

## הפרה צפויה של חיוב בהצעת הקודקס האזרחי החדש

משה גלברד \*

- א. מבוא
- ב. תחולה על כלל החיובים ו"הקדמת תרופה" כעקרון יסוד של השיטה
- ג. רמת ההסתברות הנדרשת לתחולת ההסדר
  - ג.1. "קרוב לוודאי"
  - ג.2. רמת ההסתברות הנדרשת בהפרה צפויה של חוזה על-תנאי
  - ג.3. חשש מפני הפרה ומנגנון הבטוחה הסבירה
- ד. התאמה לשינויים בדין הסיכול
- ה. שינויים טרמינולוגיים
- ו. על קוצרו של הסדר ההפרה הצפויה
  - ו.1. חרטת המפר ותוצאותיה של הפרה צפויה שתוקנה
    - ו.1.1. א. חזרה מההפרה
    - ו.1.1. ב. תוצאותיה של הפרה שתוקנה
  - ו.2. ברירת הנפגע
    - ו.2.1. א. הגישה האנגלית
    - ו.2.1. ב. הגישה האמריקאית
    - ו.2.2. ג. ברירת הנפגע במשפט הישראלי
  - ו.3. התאמת התרופות
    - ו.3.1. א. חישוב הפיצויים לפי המועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב
    - ו.3.1. ב. חישוב הפיצויים לפי המועד שבו נודע לנפגע על ההפרה הצפויה
    - ו.3.1. ג. חישוב הפיצויים לפי זמן מסחרי סביר לאחר מועד ההפרה הצפויה
    - ו.3.1. ד. הדין הרצוי
- ז. סיכום

### א. מבוא

תודה כפולה ומכופלת מגיעה לוועדת הקודיפיקציה ולכל מי שעמלו בהכנתה של

---

\* דוקטור, מרצה, בית הספר למשפטים המכללה האקדמית נתניה, דואר אלקטרוני: glmoshe@netanya.ac.il. תודתי נתונה לפרופ' סיני דויטש, לד"ר שוקי שגב, סגן עורך מאזני משפט, ולחבר המערכת, שלומי טדרי, על ההערות וההארות המועילות.

ההצעה לקודקס האזרחי החדש.<sup>1</sup> לגבי דידם של אלה התומכים בהליך הקודיפיקציה, התודה היא מובנת מאליה: על המאמץ האינטלקטואלי העצום שהושקע בהכנתה של הצעה לקודקס כולל, קוהרנטי ועדכני, כזה שרבים ייחלו לו זה מכבר. אולם דומה כי גם מי שחולקים על ההליך מעיקרו, ראוי שיכירו תודה על ההצעה שהניחה הוועדה לפתחנו ולו רק בשל העובדה שההצעה שבה וממקדת את תשומת ליבה של הקהילה המשפטית בישראל בתחום דיני הממונות. ככל שחלפו השנים מאז נחקק החוקים המרכזיים בחקיקה האזרחית שלנו, לפני כבר למעלה משלושה עשורים, הלך ופחת בהדרגה העיסוק האקדמי בתחום דיני הממונות ותחומי עניין ומחקר אחרים נטלו את הבכורה. אולם חקר המשפט הפרטי הוא הליכה ולו השדרה של המחקר המשפטי בכל שיטת משפט: "הרוצה שיחכים – יעסוק בדיני ממונות".<sup>2</sup> כעת, בעקבות הפרסום של הצעת הקודקס, שב המשפט הפרטי ולו גם לזמן-מה אל המקום הראוי לו, במרכז הבימה של המחקר האקדמי המשפטי.<sup>3</sup> גם על רווח-לוואי זה שבא לנו מעבודת הוועדה ראוייה היא לתודות.

במאמר זה אני מבקש לעסוק בסוגיה נקודתית אחת בלבד מתוך הצעת הקודקס: הזכות לתרופות בשל הפרתו הצפויה של חיוב. נושא זה מוסדר בסעיף 572 להצעה,<sup>4</sup> שזו לשונו:

"הזכות לתרופות בשל הפרה צפויה – גילה חייב את דעתו שלא יקיים את החיוב או ברור מנסיבות העניין כי קרוב לוודאי שתתרחש הפרה, יהיה הנפגע זכאי לכל התרופות הקבועות בחלק משנה זה, בשינויים המחויבים; אולם לא יינתן צו לאכיפת חיוב אשר מורה על קיום החיוב במועד המוקדם מהמועד המוסכם לקיום החיוב".

במבט ראשון, הסעיף דומה בנוסחו להסדר ההפרה הצפויה הקיים כיום בסעיף 17 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970 (להלן: חוק התרופות). אולם, במבט מעמיק יותר ניתן לעמוד על כמה וכמה הבדלים מהותיים בינו לבין

1 במועד כתיבתו של מאמר זה טרם החלו הליכי חקיקה רשמיים של ההצעה. ההצעה הוצגה לציבור לצורך קבלת תגובות באתר האינטרנט של משרד המשפטים. לנוסח ההצעה ולדברי הסבר ראו: [www.civilcode.justice.gov.il/MojHeb/codex/](http://www.civilcode.justice.gov.il/MojHeb/codex/) (נבדק ב-29.03.06).

2 בכא בתרא, קעה, ב.

3 בעקבות הצעת הקודיפיקציה התקיימו, במהלך השנה האחרונה, ימי עיון כנסים והשתלמויות שהוקדשו להצעה. הצעת הקודיפיקציה צפויה גם להביא לגל חדש של כתיבה בתחום המשפט הפרטי. בעקבות חלק מהכנסים שהתקיימו בנושא בפקולטות השונות למשפטים, עומדים להתפרסם בחלק מכתבי העת כרכים אשר יוקדשו בעיקרם למאמרים בנושא זה, כגון בכתבי העת משפטים ומשפט ועסקים. יש להניח כי גם מעבר לכך פרסום ההצעה יביא לתנופת מחקר מחודשת בתחום דיני הממונות.

4 למעשה, מדובר בסעיף שהוא גם פרק בפני עצמו. כותרתו של הפרק השישי בחלק המשנה של תרופות בשל הפרת חיוב היא: "תרופות בשל הפרה צפויה". פרק זה כולל בתוכו את סעיף 572 להצעת הקודקס לבדו.

ההסדר הנוכחי. דברי ההסבר לסעיף 572 הם קצרים ותמציתיים ביותר ולמעשה הם אינם חושפים את מלוא השינויים שבהסדר המוצע.<sup>5</sup> כמאמר זה אני מבקש לבחון את הסדר ההפרה הצפויה שבסעיף 572 להצעת הקודקס, להציג את השינויים שהוא עתיד לחולל בנושא זה ולהציע מספר תיקונים והשלמות לנוסח המוצע. בחלקו הראשון של המאמר (פרקים א-ה), אני מבקש לעמוד על ההבדלים שבין ההסדר המוצע לבין הדין הקיים. אתייחס לארבעה הבדלים עיקריים: ראשית, הרחבת היקף תחולתו של דין ההפרה הצפויה ביחס לכלל החיובים, וזאת בניגוד לסעיף 17 לחוק התרופות, שחל רק ביחס להפרתו הצפויה של חיוב חוזי. שנית, קביעת רמת הסתברות גבוהה ביותר (מסוג של וודאות קרובה) לצורך תחולת ההסדר, וזאת בניגוד לדרישה הקיימת כיום בחוק להסתברות מתוך הנסיבות. שלישית, התאמתו של הסעיף החדש לשינויים שמציע הקוד בנושא הסיכול. רביעית, אבחן את השינויים הטרמינולוגיים שנעשו בסעיף המוצע והמשמעויות שעשויות להיגזר משינויים אלה. אגב סקירת השינויים השונים אציע להכניס מספר תיקונים ותוספות לנוסח המוצע.

בחלקו האחר של המאמר (פרק ו), אתייחס לכך ש"פרק" ההפרה הצפויה שבקודקס המוצע הוא תמציתי מדי. פרק זה, הכולל רק סעיף יחיד, מנוסח בקצרנות יתרה. אני סבור כי הסעיף המוצע (בדומה לסעיף הקיים) מהווה, למעשה, רק גרעין של הסדר משפטי. שאלות רבות נותרות ללא מענה, והדבר עשוי לחייב מלאכה לא מעטה של פרשנות, השלמה ופיתוח של דין ההפרה הצפויה. בחלק זה של המאמר אציע "לעבות" מעט את ההסדר החקיקתי ולהשלים את החסרים שקיימים בו. אתייחס לשלושה נושאים מרכזיים הטעונים, לדעתי, השלמה: הסדרת הנושא של חזרת המפר מההפרה הצפויה, הסדרת הנושא של ברירת הנפגע וכן טיפול בנושא התאמת התרופות למצב המיוחד של הפרה צפויה.

## ב. תחולה על כלל החיובים ו"הקדמת תרופה" כעקרון יסוד של השיטה

החידוש הראשון והמרכזי בסעיף 572 להצעת הקודקס הוא ביחס להיקף תחולתו. בניגוד לסעיף 17 לחוק התרופות, החל על הפרתו הצפויה של חיוב חוזי בלבד, מחיל סעיף 572 את דין ההפרה הצפויה על כלל החיובים. חידוש זה תואם את מגמתם המוצהרת של מנסחי הקוד, לאחד את הסדרי התרופות בדיני החוזים ובדיני הנזיקין, כחלק מהשאיפה להבטיח יתר קוהרנטיות בדיני הממונות.<sup>6</sup>

5 דברי ההסבר הם כה קצרים, עד שניתן להביאם במלואם: "הוראה זו קובעת את הזכות לתרופות במקרה של הפרה צפויה בדומה לסעיף 17 הקיים, אך היא מתייחסת, בנוסף להפרה צפויה בחוזים, גם להפרה צפויה בנזיקין. המילים 'גם לפני המועד שנקבע לקיום החוזה' הושמטו בהיותן מיותרות". לעיל הערה 1.

6 ראו פסקה 8 לדברי המבוא אשר פורסמו באתר האינטרנט של משרד המשפטים ביחד עם נוסח ההצעה, שם. כן ראו פסקה 2.5(3) בקובץ "מדריך למשתמש". ראו מיגל דויטש פרשנות

הקודקס האזרחי אמור להוות "פדרציה" של הסדרים משפטיים בתחום דיני הממונות, המונחים על ידי מדיניות משפטית כוללת ושיטתית. כחלק ממגמה זו נקבע הסדר מקיף וכולל בעניין התרופות בשל הפרת חיוב, במקום ההסדרים הנפרדים הנהוגים כיום. נראה כי זהו אחד מהחידושים המרכזיים שבהצעת הקודיפיקציה. ההצעה משקפת תפיסה, לפיה יש לראות את דיני החוזים ואת דיני הנזיקין כפנים שונות של אותו דין: דין החיובים. ההשקפה שהנחתה את וועדת הקודיפיקציה בעבודתה הייתה שאין הצדקה עניינית להתפתחות נפרדת של הסדרי התרופות בשני תחומים אלה. משעה שצמחה לנפגע זכות לתרופות בשל הפרת חיוב, בין שהיה זה חיוב רצוני ובין אם לאו, שוב לא נודעת עוד חשיבות מיוחדת למקורו של החיוב שהופר. ההצעה מאחדת, לפיכך, במידת האפשר, את הדין בתרופות שזכאי להן הנפגע בשל הפרת חיוב ויוצרת תשתית אחידה בדיני התרופות.<sup>7</sup> בהתאם למגמה זו אוחד גם הסדר ההפרה הצפויה והוא חל ביחס להפרתו הצפויה של "חיוב", לאו דווקא כזה שמקורו בחוזה. בסעיף 521 להצעת הקודקס נקבע כי לעניין חלק המשנה העוסק בתרופות "דין חובה להימנע מביצוע עוולה כדין חיוב". מכאן שדין ההפרה הצפויה שבסעיף 572 חל ביחס לכל חיוב שצפוי להיות מופר, בין חוזי ובין נזיקי.<sup>8</sup> זהו שינוי משמעותי וחשוב לעומת ההסדר הקיים כיום בסעיף 17 לחוק התרופות. עם זאת, אין מדובר כאן ב"מהפכה" של ממש. גם על פי הדין הנהוג קיים הסדר מקביל להפרה הצפויה החוזית בתחום דיני הנזיקין. זוהי ההלכה הפסוקה לפיה ניתן לקבל צו המיועד למנוע פגיעה עתידית בזכות על ידי עוולה צפויה. מקורו של הסעד הוא במשפט המקובל האנגלי, שם הוא ידוע בשם *writ of quia timet*.<sup>9</sup> בעקבות המשפט

הקודקס האזרחי (כרך א, תל-אביב, תשס"ה) 123, 291 ואילך. אולם לא כולם תמימי דעים ביחס ליתרונותיה של מגמת האחדה זו. לעמדה ביקורתית בנושא האחדת התרופות, ראו חנוך דגן "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת-יתר ועל ריבוי סעדים" עתיד להתפרסם במשפטים לו (תשס"ו).

7 חלק ניכר מהתרופות אוחדו, אם כי בהקשרים ספציפיים נקבעו הסדרים פרטניים המתייחסים רק לאחד התחומים ולא לאחר. כך למשל, נשמרה ההבחנה הקיימת בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין לעניין מבחני ריחוק הנזק בחישוב הפיצויים (ראו סעיפים 533 ו-534 להצעת הקודקס).

8 בסעיף 5 להצעת הקודיפיקציה מוגדרת הפרה כ"מעשה בניגוד לחיוב" ("מעשה" מוגדר באותו הסעיף ככולל גם מחדל). מכאן שדין ההפרה הצפויה חל לא רק ביחס לחיובים שמקורם בחוזים או בנזיקין אלא גם ביחס לחיובים אחרים, כגון חיובים שונים על פי דין, או חיוב מכוח פסק דין. ראו דויטש, לעיל הערה 6, בע' 292-298. אולם הסיפא לסעיף 572, לפיה לא יינתן צו לאכיפת חיוב אשר מורה על קיום החיוב במועד המוקדם מהמועד המוסכם לקיומו, נוסחה באופן שהיא מתאימה, מבחינה לשונית, לחיובים רצוניים בלבד. איני יודע אם הייתה כאן כוונת מכוון. אכן, יש להניח כי סייג זה, הנוגע לסעד האכיפה, עשוי להיות רלבנטי בעיקר ביחס לחיוב חוזי. יחד עם זאת, מאחר והכוונה הייתה להחיל את הסעיף בכללותו על כלל סוגי החיובים, ומאחר וגם סעד האכיפה עצמו אוחד במסגרת הקודקס כך שאותו הסדר אכיפה חל על כלל החיובים, ייתכן כי מוטב היה לנסח את הסיפא באופן הבא: "אולם לא יינתן צו לאכיפת חיוב, אשר מורה על קיום החיוב במועד המוקדם מהמועד הקבוע לקיומו".

9 מקור ההלכה האנגלית הוא בפסק הדין: *Crowder v. Tinkler* (1816) 34 E.R. 645. לעניין זה ראו גד טרסקי "מטרד היחיד שאין עמו נזק ממון" הפרקליט כה (תשכ"ט) 282.

המקובל הוכרה גם בישראל האפשרות למתן צו מניעה כנגד עוולה-צפויה, על אף שאין לכך בסיס סטטוטורי בפקודת הנזיקין (נוסח חדש), תשכ"ח-1968 (להלן: פקודת הנזיקין).<sup>10</sup> אמנם צו *quia timet* פותח במקורו בדיני המטרדים,<sup>11</sup> אולם בית המשפט העליון הרחיב את תחולתו וקבע כי, עקרונית, יכול להינתן צו מקדמי מסוג זה כנגד כל עוולה צפויה בנזיקין, לרבות עוולות המצויות מחוץ לפקודה, כגון צו למניעתו מראש של פרסום צפוי על פי חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.<sup>12</sup> אולם נראה כי יש בסעיף המוצע בכל זאת הרחבה של הדין הקיים. בעוד שהדין הנוהג מאפשר קבלת צו-מקדמי למניעת עוולה צפויה, הוא אינו מאפשר כנראה קבלת פיצויים מוקדמים. בעבר נפסק באנגליה כי ניתן לקבל פיצויים, במקום צו *quia timet*, בגין עוולה צפויה (anticipatory torts)<sup>13</sup> אולם הלכה זו בוקרה בשעתה קשות על ידי הספרות המשפטית ומכל מקום היא לא נקלטה אצלנו.<sup>14</sup> נראה כי על פי סעיף 572 להצעת הקודקס ניתן יהיה, עקרונית, לקבל גם פיצויים מוקדמים. אמנם יש להניח כי מתן פיצויים מקדמיים לא יהיה מקרה שכיח, שכן בעוולה שניתן למנעה מראש הסעד המתאים יהיה, בדרך כלל, צווי.<sup>15</sup> עם זאת, ניתן להניח כי פסיקת פיצויים בשל עוולה צפויה תהיה כעת אפשרית, למשל, כאשר מתקיימים התנאים המנויים כיום בסעיף 74 לפקודת הנזיקין: דהיינו, שהפגיעה או הנזק הצפויים הם קטנים ושהם ניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף, מחד גיסא, ואילו מתן צו יהיה בו משום התעמרות במזיק, מאידך גיסא.<sup>16</sup> כאמור, זהו אינו מצב שכיח, אולם עקרונית הוא אפשרי.

- 10 בארץ אומצה הלכה זו בע"א 407/54 בית משותף נ' למפרט, פ"ד י 1104 (להלן: עניין למפרט); המ' 468/81 נוצר חברה לנאמנות בע"מ נ' אורביט מדיסנטרס בע"מ, פ"ד (4) 736, 738 (להלן: עניין נוצר).
- 11 עניין נוצר, שם; ע"א 49/69 קונשטוק נ' שותפות בתי קולנוע, פ"ד כד(1) 492, 494 (להלן: עניין קונשטוק).
- 12 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (להלן: עניין אבנרי). לעניין ההצעה להשתמש בצו *quia timet* ביחס לעוולה של גרם הפרת חוזה ראו נילי כהן התערבות ביחסים חוזיים (תל-אביב, תשנ"ב) 172-173; נילי כהן גרם הפרת חוזה (ירושלים, תשמ"ו) 68.
- 13 ראו: *Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. v. Slack* [1924] A.C. 851.
- 14 ראו יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (מהדורה שנייה, ירושלים, תשל"ז) 555.
- 15 ראו דעתו של השופט שמגר בפסק הדין הידוע, ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785, 799-800 (להלן: עניין אתא): "... מכאן כי הציווי הוא על-פירוב המחסום היעיל ביותר לעוולה נמשכת וכאשר המטרד הינו מהותי – ייחשב הציווי בדרך-כלל לתרופה ההולמת ביותר". אמנם בעניין אתא היה מדובר במטרד קיים, אולם נראה כי מקל וחומר שהדברים יחולו ביחס לעוולה שטרם התרחשה וניתן עדיין למנעה. וודאי שכן לאחר שתאומץ הצעת הקודיפיקציה, הרואה בתרופת האכיפה סעד ראשון במעלה גם בתחום דיני הנזיקין.
- 16 ראו סעיף 74 לפקודת הנזיקין והשוו שם, בע' 800-801. מאחר וסעד הצווי בנזיקין יאוחד, לפי הצעת הקודיפיקציה, עם סעד האכיפה, יש להניח כי השיקולים האמורים יילקחו בחשבון במסגרת סייג הצדק (סעיף 524(4) להצעת הקודקס). בהתקיים התנאים האמורים תיחשב האכיפה (מתן צו) כבלתי צודקת בנסיבות העניין והתרופה המתאימה תהיה פיצויים.

סבורני כי ראוי לברך על ההצעה לאחד את דין ההפרה הצפויה ביחס לכלל סוגי החיובים. ברי כי הסדר ההפרה הצפויה בדיני החוזים והצו מסוג *quia timet* בדיני הנזיקין מבוססים על רציונאליים דומים ומחייבים הפעלה של שיקולים משפטיים דומים. קריאה להאחדת הדינים בעניין זה הושמעה כבר בעבר.<sup>17</sup>

דומה כי ההצדקה לאיחוד ההסדר מצויה לא רק בקרבה ה"משפחתית" שבין הענפים השונים של דיני החיובים. הסדר ההפרה הצפויה ראוי לו שיופעל במסגרת הקודקס כנורמה בעלת תחולה רחבה גם משום שהוא מבטא, לדעתי, עקרון משפטי רחב הרבה יותר, אשר ניתן לראותו כאחד מעקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו. זהו העיקרון הכללי של "הקדמת תרופה למכה". כידוע, המושג "עקרונות היסוד של השיטה" תפס בשני העשורים האחרונים מקום של כבוד בכותל המזרח של שיטת המשפט שלנו.<sup>18</sup> זהו מושג מרכזי בהשקפת העולם המשפטית הלא-פורמליסטית. השקפה זו, המדגישה את המימד הערכי של המשפט, מאפיינת כיום את פסיקתו של בית המשפט העליון.<sup>19</sup> לפי התפיסה המקובלת כיום, כללי המשפט כולם נגזרים מתוך עקרונות היסוד. לאורם של עקרונות אלה תפורש החקיקה והם יהיו גם בסיס, לעת צורך, לגזירתן של נורמות משפטיות חדשות.<sup>20</sup> עקרונות היסוד הם, לפיכך, המסד והם

- 17 מאיר שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 5, 21–22.
- 18 למעשה, השימוש המאסיבי במושג "עקרונות היסוד" בפסיקתו של בית המשפט העליון מתחיל בשנות ה-80. מתווה הדרך בעניין זה היה הנשיא ברק. במהלך שניים וחצי העשורים שחלפו מאז ניתן לאתר מאות פסקי דין של בית המשפט העליון אשר בהם נעשה שימוש במושג זה. הדיון בעקרונות היסוד של השיטה עובר כחוט השני גם בכתיבתו האקדמית של הנשיא ברק. ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (תל-אביב, תשמ"ז) 97–100, 221–227; אהרן ברק פרשנות במשפט (כרך ב: פרשנות החקיקה, תשנ"ג) 417, 422–424; אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (ירושלים, תשס"ג) 210–218; אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית (ירושלים, 2004) 148–157 (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית); אהרן ברק "עם סיומה של תחילת הדרך" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 209; אהרן ברק "ההלכה השיפוטית והמצויאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (ירושלים, תשמ"ד) 71.
- 19 ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503. לבחינה ביקורתית של חיבורו של מאוטנר, ככל שהדברים אמורים בתחום המשפט החוקתי, ראו יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" מאזני משפט ג (תשס"ג–ד) 303. כמו כן, דומה כי לאחרונה מתחילה להסתמן בספרות המשפטית נטייה להכיר מחדש ביתרונותיו של הפורמליזם המשפטי, אם כי הפורמליזם החדש הוא מסוג "מרוכך". לעניין זה ראו דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט 21 (פברואר 2006) 2. אחת מטענותיו של פרופ' פרידמן היא שאין בהכרח ניגוד בין פורמליזם לבין ערכים ופסיקה "פורמליסטית" איננה בהכרח פחות ערכית מכזו שאיננה פורמליסטית. לפורמליזם החדש בארה"ב ראו: David Charny "Formalism in Commercial Law: The New Formalism in Contract" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 842.
- 20 הדוגמאות בפסיקה הן רבות ביותר. לעניין פרשנות ראו בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי, פ"ד מב(4) 617, 626: "דבר חקיקה מתפרש על רקע עקרונות היסוד של השיטה המשפטית". לפרשנות חוק לאור התכליות הנגזרות מערכי היסוד של השיטה ראו בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, תק-על 2004(4) 1390, 1413. לעניין גזירת נורמות חדשות מתוך עקרונות היסוד ראו ע"א 817/79 קוסי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 285: "אכן, ביטוי

"הנשמה היתרה" של שיטת המשפט.<sup>21</sup> במהלך השנים הצביע בית המשפט העליון בפסיקתו על שורה של עקרונות יסוד. זכויות היסוד החוקתיות מבטאות עקרונות יסוד של השיטה וכך גם חלק מהנורמות המשפטיות שחלו בעבר בעיקר בתחום המשפט הציבורי והנחשבות כיום לנורמות יסוד בעלות תחולה כללית.<sup>22</sup> חלק מעקרונות היסוד הם עקרונות משפטיים בסיסיים, בעלי תחולה רחבה, המתווים קווי מדיניות (policy) של השיטה המשפטית בכללותה, כגון העיקרון לפיו המשפט אינו עוסק בזוטות.<sup>23</sup>

פורמאלי וספציפי לחובת אמון זו של בעל מניה לא נעשה עד כה במשפטנו, אך עקרון היסוד, עליו הוא מתבסס, מצוי בשיטתנו מזה שנים. מעקרון יסוד ידוע ומוכר זה, רשאים אנו גם רשאים לגזור חובות משנה חדשות...". ראו גם ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד (3) 133 (בעיקר פסק דינו של השופט חשין).

21 ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד (2) 237, 264. הרעיון ששיטת המשפט מבוססת על עקרונות יסוד מצוי גם במקורות המשפט העברי: "דרש רבי שמלאי: שש מאות ושלש עשרה מצות נאמרו לו למשה: שלש מאות וששים וחמש לאוין כמנין ימות החמה ומאתים וארבעים ושמונה עשה כנגד אבריו של אדם... בא דוד והעמידן על אחת עשרה... בא ישעיהו והעמידן על שש... בא מיכה והעמידן על שלש דכתיב הגיד לך אדם מה טוב ומה ה' דורש ממך כי אם עשות משפט ואהבת חסד והצנע לכת עם אלקיך... בא חבקוק והעמידן על אחת שנאמר וצדיק באמונתו יחיה" (מכות, כג, ב-כד, א). פירוש הדברים איננו המעטת המצוות, אלא שהמצוות ה"עקרוניות" מכילות בתוכן גם את כל יתר המצוות (ראו: חידושי אגדות למהרש"א, מכות, כד, א, ד"ה: שבא חבקוק). ובאותה רוח נאמר במדרש הלכה על הפסוק "יערף כמטר לקחי" (דברים, לב, ב): "היה רבי מאיר אומר לעולם הוי כונס דברי תורה כללים שאם אתה כונסם פרטים מייגעים אותך ואי אתה יודע מה לעשות". ספרי דברים, שו.

22 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד (2) 464, 530-531 כתב השופט ברק: "דומה כי מובן וברור הוא שעקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט. אכן, עקרונות היסוד הם עקרונות של השיטה כולה, ולא של המשפט הציבורי בלבד".

23 לכן שעקרונות היסוד של השיטה כוללים הן עקרונות (principles) והן קווי מדיניות (policy) ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל הערה 18, בע' 150. העיקרון של זוטי-דברים (de minimis non curat lex) הוא דוגמא לעיקרון המבטא מדיניות. עיקרון זה מופיע בסעיף 4 של הצעת הקודיפיקציה, בפרק עקרונות היסוד. אמנם כיום העיקרון מופיע בחקיקה בשני חוקים בלבד (סעיף 4 לפקודת הנזיקין וסעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז-1977), אולם הפסיקה הכירה בו זה מכבר כעיקרון יסוד בעל תחולה רחבה. הוא הוחל בתחומים רבים ומגוונים של המשפט: בדיני המס (ע"א 3576/92 מנהל מס ערך מוסף נ' חברת מפגש האון בע"מ, פ"ד מט(3) 726), בתחום דיני הקניין (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221), בתחום צער בעלי חיים (רע"א 1684/96 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' מפעלי נופש חמת גדר בע"מ, פ"ד נא(3) 832), בתחום הקניין הרוחני (רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251), בתחום דיני התכנון והבנייה (ע"פ 697/85 גולדשטיין נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה לוד, פ"ד מ(4) 57) ועוד. על תחולתו הכללית של העיקרון נאמר בע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 929: "כך דרכו של בית המשפט בכל תחום ותחום. אין הוא נוטה לעסוק בזוטי דברים". ואכן, לאור תחולתו הרחבה של העיקרון, כמשקף קו מדיניות כללי של שיטת המשפט, הכירה בו הפסיקה כעיקרון יסוד, המצוי בתשתיתה של שיטת המשפט שלנו (ע"א 1597/92 קצין התגמולים נ' יצחק ממן, פ"ד מז(2) 478).

המאפיין של עקרונות היסוד מסוג זה הוא שהם מייצגים קווי מדיניות בסיסיים וכלליים, הבאים לידי ביטוי באמצעות כללים קונקרטיים בכל תחומי המשפט: ציבורי ופרטי, אזרחי ופלילי, בדין המהותי ובדיני הפרוצדורה.

נראה כי על פי מבחן זה ניתן להצביע על כך שגם "הקדמת תרופה" הוא עיקרון יסוד של השיטה. עיקרון זה מצדיק מתן סעד-מקדמי כנגד פגיעה בזכות הצפויה להתרחש בעתיד. לא כאן המקום להרחיב, אולם ניתן להצדיק עיקרון יסוד חשוב זה על בסיס שיקולים מגוונים: שיקולי צדק והגינות לצד שיקולים תועלתניים של יעילות.<sup>24</sup> כללים קונקרטיים, המביאים לידי ביטוי עיקרון יסוד זה, ניתן למצוא אצלנו בכל תחומי המשפט. כבר הוזכרו דין ההפרה הצפויה בחוזים והצו מסוג *quia timet* בנוזיקין.<sup>25</sup> בתחום דיני החוזים ניתן אף להצביע על סעיף 27(ג) לחוק החוזים (חלק כללי) כמשקף את העיקרון המניעתי של "הקדמת תרופה".<sup>26</sup> אך לא רק בתחום דיני החוזים והנוזיקין כך. עיקרון יסוד זה חוזר ומשתקף במגוון רחב של כללים משפטיים בתחומי משפט רבים ומגוונים: בתחום דיני החברות,<sup>27</sup> בתחום דיני המשפחה<sup>28</sup> ויחסי הממון בין בני זוג,<sup>29</sup> בתחום דיני

24 לדיון מרחיב בנושא ראו משה גלברד הפרה צפויה (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור, בר-אילן, תשס"א) 46–81.

25 בעניין אבנרי, לעיל הערה 12, בע' 851–852 קובע בית המשפט: "פרסום לשון הרע היא עוולה אזרחית... ציווי הבא למנוע פרסום בעתיד של לשון הרע הוא ציווי מסוג *quia timet* והוא בא, בחינת "הקדמת תרופה למכה"... במשטר המשפטי הנהוג בישראל אין כל הוראה לפיה נעדרים בתי המשפט סמכות ליתן ציווי שיש בו משום מניעה מוקדמת. נהפוך הוא: בתי המשפט מוסמכים ליתן צווים בכל העולות לרבות העולה בדבר לשון הרע".

26 ראו גבריאלה שלו דיני חוזים-החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (ירושלים, תשס"ה) 486; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (כרך ג, ירושלים, תשס"ד) 57–58. לדיון בסעיף זה, כמשקף דין מיוחד של הפרה צפויה ראו גלברד, לעיל הערה 24, בע' 128; ראו גם פסקה ג.2. להלן.

27 כך, למשל, סעיף 199 לחוק החברות, תשנ"ט–1999 (להלן: חוק החברות), העוסק במתן סעד לבעל מניות במקרה של קיפוח, מאפשר קבלת סעד גם במקרה "... שיש חשש מהותי שיתנהל בדרך זו". גם סעיף 459(1) לחוק החברות האנגלי משנת 1985 קובע סעד למקרה קיפוח ביחס ל-"Proposed act or omission". בסעיף 235 לפקודת החברות (נוסח חדש), תשמ"ג–1983 (להלן: פקודת החברות), שקדם לסעיף 199 דהיום, לא נכללה אפשרות לסעד מקדמי מסוג זה. אולם, בספרות המשפטית הוצע, בשעתו, לאפשר קבלת סעד מקדמי גם במקרה של "קיפוח צפוי" בדרך של היקש לדין ההפרה הצפויה שבסעיף 17 לחוק התרופות. לעניין זה ראו צפורה כהן "הסעד למקרה קיפוח – מהותו והיקף תחולתו" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 28, 42. דוגמא נוספת מצויה בסעיף 55 לחוק החברות, העוסק במתן סעד כנגד פעולה הנעשית תוך חריגה מהרשאה. סעיף 55(ב) קובע כי ניתן לתת סעד גם במקרה: "... שיש יסוד להניח שעומדת להיעשות פעולה כאמור...". כך היה הדין גם בסעיף 106 לפקודת החברות, שקדם לסעיף 55 הנוכחי.

28 נקבע כי ניתן לתת סעד מקדמי להבטחתם של מזונות אשר מועד תשלומם טרם הגיע. ראו למשל תמ"ש (ת"א) 56890/97 בביקוף נ' קליר, תק"מ 97 (3) 135; תמ"ש (ת"א) 95930/97 שחם נ' שחם, תק"מ 98 (2) 50; ע"א 244/82 ינאי נ' ינאי, פ"ד לט (1) 529.

29 נקבע, כי על אף שהפעלתו של הסדר איזון המשאבים על פי חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג–1973 מתאפשרת רק עם פקיעת הנישואין, יכול בן-זוג להידרש לסעדים מקדמיים עוד



ההגבלים העסקיים,<sup>30</sup> בתחום המשפט הציבורי,<sup>31</sup> והמנהלי,<sup>32</sup> במשפט הפלילי,<sup>33</sup> ובתחומי משפט נוספים.<sup>34</sup>

- בטרם פקיעת הנישואין, לשם מניעת האפשרות של הברחת רכוש ראו בה"ג 9447/00 אפרוס נ' אפרוס, פ"ד נה(2) 106. השופט אוקון מציע כבסיס לקביעה זו, בין היתר, את הוראת סעיף 17 לחוק התרופות, שכן הוא רואה את דין ההפרה הצפויה כמבטא עקרון כללי של הגנה מפני הפרה צפויה של חיובים. ראו גם ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 529.
- 30 הכרזה על קיום מונופולין, על ידי הממונה על ההגבלים העסקיים, איננה מותנית בהוכחה של גרימת נזק בפועל, שכן: "עצם קיומו של מונופולין טומן בחובו פוטנציאל לגרימת נזקים לציבור, שכנגדו יש להקדים תרופה. לצורך כך הורה המחוקק על נקיטת צעדים מקדימים המכשירים נקיטת פעולה כנגד בעל המונופולין, גם אם זה איננו גורם כרגע נזקים לציבור..." ערר 7/95 "בזק" נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק"על (2) 97, 5, 9.
- 31 בג"צ קבע כי האיסור על איש ציבור להימצא במצב של ניגוד עניינים – עיקרון שהוא מאושיות היסוד של משפטנו – הוא איסור הצופה פני עתיד, ותכליתו "למנוע את הרע בטרם יארע". "האיסור על ניגוד עניינים בא אפוא להקדים תרופה לשיקול הזר, הנובע מן האינטרס הנוגד. לכן תכופות נבחנת שאלת קיומו של ניגוד עניינים מראש, ובהתקיים חשש סביר או אפשרות ממשית לניגוד עניינים, התוצאה עשויה להיות פסלות לכהונה" בג"ץ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, תק"על (4) 2004, 495, 469. כמו כן, ראו את הפסיקה המאוזנת שם ובפרט ראו בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566, 572; בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817, 861. ועוד בתחום המשפט הציבורי: עותר פנה לבג"ץ בטענה כי כאשר ייקרא בעתיד לשירות מילואים, עלולות הוראות הפתיחה באש הקיימות בצבא לחשוף אותו לאפשרות של ביצוע עבירה פלילית או ביצוע של פקודה בלתי חוקית. בג"ץ דן בשאלה אם אין מקום לסילוק העתירה על הסף, שכן מדובר אך בחשש מפני התרחשות עתידית. בהחלטתו שלא לדחות את העתירה על הסף קבע בית המשפט כי: "בידי בית המשפט להכריע בסכסוך אף אם לא ארע מעשה בפועל. יש שההכרעה נדרשת כדי להקדים תרופה למכה..." דגנ"ץ 4110/92 הס נ' שר הביטחון, פ"ד מח(2) 811, 812.
- 32 כך, לדוגמא, נקבע כי רשאית הרשות להימנע ממתן רישיון גם על יסוד חשש שמתן הרישיון יגרום בעתיד לפגיעה בציבור, בבחינת הקדמת תרופה למכה, ראו בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי הירייה, פ"ד לו(1) 317, 328. השופט ברק מבהיר שם, כי מידת הוודאות ביחס לפגיעה הצפויה צריכה להיות גדולה יותר במקרה של אי-חידוש רישיון מאשר במקרה של העניקה ראשונית של רישיון, אולם העיקרון מתקיים גם ביחס למצב של אי-חידוש או שלילה.
- 33 סעיף 428 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (סחיטה באיומים) עוסק בעבירה של איום, שמטרתו להניע את המאויים לעשות מעשה או להימנע ממעשה. לעומתו, סעיף 192 לחוק העונשין עוסק בעבירת האיומים "נטו", מבלי שתהיה דרישה לכך שמטרת האיום תהיה להניע את המאויים לעשות מעשה או להימנע מלעשותו. ראו ע"פ 103/88 ליכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 373, 378. שם נקבע כי העיקרון שביסוד עבירת האיומים הוא מניעתי: "נמצא, כי סעיף 192 מקדים רפואה למכה ומנוע מלכתחילה פגיעה עתידית בחרות הפעולה של הזולת".
- 34 כך לדוגמא, נקבע בע"ש (ת"א) 421/93 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק"מח (2) 93, 450 כי הסמכת הפסיכיאטר המחוזי להורות על אשפוז או טיפול מרפאתי כפוי של חולה נפש "שעלול לסכן את עצמו או זולתו, סיכון פיזי שאינו מיידני", נובע מאותו עיקרון משפטי: "להקדים תרופה למכה ולמנוע את ההמתנה עד שאפשרות הסיכון תהיה מיידית..." בבג"ץ 6446/96 העמותה למען החתול נ' עיריית ערד, פ"ד נה(1) 769, 805 בית המשפט קבע כי יש לפרש את סעיף (א)17(א) לפקודת הכלבת, 1934 כמאפשר להשמיד בעל חיים גם אם קיים רק חשש להיותו נגוע. השופט גולדברג מסביר כי: "הפרשנות הרחבה לסעיף (א)17(א) לפקודת הכלבת מתבקשת מחשיבותו הרבה של האינטרס הציבורי בבריאות הציבור, והיא עולה בקנה אחד עם חשיבותו הרבה של

סיכומו של דבר, נראה כי לאור חשיבותו הרבה ולאור אופיו הכללי ותחולתו הרחבה, בכל תחומי המשפט,<sup>35</sup> יש מקום לאפייין את העיקרון של "הקדמת תרופה" כאחד מעקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו. ביטוי של עקרון כללי זה בתחום דיני החיובים הוא בהסדר ההפרה הצפויה ועל כן מוצדק וראוי שהסדר כזה, המבטא עקרון יסודי, יהיה, אכן, בעל תחולה כללית ורחבה ככל האפשר.

