

חלוקת אחריות במקרים של סיכול חוזה

מאת ד"ר אריאל פורת*

- א. מבוא
- ב. המצב המשפטי בישראל
- ג. משפט משווה: אנגליה וארצות-הברית
1. אנגליה
 2. ארצות-הברית
- ד. נימוקים עקרוניים בעד חלוקת אחריות במקרי סיכול
1. צדק בין הצדדים לחוזה
 2. התאמה למגמות בדיני החושים המודרניים
- ה. נימוקים עקרוניים נגד חלוקת אחריות במקרי סיכול וניסיון לסותרם
1. בעיית ההתאמה לרעיון של פקיעת החיובים עקב סיכול
 2. בדיקת התאמתם של הטיעונים נגד חלוקת אחריות במקרים של הפרת חוזה למקרי סיכול
- (א) היותה של החבות החוזית חבות מוחלטת
- (ב) היות החוזה מכשיר כלכלי המאפשר הסתמכות
- (ג) חשיבותו של כלל משפטי פשוט וברור
3. יעילות כלכלית
- ו. קווים מנחים לאופן חלוקת האחריות
1. סוג הנזק שנגרם
 - (א) סוגי הנזקים הנגרמים עקב סיכול
 - (ב) נזק לאינטרס הציפייה
 - (ג) נזק לאינטרס ההסתמכות העיקרית
 - (ד) נזק לאינטרס ההסתמכות האגבית
2. שיקולים הקשורים לאירוע שגרם לסיכול
 - (א) שיקולים כלכליים
 - (ב) שיקולי צדק
3. שיקולים הקשורים לכוונת הצדדים
- ז. סיכום ומסקנות

א. מבוא

דיני החושים המסורתיים בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית אינם נוטים להכיר בחלוקת האחריות החוזית בין הצדדים לחוזה. כך, אם נגרם לצד לחוזה נזק מסוים עקב הפרת חוזה, קובעים דינים אלה אחת משתיים: שהצד השני לחוזה אחראי לנזק (או לחלק מסוים

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.
תודתי נתונה לד"ר אירית חביב-סגל, לפרופ' נילי כהן ולתמנע פורת על הערותיהן לטיוטת המאמר, שהיו לי לעזר רב.

בו) לבדו, שאז יפצה את הנפגע; או שאינו אחראי לנזק, שאז ייוותר הנזק אצל הנפגע. אין הם מכירים באפשרות ששני הצדדים אחראים במשותף לאותו נזק, אפשרות שתוצאתה היא חלוקת האחריות בין הצדדים על-ידי חלוקת נטל הנשיאה בנזק.¹ גישה זו עומדת בניגוד בולט למקובל כיום ברוח המדינות, וישראל בכללן, בתחום דיני הנזיקין, שבהן עומדת למעוול הגנת אשם תורם, אם תרם הנזיק באשמו להיווצרות הנזק.²

את הסיבות לעמדה נחרצת זו של דיני החוזים נגד חלוקת אחריות ניתן למצוא אי-שם בשלהי המאה ה-19. אותה עת קנו להן שכיחה תיאוריות כלכליות וחברתיות של ליברליזם ואינדיבידואליזם. כחלק מתיאוריות אלה, התפתח העיקרון של חופש החוזים במוכנו הרחב ביותר, והחווה נתפס ככלי תכנון רכיח-שיבות, שאפשר לצדדים לו הסתמכות מוחלטת.³ פועל יוצא מכך היה העיקרון, שחוזים והבטחות יש לכבד בכל מחיר. המפר לא היה רשאי לתרץ את אי-קיום החווה מצידו. אחריותו היתה מוחלטת כמעט, ולא היתה תלויה בהתנהגותו של הצד האחר לחווה. במצב דברים זה, לא היתה בגדר האפשר חלוקת אחריות, המניחה מטבע הדברים קיומו של אשם אצל הנפגע ומאפשרת ריכוך מסוים של האחריות החוזית החמורה.

במאה ה-20 עברו דיני החוזים תמורות חשובות. תפיסת החיוב החוזי כחיוב מוחלט נסדקה במישורים רבים. סטנדרטים של מוסר, הגינות, צדק ותום-לב חלחלו לדיני החוזים ברוב שיטות המשפט, בכללן שיטת המשפט שלנו, אפילו היה הדבר כרוך בפגיעה מסוימת ביכולת ההסתמכות המוחלטת על החווה.⁴ הגנות המפר, שצומצמו מאוד בעבר, הורחבו,⁵ וכבתי-המשפט נתגלתה נטייה לבדוק גם את התנהגות הנפגע, ולא רק את זו של המפר, שעה שבאים לפסוק בשאלת האחריות. התבססה גם התפיסה, שלפיה יש לראות בצדדים לחווה, במקרים רבים, שותפים ולא יריבים.⁶ עם זאת, לא הוכר בדיני החוזים האנגלו-אמריקניים, ואף לא בדיני החוזים בישראל, עיקרון כללי של חלוקת אחריות,

1 אין פירוש הדבר שלא ייתכן מצב שבו יפוצה הנפגע החוזי על חלק מנזקו, ואילו על חלק אחר לא יפוצה. מצב כזה שכיח למדי למעשה, ונובע מכך שדיני החוזים פיתחו כללים המגבילים את אחריותו של המפר לנזקי הנפגע. כוונתי לכללי סיבתיות, ריחוק הנזק והקטנת הנזק: ראה סעיפים 10-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חווה), תשל"א-1970, ס"ח 16 (להלן: חוק התרופות). כללים אלה אכן מביאים לסוג מסוים של חלוקת הנטל של הנשיאה בנזק, וכך למעין חלוקת אחריות. חלוקה זו ניתן לכנות "חלוקת אחריות אנכית", להבדיל מ"חלוקת אחריות אופקית", הנובעת מאחריות משותפת לאותו נזק, ואשר אליה כוונתי כאן.

2 סעיף 68 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], ג' ח תשכ"ח 266.

3 P.S. Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 3rd ed., 1979).

4 G. Gilmore *The Death of Contract* (Columbus, 1974) 14-15; (Atiyah: (להלן: Gilmore).

(להלן: Gilmore).

5 ג' שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז (תשמ"ח) 465, 467; ג' שלו דיני חוזים (תש"ן) 28-27 (להלן: ג' שלו דיני חוזים).

6 ראה כללית: Atiyah, *ibid.*, at pp. 681-779.

7 Gilmore, *supra* note 3, at pp. 80-81.

8 I.R. MacNeil *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations* (New Haven & London, 1980) 23-25 (להלן: MacNeil).

למרות שניתן למצוא פה ושם פסקי-דין שנעשתה בהם חלוקה כזו.⁷ הקושי לחלק אחריות, שהורתו במאה ה-19, נותר בעינו.

במחקר שערכתי בנושא⁸ ניסיתי לטעון, כי בדיני החוזים המודרניים ראוי ואפשר לחלק אחריות להפרת חוזה עלידי הכרה בהגנת אשם תורם העומדת למפר, זאת בנוסבות המתאימות. בכך לא אעסוק במאמר זה. כאן אנסה להראות, כי הטיעון נגד חלוקת האחריות⁹ חלש במיוחד במקרים של סיכול, וכי לפחות במקרים אלה ראוי לחלק אחריות בין הצדדים לחוזה. כל זאת בניגוד למשפט הנוהג בישראל, באנגליה ובארצות הברית, אשר כחלק מנטייתו לשלול חלוקת אחריות, אינו מאפשר חלוקה כזו אף במקרים של סיכול.

תמצית הטיעון בעד חלוקת אחריות, שאנסה לבסס במאמר, היא כדלקמן: בבסיסה של תורת הסיכול עומד הרעיון, שלעיתים קורה אירוע שהצדדים לא צפו ולא יכלו למונעו, וממילא לא הקצו ביניהם את הסיכון בגינו.¹⁰ אירוע בלתי-צפוי זה הופך את קיום החוזה לבלתי-אפשרי או לשונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, ועל-כן משבש לחלוטין את ציפיותיהם מהחוזה. עקב שיבוש זה, פטורים הצדדים מלבצע את חלקם בחוזה. בנוסבות אלה מחייבים שיקולי צדק והגינות לחלק בין הצדדים את נטל הנשיאה בנוק¹¹ בצורה הוגנת וצודקת, להבדיל מחלוקה אקראית (ולעיתים היעדר חלוקה כלל).

7 פסקי-דין אחד בלבד, הון בעמקות בבעיה. פורטס בישראל: ת"א (י-ס) 353/79 ברקי נ' אליאן, פ"ב תשמ"ד (3) 505. ראה גם: ע"א (ת"א) 674/77 "נקוב" בע"מ נ' חניון יצחק שדה בע"מ, פ"מ תשל"ט (2) 133, ורשימה שנכתבה בשוליו: י' אנגלרד "האחריות לגניבת מכונית מתוך חניון – קשר השמירה ובעיותיו" משפטים יא (תשמ"א) 295, 300-303. באנגליה אין הפסיקה אחידה בעמדתה. ראה דוגמה לחלוקת אחריות: *De Meza and Stuart v. Apple Van Stratren* [1974] 1 Lloyd's Rep. 508 (Q.B.). לסיכום לחלק אחריות ראה לדוגמה: *M.B. Marintrans v. Comet Shipping Co. Ltd., The Shinjitsu Maru No. 5* [1985] 3 All E.R. 442 (Q.B.).

8 א' פורת **חלוקת אחריות בדיני חוזים** (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת תל-אביב, 1989) (להלן: א' פורת).

9 ניתן לחלוק על השימוש במונח "חלוקת אחריות", שהרי במקרי סיכול לא רק שניתן לטעון שאיש אינו אחראי כלפי רעהו, אלא שהצדדים פטורים למעשה מביצוע חיוביהם זה כלפי זה, וכל שיש כאן הוא לכל היותר חלוקת נזקים, הנובעת מהיעדר אחריותו של איש לתוצאות הסיכול. איני סבור שיש לקבל טיעון זה. מצב הסיכול פוטר את הצדדים מחיוביותיהם הראשוניות, אך בהחלט עשוי להקים חביות משניות לתרופות. במקרה כזה קמה אחריות של צד אחד כלפי הצד האחר, אחריות הנובעת מהחביות המשניות, ועולה השאלה, אם ראוי לחלק אחריות זו בין שני הצדדים או להטילה על אחד מהם בלבד.

9א ראה כללית בישראל: ג' טדסקי "סיכול החוזה" מסות במשפט (תשל"ח) 106 (להלן: טדסקי); ר' גורי סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (חיבור לשם קבלת התואר "מוסמך למשפטים", אוניברסיטת תל-אביב, 1974) 22: מ' מאוטנר "שינוי נסיבות בתקופה שלאחר כריתת חוזה: הערות מקדמיות בפרספקטיבה של המשפט האנגלי-אמריקאי" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 363: א' ידן "חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970" פירוש לחוקי החוזים (מהדורה 2, ג' טדסקי עורך, תשל"א) 151-162: ג' שלו דיני חוזים, לעיל הערה 3, בע' 505-515.

9ב ב"נוק" כוונתי קודם-כל לנזקים שנגרמו לצדדים ולהוצאות שהוציאו במהלך ביצוע החוזה ולשם ביצועו. אשר לנזקים אחרים: ראה דיון להלן בפרק ו.

המוחלט בשיטת המשפט הנוהגת והנותנת נפקות, למשל, למועד שבו סוכל החוזה או לסדר הביצועים שנקבע בו.

בפרק ב אתאר את המשפט הנוהג בישראל באשר להקצאה של נזקי הסיכול. בפרק ג אעמוד על המגמות במשפט האנגלי והאמריקני בענייננו, תוך הדגשת דרכי החתחתים שמצאו להם בתי המשפט בארצות הברית כדי להתגבר על התוצאות הבלתי-צודקות הנגרמות עקב אי-חלוקת האחריות. בפרקים ד ו-ה אעמת את הנימוקים בעד ונגד חלוקת האחריות לנזקי הסיכול, ואנסה להראות, שיד הנימוקים בעד חלוקת האחריות על העליונה. בפרק ו אציע שיטה לחלוקת אחריות ואציב את השיקולים הראויים להישקל בעת ביצועה בפועל.

ב. המצב המשפטי בישראל

סעיף 18 לחוק התרופות הוא הסעיף הקובע את התנאים לקיומו של סיכול ואת תוצאותיו. תוצאות הסיכול קבועות בסעיף 18(ב) לחוק:

"במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על-פי החוזה או, על-פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שווי, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו."¹⁰

סעיף 18(ב) אינו מאפשר את חלוקתו של נטל הנשיאה בנוק בין הצדדים לחוזה, אך יחד עם זאת מאפשר הסעיף לבית המשפט גמישות מסוימת, שיש בה לעיתים להביא לחלוקת אחריות בפועל.

ראשית, החוק מקנה לבית המשפט כוח להורות על השבה הדדית, אך לבית המשפט שיקול-דעת לשלול את ההשבה, כולה או חלקה, מטעמי צדק. במקרים רבים יכול בית המשפט להגיע לתוצאה זוהי לחלוקת אחריות באמצעות הפעלת שיקול-דעתו. טול דוגמה זו: א העביר ל-ב במהלך ביצוע חוזה, 1,000 ש"ח, וקיבל מ-ב תמורה השווה בערכה ל-1,000 ש"ח. כן הוציא א הוצאות נוספות בהסתמך על קיום החוזה, בשיעור 500 ש"ח (כגון בהכנות לקראת המשך ביצוע החוזה), שלא הניכו ל-ב כל טובת-הנאה. החוזה סוכל, ועקב כך אין א יכול עוד לקיים את חיוביו. אם יפסוק בית המשפט השבה מלאה, יישא א בכל 500 הש"ח של ההוצאות. בהנחה שתוצאה זו עשויה להיראות לבית המשפט, במקרים מסוימים, בלתי-צודקת, יכול בית המשפט לחייב את ב בהשבת כל 1,000 הש"ח שקיבל מ-א, ואילו את א לחייב בהשבת 750 ש"ח

10 סעיף 18(א) קובע לאמור: "היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים."

בלבד. התוצאה תהא, שההוצאות בסך 500 ש"ח יתחלקו בין הצדדים, והרי לך חלוקת אחריות.¹⁰

ברם, השימוש בטכניקה זו אינו אפשרי תמיד. יש מקרים שבהם הוציא צד הוצאות בהסתמך על החוזה ("הוצאות הסתמכות"), ואילו הצד האחר לא קיבל טובת-הנאה כלל או לא קיבל טובת-הנאה בשווי המאפשר לבית-המשפט להגיע לתוצאה של חלוקת נטל הנשיאה בנזק. כך, למשל, במקרה הבא: א התחייב כלפי ב לייצר בעבורו מכונה. לאחר שהשקיע א 1,000 ש"ח בייצור המכונה ובטרם קיבל תמורה, סוכל החוזה. ייצור המכונה הופסק באמצע, והמשך הביצוע על-ידי א אינו אפשרי עוד. שווי המכונה הבלתי-גמורה, כגרסאה, הינו 100 ש"ח. במקרה זה לא יוכל בית-המשפט לחלק את נטל הנשיאה בנזק בין הצדדים לחוזה דרך תרופת ההשבה. אומנם, סביר להניח, שאם קיבל ב את המכונה הבלתי-גמורה, יחייבו בית-המשפט בהשבתה או בהשבת שוויה, אך עדיין ייוותר נזק של 900 ש"ח, שייפול כולו על א.

אכן ניתן להתגבר לעיתים על קושי זה על-ידי פרשנות המילים "מה שקיבל על-פי החוזה", כך שיכללו הוצאות ביצוע שהוצאו על-פי החוזה אפילו לא הניבו טובת-הנאה ממשיית לצד האחר, אלא טובת-הנאה "נורמטיבית" בלבד.¹¹ אך פרשנות זו אינה קלה, נוכח התייחסותו המפורשת של המחוקק, בסעיף 18 לחוק התרופות, להוצאות ביצוע בנפרד.¹²

שנית, לבית-המשפט אף סמכות "לחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה...". (סעיף 18(ב)). גם הוראה זו כפופה לכוחו של בית-המשפט, הרשאי, מטעמי צדק, לשלול את זכותו של הנפגע לשיפוי או לצמצמה. כוח זה של בית-המשפט נותן בידיו אמצעי נוסף להגיע לתוצאה הנראית בעיניו צודקת, תוך שקילת מכלול שיקולי הצדק, ואף להביא במקרים רבים לתוצאה של חלוקת אחריות. אולם, אליה וקוץ בה: זכות השיפוי ניתנת לנפגע נגד המפר, אך לא להיפך. בצדק מעיר פרופסור פרידמן, כי ההבחנה בין "מפר" לבין "נפגע" אינה מתאימה למקרי סיכול.¹³ במקרה של סיכול, היה ראוי לראות את החוזה כפוקע, וממילא לא לראות ב"הפרתו" משום הפרה. כך גם לא היה רצוי להבחין בין זכויות ה"מפר" לזכויות ה"נפגע", באופן שתהא זכות שיפוי ל"נפגע", אך לא ל"מפר".¹⁴

10 הנחתי כאן היא, כי שילובם של סעיפים 18 ו-9 לחוק התרופות יאפשר במקרה כזה לבית-המשפט לפסוק השבת שווי.

