

קודיפיקציה חוזית בתחילת האלף השלישי: הקצאת סיכונים לעומת תיקוף של יחסים בחוק דיני ממונות

יונתן יובל*

הטענה הבסיסית של מאמר זה היא כי את מעשה הקודיפיקציה הישראלית החדשה של דיני החוזים יש לראות – ורק כך ניתן להבינו – כחי במתח בלתי-פתור, ואולי בלתי-פתיר, בין שתי ראיות משפטיות תיאורטיות שונות. האחת היא פורמליזם: גזירת כללי התנהגות להקשרים שונים מכמה מושכלות-יסוד. מעשי קודיפיקציה מתבססים תמיד על יסוד פורמליסטי מסוים. זהו המאפיין המערכתי שלהם – היומרה לקוהרנטיות פנימית, ולו מינימלית. הראייה האחרת היא הראייה היחסותית (relational), הרואה בדיני החוזים בעיקר תיקוף של יחסים בין צדדים ליחסי-חליפין.

* מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודותיי נתונות לריקרו בן-אוליאל, למיגל דויטש ולאיל זמיר, ששיחות עימם הניעוני לנסות לחדד כמיטב יכולתי את תובנותי בנושא הריפוי החוזי (cure) הנידון להלן, אף שאני מסופק אם אדע – כעת או בעתיד – להשיב על מלוא ביקורתם בעניין זה; מאמר נפרד העוסק בנושא זה נמצא בכתובים. תודותיי לרבי וידידי עו"ד י' עמיהוד בן-פורת, על שחלק עימי את ידיעותיו ותובנותיו באשר לפסיקה הפרשנית-היחסותית בישראל שניתנה עוד לפני פסק-דין אפרופים הידוע (להלן הערה 69). מאמר זה מתבסס, בין היתר, על הרצאות אחדות שנתתי בימי-עיון ובהשתלמויות במהלך שנת 2005 במסגרות שונות – במכון להשתלמות שופטים שליד בית-המשפט העליון, במכון להשתלמות פרקליטים ויועצים משפטיים במשרד המשפטים, בוועד חיפה של לשכת עורכי-הדין ובמרכז הבינתחומי הרצליה – כמו-גם על שיחות עם תלמידיי בסמינר "סוגיות תיאורטיות בדיני חובים" שנערך בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. תודותיי לשופטת טובה שטרסברג-כהן ולעמיתי גיא זיידמן ורוגן פרי. תודתי גם לעורכי משפט ועסקים ולשופטת האנונימית על הערותיהם המועילות, לתלמידיי במרכז הבינתחומי אריאל מירלמן ותומר גינזברג ולשאר חברי המערכת המסורים, וכן לעידן חצב על סיועו בהכנת המאמר לדפוס.

הפורמליזם מדמיין עולם (אוטופי או לא), וגוזר מערכיו כללי פעולה. הגישה היחסותית מתבוננת על העולם הקיים ועל הפרקטיקות הקיימות בו, ובונה את הנורמות החוזיות על בסיס מה שהיא תופסת כחשוב וכמרכזי במערכות יחסים. הפרויקט הקודיפיקטיבי הישראלי נבנה משתי ראיות "אידיאולוגיות" אלה: מחד גיסא, הוא משתדל לארגן את המשפט האזרחי כמערכת ערכית קוהרנטית הנשמעת לכמה ערכים בסיסיים ותכליות יסוד; ומאידך גיסא, רוב השינויים הנעשים (לפחות בפרקים העוסקים בחוזים, שרק בהם אדון כאן) אינם אלא הכנסה בגדר החקיקה של סדרת פסיקות יחסותיות של בתי המשפט מן השנים האחרונות. היסוד הפורמליסטי אמור להעניק לקוד משמעות וחשיבות ערכית, ואילו היסוד היחסותי אמור לעשותו לרלוונטי. לעליית חשיבותן של התובנות היחסותיות בשנים האחרונות יש ביטוי מובהק, גם אם לא שיטתי, בקוד המוצע.

מאמר זה יפרט ויבחן טענה זו, וידגים אותה על בסיס כמה הוראות מרכזיות – כאלה הקיימות בקוד וכאלה שאינן קיימות בו. הוא מתמקד בסוגיות תרופתיות וכמו-תרופתיות הקשורות בעיקר לביטול החוזה בשל הפרתו, ועושה זאת מתוך השוואת הקודיפיקציה לשני משטרי חוזים מודרניים ומשוכללים: עקרונות דיני החוזים האירופיים משנת 2003 (Principles of European Contract Law), ובקיצור PECL; וחוק מסחרי חשוב שנותר מחוץ לקודיפיקציה, הוא חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999, המבוסס על אמנת האו"ם בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי, 1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, ובקיצור CISG).

ארבע סוגיות ייבחנו בפרוטרוט תוך השוואתן להוראות המקבילות במסמכים האמורים: (1) מנגנונים יחסותיים חלופיים לדרישות צורניות מהותיות, כגון ביצוע כתחליף לכתב; (2) מנגנון ה-Nachfrist של דיני התרופות הישראליים, המאפשר לבטל חוזה גם בשל הפרה לא-יסודית; (3) מנגנונים אשר מאפשרים דחייה של מועד ביטול החוזה או מציעים פתרונות חלופיים להפרה שאינם כרוכים בביטול החוזה, כגון השעיית ביצוע והפחתת מחיר חד-צדדית ("ניכוי"); (4) זכותו של המפר לרפא את ההפרה אף לאחר שעבר המועד לקיום ("cure"). סוגיות אחרות העולות אגב דיון בתיאוריה היחסותית הן ענייני כריתה ופרשנות.

על בסיס הדיון הפרטני נטען כי דיני החוזים הישראליים עברו ועוברים במהלך השנים תנועה מן הקוטב הניאו-קלסי, הרואה בחוזה מנגנון ex ante של הקצאת סיכונים, אל כיוון יחסותי-ריאליסטי, דהיינו, אל ראיית החוזה כמערכת רחבה של יחסים בין צדדים; וכי לתנועה זו יש ביטוי מסוים בקוד, בעיקר עקב פסיקה אקטיביסטית במהלך השנים.

אלא שהתפתחות זו לא נבעה ממחויבות תיאורטית מקיפה לעמדה היחסותית-ריאליסטית, וגם הקוד אינו עושה ניסיון מקיף לשינוי מגמה על-סמך תפיסה תיאורטית חדשה, אלא מבטא תובנות יחסותיות באופן ספורדי בלבד, כמעט בעל-כורחו. בהימנעותו ממחויבות תיאורטית, ובנסיונו ליטול מעט מכל קוטב עקרוני, הקוד החדש דווקא ממשיך את המסורת החקיקתית בתחום דיני החוזים הישראליים,

הנאבקים לפייס ניאו-קלסיות עם יחסותיות. המאמר מצביע על כמה עניינים שבהם מחויבות מלאה יותר לעמדה היחסותית הייתה מניבה עיצוב שונה (ולדעת הכותב – ראוי) של הוראות הקוד, וגורס כי תפקידם האקטיביסטי והפרשני של בתי-המשפט בפיתוח דיני החוזים בישראל לא יקטן בעקבות הקוד החדש, אלא דווקא יגדל.

מבוא

פרק א: מות החוזה

פרק ב: ותחייטו: דיני החוזים כמודל לפעולה לעומת החוזה כתיקוף של יחסים

1. המתח בין הגישה הניאו-קלסית לבין הגישה היחסותית

2. התיאוריה היחסותית (Relational Contract Theory) והפרויקט הקודיפיקטיבי

פרק ג: מן התיאוריה אל המסמך – תובנות יחסותיות בקוד האזרחי המוצע

1. ביצוע כתחליף לכתב

2. לפני שנבטל את החוזה בשל הפרתו: מדרג הסעדים והוראות ביחס להעשרה (בלתי-

מספקת) של ארסנל הפעולות התרופתיות

(א) דחייה (או השעיה) של קיום חיוב

(ב) ניכוי חד-צדדי מהתמורה עקב הפרת החוזה

3. זכות המפר (שאינה קיימת בקוד) לרפא את ההפרה

פרק ד: סיכום

מבוא

הטענה הבסיסית של מאמר זה היא כי את מעשה הקודיפיקציה הישראלית החדשה של דיני החוזים יש לראות – ורק כך ניתן להבינו – כחי במתח בלתי-פתור, ואולי בלתי-פתיר, בין שתי ראיות משפטיות תיאורטיות שונות.¹ האחת היא פורמליזם: גזירת כללי התנהגות להקשרים שונים מכמה מושכלות-יסוד. מעשי קודיפיקציה מתבססים תמיד על יסוד פורמליסטי מסוים.² זהו המאפיין המערכתי שלהם – היומרה לקוהרנטיות פנימית, ולו

1 מאמר זה מתייחס לטיוטת הצעת חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ד). מספרי הסעיפים המצוינים כאן ונוסחיהם עשויים כמובן להשתנות עם התגבשות הנוסח הסופי. הטיוטה הקיימת ניתנת לצפייה באתר האינטרנט <http://www.idclawreview> (30.5.2006) (להלן: הצעת חוק דיני ממונות).

2 ראו: Grant Gilmore "On the Difficulties of Codifying Commercial Law" 57 *Yale L.J.* (1948) 134 (hereinafter: Gilmore "Difficulties"); Grant Gilmore "Formalism and the Law of Negotiable Instruments" 13 *Creighton L. Rev.* (1979) 441.

מינימלית. הראייה האחרת היא הראייה היחסותית (relational), הרואה בדיני החוזים בעיקר תיקוף של יחסים בין צדדים ליחסים-חליפין. הפורמליזם מדמיין עולם (אוטופי או לא), וגוזר מערכיו כללי פעולה. הגישה היחסותית מתבוננת על העולם הקיים ועל הפרקטיקות הקיימות בו, ובונה את הנורמות החוזיות על בסיס מה שהיא תופסת כחשוב וכמרכזי במערכות יחסים. הפרויקט הקודיפיקטיבי הישראלי נבנה משתי ראיות "אידיאולוגיות" אלה: אחד גיסא, הוא משתדל לארגן את המשפט האזרחי כמערכת ערכית קוהרנטית הנשמעת לכמה ערכים בסיסיים ותכליות-יסוד; ומאידך גיסא, רוב השינויים הנעשים (לפחות בפרקים העוסקים בחוזים, שרק בהם אדון כאן) אינם אלא הכנסה בגדר החקיקה של סדרת פסיקות יחסותיות של בתי-המשפט מן השנים האחרונות. היסוד הפורמליסטי אמור להעניק לקוד משמעות וחשיבות ערכית, ואילו היסוד היחסותי אמור לעשותו לרלוונטי. מאמר זה יפרט ויבחן טענה זו, וידגים אותה על בסיס כמה הוראות מרכזיות – כאלה הקיימות בקוד וכאלה שאינן קיימות בו.

מי אתה, החוזה, בתחילת האלף השלישי? בטרם אומר לך מה לעשות וכיצד להתנהג, בטרם אכתוב לך את התנאים לקיומך ואת הנסיבות לפקיעתך, הייתי רוצה להכיר אותך טוב יותר. לאורך כל ההיסטוריה של הציוויליזציה המערבית פגשתי בקודמך: בתנ"ך ובקודקס של יוסטיניאנוס, אצל שייקספיר, הובס ובלקסטון, בכתביהם של קנט, אוליבר ונדל הולמס, פולר, פרידמן וכהן. קראתי על לידתך, מותך ושובך לתחייה. ועל-אף כל זאת, איני משוכנע שאני מכיר אותך. השתנית, התרבת, אולי נחלשת. ביום מקרי אחד בשנת 2006 אני קורא עליך במדורים שונים של העיתון: אתה ניכר בבעיות שצצו בהסכם המיזוג בין דיימלר לקרייזלר, בחייהם של בני-זוג המחפשים תחליפים חוזיים לנישואים כדמו"י, אצל בית-המשפט הנוקק לבחינת הסכם פוליטי בין שתי מפלגות. אני חושב עליך מדי יום כשאני יוצא מביתי, שבו אני גר בחסותו של הסכם שכירות, אל משרדי בפקולטה למשפטים, שם אני פוגש בקשיש השתקן, עובד-הקבלן, הממרק את רצפת המסדרון. איך ייתכן שתחול על כל-כך הרבה אינטראקציות, על מערכות יחסים כה שונות? שתהיה אותו אחד, אפילו *mutatis mutandis*? אתה נראה לי היצור המשפטי היומרני ביותר בדיוק בשל נוכחותך, כיום, כמעט בכל אינטראקציה בין-אישית. וכעת, המחשבה שבאמצעות קוד אחד, מערכת מגדירה ושולטת אחודה, נוכל לכונן אותך בכל תחומי חלותך ובכל צורות חלותך, המנויות והבלתי-מנויות, נדמית לי פנטסטית כמעט. קודיפיקציה חוזית בימינו? דווקא עתה – בתקופה שבה אנו פונים להכרה ולתיקוף של המגוון העצום והריבוי של צורות הקיום והפעולה האנושיות (פלורליזם תרבותי, כלכלי, פוליטי, מיני) – לנסות לאחד ולאגד את המשפט האזרחי במסגרת לוגית של כמה עקרונות-יסוד ומגוון הוראות מלוקטות שייראו כאילו הן באות מכוחם?

אך למה לא, בעצם? השופט יצחק זמיר, באחד מכתביו המגלים את השקפת-עולמו המשפטית, מצהיר כי כללי המשפט האזרחי (ואולי גם המנהלי), כולם גם-יחד, אינם אלא יישומים של ציווי בסיסי אחד:

"הכלל הבסיסי של תורת המשפט, שכל אדם, לרבות כל גוף משפטי, חייב להתנהג,

בכל מקרה, באופן ראוי בהתאם לנסיבות המקרה. זוהי, לדעתי, כל תורת המשפט על רגל אחת. ואידך זיל גמור.³

זו עמדה אריסטוטלית מובהקת. מושג המפתח שלה הוא "ראוי". כמשפטן העוסק בדיני חוזים, תגובתי הראשונית היא התקוממות: הלא דיני החוזים הינם המעוז (הפרוץ, הנטוש בחלקו, אך הקיים בכל-זאת) של הרצון, של תיקוף אי-ההישמעות לסטנדרטים כלליים של פעולה ראויה, אולי המקום האחרון שבו ניתן למצוא מקלט מהאימפריאליזם של אמות-המידה של הסבירות והפעולה "הראויה בנסיבות המקרה", מן ההכתבות של התרבות הדומיננטית בשאלות של ראיות. מוסיף השופט זמיר: "תורת המשפט פיתחה מסכת מסועפת של כללים שונים להתנהגות ראויה במצבים שונים."⁴ טענה זו אין להבין, כמובן, כתיאור היסטורי או סוציולוגי: כללים משפטיים ספציפיים נוצרו בדרך-כלל לא באופן דוקטיבי כהיסקים ויישומים של עקרון-על לגבי מצבים עובדתיים, אלא כתגובות מקומיות על בעיות שהקשרי החיים השונים העלו לפני המחוקקים, בתי-המשפט ומוסדות אחרים (כך לפחות במשפט המקובל). טענתו של זמיר, אשר הרעיון הקודיפיקטיבי נראה אנוס כמעט לקבלה, היא ששחזור לוגי של הכללים והסטנדרטים המשפטיים שנוצרו במסגרות המוסדיות השונות במהלך ההיסטוריות של המשפט יראה כי הם מקיימים זיקה הצדקתית לעיקרון הבסיסי כפי שנוסח. הקודיפיקציה האזרחית הינה נדבך מרכזי במסכת זו, אף שנסיונות יצירתה הפוכות כמעט מהנרטיב העולה מדברי זמיר (במובן זה שה"קוד" המוצע – כמו ה-Restatement האמריקאי – אינו יצירה קוהרנטית בעלת מבנה פורמלי, אלא במידה רבה אוסף ומעשה תשבץ של הוראות קיימות).⁵

מעשה קודיפיקציה הינו פרויקט מודרניסטי מובהק, המושתת על ההנחה כי ניתן לכיוון מגוון עצום של פעילות אנושית באמצעות כמה עקרונות-יסוד כלליים ומספר מצומצם של כללים ותבניות. אולם לנוכח המגוון העצום של יחסים אנושיים שיש להם משמעויות אובליגטוריות, לנוכח האופנים המגוונים כל-כך של פעילות אנושית שבמסגרתם צדדים חייבים זה לזה (ואין זה משנה מה הם חייבים), לנוכח המשפוט הנמרץ של תחומי חיים ושל יחסים המאפיין את תקופתנו, כיצד ניתן לחשוב – מבחינה תיאורטית, לא כעניין של פתרון דוקטרינרי – על משטר חיובי אחיד שיחול על המגוון העצום הזה? באמצעות אילו תובנות תיאורטיות ניתן להצדיק – במובן של rationalize, לא justify – פרויקט קודיפיקטיבי כיום?