### ג. רמת ההסתברות הנדרשת לתחולת ההסדר

#### 1.ג. "קרוב לוודאי"

חידוש נוסף בסעיף 572 להצעת הקודקס הוא בקביעה כי מידת ההסתברות הנדרשת ביחס להתרחשותה של ההפרה-הצפויה היא ברמה של "קרוב לוודאי". רף ההסתברות שנקבע הוא גבוה מאד וספק אם קביעה זו משקפת את הדין הקיים.<sup>36</sup> על פי סעיף 17 לחוק התרופות, הפרה צפויה מתרחשת כאשר החייב מגלה דעתו שלא יקיים את החוזה (הפרה צפויה הצהרתית), או "שנסתבר מנסיבות העניין שלא

הכרת החברה המודרנית בערך של הקדמת תרופה למכה". גם הסעד של עיקול זמני שבתקנות סדר הדין האזרחי נועד להקדים תרופה ולמנוע את החשש מפני מצב שבו יעמוד התובע בעתיד בפני שוקת שבורה מבלי אפשרות לקיים פסק דין עתידי שיינתן לזכותו. ראו תקנה 374 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 וכן ראו א' גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה שמינית, תשס"ה) 515 ואילך.

35 ראו: William M. Landes & Richard A. Posner "The Economics of Anticipatory Adjudication" 23 J. Leg. Stud. (1994) 683. במאמר זה נבחנת שאלת היעילות הכלכלית של מתן הכרעה שיפוטית מקדמית (פרה-רולינג). אגב הדין עוסקים המחברים במגוון של כללים משפטיים, מכל תחומי המשפט, שהמשותף להם הוא העיקרון המניעתי של "הקדמת-תרופה". המחברים דנים, בין היתר, בסוגיות הבאות: סוגיית ההפרה הצפויה בחוזים; החזקת נאשם במעצר במהלך משפטו בשל החשש שיעבור עבירות נוספות; מתן פסקי דין הצהרתיים שמטרתם מניעת פגיעה בעתיד בזכות; תביעה ל-quiet title במקרקעין, שמטרתה למנוע תביעות עתידיות כנגד זכות הקניין של התובע; עבירות פליליות המצדיקות הענשה גם בלא שנגרמה התוצאה המזיקה ושהרעיון שביסודן הוא מניעתי (כגון עבירות ניסיון, קשר, נהיגה ברשלנות מבלי שנגרם נזק ועוד). דווקא בנושא של החלטות משפטיות מקדמיות מסקנתם של המחברים היא שהחלטות כאלה אינן יעילות. גם אצלנו קיימת רתיעה עקרונית ממתן פסקי דין תיאורטיים שאינם מכריעים בסכסוך קיים. ראו למשל ע"א 227/77 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' ברנר, פ"ד (1) 85, 90. אך ראו בש"א (ירם) 141/98 מדינת ישראל נ' חברת הכשרת היישוב בישראל בע"מ, תק"מ 2) 3031, 3032: "לעיתים תוענקה ההצהרה אף אם עילת התביעה טרם גובשה ועדיין לא באה לאוויר העולם. זאת, עת קיים אינטרס ממשי וראוי, המצדיק את שריון הזכות, בבחינת הקדמת תרופה למכה...". מובן כי פסק-דין כזה יינתן במקרים חריגים בלבד. מדובר בפסק דין הצהרתי, אשר יכול להינתן מכוח סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח – משולב], תשמ"ד-1984. הוא יינתן, בדרך כלל, ביחס לזכויות *in rem*, אך עקרונית ניתן לתת סעד כזה גם ביחס לזכויות *in personam*.

36 אולם ביחס לצווי *quia timet* בניזיקין הדרישה מאז ומתמיד הייתה לרמת הסתברות של "קרוב לוודאי". ראו בג"ץ 2764/91 עורלק חברה לתעשיית עורות בע"מ נ' שר האנרגיה והתשתית, פ"ד מה(4) 877; עניין למפרט, לעיל הערה 10; עניין קונשטוק, לעיל הערה 11; עניין נוצר, לעיל הערה 10.

יוכל או לא ירצה לקיימו" (הפרה צפויה מסתברת). מהי, אם כן, מידת ההסתברות הנדרשת לצורך תחולתו של סעיף 17 לחוק התרופות? דומה כי קיימת אי-בהירות בעניין זה. באופן כללי ניתן לומר כי הפרה צפויה מתרחשת כאשר גילוי הדעת הוא ברור וחד-משמעי (במקרה של הפרה הצהרתית), או כאשר רמת ההסתברות הנלמדת מתוך הנסיבות היא גבוהה (במקרה של הפרה מסתברת). זו הגישה הן בישראל<sup>37</sup> והן בשיטות משפט אחרות שנוהג בהן הסדר דומה של הפרה צפויה, כמו באנגליה ובארה"ב.<sup>38</sup> עם זאת, קיימת בפסיקה ובספרות המשפטית אי-בהירות ביחס לרמת ההסתברות המדויקת הנדרשת והובעו בעניין זה דעות שונות.<sup>39</sup> היו מי שסברו כי מידת ההסתברות הדרושה ביחס להתרחשות ההפרה העתידית היא כמידתו של "מאזן ההסתברות" הנדרש בדין האזרחי.<sup>40</sup> לעומת זאת, הובעה גם הדעה כי:

"אין המדובר בעניין זה ב'סבירות' גרידא, ברמה הנדרשת לשם הוכחה במשפט האזרחי... יש להצביע על רמה גבוהה של ודאות ביחס לאירוע ההפרה בעתיד, ועל הסבירות להיות מהסוג של 'קרוב לוודאי'..."<sup>41</sup>

במקום אחר הצעתי גישה שונה, לפיה ייתכן כי ראוי לקבוע את מידת ההסתברות על פי מבחן גמיש יותר, המשקלל את חומרת ההפרה מצד אחד ואת רמת ההסתברות מן הצד האחר, באופן שככל שהצפי מתייחס להפרה חמורה יותר כך ניתן יהיה להקל מעט ביחס לרמת ההסתברות הנדרשת, ולהפך.<sup>42</sup>

מכל מקום, בהצעת הקודקס אומצה, כאמור, הגישה המחייבת רמת הסתברות גבוהה ביותר, מהסוג של "קרוב לוודאי". עמדה זו תואמת את הגישה שנקטה,

37 גבריאלה שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, ירושלים, תשנ"ה) 480–481.  
 38 ראו: Guenter H. Treitel *The Law of Contract* (11<sup>th</sup> ed., 2003) 857. המציין כי על פי הפסיקה האנגלית: "Renunciation requires a 'clear' and 'absolute' refusal to perform". לגישה זו בפסיקה האנגלית ראו: *The Gregos* [1994] 1 W.L.R. 1465; *The Hermosa* [1982] 1 Lloyd's Rep. 570, 572. לעמדה דומה במשפט האמריקאי ראו: Edward Allan Farnsworth *Contracts* 4<sup>th</sup> ed., 2004) 586, 593 וגם: *Thermo Electron Corp. v. Schiavone Const. Corp.*, 958 F.2d 1158 (1<sup>st</sup> Cir. 1992).

39 גם בספרות הזרה ניתן למצוא סימוכין לכך שהנושא של רמת ההסתברות הנדרשת לצורך הפרה צפויה אינו ברור דיו. ראו: E. Hunter Taylor "The Impact of Article 2 of the U.C.C. on the Doctrine of Anticipatory repudiation" 9 *B.C. Indus. & Com. L. Rev.* (1967) 917, 920. מציין המחבר: "There is a great deal of precedent on the question of definiteness, not all of it consistent".

40 דוד קציר תרופות בשל הפרת חוזה (כרך א, תל-אביב, תשנ"א) 151 בהערה 6.  
 41 מיגל דויטש ביטול חוזה בעקבות הפרתו (תל-אביב, תשנ"ג) 134–135. ביטוי לגישות השונות ניתן למצוא גם בפסיקה. כך, למשל, בפסק דין אחד של בית משפט השלום נקבע כי: "מידת ההסתברות לקרות ההפרה בעתיד חייבת להיות גבוהה ביותר (וודאות) וכאשר קיים חשש ואפילו חשש סביר שהחוזה לא יקוים בעתיד, אין בכך לבסס הפרה צפויה": ת"א (ת"א) 20427/93 גולדשטיין נ' קדמת עדן בע"מ, תק-של 96(3) 2716.  
 42 גלברד, לעיל הערה 24, בע' 84 ואילך.

למשל, באמנת האו"ם בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי משנת 1980,<sup>43</sup> במסמך כללי UNIDROIT לחוזים מסחריים בינלאומיים,<sup>44</sup> ולאחרונה גם במסמך העקרונות האחידים לדיני חוזים של האיחוד האירופי.<sup>45</sup> אולם, ראוי להזכיר שבכל המסמכים הללו רמת ההסתברות הגבוהה נדרשת לצורך ביטולו של החוזה בשל הפרה צפויה. תרופת

43 U.N. Convention for the International Sale of Goods (1980), או בשמה המקוצר: אמנת CISG. האמנה נחתמה בוועידת האו"ם (UNCITRAL) בווינה, בחודש אפריל 1980. יחסית לאמנת האג משנת 1964, אמנת CISG זכתה להצלחה וחתמו עליה למעלה מ-50 מדינות ובכללן ישראל. האמנה הפכה לחלק מהמשפט הישראלי באמצעות חקיקתו של חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תש"ס-1999, אשר החליף את החוק הישן משנת 1971. נושא ההפרה הצפויה מוסדר בסעיף 1 לפרק החמישי של האמנה. ההסדר המרכזי מצוי בסעיף 72 ונדרשת רמה גבוהה ביותר של הסתברות לשם קיומה של הפרה צפויה. הסעיף קובע: "If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract..." [ההדגשה שלי – מ' ג].

44 UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts [1994] ארגון UNIDROIT הוא ארגון בינלאומי, שמקום מושבו ברומא. מטרתו של הארגון היא לבחון דרכים להרמוניזציה ותיאום בין כללי המשפט הפרטי של מדינות ושיטות משפט שונות. 59 המדינות החברות בארגון, בכללן ישראל, באות מחמש היבשות ומייצגות מגוון של שיטות משפטיות. למידע על הארגון ראו: [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org). כללי UNIDROIT לחוזים מסחריים בינלאומיים נוסחו בסדרה של מפגשי-עבודה, שנמשכו על פני מספר שנים. קבוצות העבודה הורכבו ממשפטנים ידועי-שם מארצות שונות. מטרת קבוצות העבודה הייתה לנסח כללים ועקרונות משותפים, אשר ייצגו במידת האפשר, הסדרים משפטיים אופטימאליים בתחום של חוזים מסחריים בינלאומיים. בכללים שנוסחו ניכרות השפעות של שיטות המשפט השונות, תוך ניסיון ליצור שילוב והתאמה בין תפיסות משפטיות שונות. על אף שהעקרונות הללו אינם מהווים קודקס מסחרי בינלאומי מחייב, הם עשויים לשמש כמודל וכמקור השראה למדינות שונות. ראו: Michael Furmston "UNIDROIT – General Principles for International Commercial Contracts" 10 *J. Cont. L.* (1996) 11. סעיף 7.3.3 במסמך UNIDROIT עוסק בהפרה צפויה (Anticipatory non-performance) ונוסחו ("...it is clear that...").

45 מסמך ה-Principles of European Contract Law הוכן מטעם הנציבות של האיחוד האירופי על ידי קבוצה של משפטנים מומחים, מרביתם פרופסורים ידועי-שם מהמדינות החברות באיחוד, בראשותו של פרופ' Ole Lando. מטרתו של הפרויקט היא לקדם הרמוניזציה ותיאום בדיני החוזים המהותיים של המדינות החברות. כבר באמצע שנות ה-70 סברה הנציבות האירופית כי אין די בכללים שהוכנו בשעתו להאחדת הדינים בנושא ברירת הדין בחוזים. הצורך להביא ליתר תיאום גם בדיני החוזים המהותיים הלך וגבר ככל שהתרחבה החקיקה של האיחוד בתחום החוזים המיוחדים. האיחוד הוציא דירקטיבות בנושאים של חוזי ביטוח, עבודה, סוכנויות מסחריות, חוזים צרכניים, מכירה ברוכלות, אשראי צרכני ועוד. ככל שהחקיקה בתחום החוזים המיוחדים התרחבה, כך הורגש יותר ויותר החסר במסד משותף. בעוד שדיני החוזים המיוחדים אוחדו מכוח חקיקת האיחוד, נותרו דיני החוזים הכלליים של המדינות החברות שונים ונבדלים. ההבדלים בתשתית של דיני החוזים, השוני בתפיסות היסוד, במוסדות המשפטיים ואפילו בטרמינולוגיה של דיני החוזים, חייבה, בשלב ראשון, ניסוח מסמך של עקרונות אחידים לדיני חוזים אירופאים. מלאכת הניסוח החלה בחודש דצמבר 1980 ונמשכה כמעט שני עשורים. אחת מהמטרות החשובות בהכנת מסמך העקרונות הייתה לגשר בין שתי המשפחות המשפטיות המרכזיות של מדינות האיחוד: ה-Common-Law וה-Civil Law. סעיף 9:304 עוסק באי-קיום צפוי ונוסחו ("...it is clear that...") דומה לזה של אמנת CISG ושל מסמך UNIDROIT. ראו: Ole Lando & Huga Beala *Principles of European Contract Law* (The Hague, 2000).

הביטול היא אכן תרופה חריפה וקיצונית ועל כן מוצדק לדרוש רמת הסתברות גבוהה מאד בטרם תוכר זכותו של הנפגע לבטל את החוזה. בסעיף 572 להצעת הקודקס, לעומת זאת, רמת ההסתברות הגבוהה נדרשת ביחס לכלל התרופות. ספק רב בעיני האם קיימת הצדקה להצבתו של רף הסתברות כה גבוה כאשר תביעתו המוקדמת של הנפגע, העומד בפני נסיבות המעידות על הפרה צפויה (גם כאשר רמת ההסתברות איננה עולה לכדי "קרוב לוודאי"), היא לאכיפת החוזה ולא לביטולו. נניח כי הנפגע מגיש תביעה מוקדמת לאכיפה (משמע, עוד בטרם הגיע מועד קיומו של החיוב). יש לזכור כי מטרתה של תביעה כזו היא לשמר את החוזה במסלולו הרגיל, בהתאם להסכמות המקוריות של הצדדים. מהי ההצדקה האפשרית למנוע תביעה כזו גם ברמת הסתברות נמוכה יותר? למעשה הסיכון היחיד הוא שלעיתים עשוי להינתן צו אכיפה "מיותר".<sup>46</sup> דומני כי נזקו של סיכון כזה אינו משתווה, על פי רוב, לתועלת האפשרית שתצמח ממתן אפשרות לתבוע מבעוד מועד אכיפה (וממילא גם לקבל סעדי עזר זמניים לשם הבטחתה) גם ברמת הסתברות נמוכה יותר. הדבר עשוי למנוע במקרים המתאימים את "בריחתם של הסוסים מהאורווה", בעוד שאם הנפגע הפוטנציאלי יהיה נאלץ להמתין עם תביעתו עד למועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב, עלול הדבר לסכל את האפשרות לאכיפתו של החוזה.<sup>47</sup>

46 אולם יש להניח כי אפשרות כזו היא רחוקה ומקרים כאלה של צו "מיותר" יהיו נדירים, שהרי מדובר בכל זאת על דרישה להסתברות גבוהה למדי, גם אם לא ברמה של "קרוב לוודאי". לעומת זאת, ראו את הסברו של דויטש, לעיל הערה 6, בע' 374-375. לדבריו קיימות מספר הצדקות שלא לתת צו אכיפה מקדמי. ראשית, ניתן לטעון כי גם אם הצדדים הסכימו ליצור חיוב חוזי אין פירושו של דבר שהם הסכימו "לעטוף" אותו בשריון משפטי. הוצאת צו אכיפה הופכת את החיוב ההסכמי לכזה שהפרתו עלולה לגרום סנקציה של הליכי ביזיון בית-משפט. שנית, גם אם אכן תתרחש בסופו של דבר הפרה, ייתכן שהנסיבות העתידיות ימנעו מתן צו אכיפה משיקולי צדק שיהיו רלבנטיים באותה עת. שלישית, הוצאת צו מקדמי עלולה "להכתים" את המפר הפוטנציאלי בכתם של חוסר אמינות. ספק בעיני אם יש בטיעונים הללו כדי לשכנע. וודאי שאין להצדיק פנייה בעלמא, חסרת כל בסיס נסיבתי מוצדק, לשם קבלת צו אכיפה. אולם אם מדובר במצב שבו קיים צפי סביר ביחס להפרה עתידית (אמנם לא ברמת ההסתברות הגבוהה של "קרוב לוודאי" אך לפחות ברמת ההסתברות הנדרשת ברגיל בדין האזרחי) ואם המפר הפוטנציאלי אינו עושה מצידו דבר על מנת להפריך את הצפי הסביר לקיומה של הפרה, נראה לי כי קיימת הצדקה מלאה למתן צו אכיפה, גם בהעדר רמת הסתברות של "קרוב לוודאי". פתרון אפשרי אחר הוא זה המוצע על ידי בהמשך המאמר (אשר מבוסס על סעיף (4) 2-609 ל-U.C.C.), לפיו במצב שבו קיים חשש סביר מפני הפרה והמפר הפוטנציאלי אינו טורח להזימו תוך זמן סביר, ייחשב הדבר כמקיים את רמת ההסתברות הנדרשת לשם קיומה של הפרה צפויה.

47 ראוי לזכור כי בהעדר עילת תביעה עיקרית (בגין הפרה צפויה) לא ניתן לבקש גם סעדים זמניים, אשר יעניקו הגנה זמנית כנגד סיכול אפשרות קיומו בעתיד של החיוב המובטח. לכך שראוי להתחשב גם בסוג התרופה המבוקשת על ידי הנפגע לצורך הקביעה אם מתקיימת הפרה צפויה, ראו גלברד, לעיל הערה 24, בע' 110.

## ג.2. רמת ההסתברות הנדרשת בהפרה צפויה של חוזה על-תנאי

שאלה מעניינת נוספת שעשויה להתעורר בהקשר זה היא מהי רמת ההסתברות הנדרשת ביחס להפרתו הצפויה של חוזה על-תנאי. בדומה לדין הקיים כיום בסעיף 27(ג) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973 (להלן: חוק החוזים), עוסק סעיף 193(ג) לקודקס בהפרתו הצפויה של חוזה על תנאי, כאשר זו מתרחשת בתקופת הביניים שבין מועד כריתת החוזה לבין המועד הקבוע להתקיימות התנאי. מדובר במצב מיוחד המצדיק הסדר שונה מדין ההפרה הצפויה הכללי, שכן בעוד שבחוזה רגיל מדובר בהפרה צפויה של זכות חוזית מגובשת וודאית, הרי שבהפרה צפויה המתרחשת לפני מועד התקיימותו של תנאי-מתלה מדובר על הפרתה הצפויה של זכות חוזית שאין עדיין כלל וודאות ביחס להתממשותה.<sup>48</sup> לנפגע אין עדיין זכות חוזית "מושלמת" הראויה להגנה מלאה. כל שיש בידו היא זכות פוטנציאלית.<sup>49</sup> אכן, גם זכות זו ראויה להגנה,<sup>50</sup> אם כי הגנה זו אמורה להיות פחותה בהיקפה מזו הניתנת לנפגע המתגונן מפני הפרתה הצפויה של זכות חוזית מגובשת ושלמה.<sup>51</sup> ואכן ההגנה

48 לדוגמא, כאשר בחוזה מכר המותנה בתנאי מתלה מנסה המוכר, עוד לפני המועד הקבוע להתקיימות התנאי, להתקשר בעסקה נוגדת. אין כל ספק כי במצב רגיל עריכת עסקה נוגדת מהווה הפרה צפויה. למעשה, עסקה-נוגדת היא אחת הדוגמאות המובהקות להפרה צפויה נסיבתית. ראו, למשל, ע"א 674/83 דניאלס ס.א חברה זרה נ' גרשט שותפות לבניין והשקעות, פ"ד מא(4) 113, 123 שם קבע בית המשפט כי מכירת המקרקעין על ידי גרשט לאחים עבדי בעסקה נוגדת, חרף אופציה לרכישת אותם מקרקעין שניתנה לתובעת, הייתה בגדר הפרה צפויה. זו הייתה עמדת הפסיקה גם טרם חקיקתו של חוק התרופות: ע"א 73/53 זילברשטיין נ' פלק, פ"ד ט 57. עריכת עסקה נוגדת נחשבה, מאז ומתמיד, להפרה צפויה גם במשפט האנגלו-אמריקאי. במשפט האמריקאי ראו: Williston on Contracts (Vol. 15, 4<sup>th</sup> Ed., 2000) §43:27; Pappas v. Crist, 223 N.C. 265, 25. לפסיקה אמריקאית ראו: Farnsworth, *supra* note 38, at p. 589; S.E.2d 850 (1943). במשפט האנגלי, עוד מראשית ימיה של דוקטרינת ההפרה הצפויה, ראו עריכת עסקה נוגדת כמקרה ברור של הפרה צפויה: *Synge v. Synge* [1894] 1 Q.B. 466. אולם כאשר העסקה הנוגדת נערכת לפני התקיימות התנאי, אין עדיין כל וודאות שהחוזה הראשון יגיע בכלל לכדי מימוש. אינטרס ההסתמכות של הנפגע הפוטנציאלי חלש יותר ואין הצדקה לכך שההגנה כנגד הפרתו של החיוב החוזי העתידי תהיה שווה בעוצמתה לזו שניתנת לנפגע מהפרה צפויה בחוזה רגיל.

49 Gad Tedeschi "On the Efficacy of a Conditional Contract" 18 *Isr. L. Rev.* (1983) 7, 9: "It is not certain but only possible that the right will arise sometime in the future"

50 אמנם, בדוגמא שהובאה, לעיל הערה 48, ה"נפגע הפוטנציאלי" יזכה בדרך כלל בעדיפות כלפי בעל העסקה הנוגדת, שכן ההתחייבות החוזית כלפיו הייתה הראשונה בזמן. אולם ייתכן מצב שבעל העסקה הנוגדת עומד בתנאים המקנים לו עדיפות למרות היותו שני בזמן. דהיינו, שהקניין בנכס עבר אליו, שהוא פעל בתום לב ושילם תמורה: סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969 וסעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א–1971. יתר על כן, גם אם לנפגע עדיפות על פני בעל העסקה הנוגדת, יש להניח שהוא יעדיף לקבל סעד מקדמי כדי "להקדים תרופה למכה", הן מפני שסעד כזה יעיל יותר והן מפני שלעיתים העדיפות המשפטית איננה מביחה באופן ריאלי את אפשרות אכיפת החיוב בעתיד אם לא יינקטו צעדי מניעה מקדמיים מבעוד מועד.

51 להבחנה כזו ראו גם: Tedeschi, *supra* note 49, at p. 11: "Such situation is not to be

הנתינת במקרה כזה, הן לפי הדין הקיים בסעיף 27(ג) לחוק החוזים והן לפי הדין המוצע בסעיף 193(ג) להצעת הקודקס, היא הגנה מניעתית בלבד. הנפגע זכאי במקרה כזה אך ורק לתרופות "לשם מניעת ההפרה". בעוד שבהפרה צפויה של חוזה רגיל מוקנות לנפגע באופן עקרוני כל התרופות הרגילות.<sup>52</sup> ברור שהיקף התרופות שנועדו לשם מניעת הפרתו של החוזה הוא מצומצם בהרבה. למעשה, התרופות הרגילות המנויות כיום בחוק התרופות (ובעתיד בפרק התרופות שבהצעה) באות לשם תיקון תוצאות ההפרה ולא לשם מניעתה. חוק התרופות הקיים ופרק התרופות המוצע בקודקס אינם עוסקים כלל בסעדי מניעה. הסעדים המניעתיים מקורם בדינים אחרים, והם אך מאוזכרים, בדרך של הפניה, במסגרת סעיף 22(א) לחוק התרופות, העוסק ב"שמירת דינים".<sup>53</sup> החוק (הקיים והמוצע) אינו מפרט מהם בדיוק סעדים למניעת הפרה. בהתחשב בעובדה שסעדים אלו באים להגן על זכות חוזית שקיומה עדיין אינו ודאי, נראה כי מדובר בעיקר בסעדי-עזר זמניים, כגון צו מניעה זמני או עיקול זמני, אשר מטרתם לשמור על "סטאטוס-קוו" במהלך תקופת ההמתנה עד למועד הקבוע להתקיימות התנאי המתלה ועד אשר יתברר סופית מעמדו של החוזה.<sup>54</sup>

compared with that which ensues from a contract prescribing a future time for its performance; here the obligation and the right are already constituted and only their effectuation is postponed"

52 לשאלת התאמתן של התרופות ה"רגילות" למצב המיוחד של הפרה צפויה ראו להלן פסקה 3.1.  
53 סעיף 22(א) לחוק התרופות קובע כי: "אין בחוק זה כדי למנוע מסמכות בית המשפט לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה או לא-תעשה, לשעה או לתמיד, החלטות ביניים או כל סעד אחר". סעיף זה אינו מקים סעדים חדשים, אלא אך שומר על תחולתם של סעדים הנתונים לבית המשפט מכוח דינים אחרים. השוו לסעיף 75 בחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984. פרופ' צלטנר הצביע, בשעתו, על כך ש"סעדי העזר" לא זכו אצלנו לפירוט מספק, למרות חשיבותם הרבה. ראו זאב צלטנר "דיני החוזים בישראל בהתפתחותם משך חצי יובל מאז קום המדינה" הפרקליט כט (תשל"ד-ה) 56, 198, 226.

54 כדוגמא לחוזה שהופר בהפרה צפויה במהלך תקופת הביניים, אך בסופו של דבר לא התקיים התנאי המתלה שבו, ראו: ע"א (ת"א) 3232/99 חוות היען נחל-שלמה בע"מ נ' חרט, תק"מח 2000(4) 1198. לדיון נרחב בסעדי עזר זמניים הניתנים להחלה מכוח סעיף 22(א) לחוק התרופות ראו קציר, לעיל הערה 40, בע' 368-386. נראה שגם קציר סבור כי קיימת הקבלה בין סעדי העזר הזמניים לבין הביטוי "סעדים לשם מניעת הפרתו" שבסעיף 27(ג) לחוק החוזים (שם, ע' 368 בהערה 2). Tedeschi, *supra* note 49, at p. 14. הציע בשעתו להחיל את סעיף 17 לחוק התרופות גם ביחס לחוזה על תנאי, אולם מאחר ודעתו היא שתחולתו של סעיף 17 ביחס לחוזה על תנאי תהיה בהיקף מצומצם ביותר הרי התוצאה המעשית תהיה, למעשה, זהה. לגישתו של טדסקי, הסעדים במקרה של הפרתו הצפויה של חוזה על תנאי לא יכללו פיצויים ואף לא אכיפה, אלא רק סעדים מסוג של איסור על העברת הנכס, נשוא החוזה המותנה, או איסור לכלותו ולהזיק לו וכן סעד של פסק דין הצהרתי אודות קיום הזכות המותנית, שמטרתו מניעת ההפרה. לגישה זו ראו גם ת"א (י"ם) 1726/96 צור נ' לוקוב, תק"מח 2000(1) 832. אולם ראו פרידמן, לעיל הערה 26, בע' 57-58. עמדתו העקרונית של פרופ' פרידמן ביחס לחוזה על תנאי היא, שמדובר בחוזה שלם גמור ותקף. לפיכך מסקנתו ביחס להפרה היא, שדינו של מי שהפר חוזה על תנאי הוא כדין מפר לכל דבר ולדעתו ניתן לקבל גם סעדים פוזיטיביים. עם זאת, ברור שגם פרופסור פרידמן אינו מתכוון לכך שניתן לתבוע תרופות מלאות כבר בתקופת הביניים. לדעתו ניתן לקבל

ברור כי קיימת קירבה רעיונית רבה בין ההסדר הכללי של הפרה-צפויה לבין ההסדר המיוחד הנוגע להפרה צפויה של חוזה על תנאי.<sup>55</sup> שני ההסדרים מבטאים את עיקרון היסוד של "הקדמת תרופה למכה" ושניהם אף נובעים מעיקרון תום הלב.<sup>56</sup> למעשה, ההסדר המוצע בסעיף 193(ג) להצעת הקודקס מהווה מעין תת-הסדר ספציפי הנוגע להפרתו הצפויה של חוזה על תנאי.

בסעיף 193(ג) אין כל התייחסות לרמת ההסתברות הנדרשת לשם הפעלתו. מה היא, אם כן, רמת ההסתברות הנדרשת כאשר מדובר בהפרה צפויה של חוזה על-תנאי, המתרחשת בתקופת הביניים שבין כריתת החוזה ולפני מועד התקיימות התנאי? מצד אחד ניתן לומר כי מאחר ומדובר בתת-הסדר של דין ההפרה הצפויה הכללי, יש להחיל אף כאן את אותה אמת מידה מחמירה של "קרוב לוודאי", הקבועה בסעיף 572 להצעת הקודקס. מצד שני, אני חוזר שוב לטיעון לפיו רמת ההסתברות הנדרשת כרוכה, לדעתי, גם בסוג התרופה המבוקשת, ולכך שרמת הסתברות כה גבוהה מוצדקת רק ביחס לביטול החוזה. כאשר מדובר רק בסעדי מניעה, שמטרתם היחידה היא שימור המצב הקיים על מנת לאפשר בעתיד את קיום החוזה בהתאם להסכמות המקוריות של הצדדים, איני רואה הצדקה לדרוש רמה כה גבוהה של הסתברות. נראה, לפיכך, כי הפרשנות הרצויה ביחס לסעיף 193(ג) להצעה היא, שהנפגע יהיה זכאי לתרופות לשם מניעת הפרתו של חוזה על-תנאי גם כאשר רמת ההסתברות להפרה היא פחותה מאשר "קרוב לוודאי".

בהערת אגב יצוין, כי הן ההסדר הקיים בסעיף 27(ג) לחוק החוזים והן ההסדר המוצע בסעיף 193(ג) מתייחסים אך ורק להפרה צפויה בחוזה על תנאי מתלה. לא קיים הסדר מקביל ביחס להפרה צפויה המתרחשת בחוזה על תנאי-מפסיק. ההסבר המקובל לכך הוא, שבחוזה המותנה בתנאי מפסיק חיובי הצדדים הם אופרטיביים

אמנם אכיפה אולם רק אכיפה על תנאי וגם ביחס לאפשרות זו הוא מציין כי בית המשפט עשוי להימנע ממתן סעד כזה בשלב כה מוקדם. גם ביחס לפיצויים סבור פרופסור פרידמן (חרף עמדתו העקרונית התומכת באפשרות של מתן סעדים פוזיטיביים, לרבות פיצויים) כי "קשה לתאר תביעה כזו בתקופת הביניים, שבה עדיין לא ברור אם התנאי יתקיים. לפיכך, עדיף להמתין עד שהעניין יתברר...".

55 שלו, לעיל הערה 26, בע' 486 מציינת כי: "... בכך דומה חוזה על תנאי מתלה בתקופת הביניים לחוזה שהופר בהפרה צפויה לפני הגיע מועד הקיום. בשני המקרים זכאי הנפגע – עוד לפני התגבשותה של החובה לקיים את החיובים החוזיים – לסעדים שימנעו את הפרת החוזה...". כמוכן שיש דמיון בין המצבים, אך וודאי שאין זהות בסעדים, שהרי במסגרת סעיף 27(ג) לחוק החוזים הקיים וסעיף 193(ג) המוצע זכאי הנפגע (הפוטנציאלי) לסעדים לשם מניעת ההפרה העתידית, בעוד שלפי סעיף 17 לחוק התרופות זכאי הנפגע גם לכל התרופות המלאות הנובעות מההפרה, לרבות אכיפה או פיצויי קיום. על כן אני סבור כי יש להבין את דבריה של פרופ' שלו כמתייחסים לדמיון הרעיוני – עקרוני שבין שני ההסדרים בלבד. ואכן במקום אחר היא מציינת כי בתקופת הביניים שבין כריתת החוזה לבין התקיימות התנאי המתלה, אי אפשר לתבוע אכיפת חוזה או פיצויים בגין הפרתו. שם, בע' 481.

56 שם, בע' 487; ע"א 5559/91 ק.צ מפעלי גז ואנרגיה (1982) בע"מ נ' מקסימה המרכז להפרדת אורז בע"מ, פ"ד מז(2) 642, 648.



כבר מרגע הכריתה ובניגוד לחוזה על תנאי מתלה אין תקופת "הקפאה" של החיובים החוזיים. כל עוד לא מתקיים התנאי המפסיק החוזה הוא חוזה תקף, שלם וגם אופרטיבי וככזה יחולו עליו, לכאורה, ההסדרים החוזיים הרגילים. לכן אין כל מניעה לתבוע בגין הפרתו (הממשית או הצפויה, לפי העניין) כמו בחוזה רגיל ואין צורך, לכאורה, בהסדר מיוחד כמו זה שבסעיף 27(ג) לחוק החוזים.<sup>57</sup> אולם ייתכן שהדברים אינם כה חד משמעיים. כפי שהובהר, ההצדקה לכך שבחוזה על תנאי מתלה ניתנים רק סעדי מניעה היא בשל חוסר הוודאות ביחס להתממשותה של הזכות החוזית שהפרתה צפויה. למעשה, נראה כי אותו היגיון בדיוק מצדיק החלה של דין מקביל גם ביחס לחוזה המותנה בתנאי מפסיק. גם במקרה כזה, וחרף היותו של החוזה אופרטיבי מראשיתו, כל זכות חוזית שמועד קיומה חל לאחר מועד אי-התקיימותו של התנאי המפסיק, היא זכות פוטנציאלית שהתממשותה איננה וודאית, בדיוק כמו במקרה של תנאי מתלה. נראה, לפיכך, כי אין הצדקה עניינית להבחין בין שני המצבים הללו. גם הפרתו הצפויה של חיוב כזה במהלך תקופת הביניים איננה מצדיקה מתן תרופות בהיקף מלא, אלא רק תרופות מניעתיות. כאמור, הן בחוק הקיים והן בקודקס המוצע אין הסדר מקביל לזה של סעיף 27(ג) (הקיים) או 193(ג) (המוצע) ביחס לחוזה על תנאי מפסיק.<sup>58</sup> הפתרון עשוי להיות בדרך של היקש לסעיף 193(ג) או באמצעות החלה מוגבלת ומצומצמת של סעיף 572 להצעת הקודקס, בדומה למה שהוצע בשעתו על ידי פרופ' טדסקי לגבי החלתו של סעיף 17 לחוק התרופות ביחס לחוזה על תנאי מתלה.<sup>59</sup> באשר לקודקס המוצע, ייתכן כי עדיף להוסיף הוראה מפורשת ברוח זו.

