, דיני החוזים מצויים בנקודת מפנה בין משטרים משפטיים שונים. לכן קשה להעריך כיצד יפרש בית המשפט את המבחן החדש, לכשיתקבל בחקיקה. אפילו ייבחר מבחן לא מתאים או לא ראוי, ייתכן שבתי המשפט יפרשו ויישמו אותו באופן שונה. יצירתו של מבחן הצפיות המוחלטת מלמדת כי בתי המשפט בישראל עשויים לבחור פרשנות רחוקה מלשון החוק.

הניתוח שנערך במסגרת רשימה זו הוא תאורטי במהותו. עם זאת, הדיון התאורטי מאפשר לבחון את הנחות המוצא של הדוקטרינות המשפטיות המוצעות ואת מיקומן ביחס לתאוריות שונות. כך, למשל, מתחדדת הביקורת כלפי מבחן הצפיות המוחלטת ועולה הצורך לבחון את גישת החוזה כפרויקט משותף. כיוון שמבחן הסיכון טרם התקבל על ידי

האם הקודקס האזרחי אימץ את המבחן הנכון לסיכול חוזה? – ניתוח תאורטי ודוקטרינרי

המחוקק, ולכן גם לא הוחל בפסיקה, עוד מוקדם להכריע אם הוא מתאים לדין הישראלי ומה תהיה השפעתו על היקף האחריות החוזית בטווח הארוך. להערכתי, כאשר בתי המשפט יידרשו ליישם את מבחן הסיכון, הם יתמכו בהרחבת עילת הסיכול, כפי שנרמז בעניין רגב.