

## הגנת אשם תורם למפר חוזה – אימתי?

מאת  
אריאל מורת\*

- א. מבוא
- ב. עיקרי הטעמים בעד הכרה בהגנת אשם תורם ונגדה בחינה ביקורתית של המיון הקיים: מיון לפי טיב החובה החוזית שהופרה
1. בחינת הטעמים הרווחים בעד המיון לפי טיב החובה החוזית שהופרה
2. טעמים אחרים בעד המיון לפי טיב החובה החוזית שהופרה
- ג. מיון חלופי: קבוצות מקרים שבהם ראוי להכיר בהגנת האשם התורם
- אשם תורם "חוזי" לעומת אשם תורם "נזיקי"
- קבוצה (א): אישיתוף-פעולה בביצוע החוזה
- קבוצה (ב): סירוב להבהיר מחלוקות, ערפול המצב המשפטי ויצירת מבוך סתום
- קבוצה (ג): איאזרה מסכנת נזק גדול או מנסיבות מיוחדות
- קבוצה (ד): הטעיה ואיגילוי מידע חיוני לביצוע החוזה שתרמו להפרה
- (1) חובת גילוי בשלב הכריתה מול נטל גילוי בשלב הביצוע
- (2) ההיקף של נטל הגילוי בשלב הביצוע
- קבוצה (ה): יצירת איאמון וחששות אצל המפר
- קבוצה (ו): איהקטנת הנזק בנסיבות של חשש להפרת החוזה
- קבוצה (ז): אינקיטת אמצעי זהירות מיוחדים להגנת האינטרס המוגן בחוזה
- קבוצה (ח): איהקטנת הנזק עקב אידיעת הנפגע על הפרת החוזה
- ד. סיכום ומסקנות
- ה. סוף-דבר

### א. מבוא

בשיטות משפט רבות נטושה מחלוקת בשאלה אם יש להכיר בהגנת אשם תורם למפר

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.  
אני מודה מקרב לב לפרופסור נ' כהן ולפרופסור ד' פרידמן על הערות רבות וחשובות שהעירו לי לטיסה קודמת של המאמר. כן נתונה תודתי לחברי מערכת "עיוני משפט" על הערותיהם המועילות.

חווה<sup>1</sup> – הגנה המביאה לחלוקת האחריות<sup>2</sup> לנוק בין הצדדים לחווה. בישראל טרם נקבעה הלכה בעניין זה על-ידי בית-המשפט העליון.<sup>3</sup> למעשה, השאלה של חלוקת האחריות נידונה, ואף נענתה בחיוב, בפסק-דין אחד בלבד שפורסם ושנפסק בבית-משפט השלום בירושלים על-ידי השופט ד"ר המן שלח ויל.<sup>4</sup>

במדינות המשפט המקובל עסקו כתיי-המשפט בנושא זה פעמים רבות. הדיון בפסקי-הדין התמקד בדרך-כלל בשאלה אם חוק הקובע הגנה זו בתחום דיני הנזיקין חל אף על תביעה שעילתה חוזית. התשובות שניתנו לשאלה זו היו שונות, וברוב המדינות טרם נקבעה עמדה נחרצת בעניין.

באנגליה נפסקו כמה פסקי-דין של ערכאה ראשונה העוסקים בנושא. ניתן לחלקם

1 במאמר זה מכוון הביטוי "הגנת אשם תורם" או "הגנת אשם תורם בדיני החוזים" להגנת אשם תורם למפר חווה, ואילו הביטוי "אשם תורם" משמעו התנהגות בלתי-סבירה של הנפגע מהפרת החווה בשמירת ענייניו. השאלה אימתי התנהגות הנפגע הינה בלתי-סבירה היא למעשה נושא המאמר. לדיון מפורט באשר למהות האשם התורם החוזי, ראה א' פורת חלוקת אחריות בדיני החוזים (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת תל-אביב, 1989) 204-258.

2 כוונתי לחלוקת אחריות "אופקית", הנובעת מאחריות משותפת לאותו נזק, ולא לחלוקת אחריות "אנכית", הנובעת מאחריות נפרדת לנוקים או לחלקי נזק שונים. הסוג השני של חלוקת אחריות הינו שכוח למדי והוא כולל את כל אותם מקרים שבהם אחריותו של המפר מוגבלת על-ידי כללי סיבתיות, ריחוק הנזק והקטנת הנזק. המושג "חלוקת אחריות" ייוחד במאמר זה, מכאן ואילך, רק למה שהצעתי לכנות חלוקת אחריות "אופקית".

3 לאחר מסירת המאמר לדפוס, הכיר בית-המשפט העליון בחלוקת האחריות החוזית. ראה להלן בסוף המאמר.

4 ת"א (י-ם) 353/79 ברקי נ' עליאן, פ"מ תשמ"ד (3) 505 (להלן: עניין ברקי). באותו מקרה הגדיר בית-המשפט למעשה את שני הצדדים כמפירי חווה (להבדיל מהגדרת הנתבע כמפר והגדרת התובע "רק" כמי שתרם להפרה או לנוק באשמו; מבלי להפר את החווה, ועל-כן מצאם אחראים במשותף לנוק שנגרם לצד שהיה התובע במשפט. עם זאת, מקריאת פסק-הדין ניתן ללמוד, שבית-המשפט נטה להכיר עקרונית בהגנת האשם התורם בדיני החוזים.

ראה גם ע"א (ת"א) 674/77 "נקוב" בע"מ נ' חניון יצחק שדה בע"מ, פ"מ תשל"ט (2) 133 (להלן: עניין "נקוב"), ורשימה שנכתבה בשוליו: י' אנגלרד "האחריות לגניבת מכונית מתוך חניון – קשר השמירה ובעיותיו" משפטים יא (תשמ"א) 295, 300-303. כן ראה א' ידן חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חווה) תשל"א-1970 (פירוש לחוקי החוזים, מהדורה 2, ג' סרסקי עורך, תשל"ט) 48§; ז' צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל (תשל"ד) 450; ד' קציר תרופות בשל הפרת חווה (1991, כרך ב) 937-939.

הקושי לחלק אחריות אינו קיים כאשר נתבעים פיצויים בשל הפרת החובה לנהוג במשא-ומתן לכריתת חווה בדרך מקובלת ובתום-לב, לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק

לשלוש קבוצות עיקריות: הקבוצה הראשונה כוללת פסקי-דין שבהם נקבע כי להגנת האשם התורם אין כל תחולה בדיני החוזים;<sup>5</sup> הקבוצה השנייה כוללת פסקי-דין שבהם נקבע כי ההגנה חלה רק אם החובה החוזית שהופרה הינה חובה לנקוט זהירות סבירה;<sup>6</sup> ואילו הקבוצה השלישית כוללת מקרים שבהם נקבע כי ההגנה חלה רק כאשר עומדת לתובע, במקביל לעילה החוזית, עילת-ביעה נזיקית.<sup>7</sup> פסק-דין חדש יחסית של בית-המשפט לערעורים באנגליה משתייך אף הוא לקבוצה השלישית, אם כי שאלת האשם התורם נידונה בו באמרת-אגב.<sup>8</sup> באחרונה, ב-Working Paper של ה-Commission, הומלץ ליתן תחולה כללית להגנת האשם התורם, אלא אם החוזה מוציא הגנה זו, במפורש או מכללא.<sup>9</sup>

- כללי, תשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים). ראה ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 636-637; ע"א 714/87 שר נ' כהן, פ"ד מג(3) 159, 164; ע"א 590/88 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פישר, פ"ד מד(1) 730, 737.
- 5 *Basildon District Council v. J.E. Lesser (Properties) Ltd.* [1985] 1 All E.R. 20; *A.B. Marintrans v. Comet Shipping Co. Ltd., The Shinjitsu Maru No. 5* [1985] 3 All E.R. 442 (להלן: עניין *Martintrans*).
- 6 *Quinn v. De Meza v. Apple* [1974] 1 Lloyd's Rep. 508 (להלן: עניין *De Meza*); *Burch Bros. (Builders) Ltd.* [1966] 2 Q.B. 370 על פסק-הדין הראשון הוגש ערעור לבית-המשפט לערעורים, אך שאלת האשם התורם לא נדונה שם. [1975] 1 Lloyd's Rep. 498.
- 7 *Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher* [1986] 2 All E.R. 488 ראה להלן הטה 8.
- ראה גם: *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* [1992] 4 All E.R. 409, 425 (C.A.); *Youell v. Bland Welch & Co. Ltd.* [1990] 2 Lloyd's Rep. 431, 459-460 על פסק-הדין האחרון הוגש ערעור, אך שאלת האשם התורם לא נידונה: [1992] 2 Lloyd's Rep. 127. יש המפרשים את פסק-דין *Sayers v. Harlow Urban District Council* [1958] 1 W.L.R. 623, שנפסק על-ידי בית-המשפט לערעורים, כמשתייך גם כן לקבוצה השלישית: *Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher, ibid*, at p. 509. אך ראה עניין *De Meza, ibid*, שם פורש פסק-הדין כמשתייך לקבוצת המקרים השנייה דווקא.
- ישנם כמה ואריאנטים לקבוצת המקרים השלישית. ראה: C. Bennett "Contributory Negligence and Contractual Claims" 4 *Litigation* (1985) 195; N.E. Palmer & P.J. Davies "Contributory Negligence and Breach of Contract - English and Australian Attitudes Compared" 29 *Int'l & Comp. L. Q.* (1980) 415, 443-447.
- 8 *Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher* [1988] 3 W.L.R. 565 (C.A.) על פסק-דין זה הוגש ערעור, אך בית-הלורדים לא נזקק כלל לשאלת האשם התורם. *Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher* [1989] 2 W.L.R. 290 (H.L.).
- 9 *Contributory Negligence as a Defence in Contract*, The Law Commission,

באוסטרליה נפסקו פסקי-דין השייכים לכל שלוש הקבוצות, בדרך-כלל בערכאות ראשונות;<sup>10</sup> בניו-זילנד נפסק, גם כן בערכאה ראשונה, כי הגנת אשם תורם בחוזים אפשרית רק אם קיימת אחריות מקבילה בנויקין;<sup>11</sup> ובקנדה נפסקו פסקי-דין השייכים לכל שלוש הקבוצות,<sup>12</sup> אם כי ניכרת בפסקי-דין אחרים נכונות להכיר בהגנת האשם התורם כדיני החוזים בלא כל מגבלות.<sup>13</sup> דעה ברוח זו הובעה אף בפסקי-דין של בית-המשפט העליון הקנדי.<sup>14</sup>

The Law Commission, Working Paper (להלן: Working Paper No. 114, pa. 5.1 (No. 114).

10 הקבוצה הראשונה: Palmer & Davies, *supra* [1970] V.R. 45, in: *Belous v. Willets* note 7, at pp. 433–434; *James Pty. Ltd. v. Duncan* [1970] V.R. 705, in: Palmer & Davies, *ibid*, at pp. 435–436; *Harper v. Ashton's Circus Pty. Ltd.* [1972] 2 N.S.W.L.R. 395, in: Palmer & Davies, *ibid*, at pp. 437–440  
הקבוצה השנייה: Palmer & Davies, *ibid*, at p. 433  
*Smith v. Buckley* [1965] Tas. S.R. 210, in: Palmer & Davies, *ibid*, at p. 433

הקבוצה השלישית: *Queen's Bridge Motors & Engineering Co. Pty. Ltd. v. Edwards* [1964] Tas. S.R. 92, in: Palmer & Davies, *ibid*, at pp. 431–433

11 *Rowe v. Turner Hopkins & Partners* [1980] 2 N.Z.L.R. 550, in: Palmer & Davies, *ibid*, at p. 433  
תוק המכיר בהגנת האשם התורם כהגנה בעלת תחולה כללית כדיני חוזים. ראה: A.M. Dugdale "Proposals to Reform the Law of Civil Contribution" 2 *Can. L. Rev.* (1984) 171

לדעת יחיד, כי ההגנה חלה גם כאשר הופרה חובת זהירות חוזית בלבד, ראה: *Mouat v. Day v. Cark Boyce* [1992] 2 N.Z.L.R. 559 (per Cooke J.)  
שבו נקבע, שכאשר נפסקים פיצויים על-פי דיני היושר *Mead* [1987] 2 N.Z.L.R. 443, בנין הפרת חובת אמון, ניתן להפחיתם עקב רשלנותו התורמת של הנהגה. הבסיס לכך אינו החוק הקובע את הגנת האשם התורם בנויקין, אלא עקרונות של הגינות.

12 קבוצה ראשונה: *Henuset Bros. Ltd. v. Pan Canadian Petroleum Ltd.* (1977) 82 D.L.R. (3d) 345  
שהגנת האשם התורם אינה חלה כדיני החוזים.

קבוצה שנייה: *Caines v. Bank of Nova Scotia* (1978) 90 D.L.R. (3d) 271 (בשאלת האשם התורם דן רק שופט-המיעוט. שופטי-הרוב כלל לא נזקקו לשאלה).

קבוצה שלישית: *Canadian Western Natural Gas v. Pathfinder Surveys* (1980) 2 Alta L.R. (2d) 135

13 *Doiron v. Caisse Populaire D'inkerman Ltee* (1985) 17 D.L.R. (4th) 660; *Coopers & Lybrand v. H.E. Kane Agencies Ltd.* (1985) 17 D.L.R. (4th) 695  
פסקי-הדין *West Coast Finance Ltd. v. Gunderson* (1974) 44 D.L.R. (3d) 232; *Carmichael v. Mayo Lumber Co. Ltd.* (1978) 85 D.L.R. (3rd) 538  
במקרים מהקבוצה השנייה, אך ההלכה שנקבעה בהם לא היתה מסויגת לקבוצה זו בלבד.

14 את הדעה הביע השופט Pegeon בפסקי-דין *Smith v. McInnis* (1978) 91 D.L.R. (3rd)

שאלת ההכרה בהגנת האשם התורם בדיני החוזים התעוררה אף בשיטות משפט אחרות. בצרפת ובגרמניה הנטייה היא להחיל את ההגנה גם בתביעות חוזיות, הגם שהיא נתפשת בעיקרה כהגנה נזיקית, ולא חוזית.<sup>15</sup> בארצות-הברית קיימת ברוב המדינות חקיקה המאפשרת הגנת אשם תורם המביאה להפחתת פיצויים בתחום דיני הנזיקין, ואף שם עלתה לא-אחת השאלה אם ניתן להחילה גם על תביעה חוזית. לשאלה זו נתנו בתי-משפט שונים תשובות שונות: היו שסירבו להחיל את החוק על תביעות חוזיות;<sup>16</sup> היו שגילו נכונות להחילו במקרים שבהם קמה אחריות נזיקית במקביל לזו החוזית,<sup>17</sup> או שהאחריות החוזית קמה בגין נזקי גוף או רכוש שהם תוצאה של הפרת התחייבות מכללל לתקינותו של נכס;<sup>18</sup> והיו שנטו להחיל את החוק באופן רחב עוד יותר.<sup>19</sup> בפסקי-דין רבים נקבע, שבהיעדר חקיקה, אין תחולה להגנת האשם התורם בדיני החוזים,<sup>20</sup> אם כי ניתן למצוא עמדה שונה בפסקי-דין אחרים.<sup>21</sup>

190. אומנם, פסקי-דין היה פסקי-דין של מיעוט, אלא ששופטי-הרוב לא נקטו כל עמדה בעניין הגנת האשם התורם.
- 15 צרפת: *International Encyclopedia of Comparative Law (Remedies for Breach of Contract)* (1976, by G.H. Treitel) Vol. 7, Ch. 16, s. 106; B. Nicholas *French Law of Contract* (London, 1982) 50-51
- גרמניה: *International Encyclopedia of Comparative Law, ibid, ibid; München Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Band II (München, 1985) Grunsky, §254, s. 14 (להלן: Grunsky).
- 16 *Federal Savings & Loan Insurance Corporation v. Huff* 704 P. 2d 372 (1985)
- 17 *Cline v. Sawyer* 600 P. 2d 725 (1979)
- 18 התחייבות כזו נתפשת בארצות-הברית כנמצאת על קו-הגבול שבין דיני החוזים ודיני הנזיקין. לא כן כאשר מדובר בהתחייבות מפורשת לתקינותו של נכס, הנתפשת כהתחייבות חוזית רגילה: *Haysville U.S.D. No. 261 v. GAF Corporation* 666 P. 2d 192 (1983); *Broce-O'Dell Concrete Products Inc. v. Mel Jarvis Construction Co.* 634 P. 2d 1142 (1981)
- 19 היו פסקי-דין שבהם נפסק כי ניתן להחיל את החוק כאשר האחריות היא בגין נזק תוצאתי כלשהו: *Lesmeister v. Dilly* 330 N.W. 2d 95 (1983); *Mike's Fixtures Inc. v. Bombard's Access Floor Systems Inc.* 354 N.W. 2d 837 (1984); *Peterson v. Bendix Home System Inc.* 318 N.W. 2d 50 (1982); *Zontelli & Sons Inc. v. City of Nashwauk* 353 N.W. 2d 600 (1984). בשני פסקי-הדין הראשונים הוחל החוק למעשה אף מעבר לכך.
- 20 *Fortier v. Dona Anna Plaza Partners* 747 F. 2d 1324 (1984); *Danca v. Taunton Savings Bank* 429 N.E. 2d 1129 (1982); *Federal Savings & Loan Insurance Corporation v. Huff*, *supra* note 16; *Arcon Corp. v. Liberty Mutual Ins. Co.* 591 F. Supp. 15 (1983)
- 21 *American Mortgage Investment Co. v. Hardin-Stockton Corp.* 671 S.W. 2d 283

## עיקרי הטעמים בעד הכרה בהגנת אשם תורם ונגדה

טעמים רבים יש לדיתעתן של שיטות המשפט השונות מלהכיר בהגנת האשם התורם כהגנה כללית בתחום דיני החוזים. נטען, כי הגנה זו אינה נחוצה, עקב קיומן של הגנות אחרות המייתרות אותה;<sup>22</sup> כי אשם (במובן של רשלנות) זר לדיני החוזים, המבוססים על אחריות מוחלטת,<sup>23</sup> והכרה בהגנת אשם תורם תכניס לתוכם דבר-מה זר ובלתי-מוכר ותיצור בעיות יישום קשות; וכי דיני החוזים מחייבים קיומם של כללים פשוטים וברורים, והגנת האשם התורם חותרת תחת הצורך הזה.<sup>24</sup> אולם הטעם המשמעותי ביותר נגד ההכרה בהגנת האשם התורם הינו, כפי הנראה, שהגנה זו אינה מתיישבת עם מהותו של החוזה, שייעודו הוא לאפשר לצדדים לו הסתמכות ותכנון (להלן: טיעון ההסתמכות והתכנון). זאת, מכיוון שבמשטר משפטי בו קיימת ההגנה אין צד לחוזה יכול עוד לסמוך באופן מוחלט על כך, שאם לא תקיים ההתחייבות החוזית כלפיו, הוא יזכה בפיצוי מלא, אשר יעמיד אותו, מן הבחינה הכלכלית, במצב שבו היה עומד לו קיים החוזה. במשטר משפטי כזה מוטל על הנושה החוזי נטל מסוים, שאותו לא נטל על עצמו הסכמית, ואשר אם לא יעמוד בו, הוא עלול לאבד את זכותו לפיצויים, כולה או חלקה. אין הוא רשאי לשבת בחיבוך-ידיים ולהמתין שהחייב יבצע את החוזה עימו, כפי שהיה רשאי לעשות במשטר משפטי הדוחה את הגנת האשם התורם והמאפשר בדרך זו הסתמכות מוחלטת על החוזה.<sup>25</sup> כנגד הטעמים השוללים את הגנת האשם התורם בדיני החוזים קיימים טעמים חזקים המחייבים אותה. נטען, כי הגנה זו מביאה לתוצאה הוגנת וצודקת, שכן, היא מונעת

(1984); *Elam v. Smithdeal Realty & Ins. Co.* 109 S.E. 632 (1921); *U.S. Fidelity & Guaranty Co. v. Frantl Industries Inc.* 241 N.W. 2d 421 (1976)

22 להגנת טיעון זה ראה: M. Bridge, *supra* note 7, at pp. 447-451; "The Overlap of Tort and Contract" 27 *McGill L. J.* (1982) 872; J.G. Fleming *The Law of Torts* (Sydney, 7th ed., 1987) 256; *James Pty. Ltd. v. Duncan*, *supra* note 10; The Law Commission, Working Paper No. 114, *supra* note 9, pa. 4.8

23 *Basildon District Council v. J.E. Lesser (Properties) Ltd.*, *supra* note 5, at p. 30; A.S. Taylor "Contributory Negligence – A Defence to Breach of Contract?" 49 *M.L.R.* (1986) 102, 108; The Law Commission, Working Paper No. 114, *ibid.*, pa. 4.12-4.13

השווה: A.S. Burrows "Contributory Negligence in Contract: Ammunition for the Law Commission" 109 *L.Q.R.* (1993) 175, 177 על האפשרות לחלק אחריות גם בסיטואציות קנייניות, ראה ד' פרידמן "דין הקצן ודין האשם" ספר זוסמן (תשר"ם) 241, 253-251

The Law Commission, Working Paper No. 114, *ibid.*, pa. 4.14 24

The Law Commission, Working Paper No. 114, *ibid.*, pa. 2.4-2.5 25

יצירתו של מצב שבו נזק שהביא הנפגע על עצמו נופל על כתפיו של המפר;<sup>26</sup> וכי הכרה בהגנה זו עולה בקנה אחד עם מגמה, הנחשבת בעיני רבים לרצויה, ליצור אחידות בכללים החלים בתחום דיני התרופות בחוים ובנויקין.<sup>27</sup> זאת ועוד, הכרה בהגנת האשם התורם מעודדת זהירות, שיתוף פעולה וסולידריות בין הצדדים לחוזה, מביאה במקרים רבים לקיומם של חוים, אשר בלעדי קיומה של הגנה זו, היו מופרים, ותואמת מגמות קיימות בדיני החוים המודרניים.<sup>28</sup>

הטעמים השונים, בעד ונגד הכרה בהגנת האשם התורם הולידו את גישות הביניים, הבאות היטב לידי ביטוי במדינות המשפט המקובל, והמיינות את הפרות החוזה לכאלה שכנגד תביעה בגינן יכול שתעמוד ההגנה ולכאלה שכנגד תביעה בגינן לא ניתן יהיה להסתייע בה. דרכי המיון הנפוצות ביותר הן לפי טיב החובה החוזית שהופרה – חובה לנהוג זהירות סבירה או חובה חוזית מוחלטת; ולפי קיומה או היעדרה של אחריות מקבילה בנויקין. הטעם המושמע בדרך-כלל כדי לתמוך בדעה שיש להכיר בהגנת האשם התורם כאשר קיימת אחריות מקבילה בחוים ובנויקין הינו, שאין זה רצוי שלדרך הניסוח של כתב-התביעה תהא השפעה כה רבה על זכויות הצדדים. היות שכך, ומאחר שכנגד העילה הנויקית ניתן להעלות הגנת אשם תורם, ראוי שניתן יהיה להעלותה אף אם העילה מנוסחת כעילה חוזית. בעניין זה לא אעסוק במאמר, ואומר רק שאיני סבור שטעם זה משכנע. כאשר קיימות בידיו של תובע שתי עילות-תביעה, מן הדין שיוכל לבחור את הטובה יותר בשבילו. אחרת, היה קיומה של עילה מקבילה עומד בעוכריו. תובע אשר בחר להגן על זכותו בחוזה, ומן-הסתם אף נתן תמורה בעבור זה, זכאי ליהנות מן היתרונות

26 *Doiron v. Caisse Populaire Dinkerman Ltee, supra* note 13, at p. 679; *Coopers & Lybrand v. H.E. Kane Agencies Ltd., supra* note 13, at p. 707 *et seq.*; J.S. Bollas "Use of the Comparative Negligence Doctrine in Warranty Actions" 45 *Ohio St. L. J.* (1984) 763; The Law Commission, Working Paper No. 114, *ibid*, pa. 4.20

כן ראה: A.S. Burrows *Remedies for Torts and Breach of Contract* (London, 1987) 74-75. הגנת האשם התורם תעשה צדק לא רק עם נתבעים, אלא גם עם תובעים, אשר תביעתם עלולה להידחות כליל בלעדי ההגנה. ראה: *Schering Agrochemical Ltd. v. Pesibel NV SA* November 26, 1992 (C.A.); *Burrows, supra* note 23

27 לתמיכה (כללית, או מסויגת למקרים מסוימים בלבד) בטעוין זה ראה: Taylor, *supra* note 23, at p. 108; The Law Commission, Working Paper No. 114, *ibid*, pa. 4.28

28 למגמות בדיני החוים המודרניים ראה: P.S. Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979) 681-779; I.R. Macneil *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations* (New Haven & London, 1980) ג' שלו "מה נותר מחופש החוים" משפטים יז (תשמ"ח) 465; ג' שלו דיני חוים (תש"ן) 28 ואילך; ש' רנר "דיני חוים - מגמות והערכה" משפטים כא (תשנ"א) 33.

שמקנה ההגנה החוזית, ואין כל סיבה לשלול ממנו יתרונות אלה רק מפני שזכותו מוגנת גם על-ידי דיני הנויקין.

במאמר זה אין בכוונתי להתמודד באופן ישיר עם השאלה העקרונית, אם ראוי להכיר בהגנת האשם התורם בדיני החוזים ואם ניתן לעשות כן בלעדי התערבות חקיקתית. בשאלה זו עסקתי בהרחבה במקום אחר.<sup>29</sup> הנחתי לאורך כל הדרך תהיה, שהתשובה לשאלה העקרונית הינה חיובית. במאמר זה אבחן אם-כן אילו הם המקרים המתאימים לתחולתה של ההגנה, כלומר, אימתי התנהגותו של הנפגע שתרמה לנזקיו הינה בלתי-סבירה. תחילה אבחן באופן ביקורתי את הטעמים השונים המובאים בפסיקה ובספרות המשפטית העוסקת בנושא, לשם תמיכה בדרך המיון לפי טיב החובה החוזית שהופרה, ואציע טעמים אחרים תחתיהם. בהמשך אציע מיון אחר, מפורט, שמטרתו להציג את מגוון המקרים שבהם הטעמים נגד ההכרה בהגנת האשם התורם חלשים, ואילו הטעמים בעדה – חזקים. אלה הם המקרים שבהם ראוי, לדעתי, לעשות שימוש בהגנה זו. אנכי-כך אראה, כי בחלק מן המקרים האלה נותנים בתי-המשפט בישראל ומחוצה לה, מאז ומתמיד, נפקות משפטית להתנהגותו של הנפגע, וכי הכרה בהגנת האשם התורם רק הופכת את ההתחשבות בהתנהגותו זו למעודנת ולהוגנת יותר. הצגת מגוון המקרים המתאימים לתחולתה של ההגנה, בצד היותה הצעה ליישום, עשויה אף לשכנע יותר מכל נימוק אחר כי ראוי להכיר בהגנת האשם התורם בתחום דיני החוזים.

### ב. בחינה ביקורתית של המיון הקיים: מיון לפי טיב החובה החוזית שהופרה

#### 1. בחינת הטעמים הרווחים בעד המיון לפי טיב החובה החוזית שהופרה

בפסיקה ובספרות המשפטית ניתן למצוא כמה סיעונים התומכים בדעה, שיש להכיר עקרונית בהגנת האשם התורם כאשר הופרה חובה חוזית לנהוג זהירות סבירה ולהלן: חובת זהירות חוזית). שני הטעמים הראשונים באים להראות, שאפילו במשטר משפטי שבו

29 אומר רק שלדידי, שאלה משנית היא אם הגנת האשם התורם תוכר כעיקרון עצמאי או כיישום כזה או אחר של עקרון תום-הלב הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים. מובן, שגם אם עקרון תום-הלב הוא הבסיס להכרה בה, לא יהא בכך כדי לסייע במתן תשובה לשאלה שבמרכזו של מאמר זה: אימתי התנהגותו של הנפגע שתרמה לנזקיו היא כזו שבגינה ראוי להעניק לו פיצוי חלקי בלבד?

לא אעסוק במאמר זה גם בשאלות הקשורות לאופן חלוקת האחריות לנזק בין הצדדים לחוזה, ביישום ההגנה על סוגי הנזקים השונים הנגרמים עקב הפרת חוזה ובתחולתה על תרופות האכיפה והביטול. לכל אלה ראה פורת, לעיל הערה 1.