### 3.ג. חשש סביר מפני הפרה ומנגנון "הבטוחה הסבירה"

הצבתו של רף הסתברות כה גבוה מחייבת לקבוע הסדר משלים לגבי מקרים שבהם הצפי ביחס להפרה העתידית איננו מגיע לרמה של "קרוב לוודאי". השלמה כזו היא הכרחית, שכן בלעדית לא ניתן יהיה להפעיל את ההסדר המשפטי באופן יעיל. הסדר משלים כזה מצוי, אכן, בסעיף 192(ב) להצעת הקודקס. הסעיף מאמץ את המנגנון המשפטי של "הבטוחה הסבירה",<sup>60</sup> שמקורו במשפט האמריקאי. הסעיף קובע:

57 שלו, לעיל הערה 26, בע' 487: "... חוזה על תנאי מפסיק בתקופת הביניים אינו שונה מכל חוזה אחר. הוא תקף מחייב וניתן לאכיפה מלאה... על כן לא ראה המחוקק לנכון להורות במיוחד על זכותו של כל צד לחוזה כזה לסעדים לשם מניעת הפרתו לפני התקיימות התנאי. הדבר נראה ברור, ונובע מעצם מהותו של חוזה על תנאי מפסיק."

58 והשוו: פרידמן וכהן, לעיל הערה 26, בע' 58. פרופ' פרידמן סבור כי אין הבדל מהותי, בהקשר זה, בין חוזה על תנאי מתלה לבין חוזה על תנאי מפסיק.

59 Tedeschi, *supra* note 49, at p. 14.

60 המינוח האמריקאי הוא adequate assurance. דומני שתרגום נכון יותר לעברית יהיה "בטוחה מספקת" או "ערובה נאותה". בסעיף 71 לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תש"ס-1999 תורגם המונח ל-"ערובה מספקת" ולא ברור מדוע מנסחי ההצעה לא בחרו לשמור על אחדות

“היה חשש סביר לכך שצד לא יקיים חיוב עיקרי אשר מועדו טרם הגיע, זכאי הצד השני לחוזה לדרוש המצאה של בטוחה סבירה לקיום וזכאי הוא לדחות את קיום חיוביו עד להמצאתה”.

מנגנון “הבטוחה הסבירה” (the adequate assurance doctrine) נקבע לראשונה בסעיף 2-609 ל-UCC האמריקאי.<sup>61</sup> הסעיף מטפל במצבים בהם קיים חשש סביר להפרה עתידית, אלא שרמת ההסתברות להתרחשות ההפרה איננה גבוהה דיה על מנת שניתן יהיה להחיל את דין ההפרה הצפויה. במצבים כאלה אין הצדקה לתת לצד החושש תרופות בהיקף מלא. באותם מקרים בהם מתקיים מצב של חשש סביר מפני הפרה,<sup>62</sup> מתאפשר לצד החושש להשעות את קיום חיוביו ולדרוש מהצד האחר בטוחה סבירה לקיום החיוב הנגדי, אשר ביחס אליו מתקיים החשש. בתגובה לדרישה כזו חייב הצד האחר לספק בתוך זמן סביר<sup>63</sup> בטוחה לכך שיקיים את חיובו. התשובה לשאלה מה עשוי להיחשב ל”בטוחה סבירה” תיקבע על פי מבחנים מסחריים סבירים, תוך התייחסות לנסיבות הספציפיות של כל מקרה.<sup>64</sup> כך, למשל, ייתכן כי במקרה מסוים הצהרה חד משמעית בכתב מצד המפר הפוטנציאלי בדבר כוונתו לקיים את חיובו עשויה להפיג את החשש ולהיחשב כמספקת, בעוד שבמקרה אחר תיחשב התחייבות כזו כבלתי מספקת, אם למשל יצא לאותו צד שם של מי שאינו עומד בדיבורו.<sup>65</sup> באותם מקרים בהם המפר הפוטנציאלי נענה לדרישה ונותן בטוחה סבירה להבטחת

לשונית בין הסדרים משפטיים דומים. מכל מקום בסעיף 192 (ב) להצעת הקודקס נקבע, כאמור, המינוח “בטוחה סבירה” ולפיכך אשתמש להלן במונח זה.

61 הנוסח של חלקו הראשון של הסעיף הוא זה: § 2-609. Right to Adequate Assurance of Performance. (1) A contract for sale imposes an obligation on each party that the other’s expectation of receiving due performance will not be impaired. When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party the other may in writing demand adequate assurance of due performance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he has not already received the agreed return Larry T. Garvin “Adequate Assurance of Performance: Of Risk, Duress and Cognition” 69 U. Colo. L. Rev. (1998) 71

62 מובן כי החשש חייב להתבסס על סיבות סבירות והגיוניות ולא על טענת חשש בעלמא. יתר על כן, החשש גם צריך לנבוע מנסיבות שלא היו ידועות לצד החושש במועד כריתת החוזה, משמע חשש היוצר סיכון חדש ולא כזה שאותו צד נטל על עצמו במודע בעת כריתת החוזה. ראו הערה 3 לסעיף 2-609 ל-U.C.C. וראו גם: Field v. Golden Triangle Broadcasting, 305 A. 2d 689 (Pa. 1973).

63 לפי סעיף 2-609(4), הזמן הסביר לא יעלה על 30 ימים.

64 ראו סעיף 2-609(2) ל-U.C.C.

65 ראו הערה 4 ל-official comments של סעיף 2-609 ל-U.C.C. כך גם אם החשש נוצר לאור קיומן של נסיבות אובייקטיביות המצדיקות דרישה למתן בטוחה משמעותית יותר, כגון מצב שבו מדובר בחשש מפני הפרתו של חיוב כספי, על רקע העובדה שמתברר כי חלה הרעה ניכרת במצבו הכספי של החייב באופן המעמיד בספק ממשי את יכולתו לקיים את החיוב.

קיומו של החיוב, יהיה בכך, בדרך כלל, כדי להסיר את החשש ולאפשר את המשך ביצוע החוזה. לעומת זאת, הימנעות ממתן בטוחה תוך זמן סביר תאפשר לראות את המצב כהפרה צפויה לכל דבר ועניין, שתקנה לנפגע את הזכות לתרופות בהיקף מלא.<sup>66</sup>

בתחילה הובע חשש כי סעיף 2-609 יגרום לכך שצדדים יחלו לדרוש בטוחות, במהלך ביצוע החוזה, באופן סיטוני. אולם בפועל הדבר לא קרה. עד מהרה נצבר בבתי המשפט בארה"ב ניסיון חיובי רב מהפעלתו של הסעיף. הוא התגלה כהסדר משפטי יעיל ביותר, אשר זכה לשבחים רבים הן בפסיקה והן בספרות המשפטית.<sup>67</sup> לא כאן המקום להרחיב בעניין זה, אולם ניתן לציין את יתרונותיו הבולטים ביותר של

66 אמ כי, עקרונית, ייתכן מצב שבו תתקיים הפרה צפויה למרות מתן הבטוחה. ראו: *Kunian v. Development Corp. of America*, 334 A.2d 427 (Conn. 1973).

67 ראו: Gregory S. Crespi "The Adequate Assurance Doctrine After U.C.C. §2-609: A Test of the Efficiency of Common Law", 38 *Vill. L. Rev.* (1993) 179, 185-186. על יעילותו הרבה של מנגנון הערובה הנאותה ולכך שהוא משרת, למעשה, את טובתם של שני הצדדים ראו: *Conferece Ctr. Ltd. V. TRC-the research corp. of New England*, 455 A.2d 857, 864 (Conn. 1983); *Williston on Contracts* (Vol. 15, 4<sup>th</sup> ed., 2000) §43:18 חלק מהפרק השני של ה-U.C.C., הוגבלה תחילה תחולתו הפורמאלית של סעיף 2-609 לחוזה מכר בלבד, אולם השבחים להם זכה הסדר הבטוחה הסבירה ויעילותו הרבה הביאו לכך שבתי המשפט בארה"ב החלו להפעילו גם ביחס לחוזים שאינם חוזה מכר. לעיתים נעשה הדבר בדרך של היקש להסדר שבסעיף 2-609 ולעיתים אף מבלי לציין את הבסיס הפורמאלי להפעלתו. ראו: *Markowitz & Co. v. Toledo Metro. Hous. Auth.*, 608 F.2d 699, 705 (6<sup>th</sup> Cir. 1979); *L.E. Spitzer Co v. Barron*, 681 P.2d 213, 216-217 (Alas. 1978); *Carfield & Sons Inc. v. Cowling*, 616 P.2d 1008, 1010 (Colo. Ct. App. 1980); *Romig v. deVallance*, 637 P 2d 1147, 1152 (Haw. Ct. App. 1981); *Conferece Ctr. Ltd. V. TRC*, 455 A 2d 857, 864 (Conn. 1983). Alan G. Dowling "A Right to Adequate Assurance of Performance in All : ראו גם: Transactions: U.C.C. §2-609 Beyond Sales of Goods", 48 *S. Cal. L. Rev.* (1975) 1358, 1377-1378. המחבר מציין כי: "...a right to adequate assurance should be recognized as a logical corollary of the rational underlying the doctrine of anticipatory breach..." עם פרסומו של ה-*Restatement (Second) on Contracts*, בשנת 1981, נקבע במסגרתו הסדר דומה, בסעיף 251, ובכך קיבל מנגנון הבטוחה הסבירה גושפנקא לתחולה כללית. לאחר שהוסף ההסדר לריסטיטמנט התרחב מאד היקף השימוש בו בארה"ב. לא רק שכמות פסקי הדין גדלה, אלא שגם אחוז המקרים שבהם יושם מנגנון הבטוחה הסבירה ביחס לפסקי דין שעניינם היה מחוץ לתחום תחולתו הפורמאלית של סעיף 2-609 גדל מאד. Crespi, *supra* note 67, at pp. 191-192, הצביע על גידול מ-50% ל-82%. יעילותו הרבה של ההסדר הביאה לאימוצו גם מחוץ לתחומי המשפט האמריקאי. סעיף 2-609 ל-U.C.C. שימש מקור השראה לאימוצו של הסדר הבטוחה הסבירה בשורה של פרויקטים משפטיים בינלאומיים כגון: סעיף 71 לאמנת האו"ם בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי שנחתמה בווינה בשנת 1980 (לעיל הערה 44), סעיף 7.3.4 ל-UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (לעיל הערה 45) וכן סעיף 8:105 ל-Principles of European Contract Law (לעיל הערה 46). מלומדי משפט אשר עמדו על יעילותו הרבה של ההסדר, צידדו בהחלתו של הסדר משפטי דומה בשיטות משפט נוספות: John W. Carter "Adequate Assurance of Due Performance" 11 *J. Cont. L.* (1996) 1, 9.

ההסדר: מצד אחד הוא מאפשר לצד החושש מפני הפרה להשעות את המשך הביצוע של חיוביו ובכך מאפשר לנפגע הפוטנציאלי להימנע מהמשך השקעתם של משאבים בחוזה "מסוכן".<sup>68</sup> מצד שני, הוא נותן הזדמנות לצד האחר להסיר את החששות ובכך נפתח פתח לשיקום היחסים החוזיים ולהחזרת החוזה למסלולו התקין. יתר על כן, מאחר ולפי סעיף 2-609, אי מתן בטוחה בתוך זמן סביר הופך את מה שהיה קודם בגדר "חשש" למצב של הפרה-צפויה ממש, הרי שמנגנון הבטוחה הסבירה משמש גם כאינדיקאטור יעיל לאבחון מצבים של הפרה צפויה. אחד הקשיים המעשיים בהפעלתו של דין ההפרה הצפויה נעוץ בעובדה שנפגע הטוען לקיומה של הפרה צפויה נוטל על עצמו סיכון לא פשוט. מחד גיסא, אם יתברר בדיעבד שרמת ההסתברות להתרחשות ההפרה העתידית לא הגיעה לרמה הנדרשת בדין, עלול הנפגע להיחשב בעצמו כמי שהפר את החוזה.<sup>69</sup>

68 הסעד של השעיית קיום הוא סעד עצמי בעל יתרונות רבים ביותר. לא אוכל לעסוק בו בהרחבה במסגרת מאמר זה, אולם ניתן לציין כמה מיתרונותיו הבולטים: ראשית, זהו סעד עצמי נוח, הניתן להפעלה מיידית. שנית, בניגוד לביטול (שאף הוא סעד עצמי במשפטנו), זהו סעד מתון יחסית. בהיותו סעד מתון ברור שהסיכון שנוטל על עצמו הנפגע בהפעלתו את סעד ההשעיה קטן מזה שבהפעלת תרופת הביטול. שלישיית, בהיותו סעד מתון, שאינו כרוך בביטול החוזה כולו, הפעלתו מותירה עדיין אפשרות סבירה לשיקום היחסים החוזיים בין הצדדים. העובדה שהנפגע משעה את קיום חיוביו אך עדיין אינו מבטל את החוזה, משדרת נכונות מצידו ליישור ההדורים ולהחזרת החוזה למסלולו התקין. רביעית, השעיית קיום טומנת בחובה "תמריץ טבעי" לעידוד המפר לחזור בו מהפרתו (וזאת בהנחה שהמפר עדיין מעוניין בקבלת התמורה הנגדית), שהרי הוא יודע כי כל עוד הוא נמנע מקיום חיובו ניתנת גם לנפגע הזכות להשעות את קיום חיובו הוא. חמישית, סעד ההשעיה הוא בדרך כלל גם יעיל מבחינה כלכלית שכן הוא מאפשר לנפגע לשמר את הקשר החוזי, מצד אחד, אך להימנע מהמשך ההשקעה של משאבים בחוזה שכבר נחזה להיות "מסוכן", מצד שני. שישיית, סעד ההשעיה ניתן להפעלה מיידית בלא קשר לבחירת התרופות שיעשה הנפגע לאחר מכן. ברירת התרופות כרוכה, בדרך כלל, בהכרעה "אסטרטגית" לא קלה של הנפגע בין ביטול החוזה לבין המשך קיומו. פעמים רבות זקוק הנפגע לפרק זמן סביר על מנת להחליט בין שני המסלולים התרופתיים הללו. סעד ההשעיה ניתן להפעלה מיידית עוד בטרם עושה הנפגע את בחירת התרופות העיקריות. על חשיבותו המעשית הרבה של סעד ההשעיה ראו דויטש, לעיל הערה 41, בע' 97. גם המלומד Treitel קובע כי סעד ההשעיה הוא: "One of the most effective remedies", ראו: Guenter H. Treitel *Remedies fo Breach of Contract* (Oxford, 1988) 245. חלק מיתרונותיו של סעד ההשעיה מתוארים בפסק דינה של השופטת דורנר בע"א 1632/98 ארבוס נ' רובינשטיין, פ"ד נה(3) 913. הדין הקיים מאפשר השעיית קיום מהותית, דהיינו כזו המבוססת על פרשנותו של החוזה ועל אומד דעת הצדדים ביחס ליחסי התלות שבין החיובים העיקריים שבחוזה. הבסיס המרכזי בחקיקה לעיגונו של סעד ההשעיה מצוי כיום בסעיף 43 לחוק החוזים. במהלך השנים הורחבה הפעלת ההשעיה גם למצבים המצויים מחוץ לתחומו של סעיף 43, כגון השעיית קיום נוכח הפרה צפויה. ראו ע"א 670/89 מקור פיתוח עירוני בע"מ נ' קרון, פ"ד מה(3) 7 (להלן: עניין קרון). וועדת הקודיפיקציה הכירה בחשיבותו של סעד ההשעיה ובסעיף 573 להצעת הקודקס בא לידי ביטוי מפורש, לראשונה, ההיבט התרופתי של השעיית הקיום.

69 למעשה סיכון כזה קיים גם ביחס להפרה רגילה. גם נפגע "רגיל" המפעיל סעד עצמי (ביטול, קיזוז, עיכובן) חשוף לסיכון שאם הפעיל את הסעד העצמי תוך שהוא טועה בנוגע להתקיימות התנאים המקנים לו את הזכות לסעד, יהפוך הוא עצמו למפר. ראו קציר, לעיל הערה 40, בע' 178-177; דויטש, שם, בע' 111 ואילך. בהקשר זה ראו גם: William J. Geller "The Problem

יתר על כן, ייתכן שאבחון מוטעה של הנסיבות יגרום לפגיעה במערך היחסים החוזיים, שאילולא כן היה עשוי להימשך כסדרו. מאידך גיסא, התעלמות מהנסיבות המחשירות עלולה להעמיד בעתיד את הנפגע, אם אכן תתממש ההפרה, בפני שוקת שבורה ובפני נזקים שאפשר היה אולי למנעם על ידי נקיטת פעולות מוקדמות. אכן, אבחון מוטעה של מערכת הנסיבות עלול להביא, בכל מקרה, לתוצאה לא יעילה ובלתי רצויה, בעוד שאבחון נכון של הפרות צפויות הוא תנאי הכרחי ליישום יעיל של דין ההפרה הצפויה. אולם, השאלה אם הצטברותן של נסיבות מסוימות, העשויות להעיד על הפרה צפויה, אכן מקיימת את רמת ההסתברות הנדרשת בדין איננה שאלה פשוטה כלל ובפסיקה

of Withholding in Response to Breach: A Proposal to Minimize Risk in Continuing Contracts” 62 *Fordham L. Rev.* (1993) 163. אולם אצל נפגע בהפרה צפויה הקושי גדול הרבה יותר. נפגע “רגיל” צריך להעריך ולשפוט האם העובדות (שכבר התרחשו) עשויות להיחשב כהפרה, ובמידה והוא מעוניין לבטל את החוזה האם מדובר בהפרה יסודית, ובמידה שמדובר בהפרה שאינה יסודית, האם הביטול לא ייחשב כנוגד את סייג הצדק שבסעיף 7(ב) לחוק התרופות. לעומת זאת, נפגע בהפרה צפויה צריך לבצע את כל ההערכות הללו ביחס להפרה שטרם התרחשה ובעיקר עליו לנסות להעריך האם הנסיבות שבפניו מעידות בכלל על הסתברות מספקת ביחס להתרחשותה של ההפרה העתידית. על הקושי הרב לאבחן נכונה מצבים של הפרה צפויה, אפילו עבור עורכי דין מנוסים, ראו: James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code* (5<sup>th</sup> ed., 2000) 196–197 ed., 2000) 13; Arthur Rosett “Partial, Qualified and Equivocal Repudiation of Contract”, 81 *Colum. L. Rev.* (1981) 93, 103. כדוגמא לאבחון לא נכון על ידי צד שטעה כשחשב שנתקיימו נסיבות של הפרה צפויה ראו: (Miss. 4262/98 ש. אסולין פסיפס 1991 בע”מ נ’ בן אבו חברה לבנין ופיתוח בע”מ, תק”מ 199 (1) 2799 (צד שחשש כי נתקיימה הפרה צפויה הפסיק לקיים את חיוביו. אחר כך נקבע כי למעשה לא התרחשה הפרה צפויה ולכן הפסקת הקיום הייתה הפרה מצידו של הצד שראה עצמו בגדר נפגע). דוגמא מאלפת לקושי באבחון מצבים של הפרה צפויה, אפילו בידי שופטים מנוסים, מצויה בת”א (ת”א) 451/94 אליהו חברה לביטוח בע”מ נ’ אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע”מ, דינים מחוזי לב(2) 343. חברת הביטוח אליהו הייתה קשורה בחוזה עם אבנר-אגוד לביטוח נפגעי רכב בע”מ. אליהו הודיעה לאבנר על ביטול החוזה וזאת בשל חשש שבשל המצב הכספי הקשה אליו נקלעה אבנר היא לא תוכל לקיים בעתיד את התחייבויותיה כלפי אליהו. בסמוך לאחר הודעת הביטול פנתה אבנר וביקשה מבית המשפט צו מניעה זמני כנגד הביטול. בהחלטת ביניים נדחתה הבקשה ובית המשפט (השופט שטרומן) קבע בת”א (ת”א) 451/94 המ’ 4666/94 אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע”מ נ’ אליהו חברה לביטוח בע”מ, דינים מחוזי כו(6) 897, 900 כי: “... חששות מבוססים בודאי אינם מחייבים את המשך הקשר החוזי בין הצדדים, כאשר קיים סיכון ממשי לחוסר היכולת של הצד השני להמשיך בקיומו של החוזה”. ובהמשך החלטתו, בע’ 902: “המשיבה, האחראית כלפי מבוטחיה, נהגה כהלכה בהחלטתה לנהוג על פי סעיף 17 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל”א-1970 ולבטל את ההסכם...”. אולם שנה לאחר מכן, בפסק הדין הסופי בתיק נהפכה הקערה על פיה ונקבע (מפי הנשיא וינוגרד) כי הנסיבות לא היו בגדר הפרה צפויה ולכן אליהו היא זו שהפרה את החוזה בכך שביטלה אותו שלא כדין. את החלטתו נימק בית המשפט, בין היתר, בכך שהליך ביניים (ההחלטה בעניין הצו הזמני) הוא, מעצם טבעו, הליך בעל תחולה זמנית, שהיקף הראיות במסגרתו מצומצם למדי ולכן אין להסיק ממנו מסקנות ביחס לפסק הדין הסופי. יש להניח שאם שופט מנוסה מתקשה באבחון הנסיבות המקיימות מצב של הפרה צפויה, קל וחומר שזוהי משימה קשה עבור מי שאינם בקיאים ויודעיידין.

מוכרים מקרים רבים של כשל באבחון מצבים של הפרה צפויה.<sup>70</sup> מנגנון הבטוחה הסבירה עשוי לשמש כלי יעיל לאבחון נכון יותר של הנסיבות. מצד אחד, הוא מאפשר למפר הפוטנציאלי להסיר את החשש בתוך פרק זמן קצר ועל ידי כך להבהיר כי לא מתקיים מצב של הפרה צפויה. מצד שני, העדר תגובה מצד המפר יש בו כדי להעצים את החשש ולכן מוצדק יהיה לראות בכך משום הפרה צפויה ממש.

סיכומו של דבר, מדובר בהסדר משפטי יעיל ורצוי. במשפט הישראלי הוחל ההסדר עד כה, בהעדר בסיס סטטוטורי מפורש, באופן חלקי ובעיקר תוך הסתמכות על עקרון תום הלב.<sup>71</sup> יש לברך, לפיכך, על הכללתו של הסדר יעיל זה בהצעת הקודקס. אולם ייתכן כי יש מקום לשתי הערות העשויות לשפר מעט את ההסדר המוצע. ראשית, חסרה בסעיף 192(ב) המוצע קישוריות לדין ההפרה הצפויה. הזיקה שבין שני ההסדרים, זה שבסעיף 192(ב) וזה שבסעיף 572 להצעת הקודקס, מובנת וברורה לכל מי שבקי ומצוי בתחום. היא פחות מובנת מאליה למשתמש הבלתי מיומן. ב-U.C.C. הזיקה שבין שני ההסדרים המשפטיים גלויה לעין, שכן הסדר הבטוחה הסבירה מצוי בסעיף 609-2, בצמוד ממש להסדר ההפרה הצפויה שבסעיף 610-2 לקוד. צמידותם של שני הסעיפים מייתרת את הצורך לרמוז על הקשר שביניהם. אצלנו הסעיפים מצויים במרחק רב זה מזה ויש צורך בקישוריות פנימית אשר תרמוז על הזיקה הקיימת ביניהם. שנית, בניגוד לסעיף האמריקאי, סעיף 192(ב) אינו קובע בצורה מפורשת מה יהיה הדין במקרה שבו המפר הפוטנציאלי איננו מספק בטוחה נאותה בתוך זמן סביר מקבלת הדרישה. דומה כי הפתרון לשתי ההערות הללו הוא אחד: רצוי היה לקבוע במסגרת סעיף 192(ב) כי אי-מתן בטוחה מספקת בתוך זמן סביר ייחשב כהפרה צפויה ויחולו הוראות סעיף 572.<sup>72</sup> קביעה כזו תרמוז על הזיקה בין שני הסעיפים, היא

70 ראו את הדיון לעיל בהערה 69. ראו גם ע"א 8124/00 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן, תק"על 2002(2), 2729: "צד להסכם השוקל אם לבטלו עקב הפרה או הפרה צפויה של הצד האחר – יהפוך בדעתו שוב ושוב עד שינקוט בצעד הביטול. אם שגה בבטלו את החוזה, ובית המשפט ימצא בסופו של יום כי ההפרה הנטענת לא הייתה בגדר הפרה המצדיקה ביטול – ימצא שמי שביטל את ההסכם ולא עמד בחיוביו – הוא המפר. ביטול ההסכם בעניין שלפנינו הביא על הצדדים טלטלה רבת שנים, אשר בצידה חוסר ודאות כלכלית. לאחר בחינת טענות הצדדים והראיות מסקנתי היא שביטולו של ההסכם היה שלא כדין."

71 ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאניקר, פ"ד לו(2) 113; ע"א 126/89 רו"ח עובדיה בלס, מפרק חברת קופל טורס בע"מ נ' חברת מלונות דן בע"מ, פ"ד מו(3) 441; דניאל פרידמן "ביצוע חוזה נוכח חשש בדבר קבלת התמורה הנגדית" עיוני משפט י (תשמ"ד-ה) 165; דויטש, לעיל הערה 41, בע' 100-105. אולם לאפשרות להשעות קיום נוכח חשש מפני הפרה עתידית הוצעו גם בסיסים תיאורטיים נוספים, מלבד עיקרון תום הלב. פרופ' טדסקי הציג לבסס זכות זו על העיקרון של "קל וחומר" ביחס לתרופת הביטול: ג' טדסקי "חייבים מקבילים" הפרקליט לז (תשמ"ז) 293, 316-317. פרופ' איל זמיר הציג לבססה על היקש לסעיף 43 לחוק החוזים: איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 (ירושלים, תשמ"ז) 516-518. פרופ' מיגל דויטש סבר כי ניתן לבססה גם על היקש לסעד העיכוב. דויטש, שם, בע' 99. חלק מהצעות הללו אף הוזכרו בהסכמה בפסיקה, כבסיסים אפשריים נוספים לביטול סעד ההשעיה במצבים של הפרה עתידית: עניין קרון, לעיל הערה 68.

72 בדומה לסעיף 4(4) 609-2 ל-U.C.C. הקובע: After receipt of a justified demand failure

תבהיר מהו הדין במצב שבו המפר אינו טורח להסיר את החשש וממילא גם תהפוך את ההסדר שסעיף 192(ב), כפי שהוסבר לעיל, למכשיר יעיל לאבחון מדויק יותר של הפרות צפויות, דבר אשר יגביר את יעילותו של דין ההפרה הצפויה ויקטין את הסיכון הכרוך באבחון שגוי של נסיבות מחשידות.

#### ד. התאמה לשינויים בדין הסיכול

סעיף 572 להצעת הקודקס שונה מדין ההפרה הצפויה הקיים גם בכך שהוא אינו חל עוד ביחס לנסיבות בלתי-רצוניות, מהן מסתבר כי לא ניתן יהיה לקיים את החיוב העתידי. ההסדר הקיים כיום בסעיף 17 לחוק התרופות עוסק הן בהפרה צפויה רצונית והן במצבים בהם מסתברת מתוך הנסיבות אי-יכולת צפויה, לרבות מצב שבו הנסיבות המונעות את אפשרות הקיום נוצרו שלא בעטיו של המפר והן אינן בשליטתו.<sup>73</sup> מעניין

to provide within a reasonable time not exceeding thirty days such assurance of due performance as is adequate under the circumstances of the particular case is a repudiation of the contract. השוו גם לסעיף 8.105 ל-Principles of European Contract Law הקובע כי אם לא ניתנה הבטחה בתוך זמן סביר זכאי הצד החושש לבטל את החוזה, דהיינו תוצאה זהה לזו שבסעיף ההפרה הצפויה של הקוד האירופי (סעיף 9.304).

<sup>73</sup> בלשונו של סעיף 17 לחוק התרופות: "... או נסתבר מנסיבות העניין שלא יוכל... לקיימו...". אי-יכולת לקיים עשויה לנבוע גם מנסיבות של חדלות פירעון. אולם בכך לא אעסוק כאן. במשפט הישראלי, כמו גם בשיטות אחרות, זהו עניין החורג מתחום דיני ההפרה הצפויה וממילא הדין בכך חורג גם מגבולות מאמר זה ומחייב דיון נפרד. השוו: Farnsworth, *supra* note 38, at p. 589 המציין ביחס לכך: "... but this is a matter of bankruptcy law and is not dealt with here...". באופן כללי, מתן צו פשיטת רגל או צו פירוק, כשלעצמו, אינו מהווה הפרה צפויה, שהרי הנאמן או המפרק נכנסים בנעלי פושט הרגל או החברה שבפירוק. כל עוד הנאמן או המפרק איננו מתכחש לחוזה, או מוותר עליו כנכס-מכביד (סעיף 115 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח-חדש], תש"ם-1980 (להלן: פקודת פשיטת הרגל) וסעיף 361 לפקודת החברות) ממשיך החוזה לעמוד בתוקפו. החוזה יהיה ניתן לביטול בשל צו פשיטת הרגל או הפירוק כשלעצמם רק במקרים מיוחדים, כגון שהחוזה עצמו כולל תנאי הקובע את חדלותו במקרה כזה, או כשישנן נסיבות מיוחדות, כמו חוזה בעל אופי אישי מיוחד. "אם החייב, שהוא זמר, התחייב לשיר באופרה, אין הנאמן רשאי להציע לשיר, הוא עצמו, במקום החייב": ראו שלמה לויך ואשר גרוניס פשיטת רגל (מהדורה שנייה, ירושלים, תשס"א) 293. המפרק או הנאמן אמור להבהיר, תוך פרק זמן סביר ולאחר שהיה בידו לעמוד על מכלול הבעיות של פושט הרגל או החברה שבפירוק, את כוונותיו ביחס לחוזה. אם הוא משתהה, יכול הצד השני לחוזה לבקש מהנאמן או מהמפרק להבהיר את כוונותיו (סעיף 118 לפקודת פשיטת הרגל וסעיף 362 לפקודת החברות). רק אם מחליט הנאמן או המפרק לוותר על החוזה, קמה זכותו של הצד האחר לתבוע פיצויים, ואף זאת בכפוף לכללים המיוחדים של דיני פשיטת הרגל (סעיפים 119 לפקודת פשיטת הרגל ו-363 לפקודת החברות). לסוגיית היחס בין הפרה צפויה לבין דיני פשיטת הרגל ראו גם: Williston, *supra* note 54, symbol 43:29. בהיבט הכלכלי של סוגיה זו ראו: George Triantis "The Effect of Insolvency and bankruptcy on Contract Performance and Adjustment" 43 *U. Toronto L. J.* (1993) 679. אולם העיקרון לפיו צווי פשיטת רגל או פירוק אינם מהווים נסיבות המקיימות הפרה צפויה (וזאת למרות שקשיי נזילות ונסיבות אחרות המקדימות, פעמים רבות, את הצו הפורמאלי כן

לצייין כי למרות שמקורו ההיסטורי של סעיף 17 הוא בדין האנגלי,<sup>74</sup> תחולתו של סעיף 17 גם על מצבי סיכול מנוגדת לדין באנגליה. במשפט האנגלי נסיבות שמהן משתמע העדר אפשרות לקיים את החיוב, אשר אינן נובעות ממעשיו או ממחדליו של המפר, לא יכולות לשמש בסיס לטענת הפרה-צפויה.<sup>75</sup> הסיבה להבדלי הגישה הללו נעוצה, ככל הנראה, בהתייחסות השונה של שתי שיטות המשפט לסוגיית הסיכול. בעוד שעל פי המשפט האנגלי מביא הסיכול לפקיעתו של החוזה,<sup>76</sup> נחשב אצלנו אי-קיום הנובע מסיכול להפרה, שבמסגרתה מוקנית למפר חסינות מפני תרופות האכיפה והפיצויים.<sup>77</sup>

עשויות להיחשב כהפרה צפויה) אינו נקי מקשיים. לגישה שונה, לפיה יש להפוך את העיקרון, כך שפשיטת רגל או פירוק יחשבו כנסיבות המקיימות הפרה צפויה (אלא אם הנאמן או המפרק יחליטו לאמץ את חוזה) ראו: Aahron Namdar *Contracts in Bankruptcy* (Tel Aviv, 1977).

74 דוקטרינת ההפרה הצפויה נקלטה אצלנו מהמשפט האנגלי. למעשה, היא נקלטה במשפט הארץ-ישראלי עוד בתקופת המנדט. לסקירה היסטורית קצרה ראו גלברד, לעיל הערה 24, בע' 42.

75 ראו Treitel, *supra* note 38, at p. 857: "Disablement need not to be 'deliberate' in the sense that there may be an anticipatory breach even though it was not the party's intention to disable himself from performing, but the disablement must be due to the party's own act or default". בעניין זה ראו גם: 401, 2 Q.B. [1957] *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*. אולם מובן כי נסיבות של "סיכול" או של העדר יכולת לקיים שמקורן במעשיו או במחדליו של המפר עצמו לא ייחשבו, לא על פי משפטנו וגם לא על פי המשפט האנגלי, כמאורע אמיתי של סיכול. לפיכך מצבים של "סיכול" שנגרם בעטיו של צד לחוזה (self-induced frustration) ייחשבו (כאשר הנסיבות מתרחשות לפני מועד הביצוע) כהפרה צפויה גם לפי המשפט האנגלי.

76 ראו: *J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V.* ("The Super Servant Two") 1 Lloyd's Rep. (1990). ראו גם: Treitel, *supra* note 38 at p. 909–920. אמנם עד לחקיקת חוק התרופות נהגו אצלנו דיני הסיכול האנגליים: ראו ע"א 31/49 גרודזינסקי נ' ליבר, פ"ד (1) 857; בג"ץ 113/49 סיפרי נ' שר המשפטים, פ"ד (1) 613. ראו גם דברי השופט י' כהן בע"א 748/80 גולדשטיין נ' גובי-ארי חברה לבנין ולהשקעות נתניה (1976) בע"מ, פ"ד לח (1) 309, 327: "עד לחקיקת חוק התרופות, חונכנו וספגנו אל תוכנו את ההלכות בדבר סיכול חוזים, שהתפתחו במשפט המקובל האנגלי". אולם, עם חקיקת חוק התרופות נותק הקשר שבין דיני הסיכול האנגליים לדיני הסיכול בישראל. סעיף 18 לחוק התרופות משקף דווקא את הגישה הקונטיננטאלית, לפיה מהווה הסיכול טענת הגנה. מאז חקיקת חוק התרופות לא נזקקו עוד בתי המשפט להלכות האנגליות, שכן "יש לנו דיני סיכול משלנו": ע"א 101/74 חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות הוץ) בע"מ, פ"ד ל (3) 661, 667 (להלן: עניין חירם), להבדל בין דיני הסיכול האנגליים לבין הסיכול על פי חוק התרופות ראו גבריאלה שלו "לקראת דיני סיכול חדשים" ספר זיכרון לגד טדסקי (ירושלים, תשנ"ו) 607.

77 ראו סעיף 18 לחוק התרופות; ע"א 443/80 אלרם חברה לשכון נ' פדן, פ"ד מד (1) 696, 701; ע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר חברה לבנין נ' הוך, פ"ד לז (3) 393. על דין הסיכול נכתב כבר רבות בספרות המשפטית בישראל ולא כאן המקום להרחיב. ראו שלו, לעיל הערה 26, בע' 621–649; שלו לעיל הערה 76; אורי ידן "חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1971" פירוש לחוקי החוזים (מהדורה שנייה, ירושלים, תשל"ט) 151–152; מיגל דויטש "סיכול חוזה מחמת פעולות איבה" משפט וצבא יא–יב (תשנ"ב) 13; אריאל פורת "חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה" עיוני משפט טז (תשנ"א) 65; מנחם מאוטנר "שינוי נסיבות בתקופה שלאחר כריתת חוזה: הערות מקדמיות בפרספקטיבה של המשפט האנגלו-אמריקאני" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 363; ברק מדינה "סיכול חוזה" בתוך דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (כרך ג', ירושלים, תשס"ד) 411; גד טדסקי "על החוזה אשר נבצר ביצעו" מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים, תשי"ט) 20.



