

מדוע נכון לאחד את התרופות בחוזים ובנזיקין? תשובה לפרופ' דגן

מאת

יהודה אדר*

פרק התרופות בהצעת חוק דיני ממונות הוא ניסיון ליצירת דין תרופות אחיד שיחול על הפרת חיובים אזרחיים ובכלל זה הפרות חוזים ועוולות נזיקין. במאמרו של פרופ' דגן, "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת-יתר ועל ריבוי סעדים", הרואה אור במסגרת חוברת זו, מבקר פרופ' דגן את המהלך של האחדת דיני התרופות בהצעת הקודקס. דגן טוען כי יש במהלך האמור משום "האחדת יתר" בלתי ראויה, העלולה לטשטש את ההבדלים הנורמטיביים החשובים שבין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין. במאמר זה טוען המחבר כי שני המהלכים העיקריים המשמשים יסוד לביקורתו של פרופ' דגן על פרק התרופות בהצעת הקודקס – זה הנוגע להאחדת מערך התרופות בחוזים ובנזיקין וזה הנוגע לעיבוי וחזוקו של מערך התרופות האזרחיות – שניהם ביסודם מהלכים ראויים ומוצדקים מן הבחינה העיונית והמעשית גם יחד.

בחלקו הראשון של המאמר מוצגים בקצרה טיעוניו של דגן כנגד הצעת הקודקס. בחלק השני נבחנת ביקורתו העיקרית של דגן על הצעת הקודקס – הביקורת על האחדת התרופות בחוזים ובנזיקין בפרק התרופות. מטרת המחבר היא להראות כי בניגוד לטענתו של פרופ' דגן, ההבדלים בין דיני הנזיקין לבין דיני החוזים במישור תכליתי הדין ובמישור האינטרסים המוגנים אינם מצדיקים פערים משמעותיים – לא בסוגי התרופות בהן ראוי להכיר בתגובה להפרת זכויות חוזיות ונזיקיות, ולא בעקרונות היסוד שראוי להחיל על הפעלתן של תרופות אלה. לדעת המחבר, דיני החוזים ודיני הנזיקין חולקים מטרה משותפת אחת: יצירת איזון ראוי בין חירותו ורווחתו של הפרט לבין רווחתם וחירותם של הזולת והגנה על איזון זה. ממטרה משותפת זו נגזר גם עקרון-העל של דיני התרופות: עקרון ההשבה לקדמות. זאת ועוד, המחבר טוען שהעובדה שדיני הנזיקין הגנו באופן מסורתי על אינטרסים טיפוסיים שונים מאלה שבמוקד דיני החוזים אינה משנה את הצורך בדין תרופות אחיד. זאת, הן משום שהבחנה מסורתית זו

* מרצה, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית קרית-אנו. תודתי נתונה לידידי ועמיתי, עורך הדין מנחם פסטרנק, על הערותיו המצויינות. יבואו על התודה גם חברי מערכת "משפטים" על הטיפול המסור בכתב היד.

מאבדת מאחיותה בעידן המודרני והן משום שסוג האינטרס המוגן הוא רק שיקול אחד מבין קשת השיקולים הרלבנטיים בפסיקת תרופות. בחלקו השלישי של המאמר נבחנת הביקורת שמעלה פרופ' דגן כנגד המהלך של עיבוי וחיווק מערך התרופות האזרחיות. טענת המחבר היא כי ביקורתו של דגן איננה מתחייבת מהתובנות הריאליסטיות – החשובות כשלעצמן – עליהן הוא מתיימר לבססה. תובנות אלה אינן מתיישבות עם הטלת הגבלות גורפות על שיקול הדעת השיפוטי להיוקק לתרופות "חזקות" (כגון אכיפה, תשלום עונשי, וכיו"ב) באמצעות כללים שינסו לחזות מראש באילו מצבים צפויה להתעורר בעייה של אכיפת-חסר. לדעת המחבר המהלך הקודיפיקטיבי להאחדת מערך התרופות האזרחיות ולעיבויו הוא ראוי, באשר הוא מבטיח גישה חופשית של בית המשפט לסל תרופות מגוון ככל האפשר. בצירוף הכוונה חקיקתית נאותה שתבהיר את המטרות המיוחדות של כל תרופה ואת השיקולים העיקריים הרלבנטיים להפעלתה (תוך צמצום הסיכון להאחדת-יתר) עשוי פרק התרופות בהצעת הקודקס לשמש תשתית נאותה לדין תרופות מודרני, יעיל ומאוזן.

א. מבוא. ב. מדוע נכון לאחד את דיני התרופות בחוזים ובנוזיקין? 1. גבול הדמומים שבין דיני החוזים לבין דיני הנוזיקין; 2. הטיעון נגד האחדה של דיני התרופות בחוזים ובנוזיקין; 3. דיני החוזים מול דיני הנוזיקין – מטרות ואינטרסים מוגנים: (א) טיעונו של דגן; (ב) המטרה המשותפת של דיני החוזים ודיני הנוזיקין; (ג) האינטרסים המוגנים בחוזים ובנוזיקין; 4. החשיבות המוגבלת של סוג האינטרס המוגן בעיצובו של דין תרופות ראוי; 5. טיעון-משנה 3 והסתירה הפנימית הגלומה בו; ג. האם ראוי לחזק את דיני התרופות? 1. מבוא; 2. חיווק מערך התרופות בהצעת הקודיפיקציה – סקירה תמציתית; 3. פרק התרופות אינו מאמץ תיאוריה של זכויות מוחלטות; 4. תרופות, שיקול דעת וריאליזם משפטי; 5. חיווק מערך התרופות אינו מנוגד לערכים של סולידריות ושיתוף פעולה; ד. סיכום.

א. מבוא

חלק-המשנה השישי בחלק הרביעי של טיוטת הקודקס האזרחי החדש הוא ללא ספק אחד החידושים החשובים ביותר הגלומים בהצעת חוק דיני ממונות.¹ חלק-משנה זה, שכותרתו "תרופות בשל הפרת חיוב" (להלן: "פרק התרופות"), הוא חדשני לפחות בשלושה מובנים. ראשית, הוא מעגן בחוק חרות כללית-תרופות רבים שהתגבשו בהלכה הפסוקה, ובכך מעבה באורח משמעותי ביותר את הסדרי

1 ההצעה פורסמה באתר משרד המשפטים www.civilcode.justice.gov.il בחודש אפריל 2004.

החקיקה התמציתיים החולשים כיום על תחום התרופות במשפט האזרחי.² שנית, פרק התרופות כולל מספר לא מבוטל של חידושים. בהכללה ניתן לומר שמשקפת בו מגמה של חיזוק והרחבה של קשת התרופות שבתי המשפט האזרחיים מוסמכים לפסוק במסגרת יישובו של סכסוך אזרחי. שלישית, לפחות בקנה-מידה ישראלי הפרק צפוי לחולל מהפכה מושגית ותורת-משפטית ביוצרו "יש מאין" דין תרופות כללי – ענף משפט שלא היה מוכר עד היום בתורת-המשפט הישראלית.

במאמרו "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת-יתר ועל ריבוי סעדים", הרואה אור במסגרת חוברת זו,³ מנתח הנוך דגן את הסיכונים התורת-משפטיים הטמונים לדעתו בהצעת חוק דיני ממונות. לטענתו, מכיוון ששאפה מרכזית של הקודקס המוצע היא לאחד ולתאם באופן קוהרנטי ורציונלי בין הסדרים שונים במשפט האזרחי, ניתוח הסיכונים הגלומים בהצעה צריך להתמקד בחשש מפני האחדת-יתר, דהיינו: האחדת הסדרים שיש ביניהם הבדלים בעלי חשיבות נורמטיבית. לדעת דגן, "השטחה" כזו של הבדלים נורמטיביים היא מסוכנת משום שהיא עלולה להביא להחלת דין אחד על קטגוריות עובדתיות המשקפות דגמים שונים של קשרי-גומלין אנושיים.⁴ מתוך טענה כללית זו גזר דגן את ביקורתו הקונקרטית על אחדים מבין השינויים המבניים שהוא מכנה "המהלכים הקוהרנטיסטיים" של הצעת החוק. לדבריו, בעוד שחלק ממהלכי ההאחדה המוצעים בקודקס החדש הם רצויים באופן עקרוני (למשל, האחדת דיני תחרות הזכויות בפרק הנכסים),⁵ הרי חלקם האחר לוקה באופן מובהק בהאחדת-יתר. חיצו ביקורתו של דגן מופנים בהקשר זה אל שלושה מהלכי האחדה: (1) האחדת דיני התרופות בחוזים ובנויקין; (2) האחדת דיני הקניין החלים על מקרקעין, עם אלה החלים על מיטלטלין וזכויות רכושיות אחרות; ו-(3) מהלך של "ריבוי סעדים", קרי: הרחבת סמכותם של בתי המשפט האזרחיים להיזקק לסעדים חדשים

2 העיבוי המשמעותי ביותר (אם כי לא היחיד) נעשה בתחום דיני הפיצויים. כיום תרופת הפיצויים בשל הפרת חוזה מוסדרת בסימן ג' לפרק ב' לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: "חוק התרופות"). הסימן כולל שבעה סעיפים בלבד (סעיפים 10-16). בפקודת הנזיקין תרופת הפיצויים הכללית מוסדרת במסגרת פרק ה', בארבעה סעיפים בלבד (71, 76, 77, ו-86) ובכמה סעיפים נוספים, המסדירים היבטים דיוניים או תביעות פיצוי מיוחדות (תביעת תלויים, תביעת דיבה, תביעה כלפי הביטוח הלאומי, וכו'). לעומת זאת בהצעת הקודקס מוקדשים לנושא הפיצויים לא פחות מ-39 סעיפים (יותר מפי שלושה!).

3 חנוך דגן, "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת-יתר ועל ריבוי סעדים", משפטים לו 249 (תשס"ז).

4 ראו בעיקר בטקסט הסמוך להערות 9-32 במאמרו של דגן.

5 ראו בטקסט הסמוך להערות 35-39. אולם גם כאן טוען דגן, כי היה מקום ליצור הסדר מפורט ומגוון יותר. ראו בטקסט הסמוך להערות 40-44.

והחלה גורפת של סמכות זו על כל תביעה אזרחית. דגן רואה בכל אחד ממהלכים אלה, ובכולם יחד, עדות לסיכון הגלום בקודקס האזרחי המוצע – ובמידה רבה בכל מפעל קודיפיקטיבי – המעמיד כמטרה את השאיפה להבטיח קוהרנטיות ולבסס תורת־משפט כוללת.

מאמרו של דגן הוא מאמר חשוב. ראשית, הוא מהווה מקור השראה לכל חשיבה רצינית על היתרונות והחסרונות של קודקס אזרחי. שנית, המאמר מניח תשתית ראשונית להערכה ביקורתית של אחד החידושים המרכזיים של הקודקס המוצע – הלא הוא פרק התרופות.⁶ ואמנם, המעיין בדברי ההסבר לפרק התרופות לא ימצא בהם דיון מעמיק בהצדקות למהלך הרדיקלי לכאורה של יצירת דין תרופות אחיד החולש על כל הפרת זכות אזרחית, יהא אשר יהא מקורה הנורמטיבי.⁷ בנסיבות אלה, ולאור הטענות כבדי המשקל המועלים במאמר, צפה ועולה שאלת ההצדקה להאחדה של כלל התרופות האזרחיות – מהלך שהוא חדשני גם בקנה־מידה עולמי.⁸ שאלה זו מתחדדת לנוכח העובדה שבישראל טרם זכו דיני התרופות להכרה כענף משפטי נפרד ואוטונומי של המשפט האזרחי. במציאות זו אך טבעי להניח שיצירת פרק אחד העוסק ב"תרופות בשל הפרת חיוב" יעורר לא רק סקרנות אלא גם תמיהה, מבוכה ואף התנגדות בקרב רבים בקהילייה המשפטית בישראל.

6 זאת ועוד, כמובהר בהמשך המאמר, בחלק נכבד מהתובנות המשמשות יסוד לטיעוניו של דגן ראוי להתחשב בעת עיצובם של דיני התרופות.

7 ההסבר לאיחוד התרופות מובא בדברי ההסבר להצעת החוק בלשון תמציתית זו: "ייחודו של חלק משנה זה הוא בתחולתו על תחום הנזיקין והחוזים גם יחד. בכך באה לידי ביטוי הגישה, לפיה משעה שצמחה זכות לתרופות בשל הפרתו של חיוב, לזהותו של המקור המשפטי שהצמיח את הזכות לתרופה השפעה מוגבלת בלבד"; הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות, כרך ב (דברי הסבר לעיון הציבור) 201 (תשס"ד). הסבר דומה ניתן למצוא בספרו של פרופ' מיגל דויטש, החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה. מיגל דויטש, פרשנות הקודקס האזרחי, כרך א, 291 (תשס"ה): "אף שהרקע לצמיחתו של כל אחד מהמקורות לחיוב – החוזי והנזיקי – הוא שונה, כך שהאחד צומח באופן רצוני, בעוד שהאחר צומח מן הדין, ורקע זה יכול שישפיע על אופיה של התרופה, המצב הבסיסי דומה: זכות מהותית על פי חיוב נפגעה, והדין נחלץ להגן עליה, בעיקר באמצעות מודלים של הגנה בעין ושל פיצוי בגין נזק. קיימים קווי דמיון עקרוניים אשר מצדיקים הסדרים קרובים בנושא התרופתי, בין ההקשר החוזי להקשר הנזיקי". ראו בדומה גם שם, בעמ' 25. הדעת נותנת שדיון מפורט יותר בשאלת ההצדקה לאיחוד דיני התרופות התקיים במסגרת דיוניה של ועדת הקודיפיקציה, אולם למיטב ידיעתי הפרוטוקולים של דיוני הוועדה טרם הועמדו לעיון הציבור.

8 אם כי לא במידה שבה הדבר מוצג במאמרו של דגן. לביקורתנו על תיאור הדין המשווה על ידי דגן ועל הצגת פרק התרופות כמהלך "רדיקלי" ו"חסר תקדים בפרספקטיבה השוואתית" ראו להלן, הערה 17 והסקסט שלידה.

על רקע זה אבקש במאמרי לבחון באורה ביקורתית את הטענות המובאים במאמרו של דגן נגד איחוד דיני התרופות בחוזים ובנויקין. הטענה המרכזית שאנסה לבסס היא כי בניגוד לעמדתו של דגן, שני המהלכים העיקריים המשמשים יסוד לביקורתו על הצעת הקודקס – המהלך הנוגע להאחדת מערך התרופות בחוזים ובנויקין והמהלך הנוגע לעיבוי ולחזיקו של מערך התרופות האזרחיות – שניהם ביסודם מהלכים ראויים ומוצדקים מבחינה עיונית ומבחינה מעשית כאחד. אמת, פרק התרופות בקודקס המוצע איננו כליל-השלמות. ככל יצירה ראשונית אין ההצעה נקייה מליקויים – מהם רציניים וטעוני תיקון ושיפור ברמה המבנית, המושגית והתוכנית גם יחד.⁹ אולם, דווקא החשש מפני האחדת-יתר, העומד במרכז ביקורתו של דגן, נראה לי בלתי-מבוסס.

בחלקו הראשון של המאמר אבחן את טענותיו של דגן נגד האחדת דיני התרופות בחוזים ובנויקין. אבקש להראות שטענות אלה מושתתים על הנחה – לטעמי פורמליסטית למדי – שהחלוקה המסורתית של המשפט האזרחי לעילות חוזיות ולעילות נזיקיות משקפת חלוקה ברורה יחסית של העולם לשתי קטגוריות-עובדה (fact category), שמעצם טיבן ומהותן ראוי שיצמחו (לפחות לכאורה) מערכות תרופתיות נפרדות. מטרת הדיון היא להבהיר מדוע הנחה זו איננה משקפת נאמנה את המציאות המשפטית, ומדוע ההבדלים בין דיני הנויקין לבין דיני החוזים אינם מצדיקים פערים משמעותיים – לא בסוגי התרופות שבהן ראוי להכיר בתגובה להפרת זכויות חוזיות ונזיקיות, ולא בעקרונות היסוד שראוי להחיל על הפעלתן של תרופות אלה. לתפיסתי, דין תרופות ראוי הוא דין המאפשר לבית המשפט – בכל סיטואציה נתונה של הפרת זכויות – נגישות מרבית למגוון רחב ככל הניתן של תרופות. גישה כזו נראית לי מתחייבת מהמגוון העצום של המצבים והאופנים שבהם זכויות אזרחיות עשויות להיות מופרות – זכויות חוזיות, זכויות נזיקיות או זכויות שמקורן בדין אחר. אמנם כן, שיקול הדעת השיפוטי בשאלת סוג התרופה המתאים לטיפול בהפרת זכויות נתונה – כמו גם בשאלה באיזה היקף או עוצמה ראוי להפעיל כל תרופה ותרופה – טעון הכוונה; הכוונה זו ניתנת להשגה באמצעות ניסוח עקרונות משפטיים (חקוקים או הלכתיים) שיבהירו את המטרה המיוחדת ואת המגבלות המיוחדות של כל תרופה, כמו גם את השיקולים המרכזיים הרלבנטיים להפעלתה. מעקרונות ושיקולים אלה – ולא מההבחנה המסורתית בין עילות חוזיות לעילות נזיקין – יש לגזור בנסיבות כל מקרה ומקרה את ההחלטה בדבר ישימותה או אי-ישימותה של תרופה פלונית. ההבחנה המסורתית בין חוזים לנזיקין מיוסדת על סיווג מקורה המשפטי של הזכות שהופרה (עילת התביעה). כפי שיובהר במאמר, סיווג זה של

9 על חלק מליקויים אלה עמדתי במאמרי "על הדבש ועל העוקץ: הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" (יראה אור במשפט ועסקים ה' (תשס"ו)).

עילת התביעה אינו צריך להשפיע, וודאי שלא באופן נחרץ, על קשת התרופות העשויות להיות רלבנטיות לתיקון הפגיעה בזכות (החוזית או הנזיקית). הטעם לכך הוא שהתרופות אינן אלא דרכים שונות לתיקונו של עוול הנגרם כתוצאה מהפרת זכות. דרכים אלה עשויות להיות רלבנטיות במידה כזאת או אחרת הן לתיקונו של עוול שמקורו בביצוע עוולה והן לתיקונו של עוול שמקורו בהפרת חוזה. יתרה מכך: משום שמטרת העל של התרופות היא אחת (תיקון עוול שמקורו בהפרת זכות) גם דיני התרופות (שהם העקרונות המשפטיים החולשים על פסיקת תרופות) הינם – ובמידה שאינם ראוי שיהיו – אחידים. העובדה שדיני הנזיקין הגנו באופן מסורתי בעיקר על אינטרסים גופניים וקנייניים, בעוד שדיני החוזים הגנו בעיקר על אינטרסים כלכליים טהורים, אינה משנה את הצורך בדין תרופות אחיד. זאת, גם משום שסוג האינטרס המוגן הוא רק שיקול אחד מבין השיקולים הרלבנטיים בפסיקת תרופות, וגם משום שבעידן המודרני הן דיני החוזים והן דיני הנזיקין כשירים להגן ומגינים בפועל על כל סוגי האינטרסים המוגנים.

בחלקו השני של המאמר אבחן את הביקורת שמתח דגן במאמרו על עיבויו וחיוקו של מערך התרופות האזרחיות בהצעת החוק. גם הפעם, כך אטען, ביקורתו של דגן איננה מתחייבת מהתובנות הריאליסטיות – החשובות כשלעצמן – שעליהן הוא מתיימר לבססה. תובנות אלה אינן מתיישבות, ובמידה רבה הן אף סותרות, את עמדתו כי ראוי להגביל את שיקול הדעת השיפוטי להיזק לתרופות "חזקות" (כגון אכיפה, פיצויים עונשיים, וכיו"ב) באמצעות כללים שינסו לחזות מראש באלו מצבים ולגבי אלו סוגי זכויות אזרחיות צפויה להתעורר בעיה של אכיפת-חסר. גם כאן, לטעמי, עמדתו של דגן משקפת גישה פורמליסטית שאיננה ראויה לאימוץ, בוודאי לא בתחום התרופות, שבו כאמור דרושה גמישות מרבית בהתאמת האמצעי התרופתי לנסיבות המיוחדות של המקרה. מה שדרוש לשם הכוונה ראויה של שיקול הדעת השיפוטי בהקשר דגן איננו כלל פורמלי שיבקש לחזות באופן ממצה (קרוב לוודאי בלא הצלחה מרובה) את המצבים שבהם יתעורר צורך באמצעי תרופתי זה או אחר; הנדרש לעיצובו של דין תרופות יעיל הוא הקפדה על שני עקרונות מנחים: האחד – גישה חופשית של בית המשפט לסל תרופות מגוון ככל האפשר; והאחר – הכוונה חקיקתית ראויה (באמצעות עקרונות, להבדיל מכללים) שתבהיר מהן המטרות המיוחדות של כל תרופה ומהם השיקולים העיקריים הרלבנטיים להפעלתה.

המהלך הקודיפיקטיבי להאחדה של מערך התרופות האזרחיות והמהלך לחיזוקו ולעיבויו של מערך זה מבטיחים את מימושו בשיטתנו של העיקרון הראשון, ומכאן ששניהם מהלכים חשובים וראויים. הוראות אחרות בפרק התרופות (בעיקר אלה העוסקות בתרופת הפיצויים) מיישמות את העיקרון השני, ובכך מצמצמות את הסיכונים להאחדת-יתר, עליהם עמד דגן במאמרו. לפיכך, הגם שנותרה עדיין

מלאכה רבה (בעיקר ביישום העיקרון השני על יתר התרופות), ניתן לומר בסיפוק כי פרק התרופות בקודקס המוצע הוא יצירה שעם השלמתה יוכל המשפט הישראלי לא רק להתפאר בה אלא גם להפיק ממנה תועלת מרובה.

ב. מדוע נכון לאחד את דיני התרופות בחוזים ובנוזיקין?

1. גבול הדמדומים שבין דיני החוזים לבין דיני הנוזיקין

היחס בין דיני החוזים לבין דיני הנוזיקין ושאלת האפשרות לתחום את גבולותיהם על יסוד עיוני או רעיוני ברור גזלו בעבר וממשיכים גם כיום לגזול משאבים רבים ממיטב המוחות המשפטיים.¹⁰ במאמר זה אין בכוונתי לנסות ולמצות את

10 "...marking that boundary line (between contract and tort) has been acknowledged by some of our ablest scholars to be among the most perplexing challenges in the law" Timothy J. Sullivan, "Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and the Illusion of Legal Change," 61 *Minn. L. Rev.* 207, 237 (1977). לתיאור מקיף ומאלף של הנסיונות העיקריים – והבלתי-מוצלחים בעיקרם – להבחין באופן ברור בין דיני החוזים לבין דיני הנוזיקין, תוך הבחנה בין מסורות המשפט השונות (רומניסטית, גרמנית, אנגלו-אמריקנית) ראו *International Encyclopedia of Comparative Law Vol. 11 (Torts)* (André Tunc gen. ed., 1971) ch. 1 (Introduction, by André Tunc) paras. 32-45; *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 7 (Contracts)* (Arthur T. Von Mehren gen. ed., 1982) ch. 1 (A General View of Contract, by Arthur T. Von Mehren) pp. 3-5. לתיאור תמציתי של חלק מהבעיות שבהבחנה בין חוזים לנוזיקין ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים 78-87 (תשנ"ג). להשוואה בין הגישה הקונטיננטלית לגישה האנגלו-אמריקנית ליחס בין שני הענפים ראו Mary A. Glendon, "Observations on the Relationship between Contract and Tort in French Civil Law and Common Law," 11 *Revue de Droit de L'universite de Sherbrooke* 213 (1980). לאסופת מאמרים קצרה בנושא היחס המורכב בין ענפי דין החיובים ראו *International Colloquium on Classification of Private Law: Bases of Liability and Remedies* (2001) (unpublished summary). לבעיית הסיווג של ענפי משפט בכלל ושל דיני החוזים והנוזיקין בפרט ראו, למשל, Jay M. Feinman, "The Jurisprudence of Classification," 41 *Stan. L. Rev.* 661 (1989); *The Division and Classification of the Law* (John A. Jolowicz ed., 1970). להבחנה המסורתית בין שלושת ענפי דין החיובים ולהצעת סיווג חדש ראו Steve Hedley, "Contract, Tort and Restitution; or, On Cutting the Legal System Down to Size," 8 *Leg. Stud.* 137 (1988). לדעה התומכת בשימור ההבחנות המסורתיות ראו Andrew S. Burrows, "Contract, Tort and Restitution – A Satisfactory Division or Not?," 99 *L.Q.R.* 217 (1983). מעניין לציין ששתי שיטות משפט דחו לחלוטין (!) את ההבחנה בין אחריות חוזית לאחריות נוזיקית: צ'כיה (בקודקס האזרחי משנת 1950) וסנגל. לדיון בשיטות אלה ראו Tunc, שם,

הדיון בסוגיה סבוכה זו, ואסתפק בכמה הערות כלליות הנוגעות ליחס המסתמן בין שני ענפי משפט אלה בעידן המודרני – וזאת כרקע לדיון בשאלת ההצדקה למיזוגן האפשרי של התרופות בחוזים ובנזיקין. ראשית, אין חולק כי לפחות במשפט המקובל צמחו דיני החוזים מתוך דיני הנזיקין.¹¹ שנית, למרות הפרדה העיונית והתורת-משפטית בין שני ענפים אלה, שהתבססה בשתי המאות האחרונות בעיקר בעולם האנגלו-אמריקני, קיימת כיום הכרה הולכת וגוברת בכך שמבחינות רבות קיים דמיון בין הדינים, ובכך שדמיון זה הולך ומתרחב.¹² שלישית, מבחינה

בפסקה 48 וכן André International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 11 (Torts) (André Tunc gen. ed., 1983) ch. 12 (Complex Liabilities, by Tony Weir) p. 4 (notes 6 & 7).
לניסיון מודרני לספק בסיס עיוני להבחנה בין שני הענפים ראו, למשל, Jules L. Coleman, "Contracts and Torts," 12 *L. & Phil.* 71 (1993).

11 לסקירה היסטורית של תהליך זה ראו, למשל, Michael Bridge, "The Overlap of Tort and Contract," 27 *Revue De Droit De McGill* 872 (1982).
ראו גם מאמרו החשוב של William L. Prosser, "The Borderland of Tort and Contract," in *Selected Topics on the Law of Torts* 380 (1953).
להתפתחויות מודרניות יותר במשפט האנגלו-אמריקני ראו, למשל, Michael P. Furmston, "Contract and Tort after Denning," *Denning L.J.* 65 (1987).