לעניין אשם תורם ותרופת הביטול ראה מ' דויטש ביטול חוזה בעקבות הפרתו (תשנ"ג)



לא מוכרת בדרך-כלל הגנת האשם התורם בדיני החוזים, ראוי שתהיה לה תחולה כאשר הופרה חובת הזירות חוזית; ואילו שני הטעמים האחרים באים לשכנע, שאם מוכרת הגנת אשם תורם כנגד תביעה חוזית כאשר קיימת אחריות מקבילה בנויקין, צריך שתתאפשר הגנה זו גם בהיעדר אחריות מקבילה, ובלבד שהחובה שהופרה הינה חובת הזירות חוזית.<sup>30</sup>

**הטעם הראשון.** באותם מקרים שבהם נטענת הפרתה של חובת הזירות חוזית, נבחנת התנהגותו של הנתבע ונבדקת שאלת רשלנותו. מכאן, שבמקרים אלה אין כל כוח בטיעון המובא כנגד הגנת האשם התורם, שלפיו האשם (במובן של רשלנות) זר לדיני החוזים, והכרה בהגנה האמורה תכניס לתוכם דבר-מה זר ובלתי-מוכר ותיצור בעיות יישום קשות. אדרבא, במקרים אלה נבחן אשמו של הנתבע, ועל-כן אין כל מניעה לבחון אף את אשמו של התובע. יתרה מזו: אין כל קושי יישומי בהחלת ההגנה, שהרי מה פשוט וטבעי יותר במקרים אלה מהשוואת רשלנותו של הנתבע עם רשלנותו של התובע וחלוקת אחריות לפיה, ממש כפי שהדבר נעשה בתחום דיני הנזיקין.

לדעתי, טעם זה אינו משכנע ליצור דין מיוחד למקרים שבהם הופרה חובת הזירות חוזית. הטיעון המרכזי נגד הכרה בהגנת האשם התורם בחוזים הינו טיעון ההסתמכות והתכנון, ולא הקושי הטכני להתחשב באשמו של הנפגע שעה שאין התחשבות חזמה באשמו של המפר. כידוע, קושי יישומי זה אינו מונע את החלתה של הגנה זו בתחום דיני הנזיקין כאשר האחריות של המזיק אינה תלויה באשם (במובן של רשלנות),<sup>31</sup> וניתן להתגבר עליו באופן דומה אם תחול ההגנה על מקרים שבהם החובה החוזית שהופרה הינה חובה מחלטת.

**הטעם השני.** אין זה סביר כי במקרה שהופרה חובת הזירות נזיקית תהיה תחולה להגנת האשם התורם, ואילו כאשר הופרה חובה בעלת אותו תוכן ממש, לא תחול ההגנה רק מפני שמקורה בחוזה.

אף טעם זה אינו משכנע. הוא נובע מרעיון כללי יותר, שלפיו יש להתור לאחידותן של התרופות בחוזים ובנויקין.<sup>32</sup> רעיון זה עשוי להיראות משכנע במיוחד שעה שמדובר בהפרת חובה חוזית שתוכנה זהה לחובה נזיקית. אין בכונתי להתמודד במסגרת מאמר זה עם הרעיון הכללי של חתירה לאחידות התרופות. ברצוני רק להדגיש, כי גם אלה

30 J. Swanton "Contributory Negligence as a Defence to Actions for Breach of Contract" 55 *A.L.J.* (1981) 278. כן ראה: A.S. Burrows "Contributory Negligence – A Defence to Breach of Contract" 101 *L.Q.R.* (1985) 161; N.H. Andrews "No Apportionment for Contributory Negligence in Contract" [1986] *The Cam. L. J.* (1986) 8; The Law Commission, Working Paper No. 114, *supra* note 9, pa. 4.34–4.41; *Marintrans*, *supra* note 5, at p. 448

31 ע"א 804/80 *Sidaar Tanker Corporation* נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד (לטו) 393.

32 ראה ד' פרידמן "תרופות בשל הפרת חוזה" עיוני משפט ג (תשל"ג) 134, 144–152. כן ראה לעיל הערה 27, והטקסט הגלווה לה.

המאמינים ברעיון זה יסכימו בוודאי, שהשוני המהותי בין שני התחומים עשוי להצדיק הבדלים מסוימים במישור התרופתי ולעיתים אף לחייבם. אכן, טיעון ההסתמכות והתכנון, המהווה את הטיעון העיקרי נגד הגנת האשם התורם בדיני החוזים, מבוסס על האופי המיוחד של דינים אלה ועל המטרות שנועדו להם. לכן, אין כל מניעה לוגית להכיר בהגנה זו בתחום דיני הנוזיקין, שבמסגרתם אין רעיון ההסתמכות והתכנון זוכה במעמד בכורה,<sup>33</sup> אך יחד עם זאת, לדחות אותה כליל בתחום דיני החוזים. יש יותר משמץ של היגיון בכך, שאדם אשר טרח לעגן את זכויותיו בחוזה (ובדרך-כלל נתן תמורה בעבור זה), ייהנה מהגנתם המיוחדת של דיני החוזים, ואחת היא אם זכויות אלה "דומות" מבחינה חיצונית לזכויות המוגנות בדרך-כלל על-ידי דיני הנוזיקין או שונות מהן. דמיון חיצוני לזכויות הנוזיקיות אינו מצדיק שדיני החוזים יקנו להם מעמד שונה מן המעמד המוקנה לזכויות חוזיות אחרות שאינן ניתנות בדמיון מעין זה.<sup>34</sup>

**הטעם השלישי.** אם מכירים בהגנת האשם התורם כאשר קיימת אחריות מקבילה בחוזים ובנוזיקין, ואין מכירים בה כאשר החובה החוזית הינה לנקוט זהירות סבירה, אך אין אחריות מקבילה בנוזיקין, ייווצר מצב מוזר, שבו יצטרך הנתבע-המפר, החפץ ליהנות מהגנת האשם התורם, לשכנע את בית-המשפט כי לתובע עומדת כנגדו אף עילה נזיקית, נוסף לזו החוזית.

**הטעם הרביעי.** אם מכירים בהגנת האשם התורם כאשר קיימת אחריות מקבילה בחוזים ובנוזיקין, ואין מכירים בה כאשר החובה החוזית הינה לנקוט זהירות סבירה, אך אין אחריות מקבילה בנוזיקין, גורלה של התביעה החוזית ייחתך על-פי השלב, המקרי במידה רבה, שעדיו הגיעו דיני הרשלנות הנוזיקיים באותה עת. תוצאה זו לוקה במלאכותיות רבה, ועל-כן אינה רצויה.

שני טעמים אחרונים אלה משכנעים במידה רבה. אכן, אם מוכרת הגנת אשם תורם כאשר קיימות במקביל אחריות חוזית ואחריות נזיקית, קשה להצדיק אי-הכרה בהגנה זו כאשר הופרה חובת זהירות חוזית, אך לא קמה אחריות נזיקית. ברם כפי שצוין קודם, הטעמים להכרה בהגנה זו דווקא כאשר קיימת אחריות מקבילה אינם עומדים במבחן הביקורת.

## 2. טעמים אחרים בעד המיון לפי טיב החובה החוזית שהופרה

לחובת הזהירות החוזית יש כמה מאפיינים העשויים להסביר ולהצדיק נטייה להכיר

33 אם כי בתחום האחריות הנוזיקית בגין חיווי דעה ומצג-שוא יש לרעיון זה חשיבות מיוחדת. תחום זה אינו תופס, כידוע, מקום מרכזי בדיני הנוזיקין.

34 הטעם השני נתפש בעיני כמתייחס לדמיון חיצוני בלבד. אם טעם זה מכוון לדמיון בין השיקולים התומכים בהכרה בהגנת האשם התורם כאשר הופרה חובת זהירות נזיקית לבין אלה התומכים בהכרה בהגנת האשם התורם כאשר הופרה חובת זהירות נזיקית - הרי הוא חזק הרבה יותר. ראה הדיון להלן, תת-פרק 2.

בהגנת האשם התורם דווקא במקרים שבהם הופרה חובה כזו, להבדיל מחובה חוזית אחרת. יש להדגיש, כי מאפיינים אלה אינם מתקיימים תמיד בחובת הוזהרות החוזית, וגם כאשר הם מתקיימים, אין הם מסבירים או מצדיקים תמיד הכרה בהגנת אשם תורם דווקא במקרים אלה.

המאפיין הראשון הינו, שחובה זו מהווה חובת-התנהגות ולא חובת-תוצאה.<sup>35</sup> הכרה בהגנת אשם תורם במקרה של חובת-התנהגות פוגעת בדרך-כלל סגיעה קלה יותר ביכולת ההסתמכות והתכנון של הנושה מאשר הכרה בהגנה במקרה של חובת-תוצאה.<sup>36</sup> דברים אלה יובהרו להלן.

באותם מקרים שבהם מתחייב צד לחוזה להשיג תוצאה מסוימת, די ברור שהכרה בהגנת האשם התורם תפגע ביכולת ההסתמכות והתכנון של הנושה, מקבל הביצוע: זה לא יהיה רשאי עוד לסמוך באופן מוחלט על כך, שאם לא תושג התוצאה שלה התחייב הצד שכנגד, הוא יזכה בפיצויים אשר יעמידו אותו, מן הבחינה הכלכלית, באותו מצב שבו היה עומד לו הושגה התוצאה. יידרש ממנו לפקוח עיניים, ובמקרים המתאימים, אף לנקוט אמצעי זהירות, כדי לא לפגוע בזכותו לפיצויים אם יופר החוזה.

שונה המצב כאשר מדובר בחובת-התנהגות. במקרה כזה אמור הנושה להבין, מלכתחילה, כי התוצאה שלשמה התקשר בחוזה לא בהכרח תושג, אפילו יקיום החוזה כדת וכדין. מכאן, שאף בלעדי הגנת האשם התורם, אין הוא יכול לסמוך באופן מוחלט על כך, שאם לא תושג התוצאה האמורה, הוא יזכה בפיצויים אשר יעמידוהו, מבחינה כלכלית, באותו מצב שבו היה עומד לו הושגה. הנושה, כך סביר להניח, ינקוט במקרים מסוימים צעדים לשם הקדמת פני האפשרות שלא תושג התוצאה בלא תלות בשאלה אם הגנת האשם התורם אפשרית אם לאו. במקרים אלה, הכרה בהגנת האשם התורם לא תגרום איפוא פגיעה חמורה ביכולת ההסתמכות והתכנון, אשר כך או אחרת, אינה קיימת באופן מלא. ניתן אם-כן לומר, כי התועלת שיש לנושה בהיעדר הגנת אשם תורם לחייב במקרה של חובת-התנהגות קטנה מן התועלת שיש לו בהיעדר הגנה כזו כאשר מדובר בחובת-תוצאה. ההבחנה בין חובת-התנהגות לחובת-תוצאה עשויה להוליך למסקנה, שככל מקרה של חובת-התנהגות, ולא רק במקרה של חובת זהירות חוזית, נחלש כוחו של הטיעון נגד הכרה בהגנת האשם התורם. נראה, שאפילו כך הדבר, מסקנה זו מתחזקת כאשר מדובר בחובת זהירות חוזית, להבדיל מחובה להתנהגות מסוימת ומוגדרת. במקרה אחרון זה, אף-על-פי שהחובה הינה חובת-התנהגות, ולא חובת-תוצאה, ייתכן שקיימת לנושה יכולת הסתמכות ותכנון טובה. ייתכן שהנושה יכול לצפות בצורה מדויקת למרי את תוצאות ההתנהגות המסוימת של החייב, ועל-כן להסתמך ולתכנן לפיהן. לעומת זאת, כאשר חובת ההתנהגות מנוסחת באופן כללי ובלתי-מפורט או אף נובעת מכללל, כפי

35 השווה: א' זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים (תש"ן) 103-111.

36 אמת, בדרך-כלל, ביסוד יצירתה של חובת-התנהגות גלומה ציפייה ואמונה שתושג תוצאה מסוימת; שאלמלא כן, לא היה הנושה מוכן ליתן תמורה בעבור זה. למרות זאת ניתן לומר, כי מבחינה היררכית, חובת-תוצאה קודמת לחובת-התנהגות, ככל שהדבר נוגע ביכולת ההסתמכות והתכנון.

שקורה בדרך-כלל במקרה של חובת זהירות חוזית, קטנה במקרים רבים יכולת ההסתמכות אף בלעדי הגנת האשם התורם, וכאמור, במקרים אלה לא נוספת פגיעה משמעותית לזו הקיימת בלאו הכי.

**המאפיין השני של חובת הזהירות החוזית הינו, שהשאלה אם חובה זו הופרה תלויה לא אחת אף בהתנהגותו של הנושה, כך שממילא מוטל עליו נטל מסוים שעליו לעמוד בו על-מנת שתתגבש זכותו לפיצויים אם יופר החוזה. הכרה בהגנת האשם התורם אינה מוסיפה, בסך-הכל, נטלים נוספים על נושים במקרים כאלה, אלא נותנת נפקות אחרת לאי-העמידה בהם, ועל-כן אינה פוגעת ביכולת התכנון וההסתמכות. אף דברים אלה צריכים הסבר.**

הגדרת התנהגותו של החייב כסבירה או כבלתי-סבירה, דהיינו, אם הפר את החוזה אם לאו, מושפעת במקרים רבים מן השאלה אם היתה התנהגותו של הנושה סבירה. שאלה דומה אינה נשאלת בדרך-כלל כאשר נטענת הפרתה של חובה חוזית שאינה מוגדרת במושגי סבירות. השאלה העולה במקרה אחרון זה היא, אם אכן התנהג החייב את ההתנהגות או השיג את התוצאה המוגדרת באופן ספציפי בחוזה, והתשובה אינה תלויה כלל באופן התנהגותו של הנושה.

במצב משפטי שבו לא מוכרת הגנת האשם התורם, חייב בית-המשפט הדן בתביעה בגין הפרה של חובת זהירות חוזית, הסבור כי הנושה התנהג באופן בלתי-סביר וגרם (ולו גם חלקית) להתנהגותו המזיקה של החייב, להגיע לאחת מן המסקנות הבאות: (1) למרות התנהגותו הבלתי-סבירה של הנושה, אין לומר שהתנהגותו של החייב היתה סבירה, ועל-כן הוא הפר את החוזה. לכן עומדת לנושה עילת-תביעה נגדו בגין נזקיו. הנושה לא הפר את החוזה, ולכן לא עומדת לחייב עילת-תביעה נגדו; (2) עקב התנהגותו הבלתי-סבירה של הנושה, אין לומר כי התנהגותו של החייב היתה בלתי-סבירה, ועל-כן לא הפר החייב את החוזה. לכן, לא עומדת לנושה עילת-תביעה נגדו. אולם גם בנושה אין לראות מפר חוזה, ועל-כן לא עומדת אף לחייב עילת-תביעה נגדו; (3) עקב התנהגותו הבלתי-סבירה של הנושה, אין לומר כי התנהגותו של החייב היתה בלתי-סבירה, ועל-כן לא הפר החייב את החוזה. לכן לא עומדת לנושה עילת-תביעה נגדו. יתרה מזו, יש לראות בנושה מפר חוזה, ועל-כן עומדת לחייב עילת-תביעה נגדו בגין נזקיו; (4) התנהגותו הבלתי-סבירה של הנושה היוותה הפרת חוזה, אלא שגם התנהגותו של החייב היתה בלתי-סבירה והיוותה הפרת חוזה. נראה כי במקרה זה לא יוכל איש לתבוע את האחר, והנזק ייוותר על כתפי מי שסבלו.<sup>37</sup>

37 תוצאה זו תושג אם ההנחה תהיה שחיובי הצדדים שלובים זה בזה. שלו דיני חוזים, לעיל הערה 28, בע' 478-483.

באנגליה ראה: *Government of Ceylon v. Chandris* [1965] 3 All E.R. 48. באותו עניין נקבע, שכאשר הנזק נגרם הן עקב הפרתו של התובע והן עקב הפרתו של הנתבע, על התובע להוכיח איזה חלק מן הנזק נגרם שלא על-ידי הפרתו שלו. אם לא יעלה בידו להוכיח נזק כזה, תידחה תביעתו לפיצויים. יש לציין, כי פסק-הדין עסק במקרה שבו גרמה כנראה כל הפרה לחלק נפרד מן הנזק. בארצות-הברית, ראה: *Hubler Rentals Inc.*

הכרה בהגנת האשם התורם תאפשר לבית-המשפט להגיע לפתרונות-אמצע, העשויים להיות צודקים יותר מן הפתרונות של "הכל או לא כלום", שפורטו לעיל. כך, תיוספ מסקנה אפשרית חמישית, והיא, שהתנהגותו הבלתי-סבירה של הנושה לא פטרה את החייב מחובת הביצוע, הגם שתרמה להפרת החוזה (ובעקיפין לנוק). על-כן עומדת לנושה עילת-תביעה נגד החייב-המפר, אך הפיצויים שהוא יהיה זכאי להם יופחתו עקב אשמו התורם.

הכרה באפשרות חמישית זו אינה מוסיפה, בסך-הכל, נטלים על הנושים. ראינו, שגם בלעדי הגנת האשם התורם, מטיל עליהם הדין נטלים אם ברצונם להבטיח את זכויותיהם לפיצויים. הכרה בהגנת האשם התורם מאפשרת ליתן נפקויות מגוונות יותר לאי-העמירה בנטלים, הקיימים בלאו הכי. אומנם, הוספת האפשרות החמישית עשויה להועיל במקרים מסוימים לחייב שהתנהג התנהגות בלתי-סבירה, שכן, אלמלא אפשרות זו, אולי היה הנושה משכנע את בית-המשפט להגיע למסקנה (1) או (4); במקרים אלה נפגעת, במובן מסוים, יכולת ההסתמכות והתכנון של הנושה, שכן עליו לעמוד בנטלים שלא היה צריך לעמוד בהם אלמלא הגנת האשם התורם. אך במקרים אחרים תועיל הוספת האפשרות החמישית לנושה דווקא, אשר אלמלא קיומה, היה עלול למצוא עצמו בלא כל תרופה (אפשרות (2)) או אולי אף חייב בפיצויים לחייב (אפשרות (3)). אם-כן, במקרים אחרים אלה לא נפגעת כלל יכולת ההסתמכות והתכנון של הנושה, ובמובן מסוים אולי אף מתחזקת. כך או אחרת, בדרך-כלל קשה מאוד לנושה לצפות מראש איזו נפקות משפטית תהיה להתנהגותו הבלתי-סבירה. במשטר משפטי שבו אין הגנת אשם תורם, עומדות לפניו ארבע אפשרויות; ואילו במשטר משפטי המכיר בהגנה זו – חמש אפשרויות. האפשרות החמישית הנוספת, כך נראה, לא תשפיע בדרך-כלל על התנהגותו, ויתרונה הוא בהקנותה לבית-המשפט כלי שניתן להגיע באמצעותו לתוצאה צודקת ומאוזנת במקרים המתאימים.<sup>38</sup>

*v. Roadway Express Inc.* 637 F. 2d 257 (1981); *Westinghouse Electric Corp. v. The Garrett Corp.* 601 F. 2d 155 (1979). לתוצאה של חלוקת אחריות במקרה של שתי הפרות ראה: *Mike's Fixtures Inc. v. Bombard's Access Floor Systems Inc.*, *supra*, note 19. באנגליה נפסק באחרונה, כי במקרה של הפרת חוזה על-ידי משכיר של נכס ומעשה עוולה של השוכר, אשר גרמו יחדיו לנוק, תחולק האחריות בהתאם לתרומתם היחסית של הצדדים לנוקים. בית-המשפט האנגלי ביסס את מסקנתו זו על עקרונות הסיבתיות. ראה: *Tennant Radiant Heat Ltd. v. Warrington Development Corporation* [1988] 1 E.G.L.R. 41 (C.A.); A.M. Dugdale & K.M. Stanton *Professional Negligence* (London, 2nd ed., 1989) 385. נראה כי היתה מושגת אותה תוצאה לו היו שני הצדדים גורמים לנוקים על-ידי הפרות עצמאיות של חוזה. ראה: G.H. Treitel *The Law of Contract* (London, 8th ed., 1991) 875.

38 כלל זה מוצדק אם-כן בהקשר הנוכחי משיקולי *ex post*, ופחות (או בכלל לא) משיקולי *ex ante*. גם מאפיין זה, בדומה למאפיין הראשון, קיים במקרים נוספים, שבהם לא הופרה דווקא חובת זהירות חוזית.

המאפיין השלישי של חובת הזהירות החוזית הינו, שלעיתים קרובות יש פער זמנים בין מועד הפרת החובה לבין מועד אירוע הנזק (אם נגרם בכלל נזק). בתקופת הזמן שבין שני מועדים אלה, יודע הנושה לעיתים כי החוזה כלפיו הופר, שאז טיעון ההסתמכות והתכנון אינו חזק במיוחד כנגד הכרה בהגנת אשם תורם. דברים אלה נכונים אומנם לא אחת אף כאשר הופרה חובה חוזית שאינה מוגדרת במושגי סבירות. אלא שבמקרה אחרון זה, לאחר הפרת החוזה, לפחות כשזו ידועה לנפגע, יש תחולה להגנה של הקטנת הנזק. לעומת זאת, כאשר הופרה חובת זהירות חוזית, יכול שאין תחולה כלשהי להגנה זו, החלה כנראה במקרי הפרה של חובת זהירות חוזית רק לאחר אירועו של נזק ראשוני.<sup>39</sup> מכאן, שאם לא תוכר עקרונית הגנת האשם התורם במקרים שבהם הופרה חובת זהירות חוזית, לא יהיה לנושה, הרואה כי החוזה כלפיו מופר, תמריץ ראוי לפעול באופן סביר כדי להתגונן מפני הנזק שעלול לבוא עליו.<sup>40</sup>

שלושת המאפיינים של חובת הזהירות החוזית שהוצגו לעיל עשויים לשכנע, כי יש טעמים מיוחדים להכיר בהגנת האשם התורם במקרים רבים שבהם הופרה חובת זהירות חוזית. עם זאת, יש גם מקרי הפרה של חובת זהירות חוזית שבהם לא מתקיימים מאפיינים אלה, או אפילו הם מתקיימים, אין הם מלמדים שיש טעם מיוחד להכיר בהגנת האשם התורם. מכלול המקרים שבהם יש טעמים להכרה בהגנת האשם התורם יידון בפרק הבא.

### ג. מיון חלופי: קבוצות מקרים שבהם ראוי להכיר בהגנת האשם התורם

#### אשם תורם "חוזי" לעומת אשם תורם "נזיקי"

האשם התורם האופייני לדיני הנזיקין מתבטא בהתנהגות בלתי-סבירה של אדם בשמירת ענייניו, התורמת באופן ישיר לנזקיו. במקרים אלה של אשם תורם היה הניזוק יכול למנוע (או להקטין) את נזקיו על-ידי שינוי בהתנהגותו שלו בלבד, מבלי להשפיע בדרך כלשהי על התנהגותו של המעוול.

בתחום דיני החוזים ישנה מקבילה ברורה לסוג זה של אשם תורם; כך, כאשר לא נקט התובע צעדים סבירים לפני הפרת החוזה לשם מניעת הנזק שבא עליו בסופו של דבר, אך מבלי שהתנהגותו זו השפיעה בדרך כלשהי על התנהגותו של מפר החוזה.<sup>41</sup> אולם בתחום דיני החוזים ניתן לצפות לקיומו של סוג נוסף של התנהגויות בלתי-סבירות התורמות

39 ראה: G. Williams *Joint Torts & Contributory Negligence* (London, 1951) §59.  
40 דברים אלה אינם סותרים דברים שנאמרו לעיל, בטקסט להערה 38, שלפיהם לא תוסיף הכרה בהגנת האשם התורם במקרים שהופרה בהם חובת זהירות חוזית נטלים לנפגע ולא תשפיע על התנהגותו. זאת, מכיוון שדברים אלה נאמרו בהתייחס לתקופת הזמן שלפני הפרת החוזה; ואילו האמור בטקסט להערה זו מתייחס לתקופת הזמן שלאחר הפרת החוזה (טרם אירועו של נזק).

41 או לפני שנודע לו עליה. להלן תת-פרק ג, קבוצות (ו), (ז) ו-(ח).

לנוקיו של התובע, שאף אותן ניתן להגדיר כהתנהגויות בנות אשם תורם. אלה הן התנהגויות שאינן תורמות לנוק באופן ישיר, אלא בעקיפין בלבד; כך, כאשר התנהגותו הבלתי-סבירה של התובע תרמה להפרת החוזה כלפינו, ובדרך זו גרמה אף לנוקיו. הסוג השני של האשם התורם אופייני דווקא לדיני החוזים. בתחום דיני הנוקיון, די נדיר שאשמו התורם של הניזוק מתבטא בגרימת ההתנהגות העוולתית של המזיק או באי-מניעתה;<sup>42</sup> זאת, בשל כמה סיבות.

ראשית, קיומו של הקשר החוץ בין המפר לבין הנפגע מאפשר לנפגע לזהות בנקל את מי שעלול לגרום לו נזק על-ידי הפרת החוזה. מכאן, שבנסיבות מסוימות, יכול שתהיינה בידי של הנפגע הזדמנויות טובות לנקוט פעולות כאלה או אחרות אשר יהיה בכוחו למנוע את ההפרה עוד בטרם אירעה, ולא רק להתגונן מפני הנזק שעלול לבוא בעקבותיה. אי-עשייה כזו עלולה להוות אשם תורם להפרה, ובעקיפין – לנוק. לעומת זאת, בתחום דיני הנוקיון אין לנוק, בדרך-כלל, אפשרות לזהות מראש את המעוול הספציפי שיפגע בו. במקרה הנוקיון הטיפוסי, הצדדים ורים זה לזה ועל-כן די נדיר שתעמוד לפני הניזוק אפשרות ממשית לנקוט פעולות לשם מניעת ההתנהגות העוולתית של מי שזהותו אינה ידועה לו, אם כי הוא יכול להתגונן מפני הנזק על-ידי הקפדה על התנהגות מתאימה.<sup>43</sup> שנית, מערכת היחסים החוזית יוצרת לעיתים קשרים של אמון הדדי. בנסיבות כאלה יש לצפות, שבמקרים מסוימים, יחלץ צד אחד לעזרתו של הצד האחר אפילו לא הוטלה עליו חובה כזו בחוזה. אי-עשייה כזו עלולה להוות אשם תורם להפרת החוזה, ובעקיפין – לנוק. קשרי אמון כאלה אינם מתקיימים במקרה הנוקיון הטיפוסי.

שלישית, במקרים רבים, אם כי לא בכלם, הסיבות להפרת חוזה הן אלה: תגובה על התנהגותו של הצד שכנגד או חשש מהתנהגותו בעתיד; טעות עובדתית או משפטית כלשהי; קושי, חוסר יכולת או חוסר כושר; לבצע את החוזה. סיבות אלה נגרמות לא-אחת, מן הבחינה העובדתית, עקב התנהגויות כאלה או אחרות של הנפגע, ולעיתים הן ניתנות למניעה על-ידו. מובן שלא בכל מקרה שבו היה הנפגע יכול למנוע את ההפרה ראוי להסיק כי התנהגותו מהווה אשם תורם; אדרבא, בדרך-כלל נאמר כי הנפגע, אפילו היה יכול, לא היה צריך לעשות דבר לשם מניעת ההפרה. אולם החשוב לענייננו הוא, שהקשר של הנפגע לחלק נכבד מן הסיבות האופייניות להפרת חוזה מלמד, כי ייתכן קיומו של אשם תורם להפרה, ובעקיפין – לנוק. קשר דומה בין הניזוק לבין הסיבות לביצוע מעשה העולה אינו קיים במקרה הנוקיון הטיפוסי.

להלן תוצגנה קבוצות מקרים שבהם ראוי להכיר בהגנת האשם התורם. בחלקן, אשמו של הנפגע תורם ישירות לנוק, ובחלקן, התרומה היא להפרת החוזה, ובעקיפין – לנוק. המאפיין את המקרים הנכללים בגדרן של קבוצות אלה הינו, שמצד אחד, טיעון

42 אך ראה סעיפים 65 ו-66 לפקודת הנוקיון (נוסח חדש), נ"ח 266, וכן י' אנגלרד דיני הנוקיון – תורת הנוקיון הכללית (מהדורה 2, ג' טרסקי עורך, תשל"ז) 269-270, 273-277.

43 אם כי יש לעיתים יחסים קודמים בין המעוול והניזוק, שאז יכול הניזוק לדעת מי המעוול שעלול לפגוע בו. כאלה הם פני הדברים בתאונות-עבודה, למשל.