11 השווה: ע"א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע"מ נ' טרבולוס, פ"ד לג (1) 197.

12 ד' פרידמן עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) 487-491 (דוגמה 2) (להלן: ד' פרידמן).

13 ד' פרידמן, לעיל הערה 12, בע' 453.

14 אסימטריה בזכויות הצדדים (לטיבת המפר) יכולה להיות מוצדקת דווקא כאשר ידע הנפגע או היה עליו לדעת על הנסיבות שגרמו לסיכול, ראה או היה עליו לראותן מראש או שהיה יכול למונען. לפי סעיף 18(א) לחוק התרופות, עדיין ייתכן שהחוזה ייחשב למסוכל, שכן, נקודת-המבט הרלוונטית לעניין זה היא נקודת-מבטו של המפר. לא אכנס כאן לשאלה, אם במקרים אלה אכן בסיכול עסקינן (או שמא, לעיתים, ב"טעות" או ב"הטעיה"). הנחתי לאורך כל המאמר היא, שמעמד שני הצדדים בנוגע לעניינים אלה זהה, כפי שהדבר בדרך-כלל במקרי סיכול. השווה: ר' גורי, לעיל הערה 9, בע' 22.

מכל מקום, בשל אסימטריה זו בין זכויות ה"נפגע" לזכויות ה"מפר", בדוגמה של ייצור המכונה, שהובאה לעיל, לא יוכל בית-המשפט לחלק בין הצדדים את נטל הנשיאה בנוק של 900 ש"ח. כך, אם מניחים אנו שהסיכול מנע את המשך ייצור המכונה, אזי א הינו המפר. לעומת זאת, אם לא שולמה התמורה עקב הסיכול,¹⁴ כי אז א, שהתחייב לייצר את המכונה, נהפך ל"נפגע", ובית-המשפט, אם ימצא לנכון, יפסוק לו שיפוי בגין הוצאותיו – כולן או חלקן. שיפוי של 450 ש"ח יביא במקרה זה לחלוקה של נטל הנשיאה בנוק, שווה בשווה.

הנה כי כן, כאשר הוציא ה"מפר" לבדו הוצאות ביצוע, ה"נפגע" לא קיבל טובת הנאה מקבילה וההוצאות לא יצרו נכס בעל ערך – אין חלוקת נטל ההוצאות בין הצדדים לחווה אפשרית.

מקרים נוספים שבהם לא יהא בית-המשפט מוסמך לחלק את נטל הנשיאה בנוק הם המקרים שבהם ההוצאות שהוצאו, אפילו הוצאו על-ידי ה"נפגע" בהסתמך על החווה, אינן לשם קיום החווה. לדוגמה: אם א התחייב למכור ל-ב דירה, ובטרם קיים מי מהצדדים את חיוביו לפי החווה, הוציא ב הוצאות שלא לשם קיום החווה, אך בהסתמך על קיומו (למשל, עקב כריתת חוזה עם צדדים שלישיים לשיפוץ הנכס; או עקב פרסום מודעות בעיתון לשם השכרתו), והחווה סוכל, לא יוכל בית-המשפט לחלק הוצאות אלה בין הצדדים בדרך כלשהי. אומנם, אם הועברו, למשל, תמורות בין הצדדים עד למועד הסיכול, יוכל אולי בית-המשפט לחלק את הנזקים באמצעות תרופת ההשבה, כפי שהדגמתי לעיל, אך בלעדי זה לא תהא חלוקה בגדר האפשר.¹⁵

סוג אחרון של מקרים שבהם עלול להתעורר קושי לפני בית-המשפט לחלק את נזקי הצדדים הם המקרים שבהם ה"הוצאות" שהוצאו, אפילו הוצאו על-ידי ה"נפגע", ואפילו לשם קיום החווה, אינן הוצאות ממשיות, אלא, למשל, השקעת חומרים שנקנו בכסף לפני כריתת החווה או השקעת עבודה. לפחות במקרה הראשון נראה, כי פרשנות הכוללת את ההוצאות שהושקעו ברכישת החומרים בגדר "ההוצאות הסבירות שהוציאו..." לשם קיום החווה" (סעיף 18(ב)) הינה הכרחית כמעט, שלא כמו השקעת עבודה, שהכללתה בגדר הסעיף מחייבת "מתיחה" לשונית רבה מדי.¹⁶

ניתן אס-כן לומר, שבישראל לא נהוגה שיטה של חלוקת אחריות, לפחות לא באופן מפורש. עם זאת, לבית-המשפט שיקול-דעת רחב באשר לחיוב בהשבה ולחיוב בשיפוי הנפגע על הוצאותיו. שיקול-דעת זה יש בו כדי לאפשר לבית-המשפט להגיע במקרים רבים (אך לא בכלם) לתוצאה הוזה לחלוקת אחריות.

14 הדבר עלול לקרות כאשר נוצר מצב של "סיכול מטרה". ראה ג' שלו דיני חוזים, לעיל הערה 3, בע' 514-515. לדעה שסעיף 18 לחוק התרופות אינו חל על "סיכול מטרה", ראה: ג' טדסקי, לעיל הערה 9א, בע' 116.

15 בהמשך אטען, שסוג כזה של נזקים לא ראוי לחלק בין הצדדים, ועל-כן, היעדר סמכות לחלקם בחוק התרופות אינו חסרון. עם זאת, ראוי להתחשב בהם עשה שמחלק בית-המשפט אחריות לנזקים שראוי לחלקם. ראה להלן פרק 1.1.1(ד).

16 השווה: ד' פרידמן, לעיל הערה 12, בע' 454-455.

ג. משפט משווה: אנגליה וארצות-הברית

1. אנגליה

במשפט המקובל האנגלי היה נהוג הכלל שנקבע במשפטי ההכתרה,¹⁷ שלפיו זכויות שמועד קיומן על-פי החוזה מאוחר ממועד הסיכול פוקעות, שלא כזכויות שמועד קיומן קודם למועד הסיכול, הניתנות לאכיפה. זאת, מכיוון שסיכול נתפס כפועל לעתיד, אך לא לעבר. על-כן באותם מקרים שבהם קודם מועד קיומן של זכויות כלשהן על-פי החוזה למועד הסיכול, אין הסיכול מביא לשלון-תמורה מוחלט, ובשל כך לא קמות לצדדים זכויות להשבה. לכן בפסק-הדין *Chandler v. Webster*,¹⁸ חויב השוכר, שחוזהו לשכור חדר, כדי להשקיף על טקס ההכתרה, סוכל, לשלם למשכיר סכום כסף שהיווה יתרת מקדמה שנועדה להשתלם קודם לסיכול, ולא שולמה. תביעתו של השוכר להשבת מה ששילם למשכיר נדחתה. הלכה זו שונתה בפסק-הדין בעניין *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn*,¹⁹ שם נקבע, כי סיכול עשוי להביא לשלון-תמורה מוחלט כשצד לחוזה אינו מקבל דבר ממה שלשמו התקשר בחוזה. כשזה המצב, זכאי הוא להשבת מה שנתן. בעניין זה נדונה מכירת מכונה תמורת 4,800 ליש"ט, כאשר 1,600 ליש"ט היו צריכים להיות משולמים כמקדמה. לאחר ששולמו 1,000 ליש"ט, אירע סיכול (מלחמת-העולם השנייה). בית-המשפט הורה על השבת 1,000 הליש"ט עקב כשלון-תמורה מוחלט.

אם נניח לרגע שחלוקת נטל תוצאותיו של הסיכול בין הצדדים לחוזה היא הצודקת, אזי יימצא הכלל שנקבע בעניין *Fibrosa* פגום בשניים: ראשית, כלל זה מוגבל למקרי כשלון-תמורה מוחלט. לכן, כשלא זה המצב, לא תתאפשר השבה. פגם זה מומחש היטב בפסק-הדין *Whincup v. Hughes*:²⁰ אדם שילם סכום כסף עבור השתלמות בנו כשוליית שען, השתלמות שהיתה אמורה להימשך שש שנים. כעבור שנה, מת השען. תביעתו להשבה נדחתה, כי לא היה כשלון-תמורה מוחלט. שנית, יש מקרים של כשלון-תמורה מוחלט שבהם השבה מלאה לא תביא כלל לחלוקת הנטל. כך, למשל, כאשר צד שקיבל מקדמה הוציא הוצאות בביצוע החוזה (כפי שאולי קרה בעניין *Fibrosa*), שטרם הספיקו להניב טובת-הנאה כלשהי לצד שכנגד ואף לא הניבו נכס בעל ערך בעבורו הוא. אם ישיב את כל המקדמה, תהא התוצאה שהוא לבדו יישא בהוצאות-השוא שהוציא בביצוע החוזה. הפגם השני גובע למעשה מעיקרון כללי יותר בגישת המשפט המקובל באשר לתוצאות סיכול, והוא, שצד לחוזה, שהוציא הוצאות בביצוע החוזה בלא שאלה הניבו טובת-הנאה לצד שכנגד, אינו יכול לקבל שיפוי כלשהו על הוצאותיו, והנזק נותר עליו. כך, בפסק-הדין בעניין *Appleby v. Myers*,²¹ התחייבו התובעים לבנות "מכונה שלמה" בבית-חרושת של הנתבע, ולדאוג שתפעל כראוי במשך שנתיים. זמן קצר לאחר בניית חלק מהמכונה אירעה שריפה והחוזה סוכל. התביעה נכשלה כליל והתובעים לא קיבלו דבר.

אי-שביעות-הרצון מהפתרונות המשפטיים במשפט המקובל האנגלי הביאה לחקיקת

17 משפטי ההכתרה – כינוי למשפטים שעסקו בבעיית סיכולם של חוזים שנכרתו על-מנת לאפשר לאנשים שונים צפייה בטקס הכתרתו של אדוארד השביעי למלך אנגליה, טקס שבוטל בסופו של דבר עקב מחלת המלך.

18 [1904] 1 K.B. 493 (להלן: עניין *Chandler*).

19 [1943] A.C. 32 (להלן: עניין *Fibrosa*).

20 24 L.T. 76 (C.P.) (1871).

21 16 L.T. 669 (E.X.) (1867).

ה-Law Reform (Frustrated Contracts) Act, 1943.²¹ חוק זה מתייחס בנפרד לסכומי כסף ששולמו ולטובות-הנאה אחרות שהועברו מצד אחד לחוזה למשנהו. לגבי סכומי כסף קובע החוק האנגלי את הכללים הבאים בסעיף 1(2):

- א. כל שהיה צריך לשלם לפני הסיכול – אין לשלם.²²
- ב. כל ששולם בפועל – יש להשיב.²³
- ג. צד שהוציא הוצאות למטרת החוזה או לביצועו עד למועד הסיכול יכול לקבל שיפוי מהצד האחר (או להותיר בידיו סכום כסף מתאים, אם קיבל מקדמה) עד גובה כל הוצאותיו. אולם זאת, רק אם קיבל מקדמה או היה אמור לקבלה עד למועד הסיכול. הסכום המדויק שיקבל בגין הוצאותיו נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט, וזה, כפוף לשתי מגבלות: אין בית-המשפט יכול לפסוק יותר מההוצאות שהוצאו; ואין בית-המשפט יכול לפסוק יותר מגובה המקדמה ששולמה או היתה אמורה להשתלם לפי החוזה עד למועד הסיכול.

הסדר חוקי זה משנה באופן משמעותי את המצב המשפטי ששרר לפי המשפט המקובל. הוא מאפשר לבית-המשפט לחלק את הנזקים בין הצדדים באופן שנראה לו צודק. מגבלתו העיקרית של ההסדר היא בכך, שפסיקת ההוצאות אפשרית רק אם הצד שהוציאן קיבל או היה צריך לקבל מקדמה, ועד לגובה המקדמה. ההנחה שבבסיס ההסדר היא, שבלעדו מקדמה, התכוונו הצדדים שסיכון הביצוע יהא על הצד המבצע.²⁴ כפי שאטען בהמשך, ספק רב אם הנחה מעין זו מבוססת במציאות.²⁵

לגבי טובות הנאה אחרות שהועברו במהלך ביצוע החוזה קובע החוק האנגלי הסדר דומה, אם כי לא זהה. החוק קובע, בסעיף 1(3), שכאשר קיבל צד לחוזה מהצד האחר טובת-הנאה בעלת ערך (שאינה כסף; שאם כן – חל סעיף 1(2) לחוק) למטרות החוזה או לביצועו עד למועד הסיכול, יוכל הצד האחר לתבוע מהראשון סכום כסף שאינו עולה על שווי טובת-ההנאה האמורה, כפי שימצא בית-המשפט לצודק. החוק קובע, כי לשם הפעלת שיקול-דעתו, יתחשב בית-המשפט בכל הנסיבות, ובעיקר בשתיים: ראשית, בהוצאות שהוציא הצד שקיבל את טובת-ההנאה; שנית, בהשפעת הנסיבות שהביאו לסיכול של טובת-ההנאה האמורה. מסעיף 1(3) לחוק נשמטה, מסיבה לא ברורה, הוראה, דוגמת ההוראה שבסעיף 1(2) לחוק, שלפיה משוחררים הצדדים מחיובים שהיו חייבים לבצע קודם לאירוע הסיכול. לכן, לפי פירוש דווקני, אם, למשל, היה צד אחד צריך ליתן לצד האחר דבר-מה שאינו כסף לפני אירוע הסיכול, ולא עשה כן, יהא חייב לעשות כן, ממש כפי שנפסק בעניין *Chandler* (אם כי שם נפסק ביחס לסכום כסף). בכך מושג אי-שוויון חסר-הצדקה בין מקרה שהחייב שקדם לסיכול ושלם בוצע היה לשלם סכום כסף (שאו פטור הצד החייב מלעשות כן), לבין מקרה שהחייב היה לעשות או ליתן דבר-מה שאינו כסף (שאו אינו פטור).²⁶

21 א 23 Geo. 5 (להלן: החוק האנגלי).

22 בשונה משנפסק בעניין *Chandler*, supra note 18.

23 לא מוגבל לכשלון-תמורה מוחלט. לכן היה פסק-דין *Whincup v. Hughes*, supra note 20 נפסק אחרת לפי חוק זה.

24 ראה ביקורת ברוח זו: R. Goff & G. Jones *The Law of Restitution* (London, 3rd ed., 1986) 487–488.

25 ראה להלן פרק 3.1, וטקסט להערות 107–108.

26 708 G. H. Treitel *The Law of Contract* (London, 7th ed., 1987) (להלן: Treitel), לדעת

נקודה נוספת הראויה לציון היא, שכאשר ביצע צד דבר-מה לפי החוזה שאינו כרוך בהוצאות ממשיות (שאם כן, יחול סעיף 1(2) לחוק), כגון השקעת עבודה, והביצוע לא יצר טובת-הנאה לצד האחר, לא יהיה פיצוי בגין ביצוע זה. זאת, בהנחה שאותו צד עצמו לא קיבל טובת-הנאה, שאם כן, עשוי בית-המשפט להותיר בידיו חלק מטובת-הנאה זו, בעבור מה שביצע מצידו.

מעניין, שהחוק האנגלי משנת 1943 לא זכה בפסיקה מפרשת, להוציא פסק-דין אחד, שנפסק לפני שנים מספר והגיע אף לבית-הלורדים.²⁷ בפסק-דין זה פורש סעיף 1(3) לחוק באופן שטובת-ההנאה שבה עוסק הסעיף נמדדת לפי מה שקיבל צד בפועל, ולא לפי שווי הביצוע או ההוצאות. בכואו להעריך את שווי טובת-ההנאה, התחשב בית-המשפט בנסיבות המסכלות שהשפיעו על טובת-ההנאה, ועל-כך נמתחה ביקורת מוצדקת.²⁸ הפירוש שעולה מלשון החוק ומהגיונו הוא, שטובת-ההנאה מוערכת לפני הסיכול, ורק בכואו לפסוק את הסכום הצודק שישלם הצד האחד לאחר, על בית-המשפט לשקול את השפעת האירוע המסכל על טובת-ההנאה. אחרת, אם למשל אבד נכס שבנה א עבור ב, באופן מוחלט, באירוע מסכל, יישאר הנזק כולו על א, שכן, בשל האירוע המסכל לא קיבל ב כל טובת-הנאה. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם מגמה לחלוקת אחריות, וכפי שנאמר, אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק ומטרתו.²⁹

השוואה בין הסדר תוצאותיו של הסיכול בחוק האנגלי לבין ההסדר המקביל בחוק התרופות הישראלי מצביעה על שלושה הבדלים עיקריים:

ראשית, בחוק האנגלי לא קיימת ההבחנה בין "מפר" ל"נפגע", כבחוק התרופות, ולכן, לפי החוק האנגלי, יכול גם המפר, ולא רק הנפגע, לקבל שיפוי בגין הוצאותיו בביצוע החוזה.