12 הדמיון ניכר בכמה מישורים: ראשית, ההנחה המקובלת שהחייב החוזי הוא רצוני והחייב הנזיקי אינו רצוני איננה מדויקת. למעשה, ככלל, הכניסה לחבות חוזית מותנית במבחנים אובייקטיביים שאינם דורשים רצון חופשי אמיתי, אלא אך העדה חיצונית על רצון כזה (ראו, למשל, סעיפים 2 ו-5 לחוק החוזים). המגמה הכללית של הקלה בכניסה לתחום החבות החוזית, והנטייה השיפוטית להקל בדרישת המסוימות ולהשלים פרטים מהותיים בחוזה באמצעות סטנדרטים אובייקטיביים (נוהג, הוראות השלמה, סבירות, תום לב) אף היא מכרסמת בנכונות האמירה כי החייב החוזי הוא תמיד (או אפילו במרבית המקרים) רצוני. על כך ניתן להוסיף את ההתערבות הגוברת בתוכן החוזה משיקולים של תקנת הציבור. למגמה זו ראו גבריאלה שלו, "סוס הפרא – לאן, או מה ארע לתקנת הציבור?" קרית המשפט ב 21 (תשס"ב). מנגד, גם האחריות הנזיקית תלויה במקרים רבים בקיומו של קשר משפטי רצוני (חוזי או מעין-חוזי). לעניין זה ראו, למשל, Israel Gilead, "Non-Consensual Liability of a Contractual Party: Contract, Negligence, Both or In-Between?," *Theoretical Inq. L.* 511 (2002).
שנית, ההנחה שדיני הנזיקין באים להגן מפני פגיעה בסטטוס-קוו, בעוד שדיני החוזים באים להגן מפני פגיעה בציפיות לעתיד, אף היא אינה נכונה וספק אם הייתה נכונה אי-פעם. דיני הנזיקין מכירים בנזק עתידי שטרם התגבש כנזק בר-פיצוי, ובכך מגינים למעשה על אינטרס הקיום (או הציפייה) של הניזוק להיות במקום שבו עתיד היה לעמוד אלמלא העוולה – ממש כשם שדיני החוזים עושים זאת. מאידך גיסא, גם דיני החוזים באים להגן על הסטטוס-קוו: מטרתם להשיב את מצבו של הנפגע מהפרת חוזה לקדמותו במובן של השבתו למקום שבו היה עומד אלמלא הופר החוזה, כלומר: אלמלא נגזלו ממנו המשאב או הזכאות שהעניק לו הקשר החוזי. נקודה זו מודגשת אצל גבריאלה שלו ויהודה אדר, "תרופות בשל הפרת חיוב – מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" (יראה אור בקרית המשפט ו (תשס"ו)). שלישית, גם ההבחנה המסורתית שלפיה רק במסגרת דיני החוזים מוטלת אחריות בגין מחדלים, בעוד שבדיני הנזיקין מוטלת אחריות רק בשל נזק שנגרם באופן אקטיבי, איננה משמעותית

כפי שהייתה. באופן עקרוני אין כיום מניעה להטיל אחריות בנויקין למחדלים (למשל: הטעיה במחדל, הימנעות מנקיטת אמצעי זהירות מתחייבים וכו'). לדיון מקיף בתולדות ההבחנה האנגלית בין מעשה ומחדל כמבחן לתיחום דיני החוזים מדיני הנויקין ראו Prosser, הערה 11 לעיל, בעמ' 387-422. רביעית, ההנחה שהאחריות החוזית היא מוחלטת בעוד שהאחריות בנויקין מבוססת על אשמה גם היא בלתי-מדויקת – ודאי לא במשפט הישראלי, שבו אחריות מפר החוזה מסויגת וממותנת על ידי עקרון תום הלב, מוסד האשם התורם ושיקולי צדק העשויים להגביל את תרופות האכיפה, הביטול וההשבה. חמישית, בעידן המודרני, הן דיני החוזים והן דיני הנויקין מספקים הגנה על כל סוגי האינטרסים (מרכיבי הרווחה) של הנפגע מהפרת החיוב – האינטרס החוזי או האינטרס הנויקי בהתאמה (להרחבה בנקודה זו ראו פרק ב.3.ג. להלן). שישיית, גם בדיני החוזים, כבדיני הנויקין, קיימת התחשבות באינטרסים ציבוריים ובשיקולי מדיניות החוגים מעניינם של שני הצדדים ליחס-הגומלין (החוזי או הנויקי). כך, למשל, כשם שבנויקין שיקולים מוסדיים כגון החשש מפני הצפת בתי המשפט וחסכון בעלויות התדיינות משפיעים על הצרה של היקף האחריות בעולות הרשלנות, כך בדיני החוזים מקבלים שיקולים דומים ביטוי במסגרת דוקטרינות חוזיות שונות (כגון דרישת המסוימות, חריג הפיקוח לתרופת האכיפה, וכיו"ב). זאת ועוד: דומה שכמו בנויקין, אף בהקשרים חוזיים לא יימנע בית המשפט במקרים מסוימים ממתן ביטוי בפסיקתו לשיקולים ציבוריים מובהקים כגון יעילות כלכלית (ראו, למשל, דברי השופט אנגלרד המובאים בסוף הערה 105 להלן) או הצורך בהגנה על זכויות וערכי יסוד (ראו, למשל, את דברי השופט ומיר בע"א 3833/93 לוינ' לוינ' פ"ד מח(2) 862, 878: "...הצדק בסעיף (4) לחוק התרופות אינו רק צדק אישי, אלא הוא כולל גם צדק ציבורי... אינטרס הציבור כולל גם את ההגנה על ערכי היסוד של שיטת המשפט"). זאת ועוד: כשם ששיקולי הרתעה וענישה (שהם מובהקים שיקולים ציבוריים) מחלחלים לכללי האחריות בנויקין בהקשרים שונים, כך הדבר אף בדיני החוזים. לניתוח ביקורתי של היבטים עונשיים בפסיקת תרופות אורחיות בכלל ובפסיקת תרופות חוזיות בפרט ראו יהודה אדר, התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים, 86-85, 90-101, 204-209 (עבודה לתואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ד). לבסוף, ניתן להזכיר כי על פי תורת הפרשנות התכליתית השלטת כיום בבית המשפט העליון, חוזים יש לפרש לא רק לאור תכליתם הסובייקטיבית (כוונת הצדדים) אלא גם לאור תכליתם האובייקטיבית (כוונה של צדדים הוגנים, סבירים, הנוהגים בהתאם לערכי היסוד של שיטת המשפט). לעניין זה ראו גם התייחסותנו בהערה 96 להלן. שביעית, גם ההבחנה המסורתית – שלפיה החיוב החוזי הוא חיוב מופנה כלפי פרט ספציפי, בעוד שהחיוב הנויקי מופנה כלפי קשת בלתי-מוגדרת של אנשים – איננה מדויקת, שהרי גם דיני הנויקין מגבילים, לעתים במידה משמעותית, את קשת האנשים שכלפיהם מוכרת חובת זהירות. כידוע, חובת הזהירות ברשלנות היא לעולם חובה קונקרטית שבין מוזיק לניזוק, ואין די בחובה כללית המוטלת על כולי עלמא או על קטגוריה כללית של מוזיקים; ראו ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, פ"ד לז(1) 113, 125; וכן ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 67. להכרה בכרסום בהבחנות מסורתיות אלה והבחנות נוספות בין דיני החוזים לבין דיני הנויקין ראו, למשל, Gilead, שם, בעמ' 511-513 וכן Barry J. Reiter, "Contracts, Torts, Relations and Reliance," in *Studies in Contract Law* 235 (Barry J. Reiter & John Swan eds., 1980). ראו גם המקורות הנזכרים בהערה 10 לעיל. קיצוני בגישתו כלפי שאלת היחס בין דיני החוזים לדיני

עובדתית, בשל התרחבות דיני הנזיקין לאורך המאה ה-20, קיימים כיום אזורי חפיפה רחבים שבהם יש לשתי מערכות הדינים תחולה מקבילה.¹³ באזורים אלה מחריף עוד יותר הקושי בשימורן של הבחנות בין שתי מערכות הדינים.¹⁴

הנזיקין היה Grant Gilmore, שבספרו הידוע אודות "מות החוזה" צפה היטמעות מוחלטת של הראשונים באחרונים. נבואה קודרת זו עוררה בשעתה פולמוס רחב; ראו, למשל, Symposium: "Individual Responsibility and the Law, Panel III: The Death of Contract Gilmore and the Rise of Tort," 77 *Cornell L. Rev.* 1021 (1992). עמדות דומות לאלה של Gilmore קיבלו ביסוס אקדמי מרשים בכתיבתו של Patrick Atiyah מאוניברסיטת אוקספורד; ראו, למשל, מאמרו הידוע של Patrick S. Atiyah, "Contract, Promises and the Law of Obligations," in *Essays on Contract* 10 (1986).

13 לדיון בהתקרבות של שני הענפים בעקבות התרחבותה של עוולת הרשלנות במאה ה-20 ראו, למשל, Werner Lorenz, "Some Thoughts about Contract and Tort," in *Essays in Memory of Professor F.H. Lawson* 86 (1986). ככלל, ניתן לומר שתהליך התרחבותם של דיני הנזיקין במאה ה-20 הוא חוצה גבולות. לדיון השוואתי מאיר-ענייני בתהליך זה ראו Tunc, הערה 10 לעיל, בעמ' 39-55. להתרחבותם ההדרגתית של דיני הנזיקין ודיני החוזים בישראל בעשורים האחרונים ראו מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 107-105 (תשנ"ג). האפשרות לתחולה מקבילה וחופפת של דיני הנזיקין לצד דיני החוזים על אותה מסכת עובדתית ויחסי הגומלין שבין העילות והתרופות הובהרו היטב בפסיקתו של בית המשפט העליון. ראו, למשל, את דברי השופט ברק (כתוארו אז) ד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 262-271 (פסקות 4-18) והשוו לדבריו של השופט חשין בע"א 3666/90 מלון צוקים נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 69-72 (פסקות 6-12). שאלת החפיפה בין הענפים נדונה באריכות גם בפסק דינו של השופט חשין ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורם אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289.

14 הכתיבה אודות הבעיות הנוצרות באזורי החפיפה או הגבול שבין דיני החוזים לדיני הנזיקין היא נרחבת ביותר; ראו, למשל, Peter W. Thornton, "The Elastic Concept of Tort and Contract as Applied by the Courts of New York," 14 *Brooklin L. Rev.* 196 (1948); W.D.C. Poulton, "Tort or Contract," 82 *L.Q.R.* 346 (1966); G.H.L. Fridman, "The Interaction of Tort and Contract," 93 *L.Q.R.* 422 (1977); Jonathan M. Albano, "Contorts: Patrolling the Borderland of Contract and Tort in Legal Malpractice Actions," 22 *Boston College L. Rev.* 545 (1981); William Bishop, "The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance," 12 *J. Leg. Stud.* 241 (1983); Richard E. Speidel, "The Borderland of Contract," 10 *N. Ky. L. Rev.* 163 (1983); Jon Holyoak, "Tort and Contract after Junior Books," 99 *L.Q.R.* 591 (1983); Robin Cooke, "Tort and Contract," in *Essays on Contract* 222 (Paul D. Finn ed., 1987); Keith M. Mason, "Contract and Tort: Looking Across the Boundary from the Side of Contract," 61 *The Australian L.J.* 228 (1987); Jane Swanton, "The Convergence of Tort and Contract," 12 *Sydney L. Rev.* 40 (1989); Thomas C. Galligan, "Contortions along the Boundary between Contracts and Torts," 69 *Tulane L. Rev.* 457 (1994); M.M. Loubser, "Concurrence of Contract and Tort," in *Law*

הקושי להבחין בין דיני החוזים לבין דיני הנויקין מתבטא באופן מובהק בתחום התרופות. בעשורים האחרונים גוברת ההכרה בכך שגם תחת ההנחה (השנויה במחלוקת) שהחובות הראשוניות שמטילים דיני החוזים ודיני הנויקין נבדלות זו מזו בטיבן, הרי שבמישור התרופתי המצב שונה. לדעת הוגים רבים, בקונטיננט ובמשפט האנגלו-אמריקני כאחד, ההבדלים האמיתיים בין הדינים החולשים על התרופות בשני התחומים לא היו מעולם כה חריפים, ומכל מקום הם הולכים ונעלמים בהדרגה.¹⁵ התמזגות זו ניכרת במיוחד באזורי החפיפה שבין התחומים – שם, כאמור, כל פער בין הדינים הוא בעייתי ביותר – אך גם מחוצה להם. בשיטות קונטיננטליות רבות – ובניגוד לרושם העולה מתיאורו של דגן¹⁶ – הקודקסים האזרחיים מאחדים חלק ניכר מהעקרונות התרופתיים החלים על עוולות נויקין ועל הפרות חוזים.¹⁷ לעומת זאת, במשפט המקובל ההפרדה המושגית

in Motion 327 (1st World Law Conference, 1996). לסקירת הגישות השונות כלפי סוגיית האחריות המקבילה ראו Weir, הערה 10 לעיל, בעמ' 24–39.

15 “Contract and tort have never been two entirely distinct forms of liability, though we tend to view them as though they were”. Randy E. Barnett & Mary E. Becker, “Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities and Misrepresentations,” 15 *Hofstra L. Rev.* 443, 445 (1987); “There is an increasing awareness among lawyers and law-makers of the artificiality of drawing a rigid distinction between tort and contract” Swanton, הערה 14 לעיל, בעמ' 74. אחד המלומדים תיאר את היחס בין הענפים כיחס לדברי אותו מלומד: “theoretical duality and technical unity”; ראו Bridge, הערה 11 לעיל, בעמ' 872. “While it still remains accurate to point to the theoretically dual nature of the two regimes of liability... it is difficult to deny their technical unity in the nature of the two regimes of liability... fact of developments reducing the significance of the distinction” Swanton, הערה 10 לעיל, בעמ' 914. מלומד קונטיננטלי חשוב קבע כי למרות שדיני החוזים ודיני הנויקין מטפלים בבעיות שונות, הרי שבתחום התרופתי הדינים הולכים לקראת מיווג: “Tort and Contract would still be two fields of law, each with separate problems, but the consequences of liability would be the same whether liability resulted from the breach of a contract or from a tort” ראו Tunc, הערה 10 לעיל, בעמ' 28. להצגה תמציתית של ההבחנות המסורתיות העיקריות בין דיני התרופות בחוזים ובנויקין ראו, למשל, Weir, הערה 10 לעיל, בעמ' 15–7 וכן Loubser, הערה 14 לעיל, בעמ' 343–356. ראו גם במאמרה של Swanton, שם, בעמ' 59–73.

16 ראו במיוחד הסקירה המובאת על ידו בהערה 54, והטקסט הסמוך לה.

17 הקוד הנפוליאוני משנת 1804 אמנם אינו כולל פרק נפרד על תרופות, ואינו מעיד על ניסיון ללכד את הדיון בהן (אפילו בתחום החוזי התרופות השונות אינן מופיעות יחד). עם זאת, מבחינה מהותית, הוראות מתחום אחד מוחלות לעתים מכוח הפסיקה על מצבים מתחום אחר (דוגמה מובהקת היא סעיף 1382 לקודקס, הקובע את עקרון השבת המצב לקדמותו, אשר הוחל בפסיקה על חוזים ועל נויקין גם יחד). בקודקסים מודרניים יותר מגמת ההאחדה ברורה יותר וניכר מאמץ לאחד את הדיון, לפחות בחלק מהעקרונות החלים על הפרת חיובים בחוזים ובנויקין. בעניין זה קיימים הבדלי סגנון בין הקודקסים

והמתודולוגית בין התרופות בשני התחומים מושרשת יותר בתודעתם של מלומדים ושופטים. מכל מקום, בספרות המשפטית – ומעת לעת גם בפסיקה – ניתן למצוא הכרה מתרחבת בצורך לבחון מחדש את שאלת היחס בין התרופות בשני התחומים.¹⁸

במדינות השונות. מודל נפוץ יחסית הוא של הוראות יסוד החלות על שני התחומים לצד הוראות מיוחדות המתייחסות לכל תחום בנפרד. לדוגמה, בקודקס האזרחי הגרמני (B.G.B.) קבועה הזכות הבסיסית לאכיפת החיוב ולפיצויים על הפרתו בחלק הכללי של ספר החיובים (החל על כל החיובים). ניסיון מפורש יותר להאחדה נעשה בקודקס החיובים השווייצרי משנת 1911. כאן, 14 הוראות כלליות העוסקות בתרופות חוברו להן יחדיו תחת תת-הפרק העוסק ב"תוצאות אי-קיום החיוב" (סעיפים 97–109). סעיף 99 לקודקס זה מוסיף וקובע במפורש כי העקרונות החלים על פיצויים בנוזיקין (סעיפים 41–61) יהולו, בשנייה המחויבים, גם על הפרת חוזה. המהלך לעבר הרמוניזציה של דיני התרופות אומץ במידה מסוימת גם בקודקס האיטלקי משנת 1942 ובקודקס הפורטוגלי משנת 1967: קודים אלה מטפלים באחריות החוזית והנוזיקית בנפרד, ואף על פי כן מאחדים חלק ניכר מכללי הפיצויים (ראו בהתאמה הוראות סעיפים 2056, 1218–1229 בקודקס האיטלקי; 562–572 בקודקס הפורטוגלי). הניסיון המודרני הבולט ביותר להאחדת התרופות נעשה בקודיקציות החדשות של הולנד (1992) ושל קובק (1994). ספר החיובים בקודקס ההולנדי מקדיש שני תתי-פרקים מפורטים לדיון בתרופות: תת-הפרק הראשון, המכונה "תוצאות אי-קיום", כולל 21 הוראות (סעיפים 74–94), ותת-הפרק השני עוסק ב"חיוב לתקן נזק" וכולל 14 הוראות (סעיפים 95–108); ואילו הקודקס של קובק כולל את מרבית דיני התרופות תחת תת-הפרק בחלק החיובים המכונה "הזכות לאכוף קיום" (סעיפים 1590–1645). חוק החיובים האסטוני החדש משנת 1992 אף הוא כולל פרק נרחב – ויחיד – העוסק בהפרת חיובים ובתרופות בגין הפרה. כאמור, בצ'כיה ובסנגל אוחדה לחלוטין האחריות בחוזים ובנוזיקין (ראו הערה 10 לעיל). לסקירת הדרכים השיפוטיות להסדרת תחום התרופות בשיטות הקונטיננטליות ראו International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 11 (Torts) (André Tunc gen. ed., 1971) ch. 8 (Consequences of Liability: Remedies) para. 7. ראו גם ריקרדו בן-אוליאל ורנה סנילביץ, חוות דעת מס' 10807, מחקר השוואתי בנושא תרופות בחוזים ובנוזיקין (הוגשה למשרד המשפטים עבור ועדת הקודיקציה, ללא תאריך) עמ' 4–8. לסיכום: טענתו של דגן בפתח הערה 45 במאמרו, כי "אפילו בדוגמות המובהקות ביותר של קודקסים קונטיננטליים – כגון הגרמני, האיטלקי, הצרפתי, השווייצרי וההולנדי... נשמרת ההבחנה בין דיני התרופות בחוזים ובנוזיקין" איננה מדויקת.

18 על כך מעידה בבירור הפריחה הגדולה שידעה הספרות העוסקת בדיני התרופות החל בשנות ה-80 של המאה הקודמת, ספרות שעצם קיומה משקף הכרה בכך שקיימת הצדקה עיונית ומעשית לדון יחד בתרופות שמקורן בענפי משפט שונים. לספרות יסוד בדיני התרופות ראו, למשל, Andrew S. Burrows, *Remedies of Torts and Breach of Contract* (2nd ed. 1994); Donald Harris, David Campbell & Roger Halson, *Remedies in Contract and Tort* (1988); Michael J. Tilbury, *Civil Remedies* (1990); Dan B. Dobbs, *Law of Remedies* (2nd ed. 1993); Fredrick H. Lawson, *Remedies of English Law* (2nd ed. 1980); Kenneth H. York, John A. Bauman & Doug Rendleman, *Remedies, Cases and Materials*

נראה, כי מגמת המיזוג והאיחוד של העקרונות התרופתיים בתחומי החוזים והניקין בולטת במיוחד בישראל. אמנם, בספרות אין למצוא דיון נרחב ביחס בין שני התחומים – לא בתחום התרופתי, ואף לא בהקשרים רחבים יותר;¹⁹ אולם דווקא פסיקתו של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים משקפת נכונות לצמצם את הפערים שבין דין העילה החוזית לבין דין העילה הניקית.²⁰ זאת

(5th ed. 1992); David Schoenbrod & others, *Remedies: Public and Private* (1996); Douglas Laycock, *Modern American Remedies, Cases and Materials* (2002); Benjamin Andoh & Stephen Marsh, *Civil Remedies* (1996); John F. O'Connell, *Remedies in A Wrongs and Nutshell* (1985). שני קובצי מאמרים חשובים העוסקים בתרופות הם *Remedies in the 21st Century* (Peter Birks ed., 1996); *Remedies: Issues and Perspectives* (Jeffrey Berryman ed., 1991). השוואות בין דיני התרופות בחוזים ובניקין ניתן למצוא בחלק גדול מהמאמרים הנזכרים בהערה 14 לעיל. למאמר חשוב נוסף ראו, Joost Blom, "Remedies in Tort and Contract: Where is the Difference?," ch. 16, 395 in *Remedies, Issues and Perspectives* (Jeffrey Berryman ed., 1991). להכרה פסיקתית במגמה למוג את התרופות ראו, למשל, בקנדה (בהקשר להחלת מוסד ה"פיצויים העונשיים" בתביעות חוזיות): *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1981) 136 D.L.R. (3rd) 49, 65 (Ont. H.C.) (per Linden, J.): "In recent years, the principles of damages in tort and contract are becoming more consistent. That is good and should be encouraged. By allowing punitive damages for contract breach, that laudable trend will be advanced"

19 יוצא־דופן הוא מאמרו של גלעד, הנזכר בהערה 12 לעיל. חיבורו המעמיק של אריאל פורת על אודות האשם התורם בדיני החוזים מצוי, כמובן, בתפר שבין דיני החוזים לדיני הניקין, אולם הדיון בו איננו השוואתי בעיקרו אלא מתמקד בפיתוחו של מוסד האשם התורם בתחום החוזי. אריאל פורת, חלוקת אחריות בדיני חוזים 72–74 (עבודת תואר דוקטור, אוניברסיטת ת"א, 1989); אריאל פורת, הגנת אשם תורם בדיני חוזים 29–32 (ירושלים, תשנ"ז).

20 דוגמות מובהקות למגמה זו הן ההלכות שהחילו בתחום החוזי, בהתאמה, את עקרון האשם התורם, את תרופת תשלומי ההשבה ואת דוקטרינת הפיצויים המוגברים, שעד לאותן פסיקות נחשבו (ובמשפט המקובל נחשבות עד היום) כדוקטרינות נזיקיות מובהקות. ראו בהתאמה ע"א 3912/90 Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 85 (הנשיא שמגר הכיר במוסד האשם התורם בחוזים בין היתר בהסתמך על הנימוק שיש בהכרה זו "כדי לאחד את עקרונות הפיצוי בין דיני הניקין לדיני החוזים"); עניין אדרס, הערה 13 לעיל; ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31, 41 (בהערת אגב הכיר השופט ברק בסמכות לפסוק פיצוי מוגבר – להבדיל מפיצוי עונשי – בתביעה על הפרת חוזה). ראו גם דברי השופט חשין בעניין צוקים, בהערה 13 לעיל, בעמ' 77, שם השווה השופט חשין בין הצורך להרתיע מהפרות חוזים (באמצעות הכרה רחבה בפיצויי הסתמכות) לבין הצורך להרתיע ולמנוע עוולות נזיקין הכרוכות בהפרת אמון; השוו לדברי השופט אור בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל חיפה, פ"ד נג(4) 526 (פסקה 24 לפסק דינו) המסתמך על הטענה כי "אין כל טעם רצינונלי להבחין בין עילת תביעה חוזית לבין עילת תביעה נזיקית הנטועות באותה מערכת יחסים עצמה"

ועוד: מעט המלומדים והשופטים שהתייחסו לשאלה בעבר – והם מבכירי המשפטנים בישראל – מצדדים במיזוג ובהרמוניזציה של דיני התרופות.²¹ פרק התרופות בטיטת הקודקס האזרחי, מושא דיוננו הנוכחי, הוא כמובן הצעד הבולט ביותר בכיוון זה.

על רקע הקדמה זו נוכל לפנות עתה לבחינה פרטנית יותר של טיעונו של דגן נגד האחדה של דיני התרופות בחוזים ובנוזיקין בהצעת הקודקס האזרחי.

בתמיכה להכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי בתביעת רשלנות. יתרה מכך, אם כי הדבר טעון בדיקה, מתקבל הרושם שבפרקטיקה – בפרט בערכאות הדיוניות בישראל – שופטים רבים אינם מייחסים חשיבות רבה לשאלת סיווגה של עילת התביעה כחוזית או כנוזיקית, ונוטים להחיל על תביעות משני הסוגים עקרונות דומים, במיוחד בתחום הפיצויים. ראו, למשל, ת.א. (חיפה) 7575/92 דדון נ' אנג'ל חברה לקבלנות כללית בע"מ (לא פורסם, 25.7.1995), שם נפסקו פיצויים לטובת רוכשי דירות כנגד קבלן בגין נזקים שונים מבלי שבית המשפט טורח להבהיר בפסק הדין אם העילה שמכוחה נפסקו הפיצויים היא חוזית או נזיקית. אולם, דווקא לעניין מעמדה של תרופת האכיפה רווחת בפסיקה הדעה שקיים הבדל בין דין החוזה לדין העוולה; ראו הערה 65 להלן.