דין ההפרה הצפויה שבסעיף 17 לחוק התרופות מותאם, אפוא, לתפיסה הכללית של דין הסיכול במסגרת שיטת המשפט שלנו: מאחר והסיכול נחשב כהפרה, הרי שסיכול-צפוי נחשב להפרה-צפויה. שילוב דין הסיכול עם דין ההפרה הצפויה מביא לתוצאה, לפיה כאשר מתברר מתוך הנסיבות כי מתקיים סיכול-צפוי<sup>78</sup> זכאי הנפגע לבטל את החוזה מיד, מבלי שיהיה עליו להמתין למועד המוסכם לקיום החיוב, אולם הוא לא יוכל לתבוע אכיפה או פיצויים.<sup>79</sup>

הצעת הקודקס כוללת שינויים משמעותיים ביותר בדין הסיכול,<sup>80</sup> הן ביחס למהותו של האירוע המסכל והן ביחס לתוצאות הסיכול. על פי המוצע, מבחן הצפייה של דין הסיכול הקיים<sup>81</sup> הוחלף במבחן הסיכון החוזי.<sup>82</sup> ההגדרה של האירוע המסכל הורחבה

78 סיכול-צפוי יתקיים כאשר הנסיבות המסכלות מתרחשות במועד כלשהו לאחר כריתת החוזה, אך עוד בטרם הגיע המועד הקבוע לקיום החיוב. לשאלה האם נסיבות מסכלות שהיו קיימות עוד קודם למועד הכריתה, אלא שהצדדים לא היו מודעים לקיומן, הן בגדר סיכול או בגדר טעות משותפת ראו איל זמיר, מרדכי ראבילו וגבריאלה שלו הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי (מהדורה שנייה, ירושלים, תשנ"ו) 310; שלו, לעיל הערה 26, בע' 641.

79 סעיף 18(א) לחוק התרופות. בנוסף לחיוב בהשבה, רשאי בית המשפט לחייב את המפר בשיפוי הנפגע על "ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה", אולם חיוב זה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט והוא כפוף לשיקולי צדק: סעיף 18(ב) לחוק התרופות. לתוצאותיו של סיכול-צפוי ראו דין, לעיל הערה 77, בע' 154.

80 ראוי לציין כי בניגוד לסוגיות אחרות בתחום דיני החוזים, אשר עברו במהלך השנים שינויים פסיקטיים מרחיקי לכת, נותר דין הסיכול במשך שנים רבות דין "מאובן". הפסיקה התמודדה עם מצבים של שינויי נסיבות ושל סיכונים חוזיים בלתי צפויים בדרכים חלופיות שונות, כגון באמצעות פרשנות (ראו ע"א 5628/99 מרקין נ משה, פ"ד (1) 14; דויטש, לעיל הערה 6, בע' 445); באמצעות עקרון תום הלב (למשל בהקשר של השפעתם של שיעורי אינפלציה בלתי צפויים על החיובים החוזיים. בעניין זה ראו למשל ע"א 6136/00 שועית בע"מ נ' אשד, פ"ד (נו) 241); באמצעות תיאורית חוזה-היחס (ראו ע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עובדני המנוחה מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד (4) נב 145 וכן ראו פסק דינה של השופטת חיות בע"א 9946/01 ארט חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד (1) נח 103, 113. ראו גם פרק המבוא בע"ש (י"ם) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, תק"מח (2) 2004, 5364). קשה היה להבין מדוע דווקא דין הסיכול נותר במשך שנים כה רבות מאחור מבחינת ההתפתחות הפסיקטית, וניתן היה לצפות כי גם דין זה יתעורר מקיפאוו ויותאם למגמות המודרניות של דיני החוזים. ואכן, עוד בטרם פורסמה הצעת הקודקס החלו להסתמן ניצנים ראשונים למגמה כזו בפסיקה. ראו ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד (5) נד 506, 518-519; בעקבותיו ראו ת"א (י"ם) 3531/01 בן אבו חברה לבנין ולפיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, תק"מח (2) 2002, 20053.

81 כידוע, מבחן זה פורש בפסיקה באופן כזה שגם אירועים נדירים ביותר נחשבו לצפויים, כך שדין הסיכול רוקן כמעט מכל תוכן. ראו עניין חירם, לעיל הערה 76; ע"א 715/78 כץ נ' נצהוני מזרחי בע"מ, פ"ד לג (3) 639, 643-644; ע"א 736/82 כפר חסידיים מושב עובדים דתי בע"מ נ' אברהם, פ"ד לט (2) 490; ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב (1) 661 (להלן: עניין סטרוד); ע"א 3402/95 גמליאל נ' ארצי, תק"על (3) 307, 314 ועוד פסקי-דין נוספים. לכך שהפרשנות המצמצמת מאד של מבחן הצפייה הפכה, למעשה, את דין הסיכול לאות מתה, ראו גם שלו, לעיל הערה 26, בע' 630, וכן ראו דברי ההסבר לחלק הרביעי, חלק משנה שני, פרק שיש להצעת הקודיקפיקציה. ראו סעיף 196 להצעת הקודיקפיקציה; דויטש, לעיל הערה 6, בע' 446 ואילך.

והיא כוללת גם מצבים של התרחשות נסיבה חדשה המכשילה את מטרת ההתקשרות בחוזה.<sup>83</sup>

שינוי חשוב נוסף, והוא זה הנוגע לענייננו, הוא בכך שהסיכול שוב איננו נחשב להפרה. על פי הצעת הקודקס, התרחשותו של אירוע מסכל מביאה לפקיעתו של החוזה, בדומה למצב בדין האנגלי.<sup>84</sup> בהתאם לתפיסה החדשה המיוצגת בהצעת הקודקס צד שאינו יכול לקיים את חיוביו בשל נסיבות מסכלות אינו נחשב למפר, שכן הוא לא נטל על עצמו מעולם סיכון-חוזי ביחס להתרחשותן של הנסיבות המסכלות וממילא אין לו אחריות חוזית לקיים את חיובו בנסיבות כאלה. מאחר ועל פי הצעת הקודקס סיכול שוב אינו נחשב להפרה, ממילא השמירה על גישה קוהרנטית מחייבת שהסדר ההפרה-הצפויה לא יכלול מצבים של סיכול-צפוי. ואכן, החלק העוסק בחוסר יכולת לקיים הושמט מהסעיף החדש. דומני כי הפרשנות הנכונה להשמטה זו היא שנסיבות המעידות על אי-יכולת צפויה והעונות על ההגדרה של "אירוע-מסכל" בסעיף 195 להצעת הקודקס לא ייכללו בגדר סעיף 572, בעוד שאי-יכולת צפויה הנובעת מנסיבות שאינן בגדר סיכול תיחשב, עדיין, כהפרה צפויה.<sup>85</sup> עם זאת, נראה שיש מקום להוסיף במסגרת פרק הסיכול שבהצעת הקודקס הוראה המחילה את דין הסיכול החדש גם ביחס לסיכול-צפוי. לפי האמור בסעיף 196(א) להצעת הקודקס, פקיעת החוזה וכן יתר התוצאות העשויות לנבוע מהסיכול<sup>86</sup> חלות רק לאחר ש"התרחש אירוע מסכל". ראוי שהפקיעה ויתר התוצאות הנובעות יחולו גם במצב שבו צפוי להתרחש אירוע מסכל. הוספת הוראה בדבר סיכול-צפוי תביא לתוצאה רצויה ויעילה יותר. אין כל הגיון שבמצב בו קיימת הסתברות גבוהה ביותר להתרחשותו הצפויה של אירוע מסכל ימשיך החוזה כסדרו. החלת דין הסיכול גם ביחס לנסיבות עתידיות תביא לתוצאה הגיונית ויעילה, שכן הדבר ימנע השקעה מיותרת של משאבים בביצועו של חוזה עקר. יתר על כן, ההכרה בסיכול-צפוי אף עולה בקנה אחד עם עקרון היסוד הכללי של "הקדמת תרופה למכה" עליו עמדתי קודם.<sup>87</sup>

83 ראו סעיף 195 להצעת הקודיפיקציה. ההצעה כוללת חידושים נוספים בדין הסיכול, כגון השעיית החוזה במצבים של סיכול זמני (סעיפים 199–198) וקיום בקירוב בשל התרחשותו של אירוע מסכל (סעיף 200) אולם דיון בנושאים הללו חורג מתחום המאמר. לשינויים השונים ראו שלו, לעיל הערה 26, בע' 621 ואילך.

84 סעיפים 196–197 להצעת הקודיפיקציה.

85 למשל אי יכולת הנובעת כתוצאה מנסיבות חדשות, שעל פי פירושו הנכון של החוזה החייב לקח על עצמו את הסיכון לגביהן, או אי יכולת הנובעת כתוצאה מנסיבות שנגרמו בעטיו של החייב (self-induced frustration).

86 כגון האפשרות שבית המשפט יטיל על צד חובת שיפוי על פי סעיף 197, או האפשרות הניתנת לנושה לדרוש קיום בקירוב לפי סעיף 200.

87 ראו דויטש, לעיל הערה 6, בע' 457; גם הדין האנגלי מכיר בסיכול-צפוי, ראו: Treitel, *supra*, note 38, at p. 890–892.

## ה. שינויים טרמינולוגיים

שינויים מסוימים חלו גם במינוחים הלשוניים שבהם נעשה שימוש בסעיף 572 להצעת הקודקס, לעומת אלה שבסעיף 17 לחוק התרופות. שינוי אחד הוא בהחלפת המילה "חווה" במילה "חיוב". שינוי זה מובן מאליו והוא נובע מהחלת דין ההפרה הצפויה על כלל החיובים, עניין שכבר עסקתי בו קודם לכן.<sup>88</sup>

שינוי מעניין אחר הוא בשימוש שנעשה כעת במונחים "הפרה" ו"נפגע". בהסדר הקיים בסעיף 17 נמנע המחוקק משימוש במונחים הללו, למרות שהם מונחי-יסוד בחוק התרופות. הסיבה לכך נעוצה, ככל הנראה, במחלוקות התיאורטיות ובקשיים העיוניים שאפיינו את דוקטרינת ההפרה הצפויה בעבר. מקובל לייחס את לידתה של דוקטרינת ההפרה הצפויה, במתכונת המוכרת לנו מהמשפט האנגלי, לתקופה של אמצע המאה ה-19.<sup>89</sup> כבר מראשית ימיה היא עוררה פולמוס רב בין אנשי המשפט. מי שציידו בדוקטרינת ההפרה הצפויה הדגישו, בדרך כלל, את חשיבותה המעשית הרבה עבור חיי המסחר.<sup>90</sup> לעומתם, מבקרי הדוקטרינה טענו כי היא חסרת כל בסיס משפטי, בהיותה מנוגדת למושכלות-יסוד של דיני החוזים הקלאסיים. הטענות המרכזיות בהקשר זה היה, שהתחייבות חוזית איננה יכולה להיחשב כמופרת, כל עוד לא הגיע המועד המוסכם בחווה לביצועה.<sup>91</sup> מובן כי יש להבין גישה זו על רקע התקופה בה מדובר ועל רקע התפיסה של דיני החוזים ששלטה בכיפה באותה עת. תפיסה זו, שביסודה

88 ראו לעיל פרק ב.

89 בספרות המשפטית מקובל לייחס את ראשיתה של דוקטרינת ההפרה הצפויה לפסק הדין: *Hochster v. De La Tour*, 118 Eng. Rep. 922 (Q.B. 1853). למקורות מוקדמים יותר ולסקירה היסטורית של דוקטרינת ההפרה הצפויה ראו גלברד, לעיל הערה 24, בע' 14 ואילך.

90 באחד מפסקי הדין האנגליים הישנים והידועים שעסקו בהפרה הצפויה נאמר כי: "Commercial men must not be asked to wait till the end of a long delay to find out from what in fact happens weather they are bound by a contract or not. They must be entitled to act on reasonable commercial probabilities at the time when they are called upon to make their minds". ראו: *Embricos v. Sydney Reid & co.* [1914] 3 K.B. 45.

91 פרופ' Williston, אשר נחשב בשעתו לאחד ממבקריה החריפים של דוקטרינת ההפרה הצפויה, כתב (תוך שהוא מתייחס לעובדותיו של פסק-דין *Hochster*) כי: "[I]t seems obvious that in an action on a contract the plaintiff must state that the defendant broke some promise which he had made. If he promised to employ the plaintiff upon June 1, the breach must be that he did not do that. A Statement in May by the defendant that he was not going to employ the plaintiff upon June 1 can be breach only of a contract not to make such statements..." ראו: Samuel Williston "repudiation of Contracts" (pts. 1&2) 14 *Harv. L. Rev.* (1901) 317, 421, 421; Charles Thaddeus Terry "Book Review" 34 *Harv. L. Rev.* (1921) 891, 891; Franklin "Equity as Form: A Study of *Frost v. Knight*" 30 *Tul. L. Rev.* (1956) 175, 175; Arthor Linton Corbin על תוצאת פסק הדין *Hochster v. De La Tour* ראו גם: *Corbin On Contracts* (Minnesota 1951) §960.

עיקרון חופש-החוזים, קידשה את ההסכמות החוזיות הפורמאליות. ההנחה הייתה שהסכמות אלה ממצות את תוכנם ואת היקפם של חיובי הצדדים וזכויותיהם על פי החוזה.<sup>92</sup> במציאות משפטית כזו נחשב הסדר ההפרה הצפויה כמנוגד לתפיסות-היסוד של דיני החוזים. אין זה מפליא, לפיכך, שרעיון ההפרה הצפויה היווה באותה עת אתגר אינטלקטואלי של ממש עבור מלומדי המשפט ושימש כר נרחב לכתובה ולמחקר אקדמי.<sup>93</sup> הקשיים העיוניים אשר נלוו לדוקטרינת ההפרה הצפויה ובעיקר התפיסה הבסיסית לפיה לא ניתן לדבר על "הפרה" של חיוב אשר מועד קיומו טרם הגיע, הם המקור לסיבוכים הטרימינולוגיים שאפיינו תמיד את דוקטרינת ההפרה הצפויה ולהימנעות מהשימוש במונח הרגיל "הפרה" (breach) במסגרתה.<sup>94</sup> גם אצלנו, על אף שהמונח הפרה מופיע בכותרת השוליים של סעיף 17 לחוק התרופות, הרי שבגוף הסעיף נמנעו מהשימוש במונחים הרגילים "הפרה", "מפר" ו-"נפגע". במקום "הפרה" מופיע הביטוי "שלא יוכל או לא ירצה לקיימו...", במקום "מפר" נעשה שימוש במונח הניטרלי "צד לחוזה" ובמקום "נפגע" נעשה שימוש בביטוי "הצד השני". ברור כי כיום אין עוד כל הצדקה לסרבול הטרימינולוגי ההיסטורי. מבחינה עיונית אין כיום כל קושי תיאורטי לבסס את דין ההפרה הצפויה במסגרת דיני החוזים המודרניים. עקרון תום הלב, שהוא עקרון-על בדיני החוזים, מחייב נאמנות נמשכת ומתמדת של כל צד לקשר החוזי ולמטרה המשותפת שעמדה לנגד עיני הצדדים בעת הכריתה.<sup>95</sup> חובה זו חלה לכל אורך חיי החוזה, גם לפני המועד הקבוע לקיומו של חיוב כלשהו. התנערות של צד מהחוזה, בין בהצהרה ובין במעשה, אשר אינם מתיישבים עם חובת נאמנות זו, מהווים לא רק הפרה צפויה של החיוב החוזי אלא גם הפרה ממשית ומיידית של חובת תום הלב. אין לפיכך כל קושי עיוני לראות כיום הפרה צפויה כהפרה לכל דבר ועניין וממילא גם אין כל קושי להגדיר את הצדדים כמפר וכנפגע. ואכן סעיף 572

92 ראו: P.S. Atiya *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979); Charles Fried

*Contract as a Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Cambridge, 1981)

93 לרשימה חלקית של המאמרים שהתפרסמו בנושא זה, החל מהמחצית הראשונה של המאה הקודמת, ראו: Thomas Jackson "Anticipatory Repudiation and the Temporal Element of Contract Law: An Economic Inquiry into Contract Damages in Cases of Prospective Nonperformance" 31 *Stan. L. Rev.* (1978) 69, 71 בע' 24, לעיל הערה 6 בהערה 17.

94 זו הסיבה שבמשפט האנגלי נמנעו מהשימוש במונח "הפרה" (breach) ביחס להפרה-צפויה ובחרו במינוחים חלופיים, כגון "התנערות" (repudiation). באחד מפסקי הדין הישנים בארה"ב נאמר על המונח repudiation כי הוא עצמו טעון משמעויות שונות וכי הוא מונח בעל משמעות "חמקמקה" ("elusive"): *Riess v. Murchison*, 384 F.2d 727, 733 (C.A., 9<sup>th</sup> Cir. 1067). לבעיות הטרימינולוגיות הקשורות בדוקטרינת ההפרה הצפויה ראו: J. W. Carter "The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach" 47 *Mod. L. Rev.* (1984) 422, 423 שלו, לעיל הערה 37, בע' 476-477.

95 ראו בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה (1) 828 (עניין שירותי תחבורה ציבוריים).

להצעת הקודקס עושה שימוש במונחים "הפרה" ו-"נפגע", על פי המשמעות הרגילה של המונחים הללו, כפי שהוגדרה בסעיף 5 להצעת הקודקס. כאמור, זהו שינוי מבורך שכן בכך עתיד לבוא הקץ לאנומליה הטרימינולוגית הקיימת בסעיף 17 לחוק התרופות ולקשיים שעלולים להיגרם בשל ההימנעות משימוש במונחי-היסוד הרגילים של חוק התרופות במסגרת סעיף זה. כך, למשל, עלול להתעורר ספק, האם הבדלי המינוח שבין "הפרה", המוגדרת בסעיף 1 לחוק התרופות, לבין המושג "אי-קיום", שבסעיף 17 לחוק התרופות מקורם רק בקשיים הטרימינולוגיים ההיסטוריים, או שמא יש ליחס להבדלים הללו משמעות פרשנית מהותית. בעוד שהגדרת "הפרה" היא רחבה מאד וכוללת, לכאורה, כל סטייה מהקיום המוסכם,<sup>96</sup> עשוי המונח אי-קיום להתפרש כמכוון רק להימנעות טוטאלית מביצוע החיוב החוזי. ואכן, היו מי שסברו כי הפרה צפויה עשויה להתקיים רק ביחס להפרות טוטאליות או לפחות הפרות חמורות ויסודיות.<sup>97</sup> אחרים, לעומת זאת, סברו כי אין מניעה להחיל את דין ההפרה הצפויה ביחס לכל הפרה, לרבות כזו שאיננה יסודית.<sup>98</sup> דומה, אכן, כי זוהי גם הגישה הרצויה. בהתקיים רמת הוודאות הגבוהה הנדרשת ביחס להתרחשותה של ההפרה העתידית, אין כל הצדקה להבחין, מבחינת מהות ההפרה והיקפה, בין הפרה רגילה לבין הפרה צפויה ולא ניתן להצביע על

96 בסעיף 1(א) לחוק התרופות מוגדרת הפרה כ-"מעשה או מחול שהם בניגוד לחוזה". זוהי הגדרה חובקת-כל, הכוללת בתוכה, למעשה, כל פער בין תוכנו של החיוב החוזי לבין הקיום בפועל. הפרה כוללת מצבים של אי-קיום, קיום לא תקין, קיום חסר, קיום שונה או פגום וקיום שלא במועד המוסכם. לסוגים השונים של הפרה ראו קציר, לעיל הערה 40, בע' 34 ואילך. על פי סעיף 4 להצעת הקודיקפיקציה גם הפרה שהיא בגדר "זוטי דברים" עשויה להיחשב כהפרה, אלא שהסעיף מציב חסם דיוני מפני הגשת תביעה בגינה.

97 Gabriela Shalev "Remedies on Anticipatory Repudiation" 8 *Isr. L. Rev.* (1973) 123, 131-133; שלו, לעיל הערה 37, בע' 478 הערה 11 והטקסט שלידה. לעמדה זו יש ביטוי גם בפסיקה, ראו ת"א (ב"ש) 768/87 משובית (1987) בע"מ נ' בן יוסף, תק"מ 92(3) 858.

98 ראו ידין, לעיל הערה 77, בע' 148: "נדמה לי שה'נפגע' רשאי להפעיל את התרופות בשל הפרה לא יסודית... לא פחות מן התרופות בשל הפרה יסודית". זו הייתה גם גישתו של זאב צלטנר דיני החוזים של מדינת ישראל (חלק א', תשל"ד) 254 (הטקסט הסמוך להערה 17). דברים ברורים כתב בעניין זה גם מיגל דויטש, לעיל הערה 41, בע' 134: "...דומה כי צמצום זכותו של הנפגע, כך שלא תחול ביחס להפרות לא-יסודיות, אינו ראוי ואינו מחויב. אין הוא ראוי, משום שאם התקיימה רמת הוודאות הנדרשת ביחס להתרחשות ההפרה הלא-יסודית בבוא היום, אין לשלול מן הנפגע את ההגנות שמעניק החוק מפני הפרה מסוג זה". דברים ברוח דומה נכתבו גם על ידי קציר, לעיל הערה 40, בע' 149: "עקרונית אין לראות הבדל בין המעשה, או המחול, העלולים להצביע לכיוון של הפרה פוטנציאלית, לעומת סימניה של הפרה אקטואלית..." וכן ראו דבריו בע' 156-157. תימוכין לגישה זו ניתן למצוא גם בפסיקה. כך משתמע, למשל, מדברי השופט שמגר בע"א 594/75 ג'רבי נ' הייבלום, פ"ד ל(2) 673, 679: "...אם גילה צד את דעתו שלא יקיימו או שנסתבר מנסיבות העניין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו, זכאי הצד השני לבטל את החוזה גם לפני המועד שנקבע לקיום החוזה (סעיף 17 לחוק). אך מובן הוא כי גם לעניין זה שרירה וקיימת האבחנה – בדבר דרכי הביטול – בין הפרה יסודית לבין הפרה לא-יסודית". ראו גם ע"א (י"ם) 4262/98 ש. אסולין פסיפס 1991 בע"מ נ' בן אבו חברה לבנין ולפיתוח בע"מ, תק"מ 99(1) 2799.

טעם ענייני כלשהו המצדיק לשלול מהנפגע את האפשרות לעשות שימוש בדוקטרינת ההפרה הצפויה לשם קבלת תרופה מוקדמת גם ביחס להפרה שאיננה טוטאלית. דומה כי חוסר הבהירות בעניין זה,<sup>99</sup> שנבע בחלקו גם מהשימוש בטרמינולוגיה שונה ביחס להפרה הצפויה, יוסר כעת, שכן הסעיף החדש מדבר על מצב שבו "...קרוב לוודאי שתתרחש הפרה", משמע, הפרה על פי מובנה הרגיל בחוק. בהערת אגב יצוין, כי כנראה שבהיסח הדעת ובהשפעת נוסחו של סעיף 17 הקיים, עדיין נעשה שימוש במונח "אי קיום" ברישא לסעיף 572 המוצע, ביחס להפרה צפויה שמקורה בגילוי דעתו של המפר (להבדיל מהפרה צפויה המסתברת מתוך הנסיבות). אני סבור כי הדבר מיותר וכי יש מקום להשתמש באותם מונחי יסוד בכל חלקי הסעיף, כך שתישמר האחידות הלשונית בו. לפיכך הייתי מציע כי במקום הנוסח שנקבע בהצעה ("גילה חייב את דעתו שלא יקיים את החיוב...") יתוקן נוסח הסעיף המוצע באופן שייכתב: "גילה חייב את דעתו שיפר את החיוב, או שברור בנסיבות העניין כי קרוב לוודאי שתתרחש הפרה...". נוסח כזה יבהיר כי היקף המקרים הנכלל בגדר הפרה צפויה זהה לאלה הנכללים בהפרה אקטואלית, בין אם ההפרה הצפויה מתרחשת כתוצאה מגילוי דעתו של המפר ובין אם כתוצאה של הסתברות מתוך הנסיבות.<sup>100</sup>

קושי פרשני אחר עלול להתעורר, על פי הדין הקיים, כתוצאה מהשימוש שנעשה בסעיף 17 במונח "הצד השני" במקום במונח "נפגע". לפי ההגדרה שבסעיף 1 לחוק התרופות, "נפגע" הוא "מי שזכאי לקיום החיוב שהופר". הגדרה זו רחבה מספיק על מנת לכלול, לדוגמא, מוטב בחוזה לטובת אדם שלישי. לעומת זאת, לפחות מבחינה לשונית, המונח "הצד השני" איננו כולל מוטב, שהרי המוטב מוגדר בחוק כ"מי שאינו צד לחוזה".<sup>101</sup> אף כאן דומני שלא ניתן להצביע על כל טעם ענייני לשלול ממוטב, אשר זכאי לתבוע תרופות בשל הפרה רגילה,<sup>102</sup> את האפשרות לתבוע את אותן התרופות במצב של הפרה צפויה.<sup>103</sup> מדובר שוב בתקלה ניסוחית שמקורה, כך נראה,

99 חוסר הבהירות ביחס לשאלת חומרת ההפרה הנדרשת לצורך הפרה צפויה איננו נחלתו של המשפט הישראלי בלבד. ראו: Treitel, *supra* note 68, at pp. 379–380. ראו גם: Taylor, *supra* note 69; Rosett, *supra* note 39. במקום אחר הצעתי כי ביחס לשאלת קיומה של הפרה צפויה חומרת ההפרה לא תיבחן כרכיב נפרד, אלא תשוקלל ביחד עם שאלת הסתברות ההפרה: ראו גלברד, לעיל הערה 24, בע' 84 ואילך.

100 ברור שגם הפרה צפויה הנובעת מגילוי דעתו של המפר יכולה להתייחס להפרה לא יסודית, ולא דווקא לאי-קיום מוחלט. למשל, אם החייב מצהיר שיקיים את חיובו באיחור, או באופן מעט שונה מהמוסכם, כך שהקיום המאוחר או השונה עשויים להיחשב בגדר הפרה לא יסודית של החוזה.

101 סעיף 34 לחוק החוזים.

102 להיקף התרופות בשל הפרה להן זכאי מוטב ראו פרידמן וכהן, לעיל הערה 26, בע' 195; דרורה פלפל "חוזה לטובת צד שלישי על פי חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973" הפרקליט לג (תש"ם–מ"א) 222, 231.

103 הדעה הרווחת היא שהמוטב זכאי לכל התרופות בשל הפרת החיוב שלטובתו, למעט תרופת הביטול וההשבה. לדעה זו ראו פלפל, שם, שם, וראו בהערה 62 לכך שזו גם הגישה המקובלת בשיטות המשפט האירופיות. לכך שגם במשפט האמריקאי מקובלת הדעה לפיה מוטב אינו

בגישה הארכאית שבגללה נמנעו בעבר מהשימוש במונחים "מפר" ו-"נפגע" ביחס להפרה צפויה. המינוח החדש בסעיף 572 להצעת הקודקס ("... יהיה הנפגע זכאי לכל התרופות...") מבהיר כעת גם עניין זה ומסיר כל חשש לתקלה פרשנית.

## ו. על קוצרו של הסדר ההפרה הצפויה

כמו הסעיף הקיים, כך גם סעיף 572 להצעת הקודקס הוא קצר ותמציתי עד מאד. יש אמנם יתרון מסוים בקצרנות המופלגת שבה נוסח הסעיף: הדבר מאפשר גמישות מרבית בהפעלתו, תוך התאמתו למצבים משתנים רבים ומגוונים. גמישות כזו חשובה ביחס לסעיף 17 לחוק התרופות, בהיותו הסדר כללי החל על כלל סוגי החוזים. מאחר ואין לנו הסדרים פרטניים של הפרה-צפויה בחוקי החוזים המיוחדים, המותאמים למאפיינים הייחודיים של סוגי החוזים השונים, צריך ההסדר הכללי שבסעיף 17 להתאים למגוון רחב של סוגי-חוזים ולמצבים משתנים. קל וחומר שגמישות כזו מהווה יתרון חשוב ביחס לסעיף 572, שכן ההסדר אמור להיות כללי דיו על מנת להתאים לא רק לכל סוגי החוזים אלא גם לכלל החיובים לסוגיהם, רצוניים ושאינם רצוניים כאחד.<sup>104</sup> אולם, נראה שהן הסעיף הקיים והן הסעיף המוצע הם תמציתיים מדי. על הקצרנות המופלגת שבחקיקה האזרחית החדשה כבר העיר בשעתו פרופ' טדסקי, כי לעיתים "קיצור החוק הוא קוצר החוק".<sup>105</sup> הן סעיף 17 לחוק התרופות והן החלופה המוצעת בסעיף 572 מהווים, למעשה, רק "גרעין" של הסדר משפטי. שאלות רבות נותרות ללא מענה<sup>106</sup> והדבר יחייב, בהכרח, מלאכה לא מעטה של פרשנות, השלמה ופיתוח.<sup>107</sup> ניתן לעשות זאת, כמובן, באמצעות הפסיקה. אולם, דומה שבהזדמנות זו

זכאי להשבה בעקבות ביטול ראו: Farnsworth, *supra* note 38, at p. 671. ראו גם פרידמן וכהן, שם, בע' 200–201, אם כי על פי האמור שם עמדה זו איננה נקיה מספקות. בהנחה שזהו אכן הדין, אזי ברור שגם בהפרה צפויה יהיה המוטב זכאי לתבוע רק אכיפה ופיצויים, אולם לא ביטול. בעניין זה ראו גלברד, לעיל הערה 24, בע' 163–164.

104 ליתרון הגמישות בהפעלתם של הסדרים משפטיים המנוסחים בתמציתיות השווה אהרן ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג (תשל"ג) 5, 13.

105 ג' טדסקי "על חוק המתנה, תשכ"ח–1968" משפטים א (תשכ"ט) 639, 644. לקיצור הלשון בחקיקה האזרחית שלנו בכלל ובחוק התרופות בפרט ראו סיני דויטש "אורי ידן: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970" משפטים ח (תשל"ז) 364, 365–366.

106 אולם סעיף 572 החדש לפחות מציע מענה לשתי שאלות יסודיות שאין עליהם תשובה ברורה בסעיף 17 הקיים. שאלה אחת נוגעת לרמת ההסתברות הנדרשת לצורך קיומה של הפרה צפויה, שכעת מוגדרת באופן ברור. שאלה אחרת נוגעת להיקף ההפרה וחומרתה ודומה שאף היא הובהרה כעת, כפי שפורט כבר לעיל.

107 להבהרת המושגים הללו ולהבחנה, הדקה לעיתים, שבין פרשנותה של הוראת חוק לבין השלמתה ופיתוחה ראו אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט (תש"ן) 267; אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך א: תורת הפרשנות הכללית, תשנ"ב) 427 ואילך.

של כתיבת קודקס חדש ניתן היה "לפתוח" מעט את ההסדר המכוון ולתת מענה בחוק לפחות לכמה מסוגיות היסוד הנוגעות להפעלתו של דין ההפרה הצפויה. יש להניח כי גם כך יישאר עדיין מרחב ניכר לפרשנות שיפוטית. אין בכוונתי לעסוק כאן בכל השאלות שהסעיף המוצע אינו דן בהן. אזכיר בקצרה רק שלוש סוגיות המצריכות, לדעתי, השלמה: סוגיית חזרתו של המפר מההפרה הצפויה ותוצאותיה של חזרה כזו, הסוגיה של ברירת הנפגע וכן סוגיית התאמתן של התרופות למצב המיוחד של הפרה צפויה.<sup>108</sup>

### 1.1. חרסת המפר ותוצאותיה של הפרה צפויה שתוקנה

בהסדר המוצע בהצעת הקודקס (כמו גם בהסדר הקיים), אין כל התייחסות לנושא חזרתו של המפר מההפרה הצפויה. סוגיה זו מעוררת כמה שאלות: האם יכול המפר לשנות את דעתו ולחזור בו מההפרה הצפויה? ואם כן, עד מתי? ומה יהיו השלכותיה של חזרה כזו?<sup>109</sup> בעוד שקיימת התייחסות לשאלות הללו במשפט האנגלו-אמריקאי, אין כל התייחסות לכך במשפט הישראלי.

בספרות המשפטית האנגלו-אמריקאית מודגשת ההבחנה בין סוגיית חזרתו של מפר רגיל לבין זו של מפר בהפרה צפויה.<sup>110</sup> מקובל לומר שבהפרה רגילה המפר אינו יכול לחזור בו ו"למחוק" את מעשה ההפרה, שכן ההפרה כבר התרחשה בפועל. אף אם ינסה המפר לשוב מהפרתו,<sup>111</sup> הרי לפחות עובדה אחת שוב איננה ניתנת לשינוי והיא שהקיום בפועל נעשה במועד מאוחר למועד המוסכם. משום כך, המפר אינו יכול למחוק את תוצאות ההפרה שהתרחשה ולהסב את הגלגל לאחור. כתוצאה מההפרה מוקנות לנפגע זכויות לתרופות ובהעדר הסכמה מצדו אין המפר יכול לשלול ממנו את

108 לדיון בסוגיות נוספות שלא הוסדרו בסעיף 17 לחוק התרופות, אשר מחייבות השלמה ופיתוח של דין ההפרה הצפויה ראו גלברד, לעיל הערה 24.

109 לדיון מרחק בסוגיות של "שינוי עמדות" במשפט ראו: E. Allan Farnsworth *Changing Your Mind: The Law of Regretted Decisions* (1998) Alfred McCormack & Celia R. Taylor "Book Review: No Regrets in Reading Professor Farnsworth's Contribution" 68 *Geo. Wash. L. Rev.* (2000) 377.

110 בסוגיה זו קיימת כתיבה רבה. ראו: Lauriz Vold "Withdrawal of Repudiation After Anticipatory Breach of Contract" 5 *Tex. L. Rev.* (1926) 9; Alphonse M. Squillante "Anticipatory Repudiation and Retraction" 7 *Val. U. L. Rev.* (1973) 373; John D. Calamari & Joseph M. Perillo *The Law of Contracts* (5<sup>th</sup> ed., 2003) 502–503.

111 במבט ראשון נראה כי הביטוי "חזרה מההפרה" עשוי להתאים להפרה צפויה אך לא להפרה ממשית. בהפרה צפויה החזרה מתרחשת עוד לפני מועד קיומו של החיוב ולכן ניתן, כביכול, להשיב את הגלגל לאחור. ביחס להפרה ממשית נראה, לכאורה, נכון יותר להשתמש במונח של "תיקון ההפרה" (על ידי ביצוע מאוחר או מתוקן של החיוב שהופר). למעשה, כפי שאנסה להסביר בהמשך, הבחנה זו איננה כה ברורה. אני סבור כי בשני המקרים (הן בהפרה ממשית והן בהפרה צפויה) יש לראות את "חזרת" המפר כניסיון לתיקון ההפרה ובשני המקרים השאלה המרכזית היא עד מתי ראוי לאפשר תיקון כזה ומה הן התוצאות הנובעות מהתיקון.



הזכויות הללו, שכבר נוצרו לטובתו.<sup>112</sup> לעומת זאת, מקובל לומר כי ביחס להפרה צפויה הכלל הוא שונה. המפר יכול לחזור בו באופן חד-צדדי מהפרתו,<sup>113</sup> אם עשה זאת מבעוד מועד, מבלי שההפרה תותיר עקבות כלשהן. הנימוק העיקרי שמקובל להביא בהקשר זה הוא, שחזרתו של המפר מתרחשת עוד לפני המועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב ולכן החזרה מבטיחה לא רק את עצם קיומו של החיוב, אלא גם את קיומו במועד המקורי המוסכם. מסיבה זו לא נגרם, כביכול, כל נזק וההפרה נעלמת כלא-הייתה, כמו "דבר הרשום על המים".<sup>114</sup>

נראה שגישה זו היא פשטנית מדי. ראשית, אני סבור כי לא צריך להיות הבדל עקרוני בעניין זה בין הפרה אקטואלית לבין הפרה צפויה. שנית, דומני כי יש להבחין בסוגיה זו בין שתי שאלות נפרדות: השאלה האחת היא האם ועד מתי נתון למפר הכוח לחזור בו מההפרה ולתקנה. השאלה השנייה והנפרדת היא, מה יהיו תוצאותיה של חזרה כזו (משמע, באילו נסיבות חזרת המפר מרפאת את ההפרה לחלוטין ומוחקת את עקבותיה ובאילו נסיבות תיוותר בידי הנפגע הזכות לפיצויים, למרות החזרה מההפרה).