ההסתמכות והתכנון אינו פועל בהם חזק די הצורך נגד ההכרה בהגנה, ומצד אחר, פועלים בהם טיעונים חזקים בעד ההכרה בה.

#### קבוצה (א): אי-שיתוף-פעולה בביצוע החוזה

לעיתים קרובות, יש באפשרותו של הצד מקבל הביצוע לסייע במהלך ביצוע החוזה בידי של הצד האחר לבצע את חלקו בחוזה. מכך אין כמובן ללמוד שמקבל הביצוע חייב לעשות כן, או שאם לא יעשה כן והחוזה יופר כלפיו, יאבד את התרופות שלהן זכאי מי שנפגע מהפרת חוזה. במקרים רבים אין לצפות ממנו כלל לשיתוף-פעולה. התקשרותו בחוזה גורעת לשחרר אותו מעשייה כזו או אחרת, והוא זכאי שהצד האחר יבצע את חלקו בחוזה בכוחות עצמו.

ברם, לא תמיד אלה הם פני הדברים. לעיתים ברור כבר בעת כריתת החוזה, שביצוע החוזה עלול להיות בלתי-אפשרי או קשה באופן מיוחד בלעדי שיתוף-פעולה כלשהו מצד מקבל הביצוע. שתיקתם של הצדדים עשויה להתפרש כהסכמה בשתיקה שיתקיים שיתוף-פעולה, כמו גם שלא יתקיים. עניין לנו כאן בפרשנות החוזה, ותו לא. אם הפרשנות "הנכונה" היא שמקבל הביצוע חייב לשיתוף-פעולה, ועקב אי-שיתוף-הפעולה לא בוצע החוזה על-ידי הצד שכנגד, נראה כי מקבל הביצוע יוגדר כמפר חוזה, ואילו הצד שהיה אמור לבצע ימצא פטור מאחריות; אי-ביצוע החוזה לא יהווה הפרת חוזה מצידו. לעומת זאת, אם הפרשנות "הנכונה" היא שעל מקבל הביצוע לא היה לשיתוף-פעולה, הצד שהיה אמור לבצע את החוזה יהיה המפר, ואילו מקבל הביצוע יהיה זכאי כנגדו למלוא התרופות הניתנות בגין הפרת חוזה. אפשרות נוספת היא ששיתוף-הפעולה ייחשב להנאי מקדמי לגיבוש חובת הביצוע של הצד המבצע, כך שאי-שיתוף-פעולה לא יהווה הפרת חוזה, אך יכשיר את התנהגותו של הצד המבצע, שלא קיים את חלקו בחוזה.<sup>44</sup>

השאלה המעניינת אותנו כאן היא: מה הדין אם לא ניתן ללמוד כוונה של הצדדים באשר לשיתוף-הפעולה ביניהם? נניח, למשל, שהצדדים לא צפו את הצורך בשיתוף-פעולה בעת כריתת החוזה, וצורך זה נוצר בשלב מאוחר יותר, במהלך ביצוע החוזה. על-פי הגישה המסורתית של דיני החוזים, יפרש בית-המשפט את החוזה, ויקבע לפיו אם כוונת הצדדים היתה שבנסיבות שנוצרו יתבצע שיתוף-פעולה אם לאו. לפיכך, יהיה הפתרון גם במקרה מעין זה הטלת מלוא האחריות לנוק עקב אי-הביצוע על הצד המבצע, או לחלופין, הותרת הנוק כולו על כתפיו של מקבל הביצוע. טענתי היא, שבמקרה מעין זה

44 לשאלת שיתוף-הפעולה ראה: E.A. Restatement, *Contracts 2d*, §205, comm. d; Farnsworth *Contracts* (Boston, 2nd ed., 1990) 551, 592-593, 637; Y.F. Burrows "Contractual Co-operation and the Implied Term" 31 *M.L.R.* (1968) 390; S.J. Stoljar "Prevention and Co-operation in the Law of Contract" 31 *Can. B. R.* 231 (1953). לחיובים מותנים ושלוכים, ראה שלו דיני חוזים, לעיל הערה 28, בע' 483-478.



ראוי להכיר בקיומה של אפשרות נוספת, שלפיה אי־שיתוף־הפעולה מהווה אשם תורם, הגורם להפחתת שיעור הפיצויים שיהיה הנפגע, מקבל הביצוע, זכאי להם. הכרה באפשרות נוספת זו תיתן בידי בית־המשפט כלי מתאים להגיע לתוצאה הוגנת וצודקת של חלוקת הנזק, כאשר יהיה סבור שהיה ראוי שמקבל הביצוע ישתף־פעולה, ולא יעמוד מנגד, אך יחד עם זאת, אין זה ראוי שאי־שיתוף־הפעולה יפטור את המבצע מכל אחריות לנזק. הכרה בהגנת האשם התורם במקרים מעין אלה עשויה אף לעודד בסופו של דבר קיומם של חוזים, שבלעדי שיתוף־פעולה, לא היו מקוימים.<sup>45</sup>

שאלות של שיתוף־פעולה מתעוררות לעיתים קרובות במהלך ביצועם של חווי בנייה. שיתוף־הפעולה הנחוץ מצידו של המזמין עשוי ללבוש במקרים אלה צורות שונות: מתן אפשרות לקבלן לבנות בלא הפרעות (שיתוף־פעולה סביל); ביצוע עבודות מקדימות, כגון הכנתן של תוכניות הבנייה והשגת רשיונות בנייה; העברת תשלומים לקבלן לשם מימון המשך הבנייה; הנחיית הקבלן כאשר לעבודות הבנייה כאשר אופי העבודות דורש זאת; אי־הטלת מעמסות כבדות מדי על הקבלן בנסיבות שבהן מותר למזמין לשנות תוכניות, להוסיף עליהן או לשפרן תוך כדי בנייה; ועוד.<sup>46</sup> כאשר לא מתבצע שיתוף־פעולה באחד

45 מקור משפטי שיש לו קשר מסוים לבעיית אי־שיתוף־הפעולה של הנושה בביצוע החוזה הוא סעיף 43 לחוק החוזים. מסעיף זה עולה, בין היתר, שאם נמנע קיומו של חיוב במועדו מסיבה התלויה בנושה, פטור החייב מקיום החיוב עד שהוסרה המניעה, "ורשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, לחייב את הנושה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לחייב עקב הדחיה, אף אם אין בדבר משום הפרת חוזה מצד הנושה..."

סעיף זה אינו מלמדנו מה הדין כאשר המניעה קשורה גם בחייב וגם בנושה, כפי שקורה באותם מקרים הראויים, לטענתי, לתחולתה של הגנת האשם התורם. מובן שהסעיף אינו נותן תשובה לשאלה אימתי רואים את המניעה קשורה משפטית בנושה, והרי זו השאלה העיקרית שעלינו לשאול בבואנו להחיל את הגנת האשם התורם. הסעיף אף אינו עוסק בתביעה שבה מתעוררת שאלת האשם התורם: תביעה של הנושה (ולא של החייב) נגד החייב־מפר־החוזה, הסוען להגנתו שהנושה לא שיתף עימו פעולה, ובדרך זו תרם באשמו להפרתו.

עם זאת ניתן ללמוד מסעיף 43, כי עקרונית, יכול שהנושה לא יהיה מפר חוזה, ולמרות זאת תוטל עליו אחריות מסוימת לנזקי החייב. לפיכך, אם במקרה נתון מפרש בית־ המשפט כי החייב הינו מפר חוזה אף־על־פי שהנושה הפריע לו בביצוע, עשוי סעיף 43 לשמש בסיס לחיובו של הנושה בפיצויים, אשר יתקוו באופן מלא או חלקי, לפי שיקול־הדעת של בית־המשפט, כנגד חבותו של החייב בפיצויים בגין הפרת החוזה. תוצאה זו עשויה להיות זהה לזו שתושג אם תוכר הגנת אשם תורם באופן ישיר במקרה מעין זה.

46 Hudson's Building & Engineering Contracts (London, 10th ed., 1970) 315 et seq.; Corbin On Contracts Vol. 6, §1264 לדוגמות בישראל ראה ע"א 446/62 דגן נ' קרמן, פ"ד יז 779; ת"א (ת"א) 3761/59 אקשטיין נ' גילן, פ"מ ס 28; עניין ברקי, לעיל הערה 4; ע"א 635/83 אברהם נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 105.

האופנים שפורטו לעיל, ואי-שיתוף-פעולה זה גורם להפרת חוזה הבנייה, הפרה המתבטאת באי-ביצוע החוזה, בביצועו באיחור או בביצועו באופן לקוי, עולה השאלה: מי צריך לשאת בנזקי המזמין שאירעו עקב הפרה, אך גם עקב אי-שיתוף-הפעולה על-ידי המזמין?<sup>47</sup> פסק-דין אמריקאי, שנפסק על-ידי בית-המשפט העליון של מדינת מינסוטה, מהווה דוגמה טובה לענייננו, ובו הוכרה בפועל הגנת אשם תורם בשל אי-שיתוף-פעולה.<sup>48</sup> באותו עניין בנו כמה בעלי-מקצוע מבנה בשיתופו הפעיל של התובע עצמו. המבנה נמצא פגום, ועלי-כן בלתי-מתאים למוסכם. עקב כך נגרמו לתובע נזקים תוצאתיים (נזק לחיטה שאיחסן במבנה) ונזק לאינטרס הציפייה, שהתבטא בהפרש בין שווי של המבנה לו נבנה על-פי החוזה לבין שווי כפי שנבנה בפועל. הסתבר, כי התובע איחסן חיטה בתוך המבנה עוד בטרם הסתיימה הבנייה, חילק לבעלי-המקצוע הוראות שונות וכך הקשה על עבודתם. התנהגויות אלה לא היו הפרות חוזה, אולם בית-המשפט החיל על התביעה החוזית חוק שנועד לאפשר חלוקת אחריות בשל אשם תורם בדיני נזיקין, והפחית מכל פיצוייו של התובע שיעור המשקף את אשמו התורם.<sup>49</sup> הגת רואים אנו כיצד איפשרה לבית-המשפט הכרה בהגנת האשם התורם ליתן ביטוי לתחושתו, שאי-שיתוף-הפעולה היווה התנהגות בלתי-ראויה, שאין לעודדה, אך למרות זאת, אין היא צריכה לפטור כליל את המבצע מחובת הביצוע.

שאלת תוצאותיו המשפטיות של אי-שיתוף-פעולה עשויה להתעורר אף במקרים רבים

47 כאשר ניתן להפריד את הנזק ולייחס את חלקו האחד רק להתנהגות המזמין ואת חלקו האחר רק להתנהגות הקבלן, אין כל קושי, שכן אין מדובר באחריות משותפת לנזק. ראה לעיל הערה 2. עם זאת, גם במקרה כזה עולה שאלה: האם זכאי המזמין לפיצויים מוסכמים שנבקעו לטובתו לפי מספר ימי האיחור, החל במועד נקוב בחוזה, כאשר חלק מן האיחור נגרם על-ידי הקבלן וחלק אחר על-ידי המזמין? בישראל נפסק כי אין זכאות לפיצויים מוסכמים כלשהם במקרה כזה: ע"א 446/62 דגן נ' קרמן, שפ. ראה על בעיה זו בארצות-הברית: Note "Liability of Building or Construction Contractor for Liquidated Damages for Breach of Time Limit Where Work is Delayed by Contractor or Third Person" 152 A.L.R. 1349.

48 *Lesmeister v. Dilly*, supra note 19

49 אם כי בית-המשפט השתמש במינוח של "אי הקטנת הנזק". דוגמה אחרת שבה היה ניכר שהגנת האשם התורם מתאימה לחול ניתן למצוא בעניין 5 *Marintrans*, supra note 5. באותו עניין נגרמו לבעלים של מטען נזקים עקב הטענה לקויה של המטען. להטענה היה אחראי הבעלים של הספינה, הוא המוביל. אולם, בהטענה השתתפו אף סוורים שפעלו מטעמם של בעלי המטען. אלה פעלו ברשלנות ותרמו לנזק. מאחר שבאותו מקרה סבר בית-המשפט, כי על-פי המצב המשפטי, אין אפשרות לחלק את האחריות לנזק בשל אשם תורם, הושתה מלוא האחריות לנזק של בעלי הספינה והתביעה התקבלה. אומנם, בעניין *Marintrans* לא היה זה אי-שיתוף-פעולה (מחדל), אלא שיתוף-פעולה רשלני (מעשה). במקרה אחרון זה, כך נראה, קל יותר להכיר בחלוקת האחריות לנזק עקב אשם תורם מאשר במקרה הראשון, אפילו אם לא היה התובע חייב לשותף-פעולה מלכתחילה.

אחרים. דוגמה טיפוסית ניתן למצוא בע"א 702/80 גלפנשטיין נ' אברהם.<sup>50</sup> במקרה זה, היה מדובר בחוזה למכירת דירה. הקונים תכננו לשלם חלק ממחירה באמצעות הלוואה שהתכוונו לקחת בבנק. הבנק התנה את מתן הלוואה ברישום משכנתא על הדירה לטובתו. אלא שכאן צצה בעיה: במועד שבו חפצו הקונים לקחת את הלוואה טרם הועברה הדירה לבעלותם; העברת הבעלות היתה עתידה להתבצע, לפי תנאי החוזה, במועד מאוחר יותר. המפתח לפתרון הבעיה היה מצוי לכאורה בידי המוכרים: לו היו מסכימים להקדים את המועד של העברת הבעלות בדירה,<sup>51</sup> היו הקונים יכולים לזכות בהלוואה ולקיים בדרך זו את חלקם בחוזה. המוכרים לא ניאיתו לעשות כן, אף-על-פי שהבנק היה מוכן להעביר את סכום הלוואה ישירות לידי המוכרים. עקב כך נאלצו הקונים לא לבצע את התשלום, שהיה מבחינתם בלתי-אפשרי בלעדי נטילת הלוואה מן הבנק, והמוכרים הודיעו על ביטול החוזה עקב הפרתו. השאלה שעלתה בבית-המשפט היתה: האם זכאים הקונים לאכיפה, או שמא בוטל החוזה כדין? בית-המשפט העליון פסק, כי בנסיבות העניין, היו המוכרים חייבים לאפשר את רישום המשכנתא על הדירה, ומשלא עשו כן, הרי הם שהפרו את החוזה, ולא הקונים. את מסקנתו זו השתית בית-המשפט על פרשנות החוזה ועל עקרון תום-הלב. התוצאה היתה שהחוזה נאכף. אי-שיתוף-הפעולה על-ידי המוכרים עמד להם לרועץ. למעשה, הכשיר אי-שיתוף-הפעולה את אי-התשלום במועד הנקוב בחוזה. סביר להניח, שלו נתבעו פיצויים על-ידי הצדדים בגין נזקיהם, היו הקונים זוכים בפיצויים, ואילו תביעת המוכרים היתה נדחית. ניתן להקשות אם אין תוצאה כזו קשה מדי מבחינת המוכרים. אילו היה החוזה שותק בעניין חובת שיתוף-הפעולה, היתה הטלתה על המוכרים מרחיקת-לכת.<sup>52</sup> היה בה משום התערבות בוטה בדרך הקצאת הסיכונים ובסדר ביצוע החיובים שקבעו הצדדים לחוזה. אולם בית-המשפט השתית את מסקנתו אף על פרשנות החוזה. בכך יש לרכך במידה מסוימת את ההלכה שנקבעה בעניין גלפנשטיין. אלא שמסתבר מקריאת פסק-הדין שהחוזה היה סתום בעניין חובת שיתוף-הפעולה ולקה בדו-משמעות.<sup>53</sup> ייתכן שחלוקת האחריות לנזק היתה יוצרת תוצאה מאוזנת יותר בנסיבות המקרה. לפיכך, לו תבעו המוכרים פיצויים בגין הפרת חוזה, היה ניתן לקבל את תביעתם, אך להפחית את שיעור הפיצויים עקב אשםם התורם, שהתבטא באי-שיתוף-פעולה. לעומת

50 פ"ד לו(4) 113 (להלן: עניין גלפנשטיין). השווה: *Restatement, Contracts 2d* §238, III. 3.

51 למעשה, היתה הבעיה עשויה להיפתר לשביעות-רצונם של הקונים גם אילו היו המוכרים מאפשרים רישום משכנתא על הדירה בעוד היא מצויה בבעלותם.

52 אכן, במקרים אחרים, שבהם לא היה כל אוכור של נושא המשכנתא בחוזה, סירבו בתי-המשפט לחייב את המוכר להקדים את העברת הבעלות על-מנת לאפשר לקונה לקבל הלוואה. כנגד משכנתא: ע"א 614/78 מלכך נ' גייר, פ"ד לג(3) 773, 779 (להלן: עניין מלכך); ע"א 409/78 גולן נ' פרקש, פ"ד לד(1) 813. ראה לעומת זאת ע"א 368/83 מסיקה נ' ועקנין, פ"ד מ(2) 477, שם הכריע בית-המשפט לטובת הקונים, בהסתמכו על פרשנות החוזה.

53 השווה לדעת-המיעוט בעניין גלפנשטיין, לעיל הערה 50, בע' 125-129.

זאת, אילו היו הקונים תובעים פיצויים, היתה תביעתם יכולה להתקבל אילו היה אי-שיתוף-הפעולה מוגדר לא רק כאשם תורם, אלא אף כהפרת חוזה. גם מפיצוייהם היה ניתן להפחית, מכיוון שהפרתם הצטרפה להפרת המוכרים וגרמה לנזק יחד עימה.<sup>54,55</sup> נראה כי אפשר לסכם, שאין להודרו להטיל על מקבל הביצוע נטל של שיתוף-פעולה. נקודת-המוצא צריכה להיות, שכל עוד לא נקבע בחוזה אחרת, מוטלת אחריות הביצוע במלואה על המבצע. עם זאת ניתן להסיק בנסיבות מסוימות קיומו של נטל לשיתוף-פעולה, שאי-עמידה בו עלולה להפחית מפיצוייו של הנפגע. נראה ששני שיקולים מרכזיים פועלים בעניין זה. ראשית, מידת הנחיצות בשיתוף-פעולה; שנית, המידה שבה מכביד נטל שיתוף-הפעולה על מקבל הביצוע. התחשבות בשני שיקולים אלה תבטיח, שהכרה בהגנת האשם התורם לא תגרום פגיעה חמורה מדי ביכולת ההסתמכות והתכנון, ושהפגיעה תיעשה רק כאשר ברור למדי שבלעדיה לא יבוצע החוזה. נראה שהשיקול השני הוא החשוב יותר: תנאי לנטל של שיתוף-פעולה הוא שאין הוא מכביד באופן משמעותי על מקבל הביצוע. אך כאשר מתקיים תנאי זה, הכרה בהגנת האשם התורם רצויה. יש בה, כך נראה, פוטנציאל לאפשר לבית-המשפט להגיע לפתרון צודק ומאוזן יותר מפתרונות-הכל או לא כלום,<sup>56</sup> שאליהם הוא נאלץ להגיע על-פי הגישה המסורתית של דיני החוזים, ולצודד קיומם של חוזים אשר מבצעים נקלע לקשיי ביצוע מיוחדים.

#### קבוצה (ב): סירוב להבהיר מחלוקות, ערפול המצב המשפטי ויצירת מבוויסות

לעיתים חלוקים ביניהם הצדדים בשאלה כיצד יש לבצע את החוזה; מה זכויותיהם וחובותיהם לפיו; אילו התנהגויות מהוות הפרת חוזה ואילו לא; וכד'. עקב כך, עלול ביצוע החוזה להיקלע למבוויסות, ועלולים להיגרם נזקים לאחד הצדדים או לשניהם. ייתכן שהצדדים תרמו למבוכה, ואילו נהגו זה כלפי זה בגמישות רבה יותר וסבלנות, היו מיישבים את המחלוקת, וביצוע החוזה היה נמשך כמתוכנן. שכיחותה של תופעה זו גדלה ככל שהחווה בין הצדדים מורכב יותר; ככל שביצועו מסובך וארוך יותר; וככל שמתעוררות בעיות בלתי-צפויות רבות יותר, שאינן מקבלות מענה חד וברור בחוזה. תופעה זו יכולה לקרות אף עקב ניסוח לקוי של החוזה, הנובע מרשלנות או לעיתים אף

54 לעיל הערה 37. למעשה, בעניין ברקי, לעיל הערה 4, הגדיר בית-המשפט את שני הצדדים כמפירי חוזה, וחילק ביניהם את האחריות לנזק.

55 שאלה אחרת היא כיצד ייתן בית-המשפט ביטוי לאחריות המשותפת לנזק כאשר נתבעת תרופת האכיפה, ולא תרופת הפיצויים, כפי שאירע למעשה בעניין גלפנשטיין, לעיל הערה 50. סוגיה זו חורגת מתחומי המאמר, ועל-כן אומר רק, שאחת האפשרויות הינה להימנע במקרה מעין זה מליתן סעד של אכיפה ולתת ביטוי לאחריות המשותפת באמצעות תרופת הפיצויים. אפשרות נוספת היא להתנות את תרופת האכיפה בתשלום פיצויים על-ידי התובע. פורת, לעיל הערה 1, בע' 366-368. כן ראה סעיף 4 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16 (להלן: חוק התרופות).

מכוונה.<sup>56</sup> השאלה היא: האם צריכה להיות נפקות משפטית כלשהי להתנהגויותיהם של הצדדים בעת שמתגלעת מחלוקת ביניהם? האם רצוי ששיטת המשפט תפעל לשם עידוד התנהגויות מסוימות ותרתיע מפני התנהגויות אחרות בשלב זה של המשא-ומתן לשם ביצוע החוזה?

דיני החוזים המסורתיים מתעלמים בדרך-כלל מן המשא-ומתן בין הצדדים (או מהיעדרו ב"אשמת" אחד מהם) במהלך ביצוע החוזה.<sup>57</sup> הדין ייתכן על-פי זכויותיהם המהותיות, כפי שהן נוצרו בעת כריתת החוזה. כאשר מתגלעת מחלוקת בין הצדדים בשלב הביצוע באשר לפרשנות החוזה או ליחסיהם המשפטיים, נושא כל אחד מהם בסיכון שהבנתו שלו מוטעית. לא ייתכן, כך ייאמר, שצד לחוזה אשר צדק בפרשנותו יפוצה חלקית בגין נזקיו או לא יפוצה כלל רק משום שלא טרח להבהיר כראוי לצד האחר כי טעות בידיו. אם יהיה כך, ממשיך הטיעון, יוטלו גטלים כבדים על הצדדים לחוזה להבהרת יחסיהם המשפטיים בעת הצורך, ויכולת ההסתמכות והתכנון תפחת. כל צד לחוזה יצטרך "להשגיח" על ביצועו של הצד האחר ועל אופן הבנתו את החוזה, ולא רק על ביצועו שלו. הכרה בהגנת אשם תורם במקרים מעין אלה מהווה אף התחשבות במצבו המנטלי של מפר החוזה, ואינה עולה בקנה אחד עם ראייתה של האחריות החוזית כמוחלטת וכבלתי-יתלויה באשם (במובן של רשלנות); זאת, מכיוון שהיא מקילה למעשה עם מפר שטעה בפרשנות החוזה, לעומת מפר אשר פעל במצת-נחושה, תוך הבנת אופי התנהגותו המהווה הפרת חוזה.<sup>58</sup>

טיעונים אלה, המהווים קונקרטיזציה של הטיעונים הכלליים נגד הגנת האשם התורם לקבוצת המקרים הנדונה בתת-פרק זה, אינם משכנעים.

ראשית, טיעון ההסתמכות והתכנון היה חזק לו נטען שיש להטיל על צד לחוזה נטל לאתר טעויות של הצד האחר בהבנת המצב המשפטי או להבהיר לו כל העת את עמדותיו, על-מנת למנוע מראש מחלוקות אפשריות. אולם טיעון זה נחלש אם מכירים בהגנת האשם התורם רק באותם מקרים שבהם התגלעה בפועל מחלוקת בין הצדדים, וזו גלויה וברורה לנפגע, ואם כל שנדרש ממנו לשם בירור העניין אינו מכביד עליו באופן משמעותי. אם תרם הנפגע כמו ידיו לערפול המצב המשפטי - הטיעון בעד הגנת האשם התורם יהיה חזק עוד יותר.

מובן שאין להטיל על הנפגע לצאת מגדרו ולפתור את המחלוקת. אין הוא אפוטרופוס של הצד האחר, מפר החוזה. אך אם הוא מסרב, למשל, לדבר עם הצד האחר או להיפגש איתו פנים אל פנים בלא כל הסבר מניח את הדעת, אף-על-פי שנראה כי הצד האחר פועל בכנות ובתום-לב, לא נראה שהכרה בהגנת האשם התורם תהווה פגיעה משמעותית ביכולת ההסתמכות והתכנון. יש לזכור, שאם תוכר הגנת האשם התורם במקרים כאלה, ייווצר הנטל על הנפגע הפוטנציאלי רק לאחר שיהיה לו ברור למדי כי החוזה שנכרת עימו

56 ראה בעניין גלפנשטיין, לעיל הערה 50, והסקסט הנלווה להערה 53.

57 אלא לעיתים כראיה לפרשנות החוזה.

58 P.H. Marschall "Willfulness: A Crucial Factor in Choosing Remedies for Breach of Contract" 24 *Ariz. L. Rev.* (1982) 733

מצוי בסכנה משמעותית ביותר של הפרה. בנסיבות כאלה טיעון ההסתמכות והתכנון חלש במיוחד;<sup>59</sup> מה גם שהנטל להכרת המצב אינו כרוך מעצם טיבו בהשקעה משמעותית של משאבים, כך שהכרה בהגנת האשם התורם לא תפגע בדרך כלשהי במאזן התמורות שקבעו הצדדים לחוזה (אלא באופן זניח). כאשר לא כאלה הם פני הדברים, ויישוב המחלוקת עלול להטיל נטל כבד מדי על הנפגע הפוטנציאלי, אין מקום להכיר בהגנת האשם התורם. שנית, אין לקבל את הטיעון שהכרה בהגנה, בקבוצת המקרים הנידונה בתת-פרק זה, מהווה התחשבות במצבו המנטלי של מפר החוזה כשלעצמו, אם כי יש להודות שהתחשבות מסוימת יש בה. מצבו המנטלי של מפר החוזה אינו אלא נתון-רקע, לשם בחינה של סבירות התנהגותו של הנפגע דווקא.<sup>60</sup> אם, למשל, סירב זה האחרון להיפגש עם המפר לשם ליבון הבעיות שהתעוררו או לשם הצגת עמדות, חשוב לבחון את אופן ההפרה. מובן, שאם מסתבר שהמפר הפר את החוזה במכוון, שרצונו המוצהר להבהיר את המצב המשפטי לא היה רצון כן, אלא העמדת פנים, תכסיס או ניסיון להרוויח זמן, לא יהיה זה נכון להגדיר את התנהגותו של הנפגע, אשר סירב לשתף עימו פעולה, כהתנהגות בת אשם תורם.

הטיעון הפוזיטיבי העיקרי בעד הכרה בהגנת האשם התורם בקטיגוריה זו של מקרים הינו, שהיא תספק תמריץ להתנהגות הוגנת בביצוע החוזה ותביא לכך שיותר חוזים יקיימו. מבוי-סתום בחוזה הינו רע כלכלי, גורם נזקים ומכויב ציפיות. מתן סיכוי רב יותר לקיומם של חוזים שביצועם הגיע למבוי-סתום יביא לחיזוק יכולת ההסתמכות והתכנון של הצדדים לחוזה, אשר יחששו פחות להיקלע למצבים מעורפלים, בידעם, שאם כך יקרה, הצד האחר יסייע להם בפיזור הערפל. תורות משפטיות המדגישות את הבסיס המוסרי של דיני החוים המודרניים ואת מקומו של עקרון תום-הלב ושיתוף-הפעולה בין הצדדים תתמוכנה בהכרה בהגנת האשם התורם בקבוצת המקרים הנידונה כאן.<sup>61</sup> נראה שגם מי שסבור שהאחריות לביצוע החוזה רובצת תמיד על המבצע, ושלעולם אין באי-שיתוף-פעולה בביצוע החוזה כל רע, עשוי להסכים ששיתוף-פעולה מן הסוג המיוחד הנידון כאן, לא בביצוע החוזה, אלא בליבון והבהרת מחלוקות, ראוי לעידוד במקרים המתאימים.