שנית, בחוק האנגלי קיימת מגבלת המקדמה, שאינה קיימת בחוק שלנו. שלישית, בחוק האנגלי קיימת הבחנה תמוהה בין שחרור הצדדים מחיובים כספיים לבין שחרורם מחיובים שאינם כספיים, הבחנה שאינה קיימת בחוק התרופות.

2. ארצות-הברית

הפסיקה בארצות-הברית אינה אחידה בדרך טיפולה בתוצאות הסיכול. נקודת-המוצא ברוב פסקי-הדין הינה, שבעקבות הסיכול, חייב כל צד להשיב לצד האחר את מה שקיבל על-פי החוזה או את שוויו. בדרך-כלל אין הכרה מפורשת בכך, שהוצאות שהוצאו בביצוע החוזה ושלא הניבו טובת-הנאה מקבילה למקבל הביצוע ניתנות לתביעה, כולן או חלקן. אולם, בצד כללים משפטיים דווקניים אלה, מוצאים בתי-המשפט לא אחת דרכים להגיע לתוצאות הנראות בעיניהם צודקות, תוך שימוש בטכניקות

המחבר, מדובר ב-"*Casus Omissus*". הוא מעלה אומנם דרכים פרשניות להתגבר על החסר שבחוק, אך דחה אותן אחת לאחת.

27 *B. P. Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Hunt (No. 2)* [1979] 1 W.L.R. 783 (Q.B.); [1981] 2 A.C. 352 (A.C.); [1983] 1 W.L.R. 232 (A.C.); (להלן: עניין *B.P. Exploration Co.*) ראה דיון מפורט בפסקי-הדין, להלן פרק 3.1.

28 Treitel, *supra* note 26, at pp. 706-707.

29 לדעה שיש להעריך את טובת-ההנאה לפני האירוע המסכל ולא אחריו, ראה גם Cheshire, Fifoot & Furmston's *Law of Contract* (London, 11th ed., 1986) 573-574.

משפטיות שונות. הטכניקות העיקריות הינן מתן הגדרות שונות לטובת-ההנאה והערכתה לפי קריטריונים שונים – הכל לפי הצורך. בתחום חוזי הבנייה פותחו אף טכניקות קנייניות. כך, למשל, אם בנה קבלן בית עבור המזמין, וזה נשרף טרם השלמתו, ובית-המשפט סבור שראוי שהמזמין יישא בהוצאות הביצוע של הקבלן, מופעלת דוקטרינה קניינית, שלפיה נהפכו העבודה והחומרים לחלק ממקרקעי המזמין, ועל-כן קיבל זה טובת-הנאה על-פי החוזה. המאורע המסכל מחק אומנם טובת-ההנאה זו, אך מאחר שהיתה קיימת טרם הסיכול, חייב המזמין בתשלום שווייה, המוערך על-פי שווי העבודה, שווי החומרים או קריטריונים אחרים, כמידת הצורך.³⁰

המשותף לכל הטכניקות האמורות, ואף לאחרות שמפעילים בתי-המשפט האמריקניים, הוא, שמביאות הן להסטת נטל הנזק מצד אחד לאחר, הסטה שמשיגה רק לעיתים תוצאה של תלוות אחריות. הנה כי כן, אין הפסיקה האמריקנית הולכת בדרך-כלל בדרכו של המחוקק האנגלי (או הישראלי), ואינה מקנה לבית-המשפט סמכות לחלק אחריות באמצעות שליטתו בגובה ההשבה ובגובה הוצאות הביצוע הנפסקות לטובת צד זה או אחר.

לעומת זאת, גישת ה-*Restatement, Second, Contracts*³¹ הינה גישה מתקדמת יותר מגישת הפסיקה.³² סעיף 272(1) ל-*Restatement* קובע את זכותם של הצדדים לחוזה שסוכל לתבוע השבה זה מזה. סעיף 272(2) מסמך את בית-המשפט, במקרים שבהם אין הכללים שעניינם סיכול והשבה מונעים אי-צדק, ליתן תרופה, ובכלל זה אף ליתן הגנה לאינטרס ההסתמכות של הצדדים. בהערה ב לסעיף נאמר, כי הפיצוי שיכול להיתבע כהשבה יכול לכלול, במקרה המתאים, יסודות של הסתמכות על-ידי התובע, למרות שאלה לא הניבו טובת-הנאה לצד האחר.

נוסף לסעיף 272, יש להזכיר את סעיף 377 ל-*Restatement*, שהוא הסעיף הקובע והמגדיר את זכות ההשבה ואת תוכנה במקרי סיכול. סעיף זה קובע, כי ההשבה הינה בעבור כל טובת-ההנאה שניתנה לצד לחוזה בדרך של ביצוע חלקי או הסתמכות. בהערה ב לסעיף מסבירים העורכים את הדרך לקביעה של מידת ההשבה. מסתבר, כי יש גמישות מסוימת בקביעה זו: אפשר לחשבה לפי מחיר הביצוע שניתן, כמו גם לפי טובת-ההנאה הממשית שעברה למקבל הביצוע.³² הדרך שבה בוחר בית-המשפט מושפעת,

30 לתיאור הטכניקות השונות ראה: J.R. Swenson "Comment" 46 *Mich. L. Rev.* (1948) 401 (להלן: Swenson); P.D. Weiss "Apportioning Loss After Discharge of a Burdensome Contract: A Statutory Solution" 69 *Yale L. J.* (1960) 1054, 1060-1069 (להלן: Weiss); Comment "Loss Splitting in Contract Litigation" 18 *U. Chi. L. Rev.* (1951) 153; G.E. Palmer *Law of Restitution* (Boston & Toronto, 1978, Vol. II) Ch. 7 (להלן: Palmer); Williston *On Contracts* (Rochester, 3rd ed. by W.H.E. Jaeger, 1978, Vol XVIII) §§1976-1977 (250-260) (להלן: Williston); A.L. Corbin *On Contracts* (St. Paul, 1962, Vol VI) §1372 (530-532).

31 להלן: *Restatement*.

32 תופעה זו חריגה כשלעצמה, שהרי ה-*Restatement* אמור לשקף את מגמת הפסיקה. ראה: W.F. Young "Half Measures" 81 *Colum. L. Rev.* (1981) 19.

33 למשל, א בונה בעבור ב ומוציא 2,000 ש"ח. התועלת ל-ב שוות-ערך ל-1,500 ש"ח. אפשר לפסוק השבה לפי כל אחת משתי האפשרויות. ראה דוגמות 4 ו-5 לסעיף 377, המדגימות כיצד יבחר בית-המשפט בין השתיים.

למעשה, משיקולי צדק, וביניהם השיקול, שלצד זה או אחר נגרמו גם הוצאות שלא הניבו טובת-הנאה מקבילה לצד שכנגד.³³ הוצאות אלה, כשלעצמן, אינן יכולות להיתבע בגדר השבה לפי סעיף 377.

הנה רואים אנו, כי גישת ה־Restatement גמישה למדי. מצד אחד קובע ה־Restatement את זכות ההשבה. בגדר זה יש לבית-המשפט שיקול-דעת מסוים לגבי מידת ההשבה והערכתה, אולם אין הוא יכול לשוללה כך סתם. מצד אחר יש לבית-המשפט סמכות ליתן תרופות אחרות, כאשר התוצאה שמושגת לפי כללי ההשבה אינה צודקת. בכלל זה רשאי הוא לפסוק פיצוי מלא או חלקי על הוצאות הסתמכות שלא הניבו טובת-הנאה, ולמעשה רשאי הוא לשקול, כחלק משיקולי הצדק, לצורך מתן התרופה, כל נזק שנגרם למי מהצדדים, אפילו אינו בגדר הוצאות הסתמכות בביצוע החוזה.³⁴ כך מושגת גמישות מירבית ומתאפשרת חלוקת אחריות ממש.

ד. נימוקים עקרוניים בעד חלוקת אחריות במקרי סיכול

1. צדק בין הצדדים לחוזה

מצב של סיכול חוזה מתקיים כאשר אירוע בלתי-צפוי על ידי הצדדים משבש את ציפיותיהם מהחוזה והופך את ביצועו לבלתי-אפשרי או לשונה באופן יסודי ממה שהוסכם. תנאי הוא, שהאירוע היה בלתי-ניתן למניעה על-ידי הצדדים, וממילא ברור שאיש אינו אשם בו. המאפיין את מצב הסיכול הוא השוויון שבין הצדדים:³⁵ שוויון בהיעדר הציפייה של האירוע המסכל ובאיי-האפשרות למונעו. שוויון זה מחייב, מבחינת שיקולי הצדק, שיהא בין הצדדים גם שוויון בחלוקת הפסדים שנגרמו להם עקב הסיכול.³⁶ זאת, כל עוד אין טעמים טובים לסטות מעקרון השוויון ולחלק את ההפסדים בדרך שונה.³⁷ מכל מקום, הותרת המצב כמות שהוא מביאה לכך שחלוקת ההפסדים הינה מקרית, ועל-כן, על-פי רוב, בלתי-צודקת.

33 דוגמה 5 לסעיף 377.

34 כגון הוצאות הסתמכות אגבית. ראה להלן פרק 1.1.(ד).

35 עם זאת, על-פי לשון סעיף 18 לחוק התרופות, יש לבדוק את אי-הציפיות ואי-היכולת למנוע ביחס למפר בלבד; אך ראה לעיל הערה 14.

36 תימוכין חשובים ברוח זו לחלוקת אחריות במקרי סיכול: C. Fried Contract as Promise (Cambridge, 1981) 69 et seq. לדברי המחבר, כאשר שני צדדים לחוזה נפגעים ואיש מהם אינו אשם, יש לחלק רווחים והפסדים. הבסיס לכך הוא, שמאחר ואין הסכמה בעניין מלכתחילה ואף צד אינו אשם, לא תפגע חלוקה כאמור בזכויות מוקנות. לדבריו, זה עיקרון של צדק, שהיה נקבע על-ידי בני-אדם אם היו מצויים על כוכב-לכת אחר (היינו, בני-אדם שאין להם כל עניין אישי בסכסוך הספציפי).

להזקקות בענייננו לתורתו של: J. Rawls A Theory of Justice (Oxford, 1971) ראה: J.L. Harrison "A Case for Loss Sharing" 56 S. Cal. L. Rev. (1958) 573, 596.

37 לשיקולים העשויים להצדיק חלוקה שונה, ראה להלן פרק 1.

אפשר לנסות לטעון שאין חלוקת ההפסדים מקרית כלל ועיקר, שהרי מושפעת היא מסדר ביצוע החיובים בחוזה, סדר שקבעו הצדדים על-פי רצונם המשותף. אכן, בקביעת דרך ביצוע של חוזה יש לא אחת כוונה להקצות סיכונים. אולם אין לומר שהצדדים התכוונו, בקביעת סדר הביצוע, להקצות סיכוני אירוע מסכל, שכן, אירוע כזה, לפי הגדרתו, הוא בלתי-צפוי.³⁷ ההנחה במקרה של אירוע מסכל היא, שהצדדים לא התכוונו להסדיר את זכויותיהם וחובותיהם המהותיות, וממילא לא את סדר מימושן וקיומן, על כל המשתמע והנגזר מכך.

עוד אפשר לטעון, כי מאחר שנוקי הסיכול שנגרמו לצד אחד לא נגרמו על-ידי הצד האחר, אין כל טעם של צדק לחייב את הצד האחר לפצות את הצד האחד, ממש כאותו אופן שאין לחייב בכך אדם שלישי, שאינו קשור כלל בחוזה. בבסיס הטיעון הזה טמונה ההנחה, שעקרון הפיצוי נגזר מעיקרון של "צדק מתקן", שלפיו חייב א לפצות את ב בגין נזקיו רק אם גרם לו נזק. בהיעדר קשר של גרימה – אין כל חובת פיצוי. טיעון זה עשוי להתחזק לכאורה כאשר אנו פונים לתחום משפטי אחר: ניתן לסבור, כי דינם של נזקי סיכול כדין נזקים שנגרמו לאדם עקב פועלם של איתני-הטבע, נזקים שבגינם אין טעם של צדק מתקן לפצות; זאת, מכיוון שלא נגרמו על-ידי פעולה אנושית.³⁸ למרות שטיעון זה אינו מופרך על פניו, אני סבור שיש לדחותו. הטעם הפשוט לכך הוא, שהיה חוזה בין התובע את חלוקת נזקיו לבין הנתבע. חוזה הינו כלי משפטי, שנועד לאפשר לצדדים לו רוחחים וטובות-הנאה הדדיים. מבחינה מסוימת הוא מהווה מעין שותפות, אם כי בדרך-כלל למטרות מוגבלות למדי. סיכול החוזה משול להתמוטטות ה"שותפות" *ad hoc* שיצרו הצדדים ביניהם. הנזקים שנגרמו לצדדים או לאחד מהם נגרמו בשל קיום השותפות, ועליכן גרמו להם שניהם יחדיו. קיום השותפות הוא המחייב חלוקת הפסדים, ממש כפי שנועד מלכתחילה לחלוקת רווחים.³⁹ את טיעון הצדק ניתן לחזק אף תוך שימוש בכוונתם ההיפותטית של הצדדים (כוונה ממשית אין, כמובן, שהרי אם היתה כזו – לא בסיכול עסקינן). לכאורה, השאלה ההיפותטית שתופנה כלפי הצדדים לחוזה תהא זו: מה הייתם עושים לו נדרשתם, בעת כריתת החוזה, לשאלת הקצאתו של הסיכון הבלתי-צפוי? התשובה לשאלה היפותטית זו תהא בדרך-כלל קשה מאוד. ייתכן שאחד הצדדים היה נכון ליטול את הסיכון על עצמו

37 ניתן להשיב, שאפילו לא צפו את האירוע המסכל המסוים, ייתכן שצפו אפשרות של סיכול כלשהו. אפילו כך, אני סבור שבמקרה הרגיל יש בסיס לסברה, שבקביעת סדר הביצוע התכוונו הצדדים להקצות סיכונים במקרה של סיכול. מובן, שאם יוכח כי אכן זו היתה כוונתם, יש לכבד את רצונם ולא לשנות את אופן ההקצאה.

38 על הצורך בגרימה כתנאי לקיומם של טעמי צדק מתקן לפיצוי בתחום דיני הנזיקין: R.A. Epstein "A Theory of Strict Liability" 2 J. Leg. Stud. (1973) 151. מחבר זה סבור, כי קשר של גרימה (על-פי הגדרתו) הינו תנאי הכרחי ומספיק בדרך-כלל להקים אחריות. מלומדים אחרים סוברים, שכדי שתקום אחריות בנזיקין מטעמי צדק מתקן, דרושים תנאים נוספים על תנאי הגרימה: G.P. Fletcher "Fairness & Utility in Tort Theory" 85 Harv. L. Rev. (1972) 537; J.L. Coleman *Markets, Morals and Law* (Cambridge, 1988) 184-201.

39 להנמקה לחלוקת נזקים במקרי סיכול המבוססת על תפיסת השותפות, ראה: J.L. Harrison, *supra* note 36, at pp. 592-595.

בתמורה הולמת כלשהי וייתכן שלא. "תמורה הולמת" היתה יכולה להתבטא, למשל, בשינוי תניות אחרות בחוזה לטובתו. אפילו נסבור שבמקרה נתון היו הצדדים מסכימים להטיל את הסיכון על צד מסוים (בעבור תמורה הולמת לאותו צד), אין זה צודק להטיל עליו את הסיכון כאשר לא קיבל למעשה כל תמורה בעבור כך. על-כן אני סבור, שיש לשנות את נוסח השאלה ההיפותטית, שיהא כזה: "מה הייתם עושים לו נדרשתם, בעת כריתת החוזה, לשאלת הקצאתו של הסיכון הבלתי-צפוי, ולו לא יכולתם לשנות תניה כלשהי בחוזה?" התשובה לשאלה היפותטית זו תהא, במקרים רבים, כך: "היינו מחלקים את נזקינו עקב הסיכול – שווה בשווה." מובן שיהיו מקרים שטעמי צדק יחייבו לסטות מחלוקה שווה, ברם הנחה של חלוקה כזו עשויה להיות נקודת-מוצא טובה.

