

השבה, פיצויים, צירוף תרופות וחופש חוזים
עיון בדיני התרופות לאור ע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ
נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ

מאת

יהודה אדר ומשה גלברד*

על רקע פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת קניונים¹, הרשימה בוחנת שתי סוגיות עומק מתחום דיני התרופות: סוגיית הצירוף של תרופות אזרחיות ותרופות חוזיות בפרט, ושאלת ההתנאה האפשרית על דיני הצירוף. במרכזו של הפרשה עמדה הוראה בחוזה למכר מקרקעין, שקבעה שתי תרופות חוזיות למקרה של הפרה מצד הקונה: האחת – זכות של המוכרת, במקרה שתבחר לבטל את החוזה ולהשיב לידיה את הנכס – לחלט מתוך התמורה שקיבלה בעד הנכס סכומי כסף לפי מנגנון שהביא בחשבון שינויים שיחולו בערכו; והאחרת – מנגנון סטנדרטי של פיצויים מוסכמים בשיעור קבוע. במוקד המחלוקת עמדה השאלה אם המוכרת זכאית לשתי התרופות במצטבר. מענה על שאלה זו חייב התחקות אחר כללי צירוף התרופות, שבדין הישראלי הם בעיקרם כללים הלכתיים. בפרשת קניונים הסתעפה מסוגיה מרכזית זו שאלה נוספת: כלום רשאים צדדים לחוזה להתנות על כללי הצירוף או שמא מדובר בדין כופה? מתברר כי על אף חשיבותן הרבה של סוגיות אלה טרם נתגבשה לגביהן הלכה ברורה. פרשת קניונים זימנה אפוא הזדמנות להשלים חסר מורגש בדיני התרופות. אלא שהזדמנות זו לא נוצלה: בית המשפט לא כלל בפסק דינו דיון סדור ושיטתי בתשתית הנורמטיבית הדרושה להכרעה בסוגיות שהונחו לפתחו. כתוצאה מכך סובל פסק הדין מכמה ליקויים שיידונו ברשימה. קשיים אלה פוגמים בכושרו של פסק הדין – שאזכר מאז בעשרות מקרים – לשמש מורה דרך וקובע הלכה בסוגיות העקרוניות שאותן הציפה המחלוקת בפרשת קניונים. מטרת המאמר היא להשלים את שחיסר פסק הדין.

המאמר פותח, לאחר סקירה קצרה של תכלית הרשימה ושל השתלשלות הפרשה, בהצגה של מודל עיוני כללי לטיפול בשאלות של צירוף תרופות. על-פי המודל המוצע, בעת בחינת האפשרות לצרף תרופות שונות הניתנות בגין הפרתה של זכות, יש לתת את הדעת לשלוש שאלות נפרדות. ראשית, יש לברר אם הנפגע זכאי בנפרד לכל אחת מהתרופות שביקש לצרף. כאשר מדובר בתרופה שמקורה בחוזה, כפי שאירע בפרשת

* ד"ר יהודה אדר הוא מרצה למשפט אזרחי בקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה; ד"ר משה גלברד הוא מרצה בכיר בבית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה.

1 ע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ (פורסם בנבו, 13.12.2006) (להלן: פרשת קניונים).

קניונים, יש להבהיר תחילה את מהותה של התרופה – עניין הכרוך בפרשנות החוזה; שנית, בהנחה שהנפגע זכאי לכל אחת מהתרופות המועמדות לצירוף, יש לבחון אם אין סתירה מהותית בין התרופות; שלישית, יש לוודא כי הצירוף המבוקש לא יגרור מצב של כפל תרופה. המאמר מבהיר את השאלות המתעוררות בכל אחד משלבים אלה ומציע מבחני עזר למתן מענה עליהן. זאת, תוך הבחנה בין צירופן של תרופות המגנות על אינטרס משותף יחיד לבין צירוף של תרופות המגינות על אינטרסים נבדלים זה מזה. אגב הדיון בבעיית כפל התרופה מוצעת במאמר גישה חדשנית שלפיה ניתן – ולעתים אף מתבקש – לנטרל כפל תרופה באמצעות טכניקה של צירוף חלקי (קרי: צירוף של חלקי תרופות אלה לאלה).

בחלקו הבא של המאמר נבחנת סוגיית ההתנאה על כללי צירוף התרופות. המאמר בוחן שאלה ספציפית זו על רקע העקרונות הכלליים הנוגעים להתנאה על תרופות בכלל, ולאור נסיבותיה של פרשת קניונים, שבה התיר החוזה צירוף שנגד לכאורה את דין הצירוף הכללי. עמדת המאמר בסוגיה זו היא שצדדים לחוזה רשאים עקרונית לסייג או לשלול את אפשרויות הצירוף שהדין הכללי מעמיד להם; לעומת זאת, אין בכוחם להתנות על שני סייגיו של דין הצירוף, דהיינו: אין תוקף להסכמה חוזית המאפשרת צירוף תרופות שיש ביניהן סתירה מהותית, ואף אין להכיר בתוקפה של התנאה שנועדה לעקוף את הסייג האוסר על צירוף שיהיה בו משום כפל תרופה.

לבסוף, בחלק האחרון של המאמר, המחברים מיישמים את המודל העיוני בסוגיית הצירוף ובסוגיית ההתנאה על נסיבותיה המיוחדות של פרשת קניונים. מסקנת הניתוח השיטתי היא שלאמיתו של דבר, בניגוד לרושם המתקבל מקביעותיו העקרוניות של בית המשפט, לא הייתה זכאית המוכרת בפרשת קניונים לצרף את שתי התרופות שהעניק לה החוזה. היא הייתה חייבת לבחור באחת מביניהן. לחילופין, יכלה המוכרת להסתפק בצירופן החלקי של התרופות זו לזו, על-פי הטכניקה החדשה המוצעת במאמר. המאמר אף טוען כי דרך זו ננקטה למעשה, אם גם לא להלכה, בפסק הדין. הסתכלות זו על פסק הדין עשויה להסביר וגם להצדיק בצורה טובה יותר את ההכרעה הקונקרטית שאליה הגיע בית המשפט.

א. מבוא (וגם: הערה על הערה). ב. פרשת קניונים. 1. הרקע למחלוקת; 2. המסכת המשפטית; ג. צירוף תרופות חוזיות: המודל המוצע. 1. מפת הדרכים: השאלות הטעונות הכרעה; 2. המסגרת הנורמטיבית: דיני צירוף התרופות; 3. התנאה על דיני הצירוף; ד. מן הכלל אל הפרט: פרשת קניונים בראי המודל המוצע. 1. הערה למתווה הדין; 2. השאלה הפרשנית: אילו תרופות התכוון החוזה להעניק למוכרת? 3. שאלת הצירוף: הניתן לצרף את שתי התרופות החוזיות? 4. הפרקטיקה במבחן התאוריה: האם יושם המודל המוצע בפרשת קניונים? ה. נעילה.

א. מבוא (וגם: הערה על הערה)

בכתיבה המשפטית של זמננו, מאמרים המשתייכים לסוגה (ז'אנר) של הערת פסיקה נתפסים לעתים כבעלי חשיבות משנית בהשוואה למאמרים "עצמאיים"². במאמר משפטי "קונבנציונלי" מרחב הפעולה של הכותב כמעט חסר גבולות: הוא חופשי לפרוץ נתיבים חדשים כאוות נפשו, לבחור את שאלת המחקר או את הבעיה המשפטית (או המטא-משפטית) שבה הוא מבקש להתמקד, לעצב כרצונו את גבולותיו של הדיון ואף לקבוע את הדיסציפלינה או את המתודה שלאורה תיבחן הסוגיה (ניתוח כלכלי, פילוסופי, תאורי-דוקטרינרי, אינטגרטיבי, היסטורי, בין-תחומי, ביקורתי וכיוצא באלה)³. לעומת זאת, מחברה של הערת פסיקה אינו נהנה מחופש דומה: את רעיונותיו והצעותיו עליו לנסח תוך התייחסות לפרשה הקונקרטי שנדונה בפסק הדין מושא ההערה. היצירתיות והחדשנות שאליהן חותר כל חוקר נתונות אפוא בכעין סד, המוכתב על-ידי דלת אמותיו של המקרה הנדון. אף-על-פי-כן אנו סבורים כי אין להמעיט בחשיבותו של דגם כתיבה מסורתי זה. ייחודה של הערת הפסיקה נעוץ בתפקיד המרכזי שהיא ממלאת בשימורו של קשר בלתי אמצעי בין האקדמיה לבין הפרקטיקה המשפטית. בהערת פסיקה אין חוקר המשפט רשאי להתעלם מן "המציאות בשטח": את ניתוחו ומסקנותיו עליו לנסח תוך התייחסות לעובדות הפרשה הספציפית שנדונה בפסק הדין ולשאלות המשפטיות הספציפיות – מעשיות ועיוניות – שהפרשה מעוררת. הערת הפסיקה דורשת מכותבה (וגם מקוראיה) מידה לא מבוטלת של איפוק וקפדנות: על המעיר להיות נכון להתעמק בפרטים, לדוק פורתא במה שנכתב בשיטי פסק הדין – ולעתים גם בין השיטין – ורק לאחר מכן להשיג השגות ולשטוח המלצות. עריכה של הערת פסיקה ועיון בה הם אפוא הזדמנות מצוינת הן לכותב הן לקורא להעמיד במבחן לא רק את ידיעותיהם בתחום הנדון בהערה, אלא בעיקר את יכולתם לחבר בין תאוריה משפטית לבין יישומה הלכה למעשה.⁴ בצד יתרונות אלה של העיון בהערת פסיקה טבוע

2 על כך אפשר ללמוד, בין היתר, מ"מיקומן ה"גאוגרפי" המסורתי של הערות הפסיקה, שהוא לעתים קרובות הרחק בסופו של כתב העת.

3 קובץ מאמרים מרתק, הבוחן את הסוגות במחקר המשפטי בן זמננו הוא כרך ד(1) של כתב העת דין ודברים (התשס"ח, 2008).

4 בישראל התברכנו במשך השנים בלא מעט הערות פסיקה שהתמקדו אמנם בפסיקה נקודתית, אך השתמשו בה כמנוף לבחינה כוללת של שאלות יסוד בתחום הנדון. לשלוש דוגמות בולטות בתחום התרופות והאחריות האזרחית ראו איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפיה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית" (בעקבות ע"א 1632/98 ארכוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית) משפטים לד 91 (התשס"ד, 2004) (להלן: זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה"); רונן פרי "הכל צפוי והרשלנות נתונה: עוד על דנ"א 774/98 רביד נ' קליפורד" משפטים לה 359 (התשס"ה, 2005); חנוך דגן "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה

בהחלטה להתעמק בפסק דין יחיד גם סיכון, שמא במקום להתייחס לפרשה הנדונה כנקודת מוצא לליבון של שאלות משפטיות עקרוניות, ייהפך איתור הליקויים לכשעצמו למאמץ העיקרי של הכותב-המבקר. שכרו של מאמץ כזה עלול לצאת בהפסדו, אם במקום להתמקד בלקחים העולים ממנה נהפכת ההערה זירה להתנצחות אינטלקטואלית, שתרומתה לגיבוש ההלכה במקרים עתידיים שולית.

כשהערת אזהרה זו בצקלוננו אנו פונים לעיון בפרשה שהיא מושא רשימה זו, פרשת קניונים. הפרשה, על ארבעת פסקי הדין שניתנו בה,⁵ עסקה בעיקר בפירושה וביישומה של הוראה בחוזה למכר מקרקעין שקבעה תרופות למקרה של הפרתו היסודית על-ידי הקונה. החוזה העניק לחברה המוכרת שתי תרופות חוזיות בגין הפרה כאמור: האחת – זכות לחלט כספים שבידיה מכוח מנגנון ייחודי שהסדיר את נושא ההשבה במקרה של ביטול החוזה בידי המוכרת; והאחרת – מנגנון סטנדרטי של פיצויים מוסכמים. טענת המוכרת שהיא זכאית לשתי התרופות הללו במצטבר הצריכה הכרעה בשתי סוגיות עומק מתחום דיני התרופות.

הראשונה והמרכזית הייתה סוגיית צירוף התרופות. הסוגיה מעוררת, בין היתר, את השאלות הבאות: האם, ובאלו נסיבות, זכאי הנפגע מהפרה של חוזה לתבוע שתי תרופות או יותר בגין אותה הפרה? מהם הסייגים על זכות הצירוף ומהם מבחני העזר העשויים לסייע ביישומם במקרים קונקרטיים? האם לעניין זה יש הבדל בין מצב שבו הסעדים או התרופות הנדונים משרתים אינטרס יחיד של הנפגע (לדוגמה, אינטרס הקיום) לבין מצב שבו מדובר בצירוף של מרכיבים תרופתיים המגינים על אינטרסים נבדלים (לדוגמה, אינטרס קיום ואינטרס השבה)? דיני הצירוף נועדו לספק כלים להכרעה בשאלות אלה.

סוגיה נוספת שפרשת קניונים מעוררת היא סוגיית ההתנאה על דין התרופות, ובעיקר שאלת ההתנאה על כללי הצירוף שקובעים דיני התרופות. לא אחת תימצא בחוזה הוראה המתירה לצד לתבוע סעד פלוני או אלמוני "בלי לגרוע" מזכותו לסעדים אחרים או נוספים. היש תוקף להוראות מעין אלה? הרשאים צדדים לחוזה, בשם חופש החוזה, לצרף כמה תרופות בגין אותה הפרה גם אם הצירוף המבוקש מנוגד לדין התרופות

שיפוטית" עיוני משפט כ 601 (התשנ"ז, 1996) (המאמר בוחן ומבקר את הלכת ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (1988) (להלן: פרשת אדרס)).

5 אלה הם: ת"א (מחוזי ת"א) 1565/95 בני יעקב נדל"ן בע"מ נ' קניונים נכסים ובנין בע"מ (פורסם בנבו, 19.12.2002); ע"א 8124/00 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ, פ"ד נו(5) 198 (2002) (להלן: הערעור הראשון); ת"א (מחוזי ת"א) 1565/95 בני יעקב נדל"ן בע"מ נ' קניונים נכסים ובנין בע"מ (פורסם בנבו, 20.4.2004) (להלן: פסק הדין המשלים); ע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ (פורסם בנבו, 13.12.2006) (להלן: הערעור השני). ברשימה זו עיקר ענייננו בערעור השני. על חשיבותו של הפסק בערעור השני אפשר ללמוד, בין היתר, ממספר האזכורים הרב שלו בפסיקה מאז פורסם. בדיקה במאגרי המידע של תקרינט ונבו מעלה שיש לפחות 77 אזכורים של פסק הדין (נכון לתאריך 1.1.2011).