59 להלן תת-פרק ג, קבוצה (ו).

60 למעשה, הכרה בהגנת האשם התורם בכל קבוצת מקרים שהיא מחייבת לבחון בדרך כלשהי גם את אופן ההפרה, ובכלל זה את מצבו המנטלי של המפר, ולו גם לשם קביעת האופן של חלוקת האחריות לנוק בין המפר לנפגע. למידת מאמציו של המפר לקיים את החוזה, כשיקול להגדרתה של הפרה כ"יסודית" או כ"לא-יסודית", ראה ע"א 187/89 רובין ג' זהר, פ"ד מה(5) 824.

61 לתורות כאלה ראה: P.S. Atiyah *Promises, Morals, and Law* (Oxford, 1981); Macneil, *supra* note 28; C. Fried *Contract as Promise* (Cambridge, 1981). לניתוחן של תורות אלה בהקשר הגנת האשם התורם, ראה פורת, לעיל הערה 1, בע' 118-128. תורות אלה אף מערערות במידה רבה את הטיעון שהאחריות החוית הינה מוחלטת, ובכך פותחות פתח רחב להכרה בהגנת האשם התורם בדיני החוזים.

בפסיקה בישראל ניתן למצוא כמה סימנים לנכונותם של בתי-המשפט ליתן נפקות משפטית להתנהגותו של צד לחוזה שיצר ערפול במצב המשפטי, סירב להבהיר מחלוקות ותרם ליצירתו של מבווי-סתום בביצוע החוזה. בעניין ברקי,<sup>62</sup> שבו חילק בית-משפט השלום בירושלים את האחריות לנוק בין התובע (מזמין עבודות בנייה) לבין הנתבע (קבלן), נימק בית-המשפט את מסקנתו אף בכך, שהתובע, אף שהדין היה עימו בעניינים מסוימים שהיו שנויים במחלוקת בין הצדדים, היה חייב להסכים להיפגש עם הנתבע ולהבהיר לו כראוי את דרישותיו, ולא לתרום ליצירת מצב שבו אין איש מבין כראוי את עמדות חברו. בהתנהגויות אלה של התובע ראה בית-המשפט היעדר תום-לב, המצדיק את הפחתת שיעור הפיצויים שהוא זכאי להם.

נכונות להתחשב בסוג כזה של התנהגויות מצידו של מי שמוגדר כנפגע מהפרת חוזה ניתן למצוא אף בפסיקתו של בית-המשפט העליון, אם כי בלא כל רמז לחלוקת אחריות או אשם תורם. פסק-דין הממחיש דברים אלה הוא ע"א 825/79 אחים שרבט חברה לבנין בע"מ נ' שוורצבורד,<sup>63</sup> שם תבעה החברה המערערת (הקונה) אכיפת זכרון-דברים למכר מקרקעין שנעשה בינה לבין המשיב (המוכר), ולחלופין, פיצויים בגין הפרתו. דעת שניים מן השופטים היתה, כי זכרון-הדברים אינו עונה על דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969,<sup>64</sup> ועל-כן דין התביעה להידחות. השופט השלישי, ד' לוי, הגיע לאותה תוצאה, אך הנמקתו היתה שונה. את התביעה לאכיפת זכרון-הדברים דחה מן הטעם שאכיפתו אינה צודקת. את תביעת הפיצויים דחה, וזה החשוב לענייננו, מן הטעם, שהקונה תרמה בהתנהגותה לתסבוכת שהביאה בסופו של דבר את הצדדים לבית-המשפט, הגם שלא הפרה את החוזה.<sup>65</sup> מבדיקת עובדות המקרה עולה, כי השופט ד' לוי התכוון כפי הנראה בדבריו אלה לכך, שהקונה לא הגיעה פעמיים לפגישות שנועדו לשם חתימה על חוזה פורמלי, מה שגרם לכך שהמוכר סבר, הגם שבטעות, כי הקונה הפצה להסתלק מן העסקה.<sup>66</sup> אומנם, מן הבחינה המשפטית, לא היה המוכר רשאי להניח כי זו כוונת הקונה, ועל-כן, אי-ביצוע החוזה מצידו היווה הפרת חוזה. אך התנהגותה של הקונה, כך סבר כנראה בית-המשפט, הגם שלא היתה הפרת חוזה ובוודאי לא שחררה את המוכר מחובתו לבצע את חיוביו (שאלמלא כן, לא היה מוגדר כמפר חוזה), היתה ראויה לגינוי משפטי, שהתבטא בסופו של דבר באי-פסיקת פיצויים כלשהם לטובתה. למעשה ניתן לטעון,

62 לעיל הערה 4.

63 פ"ד לו(4) 197 (להלן: עניין אחים שרבט).

64 ס"ח 259.

65 עניין אחים שרבט, לעיל הערה 63, בע' 210. כן מוסיף בית-המשפט, כי הקונה לא שינתה את מצבה בעקבות ההתקשרות. שם, שם. אולם כידוע, זה לבד אינו פוטר מפר מחבותו לפצות את הנפגע בגין הפגיעה באינטרס הציפייה.

ייתכן שהיה ניתן לפרש את התנהגותה של הקונה כהפרת חוזה, שאו, לכאורה, היא "מקזזת" את ההפרה של המוכרים. ברם קיווה כזה אינו אפשרי אלא אם נניח שההפרה הראשונה גרמה למוכרים נזק הנתה בגודלו לזה שגרמה ההפרה השנייה לקונה.

66 שם, בע' 204.

שבית המשפט החמיר יתר על המידה עם הקונה. יש לזכור, כי על-פי הנחתו של השופט ד' לוי, היה המוכר מפר החוזה. בשחרורו מחובת תשלום הפיצויים הושגה תוצאה הוזה לו שהיתה מושגת לו נקבע כי החוזה כלל לא הופר על-ידו. שאלה היא אם אין זה מרחיק-לכת, בנסיבות שהיו בעניין אחים שרבט, לשחרר את המוכר מכל אחריות, כל זאת בהנחה, כמובן, שהפר את החוזה. ייתכן שפתרון מאוזן יותר היה מושג לו הופחת שיעור פיצוייה של הקונה עקב אשמה התורם. אכן, פסק-דינו של השופט ד' לוי ממחיש היטב, כי היעדרה של הגנת אשם תורם עשוי לשחק לעיתים דווקא לידי של המפר, אשר יכול להימצא פטור מאחריות, בעוד שלו נמצא בידי בית המשפט כלי משפטי מתון יותר – שיש בו כדי לשחרר מפר באופן חלקי מתוצאות הפרתו – היה נמצא אחראי לחלק מן הנזק.<sup>67</sup>

67 בפסק-דין נוספים ניתן למצוא נכונות עקרונית ליתן נפקות משפטית להתנהגות נוקשה ולא-נכונות לנסות ליישב מחלוקות בעת משבר: ע"א 83/83 מ"י נ' אבידן, פ"ד לט(1) 211; ת"א (ת"א) 3761/59 אקשטיין נ' גילן, לעיל הערה 46. התבטאות נוספת בעניין זה מצויה בפסק-דין של מיעוט של השופטת (כתוארה אז) בן-פורת בע"א 435/81 זנגורי נ' מהצרי, פ"ד לו(2) 561 (להלן: עניין זנגורי) (שופטי-הרוב לא התייחסו להתבטאות זו בפסק-דינם). באותו עניין נכרת חוזה למכירת דירה. בין הצדדים התגלעו חילוקי-דעות באשר לפרשנות החוזה, שאכן נוסח באופן לקוי ובלתי-ברור. חילוקי-הדעות נגעו במועד שעדיו חייבים המוכרים להעביר את הבעלות בדירה. הקונה סירב לשלם ישירות למוכרים חלק נכבד מסכום הכסף שהיה צריך לשלם לפי החוזה, בטענה שאלה לא העבירו את הבעלות על שמו. יחד עם זאת הציע להעביר את הכסף לעורכת-דינם של המוכרים, כנאמנה, שתחזיק בכסף עד למועד של העברת הבעלות. המוכרים טענו שהעברת הבעלות צריכה להיעשות במועד מאוחר יותר, ועל-כן הם עומדים על כך שהתשלום יתבצע ישירות אליהם. מאחר שהכסף לא שולם, הודיעו המוכרים על ביטול החוזה. הקונה תבע את איכפתו. דעת-הרוב היתה, כי הרין עם המוכרים וכי הם ביטלו את החוזה כרין. השופטת בן-פורת סברה, לעומת זאת, כי צודק הקונה בפרשנות החוזה. החשוב לענייננו הוא, שהשופטת בן-פורת ציינה אף, כי עקב קיומה של אי-בהירות בחוזה, יש להביא בחשבון את האפשרות שכל אחד מן הצדדים פירש את ההסכם אחרת, ולכן, לנוכח הפירושים הסותרים וחילוקי-הדעות הסבירים, היה ניתן לצפות שינהגו זה כלפי זה בתום-לב ובגמישות. הקונה נהג, לדעתה, בדרך זו. לא כן המוכרים, אשר עמדו במפגיע על זכותם לקבל מיידית את כל הכסף. בהמשך הדברים מסתייעת השופטת בן-פורת בסעיף 20(דא1) שבחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958, ס"ח 86, שלפיו רשאי בית-המשפט להפחית פיצויי הלנה של פיצויי פיטורין כאשר מסתבר לו כי היו חילוקי-דעות של ממש באשר לקיומו של החוב לפיצויי פיטורין. בסעיף זה ניתן, לדעתה, למצוא תימוכין לדעה, כי בהיות החוזה הנידון לפנייה בלתי-בהיר, וכאשר כל צד דבק בתום-לב בפירוש המקובל עליו, היו המוכרים חייבים לקבל את הצעת הקונה להפקיד את הכסף בידי עורכת-הדין, שכן, בכך היה די להפגת חששם שמה לא יבצע הקונה את חלקו בחוזה (שם, בע' 567-568).

המעניין בפסק-דינה של השופטת בן-פורת הוא הנכונות העולה ממנו להתחשב בהתנהגות



**קבוצה (ג): אי-אזהרה מסכנת נזק גדול או מנסיבות מיוחדות**

הפרת חוזה עלולה לגרום נזקים כבדים. ייתכן שנוקים אלה היו צפויים על-ידי הנפגע, אך לא כן על-ידי המפר. נניח, למשל, שקיימת הסתברות גבוהה, שלו ידע המפר את שידע הנפגע, לא היה מפר את החוזה. האם עשויה הימנעותו של הנפגע מלהזהיר את המפר מפני הנזק הרב שעלולה ההפרה לגרום או מפני הנסיבות המיוחדות המצויות בידיעתו הבלעדית לחוות במקרים מסוימים התנהגות בת אשם תורם?  
שאלה זו כשלעצמה יכולה להיראות תמוהה ממבט ראשון. ראשית, מתעוררת בעיה במישור היישומי: היש מקום להגנה כזו בשיטת משפטנו, שבה מבחן ריחוק הנזק הוא מבחן הצפויות? שנית, מתעוררת בעיה במישור הרעיוני: היש להעמיד את הנפגע בחוקת שומרו של המפר?

גוקשה ובלתי-מתפשרת של צד לחוזה, בלא כל קשר לשאלה אם עמדתו העקרונית באשר להבנת המצב המשפטי מוצדקת אם לאו. עם זאת יש לזכור, שבמקרה הנידון על-ידיה, לשיטתה, היה הצד שנהג בחוסר גמישות אף מפר החוזה, שאו, כך או אחרת, הדין אינו עימו. השופטת בן-פורת אף לא ציינה מה היו בדיוק התוצאות המשפטיות לו היה הצד שנהג בנוקשות הנפגע, ולא המפר. מעניין אף ההיקש שהציעה השופטת בן-פורת לעשות מחוק הגנת השכר. בחוק זה מצאה כנראה תימוכין לכך, שמחלוקת בתום-לב באשר לקיומו של חיוב עשויה לעמוד לזכותו של החייב. הרחבה מסוימת של היקש זה עשויה להביא במקרים המתאימים להפחתת שיעור הפיצויים שזכאי לו הנפגע שנהג בנוקשות יתר, שהרי חוק הגנת השכר מאפשר לבית-המשפט הפחתה כזו. עם זאת יש לזכור, כי פיצויי הלנה של פיצויי פיטורין (כמו גם פיצויי הלנת שכר) אינם באים דווקא לפצות את העובד שהולנו פיצוייו או שכרו בגין נזקיו, אלא בראש ובראשונה להעניש את המעביד ולהרתיעו מלכתחילה מלהלינם. מטעם זה, כך ניתן לסבור, פירט החוק "נסיבות מקילות", שבהן רשאי בית-המשפט לא למצות את מלוא חומרת הדין עם המעביד שפעל בתום-לב. על-כן, היכולת להקיש מחוק זה לדיני התרופות בשל הפרת חוזה, המיועדים לפיצוי הנפגע בגין נזקיו (ולא להענשת המפר), אינה נקייה מספקות. לבסוף יש להזכיר כי שופטי-הרוב, שסברו כי הקונה הוא שהפר את החוזה, לא התרשמו כנראה יתר על המידה מנוקשותם של המוכרים, שהרי הכירו בזכותם לבטל את החוזה. לשלילת הזכות לבטל חוזה שהופר הפרה לא-ייסודית, עקב הססנות הנפגע, העמדת דרישות שלא נקבעו בחוזה מצידו ו"מלחמת מכתבים" שניהלו הוא והמפר זה כנגד זה, ראה ע"א 604/79 ברמן נ' יאיר, פ"ד לה(2) 701. בית-המשפט ראה בהתנהגות הנפגע שיקול משיקולי הצדק, שאליהם מפנה סעיף 7(ב) לחוק התרופות, במקרה שבו חפץ נפגע לבטל חוזה עקב הפרה לא-ייסודית. זכות הנפגע לפיצויים לא נשללה. לדעה שלפיה עמידה על זכות אינה יכולה להיות נעדרת תום-לב, ראה ע"א 795/86 לדאית חברה לבנין בע"מ נ' השקעות שירליב בע"מ, פ"ד מא(3) 645, 649. לשאלה אימתי עמידה על זכות הינה תוסר תום-לב ואימתי אינה כזו, ראה ע"א 158/80 שלום נ' מוטה, פ"ד לו(4) 793, 811-812.

אתחיל בבעיה שבמישור הרעיוני: היש להעמיד את הנפגע בחזקת שומרו של המפר? שאלה זו עשויה אומנם להישאל אף ביחס למקרים אחרים, שבהם תורמת התנהגותו של הנפגע להפרה, ולא ישירות לנוק. אולם בקבוצת המקרים הנדונה כאן יש לשאלה תוקף מיוחד: הכרה בהגנת האשם התורם משמעה, שהנפגע צריך לנסות לשכנע את המפר לא להפר, שאם לא יעשה כן, יופחתו פיצוייו. יתרה מזו, הכרה בהגנה עקב אי-אזהרה מצד הנפגע יכולה להתפרש כמתן לגיטימציה, ולו גם חלקית, להפרת חוזה, רק משום שהמפר לא היה ער לגודל הנוק שתגרום הפרתו. המקרים הנכללים בקבוצת המקרים הנדונה כאן שונים איפוא מן המקרים שבהם מתבטא אשמו התורם של הנפגע באי-שיתוף-פעולה בביצוע החוזה או באי-הבהרת מחלוקות: בשתי קבוצות המקרים האחרונות ניתן לומר, שהתנהגותו של הנפגע הפכה אותו במידה מסוימת שותף ל"מעשה הרע" של ההפרה, שלא כמו בקבוצת המקרים הראשונה.<sup>68</sup>

למרות ייחודה האמור של קבוצת המקרים שבהם לא הוזהר הנפגע את המפר מפני תוצאות הפרתו, איני סבור שקיים קושי ממשי להכיר במקרים שבגדרה של קבוצה זו בהגנת האשם התורם.

ראשית, כל שיטת משפט חייבת להגביל בדרך כלשהי את הפיצויים שזכאי להם הנפגע. מתן פיצויים לנפגע על נזקים בלתי-צפויים על-ידי המפר, אך צפויים על-ידי הנפגע, אשר ידע, לשם משל, שהמפר אינו צופה אותם, ואשר היה יכול להעמידו בנקל על סכנת התרחשותם, עשוי להוות הרחבת-יתר של האחריות החוזית, וכך להרתיע צדדים מלכרות חוזים.<sup>69</sup> כפי שניזכר להלן, הזכות לפיצויים מוגבלת בשיטת משפטנו במקרים רבים מעין אלה על-יפי כללי ריחוק הנוק, והכרה בהגנת האשם התורם אינה אלא צעד אחד נוסף בכיוון של הגבלת אחריות לנוקים בלתי-צפויים בפועל.<sup>70</sup>

שנית, אין להתרשם יתר על המידה מכך שהכרה בהגנה משמעה הפחתת פיצויים עקב מחלולו של הנפגע לשכנע את המפר לא להפר את החוזה. יש לזכור שהגנת האשם התורם נועדה בין היתר לעודד את הנפגע לזהירות בשמירת ענייניו. אם רואה הנפגע שהחוזה עימו עומד להיות מופר, וביכולתו למנוע הפרה זו בעלות אפסית על-ידי הזהרת המפר, אי-עשייה כזו מהווה אי-זהירות בשמירת ענייניו. הטלת נטל האזהרה עליו במקרים המתאימים עשויה איפוא לעודד אותו להעביר למפר מידע שיש בו לעיתים כדי למנוע הפרה, וכך לתרום לקיומם של חוזים.

לבסוף יש לציין, כי במשפט הנוהג ניתן למצוא דוגמות לכך, שהנפגע נדרש ליתן

68 תודת ההפרה היעילה מבחינה כלכלית תתמוך בלי ספק בעידודו של צד לחוזה להעביר לצד האחר מידע באשר לפוטנציאל נזקיו. הדבר יתרום לכך שהחלטתו של הצד האחר, אם להפר את החוזה, תהא טובה מבחינה כלכלית. ראה: R.A. Posner *The Economic Analysis of Law* (Boston & Toronto, 1986) 114–115.

69 לכך שאי-הגבלת התבות בפיצויים היתה עלולה להרתיע צדדים מלכרות חוזים, ראה: E.A. Farnsworth "Legal Remedies for Breach of Contract" 70 *Colum. L. Rev.* (1970) 1145, 1207.

70 הגם שהמפר היה צריך לצפותם כאפשרות. ראה להלן בהמשך תת-פרק זה.

למפר הזדמנות לתקן את דרכיו, כתנאי לגיבוש זכויותיו עקב ההפרה. הטלת נטל אזהרה בנסיבות המתאימות אינה מהווה אס־כן דבר חריג ובלתי־מוכר.<sup>71</sup>

עתה מן הראוי לעבור לבעיה שבמישור היישומי: היש מקום להגנת האשם התורם בקבוצת המקרים הנידונה כאן לאור המבחן של ריחוק הנזק הנוהג בשיטת משפט כשלנו? כידוע, על־פי העיקרון הקבוע בסעיף 10 לחוק התרופות, אין הנפגע זכאי לפיצויים בגין נזקים שלא ראה המפר ולא היה עליו לראותם מראש בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה (להלן: מבחן הצפיות).<sup>72</sup> האין זאת, שעל־פי מבחן הצפיות, במקרי אי־האזהרה הנידונים כאן, ממילא לא תהא חבות של המפר בפיצויים כלשהם, כך שהגנת האשם התורם כלל אינה רלוונטית?

אכן, בשיטות משפט שלא נוהג בהן מבחן הצפיות כמבחן ריחוק הנזק, יש חשיבות מיוחדת לקבוצת המקרים שבהם מתבטא אשמו של הנפגע באי־אזהרה. כך, בגרמניה, שם המבחן של ריחוק הנזק הוא מבחן ה־"Adequate Cause", הקרוב במידה רבה למבחן הישירות. סעיף 254 ל־B.G.B., הקובע בלשון כללית את הגנת האשם התורם בנויקין ובחוזים גם יחד, טורח ומבהיר במפורש, כי "מחדל מלהעיר את תשומת־ליבו של החייב לסכנת נזק גבוה בלתי־רגיל שעליו לא ידע החייב ולא היה עליו לדעת" מהווה אשם תורם. סעיף זה פורש בגרמניה כפוטר במקרים רבים את המפר מכל אחריות לנזק, וכחל גם כאשר אי־האזהרה מצידו של הנפגע נובעת מאי־ידיעה רשלנית על הסכנה הצפויה מהפרת החוזה. עוד חשוב לציין, שנטל האזהרה חל בדין הגרמני גם כאשר לא היה הנזק שצפה הנפגע כתוצאה מההפרה כבד במיוחד, ובלבד שהמפר לא היה יכול להבחין, כארם סביר, שיירע נזק מן הסוג שאירע בפועל.<sup>73</sup>

בשיטת המשפט שלנו (כמו גם בשיטת המשפט המקובל), שבה נוהג מבחן הצפיות, עשויה אזהרה מתאימה מצידו של הנפגע להפוך את הנזק שאינו ניתן לצפייה באופן עצמאי על־ידי המפר לנזק צפוי, ועל־כן, בר־פיצוי. אגב, אזהרה זו צריכה להינתן בעת כריתת החוזה, שהרי על־פי מבחן הצפיות, נבחנת שאלת הצפיות במועד זה. עם זאת, כפי שניזכר מיד, יש מקום ותכלית להגנת האשם התורם אף בשיטת משפטנו, במקרים מסוימים שבהם אין תחולה למגבלת האחריות החוזית העולה ממבחן הצפיות. בשני סוגים של מקרים ניתן להכיר בהגנת האשם התורם בשל אי־אזהרה. הסוג האחד כולל מקרים שבהם היה אירועו של הנזק צפוי בעת כריתת החוזה כתוצאה

71 ראה סעיפים 14–17 לחוק המכר, תשכ"ח–1968, ס"ח 98 (להלן: חוק המכר), וע"א 465/80 סולונץ נ' "התכופ" הרושת ברזל בע"מ, פ"ד לחנ" 3) 630 (להלן: עניין סולונץ). כן ראה סעיפים 3–4 לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד–1974, ס"ח 110 (להלן: חוק חוזה קבלנות), וסעיפים 6–10 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א–1971, ס"ח 160.

72 למבחן הצפיות אין זכר בסעיפים 11 (פיצויים ללא הוכחת נזק) ו־13 (פיצויים בעד נזק שאינו נזק ממון) לחוק התרופות. כאשר לפיצויים על־פי סעיף 13, קבע בית־המשפט העליון, שהם כפופים למבחן הצפיות הקבוע בסעיף 10 לחוק התרופות. ראה ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31.

73 Grunsky, *supra* note 15, §254, s. 39–42.

אפשרית מהפרת החוזה, אך עובר להפרה נהפך לוודאי או לכמעט-וודאי מבחינת הנפגע. המפר, לעומת זאת, הוסיף לראות בו אפשרות רחוקה. הנפגע ידע זאת, ואף-על-פי שהיה יכול להזהיר את המפר בנקל, בחר לא לעשות כן.<sup>74</sup> על-פי מבחן הצפיות, הנפגע זכאי לפיצויים בגין נזקיו. החלטה של הגנת האשם התורם תביא להפחתת שיעור הפיצויים.

הסוג האחר כולל מקרים שבהם לא היה הנזק צפוי בפועל מבחינת המפר, לא בעת הכריתה ולא בכל מועד אחר, אך כאדם סביר, היה עליו לצפותו בכל המועדים הרלוונטיים. הנפגע, לעומת זאת, צפה את הנזק, ואף ידע שהמפר אינו רואה כל אפשרות שייארע. למרות זאת, לא הזהיר אותו. אף כאן, על-פי מבחן הצפיות, לא נשללת זכותו של הנפגע לפיצויים. החלטה של הגנת האשם התורם תביא להפחתתם.<sup>75</sup>

בשני סוגי המקרים שבהם ניתן להחיל את ההגנה יש לעשות זאת בזהירות רבה. נקודת-המוצא צריכה להיות, כי הנפגע זכאי לפיצויים מלאים בגין כל הנזקים בני-הפיצוי על-פי מבחן הצפיות, וכי אין הוא חייב בדרך-כלל להזהיר את המפר מפני תוצאות הפרתו. אחרת, תיפגע יתר על המידה יכולת ההסתמכות והתכנון שלו, שכן, יהא עליו לעמוד כל העת על המשמר ולדווח למפר על פוטנציאל הנזק המשתנה שלו. בשל כך, ספק רב בעיני אם ראוי להכיר בהגנה במקרים שבהם לא הזהיר הנפגע את המפר עקב רשלנותו של הראשון בהבנת פוטנציאל נזקיו. בוודאי שאין להכיר בהגנה אם גם המפר וגם הנפגע היו צריכים, כאנשים סבירים, להבין פוטנציאל זה, אך שניהם כאחד נכשלו בכך.<sup>76</sup> גם כאשר עלות האזהרה גבוהה (כגון, שהנפגע היה צריך לחשוף לשם כך לפני המפר את סודותיו המסחריים וכד'), אי-נתינתה אינה צריכה להוות אשם תורם. לבסוף, אי-אזהרה אינה צריכה להיחשב לאשם תורם כאשר היה ניתן לצפות באופן סביר שלא תהא לאזהרה כל השפעה על התנהגותו של המפר.<sup>77</sup>

#### קבוצה (ד): הטעיה ואי-יגילוי מידע חיוני לביצוע החוזה שתורמו להפרה

הפרת החוזה עלולה להיגרם עקב אי-ידיעת עובדות חיוניות לביצוע החוזה, שאילו היו ידועות למפר לאשורן, לא היה מפר את החוזה. במקרה שהמידע הרלוונטי מצוי בידי

74 לדוגמה הנמנית עם סוג זה של מקרים, ראה להלן טקסט להערות 133-134.

75 האזהרה עשויה להיות רלוונטית גם לאחד ההפרה, כאשר מדובר בהפרה מתמשכת, שהמפר היה יכול להפסיקה. ראה ג' טרסקי "הנטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים 30 (תשמ"ז) 389, 335. לדבריו של פרופסור טרסקי "ישנן נסיבות שבהן אזהרה לפוגע (בכוח או כבר בפועל) עשויה להביא למניעת הנזק או להקטנתו. הכוונה היא להצבעת הנפגע (בכוח או כבר בפועל) על עובדות שלפיהן הפוגע יגרום לנזק שאינו מודע לו. אזהרה כזו אינה נכללת גם היא בהוראת סעיף 14(א) [לתוך התרופות] אך אין לכפור שהיא עשויה לנבוע מעקרון תום-הלב, בהיקף התחום שבו יש לראות תחולה לעיקרון זה."

76 ראה בדין הגרמני: Grunsky, *supra* note 15, §254, s. 40.

77 ראה בדין הגרמני: Grunsky, *ibid*, §254, s. 41-42.

הנפגע, והוא נמנע מלהעבירו למפר למרות שהוא יודע את חיוניותו לביצוע, ייתכנו מקרים שהפחתת פיצויים בשל אשם תורם תהווה פתרון טוב. במקרים קיצוניים, שבהם נעשו אי-הגילוי או ההטעה בודד, ייתכן שראוי לראות בהתנהגותו של הנפגע התנהגות המכשירה כליל את התנהגותו של הצד שכנגד. אומנם, באופן הרגיל, צד המתחייב לבצע דבר-מה על-פי חוזה נוטל על עצמו את הנטל של השגת המידע הנחוץ לשם ביצוע. מקבל הביצוע אינו צריך להטריח עצמו בהשגת מידע ובעדכונו של המבצע. אך לכלל זה ראוי שיהיו חריגים. לפני שאעבור לדון בחריגים אלה, ברצוני לעמוד על הבחנה שיש לעשות, לדעתי, בין השיקולים הרלוונטיים לעניין הכרה בחובת הגילוי ואי-ההטעה בשלב כריתת החוזה לבין השיקולים הרלוונטיים לעניין הכרה בחובה או בנטל דומים בשלב ביצוע.<sup>78</sup>

#### (1) חובת גילוי בשלב הכריתה מול נטל גילוי בשלב הביצוע

בתייהמשפט מתחבטים לא-אחת בשאלה: מה צריך צד לחוזה לגלות לרעהו בשלב המשא-ומתן לכריתת חוזה? אימתי יהווה אי-הגילוי הטעה המקנה זכות לביטול החוזה או לפיצויים?<sup>79</sup> ההתלבטות נוגעת בדרך-כלל בנקודת האיוון הראויה בין האינטרס של הצד המוטעה לא להיות מוטעה על-ידי אי-הגילוי לבין האינטרס של הצד שכנגד לזכות חוזה רווחי וטוב בשבילו, תוך ניצול המידע שברשותו.<sup>80</sup> למעשה, האיוון אינו רק (או אפילו בעיקר) בין אינטרסים פרטיים, אלא גם בין אינטרסים חברתיים, ואולי אף בין שתי תפישות-עולם: מצד אחד, התפישה הליברלית-האינדיווידואליסטית של יוזמה חופשית, המעודדת את הפרט לפעול כטוב בעיניו ולקצור את פירות הצלחתו, אך מותרת אותו עם כשלונותיו – תפישה ששלטה במאה התשע-עשרה ושבמסגרתה התפתח העיקרון הידוע של "ייוזהר הקונה" (caveat emptor); ומן הצד האחר, התפישה ה"מוסרית", שאינה נוטה לראות את הצדדים לחוזה כזרים באופן מוחלט זה לזה, אלא יותר כשותפים הפועלים יחדיו לשם השגת רווחים – תפישה שהתפתחה בעיקר במאה העשרים וממשיכה להתפתח

78 ניתן לטעון שקבוצה זו הינה תת-קבוצה של קבוצת המקרים הראשונה (אי-שיתוף-פעולה). עקב הבעיות המיוחדות המתעוררות במסגרתה, אני מעדיף לדון בה בנפרד. לקבוצת המקרים הנידונה כאן יש קרבה מסוימת אף לקבוצת המקרים השלישית (אי-אזהרה), שכן, גם בזה האחרונה אי-הגילוי מידע תורם להפרה. ברם, הקבוצה השלישית עוסקת באי-הגילוי מידע באשר לנוקיו של הנפגע, ואילו כאן מדובר באי-הגילוי מידע הנחוץ לשם ביצוע החוזה.