מבחינה עיונית, כוחו של המפר לחזור בו מההפרה ולתקנה אין פירושו אלא זה, שבנסיבות בהן מתאפשרת החזרה ממשיך החוזה במסלול של קיום ונמנעת מהנפגע האפשרות לבטלו.<sup>115</sup> עם זאת, נראה כי הכוח לחזור מההפרה אין פירושו, בהכרח, שההפרה נותרת ללא עקבות. אם ההפרה (האקטואלית או הצפויה) גרמה לנזק בר-פיצוי, אשר נותר בעינו גם לאחר חזרת המפר, כי אז ראוי לאפשר לנפגע לתבוע פיצויים עבור נזק זה. יש לבחון, לפיכך, בנפרד את שתי השאלות הללו; הראשונה היא שאלת החזרה מההפרה ואילו השנייה היא שאלת "עקבותיה" של הפרה שתוקנה.

112 ראו: Vold, *supra* note 110. המחבר משווה את הניסיון של מפר לחזור בו מהפרה רגילה לזה של מזיק המנסה לחזור בו מעוולה שביצע. בשני המקרים חרטת המפר (או המזיק) איננה יכולה לפגוע בזכויות מוקנות שנוצרו לנפגע (או לניזוק) כתוצאה מההפרה (או העוולה). זכויות הנפגע עומדות וקיימות אף אם הוא אינו פועל למימושן, אלא אם ניתן להסיק מאדישותו של הנפגע כי הוא ויתר על זכויותיו לתרופות. לשאלה באילו נסיבות חלוף הזמן עשוי להעיד על ויתור השו"ר ע"א 7956/99 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' עיריית מעלה אדומים, פ"ד נו(5), 779. בהעדר ויתור יעמדו לנפגע זכויותיו עד לחלוף תקופת ההתיישנות.

113 ברור כי בהסכמה הדדית של הצדדים, מפורשת או משתמעת, ניתן לבטל כל תוצאה הנובעת מההפרה. ראו ידין, לעיל הערה 77, בע' 41. ידין סבור כך למרות שעל פי גישתו הוראות חוק התרופות הן קוגנטיות (שם, בע' 18), שכן ההסכמה לביטול תוצאות ההפרה באה לאחר ההפרה ולא לפנייה. יתירה מכך, בהסכמה הדדית ניתן למחוק את תוצאות ההפרה ולהחיות את החוזה אף לאחר ביטולו (אם כי, ניתן לראות זאת מבחינה עיונית כחווה חדש. לעניין זה ראו דויטש, לעיל הערה 41, בע' 288).

114 ראו: Asquith *Howard v. Pickford Tool Co. Ltd.* [1951] 1 K.B. 417, 421 שם מתאר הלורד "אם מתאר הלורד Asquith הפרה צפויה שהמפר חזר ממנה במילים הבאות: '... a thing writ in water and of no value to anybody: it confers no legal rights of any sort or kind'"

115 השו"ר ע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין בע"מ נ' ס.ע.ל.ר חברה לבנין בע"מ, פ"ד נב(1) 210; המ' (ת"א) 854/90 גינזבורג נ' חרות מושב עובדים, תק"מח (1)92 436.

## 1.1.א. חזרה מההפרה

חזרת המפר מההפרה אפשרית, פעמים רבות, לא רק ביחס להפרה צפויה, אלא גם ביחס להפרה רגילה. תיקון ההפרה במקרה כזה יהיה על ידי קיום מאוחר של החיוב שלא קיים במועדו, או שקיים באופן לקוי. מגמה זו היא מגמה רצויה והיא מתיישבת עם הגישה הכללית הנוהגת בדיני החוזים שלנו, המעדיפה לשמר את הקשר החוזי, ככל שהדבר מתאפשר.<sup>116</sup> זוהי גם גישה שעשויה להיות יעילה יותר מבחינה כלכלית. שימורו של קשר חוזי קיים, אפילו תוך תשלום פיצויים עבור נזק שכבר נגרם, יהיה לרוב יעיל יותר מאשר ניתוק החוזה וחיפוש אחר עסקה חלופית.<sup>117</sup> נראה כי גישה זו, המאפשרת, לפחות למשך זמן סביר, את תיקון ההפרה אף משקפת את ציפיותיהם הסבירות של הצדדים לחוזה ואכן בחוזים רבים קובעים הצדדים תנאי מפורש המחייב מתן הזדמנות סבירה לצד מפר לתקן את ההפרה.<sup>118</sup>

השאלה היא, בהעדר הסכמה חוזית מפורשת, האם, ועד מתי, נתון למפר הכוח לחזור בו מההפרה, כך שתחסם בפני הנפגע אפשרות הביטול? ראשית יש לציין כי לעיתים מוטל על הנפגע נטל, מכוח הדין, לתת למפר הזדמנות סבירה לתיקון ההפרה. במקרים אלה מסויגת ברירת התרופות של הנפגע והוא אינו זכאי לבטל את החוזה כל עוד לא קיים את הנטל.<sup>119</sup> הפועל היוצא מקיומו של נטל כזה הוא שניתנת

116 השו"ס סעיף 14(ג) לחוק החוזים וסעיף 177(ב) להצעת הקודקס, הקובעים כי טעות אינה עילה לביטול, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע לצד שטעה, לפני ביטול החוזה, שהוא מוכן לעשות כן. דוגמא נוספת היא החלטה של דוקטרינת הביצוע בקירוב בדיני החוזים. ראו, בעניין זה, את דברי הנשיא שמגר בע"א 627/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק, פ"ד מ"ד (3) 169; איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים (ירושלים, תש"ן) 285–289 בהערה 16 וראו סעיפים 200 ו-525 להצעת הקודקס האזרחי. על נטיית דיני החוזים שלנו לשמר קשר חוזי ראו גם שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא (תשנ"א) 33.

117 להצגת שיקולי היעילות במתן הזדמנות לתיקון ההפרה בחוזה קבלנות ראו איל זמיר חוזה קבלנות, תשל"ד–1974 (ירושלים, תשנ"ה) 501. פרופ' זמיר מציין, כי תיקון על ידי הקבלן יהיה, בדרך כלל, הפתרון היעיל ביותר, שכן לקבלן יש הכלים והחומרים לביצוע המלאכה. הוא יוכל לבצע את התיקון בעלות נמוכה יותר מבעלי מקצוע אחרים, שכן הוא מכיר טוב מהם את המלאכה שביצע. לעיתים בידי החלפים המתאימים ולעיתים הוא טרם פונה את צידו ממקום ביצוע המלאכה. הקבלן אף עשוי ליהנות מהיתרון הכלכלי שבביצוע מרוכז של תיקונים רבים, על פני ביצוע של כל תיקון בנפרד. לקבלן גם משתלם יותר לבצע התיקון מאשר לפצות עבור ביצוע על ידי קבלן אחר, שכן על ידי כך יוכל לחסוך את מרכיב הרווח הקבלני.

118 במקרים רבים בפסיקה נדון חוזה שיש בו תנאי מפורש המחייב מתן הזדמנות לתיקון ההפרה כתנאי למימוש תרופות. ראו רע"א 73/00 AMS Technical Systems Inc. נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נד" (2) 324; רע"א 7585/97 לוי נ' צוותא חברה לשיכון ובניה בע"מ, תק"על 98(1) 336; בר"ע (חיפה) 1611/97 מנדלסון נ' סגלוביץ, תק"מח 97(3) 147.

119 אך אי-קיום הנטל, כשלעצמו, אינו בגדר הפרה מצד הנפגע. לתוצאות הנובעות מאי קיום הנטל ראו זמיר, לעיל הערה 117, בע' 305–307. השו"ס, בהקשר זה, לסעיף 2-508 U.C.C., לפיו ההזדמנות למוכר לתיקון ההפרה תינתן, בדרך כלל, רק אם עדיין לא חלף המועד לקיום החיוב. רק במקרים חריגים יתאפשר תיקון ההפרה גם לאחר חלוף המועד (סעיף (2) 2-508). על סעיף זה ועל תחולתו גם ביחס לחוזים שאינם חוזי מכר ראו: Farnsworth, *supra* note 38, at p. 569.

למפר ארכה סבירה להתחרט, לחזור בו מההפרה ולתקנה על ידי קיום מאוחר. נטל כזה קיים הן במספר הוראות ספציפיות המצויות בחוקי החוזים המיוחדים (בחוזי קבלנות,<sup>120</sup> בחוזי מכר דירות<sup>121</sup> וכן בסעיף 28 לחוק המכר, תשכ"ח–1968 ביחס לנפגע התובע את תרופת הניכוי בגין אי-התאמה בממכר) והן ביחס לכל הפרה לא-יסודית.<sup>122</sup> אך מה הדין ביחס לאפשרות החרטה של מפר בהפרה יסודית, שאין לגביה הוראה מיוחדת בדין המטילה נטל על הנפגע לתת למפר ההזדמנות לתיקון ההפרה?<sup>123</sup> נראה כי שאלת החזרה מההפרה במקרים הללו צריכה להבחן בעיקר על פי מידת הסתמכותו של הנפגע.<sup>124</sup> כאשר הנפגע כבר הסתמך באופן מהותי על ההפרה ושינה עקב כך את מצבו, אין זה ראוי לאפשר עוד למפר לשנות את עמדתו.<sup>125</sup> המצב המובהק ביותר של הסתמכות המונעת את חזרת המפר הוא ביטול החוזה. אולם, לעיתים עשויה להיווצר הסתמכות ממשית גם בטרם הביטול. למשל, כאשר הנפגע טרם ביטל אולם על סמך זכות הביטול שהוקנתה לו כבר שינה את מצבו, כגון שהתקשר כבר בחוזה חלופי, או שהוא מצוי במשא ומתן מתקדם לקראת התקשרות בחוזה כזה.<sup>126</sup>

120 ראו סעיף 3(א) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד–1974, (להלן: חוק חוזה קבלנות). לדיון מקיף בנטל זה של המזמין ראו זמיר, שם, בע' 501 ואילך. חוק המכר, תשכ"ח–1968 אינו מטיל נטל כללי דומה בחוזי מכר, למעט ביחס לתרופת הניכוי מהמחיר שבסעיף 28 לחוק. על טעמים אפשריים להבחנה בין מכר לבין קבלנות, בהקשר זה, ראו זמיר, שם, בע' 312. נראה כי בנסיבות מסוימות עשויה חובת תום הלב להצדיק מתן הזדמנות לתיקון ההפרה גם בחוזה מכר, בשל אותם טעמים שמונה פרופ' זמיר ביחס לקבלנות ולמכר דירות. סעיף 3(א) לחוק חוזה קבלנות איננו מתייחס לשאלה כמה זמן צריך המזמין להמתין לביצוע התיקון, אולם מסעיף 4(א) לחוק נובע שיש לאפשר לקבלן זמן סביר לתיקון ההפרה. יצוין כי לא בכל מקרה יתאפשר לקבלן לחזור בו מההפרה. לסייגים לתחולת הנטל ראו זמיר, שם, בע' 506–512.

121 סעיף 4 לחוק המכר (דירות), תשל"ג–1973. סעיף 4ב הוסף על ידי חוק המכר (דירות) (תיקון מס' 3), תש"ן–1990.

122 סעיף 7(ב) לחוק התרופות וסעיף 529(א) להצעת הקודקס. ראו גם ידין, לעיל הערה 86, בע' 78. בכל מקרה שבו מעוניין הנפגע לבטל את החוזה בשל הפרה לא יסודית עליו לתת למפר ארכה לקיום החיוב שהופר. בכך ניתנת למפר הזדמנות לחזור מההפרה למשך פרק זמן סביר מהמועד שבו קיבל את הודעת הארכה.

123 שאלה דומה קיימת גם ביחס להפרה שכבר קיים לגביה הנטל ובתוך פרק הזמן שהוקצב לתיקון המפר לא חזר בו מההפרה, אך הוא מעוניין לחזור בו במועד כלשהו לאחר מכן.

124 אך מובן שלעיתים החיוב החוזי המופר, על פי מהותו, חייב להיות מקיים בדיוק במועד המוסכם וקיום מאוחר שלו אינו רלבנטי. במצב כזה אין כלל מקום לדבר על "חזרת" המפר. כך לדוגמא, צלם שהוזמן לצלם חתונה ולא הגיע אינו יכול לקיים את חיובו במועד מאוחר יותר. לעיתים מהות החיוב המופר מאפשרת דחייה קלה מסוימת בלבד (כגון חיוב לאספקת אתרוגים לסוכות). בדומה לכך, גם בחוק חוזה קבלנות וגם בחוק המכר דירות הנטל אינו חל ביחס לפגם שאינו ניתן לתיקון.

125 Farnsworth, *supra* note 109, מציג בספרו שישה עקרונות הקשורים בשינויי החלטות. העיקרון המרכזי והעיקרי שבהם הוא עיקרון ההסתמכות. הוא דן בעיקרון ההסתמכות, בהקשרים שונים, במרבית הפרקים שבספרו. לסיכום הדברים ראו: *Id.*, at pp. 202–205.

126 השוו דויטש, לעיל הערה 41, בע' 189–190, הסבור כי לעיתים גם בטרם הביטול בפועל לא יוכל המפר לתקן את ההפרה על ידי ביצוע מאוחר שכן לנפגע יש כבר זכות מוקנית לביטול

הדברים האמורים עד כאן רלבנטיים ביחס להפרה בכלל, ומה באשר לחזרת המפר מהפרה-צפויה? דומני כי לא אמור להיות הברדל עקרוני בין המצבים ואף כאן ראוי להחיל את אותם הכללים, בשינויים המחויבים. משמע, מקום בו מוטל על הנפגע נטל מכוח הדין לתת למפר הזדמנות לתיקון ההפרה, מן ראוי כי נטל זה יחול גם ביחס להפרה-צפויה. כמוכן שבניגוד להפרה ממשית, תיקון ההפרה הצפויה איננו מחייב קיום בפועל של החיוב שהמועד המוסכם לקיומו טרם הגיע, אלא אך הבעת נכונות לקיימו במועדו ובאופן תקין על פי המוסכם.<sup>127</sup> אולם ביחס להפרה שאין בצידה נטל מסוג זה<sup>128</sup> ראוי לבחון את יכולת החזרה של המפר, כמו בהפרה רגילה, על פי שאלת ההסתמכות.

במשפט האנגלי חל הכלל, לפיו כל עוד לא בחר הנפגע "לקבל" את ההפרה הצפויה, משמע לבטל את החוזה ולתבוע פיצויים בשל הפרתו, פתוחה הדרך בפני המפר לחזור בו מההפרה הצפויה.<sup>129</sup> ההנחה הגלומה ביסוד כלל זה היא שכל עוד לא ביטל הנפגע את החוזה,<sup>130</sup> הוא משדר, כביכול, מסר לפיו הוא דבק בחוזה ומצפה לקיום החיוב ולכן חזרת המפר ממלאת בדיוק אחר ציפיותיו של הנפגע.<sup>131</sup> במילים אחרות,

החוזה ולכן לא יהיה בכוחו של הביצוע המאוחר "לשלול את זכות הביטול שקמה וגובשה טרם הביצוע". שאלה מעניינת היא האם ייתכן מצב שבו גם לאחר הסתמכות, ואפילו לאחר מתן הודעת ביטול, יהיה על הנפגע להסכים לתיקון מאוחר של ההפרה וזאת במסגרת חובת תום הלב ונטל הקטנת הנזק. לסוגיית ההתקשרות החוזרת עם המפר כאמצעי להקטנת הנזק ראו ידין, לעיל הערה, 77 בע' 41 (הטקסט שליד הערה 22); דוד קציר תרופות בשל הפרת חוזה (כרך ב, חיפה, תשנ"א) 946-947; לאה ופנר הקטנת הנזק בדיני חוזים (חיבור לקבלת תואר מוסמך במשפטים, בר-אילן, תשנ"ד) 89-96; Robert A. Hillman "Keeping the Deal Together After a Material Breach — Common Law Mitigation Rules, the U.C.C., the Restatement (Second) on Contracts", 47 *U. Col. L. Rev.* (1976) 553. מכל מקום, הגישה הנוהגת היא שבדרך כלל אין לחייב את הנפגע להתקשר בהתקשרות חוזרת עם המפר במסגרת נטל הקטנת הנזק. לעניין זה ראו רע"א 2371/01 שריר נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ, פ"ד נו"ד (5) 787, 798.

127 ראו גם להלן פרק 3.1.

128 דהיינו, הפרה יסודית של חיוב חוזי שאין לגביו הוראה מיוחדת בדין המחייבת מתן הזדמנות לתיקון ההפרה.

129 לסוגיה זו ראו: Calamari & Perillo, *supra* note 110; Squillante, *supra* note 119; Vold, *supra* note 110, at pp. 502-503.

130 המשפט האנגלי מתייחס לכך כאל "התעלמות" של הנפגע מההפרה הצפויה. לדין כברירת הנפגע ראו פרק 21 להלן.

131 בספרות האנגלית ניתן למצוא לעיתים נימוק נוסף לכלל המשפטי הנ"ל. נימוק זה מבוסס על הרעיון, שכל עוד לא בחר הנפגע "לקבל" את ההפרה הצפויה, אין היא נחשבת כלל להפרה, אין לייחס לה משמעות משפטית כלשהי וממילא גם אין כל מניעה שהמפר יחזור בו מהפרה, שמבחינה משפטית כלל איננה קיימת. הנמקה זו מבוססת על פסק דין אנגלי ישן מאד: *Johnstone v. Milling*, LR 16 Q.B. 460 (1886), אשר קבע לראשונה את העיקרון לפיו כל עוד לא בחר הנפגע "לקבל" את ההפרה הצפויה אין לראותה כלל כהפרה צפויה. גישה דומה ניתן למצוא גם בפסיקה אמריקאית ישנה: *Shamlian*, 108 Ill 170 (1883); *Kadish v. Young*, 108 Ill 170 (1883); *v. Waxman*, 80 Pa. Super. 73 (1923). כיום הגישה לפיה יש צורך ב"קבלת" ההפרה הצפויה

לפי המשפט האנגלי רק ביטול בפועל של החוזה מעיד על הסתמכותו של הנפגע על זכות הביטול הנובעת מההפרה ולכן רק ביטול בפועל חוסם את אפשרות החזרה של המפר. כפי שכבר ציינתי קודם, אין ספק שביטול החוזה הוא מצב מובהק של הסתמכות על ההפרה. אולם, נראה כי הכלל האנגלי הוא נוקשה ופורמליסטי מדי ועדיף לאמץ כלל משפטי גמיש יותר, דוגמת זה שבסעיף 2-611 ל-U.C.C. האמריקאי,<sup>132</sup> הקובע כי מפר בהפרה צפויה יכול לחזור בו מההפרה כל עוד הנפגע לא ביטל את החוזה, או ששינה באופן מהותי את מצבו בהסתמך על ההפרה הצפויה, או שהוא הבהיר, בכל דרך אחרת, כי הוא רואה את ההפרה כסופית ובלתי ניתנת לחזרה.<sup>133</sup> כמו כלל משפטי גמיש, גם כלל כזה, הבוחן את שאלת ההסתמכות באופן מהותי ולא על פי מבחן פורמאלי יחיד של ביטול החוזה, עלול להיות לעיתים קשה יותר ליישום,<sup>134</sup> אולם נראה כי הוא עדיף על הכלל האנגלי הנוקשה והוא מתאים יותר לתפיסת העולם המשפטית המהותית השלטת כיום בשיטת המשפט בישראל.

המצב המיוחד של חזרת המפר מהפרה צפויה מחייב התאמה נוספת. כל הפרה, בין אקטואלית ובין צפויה, עלולה לגרום לפגיעה קשה באמון.<sup>135</sup> צד שאינו מקיים את חיובו מפר בכך את נאמנותו למיזם המשותף, לתכלית המשותפת שאותה שאפו הצדדים להשיג בחוזה.<sup>136</sup> כתוצאה מכך עלול להתערער אמונו של הנפגע במפר, ביושרו

כתנאי להשתכללות ההפרה איננה מקובלת בפסיקה ובספרות האמריקאית וגם בחלק מהפסיקה והספרות האנגלית, אך מעניין לציין כי גישה זו עדיין נזכרת בחלק מהספרות המשפטית האנגלית, כולל במהדורות האחרונות. ראו: Cheshire, Fifoot & Furmston's, *Law of Contract* (13 ed., 1996) 556 לתיאורית ה"הצעה והקיבול" ביחס להפרה צפויה ראו גם (בקנדה): Gerald H. L. Fridman *The Law of Contract in Canada* (4<sup>th</sup> ed., 1999) 647-651

132 הסעיף קובע: Retraction of Anticipatory Repudiation. (1) Until the repudiating party's next performance is due he can retract his repudiation unless the aggrieved party has since the repudiation cancelled or materially changed his position or otherwise indicated that he considers the repudiation final. Restatement (Second) on Contracts

133 לעניין זה ראו גם: Farnsworth, *supra* note 38 at p. 195; Taylor, *supra* note 39, at p. 938; *Carr v. Carr*, 751 S.W.2d. 781 (Mo. App. 1988); *Lowe v. Beaty*, 145 Vt. 215, 485 A.2d 1255 (1984); *Canderm Pharmacal v. Elder Pharmaceuticals*, 862 F. 2d. 579 (6<sup>th</sup> Cir. 1988).

134 על הקושי הראייתי שבהוכחת הסתמכות ראו: Farnsworth, *supra* note 109, at pp. 62-63. בשל העובדה שהוכחת הסתמכות עשויה להיות כרוכה בקשיים לא מעטים, ייתכן שהדרך הפשוטה ביותר עבור נפגע המעוניין לחסום את אפשרות החזרה של המפר, תהיה על ידי מתן הודעה מפורשת מצידו לפיה הוא מסתמך על ההפרה הצפויה ורואה אותה כסופית ראו: Farnsworth, *supra* note 38, at p. 591 (הערה 15 והטקסט בסמוך לה).

135 ביחס לפגיעה באמון כסייג לתיקון של הפרה רגילה בחוזה קבלנות, ראו זמיר, לעיל הערה 117, בע' 510.

136 חובת האמון המשותפת של הצדדים לקשר החוזי הובהרה על ידי השופט ברק כבר בעניין שירותי תחבורה ציבוריים, לעיל הערה 95, בע' 828: "משמעותה של החובה לקיים חוזה בתום-לב ובדרך מקובלת היא כי... על כל הצדדים לחוזה מוטלת החובה לשתף פעולה זה עם זה

ובאמינותו. פגיעה קשה באמון עשויה להצדיק, לעיתים, את שלילת אפשרות החזרה של המפר, אפילו בטרם הסתמך הנפגע על ההפרה, וזאת בעיקר בחוזים המבוססים על יחסי אמון מיוחדים בין הצדדים.

נראה כי הבעיה של פגיעה באמון עלולה להיות חריפה במיוחד במצבים של הפרה-צפויה. הסיבה לכך היא, שבהפרה רגילה מועד הקיום החוזי ממילא כבר חלף. לכן, אם חוזר בו המפר מההפרה, חובה עליו לצרף מעשה לדיבור ולקיים מיד את החיוב שהופר. קיום מידי זה אמור להשיב על כנו את האמון שנפגע. לעומת זאת, בהפרה צפויה מועד הקיום טרם הגיע. לפיכך, כל שמחייבת החזרה מההפרה היא הצהרה גרידא. ספק רב אם הצהרה כזו, כשלעצמה, בהעדר מעשה ממשי כלשהו לתיקון ההפרה, עשויה לשקם את האמון מצד הנפגע. פתרון אפשרי לכך הוא, שניתן להתנות את יכולת החזרה של המפר במתן ערובה נאותה להבטחת הקיום העתידי של החוזה. התניה כזו נראית מוצדקת על רקע "עברו" הבעייתי של המפר. הסדר מסוג זה קיים בסעיף 2-611(2) ל-U.C.C. הסעיף קובע כי חזרת המפר מההפרה הצפויה חייבת לכלול מתן ערובה נאותה לקיום החיוב. דהיינו, ערובה כזו שדרישה לקבלתה הייתה נחשבת כמוצדקת לשם הסרתו מלכתחילה של חשש מפני הפרה, על פי ההסדר המשפטי של מנגנון "הבטחה הסבירה" הקבוע בסעיף 2-609 ל-U.C.C. האמריקאי.<sup>137</sup> אני מציע לאמץ כלל משפטי דומה גם במסגרת הקודקס שלנו. עם זאת, בניגוד לכלל האמריקאי, לא הייתי מציע לקבוע בעניין זה כלל גורף, לפיו מתן הערובה יהיה תמיד תנאי בלי-עבור לאפשרות החזרה של המפר. לעיתים ההפרה הצפויה איננה תוצאה של מעשה זדוני, אלא היא עשויה להיות תוצאה של טעות בתום-לב. כגון הודעת ביטול מצידו של המפר, הסכור בכנות ובתום לב כי עומדת לזכותו עילת ביטול כדין. הודעת ביטול כזו, אשר מסתברת כדיעבד להיות מוטעית, נחשבת כהפרה צפויה, שהרי יש בה במשתמע גם גילוי דעת מצד המפר על כך שלא יקיים את חיוביו. דומני כי במקרה כזה, אם המפר חוזר בו מההפרה מיד כאשר מתבררת לו טעותו, ייתכן שכלל לא מתעוררת בעיית הפגיעה באמון, שהרי אין מדובר כאן במפר מועד, אלא במעשה בתום לב שתוקן מייד. יתר על כן, לעיתים החזרה מההפרה הצפויה מחייבת נקיטת פעולות ממשיות לשם שינוי של הנסיבות מהן מסתברת ההפרה הצפויה, כגון רכישה חוזרת של נכס שנמכר קודם לכן בעסקה נוגדת. גם במקרה כזה אין הכרח בדרישה לערובה נאותה, שהרי עצם המעשה שעושה המפר לשם שינוי הנסיבות ותיקון ההפרה

זה ולפעול תוך התחשבות באינטרס המשותף להם בחוזה. על בעלי החוזה לפעול להגשמתם של כוונתם המשותפת, תוך נאמנות ומסירות למטרה, שעמדה לנגד עיניהם". ובהמשך דבריו בע' 834: "אכן, לולא היו הביטויים 'אמון', 'אמונה', ו-'נאמנות' תפוסים, ניתן היה לתאר את מערכת היחסים הנוצרת בין בעלי החוזה בעקבות סעיף 39 לחוק החוזים כיחסי נאמנות, כאשר בעל חוזה חייב לבצע את החוזה באמונה תוך הגשמת האמון, שהצד האחר נותן בו...".

<sup>137</sup> נוסח הסעיף הוא זה: Retraction may be by any method which clearly indicates to the aggrieved party that the repudiating party intends to perform, but must include any assurance justifiably demanded under the provisions of this Article (Section 2-609).

המסתברת מהן מהווה ערובה מסוימת לכך שהמפר רציני בחזרתו ומחויב לקיום.<sup>138</sup> אולם באותם מקרים בהם ההפרה הצפויה הייתה זדונית ומכוונת וכאשר החזרה ממנה היא בהצהרה גרידא, מבלי שנלווית לה עשייה ממשית כלשהי, נכון יהיה להתנות את אפשרות החזרה בהמצאת ערובה מתאימה מצידו של המפר.

סיכומו של דבר, אני סבור כי יש מקום לקבוע במסגרת הסדר ההפרה הצפויה שבקודקס הוראה לפיה חזרת המפר תהיה אפשרית אך ורק כל עוד הנפגע טרם ביטל את החוזה או ששינה באופן מהותי את מצבו בהסתמך על ההפרה הצפויה. עוד מוצע לקבוע, כי במקרים המצדיקים זאת יהיה הנפגע זכאי לדרוש ערובה לקיום החיוב העתידי, כתנאי לאפשרות החזרה של המפר.

#### ו.1.1. תוצאותיה של הפרה שתוקנה

כאמור, המשמעות של מושג החזרה מן ההפרה איננה אלא זו, שחזרה אשר נעשתה במועד<sup>139</sup> חוסמת בפני הנפגע את האפשרות לביטול החוזה.<sup>140</sup> עם זאת, חזרה כזו איננה אמורה לחסום את הזכות לפיצויים בגין נזקים אחרים שכבר נגרמו. בהפרה ממשית הדבר נראה מובן מאליו,<sup>141</sup> שהרי הנזק המובהק ביותר שתיקון ההפרה אינו מרפא

138 Taylor, *supra* note 39, at p. 939–940: "...effective retraction of a repudiation may often require something more than a simple oral withdrawal of it"

139 משמע, בתוך מועד הארכה שניתנה למפר לשם תיקון ההפרה או בטרם שינה הנפגע את מצבו בהסתמך על ההפרה.

140 לעיל הערה 115.

141 מעניין לציין כי הן חוק חוזה קבלנות והן חוק המכר (דירות), המטילים על מזמין (או קונה) נטל לאפשר לקבלן (או למוכר) לתקן פגם, עוסקים רק בתוצאות הנובעות מאי-קיום הנטל על ידי המזמין, מצד אחד, או מאי ניצול ההזדמנות ואי-תיקון הפגם על ידי הקבלן, מצד האחר. שני החוקים שותקים ביחס למקרה השכיח, שבו הקבלן (או המוכר) ניצל את ההזדמנות לתיקון ההפרה ותיקן את הפגם, ואינם קובעים האם בכך מיצה המזמין (או הקונה) את תרופותיו. נראה כי למרות שתיקת החוק, התשובה המתבקשת היא שאם נגרמו לנפגע נזקים שתיקון הפגם אינו מרפאם (כגון נזק הנובע מכך שהנכס התקין לא עמד לשימוש המזמין החל מהמועד המוסכם ועד להשלמת התיקון) הוא זכאי לפיצויים בגין הנזקים הללו. הדבר נובע במישרין מהתכלית הבסיסית של דיני התרופות, אשר נועדו להעמיד את הנפגע במצב שהיה מצוי בו אילו לא ההפרה. אם תיקון הפגם, כשלעצמו, לא ריפא את כל נזקי הנפגע לא קוימה עדיין תכלית זו במלואה. ברור גם כי עצם קיום הנטל על ידי הנפגע ומתן הזדמנות נוספת לתיקון ההפרה אינם מעידים, בדרך כלל, על ויתור או מחילה מצדו ביחס לתוצאות האחרות של ההפרה. בעניין זה ראו איל זמיר "תיקון תש"ן לחוק המכר (דירות): צעדים עקלקלים בנתיב נכון" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 201, 226. מתוך עיון בפסיקה של הערכאות הדיוניות עולה כי בתי המשפט מניחים, כדבר מובן מאליו, כי אין בתיקון על ידי המוכר או הקבלן כדי למנוע תביעה לפיצויים בגין הנזקים האחרים. ראו למשל ע"א (י"ם) 4015/89 די וורלי סיאני הנדסה (1980) בע"מ נ' נורמן, תק"מח 299(2) 3548, 3556: "... המערערת שבה לפנינו על טענתה... בנוגע לזכותה לבצע בעין את התיקונים, בטרם יועלה נושא הפיצויים לדיון..."; ת"א (רמלה) 3150/95 כהן נ' א.צ. ברנוביץ אחזקות, תק"של 97(3) 6238, שם התיר בית המשפט לקבלן לבצע את התיקונים במרפסת בעין, מכוח סעיף 4 לחוק המכר (דירות), ובנוסף פסק גם פיצויים בשל אי הנוחות שתיגרם לדייר המתגורר בדירה במהלך ביצוע התיקון.

הוא זה הקשור בעיתוי של מועד הקיום. העובדה שהחיוב לא קיים באופן תקין במועד המוסכם, אלא רק במועד מאוחר יותר, עשויה לשמש, ברוב המקרים, בסיס לתביעת הפיצויים. אלא שנזק מסוג זה אינו קיים במצב של הפרה צפויה. ההנחה היא שבהפרה צפויה חזרת המפר מאפשרת את קיום החיוב במועדו. זו הסיבה שבגללה התגבשה דעה, בספרות ובפסיקה הזרה, לפיה חזרה מהפרה צפויה שנעשתה מבעוד מועד איננה מותירה בעקבותיה כל עקבות או נזק.<sup>142</sup> דומני כי גם עמדה זו טעונה בחינה מחודשת. לעיתים ייתכן שההפרה הצפויה כשלעצמה כבר גרמה להוצאות ולנזק כספי. למשל הוצאות שהוציא הנפגע על מנת לשכנע את המפר לחזור בו מהפרתו (הוצאות נסיעה אל המפר או עלויות התקשורת ביניהם, אוכדן הזמן שנגרם בשל כך, הוצאות לשם קבלת ייעוץ משפטי ראשוני וכיוצא בכך). ייתכן שהנפגע הוציא כבר הוצאות בניסיון למצוא חוזה חלופי, עוד קודם שהמפר הודיע על חזרתו.<sup>143</sup> ייתכן שהנפגע כבר החל בהליכים משפטיים עוד בטרם חזר בו המפר ובמקרה כזה נגרמו לו וודאי הוצאות הקשורות בהליכים המשפטיים עצמם. יתר על כן, ההפרה הצפויה פוגעת, כפי שכבר הוסבר, בביטחון שביסוד הקשר החוזי והיא גורמת מיידית לחוסר וודאות ולהגדלת רמת הסיכון באותו חוזה.<sup>144</sup> שאלה מעניינת היא, האם יש מקום לפצות על הנזק הלא ממוני בשל החרדה והעצבנות אשר נגרמו לנפגע בתקופת חוסר הודאות.<sup>145</sup> ייתכן שבעסקה מסחרית רגילה נזק כזה עלול להיחשב כנזק מרוחק מדי שאינו בר-פיצוי. אולם לעיתים הפגיעה בביטחון החוזי עשויה להיות בעלת משמעות ממונית ברורה. כך, למשל, אם הנפגע עשה שימוש כלכלי בזכות החוזית שהייתה לו על פי החוזה, כגון שהימחה אותה על דרך השעבוד לשם הבטחת אשראי שקיבל, או שפרע באמצעות המחאתה חוב קודם שלו.<sup>146</sup> ייתכן שעם היוודע דבר ההפרה הצפויה לנמחה נגרע ערכה של הזכות כבטוחה וכתוצאה מכך נאלץ, למשל, הנפגע לשעבד נכסים אחרים שלו, או לפרוע בדרך אחרת את החוב שלשם פירעונו הומחאתה הזכות.<sup>147</sup> במקרים כאלה הנזק הממוני שנגרם ניתן לכימות, אפשר לחשבו ללא קושי מיוחד ובגין נזק כזה וודאי שהנפגע זכאי לפיצוי.

142 לעיל הערות 110 ו-114. ראו גם סעיף 256(1) ל-*Restatement (Second) on Contracts* הקובע ביחס לחזרת המפר מהפרה צפויה, כי: "effect...is nullified by a retraction".

143 ניתן להתייחס לבדיקות ראשוניות שעושה הנפגע לבחינת האפשרות להתקשרות חלופית (עוד בטרם ביטל את החוזה) כאל מעין "קדם הקטנת נזק" ודומה שניתן לעשות בעניין זה היקש לסעיף 14(ב) לחוק התרופות. ביחס להוצאות שנועדו לשכנע את המפר לחזור בו מהפרתו ניתן אולי גם לעשות היקש לסעיף 18(ב) סיפא לחוק התרופות, הדין בשיפוי הנפגע במקרה של סיכול "על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה...".

144 ראו: Alan Schwartz & Robert E. Scott *Commercial Transactions* (2d ed., New York, 1991) 343.

145 מכוח סעיף 13 לחוק התרופות או סעיף 563 להצעת הקודיפיקציה.

146 לשימוש בהמחאה לשם גיוס אשראי ולשימוש בהמחאה לשם פירעון חוב קודם ראו שלום לרנר המחאת חיובים (תל-אביב, תשס"ב) 67-68.

147 לכך שפירעון על ידי המחאה הוא רק פירעון על תנאי ראו סעיף 48 לחוק החוזים.



יתר על כן, ייתכן שמקרה של הפרה צפויה זדונית, שלאחריה חזר בו המפר ולכן הנפגע מתקשה להצביע על נזק ממשי, עשוי להיות מקרה מתאים במיוחד לפסיקת פיצויים בעלי אופי עונשי.<sup>148</sup> לסיכום, דומני כי ראוי להבהיר שחזרת המפר מהפרה צפויה, אשר נעשתה במועדה, שוללת אמנם מהנפגע את תרופת הביטול אולם אין היא שוללת עקרונית את הזכות לפיצויים.