2. התאמה למגמות בדיני החוזים המודרניים

דיני החוזים המודרניים מתאפיינים בראש ובראשונה בכך, שאין הם רואים בצדדים לחוזה יריבים זה לזה, אלא יותר מעין שותפים, שכרתו חוזה על-מנת ליצור רווחים הדדיים. הדבר בולט בעיקר בחוזים רבי-משתתפים וארוכי-טווח.⁴⁰ התפיסה האנגלית-אמריקנית, בת המאה ה-19, שגרסה כי החוזה הינו בראש ובראשונה כלי להקצאת סיכונים, שצד פועל על סיכונו, בבחינת "אדם לאדם זאב", ושמי שפועל בצורה ערמומית ומתחכמת יותר ראוי שירוויח, פינתה את מקומה לתפיסה שונה לחלוטין. עקרונות של תום-לב, מוסר, צדק וסבירות תפסו מקום של כבוד בדיני החוזים המודרניים והכניסו בהם גמישות שלא היתה קיימת במאה ה-19. התערבות חיצונית בתוכן החוזה, הן מצד המחוקק והן מצידו של בית-המשפט, מאפיינת גם היא את דיני החוזים המודרניים, בניגוד בולט למה שהיה מקובל במאה ה-19. כיום יוצקים המחוקק ובתי-המשפט אל תוך החוזה תוכן שאינו תואם בהכרח את כוונתם האמיתית של הצדדים, וזאת, על-מנת להשיג מטרות הנראות להם צודקות.⁴¹

תופעות אלה כולן ניכרות היטב בדיני החוזים בישראל.⁴² עקרון תום-הלב שולט בכיפה וחולש על כל דיני החוזים.⁴³ חובת תום-הלב חלה בשלב המשא ומתן, שלב הכריתה ושלב הביצוע.⁴⁴ עקרונות של מוסר וצדק מותלים מכוח החוק במקרים רבים.

40 חוזים אלה הינם בדרך-כלל "חוזים יוצרי-יחסים", להבדיל מחוזה "העסקה הבודדת". על הבחנה בין שני סוגי החוזים, על השוואות תכנותיהם ועל הנפקויות הנובעות מכך ראה MacNeil, *supra* note 6, at pp. 1–35.

41 על התמורות שעברו דיני החוזים במאה ה-20 ראה, כללית: Atiyah, *supra* note 3, at pp. 681–779; Gilmore, *supra* note 3, at pp. 55–85.

42 מ' מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" משפטים יז (תשמ"ח) 321, 335–331: ג' שלו, "מה נותר מחופש החוזים", לעיל הערה 3, בע' 470–474: ג' שלו, דיני חוזים, לעיל הערה 3, בע' 29–35.

43 ואף מעבר להם. ראה: סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים).

44 סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים. ראה למשל: בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה (1) 828.

בית-המשפט מופנה לא אחת לשיקולי מוסר וצדק בבואו ליתן סעדים ולהפעיל שיקול-דעת המוקנה לו בחוק.⁴⁵ יסוד הסבירות ויסודות דומים לו מוזכרים גם הם פעמים רבות בחקיקה העוסקת בדיני חוזים. לעיתים קרובות משמשים יסודות אלה לקביעת תוכנם של חיובים שלא הוסכמו על הצדדים, דהיינו, לקביעת תוכנם של תניות מכללא משפטיות.⁴⁶ בית-המשפט קורא אל תוך החוזה תניות מכללא על-פי אמות-מידה של צדק ומוסר, כפי שהוא רואה אותן.⁴⁷

מאפיינים אלה של דיני החוזים המודרניים עולים בקנה אחד עם חלוקת אחריות במקרי סיכול ועומדים בניגוד בולט לאי-חלוקתה: **ראיית החוזה כשותפות מחייבת חלוקת הפסדים בלתי-צפויים**, כבמקרי סיכול. זאת, מכיוון שהחוזה המודרני מתאפיין בהיותו מבוסס על הצורך בשיתוף פעולה בין הצדדים, ועל ראייתם של הצדדים את החוזה שביניהם כמעין שותפות, שבה מחלקים רווחים והפסדים.⁴⁸ אי-חלוקת האחריות במקרי סיכול והותרת הנזק במקום שנפל עומדת בניגוד בולט לרעיון השיתוף. המגמה של דיני החוזים המודרניים, להשגת פתרונות צודקים והוגנים לשני הצדדים ולא להטלת מלוא הסיכון על צד זה או אחר לחוזה, תומכת באימוץ פתרונות המבוססים בעיקר על שיקולי צדק והגיונות, ובכללם פתרון של חלוקת אחריות. כך גם תואם קיומה של גמישות בשיטה המשפטית עיקרון של חלוקת אחריות לנזקי הסיכול. לבסוף, נטיית בית-המשפט להתערב לעיתים בתוכן החוזה, וקיומו של שיקול-דעת רחב יחסית לבית-המשפט לשקול שיקולי צדק ולהשפיע הן על הזכויות הראשוניות והן על הזכויות המשניות, הנובעות מדיני התרופות, תואמים לחלוטין חלוקת אחריות במקרי סיכול, חלוקה המחייבת אף הפעלת שיקול-דעת שיפוטי (זאת, בהנחה שחלוקה אין פירושה תמיד חלוקה שווה בשווה). החשש שחלוקת אחריות תחייב את בית-המשפט להתערבות יתר בהסדרת זכויותיהם של הצדדים אינו מתאים לדיני החוזים המודרניים.⁴⁹

45 ראה סעיפים 14(ב), 31 ו-43(ב) לחוק החוזים; וסעיפים 3(4), 7(ב) ו-18(ב) לחוק התרופות.
 46 סעיפים 41, 42, 45 ו-46 לחוק החוזים. גם סעיף 26 לחוק החוזים, המאפשר השלמת פרטים בחוזה על-פי הניהג, מקנה גמישות רבה במילוי החוזה בתוכן. שימוש במושגי סבירות ודומיהם ניתן אף למצוא בחוקי חוזים נוספים. ראה, למשל, סעיפים 9, 15, 17 ו-20(א) לחוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 98; סעיפים 3(א), 4(א) ו-6(א) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, ס"ח 110; סעיפים 3, 5(ב), 7(א), 9(א), 9(ב), 13(ב), 17, 19(ב)2, 22 ו-29(ב) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160, וסעיפים 5(ב), 11 ו-18 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, ס"ח 220.

47 לעיתים תוך שימוש בעקרון תוס-הלכ ולעיתים בלעדיו. ראה, למשל: בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, לעיל הערה 44; ע"א 636/78 ויצמן נ' אברמזון, פ"ד לג (3) 295; ע"א 154/80 בודכרד ליינס לימיטד לונדון נ' הידרובטון בע"מ, פ"ד לח (2) 213; ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים, פ"ד לח (2) 237. להתערבות בית-המשפט בתוכן החוזה, ראה ג' שלו, דיני חוזים, לעיל הערה 3, כע' 35-34.

48 MacNeil, *supra* note 6, at pp. 23-25.

49 על האפשרות לחלק אחריות גם בסיטואציות קנייניות, ראה ד' פרידמן "דין הקניין ודין האשם" ספר זוסמן (תשר"ם) 241, 251-253.

ה. נימוקים עקרוניים נגד חלוקת אחריות במקרי סיכול וניסיון לסותרם

1. בעיית ההתאמה לרעיון של פקיעת החיובים עקב סיכול

בבסיס של דוקטרינת הסיכול עומד הרעיון, שיש נסיבות המצדיקות את פקיעת החיובים שבחוזה ואת שחרור הצדדים מחובת ביצועו. ניתן לטעון, שכדי לתת לכך נפקות מלאה, מן הראוי לשחרר את הצדדים מכל אחריות הנובעת מהחוזה. חלוקת האחריות לנזקי סיכול, להבדיל, למשל, מהותרת המצב כמות שהוא, מקימה בעצם אחריות של צד אחד כלפי הצד האחר: אותו צד שמיעוט הנזק נפל עליו אחראי כלפי הצד האחר שנשא בעיקר הנזק, וחייב עליכן לפצותו, כמתחייב מן העיקרון של חלוקת האחריות.

יש לדחות טיעון זה. אין כל קשר בין שחרור הצדדים מהחיובים המהותיים שבחוזה לבין היעדר כל אחריות בעקבות שחרור זה. נהפוך הוא: דווקא קיומה של אחריות שנועדה להבטיח חלוקת נזקים פועלת בכיוון של "מחיקת" התוצאות של החוזה שסוכל. אכן, עניינו הראות, שבכל שיטות המשפט שתיארתי לעיל עומדות לצדדים עילות תביעה זה נגד זה, לפחות להשבה, ולעיתים אף לשיפוי בעבור הוצאות ביצוע. כל זאת דווקא בשל פקיעת החיובים המהותיים שבחוזה ועל־מנת להביא את הצדדים קרוב ככל האפשר למצב שבו היו עומדים אלמלא נכרת חוזה מלכתחילה.

אכן, ההפרדה בין הזכויות המהותיות (או הראשוניות) לבין אלה התרופתיות (או המשניות) ניכרת היטב בדיני החוזים. ביטול חוזה עקב הפרתו אינו עומד בסתירה לתביעת פיצויים על אינטרס הציפייה, המיועדת להעמיד את הנפגע במצב שבו היה אילו קיום החוזה.⁵⁰ אף בטלותו של חוזה בלתי־חוקי אינה שוללת תרופות מהצדדים: זכאים הם להשבה (כפוף לשיקול־דעת של בית־המשפט), כמו שלעיתים עשוי בית־המשפט להורות על קיומו של החוזה הבטל.⁵¹ בוודאי שאין לסבור שבמקרה של סיכול מתחייבת המסקנה שלא תקום אחריות של צד אחד כלפי האחר, שעה שכל ייעודה של אחריות זו הוא להגשים את מטרת הדין ולתת נפקות מירבית לרעיון של פקיעת חיובים עקב סיכון שלא הוקצה בחוזה ולא נצפה עלידי הצדדים לו.

2. בדיקת התאמתם של הטיעונים נגד חלוקת אחריות במקרים של הפרת חוזה למקרי סיכול

נראה, כפי שציינתי במבוא, שהסיבה האמיתית לנטייתם של דיני החוזים הקלאסיים לא לחלק אחריות במקרי סיכול נעוצה ברתיעה כללית מלחלק אחריות בדיני חוזים, בעיקר כשמדובר בהפרת חוזה. כשלעצמי, איני סבור שיש עוד מקום לרתיעה זו.⁵² מכל מקום, אציג בפרק זה מספר טיעונים שניתן להביא נגד חלוקת אחריות במקרים של הפרת חוזה,⁵³ ואנסה להראות, שכולם אינם רלוונטיים לשאלת חלוקתה של האחריות במקרי סיכול.

50 ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הוהב, פ"ד לט (3) 85.

51 סעיף 31 לחוק החוזים.

52 לדעה זו ראה א' פורת, לעיל הערה 8.

53 לפיתוחם של טיעונים אלה ראה א' פורת, שם.

(א) היותה של החבות החוזית חבות מוחלטת

טיעון אפשרי נגד הכרה בהגנת אשם תורם (ובחלוקת אחריות עקב כך) בדיני חוזים הוא, שהחבות החוזית הינה מוחלטת, וחבות מוחלטת אינה עולה בקנה אחד עם הגנת האשם התורם.⁵³ אך ברור שטיעון זה אינו רלוונטי למקרי סיכול. במקרה של סיכול לא קמה כל חבות חוזית של צד אחד כלפי הצד האחר. במקרה של סיכול פטורים הצדדים מחבובות שרבעו עליהם קודם לסיכול. למעשה, דווקא היעדר החבות, כרעיון העומד בבסיס תורת הסיכול, ולא קיומה, עשוי להוות בסיס מסוים לטיעון, שפועל יוצא מהיעדר חבות הוא היעדר אחריות, ועליכן, היעדר חלוקה. ברם, טיעון זה הצעתי לדחות.⁵⁴

(ב) היות החוזה מכשיר כלכלי המאפשר הסתמכות

טיעון נוסף נגד הכרה בהגנת אשם תורם במקרים של הפרת חוזה מבוסס על ראיית החוזה כמכשיר כלכלי, המעודד הסתמכות מוחלטת של הצדדים עליו ומאפשר להם לתכנן לפיו תכנונים לעתיד.⁵⁵ הכרה בהגנת אשם תורם ובחלוקת אחריות, כך ניתן לטעון, מערערת את יכולת תפקודו של החוזה, ככלי משפטי המעודד ומאפשר הסתמכות. זאת, מכיוון שבמקרה הטיפוסי שבו מחילים את הגנת האשם התורם ומחלקים אחריות, באים אנו בטרוניה אל הנפגע, על שסמך יתר על המידה על כך שהחוזה עימו יבוצע ככתבו וכלשונו. בכך אנו אומרים לכל נושה חוזי, שאין הוא יכול עוד לסמוך על הביצוע החוזי באופן מוחלט: שהוא חייב לנקוט באמצעי זהירות להקדים פני הפרה ופני נזק הצפוי לבוא בעקבותיה; שאין הוא יכול לראות את החוזה כמבוצע במועד הקבוע לפני שאכן בוצע בפועל; ושאינן הוא רשאי לצפות כמובן מאליו לקבל את כל התרופות הניתנות בגין הפרת חוזה, אם יופר החוזה עימו.

טיעון זה, שאין להקל בו ראש בהקשר לחלוקת אחריות במקרים של הפרת חוזה, אינו פועל נגד חלוקת אחריות במקרי סיכול. הטעם לכך הוא, שהתכנון החוזי אינו מביא בחשבון, בדרך-כלל, אפשרות של סיכול. אולם גם אם הוא מביא בחשבון אפשרות כזו, ההיננו, שעלול להיווצר מצב, שמסיבה כלשהי לא יבוצע החוזה עקב התרחשות של נסיבות בלתי-צפויות,⁵⁶ אין כל סיבה לחשוב שתכנון זה מבוסס או צריך להיות מבוסס דווקא על כך שכל צד ייוותר עם נזקיו, מבלי שהצד האחר ישתתף בנטל.

מבחינה מסוימת אפשר לסבור, שכלל משפטי המכיר בחלוקת אחריות של נזקי סיכול יעודד ביצוע חוזים בנסיבות שיש בהן סכנת סיכול, ובכך לא רק שלא יפגע ביכולת ההסתמכות, אלא אף יעודדה. בלעדי כלל כזה (בהנחה שכל צד נותר עם נזקיו), יחשוש הצד החייב ביצוע – בהיעדר ביצוע נגדי של הצד האחר – לבצע את חלקו, כאשר החוזה, בשלב ביצועו, עומד בפני סכנת סיכול. זאת, מכיוון שיודע הוא, שאם יסוכל

53 לדיון בקשר בין אחריות מוחלטת להגנת האשם התורם, ראה ע"א 804/80 *Sidaar Tanker Cor. נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ*, פ"ד לט (1) 393.

54 לעיל פרק ה.1.

55 זו תפיסה אופיינית למאה ה-19: 398–505: Atiyah, *supra* note 3.

56 הנסיבות בלתי-צפויות, כמובן, אך אפשר לגרוס, שהאפשרות שעלול להיווצר בדרך כלשהי מצב של סיכול ניתנת לציפייה.

החוזה, ייותר עם נזקיו. כלל חלוקה יעודדו לבצע את החוזה, משום שיידע כי לא יישא בנזקים לבדו.⁵⁷

(ג) חשיבותו של כלל משפטי פשוט וברור

דיני החוזים הקלאסיים נתפסו כמופעלים בראש ובראשונה על-ידי הצדדים לחוזה, ולא על-ידי בית-המשפט. ניתן איפוא לטעון, כי חשוב שהכללים בתחום דיני החוזים יהיו פשוטים, קלים להפעלה, בלא צורך במומחיות מיוחדת, וברורים לכל אחד. כללים פשוטים וברורים יגבירו את מידת השימוש שיעשה במוסד החוזה ויחדירו ביטחון וודאות, יסודות חשובים בתחום זה של המשפט.⁵⁸ חלוקת אחריות במקרים של הפרת חוזה עלולה לחייב יצירת כללים משפטיים מסובכים ומורכבים, שיקשו את הפעלתם של דיני החוזים על-ידי הצדדים לחוזה, ובכך חסרונה.