21 דניאל פרידמן הציע לאמץ גישה כזו כבר בראשית שנות ה-70; דניאל פרידמן, "תרופות בשל הפרת חוזה", עיוני משפט ג 134, 146, 148 (תשל"ג): "מן הראוי לשאול, אם אמנם קיימת הצדקה עניינית או הגיונית להבחנות אלו [בין תרופות דיני החוזים לתרופות דיני הנוזיקין] או שמא נעוץ ההבדל בהתפתחות היסטורית מקרית... מקור הזכות איננו חייב להשפיע על הסעדים, הניתנים בשל פגיעה בה... השאלות המתעוררות בכל הקשור לשמירת הזכות, להגנתה בעין, וכן להערכת הפיצויים במקרה של הנזק, הן, במקרים רבים, אנלוגיות או זהות...". דעה דומה פרש נשיא בית המשפט העליון בדימוס, מאיר שמגר, "מגמות במשפט", עיוני משפט כ 5, 14-23 (תשנ"ו). ראו במיוחד דבריו בעמ' 15, 21: "...מן הראוי לשאוף להרמוניזציה ולהאחדה של דיני האחריות ודיני התרופות בגין הפגיעה בחיוב... העיקרון שעלינו להטמיע הוא, לטעמי, כי כנקודת מוצא, דין הנפגע החוזי יהא כדין הניזוק לפי דיני הנוזיקין. מן הראוי להגיע לתורה כללית של תרופות... קורהתפר בין דיני חוזים לדיני נזיקין מטושטש... יש להבין את הקרבה הרעיונית הרבה בין דיני החוזים ודיני הנוזיקין. קירבה זו היא העוגן למתן תשובה כללית, שיטתית ועקיבה לשאלות בדיני החיובים". גישה זו הביע הנשיא שמגר גם בפסיקתו; ראו עניין Eximin, הערה 20 לעיל, בעמ' 85: "יתרון נוסף קיים לקביעה זו [כי חלוקת אחריות אפשרית גם בדיני חוזים] בכך שיש בה כדי לאחד את עקרונות הפיצוי בין דיני הנוזיקין לדיני החוזים. הערעור שלפנינו הוא דוגמה למקרה הנע על קו תפר דק בין שני התחומים. קו תפר שלא מן הנמנע לטשטשו במקרה המתאים". גם השופט ברק עורר בשעתו... את השאלה, אם אין מקום למזג את דיני התרופות בנוזיקין עם דיני התרופות בחוזים? האם אין מקום לגבש דין חדש שעניינו תרופות בגין הפרת חיוב (חוזי, נזיקי, סטטוטורי)?... אכן, נראה כי ניטיב לעשות אם נאחד את דיני התרופות, ונעמיד חוק אחד כללי שיעניק תרופות בגין הפרת חיוב". דברי הקדמה לספרו של דוד קציר, תרופות בשל הפרת חוזה ז (תשנ"א).

2. הטיעון נגד האחדה של דיני התרופות בחוזים ובנוזיקין

כאמור לעיל, הטיעון המרכזי שדגן מבקש לבסס במאמרו הוא כי ההאחדה של דיני התרופות בהצעת חוק דיני הממונות אינה רצויה; זאת, משום שהיא כרוכה במה שהוא מכנה "השטחה" של הבדלים משמעותיים שראוי כי יתקיימו בין דיני התרופות בשל הפרת חוזה (להלן: "דיני התרופות בחוזים"), לבין דיני התרופות בגין מעשי נוזיקין (להלן: "דיני התרופות בנוזיקין"). עיון במאמרו מגלה שלושה טיעוני-משנה המוליכים את דגן לעבר מסקנה זו:

טיעון-משנה 1: דיני החוזים ודיני הנוזיקין נבדלים זה מזה בהיבטים חשובים, ובעיקר בתכליותיהם ובאינטרסים המוגנים בהם באופן טיפוסי.²²

טיעון-משנה 2: הבדלים אלה בין דיני החוזים לדיני הנוזיקין מצדיקים – לפחות לכאורה – דין תרופתי שונה ונבדל להפרת חוזים מזה ולביצוע עוולות נוזיקין מזה.²³

טיעון-משנה 3 (חלופי לטיעון-משנה 2): גם אם ניתוח מסודר של ההשלכות התרופתיות של הפרת חוזים ומעשי נוזיקין יעלה כי ראוי לאמץ דין תרופות מאוחד (ולשיתנו של דגן קשה להעלות על הדעת מסקנה כזאת) – עדיין ראוי להימנע מהאחדה כזו. הטעם לכך הוא שבהיותה של התרופה רכיב מכונן של הזכות שעליה היא מגינה, איחוד התרופות עלול להביא לטשטוש ההבחנה האיכותית בין הזכות החוזית לבין הזכות הנוזיקית, וכך לפגוע בהמשך התפתחותם הראויה של דיני החוזים ושל דיני הנוזיקין כענפים נפרדים.²⁴

ההצגה הסדורה של טיעוני-המשנה מאפשרת לראות שטיעונו של דגן נגד האחדת התרופות משלב תיאור וביקורת גם יחד. כך, טיעון-משנה 1 מוצג במאמר כתיאור של המציאות (המשפטית), להבדיל מקביעה נורמטיבית בדבר היחס הרצוי בין ענף החוזים לענף הנוזיקין. דגן מניח, כעניין תיאורי גרידא, ש"קיימים הבדלים חשובים... בין דיני החוזים לבין דיני הנוזיקין; הבדלים אלה נוגעים הן לתכליות הדין והן לאינטרסים המוגנים בו באופן טיפוסי".²⁵ לעומת זאת, טיעון-משנה 2 הוא בבירור טיעון ביקורתי. הטענה היא כי דיני התרופות בחוזים ובנוזיקין חייבים (לפחות לכאורה) להיבדל זה מזה, וזאת ללא קשר לשאלה אם הדין הנוהג משקף נבדלות כזאת אם לאו. כפי שניתן לראות, טיעון-משנה 3 אף הוא טיעון ביקורתי. זהו למעשה טיעון חלופי לטיעון-משנה 2. טיעון זה משמיע לנו שגם אם טיעון-משנה 2 יידחה, המסקנה כי האחדת התרופות אינה ראויה

22 ראו דגן, הערה 3 לעיל, הטקסט שליד הערות 57–59.

23 ראו שם, הטקסט שליד הערות 63–65.

24 ראו שם, הטקסט שליד הערות 66 ואילך (עד לסוף פרק ב.6).

25 ראו שם, הטקסט שלאחר הערה 46 (ההדגשות הוספו).

עדיין תקפה – וזאת מטעם עצמאי אחר, שאף הוא מתבסס על הנחת נבדלותם של דיני החוזים והנזיקין זה מזה. בסעיפים הבאים אבקש להטיל ספק בתקפותה של הנחת היסוד התיאורית (טיעון-משנה 1) שעליה משתית דגן את טיעונו. בתמצית, טענתי היא כי דיני החוזים ודיני הנזיקין אינם נבדלים זה מזה במטרותיהם או באינטרסים המוגנים על ידיהם במידה המצדיקה יצירת הפרדה – פורמלית או מהותית – בין דיני התרופות בחוזים לבין דיני התרופות בנזיקין. מסיבה זו, אטען, גם טיעון-משנה 2 של דגן, המבוססים על ההנחה האמורה (טיעון-משנה 2 וטיעון-משנה 3) אינם משכנעים ואינם יכולים לשמש בסיס למסקנתו כי האחדת דיני התרופות היא מהלך בלתי-מוצדק מבחינה עיונית ובלתי-רצוי מבחינה מעשית.

3. דיני החוזים מול דיני הנזיקין – מטרות ואינטרסים מוגנים

(א) טיעונו של דגן

עיון במאמר מלמד שפרופ' דגן משתית את טענתו – בדבר הנבדלות של דיני החוזים ודיני הנזיקין זה מזה – על שני פרמטרים עיקריים: תכלית הדין והאינטרס המוגן בדין. במישור של תכלית הדין דגן טוען שגם בלי לקבוע מסמרות בשאלה השנויה במחלוקת של תכליות דיני החוזים ודיני הנזיקין, די להצביע על כך שענפים אלה נבדלים זה מזה מנקודת המבט החשובה של "ערך האוטונומיה"²⁶. מנקודת מבט זו, על פי דגן, מטרת דיני החוזים היא לשמש

26 המלומד מציין, בהערה 59, שאפילו מנקודת מבטו של הניתוח הכלכלי של המשפט קיים שוני מהותי בין דיני החוזים לדיני הנזיקין, שכן בעוד שהראשונים מתמקדים בהשאת תועלתם של הצדדים לחוזה, האחרונים מתמקדים במזעור העלויות של תאונות. לטעמי, גם מפרספקטיבה כלכלית קיים דמיון ברור בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין. בשני המקרים תכליתו של הדין היא זהה: לאפשר התנהגות יעילה (המשיאה את התועלת המצרפית) מחד גיסא, ולמנוע התנהגות בלתי-יעילה (דהיינו: התנהגות הגורמת לזולת נזק העולה על התועלת שמפיק ממנה המזיק) מאידך גיסא. בשני המקרים היעילות הכלכלית מקודמת על ידי קביעת כללים הקובעים (ביעילות) את המרחב שבו אדם רשאי לפעול לקידום רווחתו, ואת הסנקציות על פגיעה בלתי-יעילה במרחב זה. ההבדל אינו אלא בתיחום מרחב פעולה זה: בעוד שדיני הנזיקין מגדירים את מרחב הפעולה שבו כל אדם רשאי לפעול מבלי לתאם זאת מראש עם מי שעלול להיפגע מכך, הרי שדיני החוזים מטפלים במצב המיוחד שבו מרחב פעולה זה משתנה (מצטמצם או מתרחב) בעקבות קשר הסכמי בין שני אנשים או יותר. עובדה זו אינה משפיעה, ואינה צריכה להשפיע, על הגדרת מטרתם של שני הענפים מפרספקטיבה כלכלית שהיא, כאמור לעיל, אחת. לשון אחר: בניגוד להבחנה הכלכלית שדגן מציע, דיני הנזיקין עוסקים לא רק במזעור עלויות תאונה אלא גם באמץ ל"השאת תועלת" של הצדדים המעורבים. מן העבר השני, גם

מסגרת לאכיפתן של הבטחות מוכרות, וזאת כדי לאפשר לפרט לקדם את ענייניו באמצעות הזולת מבלי לנצלו ניצול בלתי־ראוי.²⁷ לעומת זאת, לשיטתו, מטרתם של דיני הנויקין מאותה נקודת מבט היא "להתוות כללי פעולה ואחריות אשר יישבו באופן הוגן בין עניינם של אנשים שונים בשמירה על אינטרסים מוגנים שונים מזה, לבין החירות לעסוק בפעילויות שונות מזה".²⁸ אשר למישור האינטרסים המוגנים, כאן טוען דגן שדיני החוזים נבדלים מדיני הנויקין בכך שהם מגינים באופן טיפוסי על אינטרסים רכושיים, בעוד ש"חלק חשוב מדיני הנויקין עוסק באינטרסים שונים באופן איכותי, כגון החיים, שלמות הגוף, השם הטוב, וכיו"ב".²⁹ לדעת דגן, הבדלים אלה – במישור של תכלית הדין ובמישור האינטרסים המוגנים – מצביעים על שוני נורמטיבי משמעותי בין שני ענפי המשפט, המצדיק – לפחות לכאורה – הימנעות מהאחדה של הסדרי התרופות בחוזים ובנויקין.³⁰ בסעיפים הבאים אבקש לטעון שאף אחד משני הפרמטרים שדגן מציע אינו מצדיק את המסקנה האמורה.

(ב) המטרה המשותפת של דיני החוזים ודיני הנויקין

במישור הראשון – זה הנוגע לתכלית הדין – ההבחנה המודגשת בדבריו של דגן היא, לטעמי, סמנטית־ניסוחית יותר מאשר מהותית־איכותית. כדי לראות זאת די לציין שמטרתם של דיני החוזים, כפי שניסח אותה דגן עצמו (דהיינו: יצירת מסגרת מוסרית לקידום הפרט באמצעות אחר), אינה אלא קונקרטיזציה – מקרה פרטי – של המטרה שהוא מייחס לדיני הנויקין (התוויית איזון ראוי בין חופש פעולה מרבי לפרט לבין שמירה על אינטרסים מוגנים של זולתו). הן דיני החוזים והן דיני הנויקין (ולמעשה כל ענפי המשפט הפרטי) עוסקים בהתווייה של איזון ראוי בין הערך "חופש מרבי לכל פרט לקדם את ענייניו" לבין הערך "הגנה על אינטרסים חשובים של פרטים אחרים". ניסוח מטרתם של דיני החוזים כיצירת

דיני החוזים עוסקים לא רק בהשאת תועלת אלא גם במאמץ למזער עלויות תאונה ("תאונה" בהקשר זה היא גרימת נזק בלתי־מוצדקת מבחינה כלכלית, כגון הפרה לא־יעילה, התנהגות אופורטוניסטית של צד לחוזה וכיו"ב). ראו, למשל, Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 103, 209 (5th ed. 1998): "the fundamental function of contract law is to deter people from behaving opportunistically towards their contracting parties... compensatory damages [in tort]... paid to the victim... [are] essential to the maintenance of the tort system as an effective deterrent to negligence"

27 ראו שם, הטקסט שליד הערה 60.

28 ראו שם, הטקסט שליד הערה 61.

29 ראו שם, הטקסט שליד הערה 57.

30 ראו שם, הטקסט שליד הערות 56–61.

מסגרת הוגנת שתאפשר לפרט לקדם את ענייניו באמצעות פרט אחר אינו שולל את היותה של מסגרת זו ביטוי לניסיון ליצור – במגזר פעילות אנושי מסוים – איזון ראוי בין הערך של חירות הפרט וקידום האוטונומיה שלו מזה לבין הערך של שמירה על אינטרס הזולת מזה. נהפוך הוא: דיני החוזים מהווים חלק אינטגרלי מאותו ניסיון. בהציבם כללים ועקרונות שעל פיהם (ורק על פיהם) שני פרטים רשאים לשנות בהסכמה את מערך הזכויות והחובות ההדדי שלהם (דיני כריתת החוזה), ובנותנם תוקף משפטי מחייב לשינוי זה (באמצעות דיני התרופות בשל הפרת חוזה), דיני החוזים מבטאים הן את הרצון לאפשר לפרט חופש פעולה מרבי לקידום ענייניו והן את ההכרח להגן על אינטרסים לגיטימיים של זולתו.³¹ ודייקו: אין בכל האמור כדי להמעיט בחשיבות ההבחנה בין סוג האינטראקציה האנושית המאפיין יחסים חוזיים (המבוסס על זיהוי של הבעת-רצון הדדית ליצור קשר משפטי) לבין סוגי האינטראקציה האנושיים הנשלטים על ידי דיני הנזיקין (שאינם מחייבים זאת). משום כך גם אין בדברים האמורים כדי להצדיק ביטול מוחלט של ההבחנה המתודולוגית בין תחום החוזים לבין תחום הנזיקין.³² עם זאת, יש בהם כדי ללמדנו שבניגוד להשקפתו של דגן – לפחות מנקודת המבט המרכזית של ערך האוטונומיה – דיני הנזיקין ודיני החוזים אינם נבדלים זה מזה במטרתם, בוודאי לא באופן חד וברור. כאמור, מטרתם המשותפת היא לשמש מסגרת נורמטיבית המבטאת איזון ראוי בין רצון החברה לאפשר לכל פרט לקדם את חירותו ואת רווחתו (בין בעצמו, בין בשיתוף פעולה אקטיבי של אחרים) לבין הרצון להגן על חירותם ועל רווחתם של פרטים אחרים. אמור מעתה: דיני החוזים ודיני הנזיקין נבדלים זה מזה בעיקר במגזר הפעילות האנושית שעליו הם חולשים,³³ ולא דווקא במטרות או בערכי-העל שהם נועדו לקדם. ערכים אלה –

31 עד כאן הראיתי שאת המטרה שמייחס דגן (וכמוהו רבים אחרים) לדיני החוזים ניתן לראות כקונקרטיזציה של המטרה הכללית שהוא מייחס לדיני הנזיקין. למעשה, גם ההפך נכון: בשל רמת ההפשטה הגבוהה שבה ניסח דגן את מטרתם של דיני החוזים, היא מתאימה ברובה (למעט החלק הנוגע ל"הבטחות מוכרות") גם לדיני הנזיקין: כמו דיני החוזים גם דיני הנזיקין מבקשים לשמש כמסגרת שתכליתה "לאפשר לבני-האדם לקדם את ענייניהם באמצעות אנשים אחרים ומשאביהם מבלי לנצל את בני האדם האלה באופן שאיננו ראוי מוסרית" (דגן, הטקסט שליד הערה 60). ההבדל איננו אלא בזה שדיני החוזים מתמקדים במצבים שבהם קידום תועלתו של הפרט נעשה במישרין באמצעות שיתוף פעולה, הסכמה או הבטחה מצד אדם אחר שפועלו או משאביו משמשים למטרה זו, ואילו דיני הנזיקין מתמקדים במצבים שבהם קידום אינטרס הפרט איננו מותנה (לפחות לא במישרין) באינטראקציה מסוג זה.

32 ואכן, בקודקס האזרחי המוצע, למרות מיזוגם של דיני התרופות, נשמרת ההבחנה בין חיובים שמקורם בחוזה לבין חיובים בלתי-רצוניים ובכלל זה חיובים מדיני הנזיקין.

33 כלומר: יחסי גומלין המתרחשים על רקע שיתוף פעולה הסכמי מחד גיסא (דיני חוזים) ויחסי גומלין שאינם מחייבים שיתוף פעולה הסכמי מאידך גיסא (דיני נזיקין). למעשה, גם

אוטונומיה, כבוד, חירות ורווחה, כמו גם הצורך לאפשר את קידום ולספק הגנה ראויה מפני פגיעה בלתי-מורשית בהם – עומדים בראש מעייניהם של דיני הנויקין ושל דיני החוזים גם יחד.

מערכים משותפים אלה נגזרת במישרין גם תפיסתם העקרונית של דיני החוזים, דיני הנויקין ושאר ענפיו של המשפט הפרטי בשאלת מטרותם של דיני התרופות, לאמור: שאלת התגובה הראויה על הפרת זכויות חוזיות, נזיקיות או אחרות. אכן, כיום (כבימים עברו) מקובל על רבים שהמוסדות החשובים ביותר של המשפט הפרטי, ובכלל זה דיני התרופות, ניתנים להסבר ולהצדקה על ידי עיקרון דומיננטי אחד, הלוא הוא עקרון הצדק המתקן (corrective justice). עיקרון מוסרי (ומשפטי) זה משמיע כי בכל מקרה שבו התנהגותו של פלוני (המעוול) גרמה עוול לאלמוני (הנפגע), המעוול מחויב לתקן את פגיעתה של העוולה בנפגע ובכך להחזיר על כנו את שיווי-המשקל המוסרי שבין שני הצדדים, תוך סילוק פגיעתה הנורמטיבית של העוולה באוטונומיה של הנפגע.³⁴

הכללה זו מיטשטשת בכל אותם מצבים (והם הולכים ומתרחבים בעשורים האחרונים) שבהם האחריות בנויקין מותנית בקיומו של קשר רצוני בין התובע לבין הנתבע. דוגמה מובהקת היא תחום האחריות של בעלי מקצוע לנזק כלכלי טהור שגרמו ללקוחותיהם. במקרים אלה, חובת הזהירות שדיני הנויקין מטילים מכוח עוולת הרשלנות מותנית ומבוססת על קיומו של קשר חווי (או למצער מעין-חווי) בין המזיק לניזוק. לדיון בתפקיד שממלאת ההסכמה בהתווית גבולות האחריות בנויקין ראו מאמרו של ישראל גלעד, הערה 12 לעיל.

34 התאוריה הגורסת כי המשפט הפרטי מבוסס על עיקרון של צדק מתקן זכתה לפיתוח מרשים בעשורים האחרונים בכתיבתו של ארנסט ויינריב מאוניברסיטת טורונטו. בסדרה ארוכה של מאמרים ביקש מלומד זה להראות כיצד עקרון הצדק המתקן – ורק עיקרון זה – יכול להסביר באופן מוצלח את הדוקטרינות היסודיות של דיני הנויקין בפרט ושל המשפט הפרטי בכלל. את עיקרי התאוריה שלו פרש ויינריב בספרו Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995). להצגה תמציתית של עיקרי התיזה ראו Ernest J. Weinrib, "Corrective Justice in A Nutshell," 52 *Un. Toronto L.J.* 349 (2002). תאורטיקן חשוב נוסף שכתבתו אודות הצדק המתקן עוררה דיון אקדמי נרחב הוא Jules Coleman מאוניברסיטת ייל. הציג פרשנויות מקוריות לרעיון הצדק המתקן בכתביו ובחיבוריו, ואף שינה את תפיסתו שלו ביחס לעיקרון במרוצת השנים. ראו במיוחד Jules L. Coleman, "Corrective Justice and Wrongful Gain," in *Markets, Morals and the Law* 184 (1988); Jules L. Coleman, "The Mixed Conception of Corrective Justice," in Jules L. Coleman, *Risks and Wrongs* 303 (1992); Jules L. Coleman, "Tort Law and the Demands of Corrective Justice," 67 *Ind. L.J.* 349 (1992); Jules L. Coleman, "The Practice of Corrective Justice," 37 *Ariz. L. Rev.* 15 (1995). מאמרו של Coleman עוררו הדים וגררו גל נרחב של כתיבה בנושא הצדק המתקן. ראו, למשל, Larry Alexander, "Coleman and Corrective Justice," 15 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y.* 621 (1992); Stephen R. Perry, "The Mixed Conception of Corrective Justice," 15 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y.* 917 (1992). תאורטיקן חשוב נוסף שעסק במקומו של הצדק המתקן בדיני הנויקין והציע לו פרשנות

העיקרון המוסרי בדבר צדק מתקן מגולם בתחום דיני התרופות בעיקרון המשפטי עתיק-היומין בדבר "השבת המצב לקדמותו" (*restitutio in integrum*). עיקרון זה, החל בדיני החוזים והנזיקין גם יחד, מחייב את המעוול בנזיקין או

ייחודית הוא Richard A. Epstein; ראו, למשל, Richard A. Epstein, "Corrective Justice and its Utilitarian Constraints," 8 *J. Leg. Stud.* 49 (1979) and its Utilitarian Constraints. לסימפוזיון המוקדש לנושא הצדק המתקן ומקומו בדיני הנזיקין ראו: "Symposium: Corrective Justice and Formalism: The Care One Owes One's Neighbors," 77 *Iowa L.R. Rev.* (1992). אסופת מאמרים חשובה העוסקת בצדק המתקן וביחס בינו לבין הצדק החלוקתי היא *Nomos Compensatory Justice*, Nomos (Chapman ed., 1991). הנושא אינו מפסיק לעורר כתיבה גם כיום; ראו, למשל, Jason W. Nayers, "The Inconsistencies of Aristotle's Theory of Corrective Justice," 11 *Can. J. Law & Juris.* 311 (1998); Gregory C. Keating, "Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents," 74 *S. Cal. L. Rev.* 193 (2000); Ernest J. Weinrib, "Tort Law: Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice," 2 *Theoretical Inq. L.* 107 (2001). התאוריות של Coleman ו-Weinrib השפיעו על מלומדים ופילוסופים רבים בני זמננו, ואפילו על כאלה המשייכים עצמם לאסכולה הכלכלית של המשפט. רבים מהם מודים כיום (במפורש או במשתמע) כי חלקים חשובים של דיני הנזיקין אינם ניתנים להסבר קוהרנטי מבלי להזקק לתפיסות העומדות ביסודו של עקרון הצדק המתקן (אם כי לשיטתם Weinrib עדיין טועה בכך שהוא שולל שליטה מוחלטת את הלגיטימיות של שיקולי הרתעה בעיצובם של דיני הנזיקין). לגישות אלה ראו, למשל, Gery T. Schwartz, "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice," 75 *Tex. L. Rev.* 1801 (1997); Ariel Porat, "Questioning the Idea of Correlativity in Weinrib's Theory of Corrective Justice," 2 *Theoretical Inq. L.* 161 (2001). הכרה בכפיפותה האפשרית של מטרת היעילות הכלכלית (economic efficiency) למטרות של צדק (מתקן וחלוקתי) ניתן למצוא אפילו בכתיבתו של Guido Calabresi, מאבות הגישה הכלכלית למשפט. טיעון זה מפותח אצל Izhak Englard, *The Philosophy of Tort Law* 31-35 (1993). בהרצאה שנשא לאחרונה באוניברסיטת בריאן בננס שנערך לכבודו של שופט בית המשפט העליון בדימוס יצחק אנגלרד שב Calabresi והדגיש את מרכזיותו של עקרון הצדק המתקן במגזרים מסוימים של דיני הנזיקין. אנגלרד, בספרו הנ"ל, פיתח ושכלל את הגישה הפלורליסטית לדיני הנזיקין, הרואה אותם כמושתתים במשולב על רעיונות של צדק מתקן, צדק חלוקתי ויעילות כלכלית. את גישתו הפלורליסטית לדיני הנזיקין ביטא אנגלרד בכמה הזדמנויות גם בפסיקתו; ראו, למשל, ע"א 2825/97 אבו זייד נ' מקל, פ"ד נג"ד (1) 402, 413 ("מנקודת ראותו של המשפט הפרטי, במובן הצר, הסדרת היחסים בין המתקשרים כפופה, עקרונית, לרעיון הצדק המתקן. עם זאת, סבורני כי גם ביחסים אלה אין להתעלם לחלוטין מהשלכות ההסדר על הרווחה המיצרפית, הנשלטת מצדה על-ידי רעיון הצדק המחלק"); מאידך גיסא ראו ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ. פידיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג"ד (3) 180, 191 ("...לטעמי, גם אם יש משקל לשיקולים הכלכליים, אין הם בבחינת חוות הכול במסגרת המשפט הפרטי שבמרכזו רעיון הצדק המתקן").

את מפר החוזה להשיב את הנפגע – ככל שהדבר אפשרי – למצב שבו היה נתון אלמלא הופרה זכותו (הנזיקית או החוזית).³⁵ סיכומו של דבר: לדעתי, במישור של מטרות הדין, דיני הנזיקין ודיני החוזים אינם נבדלים זה מזה במידה משמעותית או עקרונית. כאלה כן אלה באים להבטיח איזון ראוי בין החירות והרווחה של כל פרט ופרט בחברה לבין החירות והרווחה של זולתו. הן דין החוזים והן דין הנזיקין באים להבטיח כי איזון ראוי זה יישמר, וכי במקרה של הפרת האיזון (המוגדר בדיני הנזיקין או החוזים בהתאמה) "יושב המצב לקדמותו". המשפט הפרטי, על ענפיו השונים, משקף שאיפה לשמירתו ולהגשמתו של אותו איזון ראוי, תוך מאמץ להגדיר הן את תחומי האוטונומיה הראויים להגנה (על ידי קביעת מערך ראשוני של זכויות וחובות), והן את אמצעי ההגנה הראויים על מי שתחום האוטונומיה שלו נפרץ (דיני תרופות, מערך זכויות שניוני). מעמדו הרם של עקרון ההשבה לקדמות (ושל עקרון הצדק המתקן, המספק לו את כוחו הנורמטיבי) במשפט הפרטי בכלל – ובתחומי החוזים והנזיקין בפרט – הוא לדעתי בגדר עדות מוחשית ברורה לקרבה העיונית שבין שני ענפים אלה – לא רק בתחום דיני התרופות אלא גם במישור המטרות הראשוניות של הדין.³⁶

(ג) האינטרסים המוגנים בחוזים ובנזיקין

הפרמטר השני שעל בסיסו מבקש דגן להבחין את דיני החוזים מדיני הנזיקין הוא מישור האינטרסים המוגנים. כזכור, במישור זה הטענה היא שהאינטרסים הטיפוסיים המוגנים בנזיקין שונים מאלה המוגנים בדיני החוזים במידה כזו שאין לצפות כי הדין התרופתי שראוי להחיל על הפרות חוזים יהיה דומה באופן

35 עמד על כך השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 355/80 טירת בת שבע נ' אניסימוב, פ"ד לה(2) 810, 800: "...העקרון הידוע של 'החזרת המצב לקדמותו' (restitutio in integrum) החל לא רק בדיני החוזים, אלא גם בדיני הנזיקין". לעניין זה ראו גם הערה 12 לעיל.