79 החפיפה בין אי-הגילוי המקנה עילה לביטול החוזה ואי-הגילוי המקנה עילת-תביעה לפיצויים אינה מלאה. ראה פרידמן וכהן חוזים א, לעיל הערה 4, בע' 581.

80 ראה ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"ג, כרך ב) 810-811; ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 244; ע"א 11/84 רבינוביץ נ' שלב – הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ, פ"ד מ(4) 533. לקריטריון איוון מעניין ראה: A.T. Kronman "Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts" 7 J. Leg. Stud. (1978) 1.

בימינו אנו, ושכמסגרתה מוטלות על הצדדים חובות טרום-חוזיות הולכות ורבות זה כלפי זה.<sup>81</sup>

הנה רואים אנו, שבשלב של כריתת החוזה, ההתלבטות בשאלה אם מוטלת על "המטעה" חובת גילוי<sup>82</sup> הינה הכרעה בין אינטרס "המטעה" לאינטרס "המוטעה", וכן בין האינטרסים התברתיים הבאים לידי ביטוי בשתי תפישות העולם שהזכרתי. "המטעה" מנסה לטעון שהיה מותר לו לא לגלות, שאם לא כן, ייפגע אינטרס לגיטימי שלו לעשות שימוש במידע שברשותו ולכרות חוזה רווחי וטוב; ואילו "המוטעה" טוען שגובר האינטרס הלגיטימי שלו לא להיות מוטעה.

כאשר מדובר בחובת גילוי או בנטל כזה בשלב הביצוע, צריכה ההתחבטות של בית-המשפט להיות שונה.<sup>83</sup> במקרה הרגיל, אין לכאורה לנפגע כל אינטרס לגיטימי לא לגלות לצד האחר מידע העשוי לסייע לו בביצוע החוזה ולמנוע את הפרתו. קיימת, לפחות לכאורה, זהות אינטרסים בין הצדדים: שניהם מעוניינים בביצוע החוזה. גילוי נאות יתרום להשגת מטרה זו. אף עימות האינטרסים במישור התברתי אינו קיים באותו אופן כבשלב של כריתת החוזה: הן התפישה הליברלית והן התפישה ה"מוסרית" אינן עומדות בסתירה לעידודו של צד לחוזה לגלות לצד האחר מידע הדרוש לו לשם ביצוע החוזה.

עם זאת קיימת בעיה אחרת. הטלת נטל של גילוי בשלב הביצוע עלולה להכביד על צד לחוזה באופן בלתי-ראוי. יכולת ההסתמכות והתכנון שלו תיפגע. לכן, בבואנו לתחום את נטל הגילוי האמור, ראוי לאון בין אינטרסים שונים מאלה שיש לאונם כאשר עוסקים בחובת הגילוי בשלב הכריתה. יש לזכור, שמצד אחד, הגילוי מועיל לאחר מעשה לשני הצדדים (להבדיל מן הגילוי בשלב הכריתה); אך מצד אחר, נטל כזה עלול להוות

81 ראה באופן כללי: Atiyah, *supra* note 28, at pp. 681-779; Macneil, *supra* note 28; G. Gilmore *The Death of Contract* (Columbus, 1974) 28, בע' 167-170, 221, 230, 234; פרידמן וכהן חוזים ב, שם, בע' 662 ואילך. כן ראה ג' כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו (תשמ"ח) 13.

82 המונח "חובה" מתאים למקרים שבהם יקנה אי-גילוי זכות לפיצויים. כאשר אי-גילוי מקנה זכות לביטול חוזה בלבד, נכון יותר למעשה לדבר על "נטל". ראה פרידמן וכהן חוזים ב, שם, בע' 665.

83 לחובת גילוי בביצוע החוזה ראה ע"א 144/87 מ"י ג' אינג' פבר, פ"ד מד(3) 769, 778. לעמדת המשפט האנגלי ראה: Treitel, *supra* note 37, at p. 359. לכך שכתב-המשפט אינם נוטים להכיר בקיומן של חובות מכללא של צד לחוזה לספק מידע לצד האחר במהלך ביצוע החוזה, ראה: H. Collins "Implied Duty to Give Information During Performance of Contracts" 55 *M.L.R.* (1992) 556 *Bank of Nova Scotia v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd., The Good Luck* [1989] 3 All E.R. 628, 664 *et seq.* יש לשים לב שלהכרה כנטל לספק מידע בשלב הביצוע יש תוצאות מתונות יותר מאשר להכרה בחובה כזו, שכן, במקרה הראשון יגרום אי-גילוי המידע להפחתת הפיצויים עקב אשם תורם, ולא לאי-פסיקתם כלל, כבמקרה השני.

מלכתחילה מעמסה כבדה על כתפיו של צד לחוזה. כך במיוחד אם נדרש ממנו, למשל, לא רק להעביר מידע המצוי בידיו בפועל, אלא גם מידע שהיה צריך להיות בידיו לו פעל כאדם סביר. יש לזכור על-כן, כי הכלל הוא שהמבצע חייב לפעול להשגת המידע הנחוץ לביצוע החוזה, ואין להעמיס נטל זה, כדבר שבשגרה, על כתפיו של מקבל הביצוע.

שני עניינים נוספים מבדילים בין חובת הגילוי בשלב של כריתת החוזה לבין נטל הגילוי בשלב הביצוע. ראשית, נטל הגילוי בשלב הביצוע סביר שיושפע בעיקר ממערכת היחסים החוזית שנוצרה בין הצדדים לחוזה. לא כן חובת הגילוי בשלב הכריתה, הקמה בטרם נכרת חוזה.<sup>84</sup> מטעם זה נראה, שקל יותר לקבוע כללי התנהגות בעלי אופי אובייקטיבי פחות או יותר לגבי שלב הכריתה<sup>85</sup> מאשר לגבי שלב הביצוע, שהרי סביר להניח שהכללים המתייחסים לשלב הביצוע ישתנו בהתאם לטיב יחסיהם של הצדדים לחוזה.<sup>86</sup> שנית, אי-קיום חובת הגילוי בשלב הכריתה מצמיח בחלק מן המקרים תוצאה אחת של ביטול החוזה;<sup>87</sup> לא כן אי-קיום נטל הגילוי בשלב הביצוע, המציב לפני בית המשפט אפשרויות שונות להפחתת שיעור הפיצויים. מכאן, בעוד שבמקרה של כריתת חוזה נדרש בית המשפט בחלק מן המקרים לחלק את מקרי אי-הגילוי לשתי קבוצות בלבד (אי-גילוי כדין ואי-גילוי שלא כדין), הרי שבמקרה של ביצוע חוזה יכול בית המשפט לדרג התנהגויות שונות של אי-גילוי לפי מידת חומרתן ולהפחית את שיעור הפיצויים בהתאם.

## (2) ההיקף של נטל הגילוי בשלב הביצוע

השאלה אם במקרה נתון מהווה אי-גילוי אשם תורם תלויה בכמה משתנים. מודעות להם עשויה לסייע לאיזון החיוני בין האינטרסים הפרטיים של הנפגע והמפר, כמו גם בין

84 אם כי גם היא יכול שתושפע מן החוזה. ייתכן, למשל, שאחד הצדדים נטל את הסיכון להטעיה אפשרית של הצד האחר לפחות כאשר מדובר בהטעיה רשלנית, להבדיל מהטעיה מכוונת. ראה ד' פרידמן "הסיכון החוזי ושעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 459.

85 אם כי דווקא היעדרו של חוזה בשלב הכריתה עשוי לעורר בעיות מיוחדות בקביעת סטנדרט ההתנהגות, שדומות להן אינן מתעוררות בשלב הביצוע, לנוכח קיומו של חוזה המסייע בפתרון.

86 אם כי נכון שלעיתים, גם בשלב המשאומתן, יחסיהם של הצדדים עשויים להוות גורם חשוב בהגדרת היקפה של חובת הגילוי.

87 במקרים אחרים מוקנית לצד המוטעה עילת-פיצויים לפי סעיף 12 לחוק החוזים. לשאלה אם במקרה כזה יכולה לעמוד לנתבע הגנת אשם תורם, ראה לעיל הערה 4. רשלנותו של המוטעה עלולה לשלול ממנו במקרים מסוימים את עילת-הביטול. ראה, למשל, ע"א 544/78 גינדי נ' אפללו, פ"ד לג(2) 9. סעיף 15 לחוק החוזים אינו מאפשר, למשל, ביטול חוזה ופסיקת פיצויים במקביל לזכותו של המוטעה, כפי שעושה סעיף 14(ב) לחוק במקרה של טעות של צד אחר, אשר הצד האחר לא ידע ולא היה עליו לדעת על אודותיה.

האינטרסים החברתיים לעודד קיום חוזים ולאפשר הסתמכות ותכנון. המשתנים הם אלה: (א) מודעותו של הנפגע לצורך של המפר במידע ולמידע עצמו; (ב) העלות של העברת המידע למפר; (ג) מידת הצורך של המפר במידע; (ד) טיב היחסים של הצדדים, הקרבה ביניהם ויחסי האמון שנוצרו ביניהם; (ה) קרבתם היחסית של הצדדים למידע הרלוונטי.<sup>88</sup> *המשתנה הראשון (מודעותו של הנפגע)*. בעניין זה ניתן לחשוב על שלושה מצבים של אי-גילוי שבהם אפשר שתהיה תחולה להגנת האשם התורם: מצב (1) – בידי הנפגע מידע נחוץ לביצוע, והוא יודע באופן ממשי שהצד האחר זקוק לו; מצב (2) – בידי הנפגע מידע נחוץ לביצוע, אך אין הוא יודע באופן ממשי שהצד האחר זקוק לו, אם כי אדם סביר במצבו היה יודע זאת; מצב (3) – בידי הנפגע אין מידע נחוץ לביצוע, אך לאדם סביר במצבו היה המידע הנחוץ לביצוע, ואדם סביר היה אף יודע שהצד האחר זקוק לו.

במצב (1) אפשר להכיר בהגנת האשם התורם, אפילו כהגנה מלאה. למשתנה השני (העלות של העברת המידע למפר), שיחואר להלן, תהא השפעה רבה על השאלה אם להכיר בהגנה אם לאו במקרה נתון; נראה, שכאשר מאמצי הנפגע להעביר את המידע זניחים, תוכר הגנת אשם תורם; ואם הם רבים, דבר נדיר בדרך-כלל, יכול שתהא התוצאה שונה, והדבר יהיה תלוי אף במשתנים האחרים.

במצב (2) תהיה הנטייה להכיר בהגנת האשם התורם פחות חזקה מאשר במצב (1). התשובה לשאלה אם תוכר ההגנה במצב זה תלויה במידה רבה במשתנה הרביעי (טיב היחסים של הצדדים): כשאלה קרובים במיוחד, יכול שיהיה ראוי להטיל על הנפגע נטל של עירנות סבירה באשר לצורך של המפר במידע. כך גם תהא חשיבות למשתנה החמישי (קרבתם היחסית של הצדדים למידע).

במצב (3) לא יהיה בדרך-כלל מקום להגנת האשם התורם. יהא זה מרחיק-לכת ופוגע יתר על המידה ביכולת ההסתמכות והתכנון להטיל על צד לחוזה לחקור ולדרוש אחר מידע הנחוץ לביצועו של הצד שכנגד, אפילו אם אדם סביר היה רוכש מידע זה. עם זאת ייתכנו מקרים חריגים, כגון כאלה שבהם קיימת קרבה מיוחדת במינה של הנפגע למידע (המשתנה החמישי), שאז תתאפשר הכרה בהגנת האשם התורם.<sup>89</sup>

*המשתנה השני (העלות של העברת המידע למפר)*. משתנה זה כמעט שאינו צריך הסבר: אם נדרוש מן הנפגע להעביר מידע אשר עלות העברתו גבוהה, נפגע יתר על המידה ביכולת ההסתמכות שלו על החוזה. במקרה השכיח, העלות נמוכה למדי, ונראה שאפילו אינה כה נמוכה, ראוי שנפגע שסירב להעביר מידע אף-על-פי שהמפר הביע נכונות לשאת בעלות העברתו ייחשב לבעל אשם תורם.<sup>90</sup> *המשתנה השלישי (מידת הצורך של המפר במידע)*. ככל שביצוע החוזה בלעדי המידע

88 למשתנים אלה יש לא אחת רלוונטיות כאשר נדרש לאזן בין האינטרסים של הצדדים לצורך הגודת חובותיהם זה כלפי זה בשלב המשאומתן. ראה פרידמן וכהן חוזים ב, לעיל

הערה 80, בע' 814-845.

89 ראה להלן המשתנה החמישי.

90 השווה לסעיף 14(ב) לחוק התרופות, שלפיו נפגע שהקטין את נזקיו זכאי לשיפוי מהמפר בגין הוצאותיו הסבירות.



קשה יותר, כן תגדל הנטייה להכיר בהגנה כנגד נפגע שידע על נחיצות המידע, ולמרות זאת, בחר שלא להעבירו למפר.

**המשתנה הרביעי (טיב היחסים של הצדדים).** משתנה זה הוא למעשה המורכב והקשה ביותר לדיוג. ככל שיחסי הצדדים יהיו קרובים יותר, כן תיטה הכף להטלת נטל של גילוי. כך גם ציפיותיהם מן החוזה ומהות העסקה שביניהם יכול שיספיעו על נטל הגילוי והיקפו.

**המשתנה החמישי (קרבתם היחסית של הצדדים למידע).** למשתנה זה יכולה להיות חשיבות כאשר אין בידי הנפגע מידע, אך אדם סביר במקומו היה רוכש אותו ואף היה ער למידת חיוניותו למפר. כאמור לעיל, אם קרבתו של הנפגע למידע רבה ולא קיימת קרבה דומה של המפר למידע, יכול שתתאפשר במקרה כזה הגנת האשם התורם.

בכמה פסקי דין זרים, רובם בתחום האחריות המקצועית, התעוררו בעיות של איגילוי מידע בשלב הביצוע אשר תרם להפרת החוזה. בחלק מפסקי הדין הוכרה הגנת האשם התורם ובחלק אחר נדחתה. בכל פסקי הדין עלתה, בצורה כזו או אחרת, השאלה: מהו נטל הגילוי המוטל על הלקוח ביחסיו עם בעל המקצוע שלשירותיו הוא נוקק? למעשה, לכל פסקי הדין יש מכנה משותף עובדתי. ראשית, המפר טעה באשר למצב העובדתי; שנית, המידע שחסר למפר היה מצוי בידיו של הנפגע או היה יכול להיות מצוי בידיו על נקלה; שלישית, היתה לנפגע קרבה מיוחדת למידע; רביעית, העברת המידע למפר היתה מונעת את ההפרה וכך גם את הנוק שאירע; חמישית, הנפגע ידע או חשד או היה יכול לדעת או לחשוד, כאדם סביר, שהמידע אינו נמצא בידי המפר וכי מידע זה חיוני לביצוע החוזה; שישית, החוזה שבין הצדדים לא חייב במפורש שהנפגע יגלה מידע, וחובת הביצוע של המפר נחזתה כבלתי-מסויגת.

פסקי דין אחד הממחיש את בעיית אי-הגילוי הינו עניין *De Meza*.<sup>91</sup> באותו מקרה הפרו מנהלי החשבונות חובת זהירות חזית שחבו ללקוחם, משרד עורכי דין, בכך שסיפקו לחברת הביטוח שביטחה את המשרד נתונים שגויים באשר לרווחי המשרד. עקב כך בוטח המשרד בתת-ביטוח. אירעה שריפה, ותגמולי הביטוח שבהם זכו עורכי הדין לא כיסו את כל נזקיהם. עורכי הדין תבעו את נזקיהם עקב קיומו של תת-הביטוח ממנהלי החשבונות. בית המשפט הכיר בהגנת האשם התורם, והפחית משיעור הפיצויים שלושים אחוזים. אשם התורם של עורכי הדין התבטא בכך שלא איתרו את טעותם של מנהלי החשבונות בעוד מועד (אף-על-פי שעברו על הנתונים שסופקו לחברת הביטוח) ולא גילו זאת למנהלי החשבונות. אי-הגילוי במקרה זה התייחס אם-כן למידע, שלו היה בידי המפר, היה נמצא מלהפר את החוזה. נראה שהקרבה המיוחדת של עורכי הדין למידע שממנו היו יכולים ללמוד על טעותם של מנהלי החשבונות (המשתנה החמישי) – גובה רווחיהם; והיות הטעות של מנהלי החשבונות בוטה וגלויה לעין הם שהניעו את בית המשפט להכיר בהגנת האשם התורם. יש לשים לב שרשלנותם של עורכי הדין לא פטרה את מנהלי החשבונות מאחריותם. אלה היו חייבים לספק לחברת הביטוח נתוני-אמת ולא היו רשאים לסמוך על כך שעורכי הדין ששכרו את שירותיהם יאתרו טעויות הנובעות מרשלנות מקצועית.

*Supra* note 6 91

למעשה, המידע הנחוצן לשם ביצוע תפקידם נמצא כולו בידיהם. המידע שחסר להם היה שהם נכשלו בשימוש במידע שעמד לרשותם והפרו את החוזה. אי-הספקתו של מידע חסר זה על-ידי עורכי-הדין היוותה אשם תורם. את עניין *De Meza* ניתן על-יכן לשייך גם לקבוצת מקרים שתידון בהמשך, הכוללת מקרים שבהם נובע האשם התורם של הנפגע מאי-גילוי הפרה קיימת.<sup>92</sup>

מקרה שונה במקצת נידון בניו-זילנד בפסק-דין *Rowe v. Turner Hopkins & Partners*.<sup>93</sup> באותו עניין נמכרה דירתו של אדם בהליכי הוצאה-לפועל למימוש משכנתא שרבעה על הדירה. הבעלים של הדירה קיבל תמורתה מחיר נמוך ממחיר השוק. בשל כך תבע את עורכי-הדין שיעצו לו בעסקיו. לטענתו, הם נכשלו ביעוץ: היה עליהם להמליץ לפניו להמשיך לשלם את תשלומי המשכנתא, וכך למנוע את מכירת הדירה בהליכי הוצאה-לפועל. עורכי-הדין טענו להגנתם שלקוחם היה בעל אשם תורם: הוא נמנע מלשלם את תשלומי החוב מבלי להודיע להם על כך ואף-על-פי שידע שהדבר יגרום למכירת הדירה בהליכי הוצאה-לפועל. מתיאור העובדות שבפסק-הדין עולה, כי הוא לא גילה לעורכי-דינו את דבר אי-התשלום. בית-המשפט הניו-זילנדי הן בהגנת האשם התורם, אך קבע, כי להגנה זו אין תחולה כדיני החוזים כאשר החובה החוזית שהופרה הינה לנקוט זהירות סבירה (ואין אחריות מקבילה בנויקין). התוצאה היתה שעורכי-הדין נמצאו אחראים לנזקי התובע במלואם.

עניין *Rowe* שונה מעניין *De Meza* שתואר לעיל.<sup>94</sup> בעניין *Rowe* לא היה לעורכי-הדין כל המידע החיוני למתן הייעוץ (להבדיל מעניין *De Meza*), ועקב כך לא ניתן אותו ייעוץ שהיה ניתן לו היה בידיהם כל המידע הרלוונטי. השאלה העולה במקרים דוגמת עניין *Rowe* הינה: האם היה עורך-הדין חייב לשאוב את המידע האמור מן הלקוח, או שמא היה מותר לו להסתפק במידע שמסר לו הלקוח וליתן ייעוץ על-פיו בלבד? על-פי הגישה המסורתית של דיני החוזים, קיימות אס-יכן שתי אפשרויות, ותו לא. הכרה בהגנת אשם תורם פותחת פתח להכרה בקיומם של מקרי-ביניים רבים, שבהם נראה לבית-המשפט שעורך-הדין היה חייב לשאוב את המידע, אך יחד עם זאת, הלקוח שלא מסרו התרשל, שכן, היה עליו להבין, כאדם סביר, שהמידע חיוני למתן הייעוץ, וייתכן שעורך-הדין אינו ער לקיומו. עניין *Rowe* היה אולי מקרה כזה.<sup>95</sup>

92 פסק-דין דומה, *West Coast Finance Ltd. v. Gunderson*, *supra* note 13, נפסק בקנדה. גם שם היה מדובר במנהלי-חשבונות, אשר ערכו בשביל לקוחם דו"חות כספיים שגויים. אף שם היו הנתונים הנכונים לפני מנהלי-החשבונות, אלא שהם התרשלו בשימוש בהם. גם במקרה זה נטען כי הלקוח היה צריך לגלות את הטעויות, ובית-המשפט קיבל טענה זו וזיכה את התובע בפיצויים על מחצית נזקיו בלבד.

93 *Supra* note 11.

94 וכן מעניין 13 *West Coast Finance Ltd. v. Gunderson*, *supra* note 13, המתואר לעיל בהערה 92.

95 לסיטואציות דומות שנידונו בארץ, ראה למשל ע"א 420/75 כהן נ' אייזן, פ"ד (2) 29, 33; ע"א 229/85 בן נ' הרצוג, פ"ד מב(1) 785, 791.

## קבוצה (ה): יצירת אי-אמון וחששות אצל המפר

קורה לעיתים שחווה מופר על-ידי צד לחוזה בתגובה על חששות סבירים שנוצרו אצלו באשר לקבלת התמורה, חששות אשר הצד שכנגד תרם להיווצרותם. החששות עשויים להתייחס לרצונו או ליכולתו של הצד שכנגד להעביר את התמורה, והם עלולים לגרום לכך שהצד שאצלו הם התעוררו לא יקיים את החוזה כלל או ישנה את אופן הביצוע ומועדיו.

חששות אלה יוצרים לעיתים מצב של הפרה או הפרה צפויה, המקנה זכות לביטול החוזה.<sup>96</sup> אולם הנפגע אינו חייב לנקוט בדרך הביטול; הוא זכאי לעמוד על כך שהחוזה עימו יבוצע,<sup>97</sup> וכדרך-כלל הוא רשאי להמשיך לבצע את חלקו בחוזה, על-מנת לרכוש זכאות לתמורה הנגדית.<sup>98</sup> השאלה המתעוררת בענייננו היא: מה דינו של צד לחוזה המפר את החוזה בעקבות חששות שליצירתם תרם הצד שכנגד – בהיעדר מצב של הפרה או הפרה צפויה<sup>99</sup> או כאשר נוצר מצב כזה, אך הוא בחר לא לבטל את החוזה? השאלה, כך סביר להניח, תתעורר בעיקר במקרים שבהם חיוביהם של הצדדים עצמאיים, והחשש מתעורר לגבי קיום חיובו של צד אחד. כאשר החיובים שלובים, לא מתעורר בדרך-כלל כל קושי: בהיעדר ביצוע או לפחות הפגנה ברורה של נכונות לביצוע על-ידי צד לחוזה, אין כל חובה על הצד האחר לבצע את חלקו.<sup>100</sup>

הגישה המסורתית של דיני החוזים הינה, שכל עוד אין עילה לביטול החוזה, או כשיש עילה, אך הנפגע אינו עושה בה שימוש, חייבים שני הצדדים להמשיך בביצוע החוזה, ואין הם רשאים לסטות ממנו כמלוא הגימה.<sup>101</sup> ביסודה של גישה זו מונחת האמונה, כי על הצד

למקרים נוספים שבהם עלתה שאלה של אי-גילוי מידע שתרם להפרה, ראה: *O'Connor v. B.D.B. Kirby & Co.* [1972] 1 Q.B.D. 90; *Canadian Western Natural Gas v. Pathfinder Surveys*, *supra* note 12; *Crude Oil Contracting Co. v. Insurance Co. of North America* 118 F. 2d. 476 (1941).

אף את עניין "נקוב", לעיל הערה 4, שעובדותיו מתוארות להלן, בטקסט להערה 124, ניתן לפרש כמשתייך לקבוצת המקרים הנידונה כאן, מכיוון שאפשר לטעון כי הבעלים של המכונית, שהשאיר את מכוניתו בחניון כאשר מפתחותיה תקועים במתג ההצתה, התרשל בכך שלא דיווח על כך לשומר בחניון (שלו ידע זאת, אולי היה מונע את הגניבה), ולא דווקא בעצם הותרת המכונית במצב שבו הותרה.

<sup>96</sup> סעיף 17 לחוק התרופות.

<sup>97</sup> ראה ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סודאקי, פ"ד מב(4) 811 (להלן: עניין סודאקי).

<sup>98</sup> ראה להלן תת-פרק ג, קבוצה ו.

<sup>99</sup> מצב של הפרה צפויה מתקיים רק כאשר סבירות ההפרה גבוהה מאוד. ראה ידן, לעיל הערה 4, סעיף 75; שלו דיני חוזים, לעיל הערה 28, בע' 489.

<sup>100</sup> ראה סעיף 43 לחוק החוזים; ע"א 765/82 אלטר נ' אלעני, פ"ד לח(2) 701 (להלן: עניין אלטר); שלו דיני חוזים, שם, בע' 478-483.

<sup>101</sup> *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract* (London, 12th ed., 1991) 541 101

החושש לבצע את חלקו בחוזה פן לא יקבל ביצוע נגדי - להלין על עצמו בלבד; הן היה יכול להבטיח את עצמו כראוי עובר לכריתת החוזה, בין על-ידי שילוב החיובים בחוזה ובין על-ידי עמידה על בטוחות מתאימות.

בכמה פסקי-דין מן השנים האחרונות ניתן להבחין בגישה שונה. על-פי גישה זו, יצירת חששות בליבו של צד לחוזה עשויה להצדיק סטייה של צד זה מאופן הביצוע הקבוע בחוזה, על-מנת להבטיח את עצמו מפני הפרה אפשרית של הצד האחר. פסקי-הדין החשוב ביותר בעניין זה הוא ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאניקר.<sup>102</sup> במקרה זה נכרת חוזה למכר דירה. בטרם שילמו הקונים את כל התשלומים, הם נסעו לאוסטרליה מבלי להודיע למוכרים כיצד יבצעו את חיוביהם. המוכרים סירבו להעביר את הדירה לבעלות הקונים כל עוד לא יובטח התשלום של יתרת המחיר, אף-על-פי שלפי החוזה היה מועד התשלום מאוחר למועד העברת הבעלות, כך שחיובי הצדדים היו עצמאיים, ולא מותגים או שלובים זה בזה. הקונים דחו את תביעת המוכרים, ועקב כך הודיעו להם האחרונים על ביטול החוזה. לאחר-מכן פנו המוכרים לבית-המשפט, על-מנת שיצהיר על תקפות הביטול. בית-המשפט העליון נתן גושפנקא חוקית להתנהגות המוכרים, בקובעו, כי מכוח עקרון תום-הלב, ניתן לעיתים לסטות מן הביצוע המדויק של החוזה. כך סבר בית-המשפט במקרה שנידון לפניו, כי רשאים היו המוכרים להתנות את העברת הבעלות בתשלום יתרת המחיר, ולמעשה, להפוך בהבל-פה חיובים שנקבעו בחוזה כחיובים עצמאיים לחיובים שלובים.<sup>103</sup> הטעם לכך הוא, כפי שנימק בית-המשפט, שבדרך זו יכלו המוכרים להבטיח עצמם מפני הפרתו של חיוב, אשר חששות כבדים בדבר קיומו התעוררו בליבם לנוכח התנהגותם נעדרת תום-הלב של הקונים. התוצאה היתה שבית-משפט ראה בקונים, שדחו את דרישת המוכרים, מפירי חוזה; ובמוכרים - זכאים לבטל את החוזה.<sup>104</sup>

וראה, למשל, ע"א 674/83 דניאלטה ס.א. חברה זרה נ' "גד שט" שותפות לבניין ולהשקעות, פ"ד מא(4) 113.