3 בג"ץ 164/97 קונטרס נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 336.

4 שם, בעמ' 336-337. מבחינה זו הטענה, על-אף המבנה הפורמליסטי שלה, אינה שונה ברמה התיאורטית מטענות ריאליסטיות מסוימות, כגון העיקרון הבסיסי של הגישה הכלכלית למשפט, שלפיו המשפט המקובל נוטה לנסח באופן ספונטני כללים יעילים מבחינה כלכלית. הכללים נוצרו בהקשרים שונים ומתוך מוטיווציות ותפיסות צדק שונות, אך על-פי עמדתם של אנשי אסכולה זו, הם מקיימים (או שאינם מקיימים, ואז יש בהם פגם) זיקה הצדקתית ספונטנית לעקרון היעילות הכלכלית.

5 בסיג המשמעותי של דוקטרינת הסיכול, שעברה רוויזיה משמעותית וראויה – ראו להלן הערה 35. לפירוט מסוים ראו בפרק הסיכום להלן.

לשאלה זו ניתן לגשת מכמה כיוונים. להלן אדון בשתי גישות לדיני החוזים אשר, על-אף היותן מנוגדות מבחינה תיאורטית, אינן מוציאות זו את זו מבחינת ביטויין בדין הפוזיטיבי ובקודיפיקציה בכלל זה. על-פי העמדה הראשונה, צדדים מתאימים את פעילותם לקוד: זו הגישה הניאו-קלסית, הרואה את החוזה כמנגנון *ex ante* של הקצאת סיכונים. על-פי הגישה השנייה – הגישה היחסותית (relational) – החוזה נתפס כמערכת רחבה של יחסים בין צדדים, ובתי-המשפט מתאימים את שיפוטם לפעילות האנושית החוץ-משפטית.⁶ הגישה האחת אומרת כי הקודיפיקציה החוזית מספקת מודל לפעולה שכל מי שרוצה לפעול במסגרת חוזית – על-מנת לזכות בהגנה של המדינה ומנגנוני האכיפה שלה – חייב לפעול על-פיו. המשפט אינו משקף ואינו מתיימר לשקף את המגוון העצום של יחסים חברתיים, כלכליים וכולי, אלא מעמיד מכשיר לרשות אנשים כדי לתקף יחסי חליפין מבחינה משפטית. הכיוון כאן הוא מן המשפט (ובמקרה זה – מן הקוד) אל החיים. על-פי הגישה השנייה, עניינם של דיני החוזים בזיהוי האופנים שבהם בני-אדם בחברה יוצרים ביניהם, בפועל, יחסים אוכליגטוריים להבנתם, ובתיקופם של יחסים אלה (במסגרת של תפיסת צדק פוליטית). על-פי גישה זו, למעט מספר מצומצם של תנאי תקפות ודרישות מינימליות להתנהגות הוגנת, אין לדין הכללי סיבה לומר לצדדים לחוזה איך לנהוג (למשל, לקבוע אם לכרות חוזה בדרך של הצעה וקיבול או בדרכים אחרות, להכתיב דרישות צורה וכדומה).⁷ הכיוון כאן הוא מן החיים אל החוזה (או אל הקוד). מעניין ששתי הגישות אינן נורמטיביות בלבד, אלא גם פרשניות ותיאוריות, כלומר, כל אחת מתימרת לתאר טוב יותר כיצד ה"חוזה", כמוסד משפטי, עובד בפועל.

זהו אפוא מאמץ של רציונליזציה ("רציונליזציה קונסטרוקטיבית", כפי שאני מכנה אותה): עיצוב התנאים שפרויקט קודיפיקטיבי עכשווי יצטרך לעמוד בהם כדי להיות רציונלי.⁸ על בסיס הרציונליזציה הזו יפותחו בהמשך המאמר דוגמות ספציפיות מן החלק החוזה של הקוד המוצע.

בפרקים א ו-ב אדון במיקום העמדות שצוינו בשיח התיאורטי העכשווי, על רקע מה שכונה בשנות השבעים "מות החוזה". אנסה להראות כי השיח הריאליסטי-היחסותי מבצע למעשה "רלוונטיזציה מחדש" של החוזה, אך תוך שינוי ההבנה הבסיסית של טבעו. פרק

6 לסקירה מושגית והיסטורית של שתי הגישות ראו: John P. Esser "Institutionalizing Industry: The Changing Forms of Contract" 21 *Law and Social Inquiry* (1996) 593. ראו גם את ההפניות להלן בהערות 23, 24.

7 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 146-147. ראו גם: Hugh Collins *The Law of Contract* (London, 1993).

8 הביטוי "רציונליזציה" משמש אותנו בשתי הוראות שונות. במסורת הפרוידיאנית הוא מציין מנגנון הגנה שתכליתו הסתרת טבעה האמיתי של תופעה (פסיכולוגית או חברתית). תכלית הביקורת אז היא לחשוף את הפונקציה האמיתית של התופעה. במסורת הסוציולוגית של ובר והברמס (כמו-גם אצל דבורקין) מדובר בפעילות קונסטרוקטיבית: להעמיד ולעצב פרקטיקה כך שתתפס כרציונלית במסגרת תפיסה תכליתית נתונה ("making sense of a practice"). להרחבה ראו: Richard J. Bernstein *The New Constellation: The Ethical-Political Horizons of Modernity/Postmodernity* (Cambridge, Mass., 1992).

ג יעסוק, לאור תובנה זו, בקודיפיקציה עצמה, ויבחן דוגמות אחדות להמחשת הטענה כי בעוד הקודיפיקציה מבטאת גישה שאכן פונה לכיוון היחסותי של תיקוף יחסים בין צדדים – במידה רבה בעקבות הפסיקה האקטיביסטית בדיני החוזים הכלליים בשנות השמונים והתשעים – היא עושה זאת באופן מקוטע ובלתי־שלם; ואף־על־פי־כן תהיה זאת טעות לטעון כי הקודיפיקציה החדשה "אינה עושה דבר" ביחס לדיני החוזים ולדיני התרופות, שכן יש בה שינויים מקומיים משמעותיים, שאל חלקם אתייחס. פרק ד יסכם את הדיון.

בין לבין אולי נכיר את החוזה מעט טוב יותר. זאת, אף שבעקבות סטיוארט מקולי (Macaulay), מנחם מאוטנר ואחרים, דעתי שהיא שכדי להכיר חוזים יש לחרוג מהעולם המושגי המדומיין של הקוד והדין אל העולם שבו חוזים מתרחשים ומתממשים. יש המכנים זאת עולם "אמיתי" או "חיצוני" ביחס למשפט, אך זו טעות: ראשית, המשפט הינו אמיתי לחלוטין, לפחות כמו הדברים שהוא "חל" עליהם; ושנית, טעות היא לחשוב על המשפט כמונחים של תופעה החלה על עולם "חיצוני" אשר קיים וניתן לאפיון במנותק מן המשפט.⁹ למצער, נבין טוב יותר איך להכיר את החוזה: מה יש בו שניתן וכדאי לאבחן ולהכיר כאשר סוף־סוף נפגוש בו ב"עולם האמיתי".

פרק א: מות החוזה...

בשנת 1974, בספר קטן בן 180 עמודים, הכריז גרנט גילמור (Gilmore), פרופסור מאוניברסיטת ייל, על מות החוזה: *The Death of Contract*.¹⁰ התזה של גילמור (שלהלן אטען כי היא מוטעית), אם אתמצת אותה באופן פרשני, היא כי החוזה הינו מכשיר מובהק של הטרור־מודרנה המאוחרת והמודרנה המוקדמת, וככזה היה לו שימוש מיוחד בתקופת המהפכה התעשייתית והקפיטליזם המוקדם, אך זמנו של החוזה עבר, וכיום הוא יצור אנכרוניסטי. כמכשיר משפטי, החיוב החוזי עמד בזמנו כחלופה העיקרית לחיוב מן הדין. ככזה הוא שירת את האמונה באידיוסינקרטיות האנושית, את הסובייקטיביות וכן תפיסות רומנטיות של אוטונומיית היחיד הרואות בסובייקט האנושי החופשי את המקור לכל ערך נורמטיבי.

עליית החוזה כמכשיר משפטי במשפט הפרטי קרתה בד בבד עם עליית משטרים פוליטיים שהחוזה משמש להם מטפורה מכוננת, דהיינו, הליברליזם. יום, הובס, רוסו, לוק – ובזמננו סקנלון ורולס – ארגו פילוסופיות פוליטיות של "אמנה חברתית" השואבות את המבנים הבסיסיים שלהן מן הארכיטקטורה החוזית. אך בימינו, כותב

9 Jonathan Yovel "What is Contract Law 'About'? Speech Act Theory and a Critique of 'Skeletal Promises'" 94 *Nw. U. L. Rev.* (2000) 937

10 Grant Gilmore *The Death of Contract* (New Haven, 1974)

גילמור - ומצטרפים אליו מלומדים כפיטר אָטִיָּה (Atiyah), איש אוקספורד - החווה והמטפיזיקה הישנה שלו, זו המתייחסת ברצינות למושגים תקשורתיים כהסכמה, הבטחה ורצון, נהפך לקליפה ריקה, למטפורה מערפלת ולא מכוננת.¹¹ החווה, כך נטען, ראוי שייסוג מפני מכשירים משפטיים (למשל, דיני נזיקין) שעושים טוב יותר את מה שהוא מתיימר לעשות, דהיינו, הקצאת משאבים וסיכונים, חליפין ואחריות למצגים.

גם מבחינה תיאורטית, כך נטען, ניתן לתרגם את השפה החווית המורכבת - על מושגי החליפין, התמורה והיסודות התקשורתיים והאתיים המורכבים שלה - למערכת פשוטה יחסית של כללים.¹² שהרי ממילא הרגולציה נוגסת בחווה, ראשית באמצעות הדוקטרינה האובייקטיבית המייתרת את יסוד ההסכמה הסובייקטיבית ומעמידה במקומו פרשנות אובייקטיבית של מצגים, ואחר כך ביצירת קטגוריות של חוזים מיוחדים, עמוסי רגולציה, כחוזי עבודה, חוזי ביטוח, חוזים בתחום השירותים הפיננסיים, חוזים צרכניים וכולי. מושגי-שסתום ושיקולי equity (או שמא מעין "הפרטה" של אינטרסים מתחום המשפט הציבורי) - תום-לב, עשיית עושר ולא במשפט והגנות מן הצדק - כמו-גם תורות פרשנות מורכבות מצמצמים את יעילותו של החווה כמכשיר להקצאת סיכונים המספק רמת ודאות גבוהה ביחס ליישוב סכסוכים עתידיים בבתי-המשפט. בראייה זו, הנרטיב הבסיסי של הקצאת סיכונים המבטאת העדפות סובייקטיביות של צדדים אגואיסטים שזהים ביחסי הכוח שביניהם, ואשר מוגבלים רק על-ידי חובות תום-לב או הקטגוריה ההולכת ומצטמצמת של תקנת הציבור, הינו פיקטיבי.

וולפגנג פרידמן (Friedman) משווה את החווה לפוליסת ביטוח המבטחת מפני התנהגויות עתידיות מסוימות של צדדים שניים, ורואה "הפרה" חווית כשקולה ל"מקרה ביטוח" המפעיל את הפוליסה.¹³ לעומתו, גילמור ואָטִיָּה מפתחים את האפשרות לערוך רדוקציה נזיקית לאינטראקציה החווית, ולראות את הפרת החווה כעוולה נזיקית - כמעט חזרה לימי ה-*assumpsit* של המשפט המקובל.¹⁴ זאת, על-ידי התמקדות בהיבט המצג של החווה ושטוש ההבחנה המסורתית בין מצג-השווא הנזיקי הרגיל (*equitable estoppel*), המתייחס למצב-עניינים עובדתי, לבין מצג ההבטחה (*promissory estoppel*), המתייחס

11 Patrick S. Atiyah *The Rise and Fall of the Freedom of Contract* (Oxford, 1979) 12 למשל, ניתן להתמקד בנורמות המגינות על זכויות משפטיות קיימות ("entitlements") בלא קשר לשאלה מהו הסיווג הדוגמטי שלהן לתחומים משפטיים. ראו: Guido Calabresi & Douglas Melamed "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089

12 Wolfgang Friedman *Law in a Changing Society* (London, 1961) 90-91 שורש המילה *assumpsit* הינו לטיני, ופירושו "נטל על עצמו לעשות". במסגרת *action* זה, נתפסה למעשה הפרת חוזה כמעין היוק. פיתוחה היה כאמור הדרגתי, ובמשך שנים רבות היה נחוץ להראות הסתמכות בפועל ושינוי מצב לרעה כדי לזכות בה, כלומר, לא הייתה במסגרתה הגנה להבטחת ביצוע עתידי כשלעצמה. עם זאת, במאה השש-עשרה החלה העילה לחול גם במקרים של הבטחות לביצוע עתידי. באמצע המאה השש-עשרה הכירו בתי-המשפט בתביעות *assumpsit* שהצטרפו לתביעות *indebitatus* במקרים שבהם בעל-חוב הבטיח לשלם את חובו או חלקו לאחר שהדבר נדרש ממנו. לקראת סוף אותה מאה כבר אפשר עצם קיום החוב

להסתמכות על הבטחה. מרגע שהחווה נתפס כמערכת הדדית של מצגי הבטחה הניתנים זה על-סמך זה, אי-קיום מצג הבטחה ייתן פתח לסעדים, כולל אלה המגינים על מה שנקרא אצלנו כיום "אינטרס הציפייה"¹⁵ והרי הללו – הסעדים – הינם ממילא המשמעות האמיתית של החווה, כפי שטוענות (לדידי, בטעות) כמה מן האסכולות הריאליסטיות, ובראשן הגישה הכלכלית, הרואה את התחלת של התממשות הסעדים כתמריץ ex ante להתנהגויות מסוימות – או ליתר דיוק כעזר לחישוב העלויות של התנהגויות מסוימות – אשר הלשון ה"מיושנת" של דיני החוזים מכנה "הפרות". (ברור גם שרדוקציה נזיקית של האינטראקציה החוזית תחיל על הקיום החוזי סטנדרטים של רשלנות ואחריות תורמת, בניגוד לאחריות הקפידה המוטלת כיום, המוגבלת רק על-ידי תזות הסיכול ותום-הלב).¹⁶ מבקרי החווה ממשיכים וטוענים כי כללי בררת-מחדל, תום-לב ופרשנות אובייקטיבית של חוזים ממילא נטלו את החיוב החוזי מן התחום הסובייקטיבי אל האובייקטיבי, וערכים אובייקטיביים עדיף לקדם באמצעות רגולציה, דוגמת זו שעושים דיני הנזיקין. שוב לא נודק לכל המושגים העמומים, פרי המודרנה הקלסית, כ"רצון", פגמים ברצון, הצעה וקיבול, אומד-דעת הצדדים וכדומה. הם גורסים כי במודרנה המשוכללת, בחברה הצרכנית, הקפיטליסטית – זו שליטת, בספרו המצב הפוסטמודרני,¹⁷ כינה "הקפיטליזם המשוכלל ביותר" – הגיע הזמן להיפטר מן המיסטיקה של הסובייקטיביזם, שאינה הופכת אותנו לחופשיים יותר, אלא רק למבולבלים יותר.