הכללי? לשון אחר: האם דין התרופות בכלל ודין צירוף התרופות בפרט הוא דין כופה (קוגנטי) או דין מרשה (דיספוזיטיבי)?⁶

למרות חשיבותן המעשית הרבה של סוגיית הצירוף ושל סוגיית ההתנאה על דיני הצירוף, טרם נתגבשה לגביהן הלכה ברורה. חסרה לנו עדיין תורה סדורה שתסייע בידי בתי המשפט ליישם באורח שיטתי ועקבי את העקרונות החולשים על צירוף תרופות ועל אפשרות ההתנאה עליהם.⁷ אכן, בישראל דיני התרופות הם עדיין בגדר שדה שטרם נחרש לעומק. היקף העיסוק של מלומדים ישראלים בסוגיות מתחום התרופות היה עד לאחרונה מוגבל בהשוואה למצב בשיטות משפט אחרות. למרות חשיבותו הרבה של תחום התרופות, סוגיות לא מעטות – חלקן מרכזיות למדי – טרם זכו אצלנו לליבון הלכתי ואקדמי מספקים. יתר על כן: ההכרה ב"תרופות" כענף משפטי אוטונומי המצדיק עיון וחקירה נמצאת עדיין בחיתוליה.⁸

כאמור, פרשת קניונים הציפה שתי סוגיות עומק מדיני התרופות. מבחינה זו זימנה הפרשה לערכאות שדנו בה הזדמנות פז להשלים חסר מורגש בדין התרופות בישראל. דא עקא, שהזדמנות זו לא נוצלה באף אחד מפסקי הדין שניתנו בפרשה. הערכאות – ובכללן שני הרכבים של בית המשפט העליון – הכריעו לגוף המחלוקת בלי להציג באופן סדור ושיטתי את השאלות המשפטיות הרלוונטיות ואת התשתית הנורמטיבית הנדרשת להכרעה בהן. קיצור דרך זה הוליד בפרשת קניונים רצף של הכרעות שיפוטיות סותרות – ובחלקן אף שגויות – בין מבחינת הגישה המתודית ובין מבחינת ההכרעה הקונקרטית. כפי שנראה, בסופו של יום הגיע בית המשפט העליון בפסק הדין הסופי שניתן בפרשה להכרעה סבירה שאפשר היה להצדיקה. עם זאת, נימוקיו של בית המשפט והקביעות הכלליות שעליהן הסתמך בדרכו לתוצאה זו נראים בעינינו בעייתיים הן במישור העקרוני

6 בצד שאלות עקרוניות אלה חייבה ההכרעה בפרשת קניונים – שבה התרופות שצירופן נדון נקבעו בחוזה עצמו – היזקקות לשאלה נוספת, היא שאלת פרשנותו של החוזה. במקרים אלה סוגיית הפרשנות היא שאלה מקדמית שמן ההכרח להשיב עליה בטרם נדרשים לשאלת הצירוף. כפי שיובהר בהמשך הרשימה, פירוש ההוראה התרופתית שעליה נסבה פרשת קניונים עורר קשיים נכבדים, שרובם כלל לא נדונו בפסק הדין, והמצדיקים עיון מעמיק. אף-על-פי-כן, העיון בשאלה הפרשנית ייעשה ברשימה זו בקיצור רב, בהיותו חורג מתחום התרופות שבו אנו מבקשים להתמקד.

7 דיון כללי בסוגיית הצירוף ובסוגיית ההתנאה על דין התרופות אפשר למצוא בפרק השלישי בספרם של גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (התשס"ט-2009).

8 לסקירה קצרה של התפתחות דיני התרופות בישראל ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר "תרופות בשל הפרת חיוב – מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" קריית המשפט 185 ו 187-190 (התשס"ו, 2006); שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 5-11. לדיון השוואתי בהתפתחותו ובמעמדו של תחום התרופות במשפט האנגלו-אמריקני, במשפט הקונטיננטלי ובהצעת הקודיפיקציה הישראלית ראו Yehuda Adar & Gabriela Shalev, *The Law of Remedies in A Mixed Jurisdiction: The Israeli Experience*, 23 TUL. EUR. & CIV. L.F. 111 (2008).

והן מבחינת כוחם לתמוך במסקנה הקונקרטית שאליה הגיע. פסק הדין הסופי בפרשת קניונים סובל אפוא מדיסוננס נורמטיבי מעניין בין ההכרעה הקונקרטית שאליה הגיע בית המשפט – שכאמור נראית לנו סבירה – לבין קו ההנמקה המשפטי (legal reasoning) שהוליך אליה.⁹ דיסוננס נורמטיבי זה, שלדעתנו לא היה מחויב המציאות, ממחיש את תרומתו הפוטנציאלית של ניתוח אקדמי שיטתי לפתרון היעיל של סכסוכים משפטיים. הרשימה מעמידה (בפרק ג') מודל עיוני כללי להכרעה בסוגיה של צירוף התרופות ובסוגיית ההתנאה על דין הצירוף, ומדגימה (בפרק ד') את האופן שבו ראוי היה ליישמו בנסיבות המעניינות של פרשת קניונים.

ב. פרשת קניונים

1. הרקע למחלוקת

בחודש יולי 1993 נכרת חוזה מכר בין קניונים נכסים ובנין בע"מ (להלן: המוכרת) לבין יצחק רוט וחברת בני יעקב נדל"ן בע"מ (להלן, ביחד: הקונה). הממכר, חנות במרכז מסחרי בנתניה, נמכר לקונה כנכס מניב (דהיינו: נכס המושכר לצד שלישי) תמורת 600 אלף דולר.¹⁰ בסמוך לכריתת החוזה שילם הקונה את מחצית התמורה ותשלום המחצית השניה נקבע למועד מסירת החזקה. ביני לביני החל הקונה להעלות טענות כלפי המוכרת ובהן ייחס לה הפרה של החוזה. בשלב מסוים הודיע הקונה למוכרת על ביטול החוזה ודרש השבה של הסכום ששילם על חשבון התמורה. משלא נענה הגיש הקונה המרצת פתיחה להצהרה שיפוטית שלפיה החוזה בוטל על-ידיו כדין. בהתנהגות זו ראתה המוכרת משום הפרה צפויה של החוזה ולפיכך הודיעה לקונה על ביטולו. במהלך הדיון בבית המשפט הסכימו הצדדים כי החוזה לא ייאכף וכי המחלוקת ביניהם תתמצה בשאלה מי מהם הפר אותו, מי הצד החייב בתשלום פיצויים לרעהו ומה ההיקף של חיובי ההשבה החלים על הצדדים עם ביטול העסקה.¹¹ לאור הסכמה זו מחק הקונה את תביעתו המקורית ותחתיה הגיש תביעה להשבה ולפיצויים. המוכרת, שכל אותה עת

9 על השלכותיו השליליות של דיסוננס זה אנו עומדים בפרק ד.4 להלן, בטקסט שליך ה"ש 157-159.
10 זכויות המוכרת כלפי השוכר הומחו לקונה במסגרת חוזה המכר. יצוין כי לכל הסכומים הנדונים בפסק הדין התווסף מע"מ. מטעמי פישוט נתייחס בהמשך הרשימה לסכומי הקרן בלבד.
11 כפי שיצוין בסמוך, בשנים שלאחר כריתת החוזה חלה ירידה תלולה בשווי השוק של הנכס. ייתכן שסיבה זו עמדה ביסוד רצונו של הקונה להשתחרר מן העסקה, אפשרות שאף נרמזה בערעור הראשון. מצד המוכרת, לעומת זאת, השיקול לוותר על תביעת האכיפה היה נעוץ כנראה במערכת הסעדים הנדיבה שהחוזה העמיד לרשותה במקרה של הפרה מצד הקונה – שהתירה לה, לטענתה, לחלט סכום ניכר מתוך כספי התמורה שכבר שולמו לה.

המשיכה להחזיק במחצית התמורה ששולמה לה (בסך 300 אלף דולר), לא ראתה צורך להגיש תביעה כספית נגדית נגד הקונה. ברם, בקיץ 1997 הודיעה המוכרת כי מתוך הסכום האמור היא מקזזת 280 אלף דולר – סכום שלטענתה היא זכאית לחלט, על-פי הוראות החוזה, בעקבות הפרתו היסודית בידי הקונה.¹² כפי שנראה להלן, שאלת זכאותה של המוכרת לסעד עצמי זה היא שעמדה בלב המחלוקת שנדונה בפרשת קניונים.

2. המסכת המשפטית

(א) הגלגול הראשון: בית המשפט המחוזי בית המשפט המחוזי, שבפניו נדונה תביעתו הכספית של הקונה להשבה ולפיצויים בעקבות ביטול החוזה, דחה את טענות הקונה בדבר הפרה מצד המוכרת אך קבע כי בעניין אחד הטעתה המוכרת את הקונה.¹³ הטעיה זו, כך נפסק, הצדיקה את ביטול החוזה על-ידי הקונה – ביטול שבתורו הקים לקונה זכות להשבת הכספים ששילם על חשבון התמורה. מאחר שכאמור חלק קטן מהסכום (20 אלף דולר) כבר הוחזר לקונה על-ידי המוכרת, הורה לה בית המשפט להשיב לקונה את יתרת הסכום (שעל חילוטו הצהירה המוכרת), קרי: 280 אלף דולר.¹⁴

(ב) הגלגול הראשון: בית המשפט העליון על פסק הדין ערערו שני הצדדים לבית המשפט העליון. המוכרת טענה כי לא הפרה את החוזה ואף לא הטעתה את הקונה. עוד טענה, כי במקרה של הפרה יסודית מצד הקונה היא זכאית לחלט מתוך כספי התמורה 280 אלף דולר – זכות שאותה אכן מימשה.¹⁵ זכאות זו, טענה המוכרת, מעוגנת בהוראת סעיף 23(ב) לחוזה המכר. הוראה זו, שעמדה במוקד פרשת קניונים, קבעה בזו הלשון:

במקרה של הפרה יסודית של החוזה ע"י הקונה, יהא המוכר זכאי לבטל את החוזה [...] ובאותו מועד יהא החוזה בטל ומבוטל, והמוכר יהיה

- 12 את היתרה בסך 20 אלף דולר בלבד השיבה המוכרת לקונה.
- 13 ההטעיה התבטאה באי-גילוי העובדה שהמוכרת (שהייתה בעלת הקניין כולו) הפכה – לפני כריתת החוזה – את שטח המרחב המוגן הקומתי (ממ"ק) הצמוד לחנות ליציאת חירום של הקניין ולשטח ציבורי.
- 14 בקשתה של המוכרת לעכב את ביצועו של פסק הדין עד למיצוי הליכי הערעור נדחתה וההשבה הכספית בוצעה בפועל. בפסק הדין אין התייחסות לשאלת זכותו של הקונה, נוסף על ההשבה, לפיצויים בגין נזקי ההטעיה.
- 15 סכום שאותו נאלצה, כאמור, להשיב לקונה בהוראת הערכאה הראשונה – ושבו ביקשה לשוב ולזכות מחדש.

רשאי למכור את הממכר לאחרים ו/או לעשות בו כל שימוש אחר לפי ראות עיניו. המוכר יחזיר לקונה את הכספים שייגבו ממכר הממכר לאחרים בניכוי חמישית ממחיר הממכר כפיצוי קבוע ומוסכם מראש בגין נזקו של המוכר מחמת הפרת החוזה. לא נמכר הממכר, יוחזרו לקונה כספים בגובה שווי הממכר בעת הביטול בניכוי חמישית ממחיר הממכר כפיצוי קבוע ומוסכם מראש [...]

לטענת המוכרת, הסיפא של הוראה זו הקנתה לה בנסיבות המקרה זכות לחלט מתוך מה ששילם לה הקונה עד לאותו מועד על חשבון התמורה (300 אלף דולר) שני סכומים מצטברים: האחד – פיצוי מוסכם בשיעור חמישית מהמחיר החוזי, קרי: 120 אלף דולר; והאחר – סכום של 160 אלף דולר, המבטא את שיעור ירידת ערך הממכר בתקופה שבין כריתת החוזה לבין מועד החזרתו של הנכס לידי המוכרת (להלן: מרכיב ירידת הערך).¹⁶ הקונה, מצידו, קבל בעיקר על כך שהערכאה הראשונה לא פסקה לטובתו פיצויים כלשהם. כטענה חלופית (למקרה שערעור המוכרת הוא שיתקבל) טען הקונה כי הפיצוי המוסכם הכולל שאותו חילטה המוכרת לעצמה, בסך 280 אלף דולר, הוא מופרז ויש להפחיתו.

בית המשפט העליון ייחס לקונה ידיעה על מצב הנכס בעת כריתת החוזה ולפיכך שלל את קביעתה של הערכאה הדיונית כי הוא הוטעה.¹⁷ מסיבה זו נקבע גם כי הקונה אינו רשאי לטעון לאי-התאמה של הנכס, קרי: להפרה של החוזה.¹⁸ הודעת הקונה על

16 כפי שיובהר בהמשך, הזכאות למרכיב ירידת הערך אינה מעוגנת במפורש בלשון החוזה והכרה בה נשענת על פרשנות תכליתית ליברלית שלו. ראו להלן פרק ד.2(ב).

17 הערעור הראשון, לעיל ה"ש 5, בפס' 30.