<sup>102</sup> פ"ד לו(2) 113 (להלן: עניין שוחט). השווה: ג' סדסקי "חיובים מקבילים" הפרקליט לו (תשמ"ז) 293, 316-317; א' זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 (פירוש לחוקי החוזים, ג' סדסקי עורך, תשמ"ז) 516-518.

<sup>103</sup> יש לציין, שאפילו היו המוכרים מעבירים את הבעלות בדירה במועד שנקבע לכך בחוזה, היתה החוקה נשמרת בידיהם עד למועד התשלום של יתרת המחיר. עניין שוחט, שם, בע' 114-115. ניתן על-כן לטעון שבית-המשפט העניק להם הגנת-יתר.

<sup>104</sup> לאימוץ עניין שוחט, שם, ראה עניין אלטר, לעיל הערה 100, בע' 714-715 (באמרת-אנב); ע"א 126/89 מפרק חברת קופל טורס בע"מ נ' חברת מלונות דן בע"מ, פ"ד מו(3) 441, 455; ע"א 670/89 מקור פיתוח עירוני בע"מ נ' קרון, פ"ד מה(3) 7, 13-14.

יש פסקי-דין נוספים שבהם נתן בית-המשפט נפקות משפטית ליצירת חששות על-ידי צד לחוזה כי לא יעמוד בהתחייבויותיו, מעבר לנפקות העולה מסעיף 17 לחוק התרופות. פסקי-דין אחד הוא ע"א 315/79 אלפרוביץ נ' מזרחי, פ"ד לד(4) 729. במקרה זה נחתם זכרון-דברים בין קונים למוכרים של דירה. כעבור יום הודיעה המוכרת (אשת המוכר) לקונים כי המוכרים מתחרטים על כל העניין, וכי הם רשאים לבטל את החוזה בתוך ארבעה-עשר יום. הקונים עמדו על ביצוע החוזה, אך יחד עם זאת לא שילמו תשלום

הגישה שבאה לידי ביטוי בעניין שוחט קרובה במידה רבה - אם כי אינה זהה -

במועד הנקוב בחוזה, והתנו אותו בחתימת הסכם פורמלי עימם. המוכרים הודיעו לקונים על ביטול החוזה עקב הפרתו. הקונים, מצידם, תבעו את אכיפת החוזה. בית המשפט העליון קיבל את תביעתם והצדיק את הדרך שבה נקטו, הן בהסתמכו על פרשנות החוזה והן תוך שימוש בעקרון תום-הלב: בלב הקונים, סבר בית המשפט, נוצרו חששות כבדים ומוצדקים שמה לא יעמדו המוכרים בהתחייבויותיהם, ועל-כן, דרישתם לחתום קודם לתשלום על הסכם פורמלי עלתה בקנה אחד עם עקרון תום-הלב (שם, בע' 737-738).

פסק-דין שני הוא ע"א 437/80 זיגל נ' רוזנר, פ"ד לו(4) 29. שם דובר בחוזה למכירת מניות. ההתנהגויות של המוכר עוררו חששות כבדים בלב הקונים שהמוכר לא יקיים את חיוביו. התנהגויות אלה היוו כשלעצמן הפרות חוזה. התוצאה היתה שבית המשפט הכשיר הצעה של הקונה להתנות תשלום שהוא היה חייב בו בנקיטת צעדים מצד המוכר שיבטיחו את ביצוע החוזה על-ידו. עקב כך נכשלה תביעתו של המוכר להפרשי הצמדה על הכספים שלא שולמו לו במועד הקבוע בחוזה. גם כאן נסמך בית המשפט על עקרון תום-הלב (שם, בע' 37-39).

פסק-דין שבו היה ניתן לכאורה להיוקק לרעיון של יצירת החששות על-ידי הנפגע, אך לא היה רצוי לעשות כן, הוא עניין מלכין, לעיל הערה 52. באותו עניין הפרו המוכרים חוזה למכר דירה כאשר הדירה נמכרה לצד שלישי. תביעתם של הקונים לאכיפת החוזה נדחתה, וכך אף תביעתם לפיצויים. אחת ההנמקות לדחיית תביעת הפיצויים היתה, כי הגם שהחוזה הופר, אין קשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק. זאת, מכיוון שלבית המשפט נראה שהקונים לא היו יכולים ממילא לקיים את חלקם בחוזה, אפילו לא היה מופר על-ידי המוכרים, שכן, לא עמד לרשותם די ממון לשם כך (שם, בע' 777, 781). הנמקה זו מוקשית. גישה שביסודה שלילה של תרופת הפיצויים מצד לחוזה מכיוון שבית המשפט מעריך שצד זה היה נאלץ להפר את החוזה אלמלא הופר על-ידי הצד האחר הינה מרחיקת-לכת. ייתכן שבית המשפט היה יכול לומר (והדבר תלוי, כמובן, בנסיבות המקרה) כי נוצרו בליבם של המוכרים חששות סבירים, שליצירתם תרמו הקונים, כי החוזה לא יקיים כמתוכנן. אם כך אכן היו פני הדברים, היתה צריכה לעלות השאלה מהן תוצאות יצירתם של חששות אלה. לא נראה שהלכת שוחט, שנפסקה שנים מספר לאחר פסק-הדין בעניין מלכין, היתה מביאה את בית המשפט לתוצאה שאליה הגיע. לכל היותר היה בית המשפט יכול, לו אימץ עיקרון דוגמת זה שנקבע בעניין שוחט, להכשיר דרישה של המוכרים, לו היתה כזו בנמצא, להבטיח את תשלום המחיר בטרם תועבר הבעלות או החזקה בדירה. הפרת החוזה בלא כל התראה אינה מוצדקת בשום צורה ואופן, וספק בעיני אם היה מוצדק אף להפחית מפיצוייהם של הקונים לו הוכרה הגנת האשם התורם.

שני פסק-דין נוספים של בית המשפט העליון, שנידונו כבר במסגרת קבוצת מקרים אחרת, עשויים להשתייך על-פי עובדותיהם (אם כי לא על-פי דרך ההנמקה של בית המשפט שפסקם) גם לקבוצת המקרים הנידונה כאן. כוונתי לעניין אחים שרבט, לעיל הערה 63 (והסקט הנלווה להערות 63-67); ולעניין זנגורי, לעיל הערה 67 (וראה הדברים בהערה זו בהקשר לפסק-הדין).

לעמדה המשתקפת בסעיף 251 ל-*Restatement, Contracts 2d* האמריקאי.<sup>105</sup> סעיף זה מאפשר לצד לחוזה, אשר יש לו בסיס סביר להאמין שהצד שכנגד לא יבצע את חלקו בחוזה, לדרוש ביטחון מתאים לביצועו של הצד האחר. כן הוא רשאי, במידת הסבירות, לדחות כל ביצוע שעליו ליתן על-פי החוזה ושביגו טרם קיבל ביצוע נגדי כמוסכם, עד אשר יקבל את הביטחון שדרש. סעיף 251 חל במפורש על מצבים שאינם מצבי התנערו מחוזה (קרי: הפרה או הפרה צפויה). על-פי הסעיף, אם אין הצד שכנגד מספק את הביטחון בתוך זמן סביר, תיחשב התנהגותו להתנערו מן החוזה, ולצד שדרש את הביטחון תעמודנה כל התרופות העומדות לנפגע במקרה של התנערו מחוזה. מהערות העורך לסעיף ניתן ללמוד מהם המצבים שבהם עשויים להיווצר חששות סבירים בלב צד לחוזה ושעליהם יחול סעיף 251. כך יחול הסעיף כאשר הצד שכנגד הפר את החוזה הפרות קלות בעבר; כאשר הפר חוזים אחרים; או כאשר אירעו אירועים אחרים המצביעים על אי-יכולת או אירצון לכאורה לבצע את החוזה, אף על-פי שאינם יוצרים מצב של התנערו מן החוזה, שכן, אינם רצוניים.<sup>106</sup>

הנה רואים אנו, כי מפסק-דין שוחט, כמו גם מן ה-*Restatement* האמריקאי, עולה פתרון למצב שבו יוצר צד לחוזה חששות בליבו של הצד האחר באשר לביצוע החוזה. על-פי פתרון זה, בנסיבות מסוימות, ייחשב יוצר החששות למפר החוזה, ואילו התנהגותו של הצד שנמנע מלקיים את החוזה עקב חששותיו – תוכשר. בפסק-דין שוחט ואף ב-*Restatement* אין התייחסות מפורשת למצב שבו הצד לחוזה שאצלו נוצרו החששות פועל מחוץ למסגרת הסטייה המותרת מן הביצוע החוזי, אם כי ניתן לשער שלשיתם, הוא ייחשב למפר חוזה, על כל המשתמע מכך.<sup>107</sup> בפסיקה האמריקאית נדחתה הטענה כי במקרה כזה יופחתו פיצוייו של הנפגע,<sup>108</sup> אך היא זכתה בתמיכה מסוימת בספרות המשפטית.<sup>109</sup>

לסירוב של בית-המשפט העליון להכשיר התנאה של ביצוע החוזה על-ידי צד אחד בתשלום פיצויים על-ידי הצד האחר על נזקים שנגרמו לראשון עקב הפרה קודמת, כביכול בשל החשש שבלעדי התנאה זו, לא יזכה בפיצויים אלה, ראה ע"א 288/80 וינקלד נ' ספיר סודרי חברה לבניין בע"מ, פ"ד (2) 365, 370.

105 ובמידה מסוימת אף לזו הקיימת בדיון הגרמני והצרפתי. ראה סעיף 1613 לקוד סיביל הצרפתי, וסעיף 321 ל-B.G.B. הגרמני. ראה על כל זה, ד' פרידמן "ביצוע חוזה נוכח חשש בדבר קבלת התמורה הנגדית" עיוני משפט י (חשמ"ד) 165.

106 *Restatement, Contracts 2d*, §251, comment c. בישראל, על-פי סעיף 17 לחוק התרופות, מצב של הפרה צפויה עשוי להתקיים אף בהיעדר פעולות כלשהן של המפר שתרמו להיווצרות החששות שהחוזה לא יקום. ראה ירון, לעיל הערה 4, סעיף 75.

107 ראה ע"א 670/89 מקור פיתוח עירוני בע"מ נ' קרון, לעיל הערה 104. כן ראה לעיל הערה 104. כן ראה הדברים המתחייבים לעניין מלכין, לעיל הערה 52.

108 *Carfield & Sons Inc. v. Cowling* 616 P. 2d 1008 (1980)

109 *W.F. Young "Half Measures"* 81 *Colum. L. Rev.* (1981) 19

אני סבור כי ראוי ליתן נפקות משפטית להתנהגויות מסוימות של הנפגע אשר יצרו חששות סבירים בליבו של המפר ותרמו בדרך זו לאי־קיום החוזה. דרך אפשרית אחת היא זו שבה נקט בית־המשפט העליון בעניין שוחט. דרך אחרת, דומה, היא זו של ה־*Restatement* האמריקאי. דרך נוספת, מתונה יותר משתי קודמותיה, שניתנת ליישום לפחות כאשר נתבעים פיצויים בגין הפרת חוזה,<sup>110</sup> היא להפחית את שיעור הפיצויים שהנפגע זכאי להם עקב אשמו התורם, המתבטא ביצירת החששות. במקרים קיצוניים, עשויה כמובן הדרך השנייה לגרום להטלת מלוא האחריות לנזק על הנפגע. אכן ניתן לטעון, שבעניין שוחט הושגה תוצאה קיצונית מדי, אשר גרמה לשינוי סדר הביצועים ואופן הקצאת הסיכונים שנקבעו בחוזה. לשיטתו של בית־המשפט, לו היתה לפניו תביעת פיצויים של הצדדים לחוזה, היו המוכרים מצליחים בתביעתם, ואילו תביעת הקונים היתה נכשלת. זאת, אף־על־פי שהקונים התעקשו על ביצוע החוזה כלשונו, ותו לא. ייתכן שתוצאה מאוזנת יותר היתה מושגת לו הוכרה הגנת האשם התורם ולו חולקה האחריות, עקב כך, בין הצדדים לחוזה. הכרה בהגנה זו במקרים מעין אלה היתה מבוססת על ההנחה, שיצירת חששות שאינה מגיעה למדרגת הפרה או הפרה צפויה של החוזה<sup>111</sup> אינה מכשירה, לפחות במקרים מסוימים, את אי־קיום החוזה (או את דחיית קיומו), אם כי היא מהווה שיקול המנחה את בית־המשפט בעת פסיקת הפיצויים לזכותו של הנפגע יוצר החששות. כך גם כאשר יצירת החששות מהווה הפרה או הפרה צפויה של החוזה, והצד שאצלו הם נוצרו לא קיים את חלקו בחוזה אף־על־פי שלא טרח לבטלו.

יתרה מזו. להגנת האשם התורם יש תכלית וטעם בקבוצת המקרים הנידונה בתת־פרק זה אף אם מאמצים את הלכת שוחט כמות שהיא. זאת, באותם מקרים שבהם חרג הצד לחוזה שאצלו נוצרו החששות בתגובתו מן המותר על־פי הלכה זו. אמת, בכך הוא נהפך למפר חוזה וקמה אחריותו בגין הנוקים שנגרמו לצד האחר; אלא שהתנהגותו של הצד האחר, שיצר את החששות, יכול שהיתה בלתי־ראויה אף היא. הדרך לגנות התנהגות בלתי־ראויה זו, אם אומנם כך יש לראותה, היא להפחית את שיעור הפיצויים שלהם יהיה זכאי הצד האחר, יוצר החששות.

לדעתי, הכרה בהגנת אשם תורם בסוג המקרים הנידון כאן תעודד קיום חוזים מבלי לפגוע פגיעה משמעותית ביכולת ההסתמכות והתכנון על החוזה. יש מקרים רבים שבהם ניתן לומר כי אין לצד לחוזה כל אינטרס לגיטימי ליצור חששות בלב הצד האחר כי לא יקיים את החוזה. מובן שאין הוא חייב להימנע מכל צעד אשר עלול ליצור חששות כאלה.

110 לדרכי ביטוי אפשריות של הגנת האשם התורם כאשר מדובר בתרופות האכיפה והביטול, ראה פורת, לעיל הערה 1, בע' 360-376. לדרך־ביניים בין הכרה בזכות הנפגע לבטל חוזה לבין אי־הכרה בזכותו, ראה ע"א 27/80 ישראל ארגמן חברה לבנין בע"מ נ' ברנפלד, פ"ד לו(1) 393.

111 לעניין זה, הקביעה בעניין שוחט, לעיל הערה 102, כי המוכרים היו רשאים לסטות מסדר הביצועים החוזי מכוח עקרון תום־הלב אינה אלא קביעה כי יצירת חששות מכשירה לעיתים את אי־קיום החוזה כלשונו על־ידי הצד שאצלו הם נוצרו, לפחות כל עוד אין יוצר החששות נוקט צעדים לשם הפרכתם.

אף חששות סובייקטיביים של המפר אינם מצדיקים במקרה הרגיל הכרה בהגנת האשם התורם. גם חששות שהיו קיימים בעת כריתת החוזה או שנצפו אז על-ידי המפר לא צריך שיסייעו לו בדרך-כלל. אולם, למשל, אם הפר הנפגע את החוזה או ניסה להפר אותו בעבר, והוא דחה את בקשת המפר לנקוט צעדים מסוימים, אשר לא היו מכבידים עליו באופן משמעותי, על-מנת להבטיח את קיום החוזה, עשויה הכרה בהגנת האשם התורם להוות פתרון מתאים. גם מקרה שבו הופר החוזה עקב החששות הסבירים שנוצרו אצל המפר, מבלי שדרש לפני-כן נקיטת צעדים להבטחת ביצועו של הצד האחר (בהנחה שהדבר היה ניתן להיעשות), יהיה מתאים לעיתים להחלתה של ההגנה. לעומת זאת, אם יצר הנפגע חששות במתכוון ומתוך מגמה לגרום לכך שהמפר יפר את החוזה, יהיה ראוי, בדרך-כלל, להטיל את מלוא האחריות על הנפגע.

על-כן, בכוא בית-המשפט לקבוע אם ראוי להכיר בהגנת האשם התורם, טוב יעשה אם ייתן משקל ראוי למצבו המנטלי של הנפגע, לעוצמת החששות הסבירים שיצר, לנסיבות היווצרותן, למידת צפיותן בעת כריתת החוזה ולמידת ההכבדה שהיתה נגרמת לנפגע לו ניסה לפזר חששות אלה בעוד מועד. הכרה בהגנת האשם התורם במקרים המתאימים תאפשר פתרונות-ביניים בין שני הקצוות הקיימים במשפט הנוהג: קביעה כי יצירת החששות מכשירה את אי-קיום החוזה על-ידי הצד שאצלו הם נוצרו, על כל המשתמע מכך; וקביעה כי ליצירת החששות אין כל נפקות משפטית.

#### קבוצה (ו): אי-הקטנת הנזק בנסיבות של חשש להפרת החוזה

בתת-הפרק הקודם עסקנו במצבים שבהם יצר הנפגע חששות בליבו של המפר ותרם בדרך זו להפרת החוזה. כאן, לעומת זאת, ענייננו במקרים שבהם לא פעל הנפגע מהפרת החוזה לשם הקטנת פוטנציאל נזקו אף-על-פי שנוצרו בשלב מסוים של הביצוע חששות כלשהם שהחוזה יופר, ועקב כך ייגרמו נזקים. בשונה מכל קבוצות המקרים שנידונו עד כה, בקבוצת המקרים הגידונה כאן (וכך גם בשתי הקבוצות שתידונה אחר-כך) תרם אשמו של התובע לנזקו בלבד, ולא להפרת החוזה.

לאחר שאירעה הפרת החוזה, ובהנחה שזו ידועה לנפגע, חל העיקרון של הקטנת הנזק.<sup>112</sup> הנפגע נדרש לפעול באופן סביר להקטנת נזקו; אם לא יעשה כן, ינוכו מפיצוייו

112 לתמיכה בדעה זו, ראה דין, לעיל הערה 4, סעיף 62. זו אף עמדת ה-"Restatement, Contracts 2d, §350, comm. f. כן ראה: Treitel, *supra* note 37, at pp. 849-854. לדעה כי ההגנה חלה מרגע הפרת ואילך, אפילו לא ידע הנפגע על אודותיה, ראה: Williams, *supra* note 39, at p. 290. אולם Williams מצייין, שכל עוד לא ידע הנפגע על אודות הפרתה, אין לומר כי התרשל באי-הקטנת הנזק. לפיכך, לא יהיה הבדל מעשי בין שיטתו לבין זו שעל-פיה חלה ההגנה רק מרגע שהנפגע יודע על הפרתה. לדעה כי במקרי הפרה של חובת זהירות חזית חלה ההגנה של הקטנת הנזק מעת שאירע נזק ראשוני, ראה לעיל טקסט להערה 39. מי שמצודר בעמדה זו ינמקה בכך, שבמקרים אלה,



הסכומים המתייחסים לנוק שהיה יכול להקטין באופן סביר, ולא הקטין (להלן: נזק ברי-הקטנה). אי-עמידה בנטל זה של הקטנת הנזק יוצר אס-כן תוצאה דרסטית: כל הנזק ברי-הקטנה נופל על כתפיו של הנפגע. העיקרון של הקטנת הנזק מעודד לפעולה את מי שנמצא בדרך-כלל במצב הטוב ביותר להקטינו, דהיינו, הנפגע, וניתן אף להצדיקו בטיעוני מוסר והגינות: אין זה הוגן שנפגע היכול להקטין את הנזק במאמצים לא רבים יימנע מלעשות כן, ואחר-כך יתבע מן המפר לשלם את החשבון. עיקרון זה אף אינו פוגע ביכולת התכנון וההסתמכות, שהרי הוא נכנס לפעולה כאשר הפרת החוזה הינה עובדה מוגמרת. הנפגע אינו יכול עוד לטעון כי לא פעל לשם הקטנת נזקיו משום שהסתמך על כך שהחוזה עימו יבוצע.

השאלה היא: מה הדין כאשר טרם הבשילה ההפרה והיא בגדר הפרה צפויה או אולי רק אפשרות להפרה – האם תעמוד למפר הגנה כלשהי? ואם כן, איזו הגנה: הקטנת הנזק או שמא אשם תורם?<sup>113</sup> שאלה דומה נשאלת כאשר מדובר בהפרה מתמשכת, ובידי המפר יש אפשרות אובייקטיבית להפסיקה. הדיון שלהלן בהפרה צפויה יפה, בשינויים המחויבים, אף להפרה מתמשכת.

במצב של הפרה צפויה, בדומה למצב של הפרה קיימת, נחלש לכאורה טיעון ההסתמכות והתכנון, וקיימים טעמים להכרה בהגנה של הקטנת הנזק. למרות זאת, קיים קושי מסוים, שעליו אעמוד להלן.

כאשר מתקיים מצב של הפרה צפויה, עומדות לנפגע תרופות בשל הפרת חוזה. בין היתר, רשאי הנפגע לבטל את החוזה. אולם אין הוא חייב לעשות כן; הוא רשאי, עקרונית, לדחות את ההפרה ולעמוד על ביצוע החוזה.<sup>114</sup> על-פי הלכת *White v. McGregor*,<sup>115</sup>

בלעדי נזק ראשוני, לא הופר החוזה למעשה. לדעה שההגנה של הקטנת הנזק (שעניינה בשאלת ריחוק הנזק) חלה מעת אירועו של נזק ראשוני, ראה י' גלעד "הסיבתיות במשפט הנויקין הישראלי – בחינה מחודשת" משפטים יד (תשמ"ד) 15, 41.

113 לדעה כי במצב של הפרה צפויה יש תחולה עקרונית להגנה של הקטנת הנזק (גם אם לא בוטל החוזה), ראה טרסקי, לעיל הערה 75, בע' 385-386. צלטנר, לעיל הערה 4, בע' 449, סובר, שהגנה זו חלה במקרה של הפרה צפויה, לאחר שהנפגע "קיבל את ההפרה", דהיינו, ביטל את החוזה. לדעה שכל עוד לא בוטל החוזה, אין תחולה להגנה של הקטנת הנזק, ראה גם: G. Shalev "Remedies on Anticipatory Repudiation" 8 *Isr. L. Rev.* (1973). עמדתו של פרופסור ידן אינה ברורה בעניין זה. ראה ידן, לעיל הערה 4, סעיף 62, לעומת סעיף 76. הנטייה בארצות-הברית היא להחיל את ההגנה של הקטנת הנזק במקרה של הפרה צפויה אף אם לא בוטל החוזה; Farnsworth, *supra* note 44, §350; *Restatement, Contracts 2d*, at pp. 669-670, 901-902. לדילמה בעניין זה ראה שלו דיני חוזים, לעיל הערה 28, בע' 495.

114 עניין סוראקי, לעיל הערה 97.

115 [1961] 3 All E.R. 1178 [להלן: עניין *White*].

שנפסקה על-ידי בית-הלורדים באנגליה, העובדה שצד לחוזה אינו חפץ בביצועו של הצד האחר ואינו מתכוון לקיים את חלקו בחוזה אינה מונעת מזה האחרון להמשיך לבצע את החוזה, על-מנת לרכוש זכאות לתמורה המובטחת. זאת, כך נקבע, בתנאי שאין צורך בשיתוף-פעולה מצידו של המפר, ובתנאי נוסף, שקיים לנפגע אינטרס לגיטימי לבצע את החוזה, ולא להסתפק בתרופת הפיצויים.<sup>116</sup> מהלכה זו, אשר נדחתה, אגב, בשיטות משפט אחרות<sup>117</sup> ואשר טרם הוכרע בכירור אם ראוי לאמץ אותה בישראל,<sup>118</sup> עולה, כי המשך הביצוע של חוזה שהופר, קל וחומר שעומד להיות מופר, אינו פעולה המנוגדת לעיקרון של הקטנת הנזק. אומנם, בעניין *White* היה מדובר בתביעה לקיום חיוב כספי, ולא לפיצויים, ועליה אין לכאורה מלכתחילה תחולה להגנה של הקטנת הנזק; אך נראה שהלגיטימיות שניתנה להמשך הביצוע אינה עולה בקנה אחד עם קביעה שהמשך הביצוע במקרה הרגיל מהווה פעולה המגדילה את הנזק באופן בלתי-סביר.

אני סבור שיש הצדקה ליתן, במקרים מסוימים, נפקות משפטית להתנהגות של נפגע המגדיל את פוטנציאל נזקיו, או אינו מקטינם, במצב של הפרה צפויה. כפי שניזכר מיד, דברים אלה עולים בקנה אחד עם הפסיקה הישראלית ואף אינם סותרים בהכרח את הלכת *White*. מתן נפקות כזו אינו מהווה פגיעה משמעותית ביכולת ההסתמכות והתכנון. עוד אני סבור, כי הגנת האשם התורם מתאימה לחול במקרים אלה יותר מן ההגנה של הקטנת הנזק.

נקודת-המוצא הינה, שיש להבחין בין סוגים שונים של נזקים היכולים להיגרם לנפגע לאחר שנודע לו על התקיימות מצב של הפרה צפויה. סוג נזק אחד הוא הנזק לאינטרס הציפייה. נזק זה מתבטא בהפרש שבין שווי התמורה שהיה הנפגע אמור לקבל על-פי החוזה לבין שווי התמורה שקיבל בפועל. סוג נזק שני הוא הנזק לאינטרס ההסתמכות העיקרית. נזק זה נגרם לצד לחוזה בשל הוצאות שהוציא, נכסים שהעביר ועבודה שהשקיע בביצוע החוזה. סוג נזק שלישי הוא הנזק לאינטרס ההסתמכות האגבית. נזק זה מתבטא

116 תנאי האינטרס הלגיטימי נקבע על-ידי אחד משופטי-הרוב, Lord Reid, אך בפסיקה אנגלית מאוחרת יותר ראו בו חלק מהרציו דסידנדי של פסק-הדין. ראה: *Clea Shipping Corp. v. Bulk Oil International Ltd., The Alaskan Trader* [1984] 1 All E.R. 129; Cheshire & others, *supra* note 101, at p. 618.

117 Farnsworth, *supra* note 44, at pp. 669–670, 901–902; G.H.L. Fridman *The Law of Contract in Canada* (Toronto, 2nd ed., 1986) 711–712; G.H. Treitel *Remedies for Breach of Contract – A Comparative Account* (Oxford, 1988) 127.

118 ראה ע"א 638/70 איחוד בתי-ספר טכניקום נ' אדלר, פ"ד כה(2) 679; ד' פרידמן "על היחס בין ברירת הביטול לסעד של אכיפת חוזה" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה (תשל"ו, ש' שטרית עורך) 87; שלו דיני חוזים, לעיל הערה 28, בע' 496–499. כן ראה ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661, 672–673, שם צוטטה הלכת *White* בהסכמה, אך זאת רק לשם ביסוס הקביעה העקרונית, כי הפרה על-ידי האחד אינה מחייבת את האחר לקבל את ההפרה ולבטל את החוזה.