36 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 73, בפסקה 36: "עקרון ההשבה לקדמות עיקרון שליט הוא במשפט הפרטי במקרים בהם מתחוללת הפרת איזון, כך בדיני נזיקין וכך בדיני חוזים, בדיני עשיית עושר ולא במשפט, בדיני הקניין ועוד... הנחת היסוד היא שפלוני פרע חוק וסדר, ושלא כמותר בדין שינה את המאזן ואת איזון היחסים שבינו לבין זולתו. במקום זה יתעורר עקרון ההשבה לקדמות, ובשם שיטת המשפט יצווה אותנו כי נעשה כמיטבנו להשבת מצב הדברים לכמות שהיה עובר להפרת האיזון והמאזן. למצווה זו נישמע, בין בביצוע בעין, בין בביצוע בעין בקירוב ובין בתשלום פיצוי או שיפוי או בהורייית השבה".

משמעותי לזה שראוי כי יחול על עוולות שבנוזיקין. אלא שגם כאן נראה לי שטיעונו של דגן אינו משכנע.

ראשית, הקביעה שדיני החוזים מתמקדים בהגנה על אינטרסים רכושיים בעוד שדיני הנוזיקין מתמקדים בהגנה על אינטרסים אחרים היא אמירה העלולה להטעות: אין חולק על כך שחלק ניכר של דיני הנוזיקין (אם לשפוט לפי מספר העוולות הרלבנטיות) עוסק אף הוא – ממש כמו דיני החוזים – בהגנה על אינטרסים רכושיים. עוולות כגון גזל, עיכוב, הסגת גבול, מטריד ואחרות מגינות במובהק על אינטרסים רכושיים. משמע, גם לו היתה נכונה הטענה שעניינם של דיני החוזים מצטמצם להגנה על אינטרסים רכושיים, לא היה בכך כדי להבחין מדני הנוזיקין.

שנית, דיני הנוזיקין המודרניים פורשים את הגנתם באמצעות עוולות המסגרת (רשלנות, הפרת חובה חקוקה) ובאמצעות ה"עוולות הכלכליות" (economic torts) אף מעבר להגנת הרכוש במובן הקנייני הצר, ומאפשרים – במגורים הולכים ומתרחבים – פיצוי על הפגיעה באינטרסים כלכליים טהורים. אמנם בעבר ההכרה בסוג נזק זה הייתה מצומצמת למדי בתביעות נוזיקין, והדבר יצר תחושה כי הנזק הכלכלי הטוהר מאפיין רק את תחום היחסים החוזיים; אולם עם התרחבותה של האחריות הנוזיקית בעידן המודרני, בעיקר באמצעות עוולת הרשלנות, נוצרו "כיסוי אחריות" לא מעטים שבהם דיני הנוזיקין מגינים בפועל על אינטרסים כלכליים טהורים. דיני הנוזיקין "פלשו" אפוא זה מכבר לתחום ההגנה על אינטרסים כלכליים ומסחריים – תחום שבאופן מסורתי נתפס כנתון לשליטתם הבלעדית (או כמעט-בלעדית) של דיני החוזים.³⁷

שלישית, גם הפרות חוזים, ממש כמו עוולות נוזיקין, עשויות לגרום נזק נפשי, לא־ממוני, בין כשהפגיעה נלווית לפגיעה בגוף או ברכוש ובין כשהיא עומדת על רגליה כראש נזק עצמאי (נזק לא־ממוני טהור).³⁸ אמנם, בעבר ההכרה

37 עוולות הנוזיקין המסורתיות שבמסגרתן ניתנת הגנה לאינטרס כלכלי טהור הן תרמית, שקר מפגיע, גרם הפרת חוזה וגניבת עין; ראו סעיפים 56, 58, 62 לפקודת הנוזיקין. עוולת גניבת העין מעוגנת כיום בסעיף 1 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999, הקובע כמה עוולות כלכליות נוספות כגון תיאור כוזב, התערבות לא הוגנת וגזל סוד מסחרי. עוולות אלה הן ספציפיות ואינן קובעות חובת זהירות כללית להימנעות מגרימת נזק כלכלי ברשלנות, אולם כאמור, עיקר ההתרחבות חלה דווקא במסגרת עוולת הרשלנות. החיבור הישראלי המקיף ביותר שבחן נושא זה כמעט מכל זווית אפשרית נכתב על ידי רונן פרי; ראו רונן פרי, ריקושטים כלכליים (תשס"ב). פרי סקר את התפתחות הדין הישראלי בתחום זה בעמ' 149-173 לספרו.

38 אכן, כמעט כל הפרה יסודית של חוזה כרוכה מעצם טיבה בגרימה של עגמת־נפש לנפגע, שציפיותיו לקיום החוזה נכזבו. דברים אלה יפים מכוח קל וחומר לגבי הפרות אופורטוניסטיות של חוזים, המשקפות פגיעה קשה באמון שרחש הנפגע למפר, וכן בחוזים

בזכותו של הנפגע לפיצוי בגין נזק לא-ממוני שלא התלווה לפגיעה פיזית בגוף או ברכוש הייתה מצומצמת למדי, והדבר הביא באורח טבעי לכך שפסקת פיצוי לא-ממוני טהור בדיני החוזים הפכה לנדירה יותר מאשר בדיני הנויקין, ובשיטות מסוימות אף נאסרה לחלוטין. עם זאת, כיום גוברת ההכרה בכך שהבחנה היסטורית זו בין נזק נפשי טפל לנזק נפשי טהור איננה ניתנת להצדקה ואף איננה נשמרת בפועל, וכי הן בנויקין והן בחוזים ראוי ואף ניתן לפצות על הפגיעה באינטרסים נפשיים.³⁹

רביעית, ולבסוף, גם דיני החוזים כדיני הנויקין מגינים במקרים לא מעטים על האינטרס של אדם בשמירה על רווחתו הגופנית, על בריאותו ועל חייו.⁴⁰

שמטרתם העיקרית לספק הנאה רוחנית, בלתי-ממונית. במקרים רבים עלולה הפרת חוזה לגרום גם פגיעה בשמו הטוב של הנפגע, שבגלל ההפרה הפר התחייבות כלפי צד שלישי. ההכרה במגמה זו בישראל באה לידי ביטוי תחילה בתחום החוזי, עם עיגון הסמכות לפסוק פיצויים על עגמת-נפש בסעיף 13 לחוק התרופות. בנויקין התרחש השינוי המרכזי בפסק הדין המנחה בע"א 243/83 גורדון נ' עיריית ירושלים, פ"ד לט(1) 113. הגישה המרחיבה באה לידי ביטוי גם בפסיקה עדכנית יותר; ראו בעיקר עניין דעקה, הערה 20 לעיל; (הכרה ב"פגיעה באוטונומיה" כנזק ברי-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות); ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק נ' תופיק, תקדין-עליון, 2003(2) 1522 (הכרה ב"תחושת גועל" כבסיס אפשרי לתביעת רשלנות). עם זאת, בחיי המעשה נראה שהיקף השימוש בסמכויות אלה בישראל עדיין מצומצם יחסית, והגישה בנושא זה אף היא מהוססת למדי – בפרט כשהנזק הנפשי הוא "ריקושוטי" (כלומר: נזק נפשי שנגרם לפלוגית בשל הידיעה על פגיעת גוף של אלמונית). ראו בעניין זה ע"א 444/87 אלטוחה נ' עובדן דהאן, פ"ד מד(3) 297, 436, שם נפסק כי זכותו של אדם לפיצוי על סבל נפשי שנגרם לו בשל תאונה שעבר קרוב משפחה מוגבלת למצבים של מחלת נפש ממש. הלכת אלטוחה שבה ואושרה ברע"א 5803/95 ציון נ' צח, פ"ד נא(2) 267. לגישתה המצמצמת של הפסיקה בישראל כלפי פסקת פיצויים בגין נזק נפשי טהור בעוולת הרשלנות ראו ישראל גלעד, "דוקטרינת הנזק הראיתי: האם הורם נטל השיכנוע?", משפטים ל 317, 323-324 (תש"ס), המסכם את הדיון בנושא בקביעה כי "מידת ההכרה בנזק בלתי ממוני טהור במשפטנו [במסגרת עוולת הרשלנות] היא אפוא מוגבלת". גישה מצמצמת נוהגת ככל הנראה גם בתביעות חוזיות לפיצוי על עגמת-נפש. ראו בהערה 79 להלן.

דוגמות מובהקות הן חוזים למתן שירותי אבטחה וחוזים למתן טיפול רפואי. אמנם, בשיטות משפט המכירות בקיומן במקביל של עילות חוזיות ונויקיות, הנפגע מהפרת חוזים מעין אלה יהיה רשאי בדרך כלל לנסח את תביעתו בנויקין (כאשר השירות לא ניתן כלל עשוי להתעורר קושי בהכרה בעילה הנויקית בשיטות שבהן מושרשת ההבחנה בין מעשה למחדל לעניין הטלת אחריות בנויקין). עם זאת, הבסיס האמיתי להטלת האחריות ה"נויקית" במצבים אלה נעוץ בעובדה שהמוזיק הפר התחייבות חוזית שנטל על עצמו באופן רצוני ותלוי בעובדה זו – כלומר: הבסיס לעילה הוא הקשר הרצוני שבין הצדדים. להכרה בכך שהבסיס לאחריות בנויקין הוא במקרים רבים קיומו של קשר חוזי ראו מאמרו של גלעד, הערה 12 לעיל, בעמ' 513. למעשה, גם פגיעה כלכלית גרידא עלולה לגרום בשלב מאוחר יותר לנזק גוף תוצאתי (למשל: עקב היעדרה של יכולת כלכלית לקבל

אמנם, אין לכחד: מטיבם של חוזים שהם נועדו להצמיח למתקשרים בהם טובות הנאה ותועלות ספציפיות, שבמרבית המקרים שונות הן מטובות ההנאה והתועלות הספציפיות שמעניקים דיני הנזיקין באמצעות העוולות השונות. הטעם פשוט ומובן מאליה: לו היה הדין הכללי מעניק לכל אדם את הזכות לטובות הנאה ותועלות אלה ממילא, לא היה כל תמריץ (ולמצער היה תמריץ חלש בהרבה) להתקשר בחוזה לשם זכייה בהן. במילים אחרות: כאשר ההגנה שהדין הכללי (דיני הנזיקין, דיני העונשין, וכו') מעניק לאינטרס נתון של אדם פלוני היא אפקטיבית דיה, אין כל היגיון לשלם עבור אותה הגנה ממש תמורה נוספת לאדם פרטי במסגרת התקשרות חוזית. כך, למשל, חוזים שתכליתם העיקרית להבטיח כי צד א' לחוזה יימנע מלתקוף את צד ב' או מלחבל ברכושו הם נדירים יחסית, שכן דיני הנזיקין (ודיני העונשין) אמורים ממילא להעניק לא' הגנה מפני סיכון כזה, גם בלי שיצטרך להתקשר בחוזה לשם כך. בדומה לכך, ככל שדיני הרשלנות מספקים הגנה אפקטיבית למטופלים מפני טיפול רפואי רשלני בהטילם על כל מטפל חובה להימנע מהתנהגות בלתי־זהירה, פוחתת שכיחותן של התחייבויות חוזיות בעלות תוכן זהה. החוזה הוא אפוא תופעה שמטרתה לאפשר לאנשים להעניק זה לזה (ולקבל זה מזה) משאבים ספציפיים שאינם נחלתם מכוח הדין הכללי.⁴¹

היש באמור לעיל כדי ללמד כי האינטרסים המוגנים בדיני החוזים שונים באופן איכותי מאלה המוגנים על ידי דיני הנזיקין? לדעתי התשובה שלילית. העובדה כי תכליתם של מרבית החוזים היא (מלכתחילה) ליצור זכויות שהדין הכללי אינו מכיר בהן בהיעדר הסכמה חוזית, אין בה כדי ללמד על טיבם ועל איכותם של מרכיבי הרווחה (או האינטרסים) שצדדים לחוזה עשויים לרצות להעביר זה לזה במסגרתו. לשם הדגמה, הניחו כי בחוזה שמירה התחייב א' כלפי ב' לשמור על חפציו. האינטרס המוגן על ידי דיני החוזים בדוגמה זו הוא האינטרס של ב' בשמירה על רכוש־קניינו, אינטרס המוגן בדרכים שונות גם על ידי דיני הנזיקין.⁴² דוגמה אחרת: הניחו כי ג', חשמלאית במקצועה, מתחייבת

טיפול רפואי, ציוד רפואי, תרופות וכיו"ב). יתרה מכך: אפילו חוזה לרכישת מזון (לפחות מזון בריא), ובוודאי חוזה לרכישת תרופות, הם למעשה חוזים שמטרתם שמירה על הגוף, על הבריאות ועל החיים. במידה מסוימת, הדברים יפים גם ביחס לחוזה לרכישת פרטי ביגוד וגם לגבי חוזים לרכישת דיור.

41 למשל, האינטרס לקבל טיפול רפואי מרופא פרטי, או האינטרס להשתמש בנכס שלפלוני אין בו זכות קניין, אינו מוכר כזכות בדין הכללי. לפיכך, לשם הפיכתם של אינטרסים אלה לזכויות יש בדרך כלל צורך בהתקשרות חוזית.

42 אמנם, במצבים אלה, אם יופר החוזה וייפגע רכושו של ב', הדין עשוי להכיר בעילת נזיקין מקבילה נוסף על העילה החוזית. אולם, כמו במקרים שבהם החוזה מגן על אינטרס גופני (ראו הערה 40 לעיל), גם כאן הכרה בעילת הנזיקין היא מלאכותית בעיניי, שכן

להקים במפעלה של ד' מערכת חשמל חדשנית, שתמנע באופן מוחלט אפשרות של התחשמלות. האינטרס המוגן על ידי דיני החוזים בדוגמה זו הוא ללא ספק האינטרס של ד' בשמירה על חייה ועל שלמות גופה (וזה של עובדיה) – אינטרס המוגן אף הוא בצורות שונות על ידי דיני הנויקין.

דוגמות אלה ממחישות את ההכרח להבחין הבחן היטב בין הקביעה שהאינטרסים הספציפיים שלשמים אנשים מתקשרים בחוזים אינם זוכים בדרך כלל להגנה במסגרת דיני הנויקין (בדוגמות שלעיל – האינטרס של ב' בזכאות להגנת שומר על רכושו מפני גניבה או אבדן; האינטרס של ד' בזכאות ליהנות ממערכת משופרת למניעת התחשמלות), לבין הקביעה כי אינטרסים ספציפיים אלה משתייכים – מבחינת טיבו או איכותו של האינטרס המדובר – לקטגוריה או לסוג של אינטרסים שאינם מקיימים חפיפה עם סוג האינטרסים הטיפוסיים הזוכים להגנה במסגרת דיני הנויקין. בעוד שהקביעה הראשונה נכונה, מוכיחות הדוגמות דלעיל את הבעייתיות שבהכללה השנייה.

אמור מעתה: דיני החוזים נועדו להגן – בגבולות שמציבים החוק ותקנת הציבור – על כל זכאות, משאב או מרכיב רווחה שצדדים לחוזה בחרו להעביר איש לרעהו (או לייצר איש עבור רעהו), יהא אשר יהא טיבם או סיווגם (אינטרס גופני, רכושני, כלכלי או נפשי). כמודגם לעיל, צדדים לחוזה יכולים להסכים שכדי להגן טוב יותר על חייו או על שלמות גופו של אחד מהם, האחד מתחייב לספק לאחר משאב כלשהו המצוי ברשותו (כגון ידע, כישרון, כוח, חומר גלם או מוצר כלשהו). באופן דומה, צד לחוזה יכול להתחייב להימנע מלפעול בכל דרך העלולה לפגוע בשמו הטוב או במוניטין של הצד השני (גם כשהדבר אינו עולה כדי הוצאת לשון הרע) או להימנע מלפגוע בחופש התנועה שלו, גם כשאין בכך משום הסגת גבול או כליאת שווא (למשל, על ידי חסימה מותרת של הגישה למקרקעין שכנים). במקרים אלה וברבים אחרים, דיני החוזים – מכוח הכרתם בתוקפו המחייב של ההסכם שבין הצדדים – יגנו על אותם סוגי אינטרסים (החיים, שלמות הגוף, שם טוב, פרטיות חופש תנועה) שדגן מגדיר במאמרו כאינטרסים "נויקיים" טיפוסיים.

אמת, סביר להניח כי מבחינה מספרית, סטיטיסטית, חלק ניכר מתביעות הנויקין עניינן בגרימה עוולתית של נזק לגוף או לרכוש, וכי נתח נכבד מההתדיינות המשפטית סביב הפרות חוזים סב על גרימה שלא כדין של נזק כלכלי טהור. במובן "רך" זה ניתן אולי לקבל את האמירה שדיני הנויקין מגינים באופן טיפוסי על אינטרסים גופניים ורכושניים, בעוד שדיני החוזים מגינים באופן טיפוסי על אינטרסים כלכליים טהורים. אולם, אין בכך ולא כלום עם המסקנה

מקור האחריות הוא הסכמת הצדדים והעובדה שהם בחרו להתנות על הדין הכללי ולהתחייב בחיובים שאין הם מחויבים ליטול על עצמם מכת הדין הכללי.

(השגויה לטעמי) כי דיני החוזים אינם כשירים מעצם טיבם להגנה על אינטרסים כגון שלמות הגוף, החיים והבריאות, חירות, כבוד ושם טוב, המוגנים על ידי עולות שונות בדיני הנזיקין, או כי בפועל, בחיי המעשה, הגנתם של אינטרסים אלה באמצעות יצירת זכות חוזית היא תופעה שולית או זניחה. בה במידה, להכללה האמורה אין ולא כלום עם המסקנה (שאף היא שגויה, לשיטתי) כי דיני הנזיקין אינם מאפשרים מעצם טיבם הגנה על אינטרסים כלכליים טהורים, או שהגנתם של אינטרסים אלה באמצעות דיני הנזיקין היא תופעה שולית או זניחה. מהדיון שלעיל עולות שתי מסקנות חשובות. ראשית, בניגוד לרושם העולות להתקבל מתיאורו של דגן, במציאות המשפטית לא קיימת הבחנה או הפרדה ברורה בין סוגי האינטרסים המוגנים על ידי דיני החוזים והנזיקין. הפרמטר של סוג האינטרס המוגן איננו מצדיק אפוא הפרדה ברורה, וודאי לא הפרדה גורפת, בין דיני התרופות בחוזים ובנזיקין.

שנית, גם אם נקבל את ההנחה (הנראית אפשרית אך טעונה בדיקה אמפירית) כי מרבית התביעות החוזיות עוסקות בעיקר בתיקון של פגיעות באינטרסים מסוג שאינו מאפיין את מרבית תביעות הנזיקין ולהפך (כלומר: שמרבית תביעות הנזיקין עוסקות בעיקר בתיקון פגיעות באינטרסים שאינם מאפיינים את מרבית התביעות החוזיות), עדיין לא יצדיק הדבר את יצירתן של שתי מערכות תרופתיות נפרדות – אחת לפגיעות "חוזיות" ואחרת לפגיעות "נזיקיות". הטעם לכך הוא פשוט: הפרדה כזו הייתה שוללת מבתי המשפט את האפשרות להיזקק לתרופות ה"נזיקיות" (ולעקרונות התרופתיים ה"נזיקיים") בכל אותם מקרים (וכאמור לעיל, בעידן המודרני מדובר בתופעה הולכת ומתרחבת) שבהם הזכות החוזית שהופרה מגינה על אינטרס "נזיקי טיפוסי"; ולהפך: הייתה שוללת מהם את האפשרות להיזקק לתרופות "חוזיות" (ולעקרונות החלים עליהן) בכל אותם מקרים (וגם כאן אין מדובר בתופעה שולית או צדדית) שבהם הזכות הנזיקית שהופרה הגנה על אינטרס "חוזי טיפוסי".⁴³ הפרדה כזו צפויה להביא לתוצאה משפטית שאין הדעת סובלת: אינטרסים ספציפיים שייפגעו בשל הפרת חוזה, ומשתייכים לסוג האינטרסים המוגדרים כ"נזיקיים", לא יזכו בהגנה התרופתית (ה"נזיקית") המתאימה לאותו אינטרס אך ורק משום שהדין המעגן אותם במשפט

43 יתרה מזאת: כידוע, במקרים לא מעטים פגיעה באינטרס מסוג מסוים יכולה להוליד – ובדרך כלל מולידה – פגיעה באינטרס מסוג אחר. כך, למשל, פגיעה ראשונית באינטרס גופני עשויה להוליד במקרים מסוימים פגיעה עקיפה (נזק תוצאתי) באינטרסים אחרים (רכושיים, כלכליים, לא-ממוניים). בה במידה, פגיעה באינטרס כלכלי עשויה לגרום פגיעה באינטרס רכושי, גופני או לא-ממוני. האם במקרים אלה מצופה מבית המשפט לטפל בנזק ה"חוזי", שמקורו בעילת תביעה "נזיקית", באמצעות כללי התרופות שבנזיקין (או לטפל בנזק ה"נזיקי" שמקורו בעילה החוזית באמצעות דיני התרופות בשל הפרת חוזה)?

הוא דין החוזים ולא דין הנויקין; ולהפך: אינטרסים ספציפיים שייפגעו בשל מעשי נזיקין, ומשתייכים לסוג האינטרסים המוגדרים כ"חוזיים", לא יזכו להגנה התרופתית ("חוזית") הראויה להם רק משום שהדין המעגן אותם במשפט הוא דין הנויקין ולא דין החוזים. אין קושי לראות כי תוצאה כזו היא שרירותית וחסרת כל היגיון.⁴⁴

האם האחדת דיני התרופות עשויה לפתור את הקושי המתואר לעיל? ודאי! במקום לטפח שתי מערכות תרופתיות שונות, שהבחירה ביניהן מבוססת על מקורה המשפטי הפורמלי של הזכות שהופרה (פקודת הנויקין ונספחיה מחד גיסא, חוק החוזים הכללי מאידך גיסא), ניתן וראוי לקבוע את התגובה התרופתית המתאימה במישרין – וללא תיווכם של מבחנים פורמליים נוקשים – על פי סוג האינטרס הספציפי שבו פגעה הפרת החיוב הנדונה. גישה כזו תאפשר לבית המשפט בכל מקרה ומקרה להתאים את התגובה התרופתית המתאימה לטיב הפגיעה הנדונה בפניו, כשהוא חופשי מהגבלות שרירותיות שיסודן בזיהוי האוטומטי (והמוטעה) של דיני הנויקין עם אינטרסים מסוג מסוים, ושל דיני החוזים עם סוג אינטרסים אחר לחלוטין. דווקא גישה זו – ולא הגישה שבה מצדד דגן – היא שתאפשר לדיני התרופות להימנע מ"השטחה של הבדלים בעלי חשיבות נורמטיבית", כלשונו, ולשמר את הקשר ההדוק של הדין אל המציאות (העובדתית) שאותה הוא מסדיר.

וראו זה פלא: בניגוד לרושם שעלול להתקבל מקריאת ביקורתו של דגן על הצעת הקודקס, במגזרים חשובים שלו יוצר פרק התרופות – ברוח הנאמר לעיל – הבחנות מקומיות, המבוססות במישרין על סוג האינטרס המוגן. הדוגמה החשובה ביותר נמצאת בחלק העוסק בתרופת הפיצויים. חלק זה, שהוא ללא ספק חלק הארי בפרק התרופות, מחולק לכמה סימנים המוקדשים לטיפול בהיבטים מיוחדים של חובת הפיצוי הכללית. בין היתר, נכללים בו סימן ג' (פיצויים בשל נזק לגוף), סימן ד' (פיצויים בעקבות פטירה), סימן ז' (פיצויים בשל נזק לרכוש)

44 ואכן, ההיסטוריה של המשפט המקובל רצופה דוגמות לאנומליה הנוצרת במצבים אלה, ולנסיונות שיפוטיים לעקוף את התוצאות השרירותיות שיצרה ההבחנה המסורתית בין עילות חוזיות לבין עילות נזיקיות לצורך ההכרעה בשאלות תרופתיות. דוגמה מובהקת ניתן להביא מהפסיקה האמריקנית בתחום ה"פיצויים העונשיים". בתחום זה השתרש במשפט המקובל כלל הלכתי האוסר על היוקקות לסנקציה זו בתביעות חוזיות, אולם ההכרה של בתי המשפט בצורך בסנקציות מרתיעות בתחום החוזי-מסחרי גרמה להם לפעול לעקיפת הכלל האמור באמצעות טכניקות שונות ומשונות שעיקרן בניסיון לנסח את העילה החוזית כעילה נזיקית או "מעין נזיקית". לסקירה מקיפה של ההתפתחויות בתחום זה ראו אדר, הערה 12 לעיל, בעמ' 55-82. טכניקות דומות נקטו בתי המשפט האמריקניים במגמה להרחיב את היקף הזכאות לפיצויים בשל עגמת-נפש ובשל נזק תוצאתי בתביעות חוזיות (בעיקר כנגד מבטחים, שחיסנו את עצמם במישור החוזי מפני חבות בפיצויים מסוג זה).