18 הסתמכות כזו נשללת מכוחו של ס' 12 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, ס"ח 98 הנזכר בפס' 31 לפסק הדין. לדיון בס' 12 לחוק המכר ראו גם איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 278-282 (פירוש לחוקי החוזים, גר טרסקי עורך, 1987) (להלן: זמיר, חוק המכר). בית המשפט העליון היה מוכן להניח לטובת הקונה כי אף שידע שהחנות מוגדרת כמרחב מוגן קומתי (ממ"ק), לא היה מודע לכך שבשעת חירום אמור הממ"ק לשמש את כלל הציבור. ואולם בית המשפט לא ראה בטעות זו של הקונה עילה לביטול החוזה. את מסקנתו ביסס בית המשפט על התרשמותו כי הפרש השווי בין מרחב מוגן המשמש בכל עת רק את באי החנות (כפי שהקונה רשאי היה אולי להניח על יסוד החוזה) לבין מרחב המשמש בעתות חירום גם את כלל הציבור (כפי שהיה המצב בפועל) הוא "עניין של מה בכך", וכי מכל מקום שוויו ועצם קיומו של הפרש כזה לא הוכחו. ראו שם, בפסקות 33, 34. בנקודה זו נראה לנו כי הניתוח של בית המשפט אינו שלם. במסגרת עילת ההטעיה אין דורשים מהצד המוטעה להראות שטעותו היא יסודית או חמורה, ודי בכך שיראה כי הוטעה וכי מתקיים קשר סיבתי בין ההטעיה לבין ההתקשרות בחוזה. לעניין זה ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 313 (2005), המפנה בהקשר זה לע"א 5349/97 זוסמן נ' טייב, פ"ד נד(2) 499, 494 (1998). ייתכן שאפשר להסיק במשתמע מדברי בית המשפט כי בשל חשיבותו המינורית של הפרט שבו טעה הקונה לא התקיים יסוד הקשר הסיבתי, ולחלופין כי מדובר בטעות כה

ביטול החוזה נעשתה לפיכך ללא עילה בדין והיותה הפרה יסודית של החוזה,¹⁹ שבתורה הקימה למוכרת זכות לביטול החוזה וכן – בעקבות הביטול – זכות להשבה של הנכס ולפיצויים בשל נזקי ההפרה.

בכאן לקבוע את היקף ההשבה והפיצויים שלהם זכאית הייתה המוכרת, נדרש בית המשפט העליון להוראת סעיף 23(ב) לחוזה המכר, שהובאה לעיל. בלי להתעכב בשלב זה על הבעיות הפרשניות הכבדות שהוראה זו מעוררת – בעיות שלא נדונו בערעור הראשון – נציין כי בית המשפט העליון קיבל את עמדת המוכרת שלפיה החוזה אכן הקנה לה את הזכות לחלט סך כולל של 280 אלף דולר. סכום זה מורכב, כך פסק בית המשפט, משני רכיבים המצטברים זה לזה:

- (1) רכיב בסך 160 אלף דולר, המבטא את ההפרש בין המחיר החוזי של הנכס (600 אלף דולר) לבין שוויו (כמוערך על-ידי שמאי) בסמוך למועד הביטול (440 אלף דולר);
 - (2) רכיב בסך 120 אלף דולר (חמישית ממחירו החוזי של הממכר) שנקבע בחוזה כפיצויים מוסכמים מראש, שאותם תהא המוכרת זכאית לנכות מן הסכום שעליה להשיב לקונה לאחר ביטול החוזה והחזרת הממכר לידיה.²⁰
- אף-על-פי-כן, "בשים לב לגובה הפיצוי המוסכם (\$280,000 מתוך \$600,000)",²¹ קבע בית המשפט העליון כי מן הראוי לאפשר לקונה לטעון – בהסתמך על סעיף 15(א) לחוק התרופות – להפחתתו של הסעד החוזי המוסכם.²² לפיכך הורה בית המשפט על החזרת התיק לבית המשפט המחוזי לשם דיון "בעניין הפחתת הפיצוי המוסכם, ובעניין זה בלבד".²³

שולית וזניחה עד שמדובר בזוטי דברים. מכל מקום, טוב היה לו הבהיר בית המשפט מהו הבסיס המשפטי לשלול מן המוכר את זכותו לבטל את החוזה בשל הטעיה.

19 להלכה המושרשת שלפיה הודעה שלא כדין על ביטול החוזה מהווה הפרה יסודית שלו ראו, למשל, ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661, 671 (1988); ע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ס.ע.ל.ר. חברה לבנין בע"מ, פ"ד נב(1) 210, פס' 13 (1998): "מסירת הודעת ביטול שלא כדין הינה הפרה יסודית של החוזה (או הפרה יסודית צפויה...)".

20 הערעור הראשון, לעיל ה"ש 5, בפס' 36.

21 שם, בפס' 40.

22 כידוע, ס' 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16 (להלן: חוק התרופות) מעגן את סמכותו של בית המשפט להפחית סכום שנקבע בחוזה כפיצוי מוסכם אם ראה שהסכום נקבע ללא כל יחס סביר לסכום שניתן היה לראותו, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של הפרת החוזה. לדיון בסמכות ההפחתה ובמבחנים החולשים על הפעלתה ראו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 495-513. בפסיקה ראו למשל: ע"א 18/89 חשל חברה למסחר ונאמנות בע"מ נ' פרידמן, פ"ד מו(5) 257, 261-262 (1992); ע"א 4481/90 אהרן נ' ג. פרץ מ. בן גיאת חברה להנדסה ובנין בע"מ, פ"ד מז(3) 427, 432 (1993) (להלן: פרשת אהרן).

23 הערעור הראשון, לעיל ה"ש 5, בפס' 41.ג.

(ג) הגלגול השני: בית המשפט המחוזי

הקושי הראשון שבו נתקל בית המשפט המחוזי בבואו להכריע בשאלת הפחתתו של "הפיצוי המוסכם" היה קושי מושגי: מהו אותו "פיצוי מוסכם" שאת מידת סבירותו הורה לו בית המשפט העליון לבחון? תחילה סבר שהפיצוי המוסכם שאותו עליו לבחון הוא רק השני מבין רכיבי הסעד שתבעה המוכרת (כלומר: פיצוי בסך 120 אלף דולר) – שכן רק סכום זה הוגדר בחוזה במפורש כ"פיצוי מוסכם".²⁴ יתר על כן: אגב אורחא ראה בית המשפט להעיר כי לשיטתו מרכיב ירידת הערך והפיצוי המוסכם הטהור אינם מפצים על ראשי נזק נפרדים אלא מקיימים ביניהם חפיפה ולפיכך אין כל הצדקה לצרפם זה לזה.²⁵

אף-על-פי-כן, לאור הנחייתו של בית המשפט העליון כי "הפיצוי המוסכם" שאותו עליו לבחון הוא הסכום הכולל של 280 אלף דולר, ראה עצמו בית המשפט המחוזי אנוס לאמץ הנחת מוצא שלפיה צירוף הסכומים אפשרי מבחינה חוקית.²⁶

הקושי השני שעמו התמודד בית המשפט המחוזי נגע בסוגיית ההפחתה. בהקשר זה העלתה המוכרת טענה מקדמית שלפיה אין לראות במרכיב ירידת הערך חלק מן הפיצוי המוסכם כי אם סעד של השבה מוסכמת. סעד זה, כך טענה, אינו כפוף כלל ועיקר לסמכות ההפחתה של בית המשפט ולכן את שאלת ההפחתה יש לבחון רק ביחס לפיצוי המוסכם הטהור (בסך 120 אלף דולר). טענה זו נדחתה על-ידי בית המשפט. זאת, בשל היותה מנוגדת הן להנחת המוצא בדבר מהותם המפצה (קומפנסטורית) של שני מרכיבי הסעד הנדונים כאחד, הן להנחיה המפורשת של ערכאת הערעור כי הסכום שאת הפחתתו על הערכאה הדיונית לבחון הוא 280 אלף דולר.

לגוף העניין, בבואו לבחון את סבירותו של "הפיצוי המוסכם הכולל", הגיע בית המשפט המחוזי למסקנה כי סכום של 280 אלף דולר, שהוא 46.6% ממחיר הממכר, חורג באופן בולט מהמקובל בעסקות מכר מקרקעין, שבהן הפיצוי המוסכם המרבי הנוהג הוא של 20% משווי העסקה. לפיכך הפחית בית המשפט את הפיצוי המוסכם הכולל עד כדי סך של 120 אלף דולר בלבד, שבנסיבות העניין נראה בעיניו כגבול העליון של מתחם

24 בלשונו של בית המשפט המחוזי, בפסק הדין המשלים, לעיל ה"ש 5, בפס' ג': "לאור הנחיות בית המשפט העליון, השאלה היחידה שבמחלוקת היא האם יש להפחית את סכום הפיצוי המוסכם, שהוגדר כחמישית מערך הממכר".

25 "לטעמי, המשמעות של פיצוי קבוע ומוערך מראש, כולל את כל "ערכי הנוק" שניתן לראותם בעת עריכת החוזה, לרבות גם ירידת ערך. אין המדובר פה במנגנוני פיצוי מוסכם נפרדים שאינם מוציאים זה את זה [...] ניתן לתבוע פיצויים בפועל, במקום, פיצוי קבוע ומוערך מראש [...]". שם, בפס' ד'. שאלת החפיפה התרופתית בין רכיבי הסעד השונים שקבע החוזה תיבחן להלן, בפרק ד.3(ג).

26 "[...] יש בפני בית המשפט קביעה שקיים פיצוי קבוע ומוערך בגובה של 280,000 דולר [...]". שם.

הסבירות. לאורה של קביעה זו הורה בית המשפט המחוזי למוכרת להשיב לקונה כל סכום שנתקבל אצלה על חשבון התמורה החוזית מעבר ל-120 אלף דולר.²⁷

(ד) הגלגול השני: בית המשפט העליון

גם על פסק דינו המשלים של בית המשפט המחוזי ערערו הצדדים לבית המשפט העליון. הקונה העלה בערעורו סדרה של טענות לביסוס עמדתו שלפיה המוכרת אינה זכאית אפילו לפיצוי המופחת שפסק לה בית המשפט קמא. טענות אלה נדחו כולן, תוך שבית המשפט מציין כי מדובר ב"ערעור טקטי מובהק".

המוכרת, מצדה, טענה כי לא היה כל מקום להפחית את ה"פיצויים המוסכמים" שקבע החוזה. בעניין זה חזרה המוכרת על טענתה כי מרכיב הסעד הראשון (בסך 160 אלף דולר) אינו חשוף כלל לסמכות ההפחתה בהיותו סעד של השבה מוסכמת ולא של פיצוי.²⁸ לפיכך נותרה המוכרת עם פיצוי מוסכם בשיעור של 20% בלבד – שיעור שאינו מצדיק התערבות גם לשיטתו של בית המשפט קמא.

באשר לטענה כי למעשה כלל אי-אפשר לצרף את שני מרכיבי הסעד שכן צירוף כזה יצמיח כפל פיצוי, השיבה המוכרת כי גם אם ייקבע שמנגנון ההשבה המוסכם הוא במהותו מנגנון של פיצוי על נזק, עדיין אין כל מניעה לצרפו לפיצוי המוסכם הטהור. זאת, מן הטעם שאין מתקיימת חפיפה בין ראשי הנזק שעליהם בא לפצות כל אחד משני מרכיבי הפיצוי: בעוד שהמרכיב הראשון (160 אלף דולר) בא לפצות את המוכרת אך על הנזק הישיר של ירידת ערך הנכס בתקופת הביניים, המרכיב השני (הפיצוי המוסכם הטהור) נועד לפצותה על כל יתר נזקיה (נזקים עקיפים דוגמת הוצאות מכירה של הנכס, הוצאות משפטיות והוצאות מימון בתקופה שעד למכירת הנכס).²⁹

27 זאת, כשהסכום המושב משוערך למן המועד שבו קיזזה אותו המוכרת מחיוב ההשבה שלה ועד למועד השבתו בפועל לידי הקונה.

28 המוכרת נימקה זאת הן בלשונו והן בתכליתו של הסדר ההשבה. היא הדגישה, בין היתר, את העובדה שבמקרה של עליה בערך הנכס היה הסדר ההשבה החוזי מיטיב עם הקונה דווקא – שהיה זוכה בשוויו המאוחר הגבוה (שעה שעל-פי דין אין הקונה-המפר זכאי אלא להשבת הסכום ששילם). לגרסת המוכרת, תכלית ההוראה הייתה אפוא להסכים על היקף ההשבה ולא על גובה הפיצוי שייפסק למוכרת. במישור הדיוני טענה המוכרת כי בניגוד לעמדתה של הערכאה הראשונה, קביעת מהותו המפצה של המרכיב הראשון נעשתה בערעור הראשון אגב אורחא ולפיכך אין לראות בה קביעה מחייבת הכובלת את שיקול דעתה של הערכאה הדיונית. כפי שנראה להלן, טענה זו נתקבלה על דעתו של בית המשפט העליון בערעור השני. טענות המוכרת מובאות בערעור השני, לעיל בה"ש 5, פס' ד' לפסק הדין.

29 תגובת המוכרת לטענת כפל הפיצוי מובאת שם, בפס' ו' לפסק הדין. פירוט ראשי הנזק שאת צפייתם ייחסה המוכרת להוראת הפיצוי המוסכם הטהור מובא בפסק הדין המשלים, לעיל בה"ש 5, פס' ד' לפסק הדין.

בית המשפט העליון קיבל באופן חלקי את ערעורה של המוכרת וחייב את הקונה לשלם לה 100 אלף דולר נוסף על הסכום (בסך 120 אלף דולר) שפסק לטובתה בית המשפט המחוזי.³⁰ לתוצאה זו הגיע בית המשפט העליון בשלושה שלבים. בשלב הראשון קבע בית המשפט – בניגוד להתרשמותו של בית המשפט המחוזי – כי בערעור הראשון לא נקבע כל ממצא מחייב באשר למהותו של הסעד המוסכם הראשון.³¹ מבחינת ההסדר גופו קבע בית המשפט העליון כי אכן, כטענת המוכרת, אין מדובר בפיצוי כי אם בסעד של השבה מוסכמת. מכל מקום, כך קבע בית המשפט, אין מדובר בתרופה של פיצוי מוסכם הכפופה לסמכות ההפחתה שבסעיף 15(א) לחוק התרופות.³² ניתוח השלב הראשון בפסק הדין בערעור הסתיים אפוא בהכרעה כי מרכיב הסעד הראשון שהעניק החוזה למוכרת (בסך 160 אלף דולר) אינו חשוף כלל לסמכות ההפחתה וכי המוכרת זכאית לו במלואו בתורת סעד של השבה מוסכמת. בשלב השני של הדיון נפנה בית המשפט לעסוק בשאלת הצירוף של שני מרכיבי הסעד. גם בשאלה זו פסק בית המשפט העליון לטובת המוכרת, בקובעו כי בשל מהותם הנבדלת של מרכיבי הסעד אין כל מניעה לצרפם:

[...] חופש החוזים מקנה אפשרות לשילוב בין תרופות להפרת חוזה. אין השבה מוסכמת וקיומם של פיצויים מוסכמים מוציאים בהכרח זו את זו. ניתן להעמיד את כולם תחת גג אחד, מוסכם, ובתנאי שלא תהא חפיפה בין הפיצוי המוסכם לפיצוי האחר [...] הצדדים גיבשו "חבילה" מוסכמת,

30 כך מוסברים הדברים בערעור השני, לעיל ה"ש 5, בפס' ט' לפסק הדין. יצוין, כי בחלק האחרון של פסק הדין (פס' ט(4)) נפלה מלפני בית המשפט העליון טעות חישוב או טעות סופר. נקבע שם כי המערערת זכאית לסכום כולל של 660 אלף דולר, בעוד שברור מתוך הפסקאות הקודמות שהכוונה היא לסך כולל של 220 אלף דולר, כלומר: 100 אלף דולר מעבר למה שנפסק לטובת המוכרת בבית המשפט המחוזי.