בהוצאות שהוצאו בהסתמך על החוזה, אך לא בביצועו, וכן נכלל בו כל נזק שנוצר עקב הסתמכות כזו.<sup>119</sup>

כאשר נוצר מצב של הפרה צפויה והנפגע ממשיך לבצע את החוזה, הוא מגדיל למעשה את הוצאות הסתמכותו העיקרית. ייתכן שלאחר שיופר החוזה, יתבע הוצאות אלה מן המפר כחלק מנזקיו. כל עוד ניתן לסבור שהמשך ביצוע החוזה נעשה מתוך ציפייה סבירה וכנה שהמפר יבצע את החוזה בסופו של דבר, אין לומר כי הנפגע שהמשיך בביצוע מטא לעיקרון של הקטנת הנזק. בהתנהגותו אין כל פגם, וראוי הוא שיפוצה בגין נזקיו. המצב עשוי להיות שונה אם היתה הפרת החוזה ודאית והנפגע המשיך בקיומו והוציא הוצאות ביצוע, אם כי אף כאן ייתכן שניתן לטעון, בעקבות הלכת *White*, כי לפחות במקרים מסוימים רשאי הוא לעשות כן לשם רכישת זכאות לתמורה הנגדית.<sup>120</sup>

המצב דומה כאשר מדובר באינטרס הציפייה. נראה שאין לדרוש בדרך-כלל מצד לחוזה להקטין את הנזק לאינטרס הציפייה, למשל, עליירי ביצוע מה שהתחייב המפר לבצע<sup>121</sup> או עליירי קשירת עסקה חלופית, כל זאת כאשר טרם הופר החוזה וההפרה אינה ודאית. לא כן אם, למשל, אין עוד כל אפשרות לבצע את החוזה.

לאי-הקטנת הנזק מן הסוג השלישי (נזק לאינטרס ההסתמכות האגבית) במקרה של הפרה צפויה ראוי שתהיה נפקות משפטית במקרים רבים יותר, ולא רק כאשר הפרת החוזה ודאית. טול דוגמה של אדם הרוכש דירה. בנקודת-זמן מסוימת מסתבר לו שהחוזה עומד כנראה להיות מופר. למרות זאת הוא הולך וקושר עסקות שונות על בסיס ההנחה שהחוזה יקיים. כך ייתכן, למשל, שהוא כורת תווים עם בעלי-מקצוע לשם שיפוץ הדירה, ואולי אף מתחייב למכור אותה לצד שלישי. נראה כי במקרים מעין אלה, אם כי לא בכלם, מן הראוי לשלול את זכותו לפיצויים, כולה או חלקה, בגין הנזקים לאינטרס ההסתמכות האגבית שיצר במו ידיו, לאחר שהבין כי סביר מאוד להניח שהחוזה יופר. האינטרס של הנפגע לעמוד על המשך קיום החוזה או לרכוש זכאות לתמורה הנגדית לא יקופח, כפי שהיה קורה אולי לו היה המשך ביצוע החוזה מהווה אי-הקטנת נזק, השוללת את זכות הפיצוי בגינו.

שאלה מעניינת היא, אם במקרים שבהם ראוי ליתן נפקות לאי-הקטנת הנזק – בעיקר כאשר נוצרו נזקי הסתמכות אגבית, כמתואר לעיל – יש לעשות זאת באמצעות ההגנה של הקטנת הנזק או באמצעות הגנת האשם התורם. אני סבור שעדיפה האפשרות השנייה.

119 נזק תוצאתי הינו כנראה סוג נפרד של נזק. ראה: L.L. Fuller & W.R. Perdue "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L. J.* (1936) 52, 75; Treitel, *supra* note 37, at p. 836.

120 אם כי, כאשר התמורה הנגדית היא כסף בלבד, יעמוד הנפגע בדיוק באותו מצב, בין שימשיך בביצוע חלקו בחוזה ויקבל את סך התמורה הנגדית ובין שיבטל את החוזה ויקבל את סך ההפרש בין התמורה הנגדית לבין הוצאות שחסך עקב הפסקת הביצוע. כל זאת בהנחה שאין לנפגע אינטרס מיוחד לבצע את החוזה, כגון בניית מוניטין.

121 עניין סוראקי, לעיל הערה 97.

ההגנה של הקטנת הנזק מביאה, כפי שנאמר כבר, לתוצאה דרסטית: כל הנזק ברי-ההקטנה מוטל על כתפי הנפגע, אף-על-פי שמלכתחילה המפר הוא שגרם לכל העניין. איני סבור שיש מקום לפתרון דרסטי זה כאשר המשיך הנפגע להסתמך על חוזה שטרם הופר והוציא הוצאות הסתמכות אגבית, זאת, כאשר הפרת החוזה אינה ודאית. אומנם, רצוי לעיתים לתמרץ אותו לא לעשות כן; לעיתים נאמר כי לא נהג בזהירות סבירה; אך דינו אינו צריך להיות כדינו של מי שהגדיל את הנזק לאחר שההפרה היתה עובדה מוגמרת וסופית. כך גם באותם מקרים חריגים שבהם ראוי ליתן נפקות משפטית להתנהגותו של הנפגע שלא פעל להקטנה של נזקי ההסתמכות העיקרית או להקטנת הנזק לאינטרס הציפייה.

הדברים שנאמרו עד כה התייחסו למצב של הפרה צפויה, אך הם יפים, בשינויים המחויבים, אף כאשר מדובר במצב של חשש להפרה שאינו מגיע למדרגת הפרה צפויה. אמת, במצב כזה בוודאי שאין במשפט הנוהג כל תחולה להגנה של הקטנת הנזק; אך איני סבור שיש לפסול על הסף אפשרות להכיר בהגנת אשם תורם כנגד הנפגע, אשר אף-על-פי שההפרה לא היתה "צפויה", אלא "אפשרית" בלבד, היתה התנהגותו בהגדלת פוטנציאל נזקיו בלתי-סבירה. אומנם, הגנה זו לא תעמוד כנגדו בדרך-כלל, שהרי הוא זכאי להסתמך על החוזה; אך יהיו מקרים קיצוניים שבהם עשוי המצב להיות שונה. פסק-דין קנדי, *Caines v. Bank of Nova Scotia*,<sup>122</sup> עוסק במקרה אנלוגי, שבו היו צריכים להתעורר אצל הנפגע חששות שהחוזה כלפיו הופר. באותו עניין התחייב הבנק הנתבע לדאוג לביטוח ביתו של התובע. התובע שמע מסוכן-הביטוח כי הפרמיה בעד הביטוח לא שולמה, ואף חברת-הביטוח הודיעה לו על כך. לבסוף שוכנע על-ידי הנתבע שהפרמיה שולמה, ובכך הסתפק. לאחר שאירע אירוע הביטוח, הסתבר שלא נעשה ביטוח, והתובע תבע את נזקיו מן הבנק בגין הפרת החוזה שביניהם. בית-המשפט פסק לתובע פיצוי נומינלי בלבד, בנימוק, שאם היה מתנהג באופן סביר, היה דואג לקיומו של ביטוח. דעת-המיעוט היתה, לעומת זאת, שדין התביעה להתקבל, אם כי לבנק עומדת הגנה חלקית של אשם תורם, שתוצאתה הפחתת שיעור הפיצויים בעשרים וחמישה אחוזים. התנהגותו הבלתי-סבירה של התובע לנוכח החשש להפרת החוזה והנזק הרב אשר עלול להיגרם בעקבותיה היא שעשויה להצדיק את דעת-הרוב, כמו גם את דעת-המיעוט.<sup>123</sup>

קבוצה (ז): אי-נקיטת אמצעי זהירות מיוחדים להגנת האינטרס המוגן בחוזה

להבדיל מקבוצת המקרים שנידונה בתת-הפרק הקודם, הכוללת מקרים שנוצר בהם חשש להפרת חוזה, כוללת הקבוצה הנידונה כאן מקרים שבהם אין לנפגע כל סיבה מיוחדת לחשוש שהחוזה עימו יופר. במקרים מעין אלה לא נדרש אדם, בדרך-כלל, להגן על האינטרס המוגן בחוזה בדרך נוספת. בוודאי שאין מפר החוזה רשאי לסעון שהנפגע לא

*Supra* note 12 122

123 ניתן להשוות פסק-דין זה לפסק-דין שנפסק על-ידי בית-המשפט העליון בארץ. ע"א

היה רשאי לסמוך עליו מלכתחילה. עם זאת ניתן לחשוב על מקרים שבהם קיימת אי־זהירות עצמית בכך שאדם סמך באופן מוחלט על ביצוע החוזה. טול דוגמה של אדם הכורת חוזה שמירה, שלפיו הוא מפקיד את מכוניתו בידיו של השומר בהניזון־רכב. המפקיד מותיר את המכונית עם מפתח ההתנעה במתג ההצתה מבלי לדחוק על כך לשומר. המכונית נגנבת. מסתבר כי השומר הפר את חוזה השמירה. אולם ניתן לטעון שאף המפקיד תרם לנוק בהתרשלותו, בכך שהשאיר את מכוניתו כפי שהשאירה. השאלה העולה היא: האם יש לפקוד על המפקיד את עונו זה ולהפחית מפיצוייו עקב אשמו התורם?<sup>124</sup> אומנם, ניתן אולי לחשוב שהמפר אינו יכול להישמע בטענה שאינה אלא שהנפגע סמך עליו יתר על המידה, אולם אם נזכור כי אחת ממטרותיה של הגנת האשם התורם הינה להגביר את זהירותו של אדם בשמירת ענייניו, ייתכן שהמסקנה תהיה שונה. ניתן לומר אם־כן, שבדיוק כמו שאין זה רצוי שהניזוק הפוטנציאלי יסמוך באופן מוחלט שאיש לא יפגע בו במעשה עולה נזיקי, וכשם שרצוי שינקט אמצעי זהירות מיוחדים, כך אף אין זה תמיד רצוי שהנפגע החוזה הפוטנציאלי יסמוך באופן מוחלט שהחוזה כלפיו יקיים ולא ינקוט אמצעי זהירות נוספים, אפילו אם אין לנגד עיניו סימנים כלשהם שהחוזה עומד להיות מופר. השיקולים שלפיהם ניתן לקבוע אימתי מהווה אי־נקיטה של אמצעי זהירות מיוחדים התרשלות עצמית אף בהיעדר סימנים ממשיים להפרה הינם: ערך האינטרס המוגן בחוזה, העלות להיפגע אם יופר החוזה וייגרם נזק; הסיכוי שהחוזה יופר ועלות נקיטתם של

42/53 יחזקאלי נ' שפושניק, פ"ד ט 333. במקרה זה רכש אדם מכונית מחברו. המוכר התחייב להעביר את פוליסת־הביטוח של הרכב על שמו של הקונה. זאת לא עשה, אירעה תאונה ולקונה נגרמו נזקים שלא היו מבוטחים. הקונה תבע מן המוכר פיצויים בגין נזקים אלה. לא ברור מעובדות פסק־הדין אם ידע הקונה בפועל שהפוליסה לא הועברה על שמו או אם היו בליבו חששות על כך בלבד. מכל מקום, בית־המשפט דן באפשרות להחיל על המקרה את הדוקטרינה של הקטנת הנזק. לדבריו, הנזק הרב שעלול להיגרם עקב היעדר ביטוח וההוצאות הקטנות יחסית שבעשייתו הם הנותנים שהתובע היה צריך למנוע את הנזק על־ידי עשיית ביטוח בעצמו. עם זאת, ציין בית־המשפט כי אינו רוצה לקבוע מסמרות בעניין, שכן, הכל תלוי בנסיבות ובעיקר במידת הסופיות של הפרת החוזה (ושם, בע' 336). לגוף העניין קבע בית־המשפט, כי מאחר שההגנה של הקטנת הנזק לא נטענה כלל, דין התביעה להתקבל. כן השווה לדיון שלהלן בתת־הפרק הבא, ובמיוחד להערות 129-130 והסקט הנלווה להן.

124 עניין "נקוב", לעיל הערה 4. השאלה לא נידונה בבית־המשפט המחוזי, אם כי שניים מן השופטים הניחו כמובן מאליו כי הגנת אשם תורם אפשרית, והחזירו את התיק לבית־משפט השלום, כדי לבחון עניין זה מן הבחינה העובדתית. ניתן לטעון שאחריותו של השומר היא נזיקית או *sui generis*, ולא דווקא חוזית. ראה לסוגיה זו א' סלטון "ההיבט הנזיקי של חוק השומרים, תשכ"ז-1967". עיוני משפט ה (תשל"ז) 653; ז' צלטנר "דיני החוזים בישראל בהתפתחותם משך תצי היובל מאז קום המדינה" הפרקליט כט (תשל"ד) 56, 88; ג' סדסקי "השומר על פי דין" משפטים ה (תשל"ז) 430.

אמצעי זהירות מיוחדים. בדוגמת השמירה עשויים שיקולים אלה להביא למסקנה כי יש להכיר בהגנת אשם תורם לשומר.<sup>125</sup>

ניתן לחלק את המקרים הנכללים בקבוצת המקרים הנידונה כאן לשתי קבוצות-משנה: האחת כוללת מקרים שבהם מטרתו העיקרית של החוזה היא הגנת האינטרס שהפרת החוזה פגעה בו; האחרת כוללת מקרים שבהם מטרתו העיקרית של החוזה אינה הגנת האינטרס, אך הנוק הצפוי מהפרתו גדול במיוחד ומצדיק נקיטה של אמצעי זהירות מיוחדים.

בתת-הקבוצה הראשונה עשויים להיכלל מקרים של חוים שמטרתם שמירה על נכס, כפי שהודגם לעיל, וחוים שלפיהם מתחייב אדם לגרום לביטוחו של אחר אצל צד שלישי.<sup>126</sup> דוגמה טובה לסוג המקרים האחרון ניתן למצוא בפסק-דין אנגלי חריש יחסית, *Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher*,<sup>127</sup> באותו עניין הורתה חברת-ביטוח לברוקרים שלה לנקוט פעולה מסוימת, שתבטיח ביטוח-משנה בנוגע לפוליסה מסוימת אצל חתמי לונדון. הברוקרים לא עשו כן עקב שכחה, וכאשר אירע מקרה הביטוח וחברת-הביטוח נאלצה לשפות את מבוסחה, טענו חתמי לונדון כי אינם חייבים בשיפוי עקב מחלם של הברוקרים. בין היתר נידונה בבית-המשפט השאלה: האם זכאית חברת-הביטוח לשיפוי מהברוקרים על-פי עילה חוזית או נזיקית והאם אפשרית הגנת אשם תורם, בהנחה (שבסופו של דבר הופרכה) שהתמי לונדון אינם חייבים לשפות את חברת-הביטוח? האשם התורם שנטען נגד חברת-הביטוח התבטא בכך שהיא הסתפקה במתן הוראה טלפונית לברוקרים לנקוט את הפעולה שתבטיח את ביטוח-המשנה, ולא טרחה לוודא שפעולה זו אכן בוצעה; כל זאת כאשר עמדו לרשותה שמונה חודשים תמימים לעשות כן. בית-המשפט קבע, כי הברוקרים הפרו אומנם חובת זהירות חוזית, כמו גם חובת זהירות נזיקית, אך עומדת להם הגנת אשם תורם, המפחיתה את אחריותם כלפי חברת-הביטוח.<sup>128</sup> אכן, הערך הרב של האינטרס שלשמו נכרת החוזה בין חברת-הביטוח והברוקרים, האפשרות הבלתי-רחוקה מדי שלא יקיום החוזה והעלות האפסית לוודא שאכן קיום הצדיקו הכרה בהגנת האשם התורם.

מקרה מאותו סוג נידון בקנדה בפסק-דין *Cosyns v. Smith*,<sup>129</sup> שם התחייב סוכן-

125 במשפט הגרמני מוכרת הגנת אשם תורם לעיתים קרובות בסיטואציות של שמירה: Grunsky, *supra* note 15, §254, s. 30.

126 השווה לדין לעיל, טקסט להערות 122-123, שם היתה ההנחה כי נוצר בלב הנפגע, או היו צריכים להיווצר, חששות ממשיים שהחוזה לא יבוצע על-ידי הצד האחר.

*Supra* note 7 127.

128 באותו עניין נקבע, כי ההגנה חלה רק כאשר קמה אחריות נזיקית במקביל לאחריות החוזית. למעשה ניתן לומר, כי מה שנפסק שם אינו אלא אמרות-אגב, הן בערכאה הראשונה והן בערכאה השנייה. פסק-הדין הגיע אף לבית-הלורדים, אך שם לא נידונה שאלת האשם התורם. ראה לעיל הערה 8.

129 622 D.L.R. (3d) 146 (1983). למקרה דומה, העשוי להשתייך גם הוא לקבוצה זו של מקרים, ראה: *Caines v. Bank of Nova Scotia*, *supra* note 12, והדיון בו לעיל, טקסט להערות 122-123.

ביטוח לבטח נכס בשביל התובע, ואף אישר באוזניו שכך עשה. כאשר אירע לנכס נזק, הסתבר שלא היה מבוטח. התובע תבע את נזקיו מסוכן הביטוח. הסוכן טען להגנת אשם תורם. לטענתו, היה התובע צריך לחקור ולבדוק היטב אם יש ביטוח, ומשלא עשה כן, תרם ברשלנותו לנזקיו. בערכאה הראשונה התקבלה ההגנה של סוכן הביטוח, ופיצוייו של התובע הופחתו בשיעור עשרים וחמישה אחוזים. ערכאת הערעור קבעה, לעומת זאת, כי דין התביעה להתקבל במלואה. דחייתה של הגנת האשם התורם נומקה בכך, שהתובע היה רשאי לסמוך על סוכן הביטוח, אשר אישר באוזניו כי הוא מבוטח. אכן, צעד זה של אימות קיומה של ההתחייבות לדאוג לביטוח היה חסר בעניין *Forsikringsaktieselskapet*, והוא עשוי עליכן להצדיק את התוצאות השונות שאליהן הגיעו בתי המשפט בשני פסקי הדין. צידוק נוסף לתוצאות השונות בשני פסקי הדין ניתן למצוא אף בכך, שבעניין *Forsikringsaktieselskapet* היתה הלקוחה התובעת חברת ביטוח, אשר היה עליה להבין היטב את הסיכון הכרוך באי-קיום החוזה על-ידי הברוקרים, ואילו בעניין *Cosyns* היה מדובר בלקוח הדיוט.<sup>130</sup>

בתת-הקבוצה השנייה עשויים להיכלל מקרים שונים שבהם לא נועד החוזה בעיקרו להגנת האינטרס שנפגע, אך בכל זאת מוצדק לעודד, באמצעות הגנת האשם התורם, נקיטת אמצעי זהירות מפני הפרה על-אף היעדר כל סימן מיוחד שזו תתרחש. קבוצת המקרים של אחריות חוזית למוצרים פגומים (ולמעשה אף במקרים אחרים שבהם עלולה הפרת החוזה לגרום לנזק-גוף) עשויה להיכלל בתת-קבוצה זו.<sup>131</sup> הסיבה לכך הינה, כי הנזק הצפוי ממוצר פגום הינו לא-אחת נזק-גוף, נזק-רכוש ולעיתים אף מוות למשתמש במוצר או לאחרים. קיים אינטרס חברתי מובהק להקטין נזקים כאלה במידת האפשר. ניתן להשיג זאת לעיתים, בין היתר, על-ידי מתן תמריצים למשתמש לא לסמוך באופן מוחלט על ההתחייבות החוזית, המפורשת או הנלמדת מכללא, כי המוצר תקין. הכרה בהגנת אשם תורם עשויה לספק תמריץ כזה במקרים מסוימים.<sup>132</sup> נראה שמסיבה זו מוכרת בארצות הברית, בתחום האחריות הניזקית למוצרים פגומים, הגנת "השימוש הלא-ראוי" במוצר. הגנה זו עומדת למוכר המוצר (או ליצרן, אם הוא שנתבע ישירות) נגד הצרכן אפילו לא ידע על הפגם במוצר ולא היה עליו לדעת על אודותיו ואפילו לא היה ניווק עקב השימוש אלמלא הפגם. הסתמכות מוחלטת על תקינות המוצר עשויה אם-כן לגרום להפחתת שיעור פיצוייו של הצרכן שנפגע עקב הפגם בעת השימוש הלא-ראוי.<sup>133</sup>

130 Dugdale & Stanton, *supra* note 37, at p. 386. כן ראה שם פסקי-דין קנדיים נוספים, שבהם הוכרה הגנת אשם תורם מפני שהלקוח לא בדק אם הפוליסה נעשתה כראוי. *Ibid.*

• at p. 386, n. 4

131 השווה: Burrows, *supra* note 26; *Schering Agrochemical Ltd. v. Pesibel NV SA*, *supra* note 23.

132 אם כי כאשר מדובר בסיכון לנזק-גוף או מוות למשתמש במוצר, ספק אם הגנת האשם התורם מוסיפה תמריצים לזהירות על אלה הקיימים בלאו הכי. לעומת זאת, כאשר התובע אשר הסתמך על תקינות המוצר אינו זה החשוף לפגיעה בגופו, אלא אדם אחר, כגון עובד שלו, הגנת האשם התורם חיונית במיוחד. ראה להלן הערה 140.

W.L. Prosser & W.P. Keeton *On Torts* (St. Paul, 5th ed., 1984) 710-712; 133

בתת-הקבוצה השנייה ניתן לכלול אף מקרים שבהם יצר הנפגע במו ידיו פוטנציאל נזק גדול במיוחד, תוך התעלמות בלתי-סבירה מן הסיכון שהחווה יופר. מובן שאף כאן אין לקבוע מסמרות. סיכוי ההפרה, גודל הנזק הפוטנציאלי שיצר הנפגע והעלות לנפגע של הימנעות מיצירת פוטנציאל נזק זה הינם שיקולים מרכזיים שיש לשקול. דוגמה עשויה להמחיש את הדברים. א כורת עם ב חוזה למכירת דירה. ב, הקונה, מתחייב לשלם את המחיר במועד נקוב. א מסתמך על כך וכורת חוזה עם ג, שלפיו ירכוש ממנו דירה וישלם לו את מחירה גם-כן במועד נקוב, שהינו יום אחד בלבד אחרי המועד הנקוב בחוזה הראשון. ב מפר את החוזה ומשלם באיחור של יומיים. עקב כך גאלץ א להפר את החוזה עם ג. מועד התשלום הינו תנאי מהותי בחוזה עם ג, והפרתו מקנה ל-ג זכות לפיצויים מוסכמים וכן זכות לבטל את החוזה. האם יוכל א לתבוע מ-ב את נזקיו מהפרת החוזה עימו, המתבטאים בהפסד העסקה עם ג ובפיצויים שהוא חייב לשלם לו עקב כך?<sup>134</sup> בהנחה שהנזק הינו נזק צפוי, התשובה לשאלה היא חיובית. שאלה אחרת היא: האם תיתכן הגנת אשם תורם ל-בז אפשרות אחת היא לטעון ש-א היה צריך להזהיר את ב מפני פוטנציאל הנזק הגבוה שלו, אפילו היה הנזק בגדר הצפוי (ובלבד של-ב לא היתה ידיעה ממשית על פרטי החוזה שבין א ל-ג, בעת כריתת החוזה שלו עם א). בעניין זה עסקנו קודם.<sup>135</sup> אפשרות שנייה היא לומר ש-א לא נזהר כראוי בשמירת ענייניו, שכן הסתמכותו על קיום החוזה היתה מופרזת. כדי לכהון אם טענה זו טובה למקרה הקונקרטי, תהא חשיבות רבה לאפשרויות הפעולה שעמדו לפני א (כגון יכולתו לכרות את החוזה עם ג כשמועד התשלום מאוחר יותר). הכרה בהגנת האשם התורם במקרים מעין אלה תצער אומנם במידה מסוימת את יכולת ההסתמכות המוחלטת על החוזה, אך זאת מתוך הנחה שהמטרה לעודד פעילות זהירה וסבירה חשובה אף היא לעיתים.

#### קבוצה (ח): אי-הקטנת הנזק עקב אי-ידיעת הנפגע על הפרת החוזה

בתת-פרק קודם עסקנו במקרים שבהם מתקיים מצב של הפרה צפויה או חשש להפרה. ההנחה היתה שהנפגע יודע על כך, ועלתה השאלה: האם אי-הקטנת הנזק עשויה להקים בנסיבות אלה הגנה למפרז כאן, לעומת זאת, הנחתנו היא כי החוזה הופר, אך הנפגע אינו יודע על כך. מטעם זה אין הוא פועל להקטנת הנזק או למניעתו. הנחה נוספת הינה, שלו היה הנפגע יודע על ההפרה ולא היה מקטין את הנזק, היה ניתן לעשות נגדו שימוש בהגנה

<sup>134</sup> C.J. Miller & P.A. Lovell *Product Liability* (London, 1977) 293-296. בישראל,

על-פי סעיף 4(ב) לחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980, ס"ח 86, התרשלות תורמת אינה הגנה ליצרן, אלא אם מדובר בהתרשלות תמורה של הנפגע. החוק אינו מתייחס במפורש למקרה של התרשלות הנובעת משימוש לא-ראוי.

<sup>135</sup> לפסק-דין שבו נידונו (אם כי בהקשר של ביטול חוזה) עובדות די דומות לאלה שעליהן מבוססת הדוגמה דלעיל, ראה ד"ר 44/75 ביטון נ' פרץ, פ"ד (3) 581.

<sup>136</sup> לעיל טקסט להערה 74.



של הקטנת הנזק, השאלה המתעוררת אם־כן הינה: האם אי־הקטנת הנזק בנסיבות אלה, כאשר אדם סביר, במקומו של הנפגע, היה יודע על ההפרה, עשויה להקים הגנה למפר, ואם כן איזו הגנה: הקטנת נזק או אשם תורם?

הדעה הרווחת היא, כי הנטל של הקטנת הנזק חל מרגע שהנפגע יודע על הפרת החוזה.<sup>136</sup> משלב זה ואילך אין הוא רשאי עוד להניח שהחוזה עימו יקיים, ועליו לנקוט אמצעים להקטנת הנזק. על הרציונלה להגנה עמדנו קודם.<sup>137</sup> לעומת זאת, כאשר אין הנפגע יודע על ההפרה, ועל־כן אינו פועל להקטנת הנזק, הוא רשאי לכאורה לטעון שההגנה שדיני החוזה מקנים להסתמכות ולתכנון שלו כוללת בחובה אף את הרשות לא לבדוק או לבחון אם החוזה קיים אם לאו. זאת ועוד: בדרך־כלל, פתוחה הדרך לפני המפר לוודא שהנפגע יודע על הפרת החוזה; אי־הכרה בהגנה של הקטנת הנזק כאשר אין הנפגע יודע בפועל את דבר ההפרה תמריץ את המפר ליידע את הנפגע בדבר קיומו, ואם לא יעשה כן, אך סביר הוא שיישא בתוצאות.

כנגד טיעון זה עומד טיעון אחר, כי רצוי שכל מרכיבי ההגנה של הקטנת הנזק יהיו בעלי אופי אובייקטיבי. ממש כשם שהשאלה באילו אמצעים היה הנפגע צריך לנקוט לשם הקטנת הנזק בנסיבות נתונות נבחנת באופן אובייקטיבי,<sup>138</sup> כך ראוי שאף הידיעה על דבר ההפרה תיבחן בעיניו של האדם הסביר. אין זה הוגן כלפי המפר, ממשיך הטיעון, לתלות את תחילת ההגנה של הקטנת הנזק ולהכריע בזכויותיו ובחובותיו של המפר בהתאם להכנתו הסובייקטיבית של הנפגע. הדבר עלול אף לפתוח פתח לניצול לרעה ולעורר בעיות ראייתיות קשות.

הטיעונים השונים בעד ונגד תחילת ההגנה של הקטנת הנזק מחזקים את הדעה, כי הפתרון האופטימלי הוא להחיל את הגנת האשם התורם על נפגע שלא הקטין את הנזק עקב אי־ידיעתו הרשלנית על ההפרה. כמה טעמים לכך.

ראשית, בדרך זו ניתן לנפגע תמריץ לאתר הפרה קיימת שניתן לגלותה על נקלה ולהקטין את הנזק. עידוד לזהירות ולהקטנת נזקים היא מטרה ראויה כשלעצמה. שנית, החלת ההגנה אינה פוגעת באופן ניכר ביכולת ההסתמכות והתכנון, לפחות כאשר מקפידים להחילה רק במקרים שבהם רשלנותו של הנפגע רבה ואינה מוטלת בספק. אך יתרה מזו: הנטל שמוטל על הנפגע לגלות הפרה קיימת מוקל במידה מסוימת עקב קיומו של תמריץ למפר לגלות לו כי החוזה הופר, ולהעביר אליו בדרך זו את הנטל של הקטנת הנזק. המפר יעדיף כמובן אפשרות אחרונה זו, שכן, בכך ישוחרר באופן מלא מחובת הפיצוי בגין הנזק בר־ההקטנה, ולא רק באופן חלקי, כפי שקורה כאשר חלה הגנת האשם התורם.

שלישית, החלתה של הגנת האשם התורם מביאה לתוצאה צודקת. אין היא גורמת להטלת מלוא הנטל על האחד, אלא מחלקת אותו בין שניים. יש לזכור כי שני הצדדים

136 לעיל הערה 112 והסקסט הנלווה לה.