וסימן ח' (פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון). הסעיפים בכל אחד מסימנים אלה מפרטים את הדין המיוחד שיחול על כל אחד מראשי הנזק הספציפיים העשויים להיכלל בתביעת פיצויים (חוזית, נזיקית או אחרת) בגין סוג הנזק הנדון. לתפיסתו, שיטת הטיפול של פרק התרופות בתרופת הפיצויים משקפת גישה ראויה לטיפול בשאלות תרופתיות. גישה זו מכירה בצורך להצביע על העקרונות הכלליים המשותפים לטיפול בכל רכיבי הנזק בכל תביעת פיצויים, תהא אשר תהא עילתה (חוזית, נזיקית או אחרת),⁴⁵ ועם זאת אינה ממעיטה בחשיבותם של כללים מיוחדים (או עקרונות-משנה) המביאים לידי ביטוי את אופיו המיוחד של כל אחד מהאינטרסים המוגנים העשויים להרכיב תביעת פיצויים כלשהי, ומתחשבים בו לצורך קביעת השיטה הראויה להערכת הפיצויים.

לדעתי, גישה זו של הקודקס האזרחי החדש – האחדת קשת התרופות ועקרונות היסוד החלים עליהן מחד גיסא, והבהרת השיקולים הרלבנטיים לעיצוב הפתרון התרופתי במקרים קונקרטיים מאידך גיסא – היא המפתח לעיצובו של דין תרופות מודרני ראוי.⁴⁶ הנדרש לנו איננו סיווג אנכרוניסטי המתבסס על פרמטרים פורמליים (עילה נזיקית, עילה חוזית וכו'), והנעשה על יסוד הנחה (לא מציאותית) כי פרמטרים אלה מוליכים לעבר קטגוריות עובדתיות שונות, המוציאות זו את זו ומעוררות צרכים תרופתיים שונים. לדעתי, דין תרופתי ראוי מצריך הקפדה על שני עקרונות: ראשית – הגדרה ברורה של קשת התגובות התרופתיות שלהן ניתן להיוקק, עקרונית, בעת יישובו של כל סכסוך אזרחי (יהא אשר יהא סיווגו הפורמלי); ושנית – יצירת מערכת של הבחנות חדשות, נקודתיות, המושתתות במישרין על השיקולים העיקריים הנראים רלבנטיים

45 ראו סימנים א' וב' לחלק הפיצויים (הקובעים את מטרות הפיצויים, עקרונות ריחוק הנזק, הקטנת הנזק, אשם תורם, היוון וכיו"ב).

46 גישה זו של הקודקס משתקפת גם בחלק המסדיר את תרופת האכיפה. בהחילו למעשה את דיני האכיפה שבחוזים גם על עילות הנזיקין, חלק זה מרים תרומה חשובה בשני מישורים: ראשית, בהבהרת הדמיון המהותי (הקיים ממילא) בין תרופת הצינור הנזיקי לבין תרופת האכיפה החוזית, ושנית, בחשיפת חלק מהשיקולים המהותיים המשפיעים (הן בחוזים והן בנזיקין) על היקף ההכרה בזכות לאכיפה ועל קביעת הסייגים לה. שיקולים אלה אינם מוצגים בבהירות בחקיקת הנזיקין הקיימת. הדברים אמורים בעיקר בשיקול המוסרי של הימנעות מפגיעה מופרות בחירותו הפיזית של המפר (שיקול זה מעוגן במסגרת סייג "השירות האישי", אם כי לא בצורה בהירה ורחבה דיה), ובשיקול הכלכלי של הימנעות מעלויות פיקוח מופרות (המעוגן במסגרת "סייג הפיקוח"). ראו סעיפים 2)3 ו-3) לחוק התרופות והשוו לסעיף 524 להצעת הקודקס, הערה 1 לעיל. לעומת זאת תרופות אחרות (דוגמת תשלום עונשי וצו מרתיע) לא הוסדרו באופן מספק. לעניין זה ראו התייחסות בפרק 4.ג להלן.

להפעלתה של כל אחת מהתרופות.⁴⁷ פרק התרופות בקודקס משקף מאמץ ראשוני, מבורך וראוי להערכה, ליצירתה של מערכת משולבת כזאת. הנה כי כן מסתבר – באופן מפתיע למדי – שדווקא העמדה המשתקפת בדברי הביקורת של דגן, המתיימרת לנבוע מהתובנה הריאליסטית (החשובה) בדבר הצורך לשמר את הקשר ההדוק של הדין עם המציאות, מתבררת ככזו המוליכה אותו – במודע או שלא במודע – לאימוצה של גישה פורמליסטית שאיננה מתיישבת עם תובנה זו. לעומת זאת, דווקא הגישה המשתקפת בפרק התרופות עולה בקנה אחד עם הציווי הריאליסטי שעליו מבקש דגן להיסמך בטיעונו, ומבטיחה את הגשמתו הלכה למעשה.

4. החשיבות המוגבלת של סוג האינטרס המוגן בעיצובו של דין תרופות ראוי

בסעיף זה אבקש לטעון כי סוג האינטרס המוגן שהפגיעה בו מהווה יסוד לתביעה אזרחית נתונה איננו צריך למלא – ובפועל איננו ממלא בדין הנוהג – תפקיד מכריע בעיצוב התגובה התרופתית על אותה פגיעה. במילים אחרות: שתי תביעות אזרחיות, הנבדלות זו מזו בבירור מבחינת סוג האינטרס המוגן בכל אחת מהן, עשויות להצדיק, כל אחת בנפרד, את אותן תרופות ממש. נקל לראות שאם אכן תתקבל טענתו זו יהיה בכך כדי להוסיף כוח נורמטיבי לטיעון בעד האחדת דיני התרופות. אם הטענה נכונה, נגזרת ממנה המסקנה שיצירה של שתי מערכות תרופתיות – אחת לפגיעות "חוזיות" ואחרת לפגיעות "נזיקיות" – איננה ראויה לא רק משום הקושי והסכנה שבהסתמכות על הבחנה בין אינטרסים "חוזיים" טיפוסיים לבין אינטרסים "נזיקיים טיפוסיים", אלא מטעם עצמאי ונפרד אחר. טעם זה עשוי להצדיק דין תרופות אחיד להפרות חוזים ולעוולות נזיקין לא רק במצבי החפיפה שנדונו בהרחבה לעיל, אלא גם במצבים שבהם עומדות לדיון תביעה חוזית ותביעה נזיקית, שכל אחת סבה על פגיעה באינטרס מסוג שונה לחלוטין. כאמור, טענתי היא שגם במצבים אלה אין יסוד סביר להניח, כי התרופה שראוי לפסוק לתובע ה"חוזי" תיבדל בהכרח מהתרופה שראוי לפסוק לתובע ה"נזיקי".

כדי לבסס טענה זו אבקש מהקוראים להניח לרגע (הנחה בלתי-מציאותית בעליל) כי בשיטת משפט נתונה דיני הנזיקין מגינים באמצעות העוולות השונות על אינטרסים גופניים בלבד, וכי דיני התרופות בשל הפרת חוזה מספקים הגנה על אינטרסים כלכליים טהורים בלבד. במילים אחרות: בשיטה זו, על פגיעה או

47 כמו כן נדרשת התייחסות לאפשרות שילובן של תרופות שונות. עניין זה מוסדר באופן חלקי בהצעת הקודקס, הערה 1 לעיל בסעיף 523 ("ברירת תרופות וצבירתן").

הפרעה לאינטרס גופני ניתן לזכות בסעד רק במסגרת תביעה נזיקית, ואילו על פגיעה או הפרעה לאינטרס כלכלי טהור ניתן לזכות בסעד אך ורק במסגרת תביעה על הפרת חוזה.⁴⁸ האם בשיטת משפט מעין זו היינו מצפים שדיני הנזיקין ודיני החוזים יספקו לנפגעים מהפרת החיוב (הנזיקי, או החוזי, בהתאמה) תרופות שונות בהכרח, וכי העקרונות הבסיסיים שיחלשו על הפעלת תרופות אלה יהיו בהכרח שונים?

למרות הנטייה הראשונית של חלק מהקוראים לענות על שאלה זו בחיוב, דומני שהתשובה לה צריכה להיות בשלילה. בניגוד להנחה העולה במשתמע מטיעונו של דגן, אי-התאמה בסוג האינטרס המוגן איננה צריכה להוליך בהכרח לאי-התאמה במישור התרופתי.

אכן, די בהצצה חטופה לעבר הדין הנוהג – בישראל ובמדינות רבות מחוצה לה – כדי ללמדנו שגם דיני החוזים וגם דיני הנזיקין אינם יוצרים תפריט תרופתי נפרד לזכויות שונות בהסתמך על סוג האינטרס המוגן על ידי אותן זכויות. כך, למשל, דיני הנזיקין מכירים בשתי תרופות עיקריות (ציוויים ופיצויים) שניתן לפסוק בגין כל מעשה עוולה, ללא תלות בטיבו של האינטרס הטיפוסי המוגן במסגרתה של העוולה הנדונה (גופני, רכושי או אחר).⁴⁹ באופן דומה מגיבים גם דיני החוזים על הפגיעה בזכויות חוזיות (באמצעות תרופות האכיפה והפיצויים), בין כשהפגיעה נושאת אופי כלכלי גרידא בין כשהיא נושאת אופי אחר.⁵⁰ בחוזים כמו בנזיקין, קשת התרופות הבסיסית העומדת לרשות בית המשפט האזרחי (היינו: אכיפה ופיצויי קיום) אינה תלויה ואינה מושפעת משאלת סוג האינטרס המוגן על ידי הזכות הקונקרטית – החוזית או הנזיקית – העומדת לדיון. יתרה מכך: שתי התרופות העיקריות הניתנות בשני התחומים זהות למעשה, למרות שהאינטרסים הטיפוסיים המוגנים במסגרתם אינם זהים. ללמדך, שלאינטרס הטיפוסי המוגן על ידי הזכות הראשונית נודעת חשיבות מוגבלת בלבד בעיצובו של דין התרופות.

הצצה חטופה זו מאפשרת לנו להבין כי פרק התרופות בהצעת חוק דיני ממונות אינו יוצר שינוי מהפכני מהותי בדיני התרופות כפי שניתן היה אולי

48 לצורך הדוגמה ניתן להניח כי אינטרסים רכושיים-קנייניים ואינטרסים לא-ממוניים מוגנים בשיטת המשפט הנדונה על ידי ענפי משפט אחרים.

49 ראו סעיפים 3 ו-71 לפקודת הנזיקין.

50 התרופה של ביטול החוזה (סעיפים 2 ו-7 לחוק התרופות) אינה חלה על עוולות נזיקין לא משום שהדין מתייחס לעוולות נזיקין בחומרה פחותה מזו שבה הוא מתייחס להפרות חוזים, אלא משום שאין היא ישימה אלא במצבים שבהם קיים קשר משפטי רצוני מוקדם בין הנפגע לבין המפר (שאם לא כן אין מה לבטל). קשר מסוג זה נוצר בכל מקרה שבו נכרת חוזה, אך איננו קיים במצבים (המאפיינים מערכות יחסים שבין מעוולים לנעוולים בנזיקין) שבהם בין המפר לנפגע לא נשתכלל קשר חוזי.

לשער במבט ראשון. הטעם לכך הוא פשוט: הרבה יותר משהוא משקף ניסיון לשנות את דין התרופות הקיים בחוזים ובנויקין על ידי התאמת דין התרופות בתחום אחד למשנהו, פרק התרופות משקף הצעה לביצוע האחדה פורמלית של תרופות ועקרונות תרופתיים שמבחינה מהותית הם דומים ממילא. עיקר חדשנותו של פרק התרופות איננה אפוא בהאחדה המהותית של עקרונות דיני התרופות (אם כי כמוסבר בפרק ג' להלן גם בתחום זה ישנם כמה שינויים חשובים), כי אם בהאחדה הפורמלית של המסגרת המשפטית שבה הם מעוגנים. אותן התרופות ששימשו אותנו בעבר בתגובה למעשי נוזיקין ולהפרות חוזים – אכיפה (או ציווי) ופיצויי קיום – ימשיכו לשמשנו גם בעידן הקודיפיקטיבי; אולם במקום להפש אותן ואת העקרונות החלים עליהן במקורות משפטיים נפרדים (פקודת הנוזיקין, חוק התרופות, חוקים אחרים הקובעים חיובים בדין ומגדירים תרופות בשל הפרתם), נוכל לפנות מעתה (לפחות באופן ראשוני) למאגר אחד ויחיד, שבו יימצאו לנו כל התרופות (כמעט) שבהן היינו מורגלים להשתמש עד כה. הדמיון בין דיני התרופות, שעליו מבוססת הצעת החוק, איננו אפוא דמיון רצוי שאליו המחוקק שואף להוליכנו באמצעות עריכת רפורמה משמעותית בדין הקיים; זהו דמיון מצוי, הנסתר מפני רבים מאתנו עד היום בעטיין של ההפרדה הפורמלית (הטקסטואלית והמושגית) ושל הדיכוטומיה התודעתית שכפתה עלינו ההבחנה המסורתית המורשת בין דיני התרופות בחוזים ובנויקין.

על רקע תובנה זו דומני שקשה עוד יותר לקבל את ביקורתו של דגן על פרק התרופות. ממה נפשך: אם דגן מציע להימנע מהשינויים המהותיים שהוא מייחס להצעת הקודיפיקציה כדי למנוע האחדת-יתר מסוכנת, הרי שכמוסבר לעיל אין לחששו זה כל בסיס. מאידך גיסא, אם טענתו היא שראוי לקיים הבחנות חשובות בין דיני התרופות בחוזים ובנויקין – אף שהבחנות כאלה אינן נחלתו של הדין הנוהג במרבית שיטות המשפט – נראה כי הצעתו שלו היא הרדיקלית והחדשנית, ולא הצעת החוק שאותה הוא מבקר.

מכל מקום, לדעתי, גם הצעה (חדשנית ורדיקלית) – לשנות את הדין כך שמעתה הבחנות בסוג האינטרס המוגן על ידי זכות נתונה יצמיחו בהכרח תוצאה תרופתית שונה – איננה נראית לי רצויה לגופה. שלושה טעמים עיקריים לדבר. ראשית, גם אם נניח שסוג מסוים של אינטרסים מוגנים (למשל, אינטרסים גופניים) ראוי להיחשב כחשוב יותר מסוג אחר של אינטרסים מוגנים (למשל, אינטרסים כלכליים טהורים), עדיין אין בכך כדי להוליכנו בהכרח למסקנה שכל אינטרס ספציפי המשתייך לקטגוריה הראשונה מוגן על ידי זכות פלונית הוא

אכן חשוב יותר (לנפגע ולחברה בכללותה) מכל אינטרס ספציפי המוגן על ידי זכות אלמונית ומשתייך, לפי סוגו, לקטגוריה השנייה.⁵¹ שנית, גם תחת ההנחה (השגויה, לטעמי), שפגיעות באינטרסים הטיפוסיים המוגנים על ידי מרבית עוולות הנזיקין (לאמור: אינטרסים גופניים ורכושיים) היא תמיד ובהכרח חמורה יותר מכל פגיעה באינטרס הטיפוסי המוגן על ידי זכויות חוזיות (לאמור: אינטרס כלכלי טהור), עדיין קשה לראות מדוע ייאסר על בית המשפט באופן קטגורי להיזקק בתביעות חוזיות, במקרים המתאימים, לכל אותו מגוון תרופות העומד לרשותו בהכריעו בסכסוכים נזיקיים. האם העובדה שזקוק של פלוני הוא נזק כלכלי טהור, ולא נזק לגופו או לרכושו, מצדיקה לשלול ממנו את זכותו לאכיפה של החיוב שהופר כלפיו או לפיצויים בגין נזקי ההפרה? נראה שהתשובה השלילית עולה כמובן מאליו, לפחות ביחס לתרופות האכיפה והפיצויים, שהן התרופות השכיחות והבסיסיות ביותר במערך התרופות האזרחיות. תרופות אלה משקפות במובהק את העיקרון התרופתי החשוב ביותר החולש על התרופות האזרחיות הלא הוא עקרון השבת המצב לקדמותו (*restitutio in integrum*). עיקרון זה מיושם בדין הנוהג – וראוי שימשיך ולהיות מיושם גם בעתיד – בכל מקרה שבו נפגע אינטרס המוגן בדין, יהא אשר יהא סוגו, אפיונו ומשקלו החברתי היחסי.⁵²

לשיטתי, ראוי שגישה זו תוחל גם על תרופות אזרחיות נדירות יותר דוגמת תשלומי ההשבה (*restitutionary damages*) שתכליתם לשלול מהמפר רווח שהפיק עקב ההפרה, ותשלומים עונשיים (*punitive damages*) שנועדו להענישו בגין

51 כך, למשל, כאשר אדם פלוני דוחף מבלי משים את חברו ברחוב וגורם לו להחליק ולהיחבל קלות, האינטרס הספציפי שעליו יגנו דיני הנזיקין באמצעות דיני הפיצויים הוא ללא ספק אינטרס גופני, הנתפס כאינטרס ראשון במעלה. עם זאת, האינטרס הספציפי של הנפגע במקרה זה איננו בהכרח חשוב או בעל משקל רב יותר מאשר האינטרס הספציפי של מאן דהוא כי תשולם לו תמורה כספית משמעותית בגין שירות שסיפק על פי חוזה. באופן דומה, האינטרס הכלכלי של אדם כי תכובד התחייבות חוזית לבצע עבורו רכישה של ניירות ערך כלשהם, איננו נופל בהכרח בחשיבותו מהאינטרס הרכושי-קנייני של אדם כי רכב שבבעלותו לא יינזק בתאונת דרכים. דוגמות אלה מעידות שגם בהנחה (הנראית סבירה) כי אינטרסים גופניים (ואולי גם רכושיים) ראויים ככלל להגנה תקיפה יותר של הדין מאשר אינטרסים כלכליים טהורים – וגם לו היו דיני הנזיקין עוסקים באופן אקסלוסיבי בהגנת הראשונים בעוד שדיני החוזים היו עוסקים באופן אקסלוסיבי בהגנת האחרונים – עדיין לא היה בכך כדי להצדיק הבחנה גורפת שתקבע שכל מעשה נזיקין מצדיק בכל מקרה תגובה חריפה יותר מכל הפרת חוזה.

52 למעמדו של עקרון ההשבה לקדמות במשפט הפרטי ראו הערות 34–36 לעיל והטקסט שלידן.

הפרת זכויות מקוממת במיוחד.⁵³ עם זאת, אני ער לכך שבהקשרים אלה, שבהם תכליתה העיקרית של התרופה איננה פיצוי הנפגע על נזקו, ניתן ביתר קלות להצדיק את קו הטיעון הגורס כי ראוי להגביל את תחולתן של תרופות אלה למצבים של פגיעה באינטרסים חשובים במיוחד (כגון אינטרסים גופניים או רכושיים). אכן, העובדה כי במרבית שיטות המשפט המקובל הוגבל השימוש בתרופות אלה באורח מסורתי לעילות נזיקין (שבעבר לא הגנו באופן נרחב על אינטרסים כלכליים), עשויה לחזק טיעון זה. עם זאת, מזה כמה עשורים קיימות בספרות ובפסיקה מגמות החותרות להרחבת תחולתן של דוקטרינות תרופתיות אלה גם על עילות חוזיות.⁵⁴ בישראל קיבלה מגמה זו ביטוי מובהק בפסיקתו של

53 הצעת הקודקס להרחיב את היקף התחולה של מוסד התשלומים העונשיים תידון בפרק ג להלן.

54 תפיסה ליברלית זו קנתה אחיזה לאחרונה בפסק דינו של בית הלורדים האנגלי בעניין *Attorney General v. Blake* [2000] 4 All E.R. 385 (H.L.), שם נפסקו תשלומי השבה כנגד סוכן השירות החשאי הבריטי לשעבר שפרסם ספר פופולרי אודות מעלליו (בין היתר ריגול נגדי), תוך הפרת חיובו החוזי לסודיות. בכך נוטה הדין האנגלי, אם כי ביתר זהירות, לכיוונו של הדין הישראלי שסומן בבירור בפרשת אדרס, הערה 13 לעיל. פסיקה זו הושפעה ככל הנראה מדעות מלומדים, שמהם כשני עשורים קוראות להחלת תרופה זו גם בתחום החוזי; ראו, למשל, Daniel Friedmann, "Restitution of Benefits Obtained through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong," 80 *Colum. L. Rev.* 504 (1980); Gareth Jones, "The Recovery of Benefits Gained from a Breach of Contract," 99 *L.Q.R.* 443 (1983); E. Allan Farnsworth, "Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract," 94 *Yale L.J.* 1339 (1985); Daniel Friedmann, "Restitution of Profits Gained by Party in Breach of Contract," 104 *L.Q.R.* 383 (1989); Richard O'dair, "Restitutory Damages for Breach of Contract and the Theory of Efficient Breach: Some Reflections," 46 *Curr. Leg. Probs.* 113 (1993); Mindy Chen-Wizart, "Restitutory Damages for Breach of Contract," 114 *L.Q.R.* 363 (1998). אולם, קיימים באקדמיה המשפטית גם מתנגדים נחרצים לפסיקת תשלומי השבה כסנקציה על הפרת חוזה; ראו, למשל, Ernest J. Weinrib, "Restitutory Damages as Corrective Justice," 1 *Theoretical Inq. L.* 1 (2000). תמיכה בעמדה זו, מנימוקים אחרים לחלוטין, הביע דגן; ראו חנוך דגן, "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית", עיוני משפט כ 601 (תשנ"ז). ראו באותו נושא גם Hanoach Dagan, "Restitutory Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory," 1 *Theoretical Inq. L.* 115 (2000). למחקר חדש ומקיף שנכתב באנגליה, המבוסס על עבודת דוקטורט וקורא להכרה נרחבת בתשלומי השבה במשפט האזרחי בכלל, לרבות בדיני החוזים, ראו James Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (2002). דיון מקיף בשאלת ההצדקה להחלתו של מוסד התשלומים העונשיים גם בתחום החוזי, ותיאור נרחב של המגמות בתחום זה במשפט המקובל ובישראל, ניתן למצוא בחיבורי הנ"ל בהערה 44.

בית המשפט העליון, המכירה בסמכותו של בית המשפט לפסוק תשלומי השבה גם בגין הפרת חוזה,⁵⁵ ומשקפת יחס מחמיר כלפי הפרה מודעת של זכויות חוזיות.⁵⁶ שלישית ולבסוף, יש לזכור שההכרעה במקרים קונקרטיים לגבי סוג התרופה שניתן וראוי לפסוק מבין קשת התרופות האפשריות, היקפה המדויק של כל תרופה, התנאים המגבילים את יישומה במקרה הקונקרטי, שילובה בתרופות אחרות וכיו"ב – כל אלה כרוכים בהפעלת שיקול דעת שיפוטי רחב, ודורשים התחשבות במגוון רחב של שיקולים. סוג האינטרס המוגן – אף כי הוא בוודאי רלבנטי לבחירה בתרופה נתונה – אינו השיקול היחיד ואף לא בהכרח השיקול המכריע. לצדו עשויים להישקל במידה שווה – ואף רבה יותר – שיקולים אחרים כגון היקף הפגיעה באינטרס המוגן, היסוד הנפשי של המזיק, התנהגותו של הניזוק, מאזן הנוחות שבין הצדדים, מעמדם הכלכלי, עלויות מינהליות הכרוכות בהפעלת סעד זה או אחר ושיקולי מדיניות נוספים. השיקול של סוג האינטרס, אף כי הוא רלבנטי וחשוב, אין בו כשלעצמו כדי להשפיע על ההיקף והצורה המדויקים שתלבש התרופה שיחליט בית המשפט לפסוק במקרה קונקרטי. קל וחומר שאין בו כדי להצדיק א־פריורי העדפה או שלילה קטגורית של ההיזקנות לתרופה כלשהי מבין קשת התרופות המוכרות במשפט הפרטי – כתרופה על הפרת חוזה או על עוולה בנויקין.

סיכומי של דבר: בשיטת משפט מודרנית, המבקשת להעמיד לרשות בית המשפט האזרחי מגוון רחב של אמצעים תרופתיים לטיפול במצבים מגוונים של הפרת זכויות, אין הצדקה להטיל הגבלות – ודאי לא הגבלות גורפות ובעלות אופי א־פריורי – על קשת התרופות שניתן יהיה (או שאסור יהיה) להפעיל בתגובה להפרת חיובים מסוג כלשהו. זאת, גם לו ניתן היה להצביע על חלוקה ברורה וחד־משמעית בין האינטרסים המוגנים בענפיו השונים של דין החיובים. קל וחומר שכך ראוי בשיטה דוגמת המשפט הישראלי, שבה הן דיני הנויקין והן דיני החוזים כשירים להגן, ומגינים בפועל, על קשת נרחבת ומגוונת של אינטרסים, ללא חלוקה ברורה בין "אינטרסים חוזיים" ל"אינטרסים נזיקיים". בשיטה כזו, קשת התרופות הבסיסית צריכה להיות אחת ויחידה בכל אחד מתחומי דין החיובים וזאת, כמובן, בלי לגרוע מהחשיבות שבעיצוב עקרונות מנחים (בחקיקה או בפסיקה) שלאורם יוכלו בתי המשפט להכריע בשאלה איזו תרופה ראוי לפסוק, ואיזו צורה קונקרטית על תרופה זו ללבוש בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה. נמצא לנו אפוא, שטיעונו העיקרי של דגן נגד האחדת דיני התרופות איננו משכנע משום שכפי שהראיתי אין הוא מבוסס על תיאור מהימן

55 ההלכה נקבעה בעניין אדרס, הערה 13 לעיל.

56 לפסיקה רלבנטית ראו הערות 98 ו-105 להלן.

של המציאות המשפטית, ולפיכך גם אין הוא משקף מסקנה ראויה באשר לדמותו של דין התרופות הרצוי.