על רקע תיאורטי זה, פרויקט של קודיפיקציה אורחית, שדיני החוזים הכלליים נמצאים בליבו, נראה תמוה. אם, כטענת גילמור ואֶטְיָה, עלינו להשתחרר סוף-סוף מן הדוקטרינות החונקות והפיקטיביות של דיני החוזים, לחדול לשקר לסטודנטים שלנו ולהפסיק ללמד את הקורס "דיני חוזים" בפקולטות למשפטים, איך ניתן להסביר רנסנס תחיקתי – לא רגולטיבי גרידא – דווקא בתחום דיני החוזים הכלליים?

15 החווי תביעת *assumpsit*. במקרה המפורסם *Slade's Case* (1602) נקבע כי אף שלא הייתה כל הבטחה או התחייבות מעבר להסכם שיצר את החוב, בעצם יצירת חיוב חווי מתקיים היסוד של התחייבות לעמוד בו (*assumpsit*), החל גם על הבטחות לביצוע עתידי, ולא רק על השבה או הסתמכות. כך נפתח הפתח לחיוב חווי כללי במובן של אכיפת הבטחות לביצוע (*executory promises*), ודיני החוזים החלו להתנתק מדיני הנזיקין לקראת היותם מקור חיוב עצמאי. במאמר חשוב גורס דניאל פרידמן כי החלוקה הידועה של האינטרס החווי להסתמכות וציפייה – חלוקה שאותה ערכו *Perdue* ו-*Fuller* – נועדה לספק תשתית לשונית ומושגית לתזת ההפרה היעילה, כלומר, לתפיסה או לאידיאולוגיה הטקטית-הכלכלית ביחס לחווה. פרידמן, לעומתם, גורס כי האינטרס החווי הלגיטימי היחיד הוא קיום – *Performance*. ראו: Daniel Friedmann "A Comment on Fuller and Perdue, the Reliance Interest in Contract Damages" in *Issues in Legal Scholarship* (Boston, Lon Fuller & William Perdue eds., 2001) Article 3, available at <http://www.bepress.com/ils/iss1/art3> (27.5.2006).

16 זאת, גם במסגרת דיני החוזים ההסכמיים, דהיינו, בתבניתם כיום. לשתי האפשרויות ראו: Ariel Porat "Contributory Negligence in Contract Law: Toward a Principled Approach" 28 *UBCL Rev.* (1994) 141.

17 ז'אן פרנסואה ליוטר המצב הפוסטמודרני (גבריאל אש ואריאלה אזולאי תרגמו, 1999).

על שאלה זו אנסה לענות תוך המשגה חדשה יחסית של האינטראקציה החוזית, אשר דומה כי לפחות במחקר הישראלי – אם כי חריגים חשובים אחדים¹⁸ – טרם קנתה לה אחיזה של ממש.

פרק ב: ...ותחייתו: דיני החוזים כמודל לפעולה לעומת החוזה כתיקוף של יחסים

אבקש להגן על החוזה הכללי כמכשיר משפטי חיוני דווקא בחברות שבהן הוא נראה מיותר כמעט: חברות קפיטליסטיות משוכללות, שבהן רוב דפוסי הפעולה בחלל הציבורי – אך לא כולם, וכאן נעוץ העוקץ – הינם דומים, אם לא אחידים ממש, ומתאפיינים בהענקת ערך סובייקטיבי ואף אידיוסטיקטי לטובין, שהינם במקרים רבים המירים או תחליפיים (fungible)¹⁹ מבחינה אובייקטיבית. אעשה זאת באמצעות הגישה המכונה בארצות-הברית Relational Contract Theory – הגישה היחסית לדיני חוזים. אימוץ הגישה היחסית כגישה מנחה בחקיקה החוזית החדשה יכול להצדיק את הרנסנס התחיקתי-הפסיקתי הנוכחי של דיני החוזים, ולקדם את החוזה למחוז חדש שבו זקוקים לו בימינו, קרי, במסגרת תיקוף היחסים, ולא עוד ככלי משפטי המשמש מודל לפעולה אשר מתימר לחול באופן אחיד על כל יחסי החליפין האנושיים. תובנות הגישה מבוטאות במידה מסוימת – אם כי לא מספיק, כך אטען – בהצעת חוק דיני ממונות, כמו-גם בדינים חוזיים חדשים אחרים שאליהם אשווה את הקודיפיקציה הישראלית. אלה הם עקרונות דיני החוזים האירופיים משנת 2003 (Principles of European Contract Law, ובקיצור PECL),²⁰ וחוק מסחרי

18 ראו להלן הערה 31.

19 UCC §1-201(17).

20 העקרונות נוסחו על-ידי ועדה של מומחים ממדינות האיחוד האירופי השונות (The Lando Commission) בתבנית של דבר חקיקה המשתדל לבטא את הדוקטרינות המרכזיות של דיני החוזים המערב-אירופיים. העקרונות אינם מבחינים בין חוזים פנימיים לבין חוזים בין-לאומיים. קיים דיון ער בשאלת הרציות של הפיכת העקרונות לחקיקה של ממש, אם על-דרך חקיקה פנימית ממדינות האיחוד האירופי השונות ואם על-דרך חקיקה כלל-אירופית. לעת-עתה הם מהווים מסמך אקדמי בלבד, אך השפעתם בקהילת המשפט האזורי באירופה כבר רבה. ראו: Ole Lando *Principles of European Contract Law* (Hague, Ole Lando & Hugh Beale eds., 2000, Parts I and II). לניתוח השוואתי של העקרונות ביחס לשיטות משפט שונות, כמו-גם ביחס ל-CISG ול-UNIDROIT Principles, ראו John Felemegas *International Sale of Goods: The CISG from a Comparative Perspective* (Cambridge, forthcoming, 2006).

חשוב שנתר מחוץ לקודיפיקציה, הוא חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999,²¹ המבוסס על אמנת האו"ם בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי, 1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG),²² כמו-כן, בסקירתי אדון במשותף בעניינים שעל-פי החלוקה הפורמלית בקודיפיקציה שייכים בחלקם לתחום החוזי המובהק ובחלקם לתחום התרופות. חלוקה זו נותה אולי לצרכים אנליטיים או פדגוגיים, אבל לצרכים ביקורתיים – ואפילו תיאוריים – אין להיצמד אליה. הגישה הריאליסטית, במיוחד, מדגישה את הפונקציה הפרדיקטיבית של הדין ביחס למקרים ספציפיים, כלומר, את ראיית הדין כעזר משוכלל לניבוי ex ante של החלטות שיפוטיות או ניהול משא-ומתן במקרים של הפרת חוזה או עניינים אחרים הקשורים לניהול היחסים החוזיים; ככל שהעזר משוכלל יותר כן הצורך בליטיגציה עצמה פוחת. אין ספק שדיני התרופות הם נדבך עיקרי – אם לא הנדבך העיקרי – בניבוי כזה.

1. המתח בין הגישה הניאו-קלסית לבין הגישה היחסותית

את הגישה היחסותית לחוזים ניתן לאפיין כגישה סוציולוגית. היא דוחה את ראיית דיני החוזים כמערכת דיסקרטית של כללים שיש לעמוד בהם על-מנת לזכות בסעדים חוזיים. היא מתמקדת ביחסים שבין הצדדים בהקשרים של יחסי חליפין. איאן מקניל (Macneil), אולי ההוגה הבולט ביותר באסכולה זו, גורס כי במקום לראות את היחסים בין הצדדים כרקע (התנהגותי, חברתי, תרבותי, כלכלי, אישי וכדומה) שלגביו נבנה דין, הוא דין החוזים, יש להתמקד ביחסים האקטואליים שבין הצדדים.²³ את הגישה שהוא דוחה, הגישה הניאו-קלסית בדיני החוזים, ניתן לכנות גישה "מודל לפעולה". לפי גישה זו, דיני החוזים מספקים מודל להתנהגות – למשל: כריתה בדרך של הצעה וקיבול, האפשרות לחזרה מהודעת קיבול לפני שזו נכנסה לתוקף, סיכונים מסוימים שצד חזק נוטל על עצמו בסיטואציה

21 ס"ח 6 (להלן: חוק המכר הבין-לאומי, ובהערה זו "החוק"). החוק מחליף ומבטל את חוקי המכר הבין-לאומיים הקודמים – חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971, ס"ח 42, וחוק המכר (עשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי), התשל"ח-1978, ס"ח 196 (ראו סעיף 5 לתוספת לחוק). שני חוקים כושלים אלה התבססו על אמנות האג המיושנות, שעליהן חתמו רק שש מדינות (לעומת שישים וארבע מדינות החתומות על ה-CISG במועד כתיבת דברים אלה, ועוד היד נטויה). תחילת תוקפו של החוק, מבחינת חלותו הפנימית, ביום 5.2.2000 (ראו סעיף 7 לחוק). עם זאת, מבחינת מדינות מתקשרות אחרות, ישראל נחשבת "מדינה מתקשרת" רק מ-1.2.2003, הוא היום הראשון לאחר תום שנים-עשר חודשים מיום הפקדת כתב-ההצטרפות במזכירות הכללית של ארגון האומות המאוחדות, על-פי סעיף 299(2) לאמנה. לפירוט בעניין זה ראו (27.5.2006) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Israel.html>.

22 חוק המכר הבין-לאומי, שם, מכיל 87 מבין 101 סעיפי האמנה.

23 Ian Macneil *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations* 23 (New Haven, 1980); Ian Macneil "Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a 'Rich' Classificatory Apparatus" 75 *Nw. U. L. Rev.* (1981) 1018.

שמועמדת לקטגוריה של עושה, דרישות צורה מסוימות וכדומה. הדין מקיים בררות-מחדל כלליות (הוראות "דיספוזיטיביות") החלות לא מכוח הלוגיקה הפנימית של יחסי הצדדים, אלא מכוח נרטיבים ומצבים כלליים, מדומיינים, המתבטאים בדין הכללי. אולם לאנשים – בעיקר בחברות רב-תרבותיות, אך לא רק בהן – יש הבנות פנימיות לגבי השאלה מה יוצר ביניהם יחסים אובליגטוריים. אפשר לראות זאת, למשל, אצל אנשי עסקים קטנים במסחר מקומי ובין-לאומי.²⁴ מה הטעם לאכוף עליהם מערכות חיצוניות של כללי פעולה – למשל, לומר להם כיצד עליהם לכרות חווי? על-פי עמדת ה"מודל לפעולה", אשר מקנל מבקר, צדדים המבקשים לפעול במסגרת חוזית יתכבדו ויפעלו על-פי המודל הרלוונטי (למשל, יכרתו חוזה בדרך של הצעה וקיבול, ובשיטות משפט מסוימות – בתמורה). צדדים יכולים כמובן לפעול אחרת, אך אז הם מסתכנים בכך שיחסייהם לא יתפסו כחוזיים, וערך שיעבור ביניהם יתפס כערך שעבר בהתנדבות ובתנאי סיכון מיוחדים.

באחד ממאמריו ביקרתי את מודל ההבטחה שעליו מתבסס לכאורה מודל הכריתה בדרך של הצעה וקיבול.²⁵ ניסיתי להראות כי יש צורות תקשורתיות פוריות שקשה, מלאכותי או אף בלתי-אפשרי לערוך רדוקציה שלהן לאותו "פינג-פונג" של כוחות וכפיפויות שפרק א של חוק החוזים הישראלי הקיים מניח: סדרה של פעולות משפטיות דיסקרטיות שמשנות את יחסי הצדדים ואשר לגבי כל אחת מהן ניתן לומר כי היא מהווה הזמנה או הצעה או הצעה שכנגד או דחייה או קיבול וכולי. משאים-ומתנים מורכבים מתאפיינים בתקשורת מורכבת וסימולטנית, שאינה ניתנת לרדוקציה כזו באופן רציני. בהקשרים תרבותיים ואף מסחריים רבים – בעיקר, כפי שמראה סטיוארט מקולי (Macaulay), בקרב אנשי עסקים קטנים – ההסכמה החוזית עשויה להיבנות באופן הדרגתי ואינקרמנטלי, מבלי שתהיה פעולה תקשורתית דיסקרטית כלשהי שתוכל להיקרא באופן משמעותי "הצעה" או "קיבול".²⁶ מקולי מרחיק לכת אף יותר בביקורתו, אשר בעטייה כינה אותו גילמור "התליין הראשי (Lord High Executioner) של אסכולת מות החוזה" – תיאור שמקולי עצמו מתנגד לו.²⁷ ביקורתו של מקולי מתחברת לאפיון החוזה כמכשיר טיפוסי של המודרנה המוקדמת, כפי שתיארתי זאת קודם. טענתו של מקולי היא שבחברות המפותחות נוצרו תבניות של התנהגות והבדלי כוח והמשגות כה שונות ומבוזרות, שהרעיון של דיני חוזים כלליים – החלים על יחידים, פירמות קטנות, גופים מסחריים, רשויות המדינה וגורמים אחרים – אינו אלא פיקציה. גם האינטרסים האופייניים של צדדים הינם שונים מאוד בתחומים מסחריים טהורים לעומת תחומים צרכניים, אישיים או פוליטיים. היומרה להסדיר

Stewart Macaulay "Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study" 28 *Am. Soc. Rev.* (1963) 55. בתחום המסחר הבין-לאומי של *lex mercatoria*, מעמדם הנורמטיבי של נהגים ושל חיי המעשה מודגש עוד יותר. ראו: Clayton P. Gillette & Steven D. Walt, *Sales Law: Domestic and International* (New York, 2002).