31 בלשונו של בית המשפט העליון: "קריאה של סעיף 23(ב) לחוזה בחלקו הרלבנטי בדקדוקו מלמדת לדעתי כי יש לפרש את דבריו של בית משפט זה, שכזכור לא נדרש לפירוט בנושא הפיצוי המוסכם, כמתייחסים ל"שורה התחתונה" [...] בלא להיכנס לרכיביו של פיצוי זה". שם, בפס' ז(5) לפסק הדין.

32 בלשונו של בית המשפט שם, בפסקות ז(5) ו-ז(7): "[...] יש לקרוא את סעיף 23(ב) ככולל שני סוגי הסכמה, קרי באופן המפצל בין ההשבה המוסכמת לבין הפיצוי המוסכם ה'גרעיני'. בכך מופג חששו של בית המשפט קמא מפיצוי מוסכם של 46% [...] לדעתי יש – כאמור – לקרוא את החוזה כמשלב שני סוגי תרופות. זאת, הן בשל חופש החוזים ולשון סעיף 23(ב), הן בהשוואה בין סעיפים 11 ו-15 לחוק החוזים (תרופות) [...] יש לפרש את פסק דינו הקודם של בית משפט זה כמחזיר את הדיון בהפחתה במהות לגבי מה שקרוי בחוזה פיצוי מוסכם, קרי, חמישית ובענייננו 120,000\$".

שלחקה ההשבה המוסכמת, וחלקה הפיצוי המוסכם, ואלה אינם מוציאים
אלה את אלה.³³

השלב השני בדיון הסתיים אפוא בקביעה שהמוכרת הייתה זכאית לצרף את הסעדים שהעניק לה החוזה, כפוף לסמכותו של בית המשפט להפחית משיעורו של רכיב הפיצוי המוסכם.

בשלב השלישי דן בית המשפט העליון בשאלת הפחתתו של הפיצוי המוסכם. כאן הגיע בית המשפט למסקנה שאכן ראוי, כטענת הקונה, להפחית את שיעור הפיצויים המוסכמים שנקבעו בחוזה. הטעם לכך הוא שהצדדים, כאנשי עסקים סבירים, לא היו יכולים לצפות בעת הכריתה ירידת ערך תלולה כדוגמת זו שהתרחשה בפועל (בשיעור של בין 26% ל-27% ממחירו החוזי של הנכס). המוכרת והקונה ציפו לעסקת מכר פשוטה וקצרת טווח ולכן נזק בהיקף כזה לא היה צפוי, בפרט לאור ההנחה שהנכס עצמו ("ערך הבסיס", כלשונו של בית המשפט) יושב לידי המוכרת בעקבות ביטול החוזה.³⁴ לפיכך הורה בית המשפט על הפחתת הפיצוי המוסכם (הטהור) במחצית, כלומר: עד כדי שיעור של 10% בלבד מהמחיר החוזי (60 אלף דולר).

כפי שכבר צוין בפתח הרשימה, העיון בסדרת פסקי הדין בפרשת קניונים, ובמיוחד בפסק הדין בערעור השני שהכריע בה באורח סופי, מעלה שורה של קשיים מהותיים

33 שם, בפס' ז(א)(3) לפסק הדין. יצוין כי בתוך, בין שני חלקיו של הציטוט המופיע בטקסט, דן פסק הדין בהבחנה בין פיצויים לפי ס' 11(א) לחוק התרופות לבין פיצויים לפי ס' 15 לאותו חוק, וקובע כי אף ששניהם פיצויים ללא הוכחת נזק, הרי "אין הפיצויים הללו מדברים באותו עניין. הפיצוי לפי סעיף 11(א) בא להעמיד את הנפגע על מכונו; אין הוא מוציא את הפיצוי לפי סעיף 15". בית המשפט הוסיף והדגיש כי היחס בין שני הסעיפים הללו מסייע לפרשנות ס' 23(ב) בחוזה וכי הוא רלוונטי להכרעה בסוגיית ההפחתה. דברים אלה עשויים ללמד כי בית המשפט העליון ראה במרכיב ירידת הערך סוג של פיצוי שהוא אנלוגי לפיצויים בלא הוכחת נזק לפי ס' 11(א) לחוק התרופות. עם זאת, קשה להעלות מן הדברים באיזה מובן סעד ההשבה המוסכם שאותו, לדעת בית המשפט, קבע החוזה, שקול או אנלוגי לפיצויים לפי ס' 11(א). כפי שיובהר להלן, לדעתנו הפרשנות הנכונה של הסדר ההשבה במקרה דנן אכן רואה בו הסדר המבטיח למוכרת – בדומה להסדר הקבוע בס' 11(א) לחוק התרופות – פיצוי בגין ירידת ערך הנכס. מכל מקום, מהלשון המפורשת שנקט בית המשפט פעמים מספר לאורך פסק הדין מתקבל הרושם שראה במרכיב הראשון בתביעת המוכרת בראש ובראשונה הסדר של השבה מוסכמת ולא הסדר שתכליתו פיצוי על נזק.

34 תמיכה במסקנתו שהפיצוי המוסכם מופרז בשיעורו מצא בית המשפט העליון הן בתכלית הסובייקטיבית והן בתכלית האובייקטיבית של החוזה. במישור הסובייקטיבי צוין כי "המדובר בירידת ערך של 26-27 אחוזים בתוך תקופה של פחות מ-11 חודש. כאמור, מסופקני אם, אילו נשאלו הצדדים בעת כריתת החוזה, היו רואים בעיני רוחם ירידה אשר כזאת. [...] בנסיבות דומני שסדר גודל כזה של ירידת ערך (26-27 אחוזים) לא נצפה". ואילו במישור האובייקטיבי נאמרו דברים אלה: "התכלית האובייקטיבית היא, כי אנשים הוגנים יראו ירידת ערך כפי שהיתה בתקופה קצרה כל כך כמצדיקה פיצוי נמוך יחסית, שעה שערך הבסיס כולו נותר בידי המערערת". שם, בפס' ט(2).

ומתודולוגיים. קשיים אלה, כך נטען להלן, היו עשויים להימנע אילו הועלו השאלות הנכונות בסדר הנכון ואילו היו שאלות אלה נבחנות באורח שיטתי, לאורם של העקרונות הכלליים החלים בסוגיה של צירוף תרופות ובסוגיית ההתנאה על דין התרופות. לעיון בעקרונות כלליים אלה אנו פונים עתה.

ג. צירוף תרופות חוזיות: המודל המוצע

1. מפת הדרכים: השאלות הטעונות הכרעה

המפתח להכרעה מושכלת בכל מחלוקת משפטית נמצא בהגדרה נכונה של השאלה הראשית העומדת להכרעה ושל שאלות המשנה שהכרעה בהן דרושה לשם מענה לשאלה הראשית. בפרשת קניונים השאלה הראשית הייתה זו: האם המוכרת זכאית להפעיל במצטבר הן את הסדר ההשבה החוזי והן את הפיצוי המוסכם הטהור?

התמודדות עם שאלה זו מחייבת עיון בעקרונות המשפטיים העוסקים בשאלות של צירוף תרופות וסעדים (להלן: דיני הצירוף).³⁵ דיני הצירוף עוסקים בשאלה האם, ובאילו נסיבות, זכאי הנפגע מהפרת זכות (בהקשר דגן: הפרת חוזה) לתבוע יותר מתרופה אחת בגין ההפרה. דיני הצירוף בישראל, שבעיקרם הם פרי פיתוח הלכתי, מכירים – בכפוף לסייגים ידועים – בזכות כזו של הנפגע מהפרת החוזה. כפי שנראה, מעקרונות הצירוף הכלליים שקבעה ההלכה אפשר לגזור מענה קונקרטי ברור לשאלות רבות, בכללן שאלות דוגמת אלה שהתעוררו בפרשת קניונים.

אלא שלעתים לא יהא די בדיני הצירוף הכלליים כדי לספק מתוכם מענה שלם לבעיה. כך יהיה, לדוגמה, כל אימת שהתרופות שצירופן מתבקש הן תרופות המעוגנות בחוזה שבין הצדדים (להבדיל מתרופות המעוגנות בדין). כאשר מקורה של התרופה המבוקשת הוא בחוזה עצמו, נהיית שאלת הצירוף מורכבת יותר. שני טעמים לדבר: ראשית, כאשר הצירוף הנבחן הוא של תרופות חוזיות, יישומם של דיני הצירוף מצריך מהלך מקדים של פרשנות החוזה. עניין זה הוא פשוט: ללא הבנת מהותן של התרופות החוזיות שצירופן מתבקש לא ניתן ליישם כהלכה את דיני הצירוף הכלליים. שלב הפרשנות הוא אפוא שלב ראשון וחיוני, הקודם מבחינה אנליטית לשאלת הצירוף עצמה. שנית, כאשר מדובר במערכת יחסים חוזית עשויה להידרש הכרעה גם בשאלת ההתנאה על דיני הצירוף. אם, לדוגמה, קבעו הצדדים בחוזה צירוף של תרופות שאינו מוכר בדיני הצירוף הכלליים, תתעורר השאלה באיזו מידה, אם בכלל, יש ליתן תוקף להתנאתם.

35 להבחנה בין תרופות לבין סעדים ולנפקיותיהן ראו יהודה אדר "על הדבש ועל העוקץ – הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי" משפט ועסקים ה' 347, 352-359 (התשס"ו, 2006); שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 11-16.

הנה כי כן, הכרעה שלמה בשאלת צירופן של תרופות חוזיות מחייבת עיון שיטתי בשלוש שאלות נפרדות: הראשונה היא שאלת הפרשנות של התרופות החוזיות; השנייה היא שאלת עמדתם של דיני הצירוף לגבי אפשרות צירופן של תרופות מהסוג שאליהן משתייכות התרופות החוזיות הנדונות; השלישית ואחרונה היא שאלת כוחם של הצדדים להתנות על עקרונות הצירוף הכלליים ולקבוע בחוזה זכאות לצירוף שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות אלה.

ברשימה זו אין אנו מבקשים להציע עיון חדש בדיני פרשנות החוזה. לפיכך, אף שבפרק ד' תיבחן בקצרה גם שאלת הפרשנות של ההסדר התרופתי שקבעו הצדדים בפרשת קניונים, עיקר מעייננו יהיה נתון לעיון בשתי הסוגיות שהפרשה מעוררת מתחום דיני התרופות, קרי: שאלת הצירוף ושאלת ההתנאה על דין הצירוף.

2. המסגרת הנורמטיבית: דיני צירוף התרופות

(א) פתיח

לסוגיית הצירוף או הצבירה של תרופות נודעת חשיבות מכרעת בדיני התרופות. אף-על-פי-כן לא זכתה הסוגיה לליבון מעמיק בפסיקה או בספרות המשפטית בארץ ומחוצה לה.³⁶ במישור העיוני יש בדיון בסוגיית הצירוף כדי לשפוך אור על מהותה ועל עוצמתה של הזכות המשפטית. כך, לדוגמה, בהקשר החוזי, אם יתברר שדיני צירוף התרופות מגדירים רף עליון לסך התרופות הכולל שהנפגע מהפרת חוזה זכאי לצבור, הדבר עשוי ללמד שכריתת חוזה מעניקה לצדדים לו זכות שחוזקה כחוזק התקרה

36 ראו, למשל, את דבריו של מומחה בעל שם בתחום התרופות: "The question [...] is a very difficult one. It has escaped the attention of commentators that it deserves." ANDREW S. BURROWS, REMEDIES FOR TORTS AND BREACH OF CONTRACT 14 (3rd ed. 2004). במשפט המקובל רואים בשאלות הנוגעות בצירוף תרופות חלק מדוקטרינה רחבה יותר שעניינה "בחירת התרופות" ("election of remedies" doctrine). זוהי דוקטרינה דיונית, המגבילה את יכולתו של התובע לדרוש תרופות שאינן מתיישבות עם קו הטיעון שאימץ בעבר. על דוקטרינה זו נמתחה ביקורת חריפה; כיום הדין במרבית המדינות מאפשר לתובע לשנות את הכיוון התרופתי של התביעה כל עוד אין בשינוי משום עיוות דין כלפי הנתבע או משום דרישה לקבלת תרופות סותרות; ראו RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 378 cmt. a (1981). לדיונים כלליים בדוקטרינה ראו, למשל, Barbara Glesner Fines, *The Doctrine of Election of Remedies in Missouri*, 63 *UMKC L. REV.* 599 (1995); השו' לפני כמאה שנה: Charles P. Hine, *Election of Remedies*, 26 *HARV. L. REV.* 707 (1913). *A Criticism*, 26 *HARV. L. REV.* 707 (1913); Michael J. Tilbury, 1 *CIVIL REMEDIES* 23-32 (1990); Stephen Watterson, *Alternative and Cumulative Remedies: What Is the Difference?* 11 *RESTITUTION L. REV.* 7 (2003). ראו גם BURROWS, שם, בעמ' 14-16. לעניין צירופה של תרופת ההשבה לתרופות אחרות ראו: DAN B. DOBBS, *LAW OF REMEDIES, DAMAGES – EQUITY – RESTITUTION* 446-448, 712-715 (2nd ed. 1993).