5. טיעון-משנה 3 והסתירה הפנימית הגלומה בו

כאמור לעיל, בשולי טיעונו המרכזי דגן מעמיד טיעון נוסף, חלופי, נגד האחדת התרופות בחוזים ובנויקין.⁵⁷ הטענה כאן היא שגם אם קו הטיעון העיקרי יידחה (כלומר: יתברר כי מבחינה עניינית אין הצדקה להבדלים משמעותיים בין ההשלכות התרופתיות של הפרות חוזים לבין אלה של מעשי נזיקין) עדיין ראוי להתנגד לאחדת דיני התרופות, וזאת מן הטעם שבהיות התרופה רכיב מכונן של הזכות הראשונית, המשפיע על תוכנה ומהותה – האחדת התרופות עלולה להביא למטטוש של עצם ההבחנה האיכותית בין הזכות לקיום חוזה לבין הזכות הראשונית בנויקין. לשיטתו של דגן עמעום כזה הוא מסוכן, שכן הוא עלול, בתורו, "למטטש את ההבדלים החשובים בין התכליות המרכזיות של דיני החוזים ודיני הנזיקין ובין האינטרסים הטיפוסיים עליהם מגינים תחומי המשפט החשובים – והנפרדים – האלה, ובכך לפגוע בהתפתחותם הראויה".⁵⁸

בכל הכבוד הראוי, דומני שטיעון זה טומן בחובו סתירה פנימית, ולפיכך אין הוא יכול לשמש כנימוק משכנע נגד האחדת התרופות. הדבר פשוט: אם אכן יתברר כי יש הצדקה ליצירת תשתית אחידה לדיני התרופות בחוזים ובנויקין (וזהו ההנחה שלאורה מועלה הטיעון הנדון), פירוש הדבר שהתכליות העיקריות של דיני החוזים ושל דיני הנזיקין אינן נבדלות באורח משמעותי זו מזו.⁵⁹ אלמלא היה הדבר כן, האם יכלו העקרונות התרופתיים ששני ענפים אלה מציעים בגין הפרת זכויות להיות זהים או דומים באורח משמעותי? אכן, כפי שטענתי לעיל, מטרתם הבסיסית של דיני הנזיקין ודיני החוזים היא משותפת, וממנה נגזרת גם מטרתם התרופתית המשותפת.⁶⁰ דיני הנזיקין מגשימים מטרות משותפות אלה (מטרת העל והמטרה התרופתית הנגזרת ממנה) באמצעות העולות השונות – המגדירות את מערך הזכויות והחובות הראשוני בנויקין, ובאמצעות התרופות על מעשי נזיקין – היוצקות תוכן ממשי לתוך זכויות וחובות אלה ונותנות להן תוקף; ואילו דיני החוזים מגשימים את אותן מטרות ממש באמצעות דיני הכריתה

57 טיעון זה של דגן מוצג על ידי בתמצית בפרק ב.2 לעיל (טיעון-משנה 3).

58 ראו דגן, הערה 3 לעיל, בהערה 67.

59 לעומת זאת, כעולה מהדיון שערכתי בפרק הקודם, מקיומה של הצדקה לאחדת התשתית הבסיסית של דיני התרופות לא נובעת בהכרח המסקנה כי האינטרסים המוגנים בכל אחד מהתחומים המאוחדים הם זהים או דומים.

60 לביסוס הטענה ראו פרק ב.3(ב) לעיל.

(במובן הרחב) – המאפשרים יצירה רצונית של מערכי זכויות (וחובות) ראשוניים, ובאמצעות דיני התרופות – הנותנים תוקף ותוכן לאותם מערכי זכויות (וחובות). מכאן נובעת, לדעתי, מסקנה אחת ויחידה: דיני התרופות בחוזים ובנזיקין חולקים מאפיינים משותפים משמעותיים רק משום שדיני הנזיקין ודיני החוזים עצמם אכן חולקים מטרה בסיסית משותפת. ביתר פירוט: החלתו של עקרון הצדק המתקן (ונגזרותיו התרופתיות השונות) על הפרות חוזים ועוולות נזיקין כאחד הינה מוצדקת אך ורק משום שהן דיני החוזים והן דיני הנזיקין נועדו ביסודם להגן מפני פגיעה עוולתית באינטרסים מוגנים של הזולת (בין שהם מעוגנים בהסכמה חוזית ובין שהם מעוגנים בהוראות הדין הכללי).⁶¹

הבהרה זו חושפת את הסתירה הפנימית בטיעונו של דגן: אין זה מתקבל על הדעת להניח שניתן להצדיק את האחדת דיני התרופות בחוזים ובנזיקין (כפי שדגן מוכן להניח לצורך הטיעון החלופי), ובה בעת לשמר את ההנחה בדבר קיומם של הבדלים חשובים בין התכליות העיקריות של ענפים אלה (הנחה המהווה בסיס לחששו של דגן מפני ההשפעה השלילית של האחדת התרופות על התפתחותם הנפרדת של דיני החוזים והנזיקין). ממה נפשך: או שהמטרות דומות וקרובות ודין התרופות המשותף אינו אלא עדות לכך, או שהמטרות שונות באופן משמעותי ולכן גזרות בהכרח עקרונות תרופתיים שונים.

ג. האם ראוי לחזק את דיני התרופות?

1. מבוא

בחלק האחרון למאמרו פונה דגן לבסס ביקורת אחרת כנגד הצעת הקודקס.⁶² טענתו בהקשר זה היא כי עיבוי מערך הסעדים האזרחיים בהצעת הקודקס האזרחי הוא מהלך בלתי־ראוי בהיותו מבוסס על גישה תורת־משפטית בעייתית. לטעמי, גם בחלק זה של מאמרו מעלה דגן תרומה חשובה לשיח הקודיפיקטיבי, בהסיבו את תשומת־הלב לשאלה מרכזית שפרק התרופות מעורר – שאלת ההצדקה לחיזוקו ולהרחבתו של מערך התרופות האזרחי. יתרה מכך: דגן מצביע על מספר

61 ניתן לראות, שאינני חולק באותה מידה על קביעתו של דגן כי האינטרסים הטיפוסיים שבאופן מסורתי זכו להגנה על ידי דיני הנזיקין שונים מאלה שזכו להגנה בדיני החוזים, ואינני טוען כמובן לזהות או לחפיפה מוחלטת בין סוגי האינטרסים הללו. אולם, כפי שהבהרתי באריכות בשני הפרקים הקודמים, גם ההבחנה בין האינטרסים רחוקה מלהיות חדה וברורה, ואף לו הייתה כזו, לא היה בכך כדי לשלול את ההצדקה להאחדתם (לפחות באופן חלקי) של דיני התרופות בחוזים ובנזיקין.

62 ראו דגן, הערה 3 לעיל, בפרק ג.

תובנות חשובות ונכונות, שראוי להתחשב בהן בעת עיצובם של דיני התרופות. עם זאת, כפי שיובהר להלן, לעניות דעתי התובנות שעליהן מצביע דגן אינן מוליכות בהכרח למסקנה כי מהלך של עיבוי תרופות בכלל, וזה המשתקף בהצעת החוק בפרט, אינם רצויים; נהפוך הוא: בשורות הבאות אבקש להראות שתובנות אלה עצמן תומכות במידה רבה דווקא במסקנה ההפוכה.

2. חיזוק מערך התרופות בהצעת הקודיפיקציה – סקירה תמציתית

ביקורתו של דגן על חיזוק מערך התרופות בהצעת הקודקס היא בעיקרה בעלת אופי כללי, ומתוקף כך רלבנטית לכל ניסיון לחיזוק דין התרופות המאוחד. עם זאת, בבואנו להעריך את דברי הביקורת, ראוי לעמוד בקצרה על שלושה מבין החידושים הקונקרטיים של ההצעה, המהווים יתד ופינה לביקורתו של דגן.⁶³ ראשית, פרק התרופות המוצע מחיל על תרופת הציווי בנויקין – בשינויים קלים – את ההסדר הקבוע כיום בחוק התרופות ביחס לתרופת האכיפה.⁶⁴ החלה זו תבחר כי גם בנויקין, ממש כמו בדיני החוזים, עניינו של הנפגע בהגנה בעין על אינטרס הקיום שלו הוא זכות מוקנית, הכפופה לסייגים המפורשים בחוק בלבד, ולא – כמקובל בשיטות המשפט המקובל ובמידה רבה גם בישראל – תרופה משנית שפסיקתה מותנית בהתקיימות שיקולים מיוחדים.⁶⁵ שנית, מוצע

63 שלושת החידושים נזכרים אצל דגן שם, בפרק ג.1.

64 ראו סעיף 524 להצעת הקודקס, הערה 1 לעיל.

65 הגישה האנגלו-אמריקנית למעמדה של תרופת האכיפה משתקפת היטב בדברי השופט ומיר בעניין לוי, בהערה 12 לעיל, בעמ' 879: "בכך נבדל גם, במשפט ישראל, דין החוזים מדין הנויקין. בנויקין נדרש, בדרך כלל, טעם מיוחד כדי שביט המשפט לא יסתפק בסעד של פיצויים וייתן סעד של ציווי, ואילו בחוזים נדרש, בדרך כלל, טעם מיוחד כדי שביט המשפט יימנע מלתת סעד של ציווי". לאמיתו של דבר אין בפסיקתו של בית המשפט העליון הכרעה ברורה בדבר מעמדה של תרופת האכיפה בנויקין; השוו בעניין זה את עמדתו המרחיבה של השופט שמגר ביחס לזכות לאכיפה, כפי שנפרשה בהרחבה בע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שורץ, פ"ד (3) 785, לעמדתו המצמצמת של השופט ברק, כפי שהוצגה על ידו בע"א 214/89 שפירא נ' אבנרי, פ"ד מג(3) 840. המחלוקת באה לידי ביטוי גם בערכאות נמוכות יותר; ראו, למשל, ת"א 2032/98 פסיפס אלוני נ' אסולין, תקדין מחוזי, ת"א, 3790 (2) 3794, (ניתן צו מניעה בעוולה של גניבת עין), שם נאמר (בהסתמך על עמדת שמגר בעניין אתא): "משמצאתי כי המשיבים מעוולים בגניבת עין... וכי עקב מעשי המשיבים נגרמים למבקשת נזקים משמעותיים, הרי שנושא מאזן הנוחות במקרה זה מקבל חשיבות משנה"; והשוו לת"א 1755/96 ל.נ.ע. סחר נ' הקק"ל, תקדין מחוזי, 2248 (3) 96, 2253 (נדחתה בקשה לציווי זמני שיורה לקרן קיימת לישראל לערוך מכרו ולהימנע מלקבל שירותים ממתחרה), שם נקבע (מפי השופט אליקים רובינשטיין) כי: "מה שיש להכריע בו בסופו של דבר, לעניין צווי המניעה הוא מאזן

לעגן בדבר חקיקה את סמכותם של בתי המשפט האזרחיים לפסוק תשלום עונשי ("פיצויים עונשיים"). על פי ההצעה, התשלום העונשי יוכל להיפסק לא רק בתגובה למעשי נזיקין (כבדין הנוהג היום) אלא בכל מקרה שבו הפרת חיוב (ובכלל זה חיוב חוזי) "נעשתה בזדון, כשעיקר כוונתו של המפר הייתה הפגיעה בנפגע".⁶⁶ שלישית, הקודקס מציע להכיר בתרופה חדשה שטרם הוכרה במשפט הישראלי, ושמה "צו מרתיע".⁶⁷ תרופה זו מהווה למעשה קנס מותנה, שבסמכותו של בית המשפט האזרחי להטיל על מפר שחויב בצו אכיפה כדי להרתיעו מהפרת הצו. הקנס ייקבע לכל יום איחור בביצוע הצו, וישולם ככל הנראה (אם כי

הנוחות. נחה דעתי כי מאזן הנוחות נוטה לטובת המשיבות". כך או כך, קשה לחלוק על כך שהחלת ההסדר החוזי על תרופת הציווי תחזק – לפחות באופן סמלי – את מעמדה של תרופת האכיפה בנזיקין.

66 סעיף 564 להצעת החוק. התשלום העונשי מכונה בקודקס בכינויים הבלתי-מוצלחים "פיצויים שאינם תלויים בנזק" ו"פיצויים מוגברים", אך מיקומה של תרופה זו בפרק התרופות, נוסח ההוראה ודברי ההסבר מלמדים שהכוונה לתרופה כספית שאין מטרתה פיצוי (non-compensatory damages). אגב, זוהי דוגמה לאחד הליקויים בהצעת החוק, שבמקום לפשט את דיני התרופות עלול לסבך אותם שלא לצורך. להרחבת הדיון בליקוי זה ראו פרק ג.2(ד) במאמרי הנ"ל בהערה 9. כאמור, בדין הנוהג הסמכות לפסוק פיצויים עונשיים זכתה להכרה מפורשת בפסיקתו של בית המשפט העליון; ראו, לדוגמה, ע"א 216/54 שניידר נ' גליק פ"ד ט, 1331, 1335 (השופט לנדוי): "...השיקול המכריע בקביעת הפיצויים הכלליים במקרה זה היה... שהתקפת המערער על המשיבה הייתה זדונית, ללא התגרות מידית שקדמה לה, והיא בוצעה בפראות ובצורה שהייתה מכוונת להשפיל את כבוד המשיבה קבל עם ועדה. בית המשפט רשאי להביא בחשבון גורמים מיוחדים כאלה. בקבעו פיצויים עונשיים (punitive damages)"; ע"א 277/55 רבינוביץ נ' סלע פ"ד יב, 1261, 1277 (הסגת גבול במקרקעין); ע"א 3712/59 הוברמן נ' עיריית בני ברק פ"מ (תשכ"ב) לב, 359 (נפסק תשלום עונשי כנגד עירייה בשל הריסת מבנה שלא כדין); ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל פ"ד כז(2) 225, 240 (תשלום עונשי בעוולת לשון הרע) (השופט עציוני): "אינני רואה כל הגיון וכל טעם בהגבלת הכוח לפסוק פיצויים עונשיים כפי שצמצם זאת בית המשפט האנגלי בפרשת *Rooks v. Barnard* ולכן איני רואה צורך לסטות מההלכה שנפסקה אצלנו"; ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו, פ"ד מו(3) 48, 57 (נדחה ערעור על פיצויים בגין לשון הרע בסך 10,000 ש"ח, בין היתר בנימוק ש"...אחת ממטרות הפיצוי במשפטי לשון הרע הינה להנך את הקהל ולהחדיר לתודעתו כי שמו הטוב של האדם אינו הפקר. בפסיקת פיצויים יש משום מגמה עונשית ומגמה מחנכת ומרתיעה כאחד". כן ראו לאחרונה את דברי השופט ריבלין בע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי, פ"ד נח(4), 486, 565-566: "בתי המשפט בישראל הכירו באפשרות לחייב מזיק בפיצויים עונשיים... והפסיקה חזרה וקבעה כי לבתי המשפט בישראל סמכות לפסוק פיצויים עונשיים".

67 סעיף 575 להצעת הקודקס, הערה 1 לעיל.

הנקודה אינה נקייה מספק) לידי התובע.⁶⁸ ראוי לציין כי בהצעת הקודקס קיימות דוגמות נוספות לחיזוק ההגנה על זכויות,⁶⁹ אולם לצורך דיוננו זה נסתפק בדוגמות מרכזיות אלה.

3. פרק התרופות אינו מאמץ תאוריה של זכויות מוחלטות

בבסיס ביקורתו של דגן על עיבוי מערך התרופות והרחבתו עומדות שתי תובנות חשובות, שתייהן מבית היוצר של זרם הריאליזם המשפטי. ראשית דגן מצביע על הקשר ההדוק בין הזכות (הראשונית) לבין התרופה, ועל כך שהתרופות אינן בגדר אמצעים גרידא להגנה על זכויות אלא למעשה מעצבות את תוכנן.⁷⁰ שנית, דגן מאמץ את התובנה הריאליסטית כי עצם ההכרה של מערכת המשפט ב"זכות" פלונית איננו מלמד בהכרח על נכונות לראות באינטרס המוגן על ידי אותה זכות אינטרס מוחלט, בלתי-מוגבל ובלתי-מותנה. בפועל, זכויות רבות הן מוגבלות ומותנות, בין היתר על ידי הגבלת התרופות הניתנות בשל הפרתן.⁷¹ דיני התרופות משמשים אפוא אמצעי המאפשר ליצור מגוון רחב של סוגי זכויות, שכל אחד מהם עשוי לזכות בהגנה משפטית שונה בעוצמתה ובצורתה.⁷² צמד תובנות זה מוליך את דגן למסקנה ש"אין זה ראוי להניח באופן אפריורי שהדגם של זכויות מוחלטות... הוא הדגם שאליה על המשפט האזרחי כולו לשאוף". חיזוק גורף של התרופות בגין הפרת חיובים אזרחיים הוא, לדעתו, ביטוי לתפיסה בעייתית זו של זכויות מוחלטות, ומכאן שאין הוא ראוי. לשיטתו, שלושת השינויים שנסקרו לעיל, בצירוף דברי ההסבר המתייחסים אליהם בהצעת החוק,

68 להסבר אודות הצו המרתיע ראו דויטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 367-368. לדיון מפורט יותר במאפייני הצו המרתיע ובמקורותיו בדוקטרינת ה-"astreinte הצרפתית ראו Guenter H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract* 59-62 (1988); P.D.V. Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, Germany* 329-332 (1994). ראו גם בישראל רנה סנילביץ, תרופות בשל הפרת חוזה במשפט הקונטיננטלי 22-25 (תשנ"ז).

69 בין אלה ניתן לציין את החלתה של תרופת הניכוי מהמחיר על כל הפרה של חיובי התאמה, יצירת תרופה חדשה של "השעיית קיום" בתגובה להפרה יסודית, והחלת דוקטרינת הפרה הצפויה מדיני החוזים על כל הפרה צפויה של חיובים. לסקירת חידושים אלה וחידושים נוספים שיביא עמו פרק התרופות ראו מאמרם של שלו ואדר, הערה 12 לעיל.

70 עניין זה נזכר אצל דגן במסגרת הדיון בהאחדת התרופות, בטקסט שליד הערה 67: "אין זה ראוי לנתח את התרופות כאמצעים להגנה על זכויות בלבד; התרופות הן רכיב מכונן של הזכות, שכן מינונים תרופתיים שונים מכוננים זכויות מטיפוסים שונים".

71 ראו דגן, הערה 3 לעיל, בפרק ג.2. כפי שמסביר שם דגן, אמצעי אחר הוא הטלת הגבלות על היקף וחוזק הזכות במסגרת הדין הראשוני, המגדיר את הזכות עצמה.

72 ראו שם, הטקסט שליד הערות 94-95.

מעלים חשש כי יוזמי ההצעה אכן ראו לנגד עיניהם דגם אידאלי של זכויות מוחלטות, שלפיו ראוי לשאוף למצב של אכיפה מלאה ובלתי-מסויגת של כל זכות משפטית בכל מצב ובכל תנאי. לדעת דגן, כשל תורת-משפטי זה משקף דוגמה נוספת לקושי הטמון בניסיון הנוכחי (ואולי בכל ניסיון) לבסס תורת-משפט כוללת באמצעות קודקס אזרחי.

ייאמר מיד: אינני חולק על תקפות התובנות שדגן מעלה ואף לא על המסקנה הנגזרת מהן, שלפיה מודל של זכויות מוחלטות איננו מודל הזכויות האידאלי. אף אני, כמותו, סבור שדיני התרופות הם אמצעי חשוב – אולי העיקרי – המאפשר לבתי המשפט (ובמידה מוגבלת יותר גם למחוקק) ליצוק תוכן קונקרטי לאינטרסים חברתיים שקיבלו הכרה משפטית. העיסוק בתרופות נועד להבהיר מהי הצורה הקונקרטית של ההגנה שהדין מעניק (באופן כללי או בהקשר עובדתי נתון) לזכות משפטית נתונה. כך מבהירים דיני התרופות את משמעותן המדויקת של זכויות משפטיות ואת גבולות ההגנה האופרטיבית על האינטרסים המוגנים במסגרתן.⁷³

אלא, שדומני כי גם בהקשר זה – כמו בהקשר לדיון בהאחדת התרופות – החטיא דגן את המטרה בהצביעו על פרק התרופות כדוגמה להתעלמות מתובנה ריאליסטית זו. עיקר הקושי טמון כאן במסקנתו – הנראית לי נמהרת מעט – שחיזוק ההגנה על הזכות המשפטית כפי שנעשה בהצעת החוק משקף "חיזוק גורף של הסעדים בגין הפרת חיוב", ומלמד על השקפה שלפיה "קיום בלתי-מסויג ובלתי-מותנה [של החיוב; י.א.] הינו תמיד החלופה העדיפה".⁷⁴

73 אם כי מבחינה קונספטואלית אינני משוכנע שתפיסה הגורסת שכל ההגבלות והסייגים על זכויות צריכים להיכלל בדין הראשוני (ולא בדין התרופות) היא מופרכת. במילים אחרות, ניתן לגרוס שגם אם בפועל רק לאחר ההכרעה בדבר התרופה להפרת זכות נתונה ניתן ללמוד על היקפה ומגבלותיה, הרי שבמישור העקרוני עדיין ראוי לתפוס הגבלות אלה כקבועות מראש בדין הראשוני, המגדיר את הזכות עצמה. מרגע שנקבע היקפה של הזכות בדין הראשוני (על כל מגבלותיה וגווניה), ניתן לגרוס שהדין התרופתי – מורכב ודינמי ככל שיהא – אינו אלא השתקפות הכרחית של הדין הראשוני; כלומר: בתפיסה זו זכויות הן אכן מוחלטות – אך רק במידה שמגדירים אותן ומפרשים אותן תוך הקפדה על כך שבהגדרת הזכות ייכללו כל הסייגים לתחולתה, וכל הניואנסים הקטנים המשפיעים על חוזקה ותוכנה. כך או כך, נראה לי שמדובר בוויכוח בעל אופי קונספטואלי בעיקרו, שהכרעה בו איננה חיונית לשם הערכת טיעונו של דגן. ויכוח דומה התנהל בשעתו בין הרברט הרט לבין רונלד דבורקין, מחשובי ההוגים בתורת המשפט, אודות מהותו של שיקול הדעת השיפוטי. לגרסה ישראלית של המחלוקת ראו עמוס שפירא, "בעיית שיקול הדעת השיפוטי במקרי גבול", משפטים ב, 57 (תש"ל); יוסף רוז, "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי", משפטים ב, 317 (תש"ל).

74 דגן, הערה 3 לעיל, בעמ' 280.

לעניות דעתי, אין בשינויים המוצעים בפרק התרופות – שינויים שללא כל ספק אכן מחזקים את מערך ההגנה על הזכויות במשפט הפרטי – כדי להעיד על העדפת מודל של "זכויות מוחלטות". בעיניי, לא יהא זה נכון לראות בהצעה להרחיב את קשת התרופות שניתן לפסוק במסגרת סכסוכים אזרחיים (או להרחיב את תחולתן של תרופות קיימות) עדות לרצון המחוקק שתרופות אלה תופעלנה באופן גורף בתגובה לכל הפרה של זכויות במשפט האזרחי. ההפך הוא הנכון: נוסח ההוראות הרלבנטיות מלמד בבירור כי אין מדובר בתרופות שמוטלת על בית המשפט חובה לפוסקן (או שהנפגע זכאי לתבוע ממנו לפוסקן) בכל מקרה שבו הוכחה הפרת זכות, אלא בתרופות הכפופות לשיקול דעת שיפוטי רחב. כך, למשל, האכיפה הנויקית – אף שהנפגע יהא "זכאי" לכאורה לקבלה על פי הדין החדש⁷⁵ – הוכפפה בהצעת החוק לסייג הצדק, המגביל כיום את זכותו לאכיפה של הנפגע מהפרת חוזה.⁷⁶ ההפניה למושג השסתום "צדק" פותחת אפוא פתח רחב כמלוא אולם בפני כל שופטת שתבקש להגביל את זכותו של הנפגע לאכיפה בעין של החיוב.⁷⁷ הדברים יפים ביתר-שאת ביחס לצו המרתיע ולתשלום העונשי. לגבי תרופות אלה קובעת ההצעה במפורש כי בית המשפט "רשאי" לפסוק (או להימנע מלפסוק) לנפגע את התרופה הנדונה (ולא כי הנפגע יהא "זכאי" לקבלה). בכך מגלה ההצעה כי אין בדעת המחוקק להפוך את התגובות החריפות של צו מרתיע ותשלום עונשי לתרופות הניתנות לנפגעים כדבר שבשגרה, ובודאי שלא כעניין שבזכות. אמנם, אין ספק שהיה מקום לכוון את שיקול הדעת השיפוטי ולכלול בהצעת החוק התייחסות לשיקולים העיקריים הרלבנטיים להפעלת התרופות הנזכרות או לכל הפחות להגדיר ביתר בהירות את מטרותן.⁷⁸ אולם, גם בהיעדר הכוונה מעין זו חזקה על בתי המשפט שיפעלו בהתאם למצוות המחוקק שהורה להם להפעיל שיקול דעת, ויפעילו את התרופות האמורות רק במקרים שיימצאו לדעתם מתאימים וראויים לכך. על רקע ניסוחה הברור של הסמכות כסמכות רשות, לאור מהותם העונשית-הרתעתית של חלק מהתרופות החדשות,

75 סעיף 524 להצעת הקודקס, הערה 1 לעיל.

76 סעיף 4(3) לחוק התרופות. מעניין לציין, שמלשוננו של סעיף 3 לפקודת הנויקין עולה בבירור שגם הנפגע ממעשה נויקין "זכאי" לציווי כפי שהוא זכאי לפיצויים. זכות זו אינה כפופה על פי הפקודה לסייג של צדק, ובית המשפט רשאי להגבילה רק כאשר נתמלאו ארבעת התנאים המצטברים הקבועים בסעיף 73 לפקודה. אולם, כפי שצינתי בהערה 65 לעיל, למרות האמור קיימת גישה דומיננטית בפסיקה הרואה באכיפה הנויקית תרופה משנית, הכפופה לשיקול דעת רחב.

77 מה גם שעל פי פסיקתו של בית המשפט העליון, מושג ה"צדק" לעניין האכיפה כולל לא רק שיקולים של "צדק פרטי" (כלומר: שיקולים המתייחסים להתנהגות הצדדים ולמצבם) אלא גם שיקולים של "צדק ציבורי"; ראו לעניין זה את דברי השופט זמיר בעניין לזין, הערה 65 לעיל, בעמ' 877-879.

78 ראו גם התייחסותנו לבעיה זו בפרק ג.4 להלן.