Yovel, supra note 9

Macaulay, supra note 24, at p. 55

Gilmore "Difficulties", supra note 2

את כל ההתנהגויות החוזיות הללו באמצעות קודיפיקציה כללית הינה, לטעמו של מקולי, עיקרון שעבר זמנו, פרי הרציונליזם האוטופי של תקופת הנאורות. נוסף על כך, אחד האגפים של המסורת הריאליסטית – האגף הסוציולוגי-האמפירי – יוצא נגד התמקדותם היתרה של משפטנים בניסוח כללים. (מעניין שביקורת זו מופנית בעיקר כלפי אגף אחר של הריאליזם המשפטי, הוא האסכולה הכלכלית של המשפט, אשר עוסקת באופן בלבדי כמעט בניסוח כללים שיהיו "יעילים" ביותר או יקדמו ערכים כרווחה מצרפית וכדומה; קיימת איזו הנחה סמויה שמרגע שכלל מנוסח ומקודד במערכת, הוא מתפקד ככזה). מחקריהם האמפיריים של מקולי, אָסֶר (Esser),²⁸ לזרוס-בלק (Lazarus-Black),²⁹ סלי אנגל מרי (Engle Merre)³⁰ ואחרים מראים כי במעגלי חיים רבים של התנהגות שהיינו מאפיינים כ"חוזית", לכללים המשפטיים יש חשיבות משנית בלבד, אם בכלל; לעיתים יש להם פונקציה רטורית או ריטואלית, ולעיתים יש להם פונקציה טקטית בלבד, דהיינו, מאיימים בהפעלתם או משתמשים בהם מפעם לפעם כפי שמשמשים בכל יתרון תחרותי אחר, אך בוודאי לא בהתאם לעליונות הנורמטיבית של המשפט, כפי שאנשי תורת המשפט גורסים. יש לציין שמחקרים אלה נערכו הן בקרב אוכלוסיות חלשות ופריפריאליות והן בקרב דירקטורים של חברות גדולות, ולפיכך הם מטילים צל על הפרויקט של יצירת כללים במשפט האזרחי בכלל. הכללים החוזיים, אומרים מקולי ומקניל, הינם חלק ממערכות יחסים בין אנשים, חברות וכדומה, ובבואם לישב סכסוכים, על בתי-המשפט לבחון יחסים אלה מבפנים, דהיינו, לבחון מה מחייב את הצדדים על-פי הבנותיהם הפנימיות, ולא את האופנים שבהם הם מצייתים או אינם מצייתים לקודים משפטיים חיצוניים, אשר יחסם אליהם הוא כאל כל רגולציה מטעם המדינה. זו, לטענת אנשי האסכולה, המשמעות האמיתית של עשיית צדק במשפט הפרטי.³¹

John P. Esser "Institutionalizing Industry: The Changing Forms of Contract" 21 *Law & Social Inquiry* (1996) 593

Mindy Lazarus-Black & Susan F. Hirsch *Contested States* (New York, 1994) 29

Sally Engle Merry *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans* (Chicago, 1990)

31 בישראל התייחסו הכתיבה המחקרית והפסיקה בעיקר להיבט ארוך-הטווח של "חוזי יחס" המערבים מערכות יחסים מורכבות. גם מקולי ומקניל, ועוד יותר מהם ריצ'רד ספידל (Speidel), ה-Reporter לשעבר של פרק 2 של ה-Uniform Commercial Code, סבורים כי הממדים היחסותיים בולטים בעיקר בחוזים מורכבים וארוכי-טווח. עם זאת – ומקניל מדגיש זאת במיוחד – אופיים היחסותי של חוזים בא לידי ביטוי תמיד, אפילו בחוזים קצרי-טווח וחד-פעמיים ("one shot contracts"). ראו: Richard Speidel "Court-Imposed Price in Long-Term Supply Contract" 76 *Nw. U. L. Rev.* (1981) 369. הווה אומר, התיאוריה היחסותית מתימרת לחול על כל חוזה שהוא, מבלי לחלק את העולם החוזי לקטגוריות של "חוזי יחס" ו"חוזים קלטיים". בישראל, התייחסויות חשובות לאסכולה היחסותית ופיתוח ביקורתי של טענותיה קיימים בעיקר בכתיבתו של מנחם מאוטנר. ראו לאחרונה את מאמרו החשוב "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט 172. התייחסויות חשובות נמצאות גם בכתיבתם של אייל זמיר חוק חוזה

2. התיאוריה היחסותית (Relational Contract Theory) והפרויקט הקודיפיקטיבי

המחזיקים בתובנה אחרונה זו יפקפקו כמובן בפרויקט הקודיפיקטיבי כולו. היומרה לכוון מגוון עצום של התנהגויות אנושיות באמצעות מכשיר משפטי אחד, המקיים קוהרנטיות לוגית ומושגית בין חלקיו, תיראה להם מוטעית. הרי המציאות שהקוד אמור לחול עליה אינה קוהרנטית ואינה מתחלקת בנוחות לקטגוריות המשפטיות ה"חלות" עליה: חיובים נתפסים בה באופנים שונים על-ידי טיפוסים שחוקים שונים (אחד ההבדלים המרכזיים הוא בין "שחקנים חוזרים" ל"משתתפים נדירים")³², ואין למדינה אינטרס מוסרי רציני להחיל חשיבה חזונית אחידה, כפי שיש לה בתחומים אחרים המערבים שאלות של צדק מהותי. אפילו העיקרון שפעולה משפטית אינה הדירה – אחד מעקרונות הקוד, שהינו עיקרון חשוב של סדר – יש שייתפס כמוזרות נוקדנית בהקשרי פעולה שבהם אין סיבות טובות לא לאפשר הדירות של פעולה משפטית. כך, אָטְיָה מבקר את התפיסה הסכמתית של "רגע הכריתה" ("moment of responsibility") בחושים – עצם המעבר האנליטי החד מן השלב הטרומי-חזוי אל השלב החזוי – ותמָה על ההצדקה להטיל חיובים ולהגביל את הרצון האנושי רק מכוח "חציית הרוביקון" הזאת, עוד לפני שנוצרה הסתמכות ממשית.

כמי שתומך ברעיון שהחווה נועד דווקא לשרת את הרצון האנושי, את התשוקה, את יכולתנו לבצע הטלה (פרויקציה) של האישיות שלנו אל העתיד בהקשר של יחסים עם בני-אנוש אחרים, ואף את האתיקה (שיש שיאמרו כי היא מיושנת) של קיום הבטחות – איני מסכים עם טענתו המרכזית של אָטְיָה. אולם אני משתכנע מן ההיבטים היחסותיים שלה, קרי: שכדי לשמר את הרלוונטיות של החווה בחברה מורכבת, יש להימנע מלנתק בין "החווה" לבין היחסים שבין הצדדים; ושהחווה אינו מכשיר משפטי אנליטי, בלתי-הקשרי ובלתי-יחסי, שהוראותיו והדוקטרינות שלו יחולו תמיד באותם אופנים על אותם טיפוסים שחקנים. נזכור את טיעונו של מקולי, שהפעילות האנושית בתחום המשפט הפרטי הינה מבוזרת ומגוונת באופן כזה שהניסיון לשלוט בה באמצעות מכשיר משפטי

קבלנות, תשל"ד-1974 (1995); שחר ליפשיץ הסדרה חזונית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (2002); דוד (פרדי) רונן התאמת חוזים בנסיבות משתנות (2001). אף הפסיקה נדרשה לא-מעט לאסכולה זו. דוגמות אחדות הן פסק-דינו של הנשיא ברק בע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עזבון המנוחה מילגרם נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 160-161 ("חווה בית האבות הוא חווה יחס – relational contract"); ס"ק 10/03 הסדרות המורים בישראל נ' מדינת ישראל, פד"ע לט 385; מחוזי – בש"א (חי') 6724/04 סיעת "ביאליק 10" נ' סיעת "יש עתיד לביאליק" (לא פורסם, ניתן ביום 27.7.2004); מחוזי – ת"א (ת"א) 1220/00 וינשטיין נ' עיזבון המנוחה לבזובסקי (לא פורסם, ניתן ביום 17.8.2004). אפילו גבריאלה שלו, מלומדת מרכזית בפיתוח התיאוריה הניאו-קלסית בישראל, עושה שימוש נרחב בתיאוריה היחסותית בחוות-דעתה "זכויות החקלאים במקרקעי ישראל", נגיש ב- <http://www.ihaklai.org.il/Documents/articles/gshakev1-takzir.doc> (27.5.2006). רשימה זו אינה מתיימרת להיות ממצה, ובוודאי נשמט ממנה הפניות חשובות.

32 להבחנה זו, כמו-גם לאפיונים התנהגותיים וסוציולוגיים חשובים אחרים, ראו מאוטר, שם, בעמ' 85-86.

אחוד הינו יומרני ובעייתי.³³ יתר על כן, הטענה כי חוזה להספקת מנועים בין רולס-רויס לדיימלר-קרייזלר צריך להישלט על-ידי אותם כללים של כריתה, תום-לב, פגמים ברצון, בטלות, פרשנות ותרופות כמו חוזה שבין אוניברסיטה לסטודנט נראית מוזרה יותר מאשר אטרקטיבית.³⁴ בפרק הבא נבחן כמה הוראות בקודיפיקציה החדשה לאור עמדות אלה.

פרק ג: מן התיאוריה אל המסמך – תובנות יחסיות בקוד האזרחי המוצע

לצד הפלוגתות התיאורטיות הנכבדות, במבט ראשון נדמה כי פרקי החוזים הכלליים והתרופות של הקודיפיקציה החדשה פשוט אינם מספקים די "בשר" לאבחנות ולהבחנות הנדרשות. הטעם לכך הוא שלבד מתכליות הקוד המנויות בסעיף 1 – אשר לא אתיחס אליהן כאן, אך שניתן להעלות לגביהן ביקורות נכבדות, במיוחד כלפי ה"הגנה על זכויות מוקנות" – ניתן לראות את הפרק החוזי לאו דווקא כמבטא מחלוקות תיאורטיות, אלא

33 מעשייה חביבה עליי נמצאת בשירתו של שמשון מלצר, "מעשה הרב ובעל העגלה". בסיפור-בחרוים זה נתבע בעל-עגלה לדין תורה בגין הפרת חוזה: סוסיו ועגלתו החליקו בסופת גשמים ובזן, והוא לא מסר לסוחר שעיימו כרת חוזה הובלה את חבית היין שהלה רכש בעיר המחוז. בעל-העגלה אינו משלים עם הפסדו בדין: הוא מקשה על הרב אשר "חיקר ועיין/ומצא שהעגלון חייב", ומנסה להתחקות אחר מקורות הדין: "...הרבי והש"ך פוסקים כך, / והש"ך מן הרמב"ם לקח, / והרמב"ם מן הגמרא, / והגמרא מן התורה / האם יש לי ברה?" אלא שחקירותיו מגלות לו שהתורה ניתנה בחודש סיון, כאשר "...אין הגשמים יורדין, / השמים בהירים והחמה זורחת, / הסוסים רצים וצוהלים בנחת.../על-כן, רבי, על-כן אמרה התורה: / חיבי! בודאי שבקיין חיבי!" אך אילו ניתנה התורה בסתיו? לא ייתכן, קובע ההיגיון העממי הלוה, כי כלל אחד יחול על אותם מעשים בקיץ ובהורף. שמשון מלצר ספר השירות והבלדות (תש"י) 137-141.

34 ספקנות זו יונקת כמוזן מאבי הגישה הריאליסטית לדיני החוזים – קרל לואלין (Llewellyn). ספקנותו של לואלין באשר לאימוץ דוקטרינות חוזיות כלליות, אשר יחולו באותה מידה על כל הקשרי הפעולה האנושיים, אכן מוצאת ביטוי בהתפתחות ההדרגתית של דיני החוזים הפרטיקולריים ובהתפתחותם של תת-ענפים מהם. בדיעבד, מסתבר כי ספקנותו של לואלין היוותה תחזית טובה להתפתחותם של דיני החוזים הפרטיקולריים. הדוגמות שלואלין העלה הן דיני משפחה ודיני חוזים מסחריים. על כך ניתן להוסיף חוזים צרכניים, חוזים אחידים ואינטראקציות עמוסות-רגולציה (בשיטות משפט מסוימות, לפחות), כגון ביטוח, בנקאות, מוצרי אנרגיה, הובלה, מקרקעין, חוזי רשות מורכבים (כגון "חוזי פרוגרמה"), ובהקשרים מסוימים אף חוזי מכר. אומנם, פסקי-דין מרכזיים, כפסקי-דין אפרופים הידוע (להלן הערה 69), מקפידים להדגיש כי גם חוזים עמוסי-רגולציה אלה חיים בתוך המסגרת של דיני החוזים הכלליים, ולא התנתקו מהם לכלל מצב של law of the contract או law of the case. לעמדתו של לואלין ראו: "Our Case—Law of Contract: Offer and Acceptance II" Karl Llewellyn (1939) 779 Yale L.J. 48. ראו גם מאוטרנר לעיל הערה 31.

כעדכון שהגיע זמנו של דיני חוזים מיושנים. העדכון אינו רדיקלי. אין בו שום דבר דרמטי או מונומנטלי, והשינויים הדוקטרינריים הינם קלים בדרך-כלל, לבד מתזת הסיכול, שעברה רפורמה ראויה.³⁵ בעיקרו של דבר עוגנו בטיטת החקיקה הלכות שיפוטיות, דעות מיעוט, דעות יחיד ואף אמרות-אגב חשובות אשר הצטברו במהלך השנים מפסקי-דין מוכרים, כקלמר נ' גיא,³⁶ אדרס נ' הרלו,³⁷ כהן נ' שמש³⁸ ואחרים.³⁹ בנקודה זו הפרשן יכול לנקוט אחת משתי אסטרטגיות: האחת היא להלין על העדר רפורמה מקיפה בדיני החוזים הישראליים על-פי הקווים שציינתי לעיל, דהיינו, לקרוא ליצירה של מערכת דינים הקשריים שיחולו בהקשרים הראויים, במקום מערכת מופשטת של דינים אוניורסליים; והאחרת היא לנסות לאפיין את הכיוון התיאורטי והדוקטרינרי שהקודיפיקציה מתקדמת בו, ולו באופן חלקי. לעומת החזון הקודיפיקטיבי, אני אכן תומך - בפרמטרים רבים - בגישה המפרקת את דיני החוזים הכלליים בהקשרים שונים. זאת, לא בשל שיקולי יעילות כלכלית, אלא להפך, בשל חששות מהיעלמות מוחלטת כמעט של הסובייקט ושל האידיוסינקרטיות האנושית ממשפט פרטי המתאפיין יותר ויותר במושגים של סבירות והתנהגות ראויה על-פי סטנדרטים אובייקטיביים כלליים. דיני חוזים אובייקטיביים, שאין בהם מקום לסובייקטיביות ואף למוזרות של פרטים, הינם בעיניי דינים פגומים החוטאים לתפיסה עשירה ומעניינת יותר של האוטונומיה האנושית.