התרופתית האמורה – אך לא למעלה מכך. לעומת זאת, אם תקרה תרופתית כזו אינה נמצא או שקשה להגדירה, הדבר עלול להקשות על הבנת עוצמתה וגבולותיה של הזכות החוזית. לסוגיית הצירוף נודעת כמובן גם חשיבות מעשית רבה. כל אדם שזכותו המשפטית הופרה, ובכלל זה הנפגע מהפרת חוזה, מעוניין להשיג את השילוב התרופתי שיבטיח לו הגנה מיטבית על מכלול האינטרסים המוגנים שלו. הניסיון לברר את העקרונות החולשים בסוגיית צירופן של תרופות הוא אפוא בעל חשיבות עיונית ומעשית רבה.³⁷

(ב) העיקרון הבסיסי: הנפגע רשאי לבחור תרופות ולצרפן כרצונו

ההכרה בחירותו של הנפגע לבחור לעצמו את התרופה או את צירוף התרופות שבהם הוא חפץ היא עקרון יסודי בדיני התרופות. על-פי עיקרון זה, הנפגע זכאי לבחור מבין התרופות שדין התרופות מעמיד לרשותו, כל תרופה או צירוף של תרופות שבהם הוא חפץ. החופש לבחור בתרופה או בצירוף התרופות הנוחים לנפגע עולה בבירור מסעיף 2 לחוק התרופות, המכיר בזכות הנפגע לתרופות האכיפה, הפיצויים והביטול.³⁸ נוסחו של סעיף 2 מלמד כי חוק התרופות אינו מגדיר מראש מהי התרופה שתינתן לנפגע בנסיבות של כל מקרה ומקרה; נהפוך הוא: הנחת החוק היא שיש לאפשר לנפגע לברור לעצמו – מתוך קשת התרופות שהחוק קובע – את הטובה ביותר בעיניו. העיקרון הבסיסי בדבר חופש הבחירה והצירוף של תרופות הוכר בפסיקתו של בית המשפט העליון כעיקרון כללי של דין התרופות. כך, למשל, באחת הפרשות הבהירה השופטת נתניהו:

37 ברשימה זו אנו מתמקדים במגבלות על שילובן של תרופות חוזיות. עם זאת, ראוי להדגיש שדיני הצירוף שיידונו על-ידינו חלים בשינויים המחויבים גם על צירופן של תרופות מדינים אחרים (כגון דיני נזיקין), וכן חלים הם על צירוף של תרופות שמקורן ביותר מענף משפטי אחד. בעניין אחרון זה ראו את פסק דינו של השופט ברק בפרשת אדרס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 267-269, פס' 12-16. לתיאור מאלף של אפשרויות החפיפה בין ענפיו של דין החיובים ודין בצורך לתאם בין כללים ודוקטרינות מענפים שונים במצבים של תחולה מקבילה ראו את דברי השופט חשין ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 317-319 (1998); וכן בפסק דינו בע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 69-72 (1992) (להלן: פרשת צוקים). הסייגים לצירוף תרופות שיידונו ברשימה אינם חלים כשהתרופות שאותן התובע מבקש לצרף מקורן בכמה עילות עובדתיות, קרי: ביותר מהפרה אחת של זכות. צירוף כזה אינו מציב כל קושי מבחינת דיני הצירוף, שכן פשיטא שכל אירוע של הפרת זכות מקים לנפגע מערכת נפרדת של זכויות תרופתיות.

38 הסעיף קובע: "הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות חוק זה."

[...] חוק התרופות שלנו נוקט גישה גמישה המאפשרת לנפגע לבחור בין התרופות ולשלכן זו בזו [...] אין מניעה, שהנפגע יבור לו את האינטרס שעליו הוא מבקש להגן ואת התרופות הרצויות לו להגנתו [...] ³⁹

אף-על-פי-כן, כוח הבחירה של הנפגע אינו מוחלט. ראשית, קשת התרופות הבסיסית מוגדרת וקבועה בחוק, וכוחם של הצדדים ליצור לעצמם תרופות חדשות הוא ככל הנראה מוגבל. ⁴⁰ שנית, הזכות לכל אחת מהתרופות מוגבלת על-ידי הדינים המיוחדים המסדירים אותה. דינים אלה (דיני האכיפה, הפיצויים, הביטול וכו') הם בחלקם בעלי אופי כופה. ⁴¹ שלישית, העיקרון הבסיסי המתיר לנפגע לבחור את תרופותיו ולצוברן כרצונו כפוף לשני סייגים חשובים שנקבעו בהלכה הפסוקה. נעמוד עליהם בקצרה. ⁴²

(ג) סייג הסתירה המהותית

מגבלה ראשונה על זכות הנפגע לצרף תרופות טמונה בסייג השולל אפשרות לתבוע או להפעיל בעת ובעונה אחת שתי תרופות (או יותר) שיש ביניהן סתירה מהותית. ⁴³ סתירה

39 ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85, 96 (1985) (להלן: פרשת ליפקין). על העיקרון חזר הנשיא שמגר בע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49, 55 (1993) (להלן: פרשת לוי): "[...] מעמיד חוק התרופות שורה של סעדים לרשותו של הנפגע ונותן לו, בסעיף 2, את זכות הבחירה ביניהם. נפגע הבורח בכך יכול לתבוע, מבין הסעדים העומדים לרשותו, כל סעד או צירוף של סעדים, המייצגים את אחד האינטרסים שעליהם בא להגן חוק התרופות [...]".

40 הדברים אמורים בעיקר בתרופות שתכליתן עונשית או בתרופות המעניקות לנפגע הגנה התפסת כלא מידתית. בעניין זה ראו להלן בפרק ג.3.ג; שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 100, בטקסט להערה 99.

41 כך, לדוגמה, אין בכוחם של צדדים לחוזה להגביל את סמכותו של בית המשפט לשקול שיקולי צדק שעל-פי חוק הוא מוסמך לשוקלם (כגון לעניין הגבלת הזכות לאכיפת החוזה או לביטולו). בדומה, נראה שאין הצדדים יכולים להתנות על כללים שעניינם שמירה על מידה מינימלית של הוגנות ומידתיות בהפעלתן של תרופות. שאלת ההתנאה על דין התרופות בכלל ועל דיני הצירוף בפרט תידון להלן בפרק ג.3.

42 לעיון מפורט יותר בסייגים לצירוף התרופות ראו אצל שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, 74-89.

43 הסייג נזכר בדברי השופטת נתניהו בפרשת ליפקין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 96: "[...]שילוב תרופות הוא אפשרין כל עוד אין סתירה ביניהן"; בדברי הנשיא שמגר בפרשת לוי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 55: "[...]נדרש כי אין סתירה מהותית בין שני סעדים נתבעים (דוגמת ביטול ואכיפה)": "ובדברי השופט ברק בפרשת אדרס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 269: "[...]נדרש כי קבלת סעד אחד אינה סותרת, מבחינת מהות העניין, קבלת סעד אחר [...] אין הנפגע רשאי לצרף סעדים, שעל פי מהותם סותרים את הנחות היסוד שעליהן מבוססת התביעה". השוו גם לנוסחת השופט חשין בפרשת צוקים, לעיל ה"ש 37, בעמ' 75, שלפיה "[...] נפגע לא יוכל לתבוע במצטבר שני סעדים המייצגים שתי זכויות שאינן עולות בקנה אחד [...]". סייג הסתירה המהותית מוכר במסמך עקרונות דין החוזים האירופי, הקובע: "Remedies which are not incompatible may be cumulated [...]". PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW § 8:102 (1999) available at http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_

מהותית בין תרופות תיווצר כל אימת שההנחה (העובדתית או המשפטית) שעליה מושתתת אחת התרופות סותרת את ההנחה שעליה מושתתת התרופה האחרת.⁴⁴ במצב כזה פשיטא שאין הצדקה – ולמעשה אין גם כל אפשרות משפטית – לצירופן של התרופות המבוקשות; זאת, משום שהכרה בתרופה האחת גוררת בהכרח, כעניין לוגי, את שלילת ההכרה בתרופה האחרת.

הדוגמה הקלסית שמקובל להביא לסתירה מהותית מסוג זה היא צירוף של תרופות האכיפה והביטול. צירוף כזה נשלל במפורש בסעיף 2 לחוק התרופות.⁴⁵ נפגע שביטל את החוזה (כדין) לא יוכל לזכות בשלב מאוחר יותר בצו לאכיפתו של החוזה המבוטל. צירוף כזה הוא אבסורדי מבחינה לוגית ובית המשפט לא יאפשר אותו.⁴⁶ סתירה מהותית

european_contract_law/survey_pecl.htm (להלן: PECL). הוראה זו הוטמעה לאחרונה כלשונה אל תוך טיוטת מסמך העקרונות של המשפט הפרטי האירופי, המכונה DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE LAW (Christian von Bar, Eric Clive & Hans Schulte-Nölke eds., Outline edition, 2009), Book III – § 3:102, available at http://webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_Outline_Edition.pdf (להלן: DCFR). לסייג הסתירה המהותית יש ביטוי גם באמנת האומות המאוחדות בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי, שנחתמה בווינה באפריל 1980: UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS. Apr. 11, 1980) 1489 U.N.T.S. p. 3, available at www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf (1)46 לאמנה קובע: "The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement" "The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations, unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement". is inconsistent with this requirement" 62 ו-46 (א) ו-62 (בהתאמה) לתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999, ס"ח 6.

ראו את דברי השופט ברק בפרשת אדרס, המובאים בהערת השוליים הקודמת. 44
דוגמה "קלסית" זו היא במידה רבה תאורתית, לפחות ככל שהיא מתיימרת לתאר מצב שבו תרופות הביטול והאכיפה נתבעות או מופעלות בעת ובעונה אחת. בזמניות כזו אינה אפשרית בהינתן העובדה שתרופת הביטול היא תרופה עצמית ואילו תרופת האכיפה היא תרופה שיפוטית. המקרה היחיד שבו אפשר להעלות על הדעת תביעה לביטול שיפוטי של חוזה בשל הפרתו (להבדיל מתביעה לביטולו של חוזה לפי ס' 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118) הוא מצב של סיכול החוזה – אלא שבמצב של סיכול אין הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, כך שממילא שאלת הצירוף של תרופות הביטול והאכיפה אינה מתעוררת. ראו ס' 18(א) ו-18(ב) לחוק התרופות.

ראו, לדוגמה, את תיאורו של השופט ברק בע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537, פס' 12 (1982): "בדרך כלל, תרופת האכיפה ותרופת הביטול מוציאות זו את זו, שכן ביטולו של החוזה (כולו או מקצתו) משמעותו סיום החיובים שטרם בוצעו, ואילו האכיפה משמעותה ביצועם של חיובים אלה עצמם". ראו גם את דבריו בפרשת אדרס, לעיל ה"ש 4, בעמ' 269, וכן את הדברים שנאמרו בע"א 48/81 פורמניץ נ' ק.ד.ש. בנין והשקעות בע"מ, פ"ד לח(2) 813, 818 (1984) ובע"א 557/75 אגני נ' כהן, פ"ד ל(2) 64, 71 (1976). סתירה מהותית תתקיים גם במקרה שבו הנפגע תובע

מתקיימת גם בין תרופת האכיפה לבין תרופת הניכוי מהמחיר החוזי, המוכרת בשיטתנו כתרופה בגין הפרת חיוב ההתאמה בחוזי מכר, קבלנות ושכירות.⁴⁷ אכן, הנחת המוצא להפעלתה של תרופת הניכוי היא שהנפגע ויתר על אכיפת החוזה (וגם על ביטולו) ושהוא מעוניין להותיר בידי את מושא החוזה כמות שהוא, אם כי תוך התאמת המחיר החוזי לשוויו של הקיום הפגום.⁴⁸ דוגמה שלישית לצירוף שיש בו משום סתירה מהותית הוא צירוף של תביעה לאכיפת חוזה (או לפיצויי קיום בגין נזקי ההפרה) לתביעה לפיצויי הסתמכות (מלאים, ואפילו חלקיים).⁴⁹ מקור הסתירה הוא במטרות השונות זו מזו ואף ההפוכות של שני סוגי התרופות: תרופות האכיפה ופיצויי הקיום מבקשות להעמיד את הנפגע במקום שבו היה נתון אילו קיים החוזה; מטרתן לתת תוקף לעובדה שהחוזה נכרת כדין ושהנפגע זכאי להפיק רווח מקיומו. פיצויי ההסתמכות, לעומת זאת, מבקשים להעמיד את הנפגע במצב הפוך – במצב שבו היה נתון אילו נכרת החוזה מלכתחילה (ולכן ממילא גם לא היה מקיים).⁵⁰ היות שכל אחד משני המסלולים הנזכרים פועל בכיוון הפוך וסותר (אכיפה ופיצויי קיום – מתן תוקף לחוזה; פיצויי הסתמכות – ביטול השפעות החוזה), הרי שלא ניתן לצרפם.⁵¹

מבית המשפט לחייב את המפר בהשבה (לפי ס' 9 לחוק התרופות) ובה בעת לאכוף עליו את קיום חיוביו. נקל לראות שהתביעות כאן סותרות זו את זו: תביעת האכיפה מושתתת על ההנחה שחיוביו הראשוניים של החוזה הם בתוקף ויש לקיימם ואילו תביעת ההשבה מושתתת על הנחה משפטית הפוכה שלפיה החוזה – ועמו חיוביו הראשוניים – בוטלו כדין ופקעו בעקבות ההפרה.

47 ראו, בהתאמה, ס' 28 לחוק המכר; ס' 4(א)(2) לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, ס"ח 110; ס' 9(א)(2) לחוק השכירות והשאילה, התשל"א-1971, ס"ח 160. לדיון מקיף בתרופת הניכוי מן המחיר החוזי בהקשרים השונים שבהם היא מוכרת בדין החוזים ראו זמיר, חוק המכר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 586-559; איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, 548-533 (פירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך, 1994); איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 337-326 (1990). לטענה כי השימוש הזניח בתרופת הניכוי במשפטנו אינו מקרי, וכי בישראל יתרונה המעשי של תרופת הניכוי על פני דרכי פעולה תרופתיות אחרות מתגלה רק במקרים נדירים מאוד ראו דוד אלקינס ומשה גלברד "אי ההתאמה של תרופת הניכוי: על הכדאיות המוגבלת של ניכוי מהמחיר בדין הישראלי" משפטים מ 183 (2010).

48 כך עולה במפורש מלשון החוק. ראו, לדוגמה, את הוראת ס' 28 לחוק המכר, המתירה את הניכוי רק אם "[...] אין הקונה רוצה לתבוע את ביצוע החוזה". מאותה הוראה עולה גם כי לא ניתן לצרף את תרופת הניכוי לתרופה של ביטול החוזה.