טיעון זה נשמע אנכרוניסטי ובוודאי אינו מתאים למקרי סיכול. כפי שניסיתי להראות, מעדיפים דיני החוזים המודרניים סטנדרטים גמישים וצודקים על-פני סטנדרטים נוקשים וקשיחים.⁵⁹ ברם, מעבר לכך, אפילו נאמר שגם כיום יש חשיבות מסוימת לבהירותו של כלל משפטי ולפשטותו, בשיטה המשפטית בכלל ובדיני חוזים בפרט, ספק אם כלל של חלוקה ייצור סיבוך רב יותר מזה הקיים בלעדיו. ראשית, אם הכלל המשפטי שיאומץ יחלק נזקים שווה בשווה (וכשלעצמי, אני סבור שיש לאמץ גישה כזו), אזי אין הוא אלא כלל פשוט וברור.⁶⁰ שנית, אם הכלל המשפטי שיאומץ לא יחלק נזקים שווה בשווה, אלא יאפשר לבית-המשפט לשקול מכלול שיקולים ולחלק את הנזקים לפיהם, לא יהא זה כלל שפגיעתו בוודאות ובבהירות רעה יותר מפגיעה של כלל השולל חלוקה ומותר את הנזק במקום שנפל. אמת, במועד שלאחר הסיכול, כלל של היעדר חלוקה הינו פשוט וברור, ובכך יש יתרון מסוים: הצדדים לחוזה יוכלו לצפות את תוצאות ההתדיינות המשפטית שביניהם במידה רבה של דיוק. אולם, החשוב הוא, שלפני שאירע האירוע המסכל, במועד הכריתה, למשל, אין כלל של היעדר חלוקה מאפשר לצדדים חיזוי טוב יותר של מצבם במקרי סיכול מאשר כלל חלוקה. זאת, מכיוון שכלל של היעדר חלוקה מביא לחלוקה מקרית של הנזק, התלויה בעיקר במועד התרחשותו של האירוע המסכל. אפילו צדדים לחוזה החושבים על אפשרות תיאורטית של סיכול אינם צופים בוודאי מה יהא המועד שבו עלול החוזה להיות מסוכל. על-כן, כלל של היעדר חלוקה,

57 טיעון נגדי יהא, שמן הבחינה הכלכלית, יש מקרים שבהם ראוי לעודד צד לא לבצע את חלקו בחוזה שעה שצפוי סיכול. במקרים אלה תגרום לו חלוקת אחריות להוציא הוצאות בקלות רבה מדי, בנסיבות, שאילו היה נושא בהן לבדו, לא היה מוציאן.

58 Atiyah, *supra* note 3, at p. 408.

59 אכן, יתרונו של כלל משפטי פורמליסטי (אי-חלוקת אחריות) על עיקרון משפטי מהותי (חלוקת אחריות) הוא בכך, שהכלל זול וקל יותר ליישום והסיכון של טעויות ביישומו מועט. חסרונו של הכלל המשפטי לעומת העיקרון המשפטי הוא בכך, שהוא עלול לגרום לא אחת לאי-צדק במקרה קונקרטי. בעבר נטו דיני החוזים, יחד עם המשפט כולו, לכללים פורמליסטיים. המגמה כיום הפוכה: העדפת שיקולים מהותיים על החלת כלל פורמליסטי: P.S. Atiyah *Essays on Contracts* (Oxford, 1986) 93–120. ראה גם מ' מאוטנר, **לעיל** הערה 42, בע' 325–329.

59א אם כי עצם החלוקה מחייבת הוכחת נזקים, מה שגורע במידת-מה מפשטות יישומו של הכלל.

בניגוד לכלל של חלוקה, מוסיף אולי ודאות לגבי קיום הכלל המשפטי ותוכנו, אך אינו יכול לשמש כלי חיזוי טוב באשר לשאלה, על מי ייפול הנזק מאירוע מסכל שטרם אירע.

3. יעילות כלכלית

טיעון כלכלי חזק נגד חלוקת אחריות במקרי סיכול מביאים Posner & Rosenfield.⁶⁰ הצעתם היא להטיל את האחריות כולה על נושא הנזק הטוב יותר, ובמקרי סיכול, יהא זה בדרך-כלל זה שיכול לבטח מפני הסיכון כזול יותר – בין עלידי רכישה של פוליסת ביטוח וכין כדרך של ביטוח עצמי.⁶¹ Posner & Rosenfield מבססים הצעה זו על כוונתם המשווערת של הצדדים: לו עמדו בפני שאלת הקצאתו של הסיכון שגרם לסיכול עובר לכריתת החוזה, היו בוחרים להטילו על זה שיכול לבטח מפניו כזול יותר. המחברים דוחים את האפשרות של חלוקת אחריות אפילו באותם מקרים שבהם ניתן לומר ששני הצדדים מבטחים זולים באותה מידה.⁶² הטלת אחריות על שני הצדדים תגרם לכך ששניהם יבטחו, כאשר מספיק שרק אחד מהם יבטח, או שאף צד לא יבטח, בחושבו שהצד האחר יבטח.

הצעתם של Posner & Rosenfield מעוררת מספר קשיים:

הקושי הראשון נובע מכך, שהאירוע שגרם לסיכול אינו צפוי, מטעם זה לא הוקצה הסיכון בגינו בחוזה ומטעם זה סביר מאוד להניח שאיש לא יבטח מפניו. זאת ועוד, אפילו תאמר שכמעט כל אירוע מסכל נצפה במידה זו או אחרת, הרי הטלת אחריות על צד לחוזה, במקרה של סיכול, בשל עדיפותו כמבטח, אינה עולה בקנה אחד עם מגמת הדיון לפטור את הצדדים מחיוביהם החוזיים במקרה כזה. זאת מהטעם שהפטור לצדדים במקרה של סיכול נובע מראיית הדיון את האירוע המסכל כבלתי-צפוי נורמטיבית, אפילו הוא צפוי מבחינה טכנית, כאפשרות רחוקה. אימוץ הצעתם של Posner & Rosenfield עומדת בסתירה לכך: הצעה זו מנסה להסדיר את זכויות הצדדים על בסיס הנחה, שהאירוע היה צפוי בכל זאת.⁶³ הקושי שעליו הצבעתי לעיל אינו מונע מלעשות שימוש חלקי בהצעתם של Posner & Rosenfield בדיון הישראלי. עלי-פי סעיף 18 לחוק התרופות, נבדקת צפיותו של האירוע המסכל מנקודת-ראותו של המפר. עלי-כן יכול שיהא מצב של סיכול שבו צפה הנפגע את האירוע המסכל כאפשרות. במקרה כזה, ניתן לטעון, היה הנפגע

60 R.A. Posner & A.M. Rosenfield "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis" 6 J. Leg. Stud. (1977) 83 (להלן: Posner & Rosenfield).

61 למשל, אם מדובר ביצרן, בדרך של גלגול הנזק על הלקוחות.

62 לנימוקים של Posner לחלוקת אחריות בנויקין מטעמים כלכליים ראה: R.A. Posner *Economic Analysis of Law* (Boston & Toronto, 3rd ed., 1986) 154–158; R.A. Posner & W.M. Landes *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge, 1987) 80–82. לדעה, שעליה אין שיקולים כלכליים מכריעים בעד חלוקת אחריות בנויקין או נגדה, ראה: G.T. Schwartz, "Contributory and Comparative Negligence: A Reappraisal" 87 Yale L. J. (1978) 697.

63 תשובה אפשרית לביקורת זו היא, אולי, כי ייתכן שאירוע יהא בלתי-צפוי (טכנית או נורמטיבית) לצורך התחולה של דוקטרינת הסיכול, אך הוא יהא עדיין ברמת ציפייה כזו המצדיקה ביטוח. לדעתי, אין לאמץ סברה כזו, שיש בה מלאכותיות רבה.

בעל יכולת ביטוח ממשית ועדיפה מזו של המפר, ועליכן יש להטיל את האחריות עליו.

הקושי השני בהצעה הוא בכך, שהטלת הסיכון על צד אחד, נוכח יכולתו העדיפה לבטח, פוגעת במאזן התמורות שהוחלפו בחוזה. הטלת סיכון על צד אחד, ולא על חברו, מטילה עליו נטל שאותו לא נטל על עצמו הסכמית ובעבורו לא קיבל כל תמורה, גם אם הוא קטן יותר מהנטל שהיה מוטל על הצד האחר לו היתה האחריות עליו. ניתן לנסות לפתור קושי זה בכך, שאין כל חריג בתופעה שתודרות לתוך החוזה בין הצדדים תניות בלתי-הסכמיות, הקובעות את זכויותיהם וחובותיהם. כך קורה למעשה כל עת ש"הוראת חוק משלימה" נהפכת לחלק מהחוזה. ברם, יש הבדל מהותי בין תניה בלתי-הסכמית, המטילה סיכון באופן חד-צדדי על צד אחד ולא על חברו, לבין "הוראת חוק משלימה" אופיינית. הטלת סיכון באופן חד-צדדי משנה בבירור את מאזן התמורות בחוזה. לא כן הוראה הקובעת, למשל, ש"מקום שהממכר לא נמסר על אחר, תהא המסירה זמן סביר לאחר גמירת החוזה,"⁶⁴ או ש"חיוב למתן נכס או שירות שלא הוסכם על סוגם או טיבם, יש לקיים במתן נכס או שירות מסוג ומטיב בינוניים."⁶⁵ תניות מעין אלה מכוונות בדרך-כלל להיות ניטרליות – לא להעדיף מלכתחילה צד זה או אחר, אלא לקבוע סטנדרט של פשרה, שלא ישנה את מאזן התמורות בחוזה. אמת, פעמים רבות פועלת הוראת חוק משלימה *ex post* לטובתו של צד זה או אחר, אך *ex ante*, ברוב המקרים, היא ניטרלית. באותו אופן, חלוקת אחריות – להבדיל מהטלתה על צד אחד בלבד – הינה ניטרלית ואינה משנה את מאזן התמורות בחוזה. אפשר אולי לסבור, שהקושי שעליו הצבעתי אינו קיים, מכיוון שכנגד סיכון נתון שהאחריות לו תוטל, לפי הצעת Posner & Rosenfield, על צד אחד, עומד סיכון אחר, או עומדים סיכונים אחרים, שהאחריות להם תוטל על הצד האחר. איני חושב שיש לאמץ סברה זו. אין כל סיבה לחשוב ששיטתם של Posner & Rosenfield תביא לחלוקה שווה של סיכוני סיכול. כל סיכון שונה ממשנהו, הן בסיכוי שיארע והן בנזקים שיגרם, אם יתמשש. אך מקרי הוא אם במקרה נתון יתחלקו הסיכונים באופן שלא ייפגע מאזן התמורות שקבעו הצדדים בחוזה.

הקושי השלישי הוא בכך, ש-Posner & Rosenfield מתעלמים מקיומן של הוצאות עסקה הברוכות לעיתים בפקיעת חוזה עקב סיכול. כוונתי לאותם מקרים שבהם תוליד הטלת האחריות כולה על צד אחד לסיום יחסיהם של הצדדים, ואילו חלוקתה תוביל לשמירתם. דברים אלה יפים בכל הנוגע לחוזים "יוצרי יחסים",⁶⁶ שבמרכזם אין עומדת עסקה אחת בודדת, אלא מערכת יחסים שלמה, המתמשכת לאורך זמן והמושגת על שיתוף פעולה רב, אמון הדדי ורצון להמשיך ולשמר את היחסים. הטלת האחריות כולה על צד אחד עשויה להביא לגמר היחסים, שכן, הדבר סותר את מהות חוזה היחסים המבוסס על שיתוף וחלוקה. גמר היחסים גורר הוצאות עסקה כבדות לצדדים לחוזה, הצריכים לחפש חוזים חלופיים, ולעיתים נגרמים גם נזקים לצדדים שלישיים, שלהם מערכות יחסים נפרדות עם הצדדים לחוזה "יוצרי היחסים". חלוקת אחריות תביא להמשך

64 דהיינו, אותן הוצאות בחוקי החוזים השונים, שיהפכו לחלק מהחוזה שבין הצדדים כל עוד לא התנו הצדדים אחרת. ראה למשל סעיפים 40–51 לחוק החוזים.

65 סעיף 9(א) לחוק המכר, תשכ"ח–1968, ס"ח 98.

66 סעיף 45 לחוק החוזים.

67 MacNeil, *supra* note 6, at pp. 1–35.

היחסים, ועל-כן תחסוך את ההוצאות האמורות.⁶⁸ הקושי הרביעי והאחרון שעליו אצביע הוא, שקבלת הצעתם של Posner & Rosenfield תעלה את הוצאות המשא ומתן בין הצדדים לחוזה. אחד הטעמים הכלכליים לקיומן של הוצאות חוק משלימות הוא, שבכך נחסכות לצדדים הוצאות משא ומתן: אין הם צריכים לדון בכל פרט, אלא רק באלה שאינם מוסדרים בחוק.⁶⁹ אכן, הדבר נובע, בין היתר, מכך, שהוצאות החוק המשלימות הן בדרך-כלל ניטרליות ואינן נותנות עדיפות *ex ante* לצד אחד על משנהו, כך שצדדים רבים מעדיפים לאמץ אותן ולהימנע ממשא ומתן סביבן. שיטתם של Posner & Rosenfield עלולה להביא לתוצאה הפוכה: מאחר שהם מטילים את הסיכון על צד אחד בלבד ומעמיסים עליו בכך נטל חד-צדדי, נותנים הם תמריץ לאותו צד לעורר במשא ומתן את שאלת האחריות לסיכון ואת שאלת התמורה שיקבל בגין הקצאת הסיכון לו. עקרון חלוקת אחריות, לעומת זאת, בהיותו ניטרלי, חוסך מהצדדים את הצורך לשאת ולתת בגין נשיאה באחריות לשורה ארוכה של אירועים, שסיכויי התרחשותם קלושים.

הקשיים שעליהם הצבעתי מביאים למסקנה, שחלוקת אחריות עדיפה על הטלתה על "המבטח הזול יותר". שני הקשיים הראשונים עשויים להביא למסקנה שיש לדחות לחלוטין את הצעתם של Posner & Rosenfield, ואילו שני האחרונים מדגישים את הצורך לשקול שיקולים כלכליים נוספים על שיקול "המבטח הזול יותר".

1. קווים מנחים לאופן חלוקת האחריות

קיימות שתי שיטות שלפיהן ניתן לחלק את האחריות לנזקי סיכול בין הצדדים לחוזה. האחת הינה שיטת חלוקה שווה בשווה: האחרת, גמישה יותר, מאפשרת כל חלוקה שהיא, בהתאם לשיקולים השונים הרלוונטיים לעניין. יתרונה העיקרי של שיטת החלוקה הראשונה הוא פשטותה. כלל פשוט וברור חוסך התדייניות ומקצר. שיטה זו עשויה להיראות ממבט ראשון גם צודקת יותר, שהרי בבסיס של דוקטרינת הסיכול טמונה ההנחה, שהצדדים, שניהם, לא צפו את האירוע המסכל ואף לא יכלו למונעו,⁷⁰ ועל-כן הם צריכים לשאת בתוצאותיו שווה בשווה. שיטת החלוקה השנייה מורכבת ומסובכת יותר, אך למרות זאת היא עדיפה בעיני. בפרק זה אפרט את השיקולים שלפיהם ראוי לבצע את חלוקת האחריות. פירוט זה יבסס את הטענות שחלוקה שווה בשווה, המתעלמת משיקולים אלה, טובה פחות מחלוקה המתחשבת בהם.

1. סוג הנזק שנגרם

(א) סוגי הנזקים הנגרמים עקב סיכול

סיכול, כמו כל הפרת חוזה, יכול לגרום לצדדים לחוזה נזקים מסוגים שונים.⁷¹

68 ראה טיעון ברוח זו: L.E. Trakman "Winner Take Some: Loss Sharing and Commercial Impracticability" 69 Minn. L. Rev. (1985) 471, 488-489.

69 על כך עומדים אף Posner & Rosenfield בחלק הראשון של מאמרם, לפני שהם מפתחים את טיעונם הנוגע בענייננו. Posner & Rosenfield, *supra* note 60, at p. 88.

70 אך ראה לעיל הערה 14.

71 על הנזקים השונים והאינטרסים השונים המוגנים על-ידי דיני החוזים, ראה את המאמר

נזק ראשון, שנגרם כמעט תמיד, לפחות לצד אחד וברוב המקרים לשני הצדדים, הוא פגיעה באינטרס הציפייה: צד שנגרם לו נזק זה לא יקבל את שציפה לקבל לפי החוזה.