כעת אנסה להראות כי הקודיפיקציה דווקא מאמצת תובנות יחסותיות מסוימות בהתאם לגישתו של מקניל וקודמיו. ייתכן שלא זו הייתה כוונת מנסחיה, וייתכן שכן, אולם כך או כך, בהעדר רוויזיה משמעותית יותר על-פי הקווים שצוינו, מעניין להיווכח שדיני החוזים החדשים של ישראל מדגישים יותר מקודמיהם את ההכרה ביחסים בין הצדדים כבעלי משמעות נורמטיבית, ומשקפים בעניינים מסוימים תפיסה ראויה יותר לטעמי לגבי היחסים בין צדדים חוזיים מאשר מודל הקצאת הסיכונים של הדין הקיים. זאת, אומנם, בהיבטים מסוימים בלבד ובאורח לא-שיטתי, אך הדבר מעניין ומבורך כשלעצמו.

מודל היחסים של מקניל אינו מודל נטול הטיה נורמטיבית. זהו מודל התומך ככל האפשר בסולידריות ובשיתוף-פעולה בין צדדים שיש ביניהם יריבות חזוית. האמצעי לכך בדרך-כלל אינו באמצעות מושגי-שסתום, כנהוג במשפט הישראלי למן 1973, אלא באמצעות הכרה משפטית ומתן תוקף משפטי להקשרי הפעולה הספציפיים ולנהגים שהצדדים רואים אותם כרלוונטיים, אף אם לא כ"מחייבים" במובן פוזיטיבי כלשהו על-פי תורת המשפט החזוית

35 ראו הצעת חוק דיני ממונות, לעיל הערה 1, חלק רביעי, חלק-משנה שני, פרק שישי (סעיפים 195-201). בעוד דוקטרינת הסיכול שבסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16 (להלן: חוק החוזים (תרופות)), מבוססת על צפיות, הדוקטרינה החדשה מבוססת על הקצאת סיכונים ביחס לאירוע מסכל, ומכירה גם בסיכול זמני - "אירוע משעה" - שהינו וריאציה יחסותית למהדרין.

36 ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (להלן עניין קלמר). ראו במיוחד את דעת היחיד של השופט זמיר.

37 ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221.

38 ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297.

39 פירוש מסוים, שהובא בעיקר לבקשת המערכת, ראו בפרק הסיכום להלן.

הרגילה. אתן כעת שלוש דוגמות שיש להן נפקות לגבי הקודיפיקציה האזרחית החדשה. באמצעות השתיים הראשונות אראה כיצד תובנות יחסותיות השפיעו על הקודיפיקציה, ולו בעקיפין, ובאמצעות השלישית אראה כיצד לא מוצתה כאן – לפחות לעת-עתה – הזדמנות לשנות את מסגרת דיני החוזים באופן יחסותי עוד יותר.

1. ביצוע כתחליף לכתב

דמיינו אינטראקציה חוזית שבמהלכה פעלו הצדדים אחרת מכפי שהדין מורה, כלומר לא התייחסו אל הדין כאל מודל לפעולה, ובכל-זאת הם מבקשים שיכירו בתוקף המשפטי החוזי של האינטראקציה שלהם. ההקשרים יכולים להיות מגוונים. למשל, פרידמן וכהן גורסים כי סעיף 1 לחוק החוזים (חלק כללי) הינו דיספוזיטיבי, משום שאין טעם טוב למנוע צדדים מליצור יחסים חוזיים לא על-פי הפינג-פונג של כוחות, כפיפיות וחסינויות של פרק א לחוק החוזים. אכן, בחיי המעשה יש לעיתים קרובות מצבים שבהם הרדוקציה של מסגרת היחסים (הטרומ-חוזיים) בין הצדדים לפעולות בדידות של "הצעה", "קיבול", "חזרה מהצעה" וכדומה הינה שרירותית במידה רבה, ואינה מאפיינת כיאות את היחסים. בין שמדובר בחוזי הספקה ארוכי-טווח בין בעל פאב בחיפה לבין ספק בירה, ובין שמדובר בהסכם מיזוג מורכב המקודם למקוטעין על-ידי צוותי-עבודה היוצרים במקביל טקסטים חוזיים באופן קואופרטיבי, דיאלוגי, משותף ואינקרמנטלי, הנרטיב שפרק א לחוק החוזים (חלק כללי) מניח כי אינו מתקיים. היות שסעיף 1 לחוק החוזים (חלק כללי) נתפס כדיספוזיטיבי – ובכך פרידמן וכהן צודקים ללא ספק – אין מניעה שבתי-המשפט יכבדו את צורת היחסים שבחרו הצדדים, אם כי ייתכן שהם יעשו תרגום או רדוקציה של יחסי הצדדים אל המודל המוכר של פרק א, מטעמים של נוחות והרגל. על כך העיר המלומד יו קולינס (Collins):⁴⁰

"Courts frequently have to cut their way through a tangled web of negotiation in order to determine the moment of contractual responsibility. Often the results appear arbitrary, for the court gives no reason for choosing one standard form over another, or for concluding that one series of negotiations reached fruition while the other did not. Although the courts often present the results as the inevitable conclusion of the application of the rules of offer and acceptance to the facts, the appearance of arbitrariness suggests that in reality the courts follow criteria other than the classical rules."

העניין מסתבך כאשר מדובר בחריגה לא מכללים דיספוזיטיביים, אלא מכללים קוגנטיים. כך, למשל, בשאלות של צורה. דיני החוזים הכלליים המודרניים נמנעים בדרך-כלל מדרישות צורה קונסטיטוטיוטיות, אך יש שהללו עולות מדינים אחרים, כדיני

⁴⁰ Collins, *supra* note 7, at p. 75

קניין,⁴¹ שירותים פיננסיים,⁴² או בארצות הברית – דיני מכר.⁴³ שאלת ההצדקות לדרישות אלה – כגון דרישת הכתב להתחייבות לעשיית עסקה במקרקעין, המצויה בסעיף 8 לחוק המקרקעין או בסעיף 2 לחוק כרטיסי חיוב – לא תידון כאן, אולם בהודמנויות אחדות הועלתה הטענה כי יישום דווקני שלהן עלול לגרום לחוסר צדק. השאלה המעניינת בהקשר זה היא מה דין צדדים שיצרו ביניהם בפועל מערכת יחסים שמבחינה פנימית ברי שהם תפסו אותה כמחייבת, אף שמבחינה חיצונית היא אינה תואמת את המודל המוכתב על-ידי הדין. למשל, בעניין קלמר הנוכח לעיל, ניתחה דעת יחיד בבית-המשפט העליון (של השופט זמיר) את דרישת הכתב בהקשר של היחסים המיוחדים של הסכם קומבינציה. בית-המשפט נכנס לעובי הקורה של היחסים הספציפיים בין הצדדים, ולצורך הבנת הפרמטרים הבסיסיים של מערכת היחסים בין הצדדים, הביא בחשבון גם את פעולותיהם לאחר כריתת החוזה הנטענת, ולא רק במהלך המשא-ומתן לכריתתו.

כזכור, במקרה זה טען אחד הצדדים כי העדר כתב הינו פגם בלתי-ניתן לריפוי בהתחייבות לעשיית עסקת מקרקעין, ואילו הצדדים השניים תבעו להכיר הכרה נורמטיבית-אובליגטורית בכך שאת מרבית חלקם בחוזה כבר קיימו. בעוד השופט זמיר מתייחס לביצוע האמור כממלא, בנסיבות העניין, את דרישת הצורה, באשר הביצוע עונה כראות על כל האינטרסים שבבסיס הדרישה הקוגנטית ומהווה לפיכך חליף נאות לה, הנשיא ברק מנסה מעין טענת השתק שלפיה דרישת הכתב אומנם לא התמלאה, אך העלאת טענה כזו כ"מגן" (דהיינו, כטענת הגנה), אף שהיא לגיטימית בדרך-כלל, הינה בנסיבות העניין הפרה של חובת תום-הלב במשא-ומתן לכריתת חוזה.⁴⁴ יש להפנות את תשומת-הלב לאופנים השונים שבהם דנו השופטים ברק וזמיר בשאלה שבמחלוקת: השופט זמיר מנתח את היחסים מנקודת-מבט "פנימית" ככל האפשר – ועל-כן יחסותית. הפתרון שהוא מציע הוא לראות את דרישת הכתב כאילו התמלאה, בזכות הפרמטרים שנקבעו בפועל על-ידי התנהגות הצדדים. לדידו, הדרישה האמיתית שבסעיף 8 אינה לפיכך דרישת כתב דווקא, אלא דרישה לענות על סדרה של אינטרסים חשובים (גמירת דעת, מסוימות, ודאות העסקה וכדומה) אשר דרישת הכתב מהווה סוכן – או Proxy – מובהק שלהם, אך לא בלעדי.⁴⁵ הנשיא ברק מבדיל למעשה בין המישור הטרונוקטואלי לבין מישור הליטיגציה. במישור הטרונוקטואלי דרישת הכתב אין בלתי, לשיטתו, ואינה דרישה פורמלית שניתן להתגבר על אי-מילויה באמצעות ביצוע חליפי. אולם במישור הליטיגציה העלאת הטענה הטרונוקטואלית בדבר העדר כתב בנסיבות של ביצוע מהותי (substantial performance) מהווה הפרת חובת תום-לב, ולפיכך אינה צריכה להישמע. הנשיא ברק מפעיל את ההשתק שמכוח חובות

41 סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין).

42 סעיף 2 לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ס"ח 187 (להלן: חוק כרטיסי חיוב).

43 UCC §2-201.

44 השאלה המרכזית לענייננו אינה הרצויות שבהחלת עקרון תום-הלב באופן הגובר על דרישת הצורה, ובשל כך איני רואה את השאלה "מי גובר" – עקרון תום-הלב או דרישת הכתב – כשאלה הרלוונטית.

45 ראו גם ד"נ 2/84 רוזנברג נ' רובינשטיין, פ"ד לח(3) 689, שעניינו ביצוע כמחליף את דרישת הכתב שבסעיף 82 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, ס"ח 148.

משפט ועסקים ד, התשס"ו

קודיפיקציה חוזית בתחילת האלף השלישי

תום-הלב כעיקרון "חיצוני" הנוגע בהקצאת סיכונים בין הצדדים, ועמדה זו יונקת אפוא מן הגישה הניאו-קלסית.

סעיף 185 לטיטת הצעת החוק החדש קובע כי:

"נקבע בדין או בחוזה כי צורה מסוימת של החוזה היא תנאי לתוקפו, ותנאי זה לא קויים, אך החוזה קויים במלואו או בחלקו המהותי, יבוא קיום החוזה במקום דרישת הצורה."

זו הוראה יחסותית מובהקת מבית-מדרשו של השופט זמיר: היא מתבוננת על היחסים האקטואליים שבין הצדדים, על האופן שבו בחרו לנהוג, ומוותרת על דרישות צורה קוגנטיות במצב שבו החוזה קויים, לפחות בחלקו המהותי. הדרישה הפורמלית נסוגה מפני האינטראקציה בין הצדדים כפי שהתרחשה. בית-המשפט יתקף (validate) את התנהגות הצדדים במקום לדרוש מהם ציות להוראת הצורה הפורמלית, ישפוט בהתאם לכך, וטוב שכך.⁴⁶

יתר על כן, אף דרישת הכתב המהותית עצמה באשר להתחייבות לעשות עסקה במקרקעין נוסחה בקודיפיקציה באופן מורכב, מדויק, פונקציונלי ונכון יותר. במקום הדרישה ל"מסמך בכתב" (סעיף 8 לחוק המקרקעין), שונתה הדרישה ל"תיעוד בכתב המשקף את גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה" (סעיף 714). ניסוח זה לקוח בבירור מדיונים אובליגטוריים בשאלת מעמדו המחייב של זכרון-הדברים.⁴⁷

2. לפני שנבטל את החוזה בשל הפרתו: מדרג הסעדים והוראות ביחס להעשרה (בלתי-מספקת) של ארסנל הפעולות התרופתיות

את הדוגמה השנייה יש לבחון בדקדקנות רבה יותר. ענייני כאן בביטול החוזה מחמת הפרתו.

אחד הדברים המאפיינים את דיני החוזים ודיני התרופות הישראלים הקיימים הוא המהירות שבה צד נפגע מגיע לפרה של ביטול החוזה. למעשה, יש שצד נאלץ לבטל את החוזה לא בהכרח מן הטעם שרצונו לאיין כל חיוב חוזי עתידי,⁴⁸ אלא כדי שלא ייאלץ לקיים

46 המשפט הישראלי ממשיך בכך את דרכו המקורית בעיצוב דיני החוזים במשפחת המשפט המקובל. באנגליה, למשל, דווקא חוקה דרישת הכתב בעסקות מקרקעין. ראו: Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989, Ch. 34, §2.

47 רק כדי לסבר את האוזן, תזכיר חוק מסחר אלקטרוני, התשס"ו-2005 - חוק שהיה צפוי כי הוראותיו יהיו מתקדמות ומודרניות לפחות כמו הוראות הקודיפיקציה - אינו עושה את המעבר ללשון פונקציונלית, ו"מסמך אלקטרוני" כהוראתו אינו יכול משום-מה לספק דרישות כתב קוגנטיות. ראו סעיף 5(א) ואת התוספת הראשונה לתזכיר, זמין ב- <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/TazkireiHok/30.5.2006>.

48 למעט, כמובן, תניות חוזיות הנוגעות ביחסי הצדדים במצב הבתר-חוזי הדין הישראלי הכללי,

את חיוביו שלו כלפי הצד המפר בתנאים של סיכון מוגבר.⁴⁹ ביטול החוזה הינו הפעולה הרדיקלית ביותר שהצד הנפגע יכול לנקוט: הביטול מפקיע כל חיוב חוזי עתידי, למעט תניות אשר בשל אופיין ברור כי הן נכנסות לתוקף דווקא במצב של הפרה, כגון פיצויים מוסכמים או סעיפים הנוגעים ביישוב סכסוכים. (בהודמנות זו יש לציין שהקוד, ממש כמו חוק התרופות הקיים, אינו מכיל סעיף הקובע מהן התוצאות האפקטיביות של ביטול חוזה, מלבד ענייני השבה, והרי זה פגם בשלמות שהקוד מתיימר לה. גם כאן ניתן ללמוד מן ה-PECL וה-CISG).⁵⁰ הפסיקה אומנם גרסה שצדדים כאלה אינם חוזרים למעמד של זרות חוזית מלאה – לדוגמה, חובות תום-הלב ממשיכות לחול על יחסיהם הבר-חוזיים – אך החוזה עצמו שוב אינו מכתב את יחסיהם העתידיים, בסיג שציון.