49 ראו, לדוגמה, ת"א (שלום אשד) 839/04 צור כינורי נ' כפר סילבר ב"ס חקלאי ע"ש ד"ר אבא הלל סילבר, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.8.2007): "התובע אינו יכול לתבוע קיום החוזה וגם פיצויי לפי אינטרס ההסתמכות".

50 לדיון באינטרס הקיום, באינטרס ההסתמכות וביחס ביניהם ראו בפרק השני בספרם של שלו ואדר, לעיל ה"ש 7.

51 לכן נראית לנו מוקשית מסקנתו של איל זמיר במאמרו "תרופות בשל הפרת חוזה", לעיל ה"ש 4, בעמ' 137-136, שלפיה במקרה שחוזה מכר בוטל יכול הנפגע לזכות הן בהשבתה של התמורה

שאלה מעניינת וקשה יותר נוגעת באפשרות לתבוע פיצויי קיום במקרה שבו החוזה בוטל כדין בעקבות הפרתו. גדר הספקות הוא כזה: מחד גיסא, מסעיף 2 לחוק התרופות עולה בבירור שניתן לצרף תרופה של פיצויים לתרופה של ביטול החוזה. מאידך גיסא, ביטול חוזה מפקיע את הקשר החוזי ומשקף את רצונו של הנפגע להתנער ממנו, בעוד שפיצויי הקיום משקפים את רצון הנפגע להסתמך על החוזה ולקבל את המובטח לו – אם כי לא בעין אלא בדמות תחליף כספי. במילים אחרות, בחירת הנפגע בביטול החוזה סותרת לכאורה את תביעתו להגנה על אינטרס הקיום.⁵² דא עקא שסתירה זו היא לכאורה בלבד: למעשה, ביטול החוזה בעקבות הפרתו מפקיע רק את החיובים הראשוניים שבחוזה. החיובים המשניים הגלומים בחוזה, ובכללם חיוב הפיצויים הנובע מהפרתו, אינם פוקעים עם ביטול החוזה אלא להפך – קמים לתחייה והופכים חיובים אופרטיביים.⁵³ ביטול החוזה (כדין) בעקבות הפרתו אינו שולל אפוא את זכותו של הנפגע לפיצויי קיום בשל אותה הפרה שהצמיחה לו את זכות הביטול.⁵⁴

החזוית, הן בפיצויי קיום והן בפיצויי הסתמכות בגין ההשקעה שהשקיע (לשווא) בהתקנת הממכר. אכן, הנפגע זכאי לצרף לתביעה לפיצויי קיום תביעה להשבה (ככל שאין בצירוף זה משום כפל תרופה), אולם אין הוא זכאי לצרף לתביעת הפיצויים האמורה תביעה לפיצויי הסתמכות, שכן כמבואר זו האחרונה סותרת את התביעה לפיצויי קיום.

52 אכן, בשיטות משפט אחדות אומצה הגישה שלפיה נפגע שביטל חוזה איננו זכאי עוד לפיצויי קיום אלא אך ורק לפיצויי הסתמכות, שתכליתם להעמידו היכן שהיה נתון אלמלא נכרת החוזה. ראו, למשל, הפירוט אצל A. GUENTER H. TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT – A COMPARATIVE ACCOUNT 392-396 (1988). לדעה זו הייתה בעבר אחיזה גם במקומותינו. בפרשת אדרס, לעיל ה"ש 4, בפס' 17, הביע השופט ברק את דעתו שלפיה במקרה של ביטול חוזה בעקבות הפרתו אין הנפגע רשאי לצרף לביטול ולסעד ההשבה המתלווה אליו תביעה לאכיפה או לפיצויי קיום, אלא רק תביעה לפיצויי הסתמכות. על דעה זו הסתמך בית המשפט המחוזי בת"א (מחוזי חי') 455/01 גלובל רוטו שקע (1983) בע"מ נ' Bielloni Castello Spa, פס' 12 (פורסם בנבו, 15.10.2006), שם – אגב דיון בזכות החברה הנפגעת לפיצויים – צוין כי "הואיל והחוזה בוטל ואני עומד לזכות את התובעת בהשבת מה ששלמה במסגרת החוזה, הרי שאין התובעת זכאית גם לתשלום פיצויים בגין אבדן הרווחים שיכולה היתה לזכות בהם אילו קיים החוזה [...]". ראו בדומה דברים שנאמרו, אם כי אגב אורחא, בת"א (מחוזי ת"א) 2620/01 פרידמן חכשורי חברה להנדסה ולבנייה בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 35 (פורסם בנבו, 23.2.2006). כפי שיבואר בטקסט שלהלן, עמדות שיפוטיות אלה בטעות יסודן.

53 ראו לעניין זה את הדיון בספרם של שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 553-556.

54 כך נקבע אצלנו בפרשת לוי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 56 (הנשיא שמגר): "ראוי להבהיר שאין כל סתירה בין תרופת הביטול וההשבה המתלווה אליו לבין מתן פיצויי צפיות [...] החוזה אמנם בוטל ועמו בוטלו חיוביו הראשוניים, אך החובה לשלם פיצוי צפיות עומדת במסגרת החיובים הראשוניים – הקמים עם ביטול החוזה". ראו גם את האסמכתות הנוכרות שם, בעמ' 57. האפשרות לצרף פיצויי קיום לתביעת השבה הוכרה אגב אורחא כבר בפרשת ליפקין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 96, שם ציינה השופטת נתניהו: "אין גם מניעה לשלב השבה עם פיצוי על הפסד הרווח הצפוי מהעסקה"; וכן

(ד) סייג כפל התרופה

(1) כללי

הסייג השני המגביל את בחירת הנפגע שולל צירוף תרופות שיש בו כדי להעניק לנפגע הגנה תרופתית מופרזת (להלן: כפל תרופה).⁵⁵ גם סייג זה, כקודמו, הוא פרי הפיתוח הפסיקטי של דיני התרופות, וכעיקרון כללי אין לו עיגון מפורש בחוק החרות.⁵⁶ לסייג בדבר הימנעות מכפל תרופה כמה ניסוחים בפסיקה. הניסוח הרווח ביותר מתאר את הסייג כשולל צירוף שיביא למצב של "כפל פיצוי" בגין אותו נזק⁵⁷ או בגין אותו

באופן מפורש בע"א 277/89 צ'אם מוצרי מזון ישראל בע"מ נ' טעמיקו בע"מ, פ"ד מו(3) 288, 296-297 (1992), שם ביקר בית המשפט העליון את קביעת הערכאה המחוזית שלפיה כביכול בפסיקת הפיצוי אין להתחשב בנוק שהתגבש לאחר הביטול מן הטעם שהביטול מפקיע את חיובי החוזה. השופט דב לוין פסק: "איני רואה כל סתירה בין תרופת הביטול, המביאה את ההסכם לקצו ומשחררת את הצדדים מחיוביהם העתידיים, לבין הגנה על האינטרס הצפוי של הנפגע על-ידי פיצוי בהתאם". הזכות לצרף לביטול החוזה תביעה לפיצויי קיום מוכרת במפורש במסמך העקרונות לחוזים מסחריים בין-לאומיים: "Termination does not preclude a claim for damages for non-performance" UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

§ 7.3.5(2) (2004) available at <http://unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>

55 להכרה באיסור על כפל תרופה (double recovery) במשפט האנגלו-אמריקני ראו, למשל, Whittom v. Alexander-Richardson Partnership, 851 S.W.2d 504 (Mo. Banc 1993) (quoting DAN B. DOBBS, A HANDBOOK ON THE LAW OF REMEDIES § 1.5 (1973): "The plaintiff whose horse has been stolen can sue the thief for damages for conversion, or he can bring replevin [...] to get the horse back. But he cannot do both, for this would give him both the value of the horse and the horse itself, a form of double recovery. The election of remedies doctrine prevents this by requiring the plaintiff to choose one of the remedies. In this abstract form, it becomes merely a version of the idea that one can't have his cake and eat it too") בסוגיית ה-double recovery ראו גם בספרו של TILBURY, לעיל ה"ש 36, בעמ' 31-32. מעניין לציין שבמסמכי העקרונות של המשפט הפרטי האירופי (DCFR, לעיל ה"ש 43) ושל דין החוזים האירופי (PECL, לעיל ה"ש 43), יש התייחסות רק לסייג הסתירה המהותית אך אין זכר לאיסור על "כפל תרופה".

56 בהקשר זה נזכיר את ס' 77 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266, שכותרתו "אין נפרעים אלא פעם אחת בלבד". סעיפים קטנים ב' ר"ג להוראה זו שוללים, בהתאמה, את האפשרות לתבוע ציווי או פיצויים בשל עוולה נזיקית המהווה, לכשעצמה, גם הפרה של חוזה שכבר נפסקו בגינה פיצויים בהתדיינות קודמת (וכך גם להפך). בכך משקפות הוראות אלה את העיקרון השולל כפל תרופה, אם כי בהקשר הרחב יותר של עילות משפטיות מקבילות (חווית ונזיקית). על תחולתם של דיני הצירוף גם במצבים אלה עמדנו לעיל, בה"ש 37.

57 כלשונו של הנשיא שמגר בפרשת לוי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 55.

אינטרס,⁵⁸ ובניסוח רחב מעט יותר – "כפל תרופה על אותו נזק".⁵⁹ בפרשת אדרס תיאר השופט ברק את הסייג אחרת, תוך שימוש ברעיון של "התעשרות שלא כדין".⁶⁰ לדבריו, מטרת הסייג הנדון היא למנוע מצב שבו ריבוי הסעדים וצירופם יביא להתעשרות לא צודקת של הנפגע על חשבון המפר.⁶¹

כל אחד מניסוחים אלה, בתורו, מעורר שאלות. כיצד ניתן לדעת אימתי יהיה בצירוף נתון של תרופות כדי להביא להתעשרות מופרזת של הנפגע על חשבון המפר? מה טיבו של אותו "כפל פיצוי" או "כפל תרופה" אסור, שממנו מצווה בית המשפט להימנע בבואו לפסוק לנפגע את תרופותיו? על שאלה זו לא ניתן עד כה מענה ברור. תשובתנו היא שכפל תרופה ייווצר כל אימת שצירוף נתון של תרופות יעניק לנפגע יותר מאשר הגנה מלאה על מכלול האינטרסים המוגנים שלו.⁶² ודייקן: כפל תרופה בהקשר זה אין פירושו הגנה כפולה במשמעות הלשונית הצרה של המונח "כפל". כל צירוף שיש בו משום הגנת יתר על האינטרסים הרלוונטיים של הנפגע הוא בגדר כפל תרופה שהסייג הנדון מחייב להימנע ממנו.⁶³ מנקודת מבטם של דיני התרופות, הגנת יתר כזו אינה מוצדקת משני טעמים עיקריים. ראשית, היא מעמידה את הנפגע במצב טוב מזה שבו היה נתון אילו זכה בהגנה מלאה על האינטרסים המוגנים שלו. בכך מביאה הגנת יתר זו להתעשרות לא צודקת של הנפגע. שנית, התעשרותו המופרזת של הנפגע באה של חשבון עניינו של המפר, שעל שכמו מוטל כעת נטל חמור מזה שדין התרופות מחייב.

58 כנוסחת השופט חשין בפרשת צוקים, לעיל ה"ש 37, בעמ' 75, המזכיר את הכלל שלפיו "נפגע לא יזכה בפיצויי-כפל בגין אותו אינטרס [...]".

59 בלשונה של השופטת נתניהו בפרשת ליפקין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 96.

60 פרשת אדרס, לעיל ה"ש 4, בפס' 15 ו-17 לפסק דינו.

61 נעיר כי בפרשת אדרס, שם, מוזכר העיקרון בהקשר לצירופם של סעדים ותרופות מענפי משפט שונים זה מזה (דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני עשיית עושר ולא במשפט) ולא בהקשר לצירוף תרופות שמקורן באותו ענף משפטי עצמו. ייתכן שזו הסיבה שהשופט ברק העדיף לזנוח את המושגים השגורים "כפל פיצוי" או "כפל תרופה בגין אותו נזק" ולהמירם בנוסחה רחבה יותר, שבכוחה לחול גם על תרופות וסעדים שעניינן חורג מתיקון נזקים (לדוגמה: השבה). עם זאת, לדעתנו נוסחה זו רחבה מדי. עמימותה מונעת הכוונה מספקת בשאלה אימתי יביא צירוף נתון להתעשרות לא צודקת של התובע. הצעתנו לנוסחה בהירה יותר מובאת בטקסט שלהלן.

62 להגדרה דומה של "כפל תרופה" ראו אצל שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 81. למרות פשטותה של נוסחה כללית זו, לא מצאנו לה תימוכין נוספים בפסיקה או בספרות המשפטית. כפי שנראה להלן, תזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 (להלן: תזכיר הקודקס) מאמץ נוסחה דומה, אם כי מקוצרת, לתיאורו של סייג כפל התרופה. ראו להלן בה"ש 64.

63 לדוגמה: אם ריצוי האינטרס המוגן מצדיק הגנה תרופתית שערכה הכלכלי המרבי 120 ש"ח, צירוף תרופות שיש בו כדי להעמיד את הנפגע במצב טוב יותר (לדוגמה, מצב שבו יזכה בתרופה בשיעור של 121 ש"ח) ייחשב לכפל תרופה. אכן, אלמלא היה המושג "כפל תרופה" ("double recovery") כה מושרש בתורת המשפט האזרחית היה מקום להחליפו בביטוי המדויק יותר "הגנת יתר" ("over recovery"). עמדה דומה מובעת במאמרו של Watterson, לעיל ה"ש 36, בעמ' 19.

אכן, הנפגע זכאי להגנה שלמה על האינטרסים המוגנים שלו וזכאי הוא להשתמש לשם כך בכל אחת מהתרופות שמעמיד לו הדין – אולם אין הוא זכאי ליותר מכך. הגנה מופרזת כזו היא "כפל תרופה".⁶⁴

(2) צירוף תרופות המגינות על אינטרס משותף

המבחן הכללי שהצענו לזיהוי "כפל תרופה" יפה בין שהתרופות שצירופן נבחן מגינות על אינטרס יחיד של הנפגע-התובע ובין שהן משרתות מטרת נבדלות או אינטרסים נבדלים. עם זאת, ביישומו של המבחן הכללי האמור נוח להבחין בין שתי הקטגוריות הנזכרות. במצבים שבהם התרופות שצירופן מתבקש משרתות מטרה אחת או אינטרס יחיד של הנפגע, השאלה אימתי יהיה בצירוף משום כפל תרופה אינה מעוררת קושי מיוחד. כאן ניתן להגדיר "כפל תרופה" כהגנה משפטית שהיא רחבה יותר מזו הנדרשת לשם מימושו של האינטרס שעליו מבקש הנפגע הגנה.