## 2.1. ברירת הנפגע

נושא נוסף שאינו מוסדר במסגרת פרק ההפרה הצפויה שבהצעת הקודקס (וגם לא בדין הקיים) נוגע לבחירה בין חלופות הפעולה העומדות בפני הנפגע בהפרה צפויה. השאלה העיקרית המתעוררת בהקשר זה היא, באיזו מידה ראוי הנפגע לבחור בהתעלמות מההפרה הצפויה ולהמתין לקיום החוזה ובאיזו מידה נכנס לפעולה נטל הקטנת הנזק, אשר עשוי לסייג את הבחירה בחלופה זו.

בחינה השוואתית מלמדת כי קיימות, למעשה, שתי גישות מנוגדות. מצד אחד הגישה האנגלית, אשר איננה מחילה את נטל הקטנת הנזק ביחס לבחירה בין חלופות הפעולה השונות ואשר מאפשרת, בדרך כלל, לנפגע לבחור בהתעלמות מההפרה הצפויה. מהצד האחר קיימת הגישה האמריקאית, אשר מסייגת אוטומטית את בחירת הנפגע ומאפשרת לו להתעלם מההפרה הצפויה אך ורק למשך "זמן מסחרי סביר".<sup>149</sup> מהי הגישה שראוי לאמץ במסגרת המשפט הישראלי? כפי שיובהר בהמשך, לצורך ההכרעה בשאלה זו יש צורך להתחשב בשיקולים שונים, לעיתים מנוגדים. נראה כי איזון נכון בין השיקולים המתחרים עשוי להביא לתוצאה לפיה במשפט הישראלי ראוי לבחור בדרך ביניים, עם נטייה מסוימת לכוון הגישה האנגלית דווקא. על מנת להבהיר את הדברים אציג תחילה בקצרה את עיקרי הגישה האנגלית ואת עיקרי הגישה האמריקאית. לאחר מכן אבחן איזו גישה עשויה להתאים בישראל.

## 2.1.א. הגישה האנגלית

על פי המשפט האנגלי נתון בידי הנפגע מהפרה צפויה כוח בחירה בלתי מסווג כמעט, לבחור בין ביטול מידי של החוזה לבין השארתו על כנו.<sup>150</sup> הביטוי המובהק לכוח הבחירה נטול הסייגים בא לידי ביטוי בכלל האנגלי, לפיו במצב של הפרה צפויה,

148 ראו סעיף 564 להצעת הקודיפיקציה.

149 לסקירה תמציתית של שתי הגישות הללו ראו ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סוראקי, פ"ד מב(4) 811 (להלן: עניין סוראקי).

150 המינוח המקובל במשפט האנגלי להפעלת כוח הבחירה הוא בחירת הנפגע בין "קבלת" ההפרה הצפויה לבין דחייתה. השימוש במונח "קבלה" (acceptance) בכדי לתאר את ברירת הנפגע יצר בלבול מושגים בינו לבין ה"קיבול" במשמעות של כריתת החוזה. ראו: John W. Carter, "Acceptance of a Repudiation" 7 *J. Cont. L.* (1994) 156, 157-160.

כל עוד הנפגע לא בחר לבטל את החוזה, הוא אינו כפוף כלל לנטל הקטנת הנזק.<sup>151</sup> מקורו של "הכלל האנגלי" עוד בראשית ימיה של דוקטרינת ההפרה הצפויה.<sup>152</sup> על פי הספרות המשפטית, הטעם העיקרי לקביעתו של כלל כזה נבע מכך שלא רצו לאפשר למפר לאלץ את הנפגע, על ידי התנערות חד-צדדית שלו מהחוזה, להביא את החוזה לסיומו. נטען כי אם יתאפשר למפר לכפות על הנפגע את סיומו של הקשר החוזי, כי אז הוא עלול לצאת נשכר ממעשיו וכי תוצאה כזו נוגדת את חוש הצדק ויש בה, לכאורה, משום מתן פרס למפר.<sup>153</sup>

בעוד שניתן להבין את ההצדקה לגישה האנגלית, לא ניתן להתעלם מהקשיים שעלולה לעורר החלה דווקנית של גישה זו. דוגמא קיצונית לתוצאות הקשות העוללות להיגרם מצויה בפסק הדין הידוע *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*.<sup>154</sup> חברה סיפקה פחי אשפה אשר הוצבו ברחובות העיר Clydebank שבסקוטלנד. התמורה עבור הצבת הפחים הייתה זיכיון שקיבלה החברה מהעירייה לפרסם מודעות פרסומת על גבי הפחים. מנהל מכירות של מוסך התקשר עם החברה לשם פרסום המוסך לתקופה של שלוש שנים. בתום שלוש השנים הראשונות חודש החוזה לשלוש שנים נוספות. ביום שבו חודש החוזה נודע הדבר לבעל המוסך והוא

151 ראו: Halsbury, *The Laws of England* (4<sup>th</sup> ed. 1998) 747 (1) שם מתוארת ההלכה בעניין זה באופן הבא: "Where, in a case of anticipatory breach, the innocent party elects to rescind the contract he is required to mitigate his damage. However, the rule of mitigation cannot control the way in which the innocent party elects so that unless and until he elects to rescind he will generally be under no duty to mitigate" ראו גם: Cheshire & Fifoot & Furmston *Law of Contract* (13<sup>th</sup> ed., 1996) 631–633 בעניין זה הייתה עקבית לאורך השנים. ראו: [1960] *Shindler v. Northern Raincoat Co. Ltd.* "It seems to me that on a matter of law it cannot be said that there is any duty on the part of the plaintiff to mitigate his damages before there had been any breach, which he has accepted as a breach" ראו גם: [1967] 2 All E.R. 353, 360 *Granac Grain Co. v. H. M. Faure & Fairclough*.

152 נראה כי פסק הדין הראשון שקבע זאת היה: 119 E.R. 647 *Avery v. Bowden* (1855). בעקבותיו באו פסקי דין נוספים שחזרו על אותו כלל ואף קבעו כי זהו אחד מכללי היסוד של דוקטרינת ההפרה הצפויה. ראו: 111 L.R. 7 Ex. *Frost v. Knight* (1872).

153 תוצאה כזו נתפסה כמנוגדת לעקרון היסוד לפיו אין לאפשר לחוטא לצאת נשכר או להפיק יתרון מעוולה שהוא עצמו גרמה: "Nullus commodum capere potest de injuria sua propria". לשימוש בהנמקה זו להצדקת הכלל האנגלי ראו: Guenter H. Treitel *Remedies for Breach of Contract* 7 I.E.C.L Ch. 16 §177. לדיון בכלל הבחירה האנגלי בהפרה צפויה ובהצדקות לו ראו עוד: Carter, *supra* note 94.

154 413 A.C. [1962]; 1178 All R.R. [1961] (להלן: עניין *White*). לדיון בפסק-הדין ראו ע"א 638/70 איחוד בתי ספר טכניקום נ' אדלר, פ"ד כה(2) 679 (להלן: עניין אדלר). ראו גם: Arthur L. Goodhart "Measure of Damages When a Contract is Repudiated" 78 *L. Q. Rev.* (1962) 263; P. M. Nienaber "The Effect of Anticipatory Repudiation: Principles and Policy" *Cambridge L. J.* (1962) 213.

מיהר להודיע כי ברצונו לבטל את החוזה שכן אינו מעוניין בתקופת פרסום נוספת. החברה התעלמה מהודעתו, הכינה את לוחיות הפרסום, הציבה אותן על גבי הפחים ותבעה את תשלום מלוא התמורה על פי החוזה. בבית הלורדים התעוררה השאלה, האם רשאית הייתה החברה להתעלם מהודעת ה"ביטול" (שהייתה, למעשה, בגדר הפרה-צפויה) ולהמשיך בביצוע חלקה בחוזה, או שמא בנסיבות הללו היה עליה לחדול מביצוע החוזה ולתבוע פיצוי על הנזק שנגרם לה (לרבות הרווח הנמנע). ברור כי המשך ביצועו של החוזה גרם לבזבז מיותר של משאבים. החברה יכולה הייתה לקבל פיצוי בשיעור הרווח הנמנע גם לולא המשיכה בביצוע החוזה. העמסת ההוצאות הנוספות הייתה מיותרת שכן איש לא הפיק מכך תועלת כלשהי. למרות זאת, קבעו שופטי הרוב כי החברה הייתה רשאית להתעלם מההודעה ולבחור בהמשך ביצוע החוזה וכי היא זכאית לקבל פיצוי מלא, לרבות בגין העלויות שיכולה הייתה לחסוך אילו הפסיקה את הביצוע. פסק הדין התבסס, בין היתר, על הכלל הקובע כי בהפרה צפויה נתונה לנפגע ברירה נטולת סייגים לבחור בין ביטול מידי של החוזה לבין התעלמות מההפרה, מבלי שבחירה זו כפופה לנטל הקטנת הנזק. השופטים היו מודעים לכך שהתוצאה היא אבסורדית מבחינה כלכלית. אחד משופטי המיעוט, הלורד Keith, הגדיר את התוצאה כ"גרוטסקית". למרות זאת דבקו שופטי הרוב ב"כלל האנגלי"<sup>155</sup>. בספרות המשפטית נמתחה על פסק הדין ביקורת חריפה ודווקא גישתם של שופטי המיעוט זכתה לתמיכה.<sup>156</sup> ואכן בשנים שלאחר מכן רוכך מעט הכלל האנגלי. תחילה צומצמה הלכת עניין *White* משנקבע כי היא תחול רק מקום בו לא דרוש שיתוף פעולה מצד המפר לשם המשך ביצועו של החוזה.<sup>157</sup> כרסום משמעותי יותר בכלל האנגלי חל באמצע שנות השמונים, בפסק־דין *Clea Shipping Corp v. Bulk Oil International Ltd.*<sup>158</sup> התובע החכיר לנתבע אוניה לשנתיים. לאחר שנה אחת נדרשו תיקונים רבים באוניה. הנתבעים הודיעו כי הם מבטלים את החוזה שכן אין להם עוד צורך להשתמש באוניה (הודעה זו הייתה בגדר הפרה-צפויה), אך למרות זאת

155 בהערת אגב יצוין, כי תוצאת פסק הדין עשויה הייתה להתאים יותר דווקא לשיטה משפטית שבה הסעד הראשוני הוא אכיפה. ההכרה בזכותו של הנפגע להמשיך לבצע את חלקו בחוזה, להמתין למועד הביצוע של המפר ולתבוע אחר כך את מלוא המחיר החוזי מתאימה פחות לשיטה משפטית כמו זו האנגלית, שבה הסעד הראשוני הוא פיצויים. השור: Nienaber, *id.* ייתכן שהעובדה שפסק הדין הגיע לבית הלורדים מסקוטלנד השפיעה על תוצאת פסק הדין, שכן על פי המשפט הסקוטי זכאי הנפגע לתרופת האכיפה (אך להנמקה כזו אין זכר בפסק הדין ומתוך קריאת פסק הדין נראה לכאורה שהוא הוכרע מתוך הנחה שבנסיבות העניין לא קיים הבדל בין המשפט האנגלי לבין המשפט הסקוטי). ראו בעניין זה: Gad Tedeschi "Prevention: of Performance by Promisee" 10 *Isr. L. Rev.* (1975) 152, 172.

156 Nienaber, *id.*

157 סייג זה נרמז, למעשה, כבר בעניין *White* עצמו. ראו בעניין זה: *Hounslow LBC v. Twickenham* Garden Developments Ltd. [1971] Ch. 233. הערה 154.

158 *Clea Shipping Corp v. Bulk Oil International Ltd. (The Alaskan Trader)* [1984] 1 All E.R. 129.

התובע הוציא 800,000 ליש"ט לתקן האוניה ולאחר תיקונה החזיק את האוניה והצוות מוכנים לקבלת הוראות מהנתבעים. בורר שמונה להכריע בסכסוך קבע כי התובעים פעלו בצורה בלתי סבירה באופן קיצוני בכך שלא קיבלו את ביטול החוזה. החלטתו זו אושרה בפסק הדין. בית המשפט קבע כי:

“There comes a point at which the court will cease, on general equitable principles, to allow the innocent party to enforce his contract according to its strict legal terms”.<sup>159</sup>

נובע, לפיכך, כי לפי הגישה האנגלית בחירתו של הנפגע היא כמעט נטולת סייגים. נטל הקטנת הנזק אינו יכול לסייג, בדרך כלל, את בחירת הנפגע, שכן הנטל אינו פועל בשלב הבחירה אלא רק לאחר שהנפגע כבר בחר ב"קבלת" ההפרה הצפויה. עם זאת, הדין האנגלי רוכך מעט וכיום הכלל המשפטי כבר איננו כה חד משמעי כבעבר. במקרים חריגים עשוי בית המשפט, משיקולים של צדק, לא לאפשר לנפגע להתעלם מההפרה ולהמשיך בקיום החוזה. אולם, אין די בכך שהנפגע לא הקטין את נזקו או שבחירתו להתעלם מההפרה איננה סבירה. יש צורך שבחירת הנפגע בהמשך קיום החוזה תהיה "בלתי סבירה באופן מוחלט" (wholly unreasonable) על מנת שבית המשפט ישלול מהנפגע את האפשרות לתבוע פיצויים עבור ההוצאות שהמשיך להוציא, חרף ידיעתו על ההפרה הצפויה.

#### ו.2.ב. הגישה האמריקאית

בניגוד לדין באנגליה, בתי המשפט האמריקאים הגבילו מאז ומתמיד את ברירת התרופות של הנפגע בהפרה צפויה. בעיקר אמורים הדברים במצבים דומים לאלה של עניין *White* האנגלי, דהיינו במצב של הפרה צפויה מצד מזמין שירות או מצדו של קונה נכס שיש עדיין להפיקו או לייצרו.<sup>160</sup> בתי המשפט בארה"ב החילו את נטל הקטנת הנזק כבר בשלב ההפרה הצפויה וכתוצאה מכך הוגבל כוח הבחירה של הנפגע והיה עליו 'לקבל' את ההפרה הצפויה, דהיינו לבטל ביטול מוקדם ולתבוע פיצויים.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> החידוש שבפסק הדין הופיע, למעשה, כאמרת אגב (שיתר שופטי הרוב לא היו שותפים לה) כבר בפסק הדין של הלורד Reid בעניין *White*: "It may well be that, if it can be shown that a person has no legitimate interest, financial or otherwise, in performing the contract rather than claiming damages, he ought not to be allowed to saddle the other party with an additional burden with no benefit to himself"

<sup>160</sup> בסוגיית פרישתו המוקדמת של המזמין מהחוזה, קיים דמיון רב בין חוזה קבלנות לבין חוזה למכר נכס שהמוכר התחייב להפיקו או לייצרו. כפי שיובהר בהמשך, בשני המקרים הללו קיימת הצדקה לסייג, בדרך כלל, את ברירת הנפגע ולחייבו "לקבל" את ההפרה הצפויה ולבטל את החוזה שכן חלופת הביטול תהיה במקרים הללו גם יעילה יותר וגם צודקת יותר.

<sup>161</sup> לשם הדיוק יובהר, כי מדובר בנטל ולא בחיוב. משמעות הדבר היא, שגם אם הנפגע לא פעל להקטנת הנזק, לא תהיה למפר כל עילה כנגד הנפגע בשל כך, אולם זכותו של הנפגע לפיצויים תוגבל והוא לא יפוצה על ההוצאות שיכול היה למנוע על ידי ביטול מוקדם של החוזה.

אם המזמין התעלם מההפרה הצפויה, נשללו ממנו הפיצויים בעד אותם נזקים שניתן היה למנוע, אילו הפסיק את ביצוע החוזה. ההחלה של נטל הקטנת הנזק במקרים כאלה הוכרה בפסיקה האמריקאית בהרחבה, עוד לפני חיבורו של ה-U.C.C.<sup>162</sup> הגישה העקרונית הייתה, שבמקרים כאלה הנפגע (נותן השירות או המוכר שצריך לייצר את הממכר) אינו רשאי להתעלם מהודעת המזמין, או הקונה, כי אינו מעוניין עוד במתן השירות, או בהמשך הייצור של הנכס, כאשר לפי הערכה סבירה נראה כי הפסקת הביצוע תביא לחסכון בעלויות ולהקטנת הנזק.<sup>163</sup> יתר על כן, נקבע כי נטל הקטנת הנזק המוטל על הנפגע עשוי, לעיתים, אף להיות רחב יותר ויהיה עליו לעשות מאמץ סביר למצוא התקשרות חוזית חלופית, על מנת שרווחי ההתקשרות החלופית ישמשו אף הם להקטנת נזקי ההפרה הצפויה.<sup>164</sup> ה-U.C.C. אימץ, בעניין זה, את גישת הפסיקה שקדמה לו. סעיף 2-704 ל-U.C.C., העוסק בממכר של נכס שיש להפיקו או לייצרו, קובע כי למוכר נתונה הזכות להמשיך בביצוע החוזה, אלא אם כן, על פי שיקול מסחרי סביר, השלמת החוזה תביא להגדלה משמעותית של הנזק.<sup>165</sup> חידוש מהותי של ה-U.C.C. היה בכך, שברירת התרופות של הנפגע הוגבלה לא רק ביחס לחוזים למתן שירותים או חוזים לממכר נכס שיש להפיקו או לייצרו. סעיף 2-610, שהוא הסעיף העיקרי העוסק בהפרה צפויה של חוזה מכר, מטיל מגבלה כללית ביחס לברירת הנפגע. אם

162 לפסיקה ישנה, שקדמה ל-U.C.C., ראו: *Hinckley v. Pittsburgh Steel Co.*, 121 U.S. (1887); *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 35 F.2d 301 (4<sup>th</sup> Cir. 1929); *Skeele Coal v. Arnold*, 200 F.393 (118 C.C.A. 545); *David J. Joseph Co. v. United States*, 82 F. Supp. 345 (Ct. Cl. 1949); *Atkinson v. District Bond Co.*, 43 P.2d. 867 (1935); *Poinsettia Dairy Products v. Wessel Co.*, 123 Fla. 120, 166 So. 306 (1936) נוספות ראו: "A Suggested Revision of the Contract Doctrine of Anticipatory Repudiation", 64 *Yale L. J.* (1954) 85, 105

163 ראו המקורות בהערה 162 לעיל ובנוסף ראו: *Rockhill Iron & Coal Co. v. City of Taunton*, 273 F. 96 (1<sup>st</sup> Cir. 1921); *Roehm v. Horst*, 178 U.S. 1 (1900)

164 ראו: *American Cyanamid Co. v. Mississippi Chem. Corp.*, 817 F.2d 91 (11<sup>th</sup> Cir. 1987) למרות שבפסיקה ישנה יותר נקבע, כי אין הנפגע חייב להקטין את נזקו על ידי מציאת התקשרות חלופית, שכן אין זה צודק לחייב את הנפגע לנצל את כישוריו, הונו וזמנו לתועלתו של המפר: *Grinnell Co. v. Voorhees*, 1 F. 2d 693 (3d Cir. 1924) אמנם הייתה גם פסיקה אמריקאית שהחילה את 'הכלל האנגלי', אפילו במקרים של חוזים למתן שירות. במקרים הללו נמנעו בתי המשפט מהגבלת הנפגע תוך שסירבו לכפות עליו את 'קבלת' ההפרה הצפויה. אולם פסקי הדין הללו היו מיעוט קטן ובלתי מייצג של הפסיקה בארה"ב. ראו: *United States v. Burton Coal Co.*, 273 U.S. 337 (1927). פסק הדין מדגים היטב את התוצאות הקשות העלולות לנבוע מכך, שהנפגע אינו מחויב להקטין את נזקו. אילו חדל הנפגע מהביצוע בעת שנודע לו על ההפרה הצפויה, היה הנפגע זכאי לפיצוי בסך \$46,000 בגין הרווח הנמנע. משהשלים הנפגע את הביצוע, הגיעו נזקיו לסכום של \$450,000!

165 השינוי שהוכנס על ידי ה-U.C.C. בעניין זה היה, בעיקרו, ראייתי. נטל הראייה הוטל על הצד המפר. היה עליו להוכיח כי לפי ניתוח כלכלי סביר, הפיצוי שתובע הנפגע גבוה באופן משמעותי מזה שהיה זכאי לו אילו הפסיק את הביצוע כשנודע לו אודות ההפרה הצפויה. ראו: Comment, *supra* note 162, at p. 108

בוחר הנפגע להתעלם מההפרה הצפויה ולהמתין לקיום החוזה, הוא רשאי להמתין רק למשך "זמן מסחרי סביר" (commercially reasonable time) ולאחר מכן עליו לפעול להקטנת נזקיו. אם לא יפעל הנפגע להקטנת נזקיו לאחר חלוף הזמן המסחרי הסביר, הוא לא יהיה זכאי לקבל פיצוי בעד אותם נזקים שיכול היה למנוע. מגבלת הזמן המסחרי הסביר הוכנסה לקוד על מנת להתגבר על הכלל הקודם, לפיו במקרה של הפרה צפויה יכול היה הנפגע להתעלם מההפרה ולהמתין למועד הקבוע בחוזה לביצוע החיוב, מבלי לפעול להקטנת נזקיו.<sup>166</sup> בקביעת משך הזמן הסביר יש לקחת בחשבון את נסיבותיו המיוחדות של החוזה.<sup>167</sup>

### 1.2.ג. ברירת הנפגע במשפט הישראלי

מהי עמדתו של המשפט הישראלי בסוגיה זו? נראה כי אין לכך תשובה ברורה. במשך שנים רבות הוחלה אצלנו, למעשה, הגישה האנגלית, לפיה נטל הקטנת הנזק אינו נכנס עדיין לפעולה בשלב שבו הנפגע מהפרה צפויה בוחר בין חלופות הפעולה האפשריות. עמד על כך הנשיא שמגר בע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סוראקי:

"על פי פסקי הדין של בית משפט זה ... רשאים היו המשיבים לעשות שימוש בזכות שלא להסכים להפרה הצפויה ולעמוד על ביצוע החוזה. אם בחר הנפגע מן ההפרה הצפויה בדרך זו, עומד החוזה בתוקפו... וממילא לא התגבשה החובה של הקטנת הנזק."<sup>168</sup>

גם בספרות המשפטית בישראל הוצגה בעבר הגישה האנגלית כגישה הנוהגת בסוגיה זו.<sup>169</sup>

<sup>166</sup> ראו הערה 1 לסעיף 2-610 U.C.C. וראו גם: Calamari & Perillo, *supra* note 110, at p. 505.  
<sup>167</sup> ראו, למשל פסק הדין: *First Nat. Bank of Chicago v. Jefferson Mtg. Co.*, 576 F.2d 479 (1978), שם היה מדובר בעסקה לרכישת ניירות ערך. שוק זה הוא שוק דינאמי מאד ועל כן משך הזמן הסביר בהקשר זה עשוי להיות קצר ביותר. יתר על כן, נקבע כי הבנק-הנפגע נחשב למשתתף מתוחכם בשוק ועל כן יכול היה לבצע עסקה חלופית בו ביום ובכך להקטין את נזקיו.  
<sup>168</sup> לעיל הערה 149, בע' 834. לאותה גישה ראו גם דברים שנאמרו בעניין סטרוד, לעיל הערה 81, בע' 673: "עקב הזמן שחלף מקבלת השיק עד להצגתו לפירעון אין הקונה חשופה לטענה, שהפרה 'חובתה' להקטין את הנזק. ראשית, כלל אין מוטלת עליה חובה כזאת... שנית, רשאית הייתה (כאמור) הקונה להמתין עד למועד הקבוע בחוזה... ולהסתמך לצורך ביטול החוזה על ההפרה בפועל (במקום על 'ההפרה הצפויה'). גם אז הייתה נוהגת כשורה, בהתאם לכרירה העומדת לה, ולא הייתה נושאת באחריות לירידת ערך כספם של המוכרים."  
<sup>169</sup> אורי ידן חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970 (מהדורה שנייה, ירושלים, תשל"ט) 147-148: "... הנובע מכך הוא, שהצד הזכאי אינו חייב להפעיל את תרופותיו מיד... אלא הוא רשאי לעשות כן. רצה – יסתמך על ההפרה הצפויה ויפעיל את תרופותיו כבר עתה; רצה – יחכה עד למועד הפירעון ואם עדיין קיימת הפרה, יסתמך עליה אז. גם בהוראה זו, כמו בהרבה הוראות אחרות, מעניק החוק את הבחירה לנפגע. מכיוון שיש כאן זכות בחירה, לא יוכל המפר לטעון שהופר הנטל של הקטנת הנזק לפי סעיף 14 במקרה שהנפגע בחר לחכות עד למועד הפירעון המקורי של החיוב ובינתיים גדל הנזק שעליו חייב המפר לפצות את הנפגע." לאותה עמדה ראו צלטנר, לעיל הערה 98.

למרות גישה עקרונית זו, קיימת תמימות דעים, הן בפסיקה<sup>170</sup> והן בספרות המשפטית, כי ביחס למקרה המיוחד של הודעת התנערות (הפרה צפויה) מצד מזמין בחוזה קבלנות, אין לאפשר בדרך כלל לנפגע (הקבלן) לכפות על המזמין את המשך קיום החוזה, וזאת גם כאשר הקבלן יכול היה להמשיך בביצוע חלקו בחוזה בלא צורך בשיתוף פעולה מצד המזמין.<sup>171</sup> זהו אכן מקרה מובהק שבו מתבקשת הגבלת כוח הבחירה של הנפגע. המשך ביצועו של החוזה על ידי הקבלן-הנפגע, חרף הודעת ההסתלקות של המזמין, יביא, מצד אחד, להגדלת העלויות ולהגדלת היקף הפיצויים שיחויב בהם המפר, אך מנגד לא עשויה לצמוח תועלת כלשהי למי מהצדדים כתוצאה מהמשך הביצוע.<sup>172</sup> הוא הדין ביחס לחוזה מכר של ממכר שהמוכר צריך עדיין לייצרו. כבר ציינתי כי גם במשפט האמריקאי שני המקרים הללו היו ה"חלוצים" בפסקי הדין שקדמו לחיבור ה-U.C.C., בהם סייגו בתי המשפט את בחירת הנפגע והכפיפו אותה לנטל הקטנת הנזק. אך לא רק במשפט האמריקאי כך. לא מעט שיטות משפט מכירות באפשרות פרישתו המוקדמת של מזמין מחוזה קבלנות, תוך חיובו של הקבלן להפסיק במקרה כזה את הביצוע לשם הקטנת הנזק.<sup>173</sup> גם אצלנו הוצע בשעתו על ידי פרופ' איל זמיר, במסגרת הצעה

170 למעשה כבר בעניין אדלר, לעיל הערה 154, בע' 693–694. הובעה הסתייגות של הנשיא אגרנט ממתן אפשרות בחירה נטולת כל סייגים לנפגע (אם כי הדברים נאמרו כאמרת אגב): "...לשם מניעת אי – הבנה, שומה עלי לציין, כי אינני נוקט עמדה לגבי שאלת צדקתה של הלכת עניין White, או לגבי היקף תחולתה – במידה שהיא נוגעת לאותם המקרים שבהם השכיל הצד הנפגע לבצע, בניגוד לרצונו של הצד האשם, את המוטל עליו, בלי הצורך להיזקק לעזרתו של האחרון. לא כל חכמי המשפט משלימים עם האספקט הזה של ההלכה... גם אלה התומכים בה רואים לסייג את תחולתה באשר למקרים שבהם אין לצד הנפגע אינטרס לגיטימי, אם כספי ואם מסוג אחר, לבצע את הדברים אשר נטל על עצמו בהסכם, ואשר הצד האחר לא חפץ בהם. במקרים האחרונים, סבורים הם, יהיה בכך משום הטלת מעמסה כספית מיותרת על הנתבע, אם יחייבוהו לשלם את השכר המותנה בעד הדברים שנעשו על ידי יריבו, בלי שהייתה בזה תועלת לאף אחד ותוך בזבוז משאבים לריק...".

171 פרופ' טדסקי עמד בהרחבה על הנחיצות שבהגבלת זכותו של הקבלן להמשיך בביצוע החוזה כנגד רצונו של המזמין, על הקשיים שמעוררת הגישה האנגלית בסוגיה זו ועל הדרכים האפשריות לריכוך גישה זו במשפטנו: ג' טדסקי "על זכות המזמין לפרוש מחוזה קבלנות או לשנותו" משפטים ה (תשל"ד) 738; 153, at p. 155, *supra* note 155, Tedeschi. ראו גם ג' טדסקי "הנטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים טז (תשמ"ו) 335, 385–386.

172 זמיר, לעיל הערה 117, בע' 395 (הערה 706). פרופ' זמיר מסביר כי יעילותו של כלל משפטי המאפשר פרישה מוקדמת של מזמין, תוך פיצוי מלא של הקבלן על הרווח שהיה צפוי לו מהחוזה אילו הושלם קיומו, איננה מוטלת בספק. למעשה, במונחים כלכליים, מתקיימת במקרה כזה "יעילות פרטו": הקבלן איננו נפגע, שכן הוא מקבל את מלוא הרווח שציפה לו מהחוזה, בעוד שמצבו של המזמין משתפר. כלל משפטי המאפשר את פרישת המזמין הוא מעין הכרה של הדין בזכותו של המזמין לבצע "הפרה יעילה".

173 למשל, סעיף 1794 לקוד הצרפתי מאפשר למזמין לפרוש מחוזה קבלנות, תוך חיובו של המזמין לפצות את הקבלן על כל ההוצאות שהוציא לצורך הביצוע עד להודעת הפרישה, וכן על הרווח הנמנע. הוראה דומה מצויה גם בסעיף 1794 לקוד הבלגי. הסדרים מקבילים ניתן למצוא בקודקסים נוספים. העיקרון בכלל ההסדרים הללו דומה: המזמין יכול לפרוש מהחוזה, תוך שהוא חייב לשפות את הקבלן על ההוצאות שהוציא לביצוע העבודה עד למועד הפרישה וכן לפצותו

כוללת לתיקון החקיקה בנושא חוזי קבלנות ושירותים, לייחד הסדר חקיקתי מיוחד לפרישתו המוקדמת של המזמין.<sup>174</sup> מעניין לציין כי למרות שהפרק על חוזי קבלנות ושירות שבהצעת הקודיפיקציה מאמץ, למעשה, את עיקרי הצעתו של פרופ' זמיר, הוא אינו כולל את הסעיף הנוגע לפרישתו המוקדמת של מזמין מחוזה קבלנות.

כאן ראוי להבהיר נקודה נוספת הקשורה בסוגיה זו: נטל הקטנת הנזק, המוסדר בסעיף 14 לחוק התרופות ובסעיף 535 להצעת הקודקס, חל ביחס לתרופת הפיצויים. לכאורה קבלן-נפגע יכול היה לחמוק מעולו של נטל זה על ידי כך שתביעתו הכספית לא תהיה תביעה לפיצויים אלא לאכיפה. כידוע, הגדרת אכיפה כוללת אצלנו גם אכיפתו של חיוב כספי.<sup>175</sup> אולם הפסיקה קבעה כי נטל הקטנת הנזק עשוי לחול גם כאשר תביעתו הכספית של הנפגע היא תביעה לאכיפת חיוב כספי ולא לפיצויים.<sup>176</sup> את תחולתו של נטל הקטנת הנזק ביחס לאכיפתו של חיוב כספי ניתן לבסס הן על עקרון תום הלב הכללי, והן באמצעות סייג הצדק שבתרופת האכיפה.<sup>177</sup> באמצעות הפעלת סייג הצדק עשוי בית המשפט להימנע ממתן אכיפה ועל ידי כך יהיה הנפגע חייב להידרש לתרופת הפיצויים וממילא תביעתו תוכפף לנטל הקטנת הנזק. אפשרות אחרת היא שבית המשפט יגיע לאותה תוצאה על ידי שימוש בסמכותו להתנות את האכיפה בתנאים שיסירו את אי-הצדק האמור, דהיינו על ידי הקטנת היקפו של הסכום הכספי שייפסק לטובת הנפגע.<sup>178</sup> אמנם הגישה המקובלת היא שאכיפת חיוב כספי

על הרווח שיכול היה הקבלן להפיק אילו הושלם החוזה. עוד בעניין זה ראו זמיר, שם, בע' 394. ליתר הרחבה ראו גר טדסקי "סיכול החוזה" מסות במשפט (ירושלים, תשל"ח) 106, 167. יובהר כי "פרישתו" של צד לחוזה (במקרה זה – המזמין) מהווה, על פי דיני החוזים שלנו, הפרה צפויה. מתן "רשות" לפרוש, תוך חיוב הצד ה"פורש" בפיצויים פירושה, למעשה, סיוג כוח הבחירה של הנפגע. יש להבחין בין מקרה כזה לבין מקרים בהם מקנה הדין זכות לפרישה מהחוזה ללא חיוב בפיצויים. ראו, לדוגמא: סעיפים 14, 14א(ג) ו-14ג(ג) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981. איל זמיר "הצעות לחקיקה בנושא חוזי קבלנות וחוזי שירותים", משפטים כו (תשנ"ה) 97. נושא זה נדון בסעיף 18 להצעה, שנוסחו: "המזמין רשאי להפסיק את החוזה מסיבה סבירה בכל עת. הודעה על הפסקת החוזה תינתן זמן סביר מראש. הופסק קיומו של החוזה, זכאי הקבלן לשכר המוסכם, פחות ההוצאות שחסך עקב הפסקת הקיום ופחות הרווחים שיכול היה, באמצעים סבירים, להפיק עקב התפנתו מקיום החוזה". גרסה אחרת שהציע פרופ' זמיר לסיפא היא זו: "הופסק קיומו של החוזה, זכאי הקבלן לשכר בעד המלאכה שביצע עד ההפסקה, לשיפוי על ההוצאות שהוציא לשם המשך הביצוע של המלאכה וסכום השווה לרווח הנוסף שהיה מפיק מהחוזה אילו קיים במלואו". ראו גם דברי ההסבר לסעיף 18 להצעה, בע' 141-143. הוראות אלה אינן נכללות בהצעת הקודיפיקציה.

175 הגדרת "אכיפה" בסעיף 1(א) לחוק התרופות ובסעיף 520 להצעת הקודקס האזרחי.  
176 ראו ע"א 3437/93 אגד, אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אדלר, פ"ד נד(1) 817 (להלן: עניין אגד); בג"ץ 74/89 המועצה המקומית נתיבות נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מד(2) 722, 724.

177 סעיף 4(3) לחוק התרופות וסעיף 524(א)(4) להצעת הקודקס.  
178 סעיף 4 לחוק התרופות וסעיף 527 להצעת הקודקס. בעניין אגד, לעיל הערה 176, הקטין בית המשפט את הסכום שפסק לטובת הנפגע במישרין מכוח סייג הצדק באכיפה ולא באמצעות סירוב למתן אכיפה והפניית הנפגע לתביעת פיצויים.



איננה כפופה, בדרך כלל, לשיקולי צדק.<sup>179</sup> בהצעת הקודקס האזרחי אף נקבעה הוראה מפורשת בעניין זה.<sup>180</sup> אולם מהפסיקה עולה, כאמור, כי במקרים המיוחדים המצדיקים זאת רשאי בית המשפט להפעיל את סייג הצדק ביחס לאכיפתו של חיוב כספי. המקרה של הפסקה מוקדמת של חוזה קבלנות או חוזה לממכר נכס שיש לייצרו הוא אכן מקרה מובהק המצדיק שימוש בסייג הצדק. ואכן, גם בהצעת הקודקס נשמרת האפשרות להחיל סייג הצדק במקרה כזה.<sup>181</sup>

העמדה לפיה ראוי להחיל את נטל הקטנת הנזק ולסייג את חלופות הפעולה של הנפגע במקרה של הפרה צפויה מצד המזמין של שירות או מלאכה נותנת אך מענה חלקי לשאלה שהוצגה. השאלה הכללית יותר, האם ראוי לסייג את ברירת הפעולה של הנפגע בהפרה צפויה ובאילו מקרים, נותרה, למעשה, ללא מענה ברור. מהי, אם כך, הגישה בה ראוי לנקוט במשפט הישראלי ביחס לברירת הנפגע? מצד אחד ברור לחלוטין כי לנוכח השינויים שחלו בתפיסות היסוד של דיני החוזים בישראל ולאור מרכזיותו של עיקרון תום הלב בשיטת המשפט שלנו, "הגישה האנגלית" שוב איננה מתאימה למשפט הישראלי. החלה דווקנית של גישה זו מתעלמת בחלק מהמקרים משיקולים של תום לב, הגינות, סבירות ויעילות, שהם מאבני היסוד של שיטת המשפט בישראל.<sup>182</sup> מצד שני, גם לא נראה כי יש מקום להחיל אצלנו באופן

179 ראו ע"א 254/86 ניניו נ' משכן, בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד מב(1) 1; ע"א 1894/90 שרון נ' אסולין, פ"ד מו(4) 822; רנה סגילביץ "האם אכיפת חיוב כספי יכולה להיות בלתי צודקת?" ספר זיכרון לגד טדסקי (ירושלים, תשנ"ו) 563; זמיר, לעיל הערה 117 בע' 674, מבהיר כי: "ככל שמדובר באכיפת חיוב המרכזי של המזמין, לשלם את השכר, שהקבלן זכאי לו כדבר שבשיגרה, ונדירים יהיו המקרים בהם תישלל האכיפה של חיוב זה לפי אחד מסייגיו של סעיף 3. הנכונות הכללית לאכוף חיוב כספי קיימת בכל שיטות המשפט המוכרות לנו, לרבות אלה הרואות בסעד האכיפה משום חריג לכלל של פיצויים כתרופה הרגילה בשל הפרת חוזה". "מבחינה מילולית, אף אכיפתו של חיוב כספי כפופה כיום לסייגים שבסעיף 3, אולם למעשה רק במקרים נדירים ביותר הם עשויים להתקיים: תשלום כסף חסר כל אופי אישי, אין הוא יכול להפוך לבלתי אפשרי (אלא בנסיבות חריגות מאד, לתקופות קצרות למדי), וביצועו אינו דורש מידה רבה של פיקוח מטעם בית המשפט. ברגיל, אכיפתו של חיוב כספי אף לא תחשב כבלתי צודקת".