137 לעיל טקסט להערות 112-113.

138 אם כי יש לכך כנראה חריגים. ראה: Treitel, *supra* note 37, at p. 868. בתחום דיני הבניין, ראה למשל ע"א 810/81 לוי נ' מזרחי, פ"ד לט(1) 477; ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל הברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45.

אינם טלית שכולה תכלת. המפר - הפר את החוזה. שחרורו מכל אחריות לנוק בר-הקטנה, כאשר הנפגע לא ידע כלל על ההפרה, הינו פתרון מרחיק-לכת, המתעלם מן העובדה כי הוא שהפר את החוזה וגרם לכל התסבוכות. הנפגע - לא נהג כאדם סביר והתעלם ממה שכל אדם אחר היה רואה. אין זה גוון על-כן להטיל את מלוא נטל הנוק על המפר, במיוחד כאשר העמדה הנחרצת של דיני החוזים הינה, שיש מצבים שבהם שוללת אי-הקטנה רשלנית של הנוק את זכותו של הנפגע לפיצויים בגינו. אכן, חלק לא-מבוטל מן הפסיקה במדינות המשפט המקובל, שעסקה בשאלת האשם התורם בדיני החוזים, נכללת בתת-הקבוצה הנידונה כאן. בתי-המשפט לא החילו את ההגנה של הקטנת הנוק כאשר לא היתה ההפרה ידועה בפועל לנפגע. המחלוקת התעוררה בדרך-כלל סביב השאלה: האם יש להכיר בהגנת האשם התורם ולחלק את האחריות לנוק, או שמא אין לעשות כן ולחייב את המפר במלוא הנוק? רוב פסקי-הדין הנכללים בקבוצת המקרים הנידונה כאן הם משלושה תחומים: חרזי בנייה;<sup>139</sup> התחייבויות המתייחסות

139 דוגמה טובה לענייננו ניתן למצוא בפסקי-הדין *Basildon District Council v. J.E. Lesser (Properties) Ltd.*, *supra* note 5, הגם שלגופו של עניין נקבע שם כי אין תחולה להגנת האשם התורם. באותו עניין נבנה בית-מגורים שלא היה כשיר למגורים. חליפי הקבלן-הנתבע טענו להגנתם כי יש לייחס אשם תורם למזמינה-התובעת, רשות מקומית, מכיוון שפקידיה וארכיטקט מטעמה לא גילו את הפגמים בעוד מועד, ואילו היו עושים כן, היה הנוק נמנע. בית-המשפט דחה את טענת הנתבעים על-סמך הקביעה, כי עקרונית, אין מקום להגנת האשם התורם נגד תביעה חוזית. נראה שלו היה בית-המשפט מכיר בהגנה באופן עקרוני, היתה השאלה אם יש לייחס לתובעת אשם תורם צריכה להיחתך תוך התחשבות במידת היותו של פגם הבנייה גלוי לעין, במידת מומחיותם של פקידיו העירייה שהיו מעורבים בפרויקט הבנייה, ובעיקר - במערכת היחסים החוזית שבין הצדדים ובציפיותיהם ההדדיות ממנה. אכן, שיקולים מסוג זה הניעו בית-משפט קנדי להכיר בהגנת האשם התורם בעניין *Canadian Western Natural Gas v. Pathfinder Surveys*, *supra* note 12. שם סימנה חברת הגז הנתבעת תוואי להעברת צינור-גז בשביל המזמין. הסימון היה בלתי-ראוי, עקב מעבר צינור-מים בסמוך. כשתבע המזמין את חברת הגז בגין נזקיו, נסען כנגדו כי התרשל בכך שלא גילה בעוד מועד את הטעות בסימון התוואי. בית-המשפט החיל את החקיקה המקומית וקבע, כי חלוקת אחריות בין הצדדים אפשרית. נראה שהיות סימון התוואי בלתי-תקין היה צריך להיות גלוי לעיני המזמין, אשר הפעיל מצידו אנשי-מקצוע שהיו מעורבים בסימון התוואי. אף לעובדה שהמזמין היה אמור לדעת מלכתחילה על קיומו של צינור-מים היתה כנראה השפעה על שיקולי בית-המשפט.

בישראל יש לחוק חוזה קבלנות, לעיל הערה 71, השלכה מסוימת על ענייננו. חוק זה מתייחס למעשה למקרים שבהם לא גילה המזמין הפרת חוזה המתבטאת בביצוע עבודה פגומה. על-פי החוק, לא יהיה המזמין זכאי להסתמך על הפגם אם לא הודיע על הפגם לקבלן בתוך זמן סביר לאחר שגילה אותו או שהיה עליו לגלותו; ואם הפגם ניתן לתיקון - אם לא נתן לקבלן הזדמנות נאותה לתקנו. לכלל זה שני חריגים, וכאשר אלה מתקיימים, זכאי המזמין, למרות האמור לעיל, להסתמך על הפגם: האחד מתקיים כאשר

לתקינות נכס;<sup>140</sup> ואחריות מקצועית.<sup>141</sup> ניתן לשער, שהבעיה של הגנת האשם התורם

ידע הקבלן על הפגם; האחר מתקיים כאשר הפגם נבע מסיבה שהמוזמן אחראי לה (סעיף 3 לחוק). יוצא, שיש מקרים שבהם מהווה אי-גילוי הפגם על-ידי המוזמן הגנה מלאה לקבלן (הנחתי היא, כי אי-הזכאות להסתמך על הפגם משמעה גם אי-זכאות לתרופות כלשהן בשל הפרת חוזה. השווה עניין סולונץ, לעיל הערה 71, בע' 637-638; זמיר, לעיל הערה 102, בע' 555-556). כמו שיש אף מקרים שבהם זכאי המוזמן שלא גילה את הפגם להסתמך עליו. במקרים אחרונים אלה איני רואה מניעה עקרונית העולה מחוק חוזה קבלנות שתיטען הגנת האשם התורם נגד המוזמן התובע פיצויים אם התרשל באי-גילוי הפגם ותרם עקב כך לנזקיו.

140 פסק-דין הממחיש קטיגוריה זו של מקרים, אם כי נדחתה בו הגנת האשם התורם, הוא פסק-הדין *Mowbray v. Merryweather* [1895] 2 Q.B.D. 640. באותו עניין התחייבו התובעים, חברת סוורים, לפרוק מטען מספינתו של הנתבע. הנתבע התחייב מצידו לספק את הציוד הדרוש לכך, ובכלל זה שרשראות פריקה. אחת השרשראות היתה פגומה, ואחד מעובדי התובעים נפגע עקב כך. התובעים שיפו אותו בגין נזקיו ותבעו את סכום השיפוי מן הנתבע, בהתבססם על הפרת התחייבות כאשר לתקינות השרשרת. טענת ההגנה של הנתבע היתה, כי התובעים התרשלו בכך שלא בדקו את תקינות השרשרת ולא איתרו את הפגם שבה. הגם שטענת ההגנה שנטענה נתפשה שם כנוגעת בריחוק הנוק, היתה זו למעשה טענת אשם תורם. היא נדחתה על-ידי בית-המשפט לערעורים מן הטעם שהתובעים לא היו חייבים ביחסיהם עם הנתבע – להבדיל מיחסיהם עם עובדיהם – לבדוק את תקינות השרשרת. היה מותר להם להסתמך על תקינותה כלפיו באופן מוחלט. אכן, ניתן לחלוק על מסקנתו זו של בית-המשפט. נראה כי הפגם בשרשרת היה גלוי לעין מקצועית כזו של התובעים. גם מבחינת המדיניות המשפטית נראה, כי בדיוק בסוג כזה של מקרים, שבו עלולה הפרת החוזה לגרום נזק-גוף, חזק במיוחד השיקול של עידוד הזהירות. את גישתו הנחרצת של בית-המשפט, בדחותו את טענת ההגנה, ניתן להסביר על רקע התקופה שבה נפסק פסק-הדין (המאה התשע-עשרה), כאשר יכולת ההסתמכות והתכנון על החוזה היוותה את האידאולוגיה העיקרית, ואולי היחידה, של דיני החוזים. השווה לפסק-דין *Lexmead (Basingstoke) Ltd. v. Lambert v. Lewis* [1980] 2 W.L.R. 299 והערער *Sims v. Foster Wheeler Ltd.* [1966] 1 W.L.R. 713 ראה גם: *Lewis* [1981] 2 W.L.R. 713. *W.L.R. 769; Driver v. William Willet Construction Ltd.* [1969] 1 All E.R. 665 בישראל יש לחוק המכר, לעיל הערה 71, השלכה מסוימת על ענייננו. השווה לדיון לעיל, בהערה 139, בחוק חוזה קבלנות. גם בחוק המכר, בדומה לחוק חוזה קבלנות, נקבע, כי יש מקרים שבהם אי-גילוייה של אי-התאמה על-ידי הקונה מונעת אותו מלהסתמך עליה (סעיף 14 לחוק). אולם, כאשר למרות אי-הגילוי הרשלני זכאי הקונה להסתמך על אי-התאמה (סעיפים 15-16 לחוק), איני רואה מניעה עקרונית העולה מחוק המכר להכיר בהגנת האשם התורם ולחלק בין הצדדים את האחריות לנזק שנגרם כתוצאה מהפרת החוזה, כמו גם מאי-גילוייה של אי-התאמה על-ידי הקונה בעוד מועד.

141 במקרים הנכללים בתחום זה, האשם התורם הנטען הוא של הלקוח, אשר לא עמד בעוד

שבאיי-גילוי הפרה קיימת-מתעוררת כנראה דווקא בתחומים אלה, שכן, המקרים הנכללים בגדרם מאופיינים לעיתים קרובות במאפיינים הבאים: ראשית, ההפרה אינה גלויה מייד עם ביצועה, והיא צפה ועולה עם גרם הנזק; שנית, לנפגע יש אפשרות טובה יותר משיש למפר לגלות את ההפרה לפני גרם הנזק; שלישית, הנזק שנגרם הוא נזק תוצאתי, האופייני לדיני הנוזקין, ואולי בשל כך ניכרת נכונות רבה יותר להכיר בגינו בהגנת האשם התורם; רביעית, במקביל לאחריות החוזית, קמה אף אחריות נזיקית, ובמקרים אלה גוברת נטיית בתי-המשפט להכיר בהגנת האשם התורם.

#### ד. סיכום ומסקנות

לדעתי, רצוי ליתן להגנת האשם התורם תחולה כללית בדיני החוזים. ניתן להשיג מטרה זו בדרך של חקיקה, אך גם בדרך של פסיקה.<sup>142</sup> המגמה הניכרת בפסיקה באנגליה

מועד על כך שהשירות המקצועי שקיבל אינו תקין ומהווה הפרת חוזה (ולעיתים קרובות אף עוולה נזיקית). דוגמה למקרה כזה ניתן למצוא בפסק-דין *O'Connor v. B.D.B.* *Kirby, supra note 95*. סוכן-ביטוח רשם בהצעת ביטוח שמילא בשביל התובע, כי הרכב המבוטח חונה במוסך, שעה שבפועל חנה הרכב ברחוב. הרכב ניוק בעת שחנה ברחוב, וכשבא המבוטח לתבוע את נזקיו מחברת-הביטוח, ביטלה זו את הפוליסה עקב הפרת הכוונה. על-כן, תבע המבוטח את נזקיו מסוכן-הביטוח, אשר הפר, לטענתו, את תובת הזהירות החוזית שהוא חב לו, בכך שכלל בהצעת-הביטוח את הפרט האמור. טענת ההגנה של הסוכן היתה, כי המבוטח התרשל בכך שלא איתר את הטעות בכוחות עצמו, כאשר קרא את הצעת-הביטוח עובר לחתימתו עליה. במילים אחרות, אשמו התורם התבטא בכך שלא גילה את הפרת החוזה במועד שבו היה ניתן למנוע את הנזק. בערכאה ראשונה נוכח שליש מפיצוייו של המבוטח בשל אשמו התורם. בבית-המשפט לערעורים הובע ספק מסוים אם ניתן לחלק את האחריות בדיני החוזים כפי שנעשה הדבר בבית-המשפט דלמטה, ולגופו של עניין נקבע כי התביעה נדחת במלואה, כך שהמבוטח ייוותר עם נזקיו. ההנמקה היתה, בקצרה, כי המבוטח גרם לנזקיו. נראה, כי העובדה שהיה מדובר שם בהפרת חוזה (אם כי לפחות אחד השופטים בבית-המשפט לערעורים סבר שהסוכן לא הפר כל חובה כלפי המבוטח), שאיתורה על-ידי המבוטח היה קל בהרבה מאיתורה על-ידי הסוכן, הצדיקה הכרה בהגנת האשם התורם, ואולי אף את הטלת מלוא האחריות על המבוטח.

ראה גם עניין *De Meza, supra note 6*, שנידון לעיל בטקסט להערות 91-92, בקבוצת המקרים של הטעיה ואיי-גילוי מידע חיוני לביצוע החוזה, שתרמו להפרה. יש קרבה מסוימת ואף חפיפה חלקית בין קבוצת המקרים הנידונה כאן לבין זו העוסקת בהטעיה ובאיי-גילוי מידע. כן ראה: *Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher, supra note 129*; *Cosyns v. Smith, supra note 7*; שנידונו לעיל בטקסט להערות 126-130, וכן את פסק-הדין *Doiron v. Caisse Populaire Dinkerman Ltee, supra note 13*.

142 מאמר זה אינו עוסק בשאלה אם וכיצד ניתן לקלוט הגנה זו בשיטת משפטנו. ראה לעיל

ובמדינות אחרות להכיר בהגנה בסיטואציות "מעין נזיקיות" בלבד נובעת בעיקר מלשונו של חוק שנועד במקורו לחול בתחום דיני הנזיקין בלבד, ולא דווקא מתפישה עקרונית, כי לא ראוי להרחיב את תחולתה של ההגנה. אכן, מנסחי ה-Working Paper של ה-Law Commission האנגלית המליצו לאמץ הגנה זו בחקיקה, ולא להגביל אותה מראש בדרך כלשהי.

יש אומנם הסבורים כי ראוי להחיל את ההגנה רק כאשר קיימת אחריות נזיקית במקביל לאחריות החוזית. אחרים סבורים שראוי להחילה גם בהיעדר אחריות מקבילה, ובלבד שהופרה חובת זהירות חוזית. חלק מן הטעמים המובאים לתמיכה בדעה זו אין בהם ממש. עם זאת יש לחובת הזהירות החוזית מאפיינים מסוימים המתקיימים במקרים רבים (אם כי לא בכולם) והמספקים טעמים מיוחדים להכיר בהגנת האשם התורם כאשר הופרה חובת זהירות חוזית.

אולם יש מקרים רבים אחרים שגם בהם מוצדקת הכרה בהגנת האשם התורם. המשימה העיקרית שנטלתי על עצמי במאמר זה היתה למיין את המקרים שבהם ראוי להכיר בהגנת האשם התורם, אם תינתן לה תחולה כללית. מקרים אלה מתאפיינים בכך, שאם תוכר בהם ההגנה, לא תיפגע בצורה משמעותית יכולת התכנון וההסתמכות, תושג תוצאה הוגנת וצודקת ויסופקו תמריצים להתנהגויות שיובילו במקרים מסוימים לקיומם של חוזים ובמקרים אחרים להקטנת נזקי הפרתם. כפי שניסיתי להראות, בחלק מן המקרים ניתנת כבר עתה נפקות משפטית להתנהגויותיו הבלתי-סבירות של הנפגע, באמצעות דוקטרינות משפטיות אחרות, המביאות לפתרונות של "הכל או לא כלום".

אפשר להביא טעמים שונים לדעה שראוי ליתן להגנת האשם התורם תחולה כללית בדיני החוזים. ניתן לטעון שהיא מצמיחה תוצאות הוגנות וצודקות, שהיא משתלבת היטב עם מגמות קיימות בדיני החוזים המודרניים, החותרות לעודד שיתוף-פעולה, סולידריות ותום-לב, ועוד כהנה וכהנה. דעתי היא, כי הדרך הטובה ביותר להראות את חיוניותה של הגנת האשם התורם בדיני החוזים היא דרך האינדוקציה: ככל שנוכל להצביע על מקרים רבים יותר שבהם תוליך אי-הכרה בהגנה לתוצאות בלתי-צודקות ובלתי-סבירות, כן ניטיב להבין שהכרה בהגנת האשם התורם מהווה את הפתרון הטוב ביותר. אף לשם כך נועד מאמר זה.

## ה. סוף-דבר

לאחר מסירת מאמר זה לדפוס, פסק בית-המשפט העליון, בע"א 3912/90 *Eximin S.A.*, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, 143 כי במקרים

הערה 29. מכל מקום אוכיר כאן, כטכניקה אפשרית לקליטה פסיקתית של ההגנה, את עקרון תום-הלב הקבוע בסעיף 39 לחוק החוזים, ואת ההיקש מדיני הנזיקין מכוונו של סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ס"ח 163.  
143 (טרם פורסם) (להלן: עניין טקסטיל והנעלה).

מסוימים, שבהם תרמו שני הצדדים לנוק שאירע, ניתן לחלק את האחריות החוזית. אין בכוונתי לנתח את פסק-הדין באופן ממצה, ואסתפק על-כך בהצגתו בקצרה, תוך התמקדות בפסיקת בית-המשפט בשאלה של חלוקת האחריות החוזית.

עניינו של פסק-הדין בחברה ישראלית (להלן: המוכרת), אשר התחייבה למכור לחברה בלגית (להלן: הקונה) שלושת אלפים זוגות מגפיים, שיועדו ללקוחה של הקונה בארצות-הברית. המוכרת והקונה הסכימו ביניהם על דגם המגפיים, והמוכרת ייצרה אותם כמוסכם. כשהגיע משלוח המגפיים לארצות-הברית, התברר כי יש בייצור הדגם משום הפרת סימן מסחר רשום בארצות-הברית. עקב כך עוכב המשלוח במכס. בלית-ברירה, הסכימו המוכרת והקונה להכניס במגפיים שינוי מסוים. הדבר גרם לכך שהקונה נאלצה למכור את משלוח המגפיים ללקוחה בארצות-הברית במחיר נמוך מזה שבו היה נמכר לה אילו יוצרו המגפיים כפי שתוכננו מלכתחילה. את הפרש המחירים תבעה הקונה מהמוכרת כפיצויים בגין הפרת חוזה.

הנשיא שמגר, שביטא את דעת-הרוב, בחן את התנהגויות הצדדים לחוזה והגיע למסקנה שהן המוכרת והן הקונה היו צריכות לדעת מלכתחילה כי ייצור הדגם המוסכם יהווה הפרת סימן המסחר הרשום. לדברי הנשיא, הצדדים "לא טרחו לשתף פעולה בינם לבין עצמם". הצדדים היו חלוקים ביניהם לגבי נטל האחריות לביצוע פעולות שונות ובמקום להסדיר וליישב ההדורים, פעל כל אחד מהם, לכאורה, על דעת עצמו, בעצמו עיניו לגבי הנוק שעלול להיגרם ובהניחו שהאחר יישא בו. כל אחד מהם, למעשה, צפה את הנוק אך לא טרח להבהיר לאחר את סכנת קיומו ולא טרח לגלות לו ולמנוע את הנוק, למרות יכולתו הברורה לעשות כן. אי שיתוף פעולה (או אי גילוי) מהסוג הקיים כאן אומנם איננו משחרר מחובה זו את הצד שעליו לבצע, אולם השאלה היא האם אין בו כדי להעניק לו הגנה חלקית" (ההדגשות אינן במקור - א' פ"א, 144 בהמשך הדברים הסביר הנשיא, כי חוק המכר (מכר טובין בינלאומי), תשל"א-1971, 145 אשר על-פי הנחתו של בית-המשפט חלש על החוזה, "אינו צופה סיטואציה בה יוכלו שני הצדדים, ביצילות ובעלות נמוכה, למנוע את הבעייתיות שהתעוררה מאוחר יותר". 146 מסקנתו של הנשיא היתה, שהתנהגויות שני הצדדים היוו הפרות של חובת תום-הלב בקיום חוזה (הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים), והשאלה העולה איפוא היא: "מה נפקותו של היעדר תום הלב, העולה כדי הפרה של שני הצדדים". 147 תשובתו של הנשיא היתה: חלוקת אחריות. הנשיא קבע, כי דין הפרה של חובת תום-הלב כדין הפרת חוזה, וכאשר הפרו שני הצדדים חוזה ונגרם נזק עקב הפרותיהם, עקרון הסיבתיות מחייב לחלק ביניהם את הנוק. בהמשך הדברים התמודד הנשיא עם סיעונים שונים שניתן להעלות נגד חלוקת האחריות החוזית בכלל ונגד הגנת האשם התורם בדיני חוזים בפרט, וסתר אותם אחד לאחר. התוצאה

144 שם, בע' 12.

145 ס"ח 42.

146 עניין טקסטיל והנעלה, לעיל הערה 143, בע' 24.

147 שם, בע' 16.

הסופית היתה, שבית-המשפט חילק את האחריות לנזק שווה בשווה וחייב את המוכרת לשאת במחצית נזקי הקונה.<sup>148</sup>

החידוש בפסק-הדין בעניין טקסטיל והנעלה הוא, שלראשונה בישראל הכיר בית-המשפט העליון שיש סיכונים ששני הצדדים לחוזה אחראים יחדיו להתממשותם. גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם הגישה המסורתית של דיני חוזה, אשר על-פיה החוזה מקצה סיכונים בין צדדים, באופן שלכל סיכון אחראי צד אחד בלבד. פסק-הדין משקף אם-כן גישה חדשה, ולעניות דעתי – מציאותית ורצויה, לא לדכוק בתבניות קשיחות של אחריות חוזית מוחלטת, תבניות שאינן מתאימות לדיני החוזה המודרניים.<sup>149</sup>

לפסק-דינו של הנשיא שמגר יש הרבה מן המשותף עם התיזה שבה עסקתי במאמר: פסק-הדין מאמץ למעשה קו שעל-פיו עשויות להיות נפקויות משפטיות להתנהגויות מסוימות של מי שאינו מפר חוזה במובן הצר של המלה.<sup>150</sup> אכן, זו אף העמדה שניסיתי לקדם לכל אורך המאמר. זאת ועוד: מן הציטוט שהובא לעיל מפסק-הדין ניתן ללמוד,<sup>151</sup> כי ההתנהגויות שבהן רואה בית-המשפט עילה לחלוקת אחריות (אישיות-פעולה, אי-יישוב ההדורים ואי-הבהרה כאשר לסכנת הנזק) אינן אלא מסוג ההתנהגויות שניסיתי לטעון במאמר<sup>152</sup> כי ראוי שיהיו אשם תורם וכי ראוי שיגרמו להפחתת שיעור הפיצויים שהנפגע יהיה זכאי לו.

השוני העיקרי בין גישתו של הנשיא לבין הגישה שהוצגה במאמר הוא בטיב הנפקויות המשפטיות הניתנות להתנהגויות של הנפגע. בעוד הכרה בהגנת אשם תורם פירושה הפחתת שיעור הפיצויים שהנפגע זכאי לו, נותנת שיטתו של בית-המשפט בעניין טקסטיל והנעלה להתנהגויות אלה נפקויות רחבות עוד יותר. לא רק שהנפגע יפוצה חלקית על נזקיו, אלא שהוא יוגד גם כמפר חוזה. על-פי שיטה זו, חשף ה"נפגע" (שלמעשה הינו אף "מפרי") לתביעת פיצויים בגין הפרת חוזה, וכן יוכל הצד השני, בנסיבות מסוימות, לבטל את החוזה עימו עקב הפרה זו.

השאלה הנשאלת היא אם השיטה שאומצה בעניין טקסטיל והנעלה סותרת עמדה התומכת בהגנת אשם תורם במובן שנידון במאמר. תשובתי לכך היא, כי לא רק שאינה סותרת עמדה כזו, אלא היא אף תומכת בה ומקדמת אותה. דאשית, הקביעה שבמקרה נתון התנהגות של הנפגע הינה הפרת חוזה כשלעצמה אינה סותרת כלל ועיקר אפשרות

148 בית-המשפט מאמץ קריטריון חלוקה המשלב שני גורמים: מידת חוסר תום-הלב של הצדדים ותרומתם הסיבתית של הצדדים לנזק. שם, בע' 30. בפסק-הדין היתה אף דעת-מיעוט, שאותה ביטא השופט גולדברג, אך זו לא עסקה בשאלה העקרונית של חלוקת האחריות החוזית. לדברי השופט גולדברג, הקונה היא שנטלה את הסיכון לכך שייצור דגם המגפיים המוסכם מהווה הפרה של סימן מסחר רשום, ובשל כך דיך תביעתה להידחות. השופט גולדברג גם לא ראה בהתנהגותה של המוכרת חוסר תום-לב.

149 שם, בע' 25-26.

150 במושב זה כוונתי למי שאינו מוגדר כמפר חוזה לפי התפישה המסורתית של דיני החוזה.

151 לעיל טקסט להערה 144.

152 ראה לעיל קבוצת המקרים א, ב ו-ג.

להשקיף במקרים מסוימים על התנהגות דומה כעל התנהגות בת אשם תורם שאינה מגיעה לכדי הפרת חוזה, ממש כפי שקביעה במקרה נתון שהתנהגות היא בת אשם תורם אינה מונעת מלקבוע במקרה אחר שהתנהגות דומה לה מהווה אף הפרת חוזה. שנית, בפסק-הדין מתמודד בית-המשפט עם כל הנימוקים המרכזיים שניתן להביא נגד הגנת האשם התורם, ודוחה אותם אחד לאחד. ללמדך, שפסק-הדין הכשיר למעשה את הדרך לאימוץ מפורש וברור של הגנת האשם התורם. נדמה לי שלא אחטא לאמת אם אומר, כי ניכר בפסק-הדין שבית-המשפט לא ראה הבדל משמעותי בין השיטה שאימץ בפסק-הדין לבין הכרה ברורה, מפורשת וכללית בהגנת האשם התורם. האמצעי שבו עשה בית-המשפט שימוש – עקרון תום-הלב – אין בו כדי לשנות מסקנה זו. שלישית, חשוב לשים-לב שבית-המשפט מתייחס בפסק-דינו במפורש לאפשרות שמכוח עקרון תום-הלב, תישלל תרופתו של צד לחוזה, באופן מלא או חלקי.<sup>153</sup> דברים אלה נאמרים באופן כללי, וניתן לפרשם על גקלה כמאפשרים מתן פיצוי חלקי לנפגע המוגדר כנעדר תום-לב, אף מבלי להגדירו כמפר חוזה. אם כאלה הם פני הדברים, הרי בית-המשפט מציב טכניקה ברורה שיהא ניתן לעשות בה שימוש בעתיד ולהפחית מפיצוייו של נפגע גם כאשר אין הוא מוגדר כמפר חוזה. בכך אף מכשיר פסק-הדין את הדרך להכיר בהגנת האשם התורם בדיני חוזה כהגנה כללית, שאינה תלויה בהגדרתו של הנפגע כמפר ואשר יש בכוחה לגרום לחלוקת האחריות החוזית.

ניתן לסכם ולומר, שבפסק-הדין בעניין טקסטיל והנעלה הכיר בית-המשפט העליון לדאשונה באפשרות לחלק את האחריות החוזית. נכונות לחלק את האחריות החוזית הינה תנאי הכרחי להכרה בהגנת אשם תורם, אך לא תנאי מספיק. ברם, נכונות לחלק את האחריות החוזית מהווה, לדעתי, משום "הכשרת הדרך" לקליטה כללית של הגנת האשם התורם. דברים אלה מתחזקים לנוכח התמודדותו המקיפה של בית-המשפט עם כל הנימוקים המרכזיים נגד הגנת האשם התורם ודחייתם כבלתי-משכנעים.

מאמר זה מיועד לסייע ביישום הגנת האשם התורם, אם תאומץ כהגנה בעלת תחולה כללית בדיני חוזה. אך גם אם ישקיפו בתי-המשפט על התנהגויות בלתי-סבירות של הנפגע התורמות לנוקיו כעל הפרות חוזה לכל דבר ועניין, עשוי המאמר להוות כלי-עזר לאפיון אותן התנהגויות הראויות לגינוי משפטי, ויהא כינון "הפרות חוזה", "התנהגויות נעדרות תום-לב" או כל כינוי אחר.

153 עניין טקסטיל והנעלה, לעיל הערה 143, בע' 20.