דוגמה שכיחה לצירוף הנופל בגדרה של קטגוריה זו היא תביעה לפיצויים מכמה מקורות, לדוגמה: תביעה המשלבת פיצוי על נזק ממשי מכוח סעיף 10 או סעיף 13 לחוק התרופות עם פיצויים בלא הוכחת נזק מכוחם של סעיפים 11 או 15 לחוק. בהקשר זה האיסור על כפל תרופה משמיע כי אין הנפגע רשאי לצרף שניים (או יותר) ממקורות הפיצוי שהדין מעמיד לרשותו בגין ההפרה הנדונה, אם די באחד מהם כדי לספק לו פיצוי מלא על מכלול הנזקים שנגרמו לו – או אם יש חפיפה בין המקורות, במובן זה ששניהם מפצים את הנפגע על אותה פגיעה ממש. לעומת זאת, אם כל אחד ממקורות הפיצוי מפצה את הנפגע על מרכיב מסוים ונבדל מתוך מכלול נזקי ההפרה ("ראש נזק"), כי אז אין הנפגע מנוע מלהסתמך יחד, ובמצטבר, על שלל מקורות הפיצוי.⁶⁵

(3) צירוף תרופות המגנות על אינטרסים נבדלים

שאלת "כפל התרופה" קשה יותר עת צירוף התרופות מבטא שאיפה להגנה על יותר מאינטרס אחד. האם, לדוגמה, זכאי הנפגע לשלב הגנה על אינטרס הקיום עם הגנה על

64 רעיון זה בא לידי ביטוי גם בתזכיר הקודקס, לעיל ה"ש 62. ס' 447 לתזכיר דן בסוגיה של צירוף תרופות וקובע כי "הנפגע זכאי, עד לקיום מלוא זכותו, לבחור בין תרופות, או לצבור אותן, במידה שאינן נוגדות זו את זו". בעוד שהסיפא מעגן את סייג הסתירה המהותית, מבקש הרישא לבטא – בדרך "אלגנטית" ומדויקת יותר מהתיאורים הרווחים כיום בפסיקה – את העיקרון השולל צירוף שיש בו משום כפל תרופה.

65 האפשרות לצרף פיצויים מכמה מקורות מעוגנת במפורש בחוק התרופות. ס' 12 קובע כי תביעה לפי ס' 11 לחוק אינה גורעת מן הזכות לחבוע פיצוי לפי ס' 10; בדומה, ס' 15(ב) קובע כי אין בתביעה לפיצויים מוסכמים כדי לגרוע מתרופות אחרות. עם זאת, מהקשרם של הסעיפים הללו נראה כי החוק מדבר בתביעות חלופיות ולא בתביעה מצטברת לפיצויים משני מקורות. כפי שיבואר להלן, הלגיטימיות של צבירת פיצויים מכמה מקורות נובעת מן העקרונות הכלליים של צירוף התרופות.

אינטרס ההשבה? הזכאי הוא לשלב הגנה על אינטרס ההשבה עם הגנה על אינטרס ההסתמכות? מה דין הצירוף החל על תרופות שמטרתן אינה נופלת בקלות לגדרו של אחד משלושת האינטרסים הנזכרים כגון תרופות עצמיות מכמה סוגים (ביטול, קיזוז, ניכוי מהמחיר) או תרופות שתכליתן עונשית, דוגמת התשלום העונשי ("פיצויים עונשיים")? הניתן לצרף תרופות מעין אלה זו לזו או לצרפן לתרופה אחרת המגינה על אחד משלושת האינטרסים המסורתיים (קיום, הסתמכות, השבה)?

מחד גיסא, ניתן לגרוס כי במצבים מסוג זה בעיית כפל התרופה אינה מתעוררת כלל. הנימוק לכך עשוי להיות שמאחר שכל אחת מהתרופות מקדמת מטרה שונה במהותה, ומגינה על אינטרס שונה של הנפגע, הרי שאין כל חשש כי צירופן יעניק לנפגע יותר מאשר הגנה מלאה על כל אחד מהאינטרסים המוגנים שלו.⁶⁶

דא עקא, שגרסה זו בטעות יסודה. לאמתו של דבר, החשש מפני חפיפה תרופתית שתצמיח כפל תרופה קיים גם ביחס לצירוף תרופות שמטרתיהן שונות זו מזו. אמנם, הטענה כי צירופן של תרופות בעלות מטרות שונות זו מזו עשוי להביא לידי כפל תרופה אינה אינטואיטיבית ואינה מובנת מאליה.⁶⁷ אף-על-פי-כן, גם במצבים מעין אלה חפיפה תרופתית לא רק שהיא אפשרית, אלא שהיא שכיחה למדי.

טלו, לדוגמה, את המצב השכיח שבו נפגע שביטל חוזה בשל הפרתו תובע פיצויי קיום ומצרף לכך תביעה להשבה לפי סעיף 9 לחוק התרופות.⁶⁸ בכל מקרה כזה תיווצר בהכרח חפיפה בין תרופת הפיצויים (המגינה על אינטרס הקיום) לבין סעד ההשבה (המגן על אינטרס ההשבה). מקור החפיפה נעוץ בכך שהשבת ההתעשרות (שהפיק המפר עקב קיום החוזה) לידיו של הנפגע משיגה בעת ובעונה אחת שתי תוצאות: ראשית, היא גורעת ממצבת נכסיו של המפר ובכך משרתת את אינטרס ההשבה של הנפגע; שנית, היא מגדילה את מצבת נכסיו של הנפגע ובכך מצמיחה לו ערך כלכלי המשמש אותו להטבת נזקי ההפרה – כולם או מקצתם. במילים אחרות: אגב הענקת סעד ההשבה לצורך הגנה על אינטרס ההשבה של הנפגע, ניתנת בפועל גם הגנה (חלקית או מלאה) לאינטרס הקיום

66 כפי שנראה בפרק הבא, בערעור השני בפרשת קניונים, לעיל ה"ש 5, ניתן ביטוי לתפיסה זו. ראו להלן, בטקסט שליד ה"ש 149.

67 לדוגמה, צירוף של סעד ההשבה לפיצויי קיום במקרה של ביטול החוזה עשוי להיראות במבט ראשון כצירוף לגיטימי, שהרי לכאורה כל אחת מהתרופות פועלת בנפרד להגשמת מטרה משלה (מטרת ההשבה – מניעת התעשרות; מטרת הפיצויים – פיצוי על נזק). אף-על-פי-כן, כמוסבר בטקסט העוקב, צירופן של שתי התרופות – תוך התעלמות מפעולתן החופפת – יביא בדרך כלל לידי כפל תרופה.

68 על כך שצירוף כזה אינו משקף סתירה מהותית עמדנו לעיל (ה"ש 52-54). נזכיר, כי בפרשת קניונים הניח בית המשפט העליון, בערעור השני, לעיל ה"ש 5, כי המוכרת ביקשה לצרף סעד של השבה מוסכמת לסעד של פיצויים מוסכמים.

שלו.⁶⁹ בדוגמה זו פשיטא שאין הנפגע זכאי לתבוע הגנה מלאה על אינטרס הקיום שלו (באמצעות תרופות הפיצויים) ונוסף על כך לתבוע הגנה מלאה על אינטרס ההשבה שלו (באמצעות סעד ההשבה). צירוף כזה יעניק לנפגע הגנה טובה יותר מזו הנדרשת לשם מימוש המלא של אינטרס הקיום ושל אינטרס ההשבה גם יחד. בניסוח אחר: הצירוף יוצר חפיפה תרופתית שהסייג בדבר כפל תרופה מצווה להימנע ממנה. כדי להימנע מחפיפה כזו לא יותר צירופן של התרופות זו לזו. הנפגע יחויב לבחור בתרופה המקנה לו את ההגנה הטובה והרחבה ביותר, אך לא יוכל לצרף את התרופות זו לזו. אם, לדוגמה, בעקבות ביטול החוזה בשל הפרתו זכאי הנפגע הן להשבה (בין בשווי, בין בעין) בשווי של 100 ש"ח והן לפיצויי קיום בסך 120 ש"ח, רשאי הוא להעדיף את תביעת פיצויי הקיום על פני תביעת ההשבה. אך אם יעשה כן, יידרש לוותר על זכותו להשבה.⁷⁰ על אותו משקל ומאותם נימוקים לא יורשה הנפגע לצרף לתביעה לפיצויים – בהוכחת נזק או בלא הוכחת נזק – תביעה להשבת הרווח שהפיק המפר עקב הפרת החוזה. גם צירוף כזה יוצר חפיפה תרופתית, ופירוש הדבר הוא שהנפגע יזכה עקב הצירוף בכפל תרופה.⁷¹

עם זאת, ייתכנו גם מצבים שבהם צירופן של תרופות כספיות לא יביא בהכרח לידי כפל תרופה ולכן ייחשב מותר. לדוגמה, כאשר בעקבות ביטול החוזה תובע הנפגע השבה

69 כך גם להפך: פסיקה של פיצויי קיום, אף שהיא מיועדת להגשים מטרה של תיקון נזקי ההפרה, מקדמת בעקיפין – באופן חלקי או מלא – גם את אינטרס ההשבה של הנפגע: תשלום הפיצויים גורע מעושרו של המפר וכך, בעקיפין, מצמצם את מידת התעשרותו על חשבון הנפגע.

70 בדרך כלל יבחר הנפגע בתרופה הכספית המעניקה לו הגנה רחבה יותר. עם זאת, לעתים קשוי הוכחה וחסרונות דינניים הכרוכים במימוש התרופה הרחבה עשויים להביאו לבחור דווקא בתרופה האחרת, שהיקפה מוגבל יותר.

71 ראו רע"א 7452/96 מדינת ישראל משרד הביטחון נ' חברה קבלנית האחים אהרון בע"מ, פ"ד נא(5) 874, דברי השופט גולדברג בעמ' 879 (1998): "במקרה זה נדונה שאלת זכותו של משכיר לצרף יחד, במקרה של פיגור מצד השוכר בפינוי המושכר, תביעה לפיצויים מוסכמים בגין האיחור בפינוי, לתביעה לדמי שימוש ראויים בתקופת הפיגור מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט." נפסק, כי צירוף כזה אינו אפשרי באשר "פסיקת דמי שכירות ראויים בעילה של עשיית עושר בצירוף פיצויים חוזיים מכוח חוק התרופות, היתה מעמידה את המשכירה במקום שבו היתה עומדת לו השכירה בפרק זמן נתון את הנכס פעמיים. [...] צירוף השניים מוביל להתעשרות שלא על פי דין של המשכירה [...]". לטעמנו, הנימוק לשלילת הצירוף אינו בעצם העובדה שהיה בו כדי להעמיד את המשכירה במקום טוב מזה שבו הייתה צפויה לעמוד אלמלא ההפרה. אכן, לעתים מטרת התרופה אינה להבטיח הגנה על אינטרס הקיום. הנימוק המדויק יותר לשלילת הצירוף הוא שבשל החפיפה התרופתית בין התרופות, היה הצירוף המבוקש מעמיד את המשכירה הנפגעת במקום טוב מזה שבו הייתה עומדת אילו ניתנה לה הגנה הן על אינטרס הקיום והן על אינטרס ההשבה (שהרי באותו מקרה, לשם הגנה על שני האינטרסים במלואם די היה לפסוק לטובתה את התרופה הרחבה משתי התרופות שצירופן התבקש).

מכוח סעיף 9 לחוק התרופות, אין מניעה עקרונית שיצרף לתביעה זו גם דרישה להשבת רווח שהפיק המפר עקב ההפרה. שלילת התעשרות המפר ממשאבים שהעביר לידיו הנפגע על-פי החוזה אין בה בהכרח כדי לשלול התעשרות שהפיק המפר כתוצאה מהפרת החוזה. מקורן של כל אחת משתי ההתעשרויות עשוי להיות שונה. לפיכך, ריצוי אינטרס ההשבה במובן הראשון אין בו בהכרח כדי לספק הגנה – אפילו לא עקיפה – על אינטרס ההשבה במובן השני. במצבים מעין אלה, כדי להגן באופן מלא על מכלול האינטרסים של הנפגע, יהיה צורך לזכות את הנפגע בשתי התרופות הכספיות במצטבר.

(4) צירוף חלקי של תרופות

לסיום הדיון בסייג כפל התרופה מצאנו לנכון לעורר שאלה מעניינת נוספת שלמיטב ידיעתנו טרם זכתה לדיון בפסיקה או בספרות. כפי שנראה בפרק הבא גם שאלה זו – כמוה כיתר הסוגיות שבהן דנו בפרק זה – רלוונטית מאוד להכרעה בפרשת קניונים. השאלה היא זו: האם רשאי הנפגע, כאשר מתקיימת חפיפה תרופתית בין התרופות שאותן הוא מבקש לשלב, לצרף תרופה פלונית (או חלק ממנה) לחלק אחר של תרופה אלמונית? במילים אחרות: האם כדי לנטרל חפיפה תרופתית שהייתה מתקיימת אילו צורפו זו לזו שתי תרופות נתונות כמות שהן, רשאי בית המשפט – במקום לאלץ את הנפגע לבחור באחת בלבד מבין שתי התרופות – להתיר לו צירוף חלקי של התרופות זו לזו?