180 ראו סעיף 524(ב)(1) להצעת הקודקס, הקובע כי סייג הצדק לא יחול ביחס לאכיפתו של "חוב כספי על פי חוזה, ובלבד שהנפגע קיים את חיוביו על פי החוזה, המזכים אותו בפירעון החוב, מבלי שהמפר התנגד לקיום החיובים".

181 בהצעת הקודקס נשמרת האפשרות להפעיל במקרה כזה את סייג הצדק שכן לפי האמור בסעיף 524(ב)(1) סיפא, תחולתו של סייג הצדק תתאפשר באותם מקרים בהם הנפגע טרם סיים את קיום חיוביו על פי החוזה, המזכים אותו בפירעון החוב. ביחס למקרים בהם השלמת ביצוע החיובים אפשרית גם ללא שיתוף פעולה מצד המפר כגון: עניין *White*, נובע מהאמור בסעיף כי סייג הצדק ימשיך לחול ביחס לאותם מקרים בהם השלמת קיום חיוביו של הנפגע נעשתה חרף הבעת התנגדות מצד המפר. בכך מאפשר הסעיף להפעיל את סייג הצדק ביחס לתביעה לאכיפת חיוב כספי מצד נפגע אשר המשיך לקיים את חיוביו תוך התעלמות מהודעתו של המפר כי הוא אינו מעוניין בהשלמת קיום החיובים. בנושא זה ראו גילי כהן "זכות ותרופה באכיפת חיוב כספי" הפרקליט מח (תשס"ו) 355.

182 ואכן, הדעה לפיה הגישה האנגלית איננה מתאימה לשיטת המשפט שלנו הובעה בספרות

גורף את "הגישה האמריקאית", הגורסת כי בכל מקרה יש לסייג את כוח הבחירה של הנפגע. כמה סיבות לכך: ראשית, המשפט הישראלי אינו נוקט גישה ניטרלית ומאזנת כלפי המפר והנפגע, אלא מקנה עדיפות ברורה לנפגע על פני המפר. עמדה זו באה לידי ביטוי גם בעדיפות המוקנית לנפגע ביחס לברירת התרופות.<sup>183</sup> שנית, העמדה העקרונית המעדיפה את האינטרסים של הנפגע על פני אלו של המפר הביאה לכך שנטל הקטנת הנזק מופעל בישראל בזירות רבה ובמשורה, על מנת שלא להטיל נטל כבד מדי על הנפגע.<sup>184</sup> גישה זו, שננקטת ביחס להפרות ממשיות, ראוי שתניקט, ואפשר שאף ביתר שאת, ביחס להפרות צפויות. הסיבה לכך היא שאין זה רצוי לאפשר למפר להשיג, על ידי ההפרה הצפויה, "הישג" של כפיית רצונו להפסקת הקשר החוזי וממילא גם על מנת שלא לעודד הפרות כאלה. עמדה זו גם משתלבת עם עקרון היסוד לפיו אין חוטא נשכר, המופיע בסעיף 3 להצעת הקודקס. שלישית, במשפט הישראלי עיקרון הקיום של חיובים חוזיים הוא עיקרון ראשון במעלה<sup>185</sup> והוא עשוי לגבור לעיתים אפילו על שיקולי

המשפטית לא רק ביחס לחוזי קבלנות. שלו, לעיל הערה 37, בע' 483–484, סבורה כי הדין הרצוי הוא, שברירת הנפגע בהפרה צפויה תהיה כפופה לנטל הקטנת הנזק. דעה דומה (אם כי באופן מעט מסויג יותר) הובעה על ידי קציר, לעיל הערה 40, בע' 164–168. הוא סבור כי החלת שיקולים של הקטנת הנזק ביחס להפרה צפויה, מוצדקת רק כאשר: "ברור מראש שהשאת החוזה בעינו אינה עשויה להצמיח פסק אכיפה לטובתו, וחובתו להקטין את הנזק עשויה לחול, במקרים כאלה, מן המועד שבו נודע לו על ההפרה הצפויה". גם בפסיקה ניתן לאתר סימנים לשינוי הגישה. כך, לדוגמא, נובע מדברי הנשיא שמגר באחד מפסקי הדין, כי ברירת התרופות של נפגע בהפרה צפויה אינה נטולת סייגים, אלא יש להפעילה בתוך זמן סביר ובתום לב: ע"א 4329/90 מחלוף נ' קלמנוביץ, פ"ד (3) 823, ראו גם ת"א (ת"א) 904/92 כהן נ' כהן, תק"מח 93(2) 1070. בית המשפט (אמנם באמרת אגב) אינו שולל אפשרות שבנסיבות מסוימות יחול נטל הקטנת הנזק גם ביחס להפרה צפויה.

183 ראו סעיף 523 להצעת הקודקס.

184 בחלק ניכר מהמקרים, טענתו של המפר, כי הנפגע לא עמד בנטל הקטנת הנזק, נדחתה על ידי בית המשפט. נימוקי הדחייה של הטענה הם מגוונים. למשל, בע"א 444/94 אורות ייצוג אמנים והפקות נ' עטרי, פ"ד נא(5) 241 דחה בית המשפט את טענת המפר כי הנפגע לא קיימה את נטל הקטנת הנזק, ונתקבלה טענתה של הנפגעת, כי חששה שאילו הייתה יוזמת התקשרות חלופית היה הדבר עלול להתפרש כהפרת החוזה מצידה היא. במקרים אחרים נדחתה הטענה בעניין הקטנת הנזק בנימוק שנטל הראיה להוכחת הטענה הוא תמיד על הטוען אותה (משמע המפר, גם כאשר המפר הוא הנתבע) וכי נטל זה לא הורם. ראו ע"א 1432/90 לה ז'באנו – באגט תעשיות לחם בע"מ נ' רם און, תק"על 94(2) 297. נימוק נוסף לדחיית הטענה הוא, שהנטל מחייב את הנפגע רק לעשות מאמץ סביר להקטנת הנזק, אולם הנפגע אינו חייב "לצאת מגדרו" לצורך כך. ראו עניין סוראקי, לעיל הערה 149. למרות שהטענות לדחיית הטענה הן שונות ומגוונות, נראה כי ביסודן עומדת מדיניות כללית שלא להחמיר יתר על המידה עם הנפגע, שכן בסופו של דבר האשם המוסרי רובץ לפתחו של המפר.

185 הדבר בא לידי ביטוי במעמד הבכורה שניתן בחוק לתרופת האכיפה (סעיף 524 להצעת הקודקס). אולם העיקרון לפיו יש להעדיף ככל הניתן את המשך קיומו של החוזה בא לידי ביטוי גם במגוון של הוראות חוק נוספות כגון: בסעיפים המטילים על הנפגע נטל לתת הזדמנות למפר לתקן את ההפרה (סעיף 3א) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד–1974 וסעיף 256 להצעת הקודקס; סעיף 4ב לחוק המכר (דירות), תשל"ג–1973; סעיף 28 לחוק המכר, תשכ"ח–1968 וסעיף 574א) להצעת הקודקס, סעיף 7ב) לחוק התרופות וסעיף 529א) להצעת הקודקס. ראו גם

יעילות.<sup>186</sup> הגבלה חמורה מדי על כוחו של הנפגע בהפרה צפויה לבחור בהמתנה לקיום החיוב החוזי איננה עולה בקנה אחד עם עיקרון זה. רביעית, מאחר והגבלת כוח הבחירה של הנפגע נובעת, בעיקרה, מעיקרון תום הלב, נראה כי אין מקום לקבוע כלל מסייג אחיד ונוקשה דוגמת הכלל האמריקאי. עיקרון תום הלב, על פי מהותו, הוא עיקרון גמיש, אשר ראוי להפעילו בהתאם לנסיבותיו המשתנות של כל מקרה ומקרה.

לאור השיקולים הללו, דומני כי ראוי לאמץ במשפט הישראלי גישת ביניים. כזו העומדת בתווך בין הגישה האנגלית המסורתית לבין הגישה האמריקאית. גישת ביניים כזו צריכה להתחשב, מצד אחד, בכך שיש מקום להעדיף את הנפגע ולא להגביל את כוח הבחירה שלו יתר על המידה. מצד שני, ראוי לקחת בחשבון שישנם מקרים בהם שיקולים של תום לב, הגינות, סבירות ויעילות, עשויים להצדיק את סיוג כוח הבחירה של הנפגע. כך לדוגמה, יהיה מוצדק לסייג את כוח הבחירה של הנפגע כאשר הנסיבות הן כאלה שהמשך קיומו של החוזה אינו יעיל ויגרום לבזבוז כלכלי, בעוד שביטול החוזה הוא יעיל מבחינה כלכלית ובנוסף לכך גם אין לנפגע כל אינטרס לגיטימי בהמשך הקיום והוא יכול לבוא על סיפוקו בפיצוי כספי. במקרה כזה, בעיקר אם ברור שבחירתו של הנפגע בהמשך קיום החוזה נובעת אך ורק ממניעים שרירותיים (למשל, הרצון לפגוע במפר) מוצדק לסייג את בחירתו. למעשה, במקרה כזה ברור שמול שיקולי הגינות ויעילות, התומכים בסיוג כוח הבחירה, לא עומדים כל שיקולים נגדיים העשויים להצדיק את העדפת הנפגע.<sup>187</sup> דוגמה נוספת היא כאשר אין כל טעם

את הדיון בפסקה 1.1.א. (להלן), בסעיפים המונעים ביטול מלא של החוזה מקום שניתן לבטל רק את חלקו (סעיף 19 לחוק החוזים; סעיף 7(ג) לחוק התרופות וסעיפים 182 ו-530 להצעת הקודקס), בסעיף המונע ביטול חוזה בשל טעות כאשר ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הביע נכונות לעשות כן (סעיף 14(ג) לחוק החוזים הכללי וסעיף 177(ב) להצעת הקודקס), בדוקטרינת הקיום בקירוב (סעיפים 525 ו-200 להצעת הקודקס) ועוד.

186 ראו ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס ג.מ.ב.ה. דואיסבורג, פ"ד מ(ב) 221 (להלן: עניין אדרס).

187 דוגמה מובהקת למצב כזה היא, כאמור, המקרה של הפרה צפויה הבאה לידי ביטוי בהודעת הסתלקות מוקדמת של מזמין מחוזה קבלנות. למרות שזהו מקרה מובהק שבו מוצדק לסייג את כוח הבחירה של הנפגע, נראה כי גם כאן אין לקבוע כלל קשיח מדי ואין לסייג באופן אוטומטי את ברירת הנפגע, אלא להתייחס לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה. למשל, ייתכנו מקרים, העשויים להצדיק את המשך הביצוע על ידי הקבלן, כגון מקרה שהנסיבות הן כאלה, שהפסקת הביצוע כלל איננה מבטיחה את הקטנת הנזק. מצב כזה עשוי להתקיים כאשר הקבלן מצוי כבר בשלב מתקדם של הביצוע וסביר להניח כי ניתן יהיה למצוא מזמין חלופי לשירות או לנכס. ביחס לזכותו של הנפגע במשפט האמריקאי להמשיך לייצר ממכר, כאשר המשך הייצור יהיה יעיל יותר ראו סעיף 2-704(2) ל-U.C.C. דוגמה אחרת שבה הפסקת חוזה קבלנות איננה מאפשרת את הקטנת הנזק היא, כאשר מדובר בשירות הניתן לקבוצת מזמינים, שאז ממילא מחויב נותן השירות להמשיך בביצוע, וכאשר עלויות מתן השירות לקבוצת המזמינים נותרות זהות למרות הסתלקותו של אחד מחברי הקבוצה (המפר). ייתכנו גם נסיבות החורגות משיקולים של הקטנת נזק, בהן יהיה מוצדק לאפשר לקבלן לבחור בהמשך ביצוע החוזה למרות רצונו של המזמין להשתחרר ממנו. כזה עשוי להיות המצב מקום בו לקבלן אינטרס מיוחד להמשיך בביצוע, כגון שירות הכרוך ברכישת מוניטין מיוחד עבור הקבלן או כזה שמאפשר לקבלן

להמתין לקיום, שכן ברור כבר בשלב ההפרה הצפויה שממילא לא תהיה כל אפשרות לאכוף את החיוב המופר (למשל אם ברור מראש שמתקיים אחד מהסייגים של תרופת האכיפה) ומנגד ברור שביטול מוקדם יצמצם את היקף הנזק. סיכומו של דבר, אין בהצעת הקודקס התייחסות כלשהי לסוגיה החשובה של ברירת הפעולה של הנפגע בהפרה צפויה. אפילו הצעתו של פרופ' איל זמיר, הנוגעת לנושא הנקודתי של הסדרת פרישתו של מזמין מחוזה קבלנות, לא אומצה במסגרת הצעת הקודקס. דומני שזהו חסר המצריך השלמה. וודאי שניתן להגיע לתוצאה הראויה גם ללא הסדר מפורט וזאת תוך שימוש בעקרונות הכלליים של הקודקס (עקרון תום הלב, העיקרון שלא יצא חוטא נשכר) ויישום של חלק מההסדרים האחרים המצויים בו (הסעיף הדין בהקטנת הנזק וכן הסעיף הדין בסייג הצדק באכיפה ביחד עם הסמכות הנתונה לבית המשפט להתנות את האכיפה בתנאים).<sup>188</sup> עם זאת, לפי שיטה כזו ניתן היה לוותר על הסדרים מפורטים רבים אחרים שכן נכללים בהצעה. דומני שבמסגרת קודקס דיני ממונות מפורט, פרק בנושא הפרה צפויה שאינו כולל התייחסות כלשהי (ולו רק בדרך של התוויית קווים מנחים עקרוניים) ביחס לסוגיה החשובה של ברירת הנפגע הוא פרק חסר. זוהי סוגיה מרכזית ועקרונית בנושא ההפרה הצפויה, שהפסיקה הקיימת ביחס אליה איננה חד-משמעית ועל כן העניין טעון, לדעתי, הסדרה.<sup>189</sup>

רכישה של ניסיון או ידע מקצועי מיוחד. נראה כי בנסיבות מסוימות עשוי אינטרס זה של הנפגע להכריע את הכף ולגבור על השיקול של הקטנת הנזק הכספי. ראו: Tedeschi, *supra* note 155, at p. 175. פרופ' טדסקי סבר שהאינטרסים הנוספים של הקבלן הם צדדיים לחיוב העיקרי ולכן אין בהם כדי להגביל את יכולתו של המזמין לפרוש מהחוזה. הוא מצייץ, כי במקרה הרגיל ביצוע המלאכה או מתן השירותים הם חיוב המוטל על הקבלן ולא זכות שלו. יש הסבורים, לעומת זאת, כי האינטרסים הנוספים של הקבלן דווקא עשויים להגביל, במקרים מסוימים, את אפשרות הפרישה של המזמין מהחוזה: ראו דעתו של Weyers, כפי שמובאת אצל זמיר, לעיל הערה 117, בע' 395 (הערה 706). זמיר נקט בגישת ביניים, לפיה האינטרסים הנוספים של הקבלן אינם צריכים להגביל את פרישת המזמין, אולם יש לפצות את הקבלן בפיצוי כספי מתאים גם על הפגיעה באינטרסים הנוספים הללו. נראה כי הגישה הראויה במשפט הישראלי היא, שבאותם מקרים בהם יוכל הנפגע להצביע על אינטרסים לגיטימיים שלו, העלולים להיפגע כתוצאה מסיומו המוקדם של החוזה, באופן שפיצוי כספי לא יוכל לתקן את הפגיעה, יש להעדיף את האינטרסים של הנפגע ואין לחייבו להסכים להפסקת החוזה. נראה כי זו אמורה להיות התוצאה אפילו אם השווי הכלכלי של האינטרסים הנוספים הללו נמוך, בערכים כספיים, מהיקפו הכספי של הנזק הניתן להקטנה כתוצאה מהביטול המוקדם. הסיבה לכך הובהרה כבר קודם: על פי הגישה הנוהגת אצלנו, אין עדיפות מוחלטת, במקרה של הפרה, לשיקולים של יעילות כלכלית ועקרון "ההפרה היעילה" לא נתקבל, כידוע, בפסיקה של בית המשפט העליון. ראו עניין אדרס, לעיל הערה 186, בע' 277–278. על רקע תפיסה זו נראה כי מקום בו שיקולי יעילות עומדים בסתירה לאינטרסים לגיטימיים של הנפגע, ידם של האחרונים תהיה על העליונה. רק מקום בו שיקולים של יעילות כלכלית והקטנת נזק עומדים לבדם, כאשר למולם לא עליונה. רק מקום בו של הנפגע בהמשך קיום החוזה, מוצדק יהיה לסייג את כוח הבחירה שלו.

188 השוו דניאל פרידמן "על היחס בין ברירת הביטול לסעד של אכיפת חוזה" קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים (תשל"ה) 87, 93.

189 לדיון נרחב יותר בסוגיה זו ראו גלברד, לעיל הערה 24, בע' 166–249.

### 3.1. התאמת התרופות

חסר נוסף הטעון השלמה מצוי, לעניות דעתי, בנושא של התאמת התרופות השונות למצב המיוחד של הפרה-צפויה. הדין הקיים בסעיף 17 לחוק התרופות קובע, באופן לקוני, כי במצב של הפרה צפויה זכאי הצד הנפגע לתרופות "לפי חוק זה". בהסדר המוצע בסעיף 572 הוספה גם הקביעה כי הזכות לתרופות תחול "בשינויים המחוייבים". ברור כי זהו ביטוי שבלוני שאין בו כדי להוסיף דבר מהותי כלשהו למעט התובנה, המובנת מאליה, כי יש הכרח להתאים את התרופות למצב המיוחד של הפרה-צפויה. למעשה, הסעיף קובע באופן מפורש רק התאמה אחת, הנוגעת לתרופת האכיפה: כמו בסעיף 17 הקיים, אף כאן נקבע כי לא יינתן צו אכיפה אשר מורה על קיום החיוב במועד המוקדם מהמועד המוסכם לקיומו.<sup>190</sup> ברור כי אין די בהוראה בודדת זו על מנת לצאת ידי חובת התאמתן של התרופות לדין ההפרה-הצפויה. גם התרופות האחרות מחייבות התאמות שונות. כך, למשל, בנוגע לנטל המוטל על הנפגע לתת למפר ארכה לקיום החיוב לפני ביטול החוזה בשל הפרה לא-יסודית. מובן כי לא ניתן להפעיל הוראה זו ביחס להפרה-צפויה כפשוטה, שהרי אין זה אפשרי לתת ארכה לקיומו של חיוב אשר ממילא המועד הקבוע לקיומו טרם הגיע. לפיכך, ההתאמה הסבירה המתבקשת היא שבמצב של הפרה-צפויה לא יסודית הארכה שתינתן למפר לא תהיה לקיום החיוב, אלא ארכה לחזור בו מההפרה הצפויה.<sup>191</sup> בהפרה צפויה שמקורה בגילוי דעתו של המפר (הפרה צפויה הצהרתית) חזרה כזו תעשה על ידי מתן הודעה שבה חוזר בו המפר מגילוי-הדעת הקודם בדבר הכוונה להפר,<sup>192</sup> בעוד שביחס להפרה צפויה המשתמעת מתוך הנסיבות החזרה מההפרה תעשה על ידי פעולה לשינוי הנסיבות, אשר מהן השתמעה קודם לכן ההפרה-הצפויה (כגון רכישה חוזרת של הנכס נשוא החוזה, לאחר שנמכר קודם לכן בעסקה-נוגדת).

התאמתה של תרופת הפיצויים למצב של הפרה-צפויה היא מורכבת יותר ועל כן ראוי להתייחס לעניין זה ביתר פירוט. כאשר מתרחשת הפרה צפויה והנפגע תובע פיצויים בגין הפרה לפי סעיפים 531 ו-533 להצעת הקודקס (כיום סעיף 10 לחוק התרופות), כיצד יש לחשב את הפיצויים? האם אמור להיות הבדל באופן החישוב לאור העובדה שמדובר בהפרה צפויה? נראה כי התשובה לשאלה זו איננה פשוטה.

<sup>190</sup> בנוגע לחלק זה של הסעיף ראו לעיל הערה 9. ייתכן שגם הסייג הנוגע לאכיפה מחייב מחשבה חדשה. איני משוכנע שבכל המצבים מוצדק לדחות את מועד צו האכיפה עד למועד המוסכם לקיומו של החיוב. כך, למשל, אם החיוב המופר הוא להשלום חוב כספי, כאשר הנפגע מצידו כבר קיים את חיוביו הוא, הרי מדובר על צו אכיפה של חיוב כספי שהדמיון בינו לבין תרופת הפיצויים הוא רב (והשוו, לעניין סייג הצדק שבאכיפה, לסעיף 524(ב)(1) להצעת הקודקס). ספק אם במצב כזה מוצדק לדחות את צו האכיפה.

<sup>191</sup> ראו ידין, לעיל הערה 77, בע' 148.

<sup>192</sup> ראו לעיל פרק 1.1. שם הבעתי דעה כי בחזרה מהפרה צפויה הצהרתית ראוי לעיתים לחייב את המפר לצרף בטוחה נאותה להצהרתו כתנאי להכרה בתוקף החזרה מההפרה.

למעשה, מאז ומתמיד סוגיית חישוב הפיצויים הייתה אחת מהשאלות היותר סבוכות שהתעוררו ביחס לדוקטרינת ההפרה הצפויה. בתי המשפט באנגליה ובארה"ב התקשו להכריע מהו הכלל הנכון לחישוב הפיצויים. הטענה העיקרית שחזרה ונשנתה הייתה, שחישוב הפיצויים במצב של הפרה צפויה עלול להיות, לעיתים, ספקולטיבי. עיון בספרות הזרה, בעיקר האמריקאית, מלמד כי השאלה עוררה עניין ופולמוס מרובים גם בין חוקרי המשפט. מאמץ מחקרי לא מבוטל הוקדש לנושא זה ודומני כי מספר המאמרים שנכתבו בנושא חישוב הפיצויים בהפרה צפויה רב יותר מאשר ביחס לכל סוגיה אחרת הקשורה בתחום זה.<sup>193</sup> למרות זאת, נראה כי ההסכמה העיקרית בין הכותבים השונים היא שהנושא נותר, גם כיום, מעורפל, סבוך ושנוי במחלוקת.<sup>194</sup> במסגרת המצומצמת של המאמר לא אוכל לעסוק בנושא זה בכללותו.<sup>195</sup> ספק רב אם ניתן בכלל להציג פתרון שלם וכולל לשאלה המורכבת של חישוב הפיצויים, שהרי ידוע כי "תורת הנזק ותורת הפיצוי אינן תורות מדויקות".<sup>196</sup> עם זאת, נראה כי בשל מורכבותה של סוגיה זו ראוי היה לקבוע במסגרת הקוד המוצע לפחות מספר קווים מנחים עקרוניים לחישוב הפיצויים במצב המיוחד של הפרה צפויה.

בחוזים המסחריים הנפוצים ביותר, חוזי-מכר, חוזי-קבלנות וחוזי שירות,<sup>197</sup> חישוב

193 הכתיבה בסוגיה זו מתפרסת על פני שנים רבות, החל מתחילת המאה ה-20. ראו: Joseph H. Beala "Damages Upon Repudiation of a Contract" 17 *Yale L. J.* (1908) 443; Note "Measure of Damages for Anticipatory Breach of a Contract of Sale" 24 *Colum. L. Rev.* (1924) 55; David J. Leibson "Anticipatory Repudiation and Buyer's Damages — A Look Into How the UCC Has Changed The Common Law", 7 *U.C.C. L. J.* (1975) 272; Note, "Some Problems in Measuring Damages for Anticipatory Breach of a contract of Sale" 52 *Harv. L. Rev.* (1939) 817; Karen C. Gehlhausen "Failure to Cover and Time to Measure Buyer's Damages" 49 *U. Colo. L. Rev.* (1978) 233; Note, "U.C.C. § 2-713: Anticipatory Repudiation and the Measurement of an Aggrieved Buyer's Damages" 19 *WM & Mary L. Rev.* (1977) 253; E. Hunter Taylor "The Impact of Article 2 of the UCC on the Doctrine of Anticipatory Repudiation" 9 *B. C. Indus. & Com. L. Rev.* (1968) 917, 940-941; Thomas H. Jackson "Anticipatory Repudiation and the Temporal Element of Contract Law: An Economic Inquiry into Contract Damages in Cases of Prospective Nonperformance" 31 *Stan. L. Rev.* (1978) 69; George I. Wallach "Anticipatory Repudiation and the U.C.C." 13 *U.C.C. L. J.* (1980) 48; Dena DeNooyer "Comment: Remedying Anticipatory Repudiation — Past, Present and Future?" 52 *SMU L. Rev.* (1999) 1787.

194 ראו: Wallach, *Id.* at p. 64; Jackson, *Id.* at p. 71. לדיון מפורט בסוגיית חישוב הפיצויים, המבהיר את הקשיים הרבים שמעורר נושא זה, ראו גם: White & Summer, *supra* note 69, at p. 203.

195 לדיון מפורט יותר ראו גלברד, לעיל הערה 24, בע' 294 ואילך.  
 196 השופט ברק בע"א 355/80 נתן אנסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800.  
 197 חוק חוזה קבלנות הקיים אינו מבחין בין חוזים לעשיית מלאכה בנכס (חוזי קבלנות), שהם חוזים בהם נדרשת מהקבלן השגת תוצאה מוגדרת, לבין חוזים למתן שירות שהם, לעיתים קרובות, חוזי השתדלות. בהצעת הקודיפיקציה, בפרק הדין בחוזה קבלנות וחוזה שירות, נעשתה

הפיצויים הבאים חלף קיום החוזה ייעשה, לרוב, בדרך של חישוב ההפרש בין המחיר החוזי של הנכס או השירות לבין שווי השוק שלו.<sup>198</sup> פיצוי כזה אמור לאפשר לנפגע לצאת לשוק ולהתקשר בעסקה חלופית דומה. על ידי כך מושגת מטרתם של פיצויי הקיום: העמדת הנפגע במצב דומה לזה שבו היה מצוי אילו קיום החוזה.<sup>199</sup> השאלה הקשה המתעוררת בהקשר זה היא, מהו המועד הרלבנטי לצורך קביעת שווי השוק? ביחס להפרה רגילה, הפסיקה הסתפקה בקביעה הכללית לפיה יש מקום לגמישות בעניין המועד הראוי למדידת שווי השוק וכי המועד עשוי להשתנות בהתאם לנסיבות.<sup>200</sup> הסוגיה של מועד מדידת שווי השוק הופכת להיות מורכבת יותר כאשר מדובר על חישוב פיצויים ביחס להפרה צפויה.<sup>201</sup> עיון בספרות המשפטית הזרה, בעיקר האמריקאית, מעלה כי

- הבחנה בין שני הסוגים. סעיפים 241 עד 264 עוסקים בחוזי קבלנות וסעיפים 265 עד 274 עוסקים בחוזי שירות.
- 198 לתוצאה המתקבלת יש להוסיף, בדרך כלל, פיצוי על ההוצאות האינצידנטליות שנגרמו לנפגע, ומנגד יש להפחית את העלויות שנחסכו כתוצאה מביטול החוזה. ראו: Jackson, *Id.* at p. 69 והמקורות המאוזכרים שם בהערות 1 ו-3. כביטוי לעקרון חישוב זה ראו גם סעיף 2-708 ל-U.C.C. (ביחס לפיצויים של נפגע-מוכר) וכן סעיפים 2-712(2) ו-2-713(1) ל-U.C.C. (ביחס לנפגע-קונה). ראו גם סעיפים 9:506 ו-9:507 ל-Principles of European Contract Law. נוסחה זו מבטאת את שיעור הפיצויים האופייני להפרתו של חיוב מסוג זה ולכן היא גם משמשת אצלנו כנוסחה סטטוטורית לחישוב פיצויים ללא הוכחת נזק, אשר חלה ביחס להפרתו של חיוב לספק או לקבל נכס או שירות (סעיף 11 (א) לחוק התרופות וסעיף 566 להצעה). כידוע, סעיף 10 לחוק התרופות וסעיפים 531 ו-533 לקודקס קובעים רק את מבחני הסיביות והצפיות, אולם אינם קובעים את אופן החישוב של שיעור הנזק ולכן הדעה המקובלת היא שנוסחה עקרונית זו משמשת לא רק לצורך חישוב פיצויים ללא הוכחת נזק, אלא היא תשמש פעמים רבות גם כדרך אופיינית לחישוב פיצויי הקיום במסגרת סעיף הפיצויים הכללי.
- 199 ראו ע"א 660/86 תושיה נ' גוטמן, פ"ד מד(1) 52, 54; ע"א 355/80, לעיל הערה 196, בע' 808; ע"א 462/81 שמחון נ' יוסף בכר חברה לבנין ופיתוח בע"מ, פ"ד לט(1) 701, 705 (להלן: עניין שמחון); ע"א 8556/96 7017/95 לוביאניקר נ' משרד האוצר, פ"ד נו(5) 289; שלו, לעיל הערה 37, בע' 584. בתקופה אינפלציונית ישוערך ההפרש תוך התחשבות בשחיקת ערך הכסף: ע"א 146/88 "אזורים" – חברה להשקעות בפיתוח ובכנין בע"מ נ' כהן, פ"ד מד(3) 374, 383-385 (להלן: עניין אזורים). לכך שנכון יותר להשתמש במושג אינטרס קיום או פיצויי קיום, מאשר במושג אינטרס הציפייה ראו: Daniel Friedmann "The Performance Interest in Contract Damages", 111 *L. Q. R.* (1995) 628.
- 200 ראו עניין סוראקי, לעיל הערה 149, בע' 834; ע"א 646/85 יצירות ברנע בע"מ נ' דניה חברה לפיתוח בע"מ, פ"ד מב(2) 793, 798, 800; ע"א 601/75 אריאל נ' קירשבאום, פ"ד לא(3) 102; עניין שמחון, לעיל הערה 199; קציר, לעיל הערה 40, בע' 969-979. לשאלת המועד הרלבנטי לחישוב הנזק ראו גם, באופן כללי: Gad Tedeschi "On the Date for Assessing Damage" 10 *Isr. L. Rev.* (1978) 13. דומני כי גם ביחס להפרה רגילה אין להסתפק באמירה הכללית, לפיה מועד הערכת שווי השוק הוא גמיש ותלוי בנסיבות המיוחדות של כל מקרה, אלא יש מקום לקבוע לפחות קווים מנחים עקרוניים. אולם נושא זה חורג ממסגרת המאמר והדין שלהלן יתייחס, לפיכך, למקרה המיוחד של הפרה צפויה.
- 201 לכאורה, שאלה זו רלבנטית רק ביחס לחישוב הפיצויים במסגרת סעיף הפיצויים הכללי (סעיף 10 לחוק התרופות וסעיפים 531 ו-533 להצעת הקודקס). היא איננה אמורה להתעורר כאשר בוחר הנפגע לתבוע פיצויים ללא הוכחת נזק על פי הנוסחה הסטטוטורית (סעיף 11(א) לחוק

הוצעו כמה חלופות אפשריות. חלופה אפשרית אחת היא לחשב את הפיצויים על פי ההפרש שבין המחיר החוזי לבין שווי השוק של הנכס או השירות במועד המיועד לקיום על פי החוזה. חלופה זו מייצגת את הכלל המסורתי, אשר נהג במשפט האנגלי (וגם במשפט האמריקאי, עד לשינויו, לפחות באופן חלקי, ב-U.C.C.<sup>202</sup>). חלופה אפשרית אחרת היא לחשב את הפיצויים על פי ההפרש שבין המחיר החוזי לבין שווי השוק של הנכס או השירות במועד שבו נודע לנפגע על ההפרה הצפויה. חלופה כזו נקבעה בסעיף 2-723 ל-U.C.C. האמריקאי, הקובע כי באותם מקרים בהם תביעת הפיצויים מתבררת בבית-המשפט עוד לפני שהגיע מועד הקיום החוזי, יש לחשב את הפיצויים על פי שווי השוק במועד שבו נודע לנפגע על ההפרה הצפויה. מועד אפשרי נוסף למדידת שווי השוק לצורך חישוב הפיצויים הוא "זמן מסחרי סביר" לאחר ההפרה הצפויה.<sup>203</sup>

מבין שלוש האפשרויות הללו, השתיים האחרונות מחייבות התייחסות לשאלה נוספת: בהנחה שיש לחשב את הפיצויים על פי שווי השוק במועד מוקדם מהמועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב (דהיינו, במועד ההפרה הצפויה או זמן מסחרי סביר לאחריה), לאיזה "סוג" של שווי שוק יש להתייחס? האם יש להתייחס לשווי שוק

התרופות וסעיף 566 להצעה), שכן נוסחה זו קובעת במפורש שהמועד למדידת שווי השוק הוא מועד ביטול החוזה. יש לזכור, בהקשר זה, שלכאורה הנפגע יכול להשעות את הביטול (ועל ידי כך "להזיז" את המועד הרלבנטי למדידת שווי השוק) באופן ספקולטיבי, שהרי סעיף 11(x) לחוק התרופות וסעיף 556 להצעת הקודקס אינם כפופים לנטל הקטנת הנזק. למרות זאת, כדאי לשים לב לדברים שנאמרו (אמנם באמרת אגב) על ידי השופט ריבלין ברע"א 2371/01 אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ, פ"ד נז(5) 787, 795-796. השופט ריבלין מטיל ספק בהצדקות לכך שסעיף 11 לחוק התרופות הוצא מגדר תחולתו של נטל הקטנת הנזק ומציע דרך עקיפה להכפפת הנפגע לנטל זה: "...זכאותו של הנפגע לפיצוי ללא הוכחת נזק, לפי סעיף 11 מותנית בכך שהחוזה בוטל כדין. את ברירת הביטול יש להפעיל בדרך מקובלת ובתום-לב... מקום בו ביטל הנפגע את החוזה מבלי לקיים אחר דרישת תום-לב, עשוי להישלל תוקפה של הודעת הביטול, והחוזה ימשיך להתקיים. ייתכן, לעיתים, כי חוסר תום-לב של הנפגע לא יעלה כדי איבוד זכות הביטול, אלא שתוצאת התנהגותו תבוא לידי ביטוי בשיעור הפיצוי שייפסק לזכותו. כך יקרה מקום בו השהה הנפגע את מסירת הודעת הביטול בכוונה לזכות בפיצוי בשיעור גבוה יותר מן הפיצוי בו היה זוכה אילו הפעיל את ברירת הביטול במועד מוקדם יותר, או מתוך כוונה להעצים את חיובו של המפר... במקרה כזה, אין מניעה, כך נדמה, לפסוק לו פיצוי מופחת, בסכום ההפרש שבין התמורה שנקבעה בחוזה לבין שווי הנכס או השירות, כפי שהיה לפני – ולא במועד – ביטול החוזה בפועל. בכך, אין אנו חורגים מן ההסדר הקבוע בהוראת סעיף 11 לחוק התרופות, אלא קובעים את מועד הביטול על פי יום הביטול הראוי, דבר העולה בקנה אחד עם עקרון תום-לב". אם תאומץ בעתיד עמדתו זו של השופט ריבלין, אזי הדיון שלהלן, בדבר המועד הראוי למדידת שווי השוק, עשוי להיות רלבנטי, במידה מסוימת, גם ביחס לנוסחה הסטטוטורית של פיצויים ללא הוכחת נזק.