ולאור גישתה השמרנית למדי של הפסיקה הישראלית בכל הקשור לפסיקת תרופות "חריגות" כדוגמת תשלומים עונשיים, תשלומי השבה, ואפילו פיצויי עגמת נפש והוצאות משפט⁷⁹ – נראית לי קלושה למדי האפשרות שבתי המשפט יעוטו כמוצאי שלל רב על הסנקציות המחמירות שמעמידה לרשותם ההצעה ויתחילו להפעילן בכל תביעה אזרחית.⁸⁰

זאת ועוד: ראוי להדגיש שכמו בפסיקת תרופות אחרות, גם בהקשר לתרופות האמורות ייחנה בית המשפט האזרחי משיקול דעת רחב לא רק בשאלה אם ראוי להיזקק להן אלא גם בשאלת היקף האחריות של המפר. לפיכך, גם במקרים שבהם יופעלו התרופות החזקות האמורות יש לשער שהדבר ייעשה ברגישות, תוך הקפדה על התאמת היקפה של הסנקציה לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. לטעמי,

79 לגישה המצמצמת של בתי המשפט לפסיקת פיצויים על עגמת-נפש ראו, למשל, ע"א 3437/93 אגד נ' אדלר, פ"ד נד(1) 817, 835 (הפרת חוזה עבודה): "פסיקת פיצויים בגין נזק לא-ממוני, על רקע סכסוך שיסודו במחלוקת על קיום של חיובים חוזיים, נתונה לשיקול-דעת של בית המשפט... ומכאן שהיא שמורה למקרים מיוחדים". הגישה המצמצמת ניכרת גם בפסיקה בערכאות הדיוניות; ראו, למשל, ת"א (ירושלים) 164/93 כהן נ' רמט בע"מ, תקדין מחוזי, כרך 497(4) 802, 812 (הפרת חוזה קבלנות): "...אפילו הייתה הפרה מצד החברה, הרי לצורך פיצוי בעל דין בגין עוגמת נפש, יש להוכיח סבל של ממש המגיע כדי פגיעה חריגה" (ההדגשה הוספה). בתחום הנויקין הרטוריקה של בית המשפט העליון מרחיבה יותר, אך כמוסבר בהערה 39 לעיל, בפועל נראה שהגישה עודנה מצמצמת למדי. לגישה מצמצמת ביחס לפסיקת תשלום עונשי ראו, למשל, ע"א 492/89 סלונים נ' דבר בע"מ, פ"ד מו(3) 827, 835 (השופט מלץ): "אמת נכון הדבר, שאנו שונים מארצות הברית בשטח זה, וממעטים יחסית בהענקת פיצויי ראויה או פיצויים עונשיים"; ע"א 3654/97 קרטיץ נ' עתרת נירות ערך (2000) בע"מ, פ"ד נג(3) 385, 406 (השופט אנגלרד): "יצויין, כי בניגוד למקובל בארה"ב, אין בתי המשפט בישראל נוהגים לפסוק פיצויים עונשיים". ראו גם ת.א. (י"ם) 1751/96 גרוס נ' פז גז חברה לשיווק בע"מ, תקדין-מחוזי 2002(2) 2897, פסקה 27: "בשיטה האמריקאית נוהגים בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים במקרים רבים, אולם אין זו שיטת המשפט הישראלית". מיעוט המקרים שבהם מופעלת דוקטרינה זו מוביל לעתים להנחה השגויה כי אין היא מוכרת כלל בישראל; ראו, לדוגמה, את דברי בית משפט השלום בבאר-שבע בת.א. (ב"ש) 6233/96 אפללו נ' אבורוסטום, תקדין-שלום 2000(2), 244, 267: "עוד יצויין, כי אף שאין בישראל פיצויי עונשין, שמץ מהם קיים". למרבה הפלא, דברים דומים נרמזו גם על ידי השופט נאור בבית המשפט העליון ברע"פ 2976/01 אסף נ' מ"י, פ"ד נו(3) 418, 435: "כדוגמה ל'משפט אזרחי – עונשי-פרטי' מביא [פרופ'] מן את האפשרות, שאינה קיימת בארץ, לקבל פיצויים עונשיים בתביעות אזרחיות שיום הפרט" (ההדגשה הוספה). גם פסיקת תשלומי השבה (שלילת פירות ההפרה) היא חיזיון נדיר ביותר בישראל, וזאת למרות ההלכה המפורשת של בית המשפט העליון בעניין אדרס, הערה 13 לעיל. ייתכן שהגישה להוצאות משפט שמרנית מעט פחות, אולם דומני שלא רבים הם עורכי-הדין (הן של תובעים הן של נתבעים) המלינים על פסיקת הוצאות משפט גבוהה מדי. אשמח להתבדות בנושא זה. את החשש האמור העלה דגן בטקסט העוקב להערה 98.

שימוש גמיש ורגיש כזה איננו מתיישב עם מודל של זכויות מוחלטות, ויש בו כדי לצמצם את הסיכוי להתבססותו של מודל כזה בפסיקה הישראלית. יתרה מכך: בהרחבת קשת התרופות המוצעת בקודקס יש כדי לשכלל באופן משמעותי את אפשרויות התגובה של המשפט האזרחי כלפי הפרות חיובים המצדיקות תגובה חריפה ונחרצת יותר מחיוב שגרתי בתשלום (על פי רוב מאוחר וחלקי) של פיצויים לנפגע מההפרה. במובן זה נראה שההצעה מתיישבת דווקא עם התבונה הריאליסטית בדבר הצורך לשמר ולטפח את יכולתו של המשפט להתאים את תגובותיו התרופתיות למגוון העצום של מצבי המציאות, ובכלל זה למצבים שבהם קיים חשש מהגנת-חסר על אינטרסים חברתיים מוגנים.⁸¹ מאפיין זה של ההצעה איננו מתיישב עם מודל של זכויות מוחלטות (מוגדרות ונוקשות) שמפניו דגן מזהירנו בצדק; נהפוך הוא: יש בו כדי לחזק את תפיסת הזכות המשפטית כאגד מורכב של אינטרסים, שחוקו, תוכנו ולכן גם ההגנה המעשית עליו משתנים מהקשר להקשר ומושפעים מהתנהגותם של הנפגע והמעוול, מהאינטרסים שלהם ומשיקולים חברתיים נוספים. סיכמו של דבר: הצעת הקודקס להכיר בתרופות חדשות ולהרחיב את קשת המצבים שבהם ניתן יהיה להיזקק לתרופות קיימות איננה צריכה – ובוודאי שאיננה חייבת – להתפרש כצעד המעיד על רצונו של המחוקק להקשיח באופן גורף וללא הבחנה את התגובה על כל הפרת זכויות אזרחיות באשר היא, ולאמץ אל המשפט האזרחי מודל של זכויות מוחלטות.

4. תרופות, שיקול דעת וריאליזם משפטי

לקראת סיום המאמר עומד דגן בעצמו על כך שניסוח ההצעה במונחים של "סמכות רשות" עשוי להפחית מהחשש שהובע על ידו בפסקות הקודמות – אולם כנגד זאת הוא מעלה חשש חדש: עצם האצלת הסמכות לשופטים "להתוות אילו סעדים מתאימים לאילו הפרות", בלא הכוונה חקיקתית פרטנית, עלול להקנות להם סמכות נרחבת מדי. אף כי עניין זה איננו מוסבר לאשורו, נראה כי מטרידה את דגן העובדה שבניגוד לדגם הנהוג במשפט הפלילי, המבחין "בין העבירות השונות לפי חומרתן", אין הקודקס מגדיר קטגוריות עוולתיות ספציפיות, שבהן ורק בהן יהיה בית המשפט רשאי, אם ימצא לנכון לפי שיקול דעתו, להיזקק לתרופות ה"מוגברות".

ייתאמר מיד, שביקורתו של דגן על היעדר הכוונה מספיקה של המחוקק בדבר אופן הפעלתן הראוי של חלק מהתרופות בפרק התרופות מקובלת עלי לחלוטין. אולם, בניגוד אליו סבורני כי מה שחסר איננו חלוקה לקטגוריות-עובדה קבועות

81 בנקודה זו ארחיב בפרק הבא.

מראש, שבהן רשאי יהיה בית המשפט להיזקק לתרופות החדשות שהקודקס קובע; הנדרש הוא התייחסות למטרות התרופה המוצעת, לתנאים המוקדמים לפסיקתה, ולמבחנים (או השיקולים) העיקריים שראוי כי יחלשו על הפעלתה במקרים קונקרטיים. אסביר את דבריי.

כידוע לכול, בתורת המשפט קיימת מחלוקת רבת-שנים בין המצדדים בשימוש בכללים לבין אלה המצדדים בשימוש בעקרונות. לכל שיטה יתרונות וחסרונות, ואין זה המקום להרחיב.⁸² דומה שבהקשר זה ביקורתו של דגן מתיישבת עם אמונה בייעילותם של כללים הקובעים מראש – ומתוך ניסיון לחזות אירועי עתיד – מה הם המצבים שבהם ובהם בלבד ראוי להפעיל תוצאה משפטית נתונה. לשיטתי, אימוץ תפיסה זו בהקשר דגן הוא בעייתי מכמה היבטים.

ראשית, אימוץ התפיסה האמורה אינו מתיישב עם תובנה מרכזית של הזרם הריאליסטי (שממנו ניזונים מרבית טיעוניו של דגן) אשר לפיה ראוי להישמר מפני האשליה שכללים משפטיים יספקו לנו את אותה ודאות משפטית שבשמה אנו מצדיקים את המאמץ לחוקקם.⁸³

82 לדיון קלאסי בהבחנה בין כללים לעקרונות משפטיים ראו Ronald Dworkin, "Is Law A System of Rules?," in *Philosophy of Law* 43-49 (1977). לדיון ישראלי בהבחנה ראו מאמרו של מנחם מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה", משפטים יז 321, 329-325 (תשמ"ח). בתורת המשפט מן המפורסמות היא שכללים משפטיים סובלים מעצם טיבם מהכללת-יתר ומהכללת-חסר. לדיון בליקוי טבוע זה של כללים בכלל ושל כללים משפטיים בפרט ראו, למשל, Fredrick Schauer, "Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making," in *Law and in Life* 31-37 (1991). לרשימה מרשימה של החסרונות והיתרונות של כללים משפטיים (ובכלל זה הכללת-חסר והכללת-יתר) ראו Cass R. Sunstein, "Problems with Rules," 83 *Cal. L. Rev.* 953 (1995), esp. at 992-993. אצל Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication," 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1687-1713 (1976).

83 הגישה הספקנית כלפי השאיפה לוודאות משפטית היא מאפיין מובהק של הריאליזם האמריקני; ראו, למשל, Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* 6 (1930): "The law always has been, is now, and will ever continue to be, largely vague and variable". הגישה הריאליסטית כבשה לה דריסת רגל גם בקרב הגדולים שבין שופטי דורנו; ראו, למשל, דבריו הברורים של שומר המגילות הלורד Denning בנושא זה: "The law is not static. It is developing continually. Those who emphasize the paramount importance of certainty in the law delude themselves. It is not certain and it is a mistake to think that it can be made certain" Alfred T. Denning, *The Changing Law* 78 (1953). יותר בבעייה זו ראו Craig M. Bradley, "The Uncertainty Principle in the Supreme Court," 35 *Duke L.J.* 1 (1986); Jason S. Johnston, "Uncertainty, Chaos, and the Torts Process: An Economic Analysis of Legal Form," 76 *Cornell L. Rev.* 341 (1991).

שנית, ציפיותו של דגן מהמחוקק – להשקיע משאבים בעריכת "בירור עובדתי ראוי" כדי לחזות מראש, באמצעות כללים משפטיים ברורים יחסית, באלו מקרים ובאילו מידה צפוי שתתעוררנה בעיות באכיפתן של זכויות⁸⁴ – נראית לי עומדת בסתירה לאזהרה שהשמיע קודם לכן, גם הפעם בהסתמך על הריאליזם המשפטי, מפני הסיכונים שביצירת דגם של זכויות מוחלטות. לפחות לכאורה, דגם כזה של זכויות נראה כמתיישב עם הנטייה לקבוע כללים ברורים (כמומלץ על ידי דגן) טוב יותר משהוא מתיישב עם הנטייה להסתמך על עקרונות משפטיים, שיישומם מחייב שיקול דעת שיפוטי נרחב.⁸⁵

שלישית, ולגופו של עניין, דווקא בהקשר של דיני התרופות, עוד יותר מאשר בהקשרים של קביעת הזכות הראשונית, אימוץ מודל של עקרונות נראה לי עדיף בבירור על אימוץ מודל של כללים. מסקנה זו נגזרת במישרין מהתובנה הריאליסטית שהוזכרה בסעיף הקודם, בדבר יחסי הגומלין המורכבים שבין הזכות לתרופה. תובנה זו משמיעה לנו כי דווקא משום שבמשפט האזרחי ראוי לקיים שפע רחב ומגוון של סוגי זכויות, הנבדלות זו מזו לעתים בניואנסים דקים – דווקא משום כך חייבים אנו לשאוף לדין תרופות גמיש ככל שניתן. דין גמיש מאפשר להתאים את המענה התרופתי לצרכים התרופתיים המיוחדים העשויים להתעורר במגוון העצום של המצבים העובדתיים שבהם עלולה להתרחש פגיעה בלתי-לגיטימית באינטרס חברתי מוגן. לעומת זאת, קביעת כלל או קטגוריה של אירועים עובדתיים שבהם ורק בהם ניתן יהיה להיזקק לתרופה מסוימת (כמוצע על ידי דגן) נראית לי מנוגדת ככלל לאופיים של דיני התרופות, ולצורך לאפשר גמישות מרבית בהפעלתם.⁸⁶ ודייקון: אין בכך כדי להמעיט בחשיבותה של הכוונה חקיקתית של שיקול הדעת השיפוטי בהפעלתן של התרופות השונות. אולם כאמור לעיל, הכוונה יעילה תושג בדרך כלל לא על ידי הגבלת היקף התחולה של התרופות אלא על ידי הבהרת הרציונלים והמטרות של כל תרופה ותרופה, ועל ידי חשיפת השיקולים המיוחדים שראוי שיחלשו על הפעלתה במקרים קונקרטיים. כך, לשם הדגמה, לדעתי לא יהא זה נכון לנסות להגדיר מראש את סוגי המקרים או העילות שבהם השימוש בצו מרתיע עשוי להיות ראוי, שכן החשש

84 ראו דגן, הערה 3 לעיל, בטקסט שליד הערה 101.

85 הטעם לכך הוא שמטיבם של כללים שהם שואפים להגדיר מראש, בבהירות ובוודאות יחסית, את תוכן הזכות, לרבות הסייגים לה, ואת תוצאות הפרתה. לעומת זאת, זכויות המעוגנות במשפט בצורה של עקרונות נתונות מתוקף כך לפרשנות רחבה יותר, וגבולותיהן ברורים פחות ולפיכך גם מוחלטים פחות.

86 כפי שהבהרתי בחלקו הראשון של המאמר, זהו גם אחד היתרונות הבולטים של מהלך ההאחדה של התרופות בהצעת הקודקס, מהלך המחייב התבססות בעיקר על עקרונות רחבים המאפשרים גמישות מרבית במקרים קונקרטיים. ראו במיוחד התייחסותנו לנושא זה בפרקים ב.3(ג) ו-ב.4 לעיל.

מפני הפרת צווים שיפוטיים עשוי להתעורר בכל סוגי התביעות, ללא קשר לטיב הפגיעה בתובע ולהתנהגות הנתבע שהצמיחו את עילת התביעה. לעומת זאת, יש ויש מקום להבהיר את מטרתו (או מטרתיו) של הצו המרתיע (הרתעה בלבד? ענישה גמולית?), וראוי אף להצביע על התנאים המוקדמים לפסיקתו (למשל, קיומו של חשש סביר להפרת הצו, יכולת של המפר לקיימו וכו'), כמו גם על השיקולים המרכזיים שראוי שינחו את בית המשפט בבואו להכריע בבקשה להטילו (למשל, אופן התנהלותו של המפר בעבר, החשיבות המיוחדת של גורם הזמן, קשיים אובייקטיביים במילוי הצו וכיו"ב). בה במידה, לא יהא זה ראוי להגביל מראש את היקף תחולתה של דוקטרינת התשלום העונשי, שכן הצורך בענישתן של הפרות מחפירות ומקוממות עשוי להתגלות בכל הקשר אורחי, ללא תלות בסיווג המשפטי של עילת התביעה (או עילות התביעה) שמקימה התנהגותו של הנתבע.⁸⁷ אולם, מאידך גיסא ראוי גם ראוי להבהיר מהי תכליתם של ה"פיצויים המוגברים" המוצעים בקודקס (פיצוי? ענישה? הרתעה?), להגדיר (כפי שנעשה בהצעת החוק) את התנאים המוקדמים לפסיקתם, ולפרט את השיקולים העיקריים הרלבנטיים בשאלה אם לפוסקם ובאיזה היקף.⁸⁸

העולה מן המקובץ הוא שגם בהקשר לחיזוק התרופות, כמו גם בהקשר לשאלת האחדת דיני התרופות, ראוי שינחו את המחוקק שני עקרונות: הראשון – הימנעות מניסיון להגביל את השימוש בתרופות לקטגוריות-עובדה מוגדרות מראש; והשני – ריכוז מאמץ בהבהרת הרציונלים של התרופות השונות והשיקולים העיקריים בהפעלתן. מסיבות אלה, למרות שאני מצטרף לטענתו של דגן כי נדרשת הכוונה חקיקתית נוספת בפרק התרופות, הרי שגם בהקשר זה סבורני שחצי ביקורתו אינם החצים הנכונים שראוי להפנות כלפי הצעת החוק.

5. חיזוק מערך התרופות אינו מנוגד לערכים של סולידריות ושיתוף פעולה

ביקורת שלישית שדגן מותח על הצעת הקודקס מצביעה על כך שמגמת חיזוק של מערך התרופות עומדת בסתירה לשאיפתם המוצהרת של מנסחי ההצעה לעגן בה מגמות מודרניות של ריכוך יסודות האחריות החוזיות, עידוד שיתוף פעולה בין

87 תזה זו ביססתי בשער הרביעי לעבודת הדוקטורט שלי, הערה 44 לעיל.

88 לניסיון הסדרה מקיף יחסית של תרופת התשלום העונשי במשפט האורחי ראו את הצעת החקיקה ("הצעת חוק לתיקון דיני התרופות: תשלום עונשי") הנספחת לחיבורי, הערה 44 לעיל. ביקורת מפורטת יותר על העדר הכוונה מספיקה בפרק התרופות לשיקול הדעת השיפוטי בפסיקת תרופות מוצגת במאמרי, הערה 9 לעיל.

צדדים לחוזה, והחלשת התמריצים שלהם להתעמת זה עם זה.⁸⁹ לשיטתו, במקום לקדם מטרות אלה, צפויה העצמתו והרחבתו של ארסנל התרופות – ובכלל זה התרופות בשל הפרת חוזה – לסכלן.⁹⁰ גם כאן דגן נוגע בנקודה חשובה ומצביע על חשש שראוי להתחשב בו. אולם לדאבוני גם הפעם מוצא אני את עצמי חולק – לא על עצם החשיבות של ערך הסולידריות המודגש בדבריו של דגן, אלא על המסקנה שהוא מבקש לחלץ מההכרה בחשיבותו של ערך זה. שורש הבעיה טמון, לדעתי, באופן המוטעה שבו מקשרים לעתים בין המגמה הראויה של עידוד סולידריות ושיתוף פעולה בין צדדים לחוזה לבין התופעה של ריכוך האחריות החוזית. במה דברים אמורים?

המגמה המודרנית לעידוד סולידריות ביחסים חוזיים הינה אחד המופעים החשובים של שתי מגמות כלליות יותר העוברות על המשפט המודרני בכלל, ועל דיני החוזים בפרט – המעבר מאינדיבידואליזם לקהילתנות, והמעבר מפורמליזם לערכים.⁹¹ שילובן של מגמות אלה עומד ברקע התפיסה הגורסת כי יש הכרח להתנער מתפיסות קודמות שראו בקשר החוזי אירוע חד-ממדי וחד-פעמי, המגדיר באופן חד וחלק, נוקשה וקר את מערך הזכויות והחובות של צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים. תחת זאת מודגש הצורך לאמץ גישה הרואה בחוזה מפעל משותף מורכב ומתמשך, המחייב את הצדדים לו לנהוג זה כלפי זה בסולידריות, בתום לב, בנאמנות (לעתים עד כדי אלטרואיזם), ומתוך נכונות להתגמש ולהתאים את התנהגותם לנסיבות המשתנות.⁹²

89 כמצוין על ידי דגן, מגמה זו עולה מסעיף 30 לדברי המבוא להצעת החוק, הערה 1 לעיל.

90 ראו דגן, הערה 3 לעיל, בפרק ג.2.

91 “Broadly speaking, modern law is moving from an individualistic approach to a more communitarian approach... The process of curbing the individualistic approach has profound effects in many fields, and is in fact reshaping the whole area of private law... there is a tendency to dilute formal requirements and to attach greater weight to substantive fairness.” Daniel Friedmann, “The Transformation of ‘Good Faith’ in Insurance Law,” in *Good Faith in Contract* 311, 312 (Roger Brownsword, Norman J. Hird & Geraint Howells eds., 1999). לדיון בדעיכת הפורמליזם בדיני החוזים ראו, למשל, Eric A. Posner, “The Decline of Formality in Contract Law” in *The Fall and Rise of Freedom of Contract* 61 (Francis H. Buckley ed., 1999). בישראל ראו מאוטנר, הערה 13 לעיל, בעמ' 45–64. על הזיקה ההדוקה שבין ליברליזם ופורמליזם מחד גיסא, לבין תפיסות ערכיות ושימוש בעקרונות משפטיים רחבים מאידך גיסא, עמד Kennedy במאמרו הנ"ל בהערה 82, בעמ' 1685: “altruist views on substantive private law issues lead to willingness to resort to standards in administration, while individualism seems to harmonize with an insistence on rigid rules rigidly applied”.

92 גישה זו לדיני החוזים ידועה לעתים כגישת “חוזי היחס” (relational contracts). מקורות יסוד שביססו את גישת חוזי היחס הם מאמרו המפורסם של Stewart Macaulay, “Non-

במילים אחרות: דיני החוזים המודרניים משקפים נכונות גוברת לאמץ גישה של תובענות מוסרית מצד הקהילה כלפי שני הצדדים לחוזה, וזאת במובחן מגישת הניטרליות המוסרית שאפיינה את דיני החוזים "הקלאסיים".⁹³ תמורה ערכית זו באה לידי ביטוי בהרחבה ניכרת של החובות המוטלות על צדדים לחוזה באמצעות עקרונות – חקוקים והלכתיים – המשקפים ערכים כלל-חברתיים כגון הגינות,

Contractual Relations in Business: A Preliminary Study," 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963); Ian R. Macneil, "The Many Futures of Contracts," 47 *S. Cal. L. Rev.* 691 (1974); Ian R. Macneil, "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law," 72 *Nw. U. L. Rev.* 854 (1978); Ian R. Macneil, *The New Social Contract* (1979). סביב מקורות יסוד אלה התפתחה ספרות משפטית ענפה; ראו, למשל, Charles J. Goetz & Robert E. Scott, "Principles of Relational Contracts," 67 *Va. L. Rev.* 1089 (1981); Randy E. Barnett, "Conflicting Visions: A Critique of Ian R. Macneil's Relational Theory of Contract," 78 *Va. L. Rev.* 1175 (1992); Robert A. Hillman, *The Richness of Contract Law*, ch. 7 (1997); Michael J. Feinman, "Relational Contract Theory: Unanswered Questions: A Symposium in Honor of Ian. R. Macneil: Relational Contract Theory in Context," 94 *Nw. U. L. Rev.* 737 (2000); Michael J. Feinman, "The Significance of Contract Theory," 58 *U. Cin. L. Rev.* 1283, 1299-1309 (1990).

93 "בלשון כללית ניתן לומר, שההשקפה לפיה די בכך שהפרט ידאג לעצמו על מנת שייטב לו ולחברה כולה, התחלפה בהשקפה לפיה מוטלת אחריות מסויימת על הפרט כלפי החברה כשם שיש לחברה אחריות מסויימת כלפיו... השקפה זו... הלחלה גם למשפט הפרטי"; פרידמן וכהן, הערה 10 לעיל, בעמ' 70. תהליך דעיכתה של התאוריה הקלאסית של דיני החוזים נדון בספריהם המונומנטליים של Atiyah ושל Horwitz. ראו בהתאמה Patrick S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979); Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (1977). תיאור קולע של המעבר מניטרליות מוסרית לתובענות מוסרית בדיני החוזים מצוי בספרו הידוע של Gilmore "מות החוזה": "A system in which everybody is invited to do his own thing, at whatever cost to his neighbor, must work ultimately to the benefit of the rich and powerful, who are in position to look after themselves... No man is his brother's keeper; the race is to the swift; let the devil take the hindmost... we have changed all that. We are now all cogs in a machine, each dependent of the other. The decline and fall of the general theory of contract and... of laissez-faire economics may be taken as remote reflections of the transition from nineteenth century individualism to the welfare state and beyond" Grant Gilmore, *The Death of Contract* 95 (1974). לתאורייה התומכת במגמת ה"חברות" (socialization) של דיני החוזים המודרניים ובצורך להתאים את האינטרס העצמי של הפרט לטובתה הכללית של החברה ראו, למשל, Michel Rosenfeld, "Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory," 70 *Iowa L. Rev.* 769 (1985).

אלטרואיזם, פטרנליזם, ואפילו שוויון.⁹⁴ אותה מגמה הביאה לירידה ניכרת במעמדו של עקרון חופש החוזים לעומת עליית קרנם של ערכים שיסודם בטובת הציבור. תמורות אלה משתקפות בכל המגזרים החשובים של דיני החוזים – בתחום דיני הכריתה והפגמים, בתחום ההתערבות בתוכן החוזה⁹⁵ ובתחום התרופות;⁹⁶ הן הפכו את דיני החוזים מענף שנחשב "פרטי" במובהק לענף בעל היבטים ציבוריים וחברתיים משמעותיים ביותר.⁹⁷

94 האכסניה המשפטית החשובה ביותר במשפט הישראלי לעיגונם של ערכים אלה היא ללא ספק עקרון תום הלב. בעשור האחרון התבסס עיקרון זה גם בשיטות המשפט האנגליות, שבאופן מסורתי לא הכירו בו. עדות לכך קיימת בכתיבה הרבה בתחום זה; ראו, למשל, את אסופת המאמרים הבאות: J.F. O'Connor, *Good Faith in English Law* (1990); *Good Faith and Fault in Contract Law* (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., 1995); *Good Faith in European Contract Law* (Roger Brownsword ed., 1999); *Good Faith in European Contract Law* (Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker eds., 2000). בצדו של עקרון תום הלב ראוי להזכיר את עקרון תקנת הציבור, שבאמצעותו התרחבה בעשורים האחרונים ההתערבות השיפטית בתוכנם של חוזים. למגמה זו ראו מאמרה של שלו, הערה 12 לעיל. אמצעי נוסף – סמוי יותר, אך מבחינה מעשית חשוב לא פחות ואולי אף יותר – הוא הפרשנות התכליתית האובייקטיבית בחוזים, המאפשרת לשופטים להתאים את החלטותיהם לערכי המוסר הנוהג של שיטת המשפט, במסווה של "כוונת הצדדים" או "תכלית החוזה". הכרה מפורשת בלגיטימיות של תופעה זו ובאפשרות שבית המשפט ייצוק לחוזה ערכי יסוד של שיטת המשפט, שאינם בהכרח הערכים של הצדדים עצמם, יש בדברי השופט ברק בעניין אפרופים: "לעקרון תום הלב השלכות שונות בחיי החוזה... היבט שני הוא, שלחווה יינתן מובן העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה (כגון שוויון). בהיבט זה משפיע תום הלב על התכלית האובייקטיבית של החוזה"; ע"א 4268/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 327.