הגישה היחסותית לחוזים אינה מתנגדת כמובן לקיומה של זכות (או ליתר דיוק – של כוח) הביטול. אולם היא מבקשת, מחד גיסא, להציע לצד הנפגע צעדים רדיקליים פחות כדי לשמר ולהגן על ענייניו החוזיים מבלי לנתק את המסגרת החוזית – למשל, השעיית חיוב והפחתת מחיר חד-צדדית; ומאידך גיסא, לאפשר לצד המפר לרפא פגמים באופן ש"יציל" אותו מביטול החוזה כלפיו ללא השתת עלות בלתי-מוצדקת על הצד הנפגע. מכשירים אלה מקורם בדיני המכר, ואכן הם מופיעים בחלקם בחוק המכר ובחוק המכר

כמו-גם הצעת הקודיפיקציה, אינם נוקטים הבחנה זו מפורשות, ולמעשה אף אין בהם סעיף כללי המורה מהן התוצאות האפקטיביות של ביטול חוזה. להוראות מסודרות בעניינים אלה ראו סעיפים 81-84 לחוק המכר הבין-לאומי, לעיל הערה 21.

49 דחיית קיום חיוב של הנפגע בשל הפרה או הפרה צפויה קיימת גם בדין הקיים במצבים של חיובים שלובים, שאז יחולו ההוראות של סעיף 43(2) או סעיף 43(3) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118 (לעיל ולהלן: חוק החוזים (חלק כללי)). חלק נכבד מהפגם האמור ניתן לפתרון על-ידי פרשנות ליברלית הרואה חיובים חוזיים כשלובים בדרך-כלל – עניין המסור לפרשנות לפי עקרון אומד-דעת הצדדים ולחוקות מן הדין. ראו, למשל, סעיף 23 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, ס"ח 98 (להלן: חוק המכר). הדעת נותנת שזו אסטרטגיה נכונה: היות שחוזים עוסקים בדרך-כלל ביחסי חליפין, בררת-המחדל ההגיונית היא לראות חיובים חוזיים כשלובים. אומנם, ייתכנו הקצאות סיכונים מן הדין, מן הנהג או מן החוזה עצמו שיורו אחרת, דהיינו, שחיובים מסוימים הינם עצמאיים ויש לקיימם באופן בלתי-מותנה. למשל, חיובו של משכיר דירה לדאוג לשלמותה הפיזית של הדירה אינו מותנה בדרך-כלל בחיובו של השוכר לשלם שכר-דירה. ראו סעיף 7 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160 (להלן: חוק השכירות והשאלה). אולם חובתו של השוכר לשלם דמי שכירות מותנית באופן יחסי בקיום חובת המשכיר, כמובן זה שהשוכר רשאי להפחית את דמי השכירות באופן יחסי לשווי הנכס המופחת עקב הפגם (סעיף 9(א)(2) לחוק השכירות והשאלה). זהו מקרה פרטי של סעד הפחתת מחיר, שאינו פוגע בזכותו של השוכר לדרוש את אכיפת החוזה על-דרך של תיקון הפגם (סעיפים 7, 9(א)(1), 9(ג) לחוק השכירות והשאלה).

50 השוו, למשל, לסעיף 81(א) לחוק המכר הבין-לאומי, לעיל הערה 21, המורה מהן התוצאות האפקטיביות של ביטול חוזה בעקבות הפרתו: "ביטול החוזה פוטר את שני הצדדים מחיוביהם על פיו, בכפוף לחבות אפשרית בפיצויים; הביטול אינו פוגע בכל הוראה בחוזה המתייחסת ליישוב מחלוקת או בכל הוראה אחרת המסדירה את זכויותיהם וחוביהם של הצדדים בעקבות ביטול החוזה."

הבין-לאומי, כמו-גם בדיני מכר זרים. ה-PECL האירופי – מסמך חדש שנשלם בשנת 2003 – מרחיב את תחולתם של מכשירים אלה לחוזים ככלל,⁵¹ וגם הקודיפיקציה הישראלית מפגינה בהקשר זה תובנות יחסותיות מסוימות, כפי שאפרט להלן.

במשפט הישראלי הקיים, אין הצד הנפגע מהפרה יסודית חייב במתן ארכה – *grace* – לצד המפר לשם קיום החיוב המופר טרם שיהא רשאי לבטל את החוזה כולו או בחלקו. אולם העיקרון הבסיסי הוא שכוח הביטול החוזי מותנה בהיות ההפרה הרלוונטית יסודית. הריג לכך מצוי בסעיף 7(ב) לחוק התרופות – שהועתק בשינוי קל וראוי לסעיף 529(א) לחוק דיני ממונות⁵² – המאפשר לבטל את החוזה גם בשל הפרה שאינה הפרה יסודית, בתנאי שניתנה למפר ארכה נאותה לצורך ריפוי ההפרה, והוא לא עשה כן. אנו מכירים מנגנון מוצלח זה מן המשפט הגרמני,⁵³ שם הוא מכונה *Nachfrist* (מנגנון זה אינו קיים ב-Code Civil הצרפתי).⁵⁴ תכלית ה-*Nachfrist* היא לאפשר לצד נפגע שאינו רוצה ליטול סיכון של ביטול לא כדין, עקב היות ההפרה לא-יסודית, לבצע מעין שדרוג של ההפרה הלא-יסודית לכלל הפרה שבגינה ניתן לתת הודעת ביטול. אך המשמעות העיקרית של המנגנון היא כי בין לבין הצד המפר מקבל זמן נוסף לקיום החיוב שהופר, ואם ירפא את ההפרה בזמן זה, תפוג מאליה עילת הביטול והחוזה יינצל (אם כי תיתכן עדיין חבות בפצויים בשל נזק שנגרם עקב הביצוע המאוחר). מנגנון דומה, אך מצומצם יותר, קיים בחוק המכר הבין-לאומי:

”49(א) הקונה זכאי להצהיר על ביטול החוזה –

(1) [במקרה של הפרה יסודית]

(2) במקרה של אי מסירה, אם המוכר לא מסר את הטובין בתוך התקופה

הנוספת שקבע לו הקונה בהתאם לסעיף 47(א), או שהצהיר כי לא ימסור בתקופה

שנקבעה לכך.⁵⁵ [ההערה וההדגשה הוספו]

הוראה מקבילה לגבי ביטול על-ידי המוכר קיימת בסעיף 64 לחוק המכר הבין-לאומי. סעיף 106:3(3) של ה-PECL חל כזכור על כל חוזה שהוא, ולא רק על חוזה מכר:

51 לעיל הערה 20.

52 ניסוחו של סעיף 529(א) להצעת חוק דיני ממונות, לעיל הערה 1, מתקן פגם בסעיף 7(א) בכך שהוא קובע כי על הארכה להיות סבירה: ”הופר חוזה הפרה שאינה הפרה יסודית, זכאי הנפגע לבטל את החוזה, אחרי שנתן למפר ארכה סבירה לקיום החוזה והמפר לא קיים את החוזה בתוך הארכה.”

53 BGB §326.

54 ראו: Jonathan Yovel "Buyer's Right to Avoid the Contract: Comparison between Provisions of the CISG and the Counterpart Provisions of the PECL" in *International Sale of Goods: The CISG from a Comparative Perspective* (Cambridge, John Felemegas ed., forthcoming, 2006).

55 סעיף 49 לחוק המכר הבין-לאומי, לעיל הערה 21, עוסק בתקופת ריפוי שבמסגרתה הקונה הנפגע מאפשר למוכר המפר לרפא את הפרתו.

"If in a case of **delay in performance** which is not fundamental the aggrieved party has given a notice fixing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of the period of notice." [Emphasis added]

יש לשים לשני הבדלים בין גישת הקודיפיקציה לבין גישתם של שני המסמכים האמורים. הקודיפיקציה מאפשרת לבצע, באמצעות *Nachfrist*, שדרוג של כל הפרה לא-יסודית שהיא. PECL ו-CISG, לעומת זאת, נמנעים במפורש מגישה זו, ומגבילים את הביטול: ה-CISG מגבילו למצבי אי-מסירה של טובין (ובמשתמע גם של שטרי-קניין – documents of title)⁵⁶; וה-PECL – לאיחור בביצוע. אף לא אחד משני המסמכים הללו מאפשר ביטול של החוזה מחמת אי-התאמה שאינה עולה כדי הפרה יסודית, כפי שהקודיפיקציה (בעקבות סעיף 7(ב) לחוק התרופות הקיים) מאפשרת. מכאן שהדין הישראלי נותר ליברלי הרבה יותר בגישתו לביטול חוזה משני המשטרים החוזיים שאליהם השוויתי אותו כאן, והרבה יותר מקרים של הפרה לא-יסודית מאפשרים במסגרתו את ביטול החוזה. הוסיפו על כך את העובדה שאין בדיני המכר הישראליים כלל *Perfect Tender*, דוגמת זה המצוי ב-UCC, המאפשר לקונה לסרב לקבל טובין בלתי-מתאימים (rejection of goods) מבלי לבטל את החוזה.⁵⁷ במשטר החוזי הקיים, קונה שטובין כאלה נמסרו לו יוכל להשיבם למוכר נגד רצון המוכר על-ידי ביטול החוזה. הטובין ישובו או לבעליהם במסגרת חובת ההשבה ההדדית.⁵⁸ מכאן, שדיני החוזים הישראליים הקיימים "מעודדים" את הנפגע לבטל את החוזה בעקבות הפרתו בשני מישורים: (1) "דחיפת" הצד הנפגע לביטול מוקדם יחסית בשל אי-קיום מצאי מספק של צעדים תרופתיים או כמו-תרופתיים חד-צדדיים רדיקליים פחות; (2) החלת כוח הביטול על קטגוריות רחבות יחסית של הפרות, ובפרט הפרות לא-יסודיות כלשהן, ובלבד שהנפגע קבע תחילה למפר תקופת ריפוי סבירה בנסיבות העניין, והלה לא עמד בה.

כדי לענות על הבעיה הראשונה, הקודיפיקציה הישראלית החדשה מציעה לצד

56 אי-מסירה של שטרי-קניין ומסמכים אחרים שהינם חיוניים לקבלת הטובין ולשליטה בהם כמוה, מבחינה אפקטיבית, כאי-מסירת הטובין. על-כן יש לקרוא את סעיף 49 לחוק המכר הבין-לאומי, לעיל הערה 21, כחל גם על מסמכים כאלה. ראו גם סעיף 26 לחוק המכר הישראלי, לעיל הערה 49. ראו: Peter Schlechtriem "Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods" in *Manz* (Vienna 1986) 77. ה-Uniform Commercial Code האמריקאי (להלן: UCC) מחיל הגדרה פתוחה ל-"documents of title", ראו UCC §1-201(15).

57 ראו, למשל, UCC §2-601. חוק המכר הישראלי, לעיל הערה 49, מגדיר כמובן אי-התאמה (סעיף 11 לחוק) ומסדיר את הזכאות להסתמך עליה, אך אינו מעניק לקונה זכות לסרב לקבל ממכר מחמת אי-התאמה, אלא אם כן יבטל את החוזה. ללא ביטול חוזה, התרופות של הקונה הן הפחתת מחיר (סעיף 28 לחוק המכר) או התרופות החוזיות של אכיפה ו/או פיצויים.

58 סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות), לעיל הערה 35. עניין זה זהה בעיקרו להסדר שב-PECL ובחוק המכר הבין-לאומי.

הנפגע - ככל הנראה בעקבות ה-CISG וה-PECL - סדרה הולכת ומסלימה של צעדים חד-צדדיים, טרום-תרופתיים בטבעם, בטרם ייאלץ לבטל את החוזה. כוונתי במיוחד לזכות להשעות קיום חיוב עד למתן בטוחה לקיום חיובו של הצד האחר, וכן לזכות להפחתת מחיר חד-צדדית במקרים מסוימים של הפרת חוזה. פעולות אלה אפשריות אומנם במקרים מסוימים גם על-פי הדין הקיים, אולם הקודיפיקציה מחילה אותם כחלק מדיני החוזים והתרופות הכלליים - וברוכים הבאים. הסעיפים הבאים ידונו בהם בפירוט-מה.

(א) דחייה (או השעיה) של קיום חיוב

סעיף 192(ב) לקוד המוצע קובע כך:

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

בהבדל מן הדין הקיים, הוראה זו תחול אף כאשר החיובים האמורים אינם נחשבים "שלובים" על-פי מבחנים כלשהם (למשל, על-פי סעיף 43(3) לחוק החוזים או סעיף 23 לחוק המכר וכדומה). מכשיר זה של השעיית ביצוע הינו מכשיר יעיל, שלא ידחוף את הצד הנפגע לביטול החוזה טרם זמנו (וייתכן אף שבניגוד לאינטרסים שלו) - במצב של הפרה צפויה - רק כדי להימנע מביצוע שייתכן שלא תהיה תמורה בגינו (נוסף על כך ייתכן שההפרה הצפויה ממילא אינה יסודית). הוא נותן בידי הצד הנפגע אפשרות למעין "סעד-ביניים", העולה בקנה אחד עם פסיקה קודמת של בית-המשפט העליון בנוגע לתום-לב בקיום חוזה.⁵⁹ צדדים לא ימהרו להשתמש במכשיר זה לא כדין, היות שבכך הם מסתכנים בהפרה מצידם - סיכון המלווה כל סעד עצמי. זהו מכשיר יחסותי אשר תומך ביחסים החוזיים, מסייע בניהולם, ומרחיק את המועד שבו ייאלץ צד לבטל את החוזה מחמת הפרה צפויה. ההוראה מקיימת איזון פנימי: מחד גיסא, היא אינה חלה על חיובים טריוויאליים (אלא רק על "חיוב עיקרי"), ומאידך גיסא, היא פותרת את הנפגע (או הנפגע הצפוי) מהוכחת ה-*pari passu* של החיובים האמורים לפי סעיף 43(3) לחוק החוזים הקיים.⁶⁰

59 ראו ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאנקר, פ"ד לו(2) 113.