נזק שני הינו פגיעה באינטרס ההסתמכות העיקרית. נזק זה נגרם לצד לחוזה בשל הוצאות שהוציא בביצוע החוזה עד לאירוע המסכל, וכן בשל עבודה שהשקיע. נזק זה יכול להיגרם לצד אחד בלבד, כפי שיכול הוא להיגרם לשני הצדדים. מידתו של נזק זה תלויה בשלב שבו אירע הסיכול: ככל שזה אירע בשלב מאוחר יותר של ביצוע החוזה, כך סביר שתגדל מידת הנזק.

הוצאות ההסתמכות העיקרית (ועבודה שהושקעה) יכולות ליצור אצל הצד האחר לחוזה טובת-הנאה שהינה שוות-ערך להוצאות שהוצאו (ולעבודה שהושקעה): בעלת ערך רב יותר מהן; או בעלת ערך מועט יותר מהן. כך עשויות הוצאות ההסתמכות העיקרית (והעבודה שהושקעה) גם לא ליצור כל טובת-הנאה לצד האחר.

נזק שלישי הינו נזק לאינטרס ההסתמכות האגבית. כאן אין מדובר בהוצאות בביצוע החוזה, אלא בהוצאות אחרות שהוצאו ובנזקים שנגרמו לצד לחוזה עקב הסתמכותו על ביצוע החוזה. דוגמה לסוג זה של נזק היא המקרה שבו כורת קונה, הזכאי על-פי החוזה עם המוכר לקבל נכס במועד מסוים, חוזים עם צדדים שלישיים, כדי שישפצו את הנכס. עקב הפרת החוזה, לא נמסר הנכס במועד (או לא נמסר כלל), ועל-כן אין מתאפשר ביצוע החוזים עם הצדדים השלישיים. עקב כך מפסיד הקונה כספים (ייתכן ששילם מקדמות שחולטו וייתכן שהוא חייב בפיצויים על נזקים שנגרמו לצדדים השלישיים עקב ההפרה). הפסדיו הם נזקי הסתמכותו האגבית.

נוסף לכך, בגדר נזק זה ניתן לכלול אובדן הזדמנות של צד לחוזה לכרות חוזה רווחי אחר במקום החוזה שסוכל, וכן (אם כי בספק) נזקים תוצאתיים.⁷² כפי שנראה, שונה ההתייחסות לכל אחד מסוגי הנזק האלה, לצורך חלוקת אחריות. יש לציין, שגם לו בחרנו בשיטת חלוקה שווה בשווה, היה עדיין מקום לבחון את השאלה, אם מן הראוי לחלק את כל הנזק שנגרם לצדדים לחוזה או שמא רק סוגים מסוימים שלו.

(ב) נזק לאינטרס הציפייה

נראה שאין הצדקה לחלק בין הצדדים נזקים לאינטרס הציפייה, ובוודאי שאין הדבר אפשרי על-פי סעיף 18 לחוק התרופות.

ראשית, פיצוי כלשהו על פגיעה באינטרס הציפייה נוגד את הרעיון של פגיעת החוזה עקב סיכול. משמעה של דוקטרינת הסיכול אינו אלא זה, שהצדדים אינם זכאים, זה כלפי זה, למימוש ציפיותיהם מהחוזה, שעה שהחוזה מסוכל. שנית, אי-פיצוי על אינטרס הציפייה פועל בדרך-כלל הדדית, על שני הצדדים, שכן,

הקלאסי: L.L. Fuller & W. Perdue "The Reliance Interest in Contract Damages" 46

.Yale L. J. (1936) 52, 373

72 Ibid, at p. 75. דוגמה לנזקים תוצאתיים הם נזקי גוף או רכוש הנגרמים לעיתים עקב הפרת

חוזה: Ibid, ibid

במקרה הרגיל של סיכול מאבד כל צד את ציפיותיו שלו מהחוזה. זאת בשונה מנזקי הסתמכות, הנגרמים לצד זה או אחר באופן מקרי ובלתי-שווה, בהתאם לשלב שאליו הגיע ביצוע החוזה בעת הסיכול.

שלישית, הפגיעה באינטרס הציפייה יוצרת נזק משוער, פחות ממשי ויותר סובייקטיבי מפגיעה באינטרס ההסתמכות, למשל. עליכן, חלוקתו קשה וספקולטיבית. הותרת המצב כמות שהוא, כך שכל צד נושא בנזקי ציפיותו, משקפת בצורה המוצלחת ביותר את חלוקת נזקי הציפייה בין הצדדים, מה גם שבדרך-כלל יהא קשה להוכיח ששינוי המצב, עלידי חיובו של צד אחד לפצות את הצד האחר בשל הפגיעה בציפיותו, ייצור חלוקה צודקת יותר. אכן, שיטות המשפט שסקרתי בפרקים הראשונים למאמר, ובכללן שיטת המשפט הישראלית, נוקטות חד-משמעית בעמדה שאין ליתן פיצוי במקרה של סיכול בשל פגיעה באינטרס הציפייה.⁷³

עם זאת ניתן להצביע על מקרים שבהם עשוי פתרון של חלוקת הנזק שנגרם לאינטרס הציפייה להיראות סביר (אם כי, כאמור, אינו אפשרי לפי החוק שלנו). טול דוגמה זו: א רב כרתו חוזה חליפין, שלפיו מעביר א לבעלותו של ב דירה, ובתמורה מעביר ב לבעלותו של א שתי דירות אחרות. לאחר שהעביר א את הדירה ליב רב העביר לא אחת משתי הדירות, אירע סיכול, שבעטיו פטור ב מלהעביר לא את הדירה השנייה. נניח שבמועד הסיכול היה שווי הדירה שהעביר א 200,000 ש"ח, שווי הדירה שהעביר ב היה 150,000 ש"ח ואילו שווי הדירה שהעברתה נמנעה עקב הסיכול היה 100,000 ש"ח. כן נניח, שמדובר בשני קבלנים, ולדירות האמורות אין מבחינתם ערך סובייקטיבי כלשהו. עליפי סעיף 18 לחוק התרופות, סביר להניח שבית-המשפט יפסוק השבה הדדית, וישיב בדרך זו את המצב לקדמותו עובר לכריתת החוזה. התוצאה תהא ש"ב התעשר בשל הסיכול ואילו א הפסיד עקב כך. ניתן עליכן לסבור, שפתרון צודק יותר יהא זה שלפיו יאוזנו הפסדיו של א עלידי חיובו של ב לפצותו. דרך אחת תהא לחייב את ב לפצותו בסך 50,000 ש"ח. פיצוי כזה פירושו התעלמות ממצב הסיכול וראיית ב כמפר חוזה לכל דבר ועניין. דרך אחרת, עדיפה בעיני, תהא לחייב את ב לפצות את א רק בשלוש חמישיות מסכום זה (30,000 ש"ח); דהיינו, לפי החלק שמהווים 150,000 ש"ח מסך שוויה של התמורה הכוללת ש"ב היה אמור להעביר לא (250,000 ש"ח).⁷⁴

73 דעה זו נתמכת עלידי Weiss, *supra* note 30, at pp. 1059–1060. לעומתו, מביעים Posner & Rosenfield, *supra* note 60, at p. 114, note 104, שאם מחלקים אחריות לנזקי סיכול (ולדידם, לא ראוי לעשות כן), אין סיבה לא לחלק בין הצדדים אף את נזקיהם לאינטרס הציפייה.

74 דרך אחרת, המביאה לתוצאה דומה לדרך השנייה ואינה נזקקת לדוקטרינת חלוקה, היא לפסוק בין הצדדים השבת שווי, אך לפי שווי תווי, ולא לפי שווי ריאלי. השבה לפי שווי תווי פירושה השבה לפי השווי שנתנו הצדדים למושא ההשבה בחוזה. כך ייאמר, ששווי הדירה שהעביר ב לא אינה 150,000 ש"ח, אלא שלוש חמישיות מ-200,000, דהיינו, 120,000 ש"ח, אשר עליכן ישיב א ליב רק 120,000 ש"ח, ואילו ב ישיב לא 200,000 ש"ח. התוצאה תהא, שמבחינה כלכלית יעמוד א במצב טוב יותר ב-30,000 ש"ח מזה שבו עמד עובר לכריתת החוזה (לפני הכריתת: דירה ששוויה 200,000. עתה: דירה ששוויה 150,000, וכן ההפרש שבין 200,000 ל-120,000). פתרון זה בעייתי על-פי הדין הקיים בישראל. ראשית, ספק אם ניתן להיוקק לקריטריון השווי התווי עליפי סעיף 9 לחוק התרופות (שאליו מפנה סעיף 18 לחוק

הצדקתה של הדרך השנייה היא בכך, שהיא מאפשרת לִיא לקבל רווחים שלמעשה עשה כבר (מבחינה רעיונית) מהביצוע החלקי של החוזה, אך לא לאפשר לו לזכות ברווחים שהיה עושה מביצוע החלק שלא בוצע בשל הסיכול.

דוגמה זו שהבאתי מתאפיינת בכך, שניתן להעריך את אינטרס הציפייה של כל צד מהחוזה בערכים מוחלטים, שיש הבדלים ברורים בין האינטרסים, ושחלק מהחוזה בוצע. כשזה המצב, ייתכן שראוי לסטות מהכלל שאין לחלק נזק לאינטרס הציפייה. אולם לא זה המצב ברוב המקרים. בדרך־כלל, כל אחד מהצדדים מרוויח מהחוזה; על־פי רוב לא ברור כמה מרוויח כל צד, מה גם שחלק מרווחיו נובע מערכים סובייקטיביים; וברוב המקרים, הותרת ההפסדים על כתפיו של כל אחד צודקת וסבירה לא פחות מאשר חלוקה אחרת כלשהי. לבסוף, ואולי החשוב מכל, בדרך־כלל עומד פיצוי על אינטרס הציפייה בסתירה בולטת לרעיון של פגיעת החיובים בחוזה עקב סיכול.

(ג) נזק לאינטרס ההסתמכות העיקרית

השאלה, אם לחלק את האחריות לנזקים לאינטרס ההסתמכות העיקרית, היא למעשה סלע־המחלוקת המרכזי בין שוללי חלוקת האחריות לנזקי הסיכול לבין אלה התומכים בה. הגישות המסורתיות, כמו זו של המשפט המקובל שנהגה באנגליה טרם החקיקה בעניין, השתיתו את סעדי הצדדים, זה כנגד זה, על טובת־הנאה שהועברו במהלך ביצוע החוזה. לכן נתקלו הגישות המסורתיות בבציה ממשית באותם מקרים שבהם לא יצר ביצוע של צד לחוזה טובת־הנאה מקבילה אצל הצד האחר. לגבי נזקים לאינטרס ההסתמכות העיקרית, יותר מאשר לגבי כל סוג נזק אחר, קיימת מגמה חזקה, הבאה לידי ביטוי בולט בספרות המשפטית, לאפשר את חלוקתם של נזקים אלה בין הצדדים לחוזה.⁷⁵ כפי שראינו, חלוקתם אפשרית במגבלות מסוימות, הן באנגליה, הן בישראל והן לפי ה־Restatement האמריקני.⁷⁶

ההנמקה בעד חלוקת הנזקים לאינטרס ההסתמכות העיקרית הינה, שנזקים אלה נגרמו לצדדים עקב ביצוע החוזה שבין שני הצדדים, והוצאו לשם מטרה משותפת לשניהם. העובדה שכל ההוצאות שהוצאו (או העבודה שהושקעה) או רובן הוצאו דווקא על־ידי צד אחד, וטרם נוצרה טובת־הנאה מקבילה אצל הצד האחר, אינה אלא מקרית. הדבר

התרופות). שנית, גם אם כן, אפשר לגרוס שניתן לעשות כן רק כאשר קבעו הצדדים שווי כספי לתמורה, ולא במצב שבו שתי התמורות אינן כספיות למעשה. שלישית, אם נזקים לקריטריון השווי החוזי, אין סיבה לבצע את ההשבה דווקא על בסיס ההנחה, ששווין החוזי של שתי הדירות שהתחייב להעביר לִיא הוא 200,000 ש"ח, ולא על בסיס ההנחה ששווייה החוזי של הדירה שהתחייב להעביר לִב הוא 250,000 ש"ח (או כל סכום אחר באמצע).

75 Weiss, *supra* note 30, at pp. 1059–1060; Swenson, *supra* note 30; J.L. Harrison, *supra* note 36; T.W. Chapman "Comment" 59 *Mich. L. Rev.* (1960) 98, 117–122; T.V. Scott "Recovery of the Costs of Attempted Performance in Impossibility Situations: An Analysis of Northern Corps. v. Chugach Electric Ass'n" 6 *U. C. L. A. – Alaska L. Rev.* (1977) 338, 372–374; M.P. Sharp "Promissory Liability II" 7 *U. Chi. L. Rev.* (1940) 250, 268–269.

76 לעיל פרקים ב ו־ג.

תלוי במועד שבו אירע האירוע המסכל. ייתכן, שאם היה מתרחש מספר ימים קודם או מספר ימים לאחר המועד שבו אירע, היתה התמונה משתנה מן הקצה אל הקצה. לכן, אך צודק הוא לחלק בין הצדדים את נזקי ההסתמכות העיקרית.⁷⁷ כפי שציינתי בפרק ב למאמר, חלוקת נזקים אלה אפשרית בישראל באופן מוגבל בלבד: סמכותו של בית-משפט לפסוק שיפוי בגין הוצאות מתייחסת רק להוצאות שהוציא ה"נפגע", אך לא לגבי אלה שהוציא ה"מפר", וכך רק לגבי הוצאות, וכנראה לא לגבי עבודה שהושקעה.

בארצות-הברית מוצאים אנו בפסיקה נסיונות רבים לפצות צדדים לחוזה על נזקים לאינטרס ההסתמכות העיקרית בדרכים עקלקלות. הדרך הנפוצה ביותר הינה דרך טשטוש ההגדרה של טובת-ההנאה והתאמתה לנסיבות, כדי להגיע לתוצאה הנראית צודקת לבית-המשפט.⁷⁸ לדוגמה: נניח שקבלן השקיע חומרים ועבודה לשם תיקון בניין של המזמין. העבודה שביצע נהרסה עקב אירוע מסכל. נזקי הקבלן הם הוצאות שהוציא על חומרים שחוברו לבניין; הוצאות על חומרים שלא חוברו; הוצאות תכנון; וכן אובדן זמן עבודה שלו ושל עובדיו. בתי-המשפט ניסו לעיתים להגיע לתוצאה צודקת בהגדירם את טובת-ההנאה שקיבל המזמין ככוללת הן את החומרים שחוברו למבנה והן את "העבודה שנעשתה"; זאת, למרות שלמזמין לא היתה כל הזדמנות ממשיית ליהנות מטובת-הנאה זו.⁷⁹ בכך היה הקבלן נושא בהוצאות רכישת החומרים שלא חוברו ובהוצאות התכנון על אותו חלק עבודה שטרם בוצע, ואילו המזמין היה משלם על "העבודה שנעשתה" עד למועד הסיכול.

פסק-דין הממחיש רעיון זה הוא פסק-דין *Angus v. Scully*.⁸⁰ באותו מקרה העביר מוביל בית טרומי ממקום למקום. הבית נשרף בדרך עקב אירוע מסכל. בית-המשפט (תוך שימוש בטכניקת התניה מכללא) חייב את הבעלים בתשלום יחסי בעד ההובלה עד למקום שבו נשרף הבית. גישה דווקנית היתה גורסת, במקרה זה, שאין כל טובת-הנאה למזמין, ולכן אין המוביל זכאי לפיצוי כלשהו. שונה היתה גישת בית-המשפט בפסק-דין *West Audit Co. v. Yoakum County*.⁸¹ שם היה מדובר בעבודות חשבונאות שנשרפו טרם סיומן. נפסק, שאין כל טובת-הנאה ללקוח, ומנהלי-החשבונות אינם זכאים לתשלום כלשהו; זאת, למרות שבית-המשפט היה יכול לקבוע גם במקרה זה שמדובר ב"עבודה

77 אכן, לא תמיד זה המצב. כאשר החוזה הינו "חוזה הפסד" לגבי אחד הצדדים, עלול פיצוי על אינטרס ההסתמכות להיות בלתי-מוצדק. די בכך שהרוויח מהסיכול, שעה שהצד האחר הפסיד רווחים שהיה עושה אלמלא הסיכול. פיצוי על אינטרס ההסתמכות על-ידי הצד האחר רק יחריף את אי-הצדק שגרם הסיכול. לגבי מקרה של חוזה הפסד – ראה לעיל פרק 1.1.1. (ב).

78 Weiss, *supra* note 30, at pp. 1060–1069; Williston, *supra* note 30, §1976 (250–253); Palmer, *supra* note 30, at Ch. 7.4.