95 "Modern contract law is characterized by an increased control over the contractual regime. This control is reflected both by general supervision over the process of contract formation and by intervention in the very contents of the contract... It is now openly recognized that a substantial part of contract law derives from ex lege rules..." Jack Beatson & Daniel Friedmann, "From 'Classical' to Modern Contract Law," in *Good Faith and Fault in Contract Law* 3, 12-13, 16 (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., 1995). אגב, מגמה זו מצביעה על הקושי הגובר להעמיד את הרצון החופשי כמאפיין מובהק של דיני החוזים, המבדיל אותם באופן חד מענפים אחרים ובכלל זה מדיני הנויקין. לבעיה זו ראו גם התייחסותנו בפתח הערה 12 לעיל.

96 כך, למשל, לדעת מלומדים העלייה במעמדה של תרופת האכיפה בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות משקפת שאיפה להשגת צדק מהותי בתחום התרופות. ראו Beatson ו-Friedman, הערה 95 לעיל, בעמ' 16-17. יתרה מכך: בדין האנגלי כמו בדין הישראלי קיימות דוקטרינות שונות המגבילות את סעדיו של הנפגע מהפרת חוזה לאכיפה, לפיצויים ולביטול החוזה, משיקולים של הגינות. לסקירה ראו Daniel Friedmann, "Good Faith and Remedies for Breach of Contract," in *Good Faith and Fault in Contract Law* 399 (Jack Beatson & Daniel Friedman eds., 1995). במשפט הישראלי השינויים בדיני התרופות הם

ומכאן חזרה לענייננו: ריכוך האחריות החוזית בעשורים האחרונים באמצעות דוקטרינות שונות של המשפט הפרטי (עקרון תום הלב, פרשנות תכליתית, אשם תורם וכיו"ב) הוא אמנם ללא כל ספק אחד מביטויי המובהקים של המעבר מניטרליות לתובענות מוסרית, ומאינדיבידואליזם קיצוני לגישה הרואה בחיזוק הסולידריות בין צדדים לקשר חוזי או טרום-חוזי ערך מרכזי; אולם – וכאן לב העניין – ריכוך האחריות החוזית ומיתונה אינן הביטוי היחיד למגמות אלה. ביטוי מובהק לא פחות הוא הנטייה ההפוכה של דיני החוזים המודרניים להרחיב דווקא את גבולות האחריות החוזית, ולהחמיר את הסנקציות המוטלות בתגובה להפרת חוזים. מגמה זו בולטת במיוחד במקרים שבהם מתגלה בפני בית המשפט התנהגות בלתי-מוסרית כגון הפרה מודעת וחסרת-הצדקה של חוזה, או הפרה של החובה לנהוג בתום לב בקיומו (או במשא ומתן לכריתתו).⁹⁸

מרחיקי-לכת אף יותר מאשר במשפט האנגלו-אמריקני, והם משקפים מגמה ברורה של התחשבות גוברת בשיקולי מוסר והגינות; ראו המקורות המפורטים בהערה 20 לעיל. 97
 ההיבטים הציבוריים של דיני החוזים זוהו בבירור על ידי מלומדים כבר בראשית המאה ה-20. במיוחד ראוי לציון Morris Cohen, "The Basis of Contract," 46 *Harv. L. Rev.* 553, 590 (1933), שסבר כי: "the law of contract may be viewed as a subsidiary branch of public law... just as the rules of constitutional law are general and leave blanks to be filled in by the legislature, courts, and administrative officials... so do the rules of contracts allow men to formulate for themselves, within the prescribed limits, certain rights and duties governing certain transactions between them" Morris R. Cohen, "The Basis of Contract," 46 *Harv. L. Rev.* 553, 590 (1933). התזה של Cohen לא זכתה להתבסס בספרות כתאוריה נפרדת של דיני החוזים, אך למעשה רבים מהמלומדים המודרניים מציגים תפיסות דומות לשלו, המדגישות את התפקיד ההסדרתי-כפייתי של דין החוזים. ראו, למשל, Jean Braucher, "Contract Versus Contractarianism: The Regulatory Role of Contract Law," 47 *Wash. & Lee L. Rev.* 697 (1990), rep. in *A Contracts Anthology* 106 (2nd ed. Peter Linzer ed., 1995). הממד הציבורי של דיני החוזים זכה להדגשה בפסיקתו של השופט ברק. להשקפתו, ערכי היסוד החוקתיים של שיטת המשפט חלים לא רק ביחסים שבין הפרט לרשות אלא גם בין פרט לפרט, וזאת באמצעות דוקטרינת ה"תחולה העקיפה". תפיסה זו הוצגה בפסיקתו לראשונה בע"א 294/91 חברת קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 529-531.

98 בישראל, בית המשפט העליון הדגיש לא אחת את חשיבות הערך המוסרי של כיבוד וקיום חוזים בעין(!), ואת הצורך להנך את הציבור ש"חוזה יש לקיים – ולא רק לשלם פיצויים בגין הפרתו" (עניין אדרס, הערה 13 לעיל, בעמ' 278). דבריו אלה של השופט ברק צוטטו בהסכמה בעניין צוקים, הערה 13 לעיל, בעמ' 77, מפי השופט ששון. ראו גם דברי השופט ברק בע"א 6601/96 *Aes System Inc.* נ' סער, פ"ד נד(3), 850, 861-862: "עקרון ראשון שיש לקחתו בחשבון הוא חופש החוזים. מעקרון זה נגזרת התפיסה, כי חוזים יש לקיים: pacta sunt servanda. החוזה הוא ה'חוק' שהצדדים קבעו ביניהם, ואותו עליהם לקיים. חברה מתוקנת לא תוכל להתקיים ולהתפתח אם חוזים הנכרתים בה לא יכובדו. אינטרס הציבור – אינטרס המשקף תפיסות של צדק, מוסר ויעילות חברתית גם יחד – הוא שהתחייבות שנטל על עצמו אדם (בגיר) תכובד על ידו". ראו גם את דברי השופט

אמת, התפיסה האינדיבידואליסטית הקיצונית ששלטה בכיפה בעת שעוצבו דיני החוזים הקלסיים משקפת גישה מינימליסטית למקומו של המוסר במשפט. בתפיסת עולם זו, ככל שהדין ימעט להטיל חובות מוסריות על הצדדים לחוזה או למשא ומתן טרום-חוזי – כן ייטב.⁹⁹ אלא שגישה זו, גם אם אכן השפיעה בעבר על הדין הנוהג, איננה עוד גישתו של המשפט המודרני.¹⁰⁰ אמנם, גישה של

חשין בע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, 719: "...גם בשוק חופשי יש כללי התנהגות ראויים ומקובלים... והפוגע באותם כללים יתן את הדין על מעשיו או על מחדליו... ענייננו הוא ב"מוסר העסקים" בחיי המסחר והעסקים, וחריגה מאותו מוסר-עסקים תחוייב בתגובתו של בית המשפט" (הדברים נאמרו לעניין הכרה בזכות לביטול חוזה בשל "כפייה כלכלית"); והשוו לדברי השופט טירקל ברע"א 2059/98 וולטה יצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S מדיטרינין בע"מ, פ"ד נב(4) 721, 735 (לעניין שאלת בטלותו של חוזה הפוגע בתחרות): "כאשר מניחים על כף המאזניים את מניעת הפגיעה בתחרות החופשית... ועל כף המאזניים השנייה ערכים מוסריים שעליהם אנו מבקשים להשתית את החברה שבה אנו חיים, אין לי ספק שהכף השנייה מכריעה את הראשונה. אם הברירה היא בין חברה עשירה, אך חסרת ערכים, לבין חברה דלה, שערכים על דגלה, אני בוחר בשנייה". עם זאת, כפי שכבר ציינתי, בפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט, ספק רב בעיניי אם הגישה התקיפה המשתקפת במובאות דלעיל אכן מיושמת באופן רציני ועקבי. דומה שגישתם של שופטים רבים היא סלחנית למדי כלפי התופעה של הפרות חוזים – אם לא להלכה הרי למעשה (ראו, למשל, הערה 79 לעיל והסקסט שלידה). גישה סלחנית זו משליכה בתורה על גישתו של הציבור ועלולה להביא – ונראה שכבר הביאה – לכרסום במעמדה המוסרי של החובה לקיים חוזים. הכרה חקיקתית ברורה בסמכות להטיל סנקציות מוגברות על מפרי חוזה במקרים המתאימים עשויה אפוא לחזק את הגישה העקרונית שעליה הצהיר בית המשפט העליון פעמים רבות בפסיקותיו, ולהופכה מעיקרון הצהרתי שמשלמים לו מס שפתיים בלבד, לעיקרון בר-יתוקף המכוון באופן ממשי את התנהגותו של הציבור בישראל.

99 הנציג המובהק של גישה זו היה השופט (והמלומד) הנודע Holmes. רכיב מרכזי בתורתו של Holmes היה העיקרון שלפיו אשמה מוסרית איננה צריכה להיות רלבנטית להטלת אחריות משפטית. Holmes, שהיה ככל הנראה הראשון להתכחש במפורש לקיומה של החובה לקיים חוזים, עקץ את מבקריו באומרו: "such a mode of looking at the matter stinks in the nostrils of those who think it advantageous to get as much ethics into the law as they can." Oliver W. Holmes, "The Path of the Law," 10 *Harv. L. Rev.* 457, 462 (1897). לדין בתאוריית האחריות החוזית של Holmes ראו Patrick S. Atiyah, "Holmes and the Theory of Contract," in Patrick S. Atiyah, *Essays on Contract* 57 (1990) מעניין כמי שתמך בהפרה מודעת של חוזים איננה נכונה, וכי Holmes עצמו סבר שהפרת חוזה היא מעשה עוולתי; ראו Joseph M. Perillo, "Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference," 68 *Fordham L. Rev.* 1085 (2000).

100 יש המטילים ספק בכך שגישה זו השפיעה אי-פעם באופן ממשי על דיני החוזים עצמם, אפילו בעידן הקלאסי. כך, למשל, נטען שהכרת הדין בתרופת האכיפה, בזכות לתרופות במקרה של הפרה צפויה, ובעילת תביעה בנויקין בגין גרם הפרת חוזה הן ראיות לקיומה

ניטרליות מוסרית כלפי הפרות חוזים מאפיינת כיום במידה רבה את כתיבתם של מלומדים מאסכולת הגישה הכלכלית למשפט,¹⁰¹ והיא מחלחלת ומשפיעה גם על גישותיהם של שופטים. עם זאת, דומה שהשפעתה של גישה זו הייתה ועודנה מוגבלת בהיקפה ובעוצמתה: אפילו דיני החוזים האנגלו-אמריקניים משקפים בעשורים האחרונים מגמה ברורה של הרחבת והתמרת האחריות החוזית על יסוד שיקולים מוסריים וחברתיים.¹⁰² הגישה המוסרית כלפי דין החוזים מאפיינת במובהק את השיטות הקונטיננטליות, שבהן עקרון תום הלב, עקרון האשמה

של חובה לקיים חוזים. עוד נטען כי בתפיסתם הסובייקטיבית של מתקשרים טיפוסיים מטרות ההתקשרות החוזית היא לזכות בביצוע בעין ולא בזכות לתחליף כספי. להצגה תמציתית של ביקורות אלה ראו מאמרו של Atiyah, הערה 12 לעיל, בעמ' 59–60, והשוו לדבריו של Gilmore בספרו, הערה 93 לעיל, בעמ' 19: "In this pure form the [classical] theory may never have existed outside the classrooms of the Harvard Law School. But generations of lawyers and judges and law professors grew up believing that the theory was true"

101 אלה בוהנים את דיני החוזים במנותק משיקולים של מוסר דאונטי; רבים מהם רואים בשיקולי יעילות הצדקה להפרה מודעת של חוזים. הביטוי המובהק ביותר לניטרליות של הגישה הכלכלית כלפי הפרות חוזים הוא תורת ההפרה היעילה (efficient breach theory); אולם גם במעמדה של תאוריה זו חל כרסום ניכר, וכיום מעטים המלומדים המצדדים בה במתכונתה המקורית.

102 לדיון במגמות כלליות אלה ראו למשל פורת, הערה 19 לעיל, בעמ' 57–61; פרידמן וכהן, הערה 10 לעיל, בעמ' 69–74, 62, 59–61. דוגמה מובהקת למגמה זו היא התרחבות ההכרה בתשלומים עונשיים בתחום החוזי במשפט הקנדי והאמריקני. לסקירות מקיפות ראו פרקים ד', ה' לחיבורי הנזכר בהערה 44 לעיל. להכרה בכך שתופעה זו מבטאת נטישה של הגישה המסורתית כלפי האחריות החוזית, ראו Sandra Chutorian, "Tort Remedies for Breach of Contract: The Expansion of Tortious Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing into the Commercial Realm," 86 *Colum. L. Rev.* 377, 391 (1986): "[T]he adoption of a tort cause of action for breach of the implied covenant of good faith... represent[s] a deviation from the principles of limited liability and neutrality toward willful breach upon which traditional contract remedies are based" אחרות לאותה תופעה הן ההכרה המתרחבת בתשלומי ההשבה, בזכות לפיצוי לא-ממוני, בזכות לאכיפת החוזה ובדוקטרינות נוספות המטילות נטל מוגבר על מפר החוזה. לדיון בדוקטרינות אלה ובמעמדן כיום במשפט המקובל ראו, למשל, Michael J. Tilbury, "Factors Inflating Damages Awards," in *Essays on Damages* 86 (Paul D. Finn ed., 1992); Hugh Beale, "Exceptional Measures of Damages in Contract," in *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century* 217 (Peter Birks ed., 1996). אחד המאמרים הראשונים שעמד על מגמת המעבר מדיני חוזים "ניטרליים" לדיני חוזים "מוסריים" במשפט האמריקני היה מאמרם הידוע של Edith Fine & Friedrich Kessler, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study," 77 *Harv. L. Rev.* 401 (1964). במאמר מפורסם זה ביקשו המלומדים להראות שלמעשה גם המשפט האנגלו-אמריקני פועל במידה רבה לאור עיקרון של תום לב במשא ומתן, וכי מגמה זו הולכת ומתחזקת בעידן המודרני.

והחובה לקיים חוזים הם עקרונות מושרשים במשפט הפרטי.¹⁰³ לא כל שכן, שגישה מוסרית ניטרלית או מינימליסטית איננה גישתו של דין החוזים הישראלי. פסיקתו של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים משקפת נטייה ברורה להעמיד את דיני החוזים על יסודות של הוגנות ומוסר, תוך שימוש מוגבר בעקרונות שסתום חוזיים המושתתים על מוסר: צדק, תום לב, ותקנת הציבור.¹⁰⁴ זאת ועוד: בית המשפט העליון דחה באופן ברור את הגישה הניטרלית כלפי הפרות חוזים, והסתייג מפורשות מהאסכולה הכלכלית למשפט ככל שהיא תומכת בגישה כזו.¹⁰⁵

103 "The common law... in contrast to the civil law, which follows the maxim of caveat
102 Fine & Kessler; vendor, pays obeisance to the maxim of caveat emptor" הערה
לעיל, בעמ' 439. בהקשר זה מעניין להדגיש, שבשיטות המשפט הרומניסטיות, המבוססות
על הקוד הנפוליאוני הצרפתי, האחריות החוזית נתפסת כמבוססת על אשמה מוסרית.
במשפט הצרפתי רעיון זה מעוגן בסעיף 1382 לקוד נפוליאון, הקובע עיקרון כללי החל הן
בתביעות חוזיות והן בתביעות נזיקין, לפיו אדם אחראי לתקן נזק שנגרם באשמו. התפיסה
העקרונית דומה גם במשפט הגרמני. לדיון השוואתי במקומו של האשם בדיני החוזים
בקונטיננט ובמשפט המקובל ראו Treitel, הערה 68 לעיל, פרק 11. ראו גם Frederick H.
Lawson, "Fault and Contract – A Few Comparisons," in *The Comparison*, Vol. II., ch.
18, 347 (1977); Norbert Horn, Hein Kotz & Hans G. Lesser, *German Private and
Commercial Law: An Introduction* 112-114 (1982); כן ראו רנה סנילביץ, *תרופות בשל
הפרת חוזה במשפט הקונטיננטלי* 73 (תשנ"ז).

104 "בעוד שבעבר נתפסו דיני החוזים כדינים נוקשים, רציונליים ובורים, וביטאו תפיסה
אינדיבידואליסטית, איבדו דינים אלה, עם הכנסת עקרון תום-הלב אל קרבם, את
שרירותיותם וחדותם, וכיום הם דינים גמישים ומתונים, המבטאים גישה מוסרית... סעיפי
תום הלב בחוק החוזים מהווים צינורות-שאיבה של עקרונות מוסריים..."; גבריאלה שלו,
דיני חוזים 49 (מהדורה שנייה); "במסגרת תהליך עליית הערכים במשפט הישראלי הטיל
בית המשפט מוסרות ערכיות בדרך החינוכית"; מאוטנר, הערה 13 לעיל, בעמ' 107. "The
experience of Israeli law indeed demonstrates... the desire to enhance the standard of
moral behaviour in the contractual arena..." Nili Cohen, "The Effect of the Duty of Good
Faith on a Previously Common Law System: The Experience of Israeli Law," in *Good
Faith in Contract* 189, 211-212 (Roger Brownsword, Norman J. Hird & Geraint Howells
eds., 1999). ראו גם המקורות הנזכרים בהערה 98 לעיל ו-105 להלן. אינדיקציה חשובה
למגמה זו היא התופעה של הגמשת מבחני הכניסה המשפטיים לתחום החוזי במטרה להרחיב
את ההגנה על מי שהסתמך על הבטחה בעלת תוקף מוסרי. לסקירת המגמה ראו שירלי רנר,
"דיני חוזים – מגמות והערכה", *משפטים* כא 33, 46-41 (תשנ"א); מאוטנר, הערה 13 לעיל,
בעמ' 105-106.

105 ראו, למשל, דברי השופט ברק בעניין אדרס, הערה 13 לעיל, בעמ' 278: "גישה זו [של
המלומדים מהאסכולה הכלכלית] אינה מקובלת עלי. היא נוגדת את תפיסתנו היסודית,
לפיה אכיפה היא סעד שלו זכאי הנפגע. אמת, גישה זו לאכיפה אינה מקובלת, בדרך
כלל, על בעלי האסכולה הכלכלית, אך בעניין זה אמר המחוקק את דברו, ועלינו
להגשים את דבר המחוקק. אך מעבר לכך, נראה לי, כי הגישה הכלכלית אינה נותנת די

דומני שהמסקנה העולה מהמקובץ צריכה להיות ברורה: מגמה כללית זו של מעבר דיני החוזים מגישה של ניטרליות מוסרית לגישה של תובענות מוסרית תומכת במידה משמעותית במגמה העולה מהצעת חוק דיני ממונות להגביר ולחזק את ההגנה המוסרתית על זכויות – חוזיות ושאינן חוזיות – במקרים הנראים כמצדיקים זאת. כפי שביקשתי להראות, פרט להיותה מוצדקת לגופה, מגמה זו אינה עומדת בסתירה לשאיפה לעודד סולידריות ושיתוף פעולה בין הצדדים לחוזה; ההפך הוא הנכון. בהיותה מבטאת בצורה הברורה ביותר את סלידתו של המשפט הישראלי מביטויים של ניצול, אופורטוניזם וחוסר תום לב – שהם דוגמות ברורות להפרה של ערך הסולידריות החוזה – היא משתלבת היטב במארג הנורמטיבי של דיני החוזים המודרניים ושל דין החוזים הישראלי בפרט.

ד. סיכום

המאפיין המשמעותי ביותר המייחד את דיני החוזים מדיני הנזיקין, לדעתי, הוא התפקיד המרכזי שממלאת ההסכמה ההדדית ביצירת מערך הזכויות (והחובות) הראשוניות של הצדדים לסכסוך חוזה. במאמר זה, אגב הערכה ביקורתית של הטיעונים שהעלה דגן במאמרו נגד האחדתו וחיוקו של מערך התרופות האזרחיות, ניסיתי לבסס את הטענה שמאפיין זה – כמו גם יתר ההבחנות שהציע דגן במאמרו בין דיני החוזים לדיני הנזיקין – אינם מצדיקים אימוץ דין תרופות שונה להפרות חוזים מזה ולעולות נזיקין מזה. ביקשתי להראות שהעיקרון החולש על דיני התרופות במשפט האזרחי צריך להיות – ובמידה רבה הינו כבר היום –

משקל לשיקולים שלא ניתן ליתן להם משקל כלכלי. דיני החוזים לא באו אך להגביר את היעילות הכלכלית. הם באו לאפשר חיי חברה תקינים. חוזה יש לקיים – ולא רק לשלם פיצוי בגין הפרתו – כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם...". גם השופט שלמה לוין הסתייג באותה פרשה מהגישה הכלכלית: "מי שדורש מצד לחוזה להתנהג בתום לב לא יתייחס בסלחנות לצד אשר יפר חוזה ממניעים של רצון קוניוקטורלי להתעשר על חשבון הצד האחר. הגישה החוזית האמורה [שלפיה ניתן לשלול ממפר החוזה את פירות ההפרה]... יש בה כדי להרתיע צד לחוזה מלהפר את התחייבויותיו על פיו; יש בה כדי להשתלב בתחושת הצדק הרווחת בחברה הישראלית, שעל-פיה לא יצא החוטא נשכר. היא אמנם מנוגדת לאסכולה הכלכלית של המשפט, אך תפיסתה של אסכולה זו מתעלמת, לענייננו, מהעובדה, שמדובר בבני אדם בעלי תחושה מוסרית ולא ברובוטים"; שם, בעמ' 237. ראו גם מאוסנר, הערה 13 לעיל, בעמ' 130, המציין שבית המשפט העליון שימש כבלם לתפיסות של כלכלת שוק. בית המשפט העליון חוזר מעת לעת על הסתייגותו מהגישה הכלכלית; ראו, למשל, ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פדיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג' (3) 180, 191 (השופט אנגלרד).

אחד: הנפגע מהפרה זכאי להגנה על זכותו המשפטית, והגנה זו תכליתה העיקרית להביא לתיקון ההפרה ולהשבת מערך הזכויות הראשוני שהופר על כנו, עד כמה שהדבר ניתן במגבלות של צדק וסבירות. מטרה זו משותפת לדיני החוזים ולדיני הנויקין, והיא העומדת ביסוד הקרבה והדמיון הניכרים שבין דיני התרופות בשני ענפים אלה.

אמת, שיקולים כגון סוג האינטרס המוגן על ידי הזכות שנפגעה, היקף הפגיעה, התנהגות הצדדים המעורבים, מצבם הכלכלי ושיקולים נוספים, משפיעים וראוי שישפיעו באופן כזה או אחר על התגובה התרופתית הספציפית אותה ינקוט בית המשפט בכול מקרה ומקרה. אולם דווקא הצורך לאפשר התחשבות בשיקולים אלה ובמשקלם המשתנה במגוון העצום של מצבי המציאות האפשריים מחייב הימנעות מהסתמכות על הקריטריון הפורמלי של מקור הזכות שהופרה, או של דרך היווצרותה, בבחירת הדין התרופתי המתאים להפרה נתונה. קל וחומר שאין בקריטריון פורמלי כזה כדי להצדיק יצירת הבחנה קטגורית בין קשת התרופות שראוי להעמיד בפני בית משפט המיישב סכסוך חוזי לבין זו שראוי להעמיד לרשותו בבואו ליישב סכסוך שעילתו במעשה נזיקין.

הגישה התורת־משפטית שאותה פרשתי במאמר זה זוכה, לדעתי, לתמיכה ברורה בפרק התרופות בהצעת חוק דיני הממונות. גישה זו אינה מסכנת את התפתחותם הראויה של דיני החוזים ודיני הנויקין, כפי שחושש דגן; נהפוך הוא: היא מאפשרת לנו, צרכני המשפט, להבין שהחלוקה לענפי משפט איננה חלוקה דיכוטומית לעולמות הנבדלים זה מזה בכל אספקט מרכזי שלהם. גישת הקודקס מאירה ומחדדת את התובנה שנבדלותו של דין החוזים מדין הנויקין בהיבט אחד (בענייננו – מרכזיות ההסכמה החופשית בתהליך יצירת החיוב החוזי) איננה שוללת את האפשרות לקיומו של דמיון ממשי בין שני ענפים אלה בהיבט אחר (בענייננו – ההיבט התרופתי). במצבים שבהם מתקיים דמיון איכותי כזה בין שני ענפי משפט (או יותר), צפוי שהתפתחות הדין במסגרתו של ענף אחד תשפיע על התפתחות מקבילה בענף השני. תוצאה זו לא רק שהיא בלתי־נמנעת, היא אף רצויה ומתבקשת. פרק התרופות בקודקס האזרחי המוצע משפר את יכולתנו לזהות השפעות מסוג זה בדיעבד, ואף לצפותן מראש. זאת ועוד, בעצם קיומו עשוי פרק התרופות לעודד התפתחויות מסוג זה. מבחינה זו תרומתו של הפרק לביסוסה של תורת־משפט כוללת למשפט האזרחי בישראל היא, לעניות דעתי, משמעותית.

אמת, לא נכחיש: גישתו האינטגרטיבית של פרק התרופות עומדת בסתירה לנטייתו ההיסטורית של המשפט האנגלו־אמריקני ב־200 השנה האחרונות להגדיל ולהאדיר את הפער העיוני בין דיני החוזים לבין דיני הנויקין. כפי שניסיתי להראות, גישה מסורתית זו איננה הגישה שראוי לשיטת משפט מודרנית לאמץ.

גם בארצות מוצאה מאבדת תפיסה זו מאחיזתה ומכוחה, באיטיות אך בעקביות.¹⁰⁶ אימוץ גישה פורמליסטית-מסורתית זו בישראל של שנות האלפיים עלול לפגוע ביכולתנו כמשפטנים להבין את דיני התרופות ולעצבם באופן יעיל, בהיר, פשוט וקוהרנטי ככל שניתן. פרק התרופות בהצעת חוק דיני הממונות מבטא באופן ברור את הכוונה לנטוש גישה אנכרוניסטית זו ולסלול תחתיה דרך חדשה, טובה יותר לדיני התרופות בישראל. על כך, ראויים הם הוגיו ומיישמו של רעיון האחדת התרופות במשפט האזרחי לכל שבת.

106 ראו סקירתנו בפרק ב.1 לעיל.