60 סעיף 192(א) להצעת חוק דיני ממונות, לעיל הערה 1 ("הדדיות חיובים") קובע כי חיובים שיש סדר כרונולוגי בין קיומיהם - החיוב המאוחר "מותלה" בקיום החיוב הקודם. הוראה זו היה ראוי שתינתן לכל-היותר בלשון של חוקה או כלל לא. הטעם לכך הוא שהיא אינה יחסותית ואינה מביאה בחשבון מערכות חוזיות ארוכות-טווח שבהן הניסיון לייחס תשלום לביצוע ספציפי אינו רק מלאכותי, אלא כושל בהבנת טבעם של היחסים החוזיים. דוגמה לכך היא הסכם שכירות: חובת המשכיר לקיים את הנכס *in good repair*, דהיינו במצב ראוי למגורים (או לעיסוק וכדומה), אינה תלויה בשאלה אם השוכר מקיים את חובת התשלום של דמי השכירות אם לאו. תשלומי שכירות תקופתיים הינם חלק מחוזה שכירות שלם, ואינם עומדים כנגד ביצוע תיקונים מסוימים בנכס וכדומה; השאלה הכרונולוגית אינה העניין המרכזי כאן. כך גם בחוזה עבודה, בחוזים למתן

הביטוי "בטוחה", אף שהוא מופיע בקוד בכמה הקשרים, אינו מוגדר בו (וזה, דרך אגב, פגם מסוים). בחוק המכר הבין-לאומי מצויה הוראה דומה בסעיף 71. קיים הבדל מסוים בין הנוסח האנגלי של ה-CISG לנוסח העברי שבחוק זה, שהוא כמובן הנוסח המחייב במדינת ישראל. בנוסח האנגלי, הצד שקיים חשש להפרה מצידו נדרש לתת "adequate assurance" לקיום העתידי. זהו לכאורה ביטוי כללי יותר מאשר "בטוחה". למשל, אם החשש לאי-קיום נובע משמועה על כניסת החייב להליכים של פשיטת-רגל, אזי ייתכן שהודעה מטעם החייב תניח את דעת הנושה ותספק את דרישות סעיף 71 – כלומר תחייב את הנושה לחדול מהשעיית קיום חיוביו – אף ללא "המצאה של בטוחה". בתי-משפט ישראליים יצטרכו לפסוק אם ובאילו הקשרים הודעות כאלה ממלאות את דרישת ה"בטוחה".⁶¹

(ב) ניכוי חד-צדדי מהתמורה עקב הפרת החוזה

הפחתה חד-צדדית של התמורה החוזית בגין פגם או אי-התאמה הינה פעולה מוכרת מדינה המכר.⁶² סעיף 574(א) של הצעת הקודיפיקציה – שם הפחתה זו קרויה "ניכוי" – מרחיב את תחולתה לחיובים חוזיים בכלל:⁶³

"הופר חיוב ההתאמה בנכס או במלאכה, זכאי הנפגע לניכוי מהתמורה, ובלבד שנתן תחילה למפר הזדמנות סבירה לתיקון אי ההתאמה, אך המפר לא תיקן אותה תוך זמן סביר."

הפחתת התמורה יעילה אפוא מבחינה זו שהיא מאפשרת לצד הנפגע לקיים את החוזה במקום לבטלו, אלא שהקיום יהיה על-פי תנאי ההפרה. הנפגע רשאי או להתייחס אל ההפרה כאל מעין הצעה חוזית חדשה (או הצעה לעדכון החוזה), ולהחליט אם לקבל את ההצעה הקונסטרוקטיבית – החוזה המופר בתנאי תשלום נמוכים יותר – או לחלופין

שירותים מסוימים, בחוזי הספקה מסוימים ובחוזים מסוגים אחרים שהצדדים להם אמורים לקיים חיובים באופן מחזורי או רציף. לא רק אומדן-דעת הצדדים הסובייקטיבי המשותף עשוי להוביל למסקנה זו; עצם הלוגיקה הפנימית של יחסים חוזיים כאלה עשויה לגרום שהחיובים ההדדיים לא יהיו מותנים זה בזה, אף ללא קשר לשאלת הסדר הכרונולוגי ביניהם.

61 סעיף 7 לחוק המכר הבין-לאומי, לעיל הערה 21, מורה לפרשן לפרש את הוראות האמנה "בשים לב לאופייה הבין-לאומי [ו] לצורך לקדם אחידות בתחולתה". הוראה זו מורה לכאורה לפרשן להעדיף הרמוניה פרשנית עם פרשנות האמנה בכתבי-משפט ובטריבונלים ברחבי העולם על הרמוניזציה עם הוראות מקבילות בדין הפנימי. ל"בטוחה" ייתכנו אפוא משמעויות לא-זהות בחוזים מקומיים ובחוזים בין-לאומיים, ומצב זה אינו רצוי. עם זאת, ייתכן שהדין הפנימי יושפע מהפרשנות של חוק המכר הבין-לאומי, וכך תושג בכל-זאת אחידות.

62 סעיף 28 לחוק המכר, לעיל הערה 49.

63 כך גם ה-PECL, בסעיף 9:940(1): "A party who accepts a tender of performance not conforming to the contract may reduce the price. This reduction shall be proportionate to the decrease in the value of the performance at the time this was tendered compared to the value which a conforming tender would have had at that time"

לדחותה, להתייחס אליה כאל הפרת חיוב חוזי ולפעול בהתאם. כמובן, בכך אין משום ויתור על זכויות הנפגע לסעדים העולים בקנה אחד עם תרופת הניכוי, כגון פיצויים או אכיפה (ייתכן, עם זאת, שבהשתמשו בתרופת הניכוי הצד הנפגע מותר מכלל על כוחו לבטל את החוזה).

על פי הדין הקיים, הדרך היחידה של צד נפגע להימנע מתשלום תמורה ביתר בעקבות הפרה, כאשר אין מדובר במכר או בחיוב שלוב אחר, היא לבטל את החוזה. סעיף הניכוי מועיל לביסוס היחסים בין הצדדים במובן זה שהוא מניע צדדים נפגעים לא לבטל חוזים מהר מדי.

המשטרים החוזיים האחרים שנבחנו כאן – PECL ו-CISG – אינם מחייבים את הצד המנכה לתת לצד המפר ארכה כלשהי לתקן את ההפרה, שהרי לא בביטול החוזה עסקינן, אלא – מבחינה אפקטיבית – בעדכונו תוך שמירה על זכויות הנפגע. החובה להעניק לצד המפר הזדמנות לריפוי ההפרה לפני ניכוי מגינה על אינטרס הציפייה (ומכלל זה גם על אינטרס ההסתמכות) של צד מפר שאינו מודע להפרתו, אולם היא מיותרת במקרה של צד מפר המודע להפרתו. ייתכן שהקושי הראיתי בהבחנה בין המצבים מצדיק הענקת הגנה כזו גם למי שאין לו מקום בעניינו.

איני יודע מדוע הזכות להפחתת מחיר בסעיף 574 להצעת חוק דיני ממונות מסויגת על ידי צירוף המונחים "נכס או מלאכה" דווקא, ואינה מתייחסת לשירותים או לחוזים בכלל – כולל, למשל, ענייני זכויות, שירותים פיננסיים ותחומים אחרים (הביטוי המיושן-משהו "מלאכה" מיוחד בדרך-כלל להקשרים של חוזי קבלנות). אכן, ה-PECL מחיל מכשיר זה על יחסים חוזיים בכלל.⁶⁴

עד כה הראיתי כיצד הקודיפיקציה החדשה אכן אימצה כמה תובנות יחסותיות, אולם אימוץ זה הינו מקומי, אפילו ספורדי, תלוי בעניין ובפסיקה קודמת, אינו שיטתי ואינו מצביע על מחויבות כללית לגישה היחסותית. כעת ברצוני להצביע על חסר משמעותי בקוד, אשר מילוי היה פועל בכיוון היחסותי.

3. זכות המפר (שאינה קיימת בקוד) לרפא את ההפרה

בשיטות משפט שונות עומדת לצד לחוזה אשר הפר חיוב מחיוביו זכות לרפא את ההפרה אף לאחר שעבר המועד לקיום החיוב, וזאת על חשבונו ובתנאי שלא ייגרמו בכך נזקים או עלויות לצד הנפגע. מוסד חשוב זה, המכונה במשפט המקובל "ריפוי" (Cure), תומך בקיום היחסים בין הצדדים אף במקרי הפרה. מקורו המובהק ביותר בדיני המכר האמריקאיים,⁶⁵ אך

64. PECL Art. 9:401(1).

65. המקור המובהק ביותר לדיני הריפוי במשפט האמריקאי הוא UCC §2-508. סעיף זה מעניק למוכר זכות לריפוי ההפרה בסיטואציה שבה דחה הקונה את הטובין בשל אי-התאמה (rejection). יש לציין כי בשלב זה – לפני קבלת הטובין – זכות הקונה לדחייתם מבוססת על עקרון ה"Perfect Tender", המחייב התאמה מוחלטת בין הטובין לבין הקביעה החוזית, בניגוד

תחולתו מוכרת גם בדיני החוזים הכלליים.⁶⁶ מעמדו במשפט האנגלי שנוי במחלוקת,⁶⁷ אך יש לו ביטוי חד-משמעי ב-PECL וב-CISG.⁶⁸ על-פי סעיף 8:104 של ה-PECL:

"A party whose tender of performance... does not conform to the contract may make a new and conforming tender where... the delay would not be such as to constitute a fundamental non-performance."

ועל-פי סעיף 48(א) של חוק המכר הבין-לאומי:

"...זכאי המוכר, אף לאחר מועד המסירה, לרפא על חשבונו כל אי קיום של חיוביו אם יכול הוא לעשות זאת בלא עיכוב בלתי סביר ובלא לגרום לקונה אי נוחות בלתי סבירה..."

זהו מנגנון יחסותי מובהק שאינו קיים בטיוטה של הצעת חוק דיני ממונות כפי שפורסמה. ריפוי נאות של הפרה עשוי למנוע היוזקות לתרופות אחרות, ואף שההפרה תעמוד עדיין

לדוקטרינת הביצוע המהותי (substantial performance), החלה לאחר שהתגלה פגם נסתר והקונה מבקש לחזור בו מקבלת הטובין (revocation of acceptance). זכותו של המוכר לרפא גם בשלב מתקדם זה אינה מפורשת אך ניתן להסיקה מ-UCC §2-608(3), ויש לכך אף תמיכה בפסיקה.

66 Farnsworth מציין כי מכשיר הריפוי ניתן ליישום גם בחוזים שאינם חוזי מכר על-דרך ההיקש מן ה-UCC. ראו: 641-648 E. Allan Farnsworth *Contracts* (Boston, 2nd ed. 1990). עמדה זו מובעת גם ב-*Restatement (Second) of Contracts* §237 (1981).

67 ראו: Jacob S. Ziegel "The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives" in *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Vienna, Nina M. Galston & Hans Smit eds., 1984) 9-1 to 9-4; Rex J. Ahdar "Seller Cure in the Sale of Goods" 185 *Lloyd's Mar. Com. L. Q.* (1990) 364; Roy Goode *Commercial Law* (London, 1995) 298-301. מלומדים אחרים ספקנים יותר ביחס לזכות לריפוי במשפט האנגלי (הזכות אינה מוכרת ב-"Sales of Goods Act"). ראו: Anette Gartner "Britain and the CISG: The Case for Ratification – A Comparative Analysis with Special Reference to German Law" in *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (Vienna, 2001) 59-81. "There is great uncertainty, at least in English law, as to the existence and extent of the seller's right to repair or replace defective goods, Sale and Supply of Goods" מוזכרת במשפט המקובל לראשונה, ככל הנראה, בפסק-הדין: *Borrowman, Phillips & Co. v. Free & Hollis*, [1878] 4 Q.B.D. 500.

68 לסקירה מלאה ראו: Jonathan Yovel "Seller's Right to Cure a Failure to Perform: An Analytic Comparison of the Respective Provisions of the CISG and the PECL" *Nordic Journal of Commercial Law* (2005) 1-19.

ככזו ותקים במקרים מסוימים זכות לפיצויים, הריפוי עשוי להוריד את דרגת חומרתה מהפרה יסודית ללא-יסודית, כך שלא תהווה עילה לביטול החוזה (למשל: החלפת טובין בלתי-מתאימים בטובין מתאימים לא תשנה את העובדה שקרתה הפרה, וייתכן שקיימת זכאות לפיצויים בגינה, אך ההפרה כבר לא תהא בדרך-כלל יסודית).

מנגנון ה-*Nachfrist* שנידון לעיל – המאפשר ביטול חוזה גם בשל הפרות לא-יסודיות, לאחר מתן ארכה סבירה לריפוי ההפרה – הועתק כאמור מחוק החוזים (תרופות) (סעיף 7(ב)) אל הצעת חוק דיני ממונות (סעיף 529(א)). מנגנון זה מרחיב את כוח הביטול של הנפגע בעקבות הפרה לא-יסודית. האיזון היחסותי הראוי לו הוא זכות המפר לרפא את ההפרה ואת תוצאותיה באופן שיחלצו מחרב הביטול התלויה מעל ראשו. אין לבלבל בין שני המנגנונים: האחד (*Nachfrist*) מרחיב את תחולתו של כוח הביטול ומרבה את הביטולים בעולם ביחס לעקרון ההפרה היסודית של סעיף 7(א), ואילו האחר – הריפוי – מצמצם את תחולתו של כוח הביטול. עלינו לזכור שהנרטיב התרופתי הבסיסי, הן בדין הקיים והן בדין המוצע, מתייחס להפרת חוזה בעיקר כעניין של תאונה, ולא כפעולה מכוונת (ראו, למשל, עניין המועד הקובע לקביעת צפיות בתיחום נזק המהווה בסיס לתביעת פיצויים, על-פי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות). הרחקת המועד לביטול החוזה על-ידי מתן זכות למפר לתקן את ההפרה הינה מנגנון יצירתי וראוי לריפוי יחסים חוזיים שנתקלו בבעיות בשלב הביצוע. זכות זו, שמקורה אומנם בדיני המכר, מוכרת כאמור ב-PECL ביחס לכל חוזה שהוא.

ייתכן – אם כי בדוחק, לטעמי – שניתן לגזור חובה של הנפגע לאפשר ריפוי בתנאים שצוינו לעיל (ללא עלות לנפגע ותוך שמירת הזכות לפיצויים אם הריפוי אינו עונה על מלוא אינטרס הציפייה של הצד הנפגע) מחובת תום-הלב בקיום חוזה. אולם אחת התועלות שבחקיקה קודיפיקטיבית היא צמצום הצורך בשימוש במושגים-שסתום. מכל מקום, אין ספק שעקרון הריפוי החוזי עולה בקנה אחד עם עקרון תום-הלב, אף אם מינימליסטים מבית-מדרשם של השופטים אילון וחשין יגרסו כי עקרון תום-הלב בקיום חוזה גועד להורות את צורת הקיום הראויה של חיובים קיימים, ולא להוסיף על הקצאת הסיכונים החוזית חיובים שזכרם אינו בא בחוזה עצמו.

במסגרת יחסותית מלאה היו דיני הריפוי מהווים נדבך מרכזי בעיצוב היחסים החוזיים בין הצדדים. אני מקווה שהשלב הטיוטתי שבו מצויה כעת הצעת חוק דיני ממונות יאפשר לערוך בה תיקון חשוב זה, אשר יפנה את דיני החוזים הישראליים עוד יותר לכיוון התמיכה והתיקוף של היחסים בין הצדדים על-חשבון המודל הקלסי של הקצאת סיכונים, המפסיק לייחס ערך כלשהו ליחסים בין הצדדים מרגע שנכרת החוזה.