202 ראו: Jackson, *supra* note 193, at p. 75-78. ורשימת האסמכתאות הארוכה המובאת שם.  
203 מועד זה נגזר, למעשה, מתוך סעיף 2-610 ל-U.C.C., הקובע את הדין המהותי בנושא ההפרה הצפויה. מאחר והסעיף קובע כי הנפגע רשאי להמתין לקיום החוזה רק זמן מסחרי סביר, הרי הפועל היוצא מכך הוא שהנפגע הוא שאמור לשאת בסיכון ביחס לנזקים שיגרמו כתוצאה משינויים שחלו בשווי השוק לאחר חלוף המועד המסחרי הסביר ולכן אין לפצותו בגינם.



המשקף חוזה לרכישה וקבלה מיידית של הנכס או השירות החלופי (spot price) או שיש להתייחס לשווי שוק של חוזה חלופי (מיידית) לרכישה של נכס או שירות שיסופקו במועד עתידי, דהיינו במועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב המקורי (forward price)?

השיקולים באיזו מבין החלופות השונות ראוי לבחור הם מגוונים. קיימים נימוקים בעד וכנגד כל אחת מהחלופות. תקצר היריעה מלפרט כאן את כל השיקולים הללו<sup>204</sup> ואציין בקליפת האגוז רק את המרכזיים שבהם.

3.1. א. חישוב פיצויים לפי המועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב השיקול העיקרי התומך בחלופה זו הוא שזוהי החלופה המשקפת באופן הנאמן ביותר את ההסכמות החוזיות המקוריות (שהרי המועד המוסכם לקיום החיוב הוא זה שנקבע בחוזה ולא מועד כלשהו מוקדם יותר) ולכן היא זו שמבטאת באופן הנכון ביותר את ההגנה על אינטרס הקיום. לפי התפיסה הקלאסית מטרת הפיצויים איננה הענשת המפר אלא העמדת הנפגע במצב הקרוב ביותר לזה שהיה מצוי בו אילו קיים החוזה כראוי.<sup>205</sup> מטרה זו תושג באופן הקרוב ביותר אם שווי השוק יחושב על פי המועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב. שיטת חישוב זו גם מתאימה לכלל האנגלי המסורתי לפיו כל עוד לא הגיע המועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב לא נכנס לפעולה נטל הקטנת הנזק והנפגע חופשי להמתין, כמעט ללא סיג, עד למועד החוזי. אין פלא, לפיכך, שזוהי הנוסחה שאומצה לחישוב הפיצויים בהפרה-צפויה על פי הכלל המסורתי. כלל זה מבטא את התפיסה הקלאסית של דיני החוזים שבמרכזה עיקרון חופש החוזים וכיבוד רצונם האוטונומי של הצדדים. ישנם לפחות שני שיקולים מרכזיים כנגד שיטת חישוב זו: שיקול אחד הוא שאם תביעת הפיצויים מתבררת בבית המשפט עוד לפני שהגיע המועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב קיים קושי מעשי לחשב שווי שוק עתידי. הטענה היא שקביעת שווי השוק העתידי תהיה מבוססת, במידה רבה, על השערות ספקולטיביות. נימוק זה נזכר פעמים רבות הן בספרות המשפטית והן בפסיקה האנגלו-אמריקאית.<sup>206</sup> הנימוק העיקרי השני כנגד שיטת חישוב זו הוא כלכלי. מקובל להניח שקביעת שווי השוק לפי המועד החוזי העתידי משקפת כלל משפטי בלתי יעיל:<sup>207</sup> כאשר מדובר בהפרה צפויה מצד מוכר, יש

204 ביתר הרחבה ראו גלברד, לעיל הערה 24, בע' 294 ואילך.  
205 ראו סעיף 532 להצעת הקודקס, הקובע כי: "מטרת הפיצויים בשל הפרה היא להביא את הנפגע, ככל שניתן, למצב שהיה נמצא בו אלמלא ההפרה."

206 ראו: Denooyer, *supra* note 193, at pp. 1802–1803. הטענה שחישוב הפיצויים לפי שווי שוק עתידי הוא ספקולטיבי מלווה את דוקטרינת ההפרה הצפויה כבר מראשיתה. באנגליה ראו: *Roper v. Johnson* (1873) L.R. 8 C.P. 167. בארה"ב ראו: *Daniels v. Newton*, 114 Mass. 530 (1874). פתרון אחד שנקטו בו בתי המשפט, כדי להתגבר על הקושי להעריך שווי שוק עתידי, היה בדרך של קביעת שווי השוק לפי מועד המשפט, תוך הנחה ששווי זה מהווה, בליט ברירה, את הראיה הטובה ביותר ביחס לשווי העתידי: Taylor, לעיל הערה 193, בע' 928 (בהערה 39).

207 אחד המאמרים המרכזיים שעסקו בניחות הכלכלי של סוגיה זו הוא מאמרו של: Jackson, *supra*

להניח כי בדרך כלל הפרה כזו תתרחש על רקע מגמה של עליה במחיר השוק (והיפוכם של דברים ביחס להפרה צפויה מצד קונה). קביעת שווי השוק למועד המוקדם יותר (מועד ההפרה הצפויה) היא יעילה יותר, שכן היא תגביל את עלויות ההפרה על ידי כך שהיא תאלץ את הקונה-הנפגע לצאת לשוק ולמצוא חוזה חלופי כבר בשלב המוקדם יותר וממילא גם בעלות נמוכה יותר. לעומת זאת, אילו המועד לקביעת שווי השוק היה נקבע למועד הקיום החוזי היה אולי מצבו של הנפגע עדיף, שכן היה מתאפשר לו "להמר ללא סיכון" על חשבונו של המפר. הסיכון של עליית השווי נופל ממילא כולו על המפר, בעוד שהנפגע יכול להמתין (כאמור, ללא כל סיכון) ולהמר על הסיכוי ששווי השוק ירד. אולם אם בוחנים את היעילות הכלכלית הכוללת של הכלל המשפטי (יעילות קלדור-היקס) ברור שהמתנה כזו של הנפגע איננה יעילה. דוגמא מספרית תבהיר נקודה זו: נניח כי ב-1/1 נכרת חוזה בו התחייב מוכר לספק לקונה נכס בתאריך 1/12 תמורת מחיר של 1,000. ב-1/6 מודיע המוכר כי לא יקיים את חיובו (הפרה צפויה). במועד ההפרה הצפויה (1/6) מחיר הנכס בשוק הוא 2,000 (ההנחה היא, כאמור, שהפרה צפויה מצד מוכר תתרחש בדרך כלל בשוק עולה). עקרונית, יכול הקונה-הנפגע לצאת באותו מועד לשוק ולרכוש נכס חלופי. במקרה כזה, הפיצוי שיחויב בו המפר יהיה 1,000 (ההפרש בין השווי בחוזה לשווי השוק ב-1/6). אם הכלל המשפטי לא יחייב את הקונה "לצאת לשוק" באותו שלב (למשל, אם הכלל המשפטי יהיה כמו הכלל האנגלי המסורתי, המתייחס לשווי השוק במועד הקיום החוזי), יש להניח שהוא יעדיף לחכות עד ה-1/12. הסיבה לכך ברורה: אם השוק ימשיך ויעלה, (נניח שב-1/12 המחיר כבר 3,000) הקונה-הנפגע ממילא "מבוטח" מפני עליית השוק, שכן הסיכון נופל על המפר (המפר יחויב, בדוגמא זו, לשלם פיצוי בסך 2,000 ופיצוי זה יאפשר לנפגע לצאת לשוק ולרכוש נכס חלופי זהה. הנפגע יעמוד באותו מצב שבו היה אילו קיים החוזה, מבלי שמצבו הורע כתוצאה מעליית השוק במהלך תקופת ההמתנה). לעומת זאת, אם יתמזל מזלו של הקונה והשוק ירד ל-500, הזכייה תהיה כולה שלו. הוא יבטל את החוזה, יהיה זכאי להשבה של 1,000, יוכל לרכוש נכס חלופי זהה ב-500 ולהיותו עם "עודף" של 500. משמע שמצבו של הנפגע יהיה טוב יותר מזה שציפה לו אילו קיים החוזה. המפר, לעומת זאת, יישאר עם נכס שערכו ירד מ-1,000 ל-500. התוצאה היא, שצד אחד (המוכר-המפר) נושא בכל הסיכונים ואילו הצד האחר (הקונה-הנפגע) אינו נושא בסיכון כלשהו. (המחיר החוזי מובטח לו בכל מקרה, אך מנגד יש לו סיכוי ל"זכייה" שתעמיד אותו במצב טוב יותר מזה שציפה לו בעת כריתת החוזה).<sup>208</sup> לכן כלל

193 note. לפסק דין שבו מפורטים נימוקים להעדפת מועד ההפרה הצפויה לצורך קביעת שווי השוק ראו: *Trinidad Bean and Elevator Co. v. Forsh*, 494 N.W. 2d 347 (Neb. Ct. App. 1992).

208 כפי שמסביר: Jackson, *supra* note 86, at p. 86. האפשרות של "הימור ללא סיכון" על ידי הנפגע נובעת מקיומם של יחסים חוזיים מוקדמים בין הצדדים. קיומו של החוזה גורם ל"קיבוע" הסיכון של הנפגע. הנפגע לא יחויב, בכל מקרה, לשלם עבור הנכס או השירות מעבר למחיר שנקבע בחוזה. החלטתו של אדם ביחס למועד ה"יציאה לשוק" עשויה להיות שונה, כאשר אין

משפטי כזה מהווה תמריץ ברור להתנהגות בלתי יעילה. הנפגע, שבידיו נתונה הבחירה מתי "לצאת לשוק" לצורך התקשרות בעסקה חלופית, יעדיף לחכות, למרות שמנקודת המבט הכוללת (ה"קלדור-היקסית") הדבר עלול להגדיל את העלויות. מנקודת מבטו של הקונה, הגדלת העלויות הכוללת אינה רלבנטית, שהרי ממילא לא הוא זה שישא בסיכון, אלא הצד האחר.<sup>209</sup> סיכומם של דברים, המסקנה המקובלת היא שמדידת שווי השוק לצורך חישוב פיצויים בהפרה צפויה לפי המועד הקבוע בחוזה משקפת כלל משפטי בלתי יעיל.<sup>210</sup>

3.1 ב. חישוב פיצויים לפי המועד שבו נודע לנפגע על ההפרה הצפויה שני השיקולים המרכזיים שתומכים בשיטה זו הם, למעשה, בדיוק שיקולי הנגד שציינתי ביחס לחלופה הראשונה. שיקול אחד התומך בחלופה השנייה הוא שקביעת שווי השוק לפי המועד שבו נודע לנפגע על ההפרה הצפויה מונע את טענת הספקולטיביות. גם אם התביעה מתבררת בבית המשפט עוד בטרם הגיע המועד החוזי לקיום החיוב, אין כל קושי להוכיח את שווי השוק במועד ההפרה הצפויה. ואכן, חלופה כזו נקבעה, כאמור, בסעיף 2-723 ל-U.C.C. האמריקאי, הקובע כי באותם מקרים בהם תביעת הפיצויים מתבררת בבית המשפט עוד לפני שהגיע מועד הקיום החוזי, יש לחשב את הפיצויים על פי שווי השוק במועד שבו נודע לנפגע על ההפרה הצפויה. דברי ההסבר לסעיף מציינים כי הוראה זו באה להתגבר על טענת הספקולטיביות שהועלתה כנגד הכלל המסורתי.<sup>211</sup> הנימוק השני המרכזי התומך בחלופה השנייה הוא שחלופה זו משקפת, כפי שהוסבר לעיל, את הכלל המשפטי היעיל יותר מבחינה כלכלית.

מצד שני, קיימים נימוקים כנגד החלופה השנייה. נימוק מרכזי אחד הוא שחישוב הפיצויים לפי שווי השוק במועד ההפרה הצפויה אינו מקיים את המטרה של העמדת הנפגע במצב שבו היה מצוי אילו קיים החוזה. הנפגע אמור היה לקבל את הנכס או

חווה ברקע וכאשר הוא זה שנושא הן בסיכון והן בסיכוי ביחס להחלטה להשהות את מועד רכישתו של הנכס או השירות. השוו ע"א 5610/93 זלסקי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה, ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68.

209 ההסבר שהובא מתייחס להפרה צפויה מצד המפר, אולם הוא נכון באותה מידה בדיוק ביחס להפרה צפויה מצד הקונה, שכן ההנחה היא שהקונה יפר בדרך כלל במצב של שוק יורד. לדוגמא מקבילה המתייחסת להפרה צפויה מצד הקונה ראו: Jackson, *supra* note 193, at p. 96-97.

210 מלבד מאמרו של Jackson ראו גם: Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (5<sup>th</sup> ed., 1998) 139 Alan Schwartz & Robert E. Scott *Commercial Transactions Principles and Policies* (2<sup>nd</sup> ed., New York, 1991) 334-340. כידוע, מסקנות הנובעות מניתוח על פי מודל כלכלי מושפעות, בהכרח, מהנחות המוצא של הכותב. מסיבה זו הגיעו Schwartz ו-Scott, לאחר ניתוח כלכלי של אותה סוגיה עצמה, למסקנה כי אם לא מקבלים חלק מהנחות המוצא של Jackson, ניתן להעדיף דווקא כלל משפטי המודד את שווי השוק במועד הקבוע לביצוע החיוב על פי החוזה (Id. at pp. 337-339).

211 ראו גם: Leibson, *supra* note 193.

השירות במועד הקבוע בחוזה ולא במועד מוקדם יותר. נימוק נוסף כנגד הבחירה בחלופה זו הוא שמדידת שווי השוק לפי מועד ההפרה הצפויה משמעותה המעשית היא שהסיכון ביחס לשינויים בשווי השוק שעשויים להתרחש לאחר מועד זה ייפול על כתפי הנפגע. דבר זה מנוגד לעמדה העקרונית המעדיפה את הנפגע ומקנה לו (בכפוף לשיקולים של תום לב ובכפוף לנטל הקטנת הנזק) את כוח הבחירה בין התרופות. גישה זו גם איננה עולה בקנה אחד עם שיטת משפט הרואה באכיפה תרופה ראשונה במעלה, שהרי היא מאלצת את הנפגע להתקשר בעסקה חלופית מיד וללא כל דיחוי, על מנת להימנע מהסיכון של שינוי מאוחר בשווי השוק שלא יילקח בחשבון במסגרת חישוב הפיצויים.

1.3.ג. חישוב פיצויים לפי זמן מסחרי סביר לאחר מועד ההפרה הצפויה  
גישה זו, הנתמכת בסעיף 2-610 ל-U.C.C. האמריקאי, היא למעשה גישת ביניים. היא מכירה במידה מסוימת בעדיפותו של הנפגע ובכך שיש לאפשר לו בחירה בין ביטול החוזה לבין המשך קיומו, אולם זאת רק למשך "זמן מסחרי סביר". כל עוד ההמתנה של הנפגע לקיום החוזה היא בגבולות הזמן המסחרי הסביר, הסיכון של שינויים בשווי השוק של הנכס או השירות נופל על כתפי המפר. פרק הזמן הסביר, שבמהלכו נופל הסיכון על המפר, מקנה לנפגע פסק זמן שבמהלכו יוכל לנסות לגרום למפר לחזור בו מההפרה הצפויה. פרק זמן זה מאפשר לו גם תקופת התארגנות ובדיקת-שוק לקראת התקשרות בחוזה חלופי.<sup>212</sup> אולם, אם בחלוף הזמן המסחרי הסביר לא עלה בידי הנפגע לגרום למפר לחזור בו מההפרה עליו לנטוש את חלופת הקיום, לבטל את החוזה ולמצוא עסקה חלופית, שאם לא כן הסיכון ביחס לשינויי שוק מאוחרים יותר יחול עליו.<sup>213</sup>

#### 1.3.ד. הדין הרצוי

איזו מבין החלופות הללו מתאימה לשיטת המשפט בישראל? כנראה שאין לכך תשובה "נקייה". אף אחת מהחלופות הנזכרות איננה יכולה לשמש כעקרון מדידה בלעדי לצורך חישוב הפיצויים בהפרה צפויה. הפתרון הנכון הוא שילוב מסוים בין החלופות השונות, כאשר הקווים המנחים לחישוב הפיצויים בהפרה צפויה חייבים לנבוע מתפיסות היסוד של דיני החוזים בישראל.  
אני סבור כי, באופן עקרוני, החלופה אשר תתאים בדרך כלל לחישוב הפיצויים בהפרה צפויה היא זו של שווי השוק במועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב שהופר. כמה

212 השו: John A. Sebert "Remedies Under Article Two of the Uniform Commercial Code: An Agenda for Review" 130 *U. Pa. L. Rev.* (1981) 360, 376-377; George I. Wallach "Anticipatory Repudiation and the U.C.C." 13 *U.C.C. L. J.* (1980) 48, 63  
213 ראו: Note, "U.C.C. § 2-713: Anticipatory Repudiation and the Measurement of an Aggrieved Buyer's Damages" 19 *WM & Mary L. Rev.* (1977) 253, 255  
השיטה הגמישה והצודקת ביותר לחישוב הפיצויים.

וכמה נימוקים תומכים באפשרות זו. ראשית, זוהי החלופה המקיימת באופן הנאמן ביותר את מטרת הפיצויים, כפי שהוגדרה בסעיף 532 להצעת הקודקס: "מטרת הפיצויים היא להביא את הנפגע, ככל שניתן, למצב שהיה נמצא בו אלמלא ההפרה". שנית, חלופה זו, אשר מטילה על המפר את הסיכון ביחס לשינויים מאוחרים בשווי השוק של הנכס או השירות מתאימה לתפיסה הנוהגת במשפטנו לפיה אין מקום להתייחסות "ניטראלית" כלפי המפר והנפגע. מעמד של שני אלה אינו דומה. באופן עקרוני האשם רובץ לפתחו של המפר ועל כן ראוי להעדיף את האינטרס של הנפגע על פני זה של המפר. שלישית, זוהי החלופה המתאימה ביותר לשיטה שבה ברירת התרופות נתונה, עקרונית, בידי הנפגע ולשיטת משפט אשר רואה את סעד האכיפה כסעד ראשון במעלה ואשר מכירה בזכותו של הנפגע לשאוף לקיום החוזה ולא רק לקבל פיצויים בשל הפרתו.<sup>214</sup> אכן, כפי שכבר הוסבר קודם, בחירה בשיטת חישוב על פי שווי השוק במועד הקבוע בחוזה עלולה ליצור בעיה בהערכת שווי שוק במועד עתידי. עם זאת, אינו רואה בכך קושי גדול במיוחד. ראשית, במציאות הישראלית, שבה ניהול של תביעה משפטית עשוי להימשך זמן ניכר,<sup>215</sup> הרי גם אם מדובר בתביעה שעילתה המקורית הייתה הפרה צפויה, יש להניח כי במרבית המקרים עד למועד הבאת הראיות בתיק כבר יחלוף המועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב ולא תתעורר בעיה בהוכחת שווי השוק במועד זה. אמנם ייתכנו גם מצבים (כאמור, אני מעריך שאלו יהיו נדירים למדי), בהם מדובר בהפרה צפויה של חיוב בחוזה ארוך טווח, כך שמועד הבאת הראיות בתיק יקדם למועד הקבוע בחוזה לקיום החיוב. במצב כזה קביעת שווי השוק העתידי תהיה אכן חייבת להתבסס על הערכה. עם זאת, גם בכך אינו רואה קושי יוצא דופן. הערכת שווי עתידית היא לחם-חוקם של בתי המשפט בתחומים שונים והעובדה שהערכת שווי השוק לא תהיה מבוססת במקרים (הנדירים) הללו על נתונים מדויקים איננה נראית בעייתית במיוחד.<sup>216</sup>

עם זאת, מדידת שווי השוק עשויה להיקבע למועד מוקדם יותר באותם מקרים בהם על פי העקרונות הנוהגים במשפטנו הנפגע אינו רשאי להמשיך ולהמתין לקיומו או לאכיפתו של החיוב המופר. אלו הם אותם מקרים עליהם עמדתי כבר בפרק הקודם של המאמר.<sup>217</sup> כך למשל, כאשר מחד גיסא ברור מראש שהנפגע לא יוכל לקבל בעתיד סעד של אכיפה, בשל העובדה שמתקיים אחד מהסייגים המונעים את אכיפת החיוב המופר, וכאשר, מאידך גיסא, עומדת בפני הנפגע אפשרות סבירה להקטנת הנזק על ידי התקשרות מוקדמת בחוזה חלופי. במקרה כזה שיקולים של יעילות והגינות מצטרפים

214 עניין אדרס, לעיל הערה 186.

215 העומס במערכת המשפט והזמן הרב החולף עד למתן פסק דין הם מן המפורסמות. ראו בעניין זה דיון על הרפורמה במערכת בתי המשפט, מחקרי משפט ח (תש"ן) מאמרים בע' 9–159. למרות שהדברים נכתבו כבר לפני כ-15 שנים, במידה רבה הנושא טרם בא על פתרונו.

216 השו"ג גם לסעיף 541 להצעת הקודקס, המאפשר לבית המשפט לקבוע פיצויים על דרך אומדן מקום שבו אין אפשרות סבירה להוכיח את שיעור הנזק.

217 ראו פרק 2.1.ג. לעיל.

יחד על מנת למנוע המתנה חסרת תוחלת של הנפגע. במקרה כגון זה יהיה מוצדק, לפיכך, לחשב את הפיצויים על פי שווי השוק במועד המוקדם. במקרה כזה יש לבחון עדיין שתי שאלות: ראשית, מהו "המועד המוקדם"? האם זהו המועד שבו נודע לנפגע על ההפרה הצפויה או שמא המועד של "זמן מסחרי סביר" לאחר ההפרה הצפויה? ושנית, האם מחיר השוק שאליו יש להתייחס במקרה כזה הוא spot-price או שמא forward-price?

באשר לעיתוי של ה"מועד המוקדם" דומני שיש להעדיף את החלופה של "זמן מסחרי סביר" לאחר שנודע לנפגע על ההפרה הצפויה. כפי שהוסבר לעיל, ייתכן שמבחינה כלכלית צרופה דווקא החלופה המיידית משקפת כלל משפטי יעיל יותר. עם זאת, נראה שאין להטיל על הנפגע למצוא חוזה חלופי מייד עם היוודע לו על ההפרה הצפויה (שאם לא כן, ישא בסיכון של שינויים מאוחרים בשווי השוק). כאמור, הנפגע הוא הצד התמים ואין להחמיר עימו יתר על המידה. בכלל הקוד כולו משרד מסר של איזון ומידתיות ודומני שדרישה לתגובה מיידית מצד הנפגע מטילה עליו נטל כבד מדי.<sup>218</sup> זאת ועוד, החלופה של "זמן מסחרי סביר" לאחר ההפרה תקנה לנפגע פרק זמן סביר שבמהלכו יוכל לנסות לשכנע את המפר לחזור בו מהפרתו או להגיע עימו להסכמות אחרות שיאפשרו את המשך קיומו של החוזה. אין זה רצוי למנוע אפשרות כזו וברור שהסיכון ביחס לשינויי-שווק במהלך פרק הזמן הזה צריך שיחול על המפר. יש לקחת בחשבון שגם התקשרות בעסקה חלופית מחייבת זמן להתארגנות ושוב, אין זה מוצדק שבפרק הזמן הזה ישא הנפגע בסיכון של שינויים בשוק. לסיכום, דומני כי באותם מקרים בהם מוצדק לחשב את הפיצויים על פי שווי שוק במועד מוקדם מהמועד הקבוע בחוזה, הרי בדרך כלל שווי השוק צריך להיות זה של זמן מסחרי סביר לאחר מועד ההפרה הצפויה, ולא במועד ההפרה הצפויה.

האם שווי השוק במועד האמור (זמן מסחרי סביר לאחר ההפרה הצפויה) צריך להיות לפי שווי של עסקת spot או של עסקת forward? מבחינה עקרונית נראה שהתשובה היא שעדיף לחשב את הפיצויים לפי מחיר של עסקת forward. הסיבה לכך היא, שזהו החישוב המתאים ביותר להסכמות החוזיות ולציפיות הצדדים. הנפגע אמור היה לקבל את הנכס או השירות במועד מוסכם. הציפייה הסבירה של הצדדים היא שחוזו החלופי, גם אם ייכרת במועד מוקדם יותר, יהיה עדיין חוזה להספקת הנכס או השירות באותו מועד עתידי שעליו הוסכם בחוזה הראשון. לעומת זאת, פיצוי אשר מחושב לפי spot price יאפשר לנפגע להתקשר בחוזה לאספקה מיידית של הנכס או השירות ולכן יעניק לו פיצוי יתר. יתר על כן, חישוב הפיצויים לפי מחיר forward גם מהווה הקבלה ראויה של תרופת הפיצויים לסייג הקיים ביחס לתרופת האכיפה, לפיו בית המשפט לא ייתן צו "אשר מורה על קיום החיוב במועד

218 ראו למשל סעיף 222(א) להצעת הקודקס, הקובע נטל על קונה אשר רוצה להסתמך על טענת אי-התאמה, להודיע למוכר תוך זמן סביר (וזאת במקום דרישת המיידיות הקיימת בחוק המכר כיום).

המוקדם מהמועד המוסכם לקיום החיוב". מאחר ופיצויי הקיום באים חלף קיומו של החיוב, הרי חישוב הפיצויים לפי forward price מהווה כלל מקביל, במסגרת תרופת הפיצויים, לסייג הקיים ביחס לאכיפה. כך תושג סימטריה מרבית בין פיצויי קיום לבין אכיפה.<sup>219</sup> עם זאת, ראוי לזכור שלא בכל מקרה קיימת בשוק עסקת forward חלופית.<sup>220</sup> אם הנסיבות הן כאלה שעסקת forward אינה זמינה באופן סביר, כי אז מובן שיש לפצות את הנפגע באופן שיאפשר לו לעשות עסקת spot לרכישה מיידית של הנכס או השירות החליפי.

סיכומו של דבר, דומה כי הקביעה בסעיף 572 המוצע, לפיה הנפגע יהיה זכאי לכל התרופות "בשינויים המחויבים" איננה מספקת. יש מקום לקבוע מספר כללים עקרוניים בנוגע להתאמת התרופות השונות למצב המיוחד של הפרה צפויה ובעיקר בנושא חישוב הפיצויים. גם אם ניתן להבין את הרצון להימנע מפירוט יתר, שכן גם לפירוט רב מדי ישנם חסרונות, דומני שקביעה סתמית בנוסח "בשינויים המחויבים" ללא פירוט כלשהו איננה רצויה, בוודאי במסגרת של קודקס מפורט שמטרתו, בין היתר, להבהיר את דיני הממונות.

## ז. סיכום

מאמר זה עסק בהסדר ההפרה הצפויה שבהצעת הקודפיקציה. לנושא ההפרה הצפויה יוחד פרק שכותרתו "תרופות בשל הפרה צפויה".<sup>221</sup> "פרק" זה כולל רק סעיף אחד, סעיף 572 להצעת הקודקס, אשר במבט ראשון דומה מאד לסעיף הקיים בחוק התרופות. בחלקו הראשון של המאמר (פרקים ב-ה) נסקרו ההבדלים העיקריים שבין הסעיף הקיים לבין הסעיף המוצע. ארבעת ההבדלים שנדונו הם אלה: ראשית, הרחבת היקף תחולתו של דין ההפרה הצפויה ביחס לכלל החיובים, וזאת בניגוד לסעיף 17 לחוק התרופות שחל רק ביחס להפרתו הצפויה של חיוב חוזי. שנית, קביעת רמת הסתברות גבוהה ביותר (מסוג של וודאות קרובה) לצורך תחולת ההסדר, וזאת בניגוד לדרישה הקיימת כיום בחוק להסתברות מתוך הנסיבות. שלישית, התאמתו של הסעיף החדש לשינויים שמציע הקוד בנושא הסיכול: על פי הדין הקיים סיכול נחשב להפרה (אמנם כזו שבמסגרתה ניתנת למפר חסינות עקרונית מפני תרופות הפיצויים והאכיפה)

219 על הצורך בסימטריה בין אכיפה לבין פיצויי קיום ראו עניין אזורים, לעיל הערה 199, בע' 385-383.

220 ישנם תחומים שבהם ניתן למצוא עסקות forward מובהקות, כגון בשוק ה-commodities או בשוק העסקאות הפיננסיות. לעסקאות forward בשוק ה-commodities ראו עניין סוראקי, לעיל הערה 149. לעסקאות forward בשוק הפיננסי ראו ע"א 7302/96 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' לילוף, פ"ד נה(3) 200.

221 פרק שישי (תרופות בשל הפרה צפויה) של חלק משנה שישי (תרופות בשל הפרת חיוב) בפרק הרביעי (חיובים) של הקוד.

ולכן סיכול-צפוי נחשב כהפרה-צפויה. על פי המוצע בקודקס, סיכול לא ייחשב עוד כהפרה ועל כן סיכול צפוי לא ייכלל במסגרת סעיף ההפרה הצפויה. רביעית, השינויים הטרימינולוגיים שבסעיף המוצע לעומת הסעיף הקיים. בעוד שבסעיף 17 לחוק התרופות נמנע המחוקק משימוש במושגי היסוד "הפרה" ו-"נפגע", הסעיף החדש משתמש במונחים הללו ובכך בא על תיקונו עיוות לשוני היסטורי שאין לו כיום כל הצדקה.

אגב סקירת השינויים הללו הצעתי מספר תיקונים ותוספות לנוסח המוצע. מטעמי נוחות אביא את תמצית הדברים:

בהקשר של הרחבת התחולה של הסדר ההפרה הצפויה על כלל החיובים, הצעתי לשנות מעט את הסיפא לסעיף 572 להצעת הקודקס, שכן זו מנוסחת כעת באופן המתאים לכאורה לחיובים רצוניים בלבד.<sup>222</sup>

בהקשר של קביעת רמת הסתברות מסוג של "קרוב לוודאי", הצעתי לשקול האם מוצדק לדרוש רמת הסתברות כה גבוהה ביחס לכל סוגי התרופות. סברתי כי כאשר מדובר בתביעה לאכיפת החוזה ניתן להסתפק ברמת הסתברות נמוכה יותר (למשל, כמידתו של מאזן ההסתברות הנדרש בדין האזרחי), שהרי מטרתה של תרופת האכיפה בהפרה צפויה אינה אלא לקיים את ההסכמות החוזיות המקוריות שנקבעו בין הצדדים. בדומה לכך, הצעתי כי גם ביחס למתן תרופות מניעתיות במצב של הפרה צפויה של חיוב בחוזה על-תנאי (סעיף 193(ג) להצעת הקודקס) ניתן יהיה להסתפק ברמת ההסתברות הנמוכה יותר, מאותה הסיבה בדיוק.

במסגרת הדיון ברמת ההסתברות הנדרשת, עסקתי גם ב"מנגנון הבטוחה הסבירה" שנקבע בסעיף 192(ב) להצעת הקודקס ואשר מיועד לטפל במצבים בהם רמת ההסתברות להפרה העתידית איננה מגיעה לזו הנדרשת לצורך סעיף 572 להצעת הקודקס. בהקשר זה הצעתי להוסיף לסעיף 192(ב) תוספת, לפיה הימנעות ממתן בטוחה בתוך זמן סביר תגרום ל"שדרוג" הסיטואציה לכדי הפרה צפויה, כמשמעותה בסעיף 572. התועלת שבתוספת כזו היא כפולה: ראשית, יצירת קישור נרמז עבור המשתמש הבלתי מיומן בקוד בין ההסדר שבסעיף 192(ב) לבין זה שבסעיף 572. שנית, הפיכתו של מנגנון הבטוחה הסבירה לאינדיקטור יעיל אשר עשוי לצמצם את כמות הטעויות באבחון נכון של מצבי הפרה-צפויה.

בהקשר של התאמת סעיף 572 להצעת הקודקס לשינויים שהוכנסו במסגרת הקוד בנושא הסיכול, הצבעתי על כך שבמקביל לגריעתו של "סיכול צפוי" מדין ההפרה הצפויה, יש הכרח להוסיף הוראה הנוגעת ל"סיכול צפוי" במסגרת פרק הסיכול שבקוד. על פי הנוסח הקיים כעת נושא הסיכול הצפוי נגרע מסעיף 572 אך לא הוסף לפרק הסיכול ולכן קיים בהצעה חסר בנושא זה.

בנושא השינויים הטרימינולוגיים, הצבעתי על כך שבמסגרת הנוסח המוצע של סעיף

222 לעיל הערה 9.



572 קיים עדיין שריד לאנומליה הטרימינולוגית המאפיינת כיום את סעיף 17 לחוק התרופות. הצעתי שגם הפרה צפויה הנובעת מגילוי דעתו של המפר (הפרה צפויה הצהרתית) תכונה בשם הפרה, ולא "אי-קיום", בדומה להפרה הצפויה הנסיבתית. בחלקו השני של המאמר (פרק 1) עמדתי על הקצרות היתרה של "פרק" ההפרה הצפויה ועל כך שרצוי היה, במסגרת הקודקס החדש, לעבות מעט את ההסדר החקיקתי. הצבעתי על שלושה נושאים מרכזיים הטעונים, לדעתי, השלמה: הסדרת הנושא של חזרת המפר מההפרה הצפויה, הסדרת הנושא של ברירת הנפגע וכן התאמת התרופות למצב המיוחד של הפרה צפויה.

בנושא של חזרת המפר מההפרה הצעתי לקבוע כי חזרת המפר תתאפשר, בדרך כלל, רק כל עוד הנפגע לא ביטל את החוזה, או לפחות עד שהייתה הסתמכות מצד הנפגע על זכות הביטול שהוקנתה לו כתוצאה מההפרה הצפויה (אף אם החוזה עדיין לא בוטל). עוד הצעתי, כי באותם מקרים בהם ההפרה הצפויה גרמה לפגיעה משמעותית באמון, תותנה אפשרות החזרה של המפר מההפרה הצפויה במתן בטוחה נאותה מצידו להבטחת קיומו של החיוב העתידי. בנוסף, הצעתי להבהיר כי בניגוד לגישה המקובלת בספרות המשפטית האנגלו-אמריקאית, חזרת המפר מההפרה הצפויה משמעותה אינה אלא זו, שנחסמת בפני הנפגע האפשרות לביטול החוזה. אולם, הנפגע יוכל לתבוע עדיין פיצויים בגין נזקים שנגרמו לו עקב ההפרה הצפויה עצמה, וזאת למרות העובדה שהחיוב המופר יקום, בסופו של דבר, במועדו המקורי. הצעתי גם כי במקרים של הפרה צפויה זדונית ניתן יהיה לפסוק לטובת הנפגע פיצויים בעלי אופי עונשי (סעיף 564 להצעת הקודקס) חרף חזרתו של המפר.

בנושא ברירת הפעולה של נפגע בהפרה צפויה הצבעתי על חוסר הבהירות הקיים עדיין בנושא זה במשפט הישראלי. הצעתי לקבוע קווים מנחים עקרוניים בנושא. מצד אחד, עקרון תום הלב ושיקולים של יעילות מחייבים לסייג, במקרים מסוימים, את כוח הבחירה של הנפגע. מנגד, נראה כי הגישה האמריקאית, המסייגת בכל מקרה את ברירת הנפגע ומאפשרת לו להמתין לקיום החוזה רק למשך "זמן מסחרי סביר", איננה עולה בקנה אחד עם תפיסות היסוד של שיטתנו. עמדת המשפט הישראלי היא שיש להעדיף, בדרך כלל, את האינטרסים של הנפגע על פני אלה של המפר. ברירת התרופות נתונה באופן עקרוני בידי הנפגע ולנפגע נתונה זכות עקרונית לקיום החוזה המופר (תרופת האכיפה) ולא רק לקבל פיצויים בשל הפרתו. משום כך הצעתי שהקווים המנחים שיקבעו בסוגיה זו יתוו דרך ביניים בין "הגישה האנגלית" לבין "הגישה האמריקאית".

בנושא של התאמת התרופות הצבעתי על כך שהתוספת שהוספה לסעיף 572, לפיה הנפגע זכאי לכל התרופות "בשינויים המחויבים" אינה מוסיפה, למעשה, דבר. יש מקום לקבוע הוראות מפורטות יותר בנושא התאמת התרופות למצב המיוחד של הפרה צפויה. במיוחד אמורים הדברים ביחס לנושא המורכב של חישוב הפיצויים בהפרה צפויה.