79 היו שניסו להסביר זאת בכך, שבנקודת-זמן מסוימת, עובר לסיכול, היה הבעלים יכול למכור או לבטח את הבניין לפי שווי הכולל את טובת-ההנאה שנהרסה עקב האירוע שגרם לסיכול. ראה לעניין זה: E.A. Farnsworth *Contracts* (Boston, 1982) 703. על הטכניקות המשמשות לעניין זה ראה: Williston, *ibid.*; Palmer, *ibid.*, at Ch. 7.8.

80 57 N.E. 674 (1900).

81 53 S.W. 2d 311 (1932).

שנעשתה" ולפסוק למנהלי-החשבונות פיצוי בהתאם.⁸¹ במקרה אחר, לעומת זאת, נפסק לעורך-דין שכר-טרח על הכנה לקראת משפט כאשר האירוע המסכל מנע את התקיימותו של המשפט.⁸²

בסך-הכל יש בארצות-הברית פסקי-דין רבים המפרשים טובת-הנאה ככוללת עבודה שנעשתה והוצאות שהוצאו גם כשלא הניבו למעשה כל טובת-הנאה, כמו שיש פסקי-דין אחרים המגיעים לתוצאות הפוכות. אין זאת אלא שבת-משפט מתאימים את ההגדרה של טובת-הנאה לצורכיהם, במטרה להגיע לתוצאה הנראית להם צודקת. דרך נוספת שבה נוקטת הפסיקה האמריקנית, שגם היא מאפשרת לעיתים התחשבות בהוצאות ההסתמכות העיקרית באמצעות ההגדרה של טובת-הנאה, הינה, שבעת שמחשבים את מידתה של טובת-הנאה שקיבל צד לפי החוזה, מחשבים את טובת-הנאה נטו: כלומר, מפחיתים מטובת-ההנאה שקיבל את ההוצאות שהוציא אותו צד בביצוע החוזה, ורק את שנותר עליו להשיב. דרך זו נתמכת בספרות המשפטית.⁸³ מובן שבישראל אין כל מניעה להתחשב בהוצאות ההסתמכות עיקרית של צד לחוזה שעה שמחייבים אותו בהשבה, שכן, מלכתחילה רשאי בית-המשפט להגביל את גובה ההשבה.⁸⁴

עינינו הרואות שקיימת נטייה ברורה לתמוך בחלוקת האחריות לנוקי הסתמכות עיקרית בין הצדדים לחוזה. בישראל ניתן הדבר להיעשות חלקית, ואילו בארצות-הברית נעשה הדבר לעיתים קרובות בדרכים עקלקלות. טוב היה לו היתה לבית-המשפט בארץ סמכות לחלק את האחריות לנוקים אלה בין הצדדים לחוזה בכל מקרה, ולא בהתאם להגדרתו המלאכותית של הצד התובע שיפוי על הוצאותיו כ"מפר" או כ"נפגע", כפי שהדבר מתחייב, כנראה, מלשון סעיף 18 לחוק התרופות.⁸⁵

(ד) נזק לאינטרס ההסתמכות האגבית

בגדר נזק זה נכללות בראש ובראשונה הוצאות של צד לחוזה שהוצאו בהסתמך על החוזה, אך לא לצורך ביצועו. להוצאות אלה כמה מאפיינים המבדילים אותן מהוצאות ההסתמכות עיקרית:

ראשית, אין כל חובה משפטית על צד לחוזה כלפי הצד שכנגד להוציא הוצאות אלה, זאת, בניגוד להוצאות ההסתמכות בביצוע החוזה. שנית, הוצאות אלה הינן, במידה רבה, ענייני הפרטי של הצד שהוציאן. זאת, בשונה מהוצאות ההסתמכות בביצוע החוזה, שהן עניינם המשותף של הצדדים. שלישית, הוצאות אלה עלולות להיות גבוהות מאוד, לעיתים הרבה מעבר לאינטרס הציפייה, כמו גם בלתי-צפויות מבחינת הצד שכנגד. לא כך הוצאות ההסתמכות בביצוע החוזה, שבמקרה הרגיל אינן עוברות את אינטרס הציפייה והינן צפויות מבחינת הצד שכנגד.

81 ניתן אולי להצדיק את התוצאות השונות בשני המקרים האחרונים בכך, שבמקרה השני, אפילו עובר לשריפה, לא ניתנה ללקוח כל טובת-הנאה שהיא, שלא כמו במקרה הראשון.

82 Moore v. Robinson 92 Ill. 491 (1879), described in: Comment "Loss Splitting in Contract Litigation" 18 U. Chi. L. Rev. (1951) 153.

83 Swenson, *supra* note 30, at p. 417 et seq.

84 לעיל פרק ב.

85 שם.

מאפיינים אלה מבססים את הטענה, שאין לחלק בין הצדדים לחוזה שסוכל את האחריות להוצאות שהוצאו שלא לצורך ביצוע החוזה. תוצאה אחרת תביא לכך שהצד לחוזה הפועל לשם ענייניו הפרטיים ולפי שיקול-דעתו המוחלט יהיה רשאי לחייב לאחר-מכן את הצד שכנגד בהוצאותיו, כשאלה נהפכות להוצאות-שוא בשל הסיכול. כאמור, עשויות הוצאות אלה להיות גבוהות מאוד, אף מעבר לאינטרס הציפייה, וחייב הצד שכנגד לשאת בחלקן עלול להעמידו במצב גרוע יותר מהמצב שבו היה לו חויב לקיים את החוזה במלואו כלפי הצד שכנגד.

אכן, הדעה שאין לחלק הוצאות הסתמכות שאינן בביצוע החוזה נתמכת בספרות המשפטית ובפסיקה האמריקנית.⁸⁶ גם החוק הישראלי והחוק האנגלי אינם מאפשרים פסיקת פיצוי בגין.⁸⁷ אף הטכניקה הנקוטה בארצות-הברית, לפסוק לעיתים פיצוי בגין הוצאות הסתמכות עיקרית על-ידי הגמשת הגדרתה של "טובת-ההנאה" שקיבל הצד שכנגד, אינה אפשרית כשמדובר בהוצאות הסתמכות שלא בביצוע החוזה. זאת, מכיוון שאין לומר בדרך כלשהי שהוצאות אלה העניקו טובת-ההנאה ממשיית או אפילו נורמטיבית לצד שכנגד.

למרות כל האמור עד כה, רצוי שבבוא בית-משפט לחלק נזקים אחרים, שהינם בני-חלוקה, ישקול בין שיקולי הצדק את העובדה, כי אחד הצדדים הוציא הוצאות אגב הסתמכות סבירה על ביצוע החוזה, אפילו אינן הוצאות שהוצאו לשם ביצוע. שיקול זה אפשרי לפי החוק האנגלי, ואין מניעה לשוקלו אף לפי החוק הישראלי, כאשר בא בית-המשפט להפעיל את שיקול-דעתו.

דברי התרכזו עד עתה בהוצאות הסתמכות שאינן בביצוע החוזה. כרם, בגדר הנזקים לאינטרס ההסתמכות האגבית נכללים אף שני סוגים נוספים של נזקים: אובדן הזדמנות לכרות חוזה חלופי ונזקים תוצאתיים. אשר לאובדן הזדמנות – סוג זה של נזק קרוב באופיו לנזק לאינטרס הציפייה (וזהה לו בשוק משוכלל),⁸⁸ ושיקולים דומים, הנסבים על הנזק לאינטרס הציפייה, יפים גם לו.⁸⁹ אשר לנזקים תוצאתיים נראה, כי האמור בפרק זה באשר להוצאות הסתמכות שאינן בביצוע החוזה מתאים לנזקים אלה. אכן, גם לגבי שני סוגי נזק אלה – אובדן הזדמנות ונזקים תוצאתיים – נראה, כי חלוקה אינה צודקת, אם כי התחשבות בהם, שעה שמפעיל בית-משפט את שיקול-דעתו לשם חלוקת נזקים אחרים, אפשרית ואף רצויה.⁹⁰

86 Weiss, *supra* note 30, at p. 1061; Comment, *supra* note 82, at p. 161 (Case No. 7) Swenson סבור, כי יש לחלק נזקי הסתמכות, אך לשים קו-גבול. את השאלה, אם יש לחלק את נזקי ההסתמכות האגבית, הוא מותיר כשאלה הצריכה עיון; Swenson, *supra* note 30, at p. 420.

87 לעיל טקסט להערה 15, וטקסט להערה 24.

88 אם קנה א צל ב טובין, ויתר א על הזדמנות לרכוש אותם טובין אצל ג. אם יפר ב את החוזה ולא ימסור את הטובין ל-א, יוכל א לתבוע מ-ב פיצויים בגין רווחים שהיה עושה לו רכש את הטובין מ-ג, רווחים שנמנעו ממנו עקב כריתת החוזה עם ב. בשוק משוכלל זהים הטובין שבידי ב ואלה שבידי ג ואף שווים במחירם. עליכן אין הכזל אם יתבע בגין רווחים שנמנעו ממנו מפני שלא קנה מ-ג או בגין רווחים שנמנעו ממנו מפני שלא קיבל את הטובין מ-ב.

89 Weiss, *supra* note 30, at p. 1059, note 28.

90 ייתכנו אף נזקים אחרים, שראוי להביאם בחשבון בעת הפעלת שיקול-הדעת על-ידי בית-המשפט. סוג אחד של נזק הוא זה שגרם האירוע המסכל, אך לא אי-ביצוע החוזה. ראה

2. שיקולים הקשורים לאירוע שגרם לסיכול

לאופיו וטיבו של האירוע המסכל יכול שתהא רלוונטיות באשר לאופן חלוקת הנזק בין הצדדים. כוונתי לכך, שישנם אירועים מסכלים, אשר ראוי שבתוצאותיהם יישא צד אחד יותר מאשר הצד השני. השיקולים אשר כמרכזם טיבו של האירוע המסכל עשויים להיות שיקולים כלכליים, כמו גם שיקולי צדק, ועל טיבם אעמוד להלן.

(א) שיקולים כלכליים

בפרק ה-3. הצגתי את טיעונם של Posner & Rosenfield, שאין לחלק אחריות לנזקי סיכול, אלא יש להטיל את האחריות על המבטח הזול יותר. הצעתי לדחות טיעון זה או לפחות לסייגו.

אם תאומץ הדעה שיש לדחות את טיעונם של Posner & Rosenfield שכן התחשבות בטיב הצדדים כמבטחים סותר את הבסיס הרעיוני של דוקטרינת הסיכול (קושי ראשון ושני בפרק ה-3.), יסתבר, ששיקול זה אינו ראוי להישקל אף לצורך אופן החלוקה, בהנחה שזו ראויה ואפשרית. לעומת זאת, אם תהא המסקנה שיש לקבל את הטענות במלואן או לסייגן (קושי שלישי ורביעי בפרק ה-3.), יהא המצב שונה: אם יתקבל הטענות במלואן, ייתכן שהמסקנה תהא שאין לחלק אחריות כלל. ברם, אפילו הטענות הכלכלי של Posner & Rosenfield נכון, עדיין רב כוחם של שיקולי הצדק, ויש בהם כדי להכריע את הכף בעד חלוקת אחריות. במקרה כזה עשוי שיקול "המבטח הזול יותר" להישקל בבוא בית-המשפט להחליט אם לחלק את הנזק במקרה נתון או בקטיגוריה מסוימת של מקרים, ואם כן, כיצד.

לעומת זאת, אם יתקבל הטענות אך בסייגים, דהיינו, שיש להתחשב אף בנוק הכלכלי שבפרישה מחוזים שחלוקת אחריות עשויה למנוע, וכן בהוצאות משא ומתן שאי-חלוקת אחריות עלולה לגרום, נהפך טיעונם של Posner & Rosenfield לשיקול בין שיקולים כלכליים אחרים, אם לחלק אחריות במקרה נתון או בקטיגוריה מסוימת של מקרים, ואם כן, כיצד.

על-כן, אם מתחשבים בשיקול "המבטח הזול יותר" (מאחד הטעמים דלעיל), יש לראותו כשיקול הקשור בטבורו לטיב האירוע שגרם לסיכול. כך, אם האירוע המסכל הוא הריסת בניין שבונה קבלן בשביל המזמין, אפשר לסבור שהקבלן הוא המבטח הזול יותר, ואילו אם האירוע המסכל הוא מותו של צד לחוזה, ייתכן שצד זה הוא שהיה המבטח הזול יותר.⁹¹ בניגוד לדעה הרואה את עניין הביטוח כרלוונטי לקביעת האחריות לנזקים, מורה החוק האנגלי במפורש, כי לביטוח אין נפקות כלשהי.⁹²

להלן פרק 2.1. (ב). סוג אחר של נזק הוא זה הנובע מהוצאתן של הוצאות הכנה לפני כריתת החוזה, שלא יצרו נכס שווה-כסף שבו השתמשו בביצוע החוזה. לגבי סוג אחרון זה של נזק, ייתכן שראוי לחלקו במקרים מסוימים, ומכל מקום ראוי להתחשב בקיומו.

91 Posner & Rosenfield, *supra* note 60.

92 סעיף 51(5) לחוק האנגלי. ראה: A.D. McNair "The Law Reform (Frustrated Contracts) Act, 1943" 60 L. Q. Rev. (1944) 160.

(ב) שיקולי צדק

האירוע המסכל נושא לעיתים אופי המעיד, שראוי, מטעמי צדק, שצד אחד דווקא יישא בנוק. טיעון הביטוח, אם מוכנים לקבלו (ולסברתי, אין לעשות כן), יש לו אף פן של צדק: צודק יותר להטיל אחריות לנזק על מי שהיה יכול בנקל לבטח עצמו מפניו. כך גם ניתן לטעון, שכאשר האירוע המסכל הוא מותו של אחד הצדדים לחוזה, שיקולי צדק יביאו להטלת רובו (או כולו) של נטל הנשיאה בנוק על העיזבון, ולא על הצד האחר לחוזה.⁹³

שיקול נוסף הראוי להישקל בין שיקולי הצדק עניינו בנוקים שלהם גרם האירוע המסכל ושאינם קשורים לסיכול החוזה. כך, יכול שחוזה בין קבלן למזמין להוספת קומה לבניין סוכל עקב קריסת הבניין. למזמין נגרם נזק מעבר לסיכול החוזה, דהיינו, הרס הבניין. למותר לציין שנוק זה אינו עומד לחלוקה ברם, אין זה מן הנמנע שבית המשפט ישקול, בין שיקולי הצדק לחלוקת אחריות, אף את קיומו של נזק זה למזמין.⁹⁴ נראה, שהחוק הישראלי, כמו גם החוק האנגלי, מאפשרים לשקול שיקול כזה.⁹⁵

3. שיקולים הקשורים לכוונת הצדדים

בבסיס של דוקטרינת הסיכול עומד הרעיון, שכוונת הצדדים אינה חולשת על המצב שנוצר עקב הסיכול. על-כן אפשר לסבור, שהתחשבות בכוונת הצדדים לצורכי חלוקת האחריות במקרי סיכול מהווה תרתי דסתרי. אך לא כך הדבר. למרות שכוונת הצדדים בנוגע למצב הקונקרטי שנוצר אינה קיימת, אפשר לנסות לשער את כוונתם ההיפותטית, לו נדרשו, בעת כריתת החוזה, להסדיר את תוצאות הסיכול שאירע. במקרה הרגיל נראה לי, כי ההסדר ההיפותטי הוא חלוקת אחריות שווה בשווה. הסדר היפותטי זה שימש אותי כנימוק של צדק לחלוקת אחריות.⁹⁶ אולם יהיו מקרים שבהם תהא המסקנה שונה. אז מן הראוי לסטות מכלל החלוקה שווה בשווה, בהתאם לכוונתם ההיפותטית של הצדדים.

המחשה טובה לטיעון זה ניתן למצוא בפסק-הדין האנגלי בעניין *B.P. Exploration Co.*⁹⁷ באותו עניין נכרת בין הנתבע לתובעת חוזה, שלפיו אפשר הנתבע

93 טיעון דומה מעלה ד' פרידמן, לעיל הערה 12, שם.

94 Weiss, *supra* note 30, at p. 1074.

95 שני החוקים מפנים לשיקולי צדק: לעיל פרקים ב ו-ג.1. עם זאת, בעניין *B. P. Exploration Co.*, *supra* note 27, נהג בית המשפט האנגלי בדרך קיצונית עוד יותר. הוא הפחית מטובת-ההנאה שקיבל צד לחוזה את הנזק שנגרם לו על-ידי האירוע המסכל (ושאינו נזק הנובע מסיכול החוזה), ולמה שנותר התייחס כטובת-ההנאה שקיבל אותו צד. מתוך טובת-ההנאה זו פסק שיפוי לצד האחר בגין הוצאות ההסתמכות העיקרית שלו. על הבעייתיות שבדרך פרשנות זו של החוק האנגלי, ראה לעיל טקסט להערות 28–29. לדיון מפורט בפסק-הדין, ראה להלן פרק 3.