פרק ד: סיכום

הן חקיקת החוזים הישראלית והן דיני החוזים פרי הפסיקה נעים באיטיות מן הקוטב הניאו־קלסי של ראיית החוזה כמנגנון *ex ante* של הקצאת סיכונים אל כיוון יחסות־ריאליסטי, דהיינו, לראיית החוזה כמערכת רחבה של יחסים בין צדדים. הצעדים הראשונים בכיוון זה היו חקיקת חוק החוזים (חלק כללי), על סעיף 12(א) שבו, ובעקבות זאת ביסוס תחולתו והסעדים הניתנים מכווחו על־ידי הפסיקה, וכן פסקי־דין שהחילו נורמות יחסותיות מובהקות על יחסי הצדדים.⁶⁹ אלא שהתפתחות זו לא נבעה ממחויבות תיאורטית מקיפה לעמדה היחסותית־הריאליסטית, אלא מן הצורך לתת פתרונות למצבים שהובאו לפני בית־המשפט שבהם ניכר כי תיקוף היחסים בין הצדדים היה העניין החווי המרכזי. עיון במחקרו החדש והחשוב של מנחם מאוטנר, העוסק בפסיקה האקטיביסטית בדיני החוזים בישראל, יוצר את הרושם כי הפסיקה והדוקטרינה נגררות "בידיים וברגליים", "kicking and screaming", לכיוון היחסותי.⁷⁰ זאת, בניגוד – חלקי לפחות – לאופן שבו עוצבו דיני המכר המודרניים בארצות־הברית, אשר מנסחי הקודיפיקציה שלהם, ובראש ובראשונה קרל לואלין (Llewellyn), פעלו (ולעיתים נמנעו מלפעול) מתוך מודעות לתובנות יחסותיות־ריאליסטיות תיאורטיות.⁷¹

69 גישה יחסותית מובהקת עומדת בבסיס פסק־דינו המונומנטלי של הנשיא ברק בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265. פסק־דין זה דווקא אינו מדגים את האפיון דלעיל של התקדמות מקרית כמעט בכיוונים יחסותיים, באשר הוא נובע ישירות מהשקפת־עולמו ומן הפילוסופיה הפרשנית של הנשיא ברק. ראו אהרון ברק פרשנות במשפט ד (תשס"א) 15. לפסק־דין זה היו למעשה תקדימים משמעותיים. בה"פ 171/93 שרביב בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 24.3.1996) קיבל בית־המשפט הלכה למעשה את הטענה כי פרשנות נכונה של סעיף תמריצים בחוזה פרוגרמה אינה מילולית־דווקנית, אלא הקשרית־תכליתית, ונובעת מבחינה של יחסי הצדדים והתנהגותם, בין היתר לאחר מועד הכריתה (הסוגיה הייתה אם שימוש במלט שלא ניתן לו תו־תקן ישראלי ממלא אחר דרישת תו־התקן בהתקיים תנאים חילופיים מתאימים, אף שזכרם לא בא בחוזה הכתוב). תודותיי לעו"ד י' עמיהוד בן־פורת על שהמציא לי את סיכומי הצדדים ואת הכרעת בית־המשפט בפסק־דין חשוב זה.

70 ראו מאוטנר, לעיל הערה 31.

71 הכתיבה על השפעת האסכולה הריאליסטית־היחסותית על דיני החוזים (ודיני המכר בפרט) בארצות־הברית הינה נרחבת. להלן כמה מקורות מועילים: "A Richard Danzig Commentary on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code" 26 *Stan. L. Rev.* (1975) 621; Alan Schwartz "Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory" in *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law* (Virginia, Jody S. Kraus & Steven D. Walt eds., 2000) 12; James J. White "The Influence of American Legal Realism on Article 2 of the Uniform Commercial Code" in *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems: Festschrift for Robert S. Summers* (Berlin, Werner Krawietz ed., 1994) 401; Karl Llewellyn "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules and Canons about How Statutes are to be Construed" 3 *Vand. L. Rev.* (1950) 396

הכללת זכות כללית לריפוי ההפרה בחוזה מכר ב-UCC הייתה חידוש מובהק של לואלין.

הקודיפיקציה החדשה אינה משקפת בחירה של ממש בין שתי גישות מרכזיות אלה לדיני החוזים. בעקבות הפסיקה היא פונה ללא ספק אל הגישה היחסותית יותר מאשר הדינים הקיימים, אך אין היא עושה ניסיון מקיף לשינוי מגמה על-סמך תפיסה תיאורטית חדשה. היא מבטאת תובנות יחסותיות באופן ספורדי בלבד, כמעט בעל-כורחה, פשוט כי ככל שמתעשרת הבנתנו לגבי מורכבותם של יחסי החליפין בין בני-אדם, זה הכיוון הכללי שדיני החוזים הכלליים פונים אליו כדי לא לאבד קשר עם "המציאות".

עמדות לא-יחסותיות, כעמדה הניאו-קלסית והגישה הכלכלית למשפט, מושכות את הלב בקוהרנטיות של כלליהן המדויקים, המיועדים להבטיח אופטימיזציה של הקצאות הסיכונים בין הצדדים. גישות אלה רואות בדין מודל לפעולה. אולם מורכבות החיים והתיקוף שדיני החוזים עושים ביחס ליחסים בין צדדים – גם אם אלה אינם אופטימליים מבחינת יעילותם הכלכלית – יוצרים מערכת עשירה יותר שבה הדין, במגבלות תפיסות הצדק המהותיות שלו, "הולך אחרי החיים".

במונחים של מדעי החברה, ניתן לזהות מתח בין היבטים כלכליים של החוזה לבין היבט היחסים שלו. הפער הדיסציפלינרי העמוק הקיים כיום בין מדע החליפין (כלכלה) למדעי היחסים (סוציולוגיה ואנתרופולוגיה) מתבטא במצוקה שהחוזה נתון בה, ולא זה היה בוודאי חונו של דורקהיים (Durkheim). הגישה היחסותית לדיני החוזים הינה מקום מובהק לניסיון לגשר על הפער – להמשיג חליפין לא באופן מופשט ומנותק ממצויאות חברתיות ותרבותיות, אלא בהקשר של יחסים. אם כך יקרה, יהיה זה אחד משיאיו של מדע המשפט: לפתור תקלה מהותית שמדעי החברה נקלעו אליה, המערבת לא רק ראיות-עולם משוברות, אלא גם דילמות אתיות מרכזיות.

אך עוד חזון למועד. בינתיים הדין ממשיך להשתנות באופן אינקרמנטלי, בין שהדבר מתרחש בפסיקה או באמצעות קודיפיקציה אורחית שהתייחסותה אל החוזה מטה אותו רק במעט – ובעניינים אחדים בלבד – לכיוון קוטבו היחסותי. אנו נמשיך לחיות במסגרת דיני חוזים הנסמכים על תובנות שונות ואף מנוגדות מבחינה תיאורטית. דבר זה, כשלעצמו, אולי אינו נורא כל-כך, אולם יצירת קודיפיקציה אורחית חדשה הינה הזדמנות-פז לחשיבה חוזית תיאורטית מחודשת, במקום איגוד ההוראות הקיימות בתוספת כמה שינויים מונעי-פסיקה מן השנים האחרונות.

ככל שהדברים אמורים בדיני החוזים, הראיתי לעיל כי לפחות חלק מן החידושים שבהוראות המיוחדות לחוזים בהצעת חוק דיני ממונות נובעים משינוי הדין עקב פסיקה אקטיביסטית. על אלה ניתן להוסיף כמובן את סעיף 187(א) להצעה ה"אפרופימי", הקובע כי "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות הענין". גם הוראות הפרק העוסק בעשיית עושר ולא במשפט שונן באופן שתואם פסיקה אקטיביסטית, ובעיקר את פסק-הדין בעניין א.ש.ג.⁷² – היות שבעיה מרכזית שם הייתה

72 רע"א 5768/94 א.ש.ג. יבוא והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289.

לשון "שלא כדין" מסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, שונתה לשון זו בסעיף 487(א) בהצעת חוק דיני ממונות ללשון "מי שזכה... מבלי שהיה זכאי לכך וגו'". על-אף סעיפיה הכלליים, הצעת החוק נמנעת מלספק סעיף הגדרות רחב-היקף, ואינה מגדירה מושגים כ"חווה" (אלא אם כן נתייחס לסעיף 164 – המקביל לסעיף 1 של חוק החוזים (חלק כללי) – כאל סעיף הגדרה), "תום-לב" ומושגים אחרים, אשר ה-UCC, לדוגמה, מגדירה.⁷³ נוסף על כך, ביקורת מסוימת על פרויקט הקודיפיקציה היא שהוא מעתיק הוראות קיימות רבות מדי כלשונן, במקום לנצל את ההזדמנות הנדירה של תשומת-לב חקיקתית למשפט האזרחי כדי להביא לידי רוויזיה מקיפה או למצער לתקן פגמים קיימים, אף אם חלקם אינם משמעותיים במיוחד. היות שמאמר זה אינו מאמר תיאורטי בלבד, אלא נועד גם להפנות תשומת-לב ביקורתית להצעת החוק החשובה ביותר בדיני החוזים למן שנות השבעים (או למצער למן שנות התשעים המוקדמות),⁷⁴ ראוי להדגים טענה זו, ולו בצמצום הראוי להערת-שוליים.⁷⁵ לחוק החדש אף הועתקו כותרות מטעות של סעיפים ותיקים.⁷⁶

73 ראו את ה-UCC Article 1 (הפרק הכללי של ה-UCC), אשר מדגיש את אופיין היחסותי של הגדרות עיקריות בקוד זה. ראו במיוחד §1-201(3) Agreement, כמו גם §1-201(19) Good Faith, ובמידה פחותה §1-201(11) Contract.

74 הסייג מתייחס לתיקונים משנת תשנ"ב ומשנת תשנ"ח בחוק הערבות, התשכ"ז-1967, ס"ח 46. גם לשני חוקי-היסוד של שנת 1992 יש כמובן השפעה ידועה וחשובה על דיני החוזים.

75 דוגמה אחת היא שימור הוראות מנוגדות אך חופפות-לכאורה בדיני הטעות וההטעיה, המסורבלים ממילא. למשל, מעולם לא הצלחתי להסביר לעצמי מהו ההבדל הממשי בין הטעיה פסיבית (סעיף 15 סיפא לחוק החוזים (חלק כללי)) לבין טעות שידועה לאחד הצדדים (סעיף 14(א) לחוק). את תלמידיי הסבלניים אני מפנה למקורות של חובת הגילוי שבסעיף 15, שזכרם אינו בא בסעיף 14 – דהיינו: דין, נוהג ונסיבות – ומציין כי ייתכנו עניינים שבהם לא תקום לצד המטעה באופן פסיבי חובת גילוי מאחד ממקורות אלה דווקא. אלא שמעולם לא הצלחתי לחשוב על דוגמה שלא תיפול לתוך אחת משלוש הקטגוריות הרחבות הללו, ואף אם קיימות בעולם שתי דוגמות שניתן להעלות על הדעת, ספק אם הן מצדיקות את התקלה-לכאורה הגלומה בכך שביטול על-פי סעיף 14(א) אפשרי רק כאשר הטעות האמורה הינה יסודית, ואילו הטעיה – ולו סבילה – מאפשרת ביטול גם כאשר הטעות אינה יסודית (במגבלותיה של חובת תום-לב, כמובן). הדין החדש גם אינו מתייחס לשאלת ההטעיה הרשלנית או הלא-ידועה, דהיינו, למצב שבו צד מטעה הן את הצד האחר והן את עצמו. גורלה של ההוראה המזכה בסעד של פיצוי בשל נזק שנגרם עקב הפרת החובה לנהל משא-ומתן בתום-לב – דומה. הוראה זו, המצויה בסעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), נהפכה למעשה למיותרת: היות ש"הסעד הנו פונקציה של הזכות" באופן ישיר, שוב אין צורך בסעיף ספציפי שיוזכה בפיצויים בעבור נזק דווקא (ראו דברי הנשיא ברק בע"א 579/83 זוננשטיין ואח' נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278, 292, ובע"א 829/80 שיכון עובדים נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579). אולם סעיף 12(ב) הועתק (בשינויים מסוימים) להצעת חוק דיני ממונות (סעיף 163(ב)). עניינים נוספים שראוי לתת להם את הדעת הם הטעיות בתום-לב או הטעיות רשלניות (שבהן המטעה מטעה גם את עצמו), מצבי battle of the forms ועוד.

76 למשל, כותרתו של סעיף 173 היא "חזרה מן הקיבול" (ככותרת סעיף 10 לחוק החוזים (חלק כללי)), אף שבמשפט הישראלי אין כמובן "חזרה מקיבול" היות שהקיבול, להבדיל מהצעה,

לעומת זאת, ניסוחים והסדרים לקויים אחדים בחוקי החוזים הקיימים אכן תוקנו בחוק החדש.⁷⁷

במאמר זה הצבעתי רק על כמה עניינים שבהם מחויבות מלאה יותר לעמדה היחסותית הייתה מניבה עיצוב שונה של הוראות הקוד. בהימנעותו ממחויבות תיאורטית, ובנסיונו ליטול מעט מכל קוטב עקרוני, הקוד החדש דווקא ממשיך את המסורת החקיקתית בתחום דיני החוזים הישראליים, הנאבקים לפי ניאור-קלסיות עם יחסותיות, בין באופן שיטתי ובין אד-הוק, ומשלבם מבנים מסורתיים של המשפט המקובל עם הוראות מהותיות מן הקונטיננט. דבר אחד שיוצא מכך הוא שהתפקיד של פיתוח דיני החוזים העתידיים בפסיקה ובכתובה האקדמית לא יצטמצם בעקבות חקיקת הקוד, וייתכן שאף יגבר. יש מי – בעיקר מי שקיווה בעקבות הקוד להרבה יותר ודאות ושלמות בתחום החוזי – שתובנה זאת תגרום לו לאנחת מצוקה; ויש מי – בעיקר אלה שפסיקת החוזים האקטיביסטית ומגעה הרציף עם מציאויות חברתיות, אזרחיות, עסקיות ואחרות יפה בעיניהם – שאנחתם תהיה אנחת רווחה.

הינו פעולה משפטית בלתי-הדירה. הסעיף האמור מאפשר לניצע לחזור בו לא מקיבול, אלא ממתן הודעת קיבול, וזאת בתנאי שטרם אירע קיבול אפקטיבי, כלומר, שהודעת הקיבול טרם נמסרה למציע כדרישת סעיף 5 (או בהתנהגות, כמצוין בסעיף 6(א)). מבחינה הוהפלדית, הודעה על-פי סעיף 10 מחסנת את המציע מפני כוח הקיבול של הניצע, אשר המציע נהיה כפוף לו מרגע שהצעה נמסרה לניצע וכל עוד לא חזר בו המציע מן ההצעה או שהצעה לא פקעה באופן אחר. החסינות אינה למפרע, ומובן שהיא אינה אפקטיבית מרגע שהפעולה שמפניה היא מתיימרת לחסן – קיבול אפקטיבי – כבר התקיימה. 77 כך, למשל, נמחקה החובה לנהל משא-ומתן "בדרך מקובלת" מסעיף 163(א) להצעת החוק; סעיפי הקיוויו המפוזרים בדין הקיים הואחדו להוראה כללית אחת בסעיף 128 להצעה; ההסדר בדבר ריבוי חייבים ונושים עבר הסדרה כללית ראויה (סעיפים 142–162); ועניינים נוספים שלא כאן המקום לפרטם. כמו-כן נזכיר שוב את דוקטרינת הסיכול, אשר עברה כאמור ריבוי מלאה.