96 לעיל הטקסט שלאחר הערה 39. להתחשבות בכוונה היפותטית כשיקול לחלוקת אחריות ראה: "Comment" 59 *Mich. L. Rev.* (1960) 98, 119–122; H. Smith "Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation" 58 *Colum. L. Rev.* (1958) 287, 293–298; Williston, *supra* note 30, §§ 1972A, 1973 (230–241).

97 *Supra* note 27.

לתובעת את השימוש בזיכיון שהיה לו לחיפושי נפט בלוב. התובעת התחייבה מצידה לבצע מחקר, לממן את חיפושי הנפט ולשלם לתובע בנפט ובכסף. בתמורה היתה זכאית לקבל חצי מזכויות הזיכיון. כן נקבע, שכאשר תמצא התובעת נפט, היא תהא זכאית לקבל 3% מחלקו של הנתבע (דהיינו, 3% מחצי), זאת, נוסף למחצית הנפט השייך לה מכוח היותה בעלת חצי מזכויות הזיכיון. כך, עד שתקבל בסך-הכל 125% מהוצאות הראשוניות (שיוצאו למחקר ולחיפושים). לאחר מכן יתחלקו הצדדים ברווחים ובהוצאות שווה בשווה. ארבע שנים אחרי שמצאה התובעת נפט, הופקע הזיכיון על-ידי ממשלת לוב. התובעת קיבלה עד אז רק 1/3 מהוצאותיה, ובסך-הכל נותרה בחסרון-כיס. בית-המשפט, בהפעילו את החוק האנגלי בעניין, העריך את טובת-ההנאה שקיבל הנתבע מהתובעת נכון למועד שלאחר האירוע המסכל.⁹⁸ זו הסתכמה בסך 85 מיליון דולר. לאחר מכן העריך את ההוצאות נטו שנגרמו לתובעת, ואלה הסתכמו בקרוב ל-35 מיליון דולר. מאחר ששווי טובת-ההנאה היה גדול מההוצאות,⁹⁹ נפסקו לתובעת כל הוצאותיה. התוצאה היתה, שהנתבע הרוויח בסופו של דבר מהעסקה כ-50 מיליון דולר, ואילו התובעת לא הרוויחה דבר; זאת, למרות שרווחים אלה של הנתבע נבעו ממאמצי התובעת, והיה ניתן לצפות שתזכה בחלקם.

נראה שבית-המשפט הושפע בפסיקתו מכך, שהחוזה שבין התובעת לנתבע הטיל למעשה על התובעת את תוצאותיו של כישלון אפשרי בחיפושי נפט. היא שהיתה צריכה להשקיע, לממן ולהוציא הוצאות. הנתבע היה אמור להרוויח מהעניין בכל מקרה (בהנחה שיימצא נפט כלשהו), והשאלה היתה רק כמה ירוויח. במילים אחרות: בית-המשפט סבר כנראה, שציפיות התובעת מהחוזה לא ייפגעו, שכן, ממילא היתה צריכה לצפות אפשרות שלא תרוויח ואולי אף תפסיד. מכל מקום, ברור למדי שאי-בהירות באשר לעתיד החוזה אלמלא הסיכול שיחקה גם היא לידי הנתבע: הרי קשה מאוד לשער מה היה קורה אלמלא סוכל החוזה. ייתכן שהתובעת היתה מכסה את הוצאותיה ואף מרוויחה, אך ייתכן גם שלא. מלכתחילה היה זה חוזה שבו צד אחד יכול רק להרוויח ואילו הצד האחר נוטל את כל הסיכונים. חלוקת הפסדים או רווחים שווה בשווה אינה תואמת במקרה דנן כוונה היפותטית של הצדדים, וסטייה מכך, על-כן, אפשרית.

ניתן לטעון, שאפילו נטלה על עצמה התובעת את מירב הסיכונים, לא נטלה עליה את הסיכון של הפקעת הזיכיון על-ידי ממשלת לוב. אחרת לא היה זה סיכול. טיעון זה נכון, כמובן, אך אין עולה ממנו מסקנה של חלוקת רווחים והפסדים שווה בשווה. נניח שהצדדים היו נשאלים, עובר לכריתת החוזה, שאלה היפותטית: מה יקרה אם יופקע הזיכיון כעבור ארבע שנים: מי יישא בהפסדים ומי יזכה ברווחים, אם יהיו כאלה (זאת בהנחה שאינם יכולים לשנות תניות אחרות בחוזה)?¹⁰⁰ התובעת היתה חפצה, כמובן, שיכוסו הוצאותיה ושאלף תזכה ברווחים: הנתבע היה מעוניין להותיר את כל הרווחים בידי ו להטיל את כל הסיכון על התובעת. לכאורה, פתרון "האמצע" שעליו היו מסכימים שני הצדדים היה חלוקת רווחים והפסדים, אך רק לכאורה. שכן, למעשה, סוטה עמדת התובעת בצורה קיצונית מאיזון הקצאת הסיכונים החזית: בשל האירוע המסכל, אין עוד כל סיכוי הפסד לתובעת והיא יכולה רק להרוויח; ואילו עמדת הנתבע אינה סוטה בצורה

98 על כך ראה לעיל הערה 95.

99 החוק האנגלי אינו מאפשר לפסוק לצד לחוזה שיפוי על הוצאותיו מעבר לשווי טובת-ההנאה שקיבל הצד האחר: לעיל הטקסט שלאחר הערה 25.

100 על דרך ניסוח זו של השאלה ההיפותטית ראה לעיל הטקסט שלאחר הערה 39.

כה ניכרת מהאיוון האמור: הרי מלכתחילה נצפה מצב שרק הוא ירוויח, ואילו התובעת תפסיד. פתרון שלפיו יכוסו כל הוצאותיה של התובעת, כעבור 4 שנים, מרווחיו של הנתבע (תוצאה שייתכן שכלל לא היתה מושגת אלמלא הסיכול) ויתרת הרווחים תיוותר בידי הנתבע, דווקא הוא זה שמהווה את פתרון "האמצע". ייתכן מאוד שלפתרון כזה או דומה לו היו הצדדים מגיעים בעת כריתת החוזה, לו הועמדה לפנייהם השאלה של חלוקת רווחים והפסדים במקרה של הסיכול שאירע בפועל.

לבסוף ראוי להעיר עוד הערה אחת המתייחסת לפסקהדין: ניתן לסבור שהבעיה שעלתה בו חורגת מנושא רשימה זו; זאת מהטעם, שבמרכזה של הרשימה חלוקת הפסדים, ואילו פסקהדין עוסק בחלוקת רווחים דווקא. לכך תשובתי כפולה:

ראשית, איני רואה הבדל מבחינה רעיונית בין שימוש בכוונת הצדדים ההיפותטית לשם חלוקת הפסדים לבין שימוש בה לשם חלוקת הרווחים שנצברו במהלך חייו של החוזה, טרם פקיעתו עקב סיכול.¹⁰¹ בהחלט ייתכן שהחוזה הנדון בפסקהדין היה פוקע עוד בטרם נצברו רווחים כלשהם, שאז היתה עולה במלוא חריפותה השאלה של חלוקת הפסדים. שימוש בכוונתם ההיפותטית של הצדדים היה אז אפשרי בדיוק באותו אופן שהיה אפשרי לאחר שנצברו רווחים.¹⁰²

שנית, למעשה ספק אם נכון לומר שבמקרה הנדון בפסקהדין עלתה רק בעיית חלוקתם של רווחים. מובן שבעת הסיכול היו לתובעת הפסדים, על כך אומנם פוצתה. אך גם לאחר הפיצוי, שהתייחס כנראה להוצאותיה הממשיות, לא פוצתה ב"שכר ראוי" בעבור השקעת המאמצים, שמהווים חלק מנזקי ההסתמכות העיקרית בביצוע החוזה. עליכן אין פסקהדין מציג בעיה של חלוקת רווחים בלבד, אלא גם של חלוקת הפסדים, אלה שנגרמו לתובעת ואשר פוצתה על חלקם בלבד.

הדיון בעניין *B.P. Exploration Co.* מלמדנו, שאופיו ותוכנו של החוזה שסוכל עשויים להשליך על אופן חלוקת האחריות בין הצדדים, בהיותם בעלי זיקה הדוקה לכוונתם ההיפותטית. ככל שקרוב החוזה באופיו ל"חוזה יוצרי-חסים", שבמרכזו יחסי שותפות ולא יריבות, כן ראוי שתגבר הנטייה לחלק אחריות להפסדים שווה בשווה. זאת מהטעם, שלכך היו הצדדים מסכימים *ex ante*.¹⁰³ כל זאת בהנחה, שאופי החוזה או תוכנו אינם מוליכים למסקנה שונה, כפי שאירע בעניין *B.P. Exploration Co.*

דוגמה טיפוסית למקרה שבו הביא אופיו של החוזה לתוצאה של חלוקת נזקים שווה בשווה ניתן למצוא בפסקהדין אמריקני, *National Presto Indus., Inc. v. U.S.*¹⁰⁴ באותו עניין התקשר התובע בחוזה עם אגף החימוש בצבא לייצור 180,000 פגזים בשיטה חדשה, שטרם נוסתה עד אז. הייצור נעשה בשיתוף בין הצבא לתובע. תוך כדי ייצור הסתבר, כי יש צורך במכשור מסוים, צורך שלא נצפה קודם עליידי הצדדים. בכל זאת המשיך התובע בביצוע החוזה, ביצוע שארך בסופו של דבר זמן רב יותר משתוכנן

101 בחלוקת רווחים אין הכוונה לרווחים שעשה צד אחד על חשבון הצד האחר, לפי החוזה. לגבי מקרה כזה ראה לעיל פרק 1.1.(ב).

102 לכך, שבמקרי סיכול ראוי לחלק לא רק הפסדים, אלא אף רווחים, ראה: *C. Fried, supra*, note 36, at p. 69 et seq.

103 להדגשת אופיו של החוזה ולשיקולי *ex ante* של הצדדים, כשיקולים חשובים לחלוקת הפסדים במקרי סיכול, ראה: *L.E. Trakman, supra* note 68, at p. 506 et seq.

104 338 F.2d 99 (1964). בשולי פסקהדין נכתבה הערת-פסיקה: Comment "Loss Apportionment in Government Contract Cases" 114 *U. Pa. L. Rev.* (1965) 306.

מלכתחילה. עקב כל אלה נגרמו לו נזקים בסך 700,000 דולר. בית-המשפט מצא לנכון לחלק נזקים אלה בין הצדדים שווה בשווה. ברור שיחסי השותפות בפועל שבין הצדדים הם שהכריעו את הכף לטובת פתרון כזה.¹⁰⁵

התחשבות בלתי-מוצדקת בעיני בכוונה היפותטית של הצדדים מציעים Posner & Rosenfield. הנמקתם להטלת אחריות לנזקים במקרי סיכול על המבטח הטוב יותר מנסה למצוא לה עיגון בכוונת הצדדים. כבר הסברתי לעיל מדוע איני סבור שהצעה זו טובה.¹⁰⁶

כך גם איני סבור שהעובדה שצד אחד התחייב כלפי חברו לשלם לו מקדמה צריכה להשפיע על השאלה של חלוקת האחריות לנזקים במקרי סיכול. שיקול המקדמה זכה בגושפנקא סטטוטורית באנגליה.¹⁰⁷ על-פי החוק האנגלי, אפשרי שיפוי או פיצוי של צד על הוצאותיו בביצוע החוזה רק אם קיבל או היה זכאי לקבל מקדמה מהצד האחר, ועד לגובה המקדמה. ההצדקה האפשרית לכך היא, שרק אם התחייב צד לשלם מקדמה יש להניח שהצדדים התכוונו שמקדמה זו תבטיח את שיפוי הוצאותיו של הצד האחר, שקיבל או היה אמור לקבל את המקדמה. בצדק מבקרת הספרות המשפטית את תנאי המקדמה הקיים בחוק האנגלי. אי-יכולתו של צד לקבל שיפוי או פיצוי על הוצאותיו בשל היעדר מקדמה אינה אלא ענישתו על שלא צפה את האירוע המסכל, ותוצאה זו נוגדת למעשה את הרעיון שבבסיס של דוקטרינת הסיכול.¹⁰⁸

ז. סיכום ומסקנות

במאמר זה ניסיתי לשכנע, כי במקרים של סיכול ראוי לחלק אחריות בין הצדדים לחוזה. הנימוקים העיקריים בעד חלוקת אחריות הם נימוקי צדק, וכן היותה תואמת את הרעיון שבבסיסה של דוקטרינת הסיכול. חלוקת אחריות תואמת אף מגמות בדיני החוזים המודרניים לעודד שותפות וסולידריות אפילו במחיר ויתור מסוים על יכולת ההסתמכות המוחלטת על החוזה.

החוק הישראלי אינו מאפשר במפורש חלוקת אחריות. עם זאת, סעיף 18(ב) לחוק התרופות מקנה לבית-המשפט שליטה על זכות ההשבה שיש לכל צד לחוזה עקב הסיכול, וכן סמכות לחייב את המפר בשיפוי הנפגע על הוצאותיו הסבירות לשם קיום החוזה. בית-המשפט נדרש להפעיל שיקולי צדק לצורך הפעלת הסמכות המוקנית לו, ובדרך זו יכול הוא להביא במקרים רבים לתוצאה של חלוקת אחריות. עם זאת יש מקרים שבהם אינו רשאי לעשות כן. הדבר בולט במיוחד במקרים שבהם ה"מפר" הוא שהוציא הוצאות לקיום החוזה, אך אלה טרם יצרו אצל ה"נפגע" טובת-הנאה מקבילה, וה"נפגע", מצידו, טרם הוציא הוצאות. מאחר שמקרי סיכול מתאפיינים בדרך-כלל באי-יכולת של שני הצדדים לצפותם ובאי-שליטתם בנסיבות שגרמו לסיכול, אין טעם לא לחלק אחריות במקרה דלעיל, וטוב היה לו חוק התרופות היה מאפשר זאת. כאמור, סעיף 18(ב) אינו מאפשר במפורש חלוקת אחריות. ממילא אינו מציב

105 איני נכנס לשאלה, אם מקרה כזה היה נחשב לסיכול על-פי החוק הישראלי. כך או אחרת, רעיון החלוקה ישים במקרה של סיכול.

106 לעיל פרק ה.3.

107 לעיל טקסט להערה 25.

108 Swenson, *supra* note 30, at pp. 420–421; Weiss, *supra* note 30, at p. 1072

קריטריונים לחלוקה, אפילו כשוו אפשרית לפיו, ומסתפק בהפניה לשיקולי צדק. על-כן עולה השאלה, אילו שיקולים ראוי לשקול כדי לחלק אחריות באופן צודק. לסברתי, נקודת-מוצא טובה היא לחלק את האחריות לנזקים שווה בשווה, אם כי לא את כל סוגי הנזקים. במקרה הרגיל, הנזקים שראוי לחלק הם אלה שנגרמו לאינטרס ההסתמכות העיקרית. סעיף 18(ב) אכן מדבר ב"שיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא... לשם קיום החוזה", ולא בסוגי נזקים אחרים. עם זאת נראה, שמלשון סעיף 18(ב) אין עולה האפשרות של פסיקת "שכר ראוי", שאף הוא בגדר נזק לאינטרס ההסתמכות העיקרית.

באשר לסוגי נזקים אחרים, ברוב המקרים ראוי לבית-המשפט להתחשב בהם, אפילו אינו מחלקם. הדבר ניתן להיעשות לפי החוק שלנו, כפוף, כמובן, למגבלות הסמכות של בית-המשפט, שעליהן הצבעתי לעיל.

חלוקת אחריות שווה בשווה הינה תחילת הדרך, אך לא בהכרח סופה. ייתכן שיהיו שיקולים שיחייבו סטייה מדרך חלוקה כזו, ולעיתים אף יותירו את כל הנזק על כתפיו של אחד הצדדים. החשובים מבין השיקולים האלה הם השיקולים הקשורים לכוונת הצדדים. כך יכול שיהא אפשר ללמוד מטיב היתסים החוזיים, כמו גם מתוכן החוזה, שלו נדרשו הצדדים לשאלה של תוצאות הסיכול בעת כריתת החוזה, לא היו מחלקים נזקים שווה בשווה. מובן שסעיף 18(ב) אינו מחייב את בית-המשפט לחלק נזקים שווה בשווה, וממילא ראוי לו לשקול כל שיקול שעשוי להביאו למסקנה, שחלוקה בלתי-שווה דווקא היא הצודקת במקרה הנדון לפניו.