לדעתנו, כעיקרון, ראוי להכיר בזכותו של הנפגע לדרוש צירוף חלקי של תרופות ובלבד שניתן להבטיח כי הצירוף החלקי לא יעניק לנפגע כפל תרופה. כך, אם בדוגמה המספרית שהבאנו בסעיף הקודם, במקום לתבוע פיצויי קיום בסך 120 ש"ח יבחר הנפגע מסיבה כלשהי לתבוע השבה (בעין) בסך 100 ש"ח ולצרף אליה תביעה לפיצויים בסך 20 ש"ח – אין כל הצדקה לשלול ממנו שילוב תרופתי כזה. צירוף כזה אינו שונה, מן הבחינה העקרונית, מצירוף של פיצויים מכמה מקורות, כשכל פיצוי מתייחס לראש נזק אחר בתביעתו של הנפגע. בשני המקרים הצירוף לגיטימי, שכן הוא נעשה מתוך הקפדה על כך שתימנע חפיפה תרופתית בין התרופות שהנפגע מבקש לשלב.⁷²

72 הכרה ברעיון של צירוף חלקי, אם כי ללא דיון של ממש בסוגיה, מצאנו בדברי השופט נתניהו בפרשת ליפקין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 96. בסמוך לאחר אזכור העיקרון הכללי בדבר חופש הנפגע לבחור את תרופותיו הזכירה השופטת את האפשרות "לתבוע השבה חלקית ופיצוי חלקי, כשהם משלימים זה את זה ומביאים לפיצוי מלא, אך לא יותר ממנו". תמיכה מרומזת בהצעתנו להכיר בדוקטרינה של צירוף חלקי מצאנו גם בספרות המשפטית הזרה. ראו, למשל, את דבריה של Fines, לעיל ה"ש 36, בעמ' 602-603 (ההדגשות הוספו): "When the plaintiff has suffered consequential loss and the defendant has received consequential gain from a wrong, should the plaintiff be able to receive restitution and consequential damages, or general damages and the consequential gain, or both? The better rule appears to be that the plaintiff should be unable to recover greater than either the total gain or the total loss. Any combination that

אמנם, במקרים רבים יהיה הנפגע אדיש לבחירה בין צירוף חלקי של כמה תרופות לבין בחירה בתרופה החזקה יותר מבין התרופות העומדות לרשותו, תוך ויתור על האחרות. עם זאת, לא תמיד כך יהיה. אכן, כפי שיבואר בפרק הבא, פרשת קניונים מציגה דוגמה אחת מעניינת למצב שבו צירופן החלקי של שתי תרופות עדיף לאין ערוך, מבחינתו של הנפגע, מבחירה בתרופה אחת תוך ויתור מוחלט על התרופה האחרת.

נסכם: על-פי דיני הצירוף אין מניעה לצרף תרופות וסעדים – גם כאלה שתכליותיהם שונות זו מזו (ובלבד שאין סתירה מהותית בין התכליות הללו) – כל עוד אין בצירוף משום כפל תרופה. המפתח לאיתורו של כפל תרופה טמון במענה לשאלת התקיימותה של חפיפה בין התרופות שהנפגע מבקש לצרף. לצורך מתן מענה לשאלה אחרונה זו הצענו את מבחן העזר הבא: האם הפעלת אחת מהתרופות תביא להגשמה – ולו בעקיפין ובאורח אגבי בלבד – של המטרה או האינטרס שהתרופה האחרת נועדה להגשים? אם התשובה לשאלה זו חיובית, כי אז לא יוכל הנפגע לצרף את שתי התרופות בלא להתחשב בהשפעה ההדדית שלהן זו על זו. התחשבות בהקשר זה פירושה בדרך כלל שהנפגע רשאי לבחור בתרופה המעניקה לו הגנה אפקטיבית וטובה יותר, אך עליו לוותר על התרופה האחרת העומדת לרשותו. עם זאת, כמוסבר זה עתה, בנסיבות מסוימות יוכל הנפגע לנטרל את החפיפה התרופתית בדרך אחרת, היא דרך הצירוף החלקי. שתי הדרכים לגיטימיות – ובלבד שבסיכומו של דבר, לאחר הצירוף, לא יימצא הנפגע במצב טוב מזה שבו ניתנת לו הגנה מלאה על מכלול האינטרסים המוגנים שלו.

(ה) דיני צירוף התרופות: סיכום ביניים

בתת-פרק זה ביקשנו להציע תאוריה כללית להכרעה בשאלות הנוגעות לצירוף תרופות. על-פי המודל שאנו מציעים, בעת בחינת צירופן של תרופות יש לתת את הדעת לשלוש שאלות נפרדות. ראשית, כעניין מקדמי יש לברר אם הנפגע זכאי – בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנדון – לכל אחת מן התרופות שהוא מבקש לצרף. בחינה זו יש לבצע בנפרד לגבי כל אחת מהתרופות הנוגעות בדבר. הטעם לכך פשוט: אם יסתבר כי לאחת משתי התרופות אין הנפגע זכאי כל עיקר, פשיטא שסוגיית הצירוף לא תתעורר כלל לגביה.⁷³ המענה לשאלת הזכאות לתרופה כלשהי יימצא, דרך כלל, בדין התרופות הכללי. שונה המצב כשעסקינן – כמו בפרשת קניונים – בצירוף של תרופות חוזיות.

does not exceed this total (either gain or loss, whichever is greater) should be permitted, regardless of the remedial theories under which the plaintiff proceeds. Such a rule would truly further the policy of election of remedies – eliminating double recovery"

73 שאלה מעניינת היא מה הדין כשהנפגע זכאי לתרופה מהסוג הנדון, אלא שהדין מגביל את היקף התרופה ומתערב בו (לדוגמה, פיצויים מוסכמים שאינם עומדים במבחן הסבירות הקבוע בס' 15(א) לחוק התרופות). ההכרעה בשאלה זו נוגעת לסוגיית ההכרה בכוחם של הצדדים לקבוע הרחבה תרופתית מטעמים עונשיים, סוגיה שתידון להלן בפרק 3(ג).

במקרה כזה נקודת המוצא לבחינה של שאלת הזכאות אינה בדין הכללי כי אם בפרשנות החוזה עצמו. עם זאת, חשוב להדגיש כי פרשנות החוזה אינה אלא נקודת מוצא; אין היא נקודת סיום בבירור של שאלת הזכאות. בסיום ההליך הפרשני יש לשוב אל דין התרופות הכללי כדי לוודא אם ההכרה בתרופה (או בצירוף התרופות) שהעניק החוזה לנפגע אינה מנוגדת לתקנת הציבור או להוראת דין כופה אחרת, שאין בכוחם של הצדדים להתנות עליה.

שנית, לאחר שהוברר כי הנפגע זכאי עקרונית ליותר מתרופה אחת, תיבחן השאלה אם מתקיימת סתירה מהותית בין התרופות. ככל שסתירה כזו מתקיימת לא יותר לנפגע לצרף את התרופות הסותרות. יהא עליו להסתפק באחת מהן ולוותר על האחרת. שלישית, ולבסוף, בהנחה שהתרופות המבוקשות אינן סותרות זו את זו, מציבים דיני הצירוף את הדרישה כי הצירוף המבוקש לא יביא לידי "כפל תרופה", קרי: לא יצמיח לנפגע הגנה רחבה יותר מזו הנדרשת לשם ריצוי מכלול האינטרסים המוגנים שלו. אם מתברר כי צירוף התרופות אכן יביא לכפל תרופה, יידרש הנפגע לפנות לדרך חלופית – כזו שתנטרל את החפיפה התרופתית הכרוכה בשילוב התרופות כמות שהן. נטרול זה ייעשה באמצעות ויתור על אחת התרופות או באמצעות צירוף חלקי, בהתאם לעקרונות שהוצגו לעיל.

3. התנאה על דיני הצירוף

(א) הצגת הבעיה

עד כה עסקנו בעקרונות הצירוף הקבועים בדין התרופות. אולם, כפי שצוין בפתח הרשימה, בנסיבותיה של פרשת קניונים מתעוררת גם סוגיה חשובה נוספת בדיני התרופות – שאלת ההתנאה על דיני צירוף התרופות. האם רשאים צדדים לחוזה לסטות מעקרונות הצירוף, שעליהם עמדנו לעיל, ולקבוע צירופי תרופות שאינם מוכרים בדין? או שמא מדובר בעקרונות כופים, שאינם ניתנים להתנאה? האם בהקשר זה גובר כוחו של עיקרון חופש החוזים, שעל-פיו רשאים הצדדים לעצב את תוכן החוזה כרצונם – או שמא גוברות התכליות העומדות ביסודם של דיני צירוף התרופות? לדוגמה, האם יש תוקף לקביעה מפורשת של הצדדים – שכמוה אפשר למצוא במספר רב של חוזים – כי זכותו של הנפגע בכוח לתרופה מסוימת (לדוגמה, פיצויים מוסכמים) לא תגרע מזכותו לתבוע תרופות נוספות על התרופה המוסכמת?⁷⁴

74 בפסיקה יש אין-ספור דוגמות להתנאה מסוג זה. ראו, לדוגמה, תא"מ (שלום נת') 3829/07 מועצה מקומית פרדס חנה-כרכור נ' בן בטחון (1989) בע"מ (פורסם בנבו, 15.11.2009); ת"א (שלום י-ם) 4985/06 אגודת הסטודנטים מכון לב נ' גבאי (פורסם בנבו, 20.4.2009); ת"א (שלום חי') 1222/05 זולקוב נ' ליטמן-כהן (פורסם בנבו, 28.7.2006). התנאה כזו, כשהיא מתירה צירוף שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הצירוף שעליהם עמדנו, מעוררת כמובן את שאלת הקוגנטיות או הדיספוזיטיביות של דיני הצירוף.

למיטב ידיעתנו שאלה עקרונית זו – שחשיבותה ודאי חורגת מדלת אמותיה של פרשת קניונים – טרם נדונה בפסיקה ובספרות המשפטית בישראל. בפסקי הדין שדנו בפרשת קניונים אין למצוא דיון בסוגיה זו. זאת, הגם שהדיון בה התבקש בנסיבות הפרשה, שבהן קבע החוזה שתי תרופות שצירופן יחד נחֵזָה – לפחות בעיני בית המשפט המחוזי – כצירוף בעייתי.⁷⁵ זאת ועוד: כפי שיובהר בהמשך הרשימה, מדברים שנאמרו בערעור השני משתמעת הנחה שגויה, לטעמנו, בדבר אופיים של דיני הצירוף. פרשת קניונים מזמנת אפוא הזדמנות נאותה לכירורה של סוגיה חשובה נוספת בדיני התרופות. ראוי להדגיש כי בשורות הבאות יתמקד עיוננו בשאלה המיוחדת של התנאה על דיני צירוף התרופות, זאת להבדיל מהסוגיה הכללית של התנאה על דיני התרופות בכללותם.⁷⁶ עם זאת, בשל הקרבה בין שתי השאלות מצאנו לנכון לעמוד תחילה, בקצרה, על גישתו של המשפט הישראלי בסוגיה הכללית. זאת, במיוחד משום שאנו סבורים כי את העקרונות המנחים בנושא המיוחד של התנאה על דיני הצירוף ראוי לגזור, ככל שהדבר אפשרי, מתוך עמדת הדין בסוגיה הכללית יותר.

(ב) התנאה על דיני התרופות: כללי

האם דיני התרופות בשל הפרת חוזה, בכללותם, הם דינים כופים, או שמא הם דינים מרשים שהצדדים רשאים להתנות עליהם כרצונם? לשאלה זו כמה וכמה פנים – פניה השונים של התנאה חוזית על תרופות. התנאה כזו עשויה לשלול או לצמצם את זכותו של הנפגע (בכוח) לתרופות מסוימות. לחלופין, התנאה על דין התרופות עשויה לפעול להרחבה של קשת התרופות שתוענקה לנפגע במקרה של הפרה. לבסוף, ההתנאה עשויה להתבטא לא בהרחבה או בצמצום של קשת התרופות כי אם בהכנסת שינוי בתנאים או בסייגים הקבועים בדין לגבי תרופה פלונית, או בכללים החולשים על קביעת היקפה של תרופה זו או אחרת.

חוק התרופות עצמו אינו מספק מענה לשאלות אלה ואינו קובע אם הוראותיו כופות או מרשות.⁷⁷ בספרות ובפסיקה בישראל אפשר היה לזהות בעבר שתי גישות בסוגיה

75 ראו לעיל, בטקסט שליד ה"ש 25.

76 לדיון בסוגיה הכללית ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 90-101. נעיר, כי אם מקבלים את הנחת העבודה של בית המשפט העליון, שלפיה תרופתה הראשונה של המוכרת בפרשת קניונים הייתה סוג מיוחד של השבה, היה מקום לדון – טרם בירור שאלת ההתנאה על דיני הצירוף – בשאלת כוחם של הצדדים להתנות על הסדרי ההשבה הכלליים של חוק התרופות. דא עקא, כפי שיבואר בפרק ד.2(ג), אנו סבורים כי פרשנות זו אינה הפרשנות הנכונה של מרכיב הסעד הראשון בתביעתה של המוכרת. מכל מקום, דיון קצר בעקרונות ההתנאה הכלליים אפשר למצוא בטקסט שלהלן.

77 להבחנה בין דין כופה לדין מרשה ראו, בכלליות, ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבנייה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 127, 136-138 (2000) (פסק הדין עסק בשאלה אם חובתו של קבלן לממן ערבות בנקאית לפי חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, ס"ח 196, היא חובה כופה או חובה מרשה, שהקבלן והרוכש רשאים להתנות עליה).

כללית זו. על-פי גישה אחת, נקודת המוצא היא שחוק התרופות קובע הסדרים כופים שככלל אינם ניתנים להתנאה.⁷⁸ דעה זו מעוגנת בהשקפה שלפיה בהיעדר הגנה תרופתית הולמת דוגמת זו שמציע חוק התרופות, תימצא הזכות החוזית עצמה מתרוקנת מתוכן. כתוצאה מכך ייפגע העיקרון הגדול שלפיו "חוזים יש לקיים".⁷⁹ טעם נוסף התומך בעמדה זו נעוץ בכך שפסיקת התרופות היא מלאכה המסורה בעיקרה לבית המשפט ואם כך – אין מקום לאפשר לצדדים לצמצם או להרחיב את הסמכות השיפוטית שקבע הריבון בחוק.⁸⁰ על-פי תפיסה זו, הדין הוא שמגדיר את היקפן ואת גבולותיהן של הזכויות המשניות, התרופתיות, והצדדים אינם חופשיים לשנות מהוראותיו אלא במידה שהחוק עצמו מתיר להם לעשות זאת.⁸¹

על-פי הגישה האחרת, דיני התרופות הם בעיקרם דינים מרשים. עמדה זו נגזרת ישירות מן ההכרה במרכזיותו של עיקרון חופש החוזים – בדין החוזים בכלל ובדיני התרופות בשל הפרת חוזה בפרט.⁸² עם זאת, מובן שגם לפי גישה זו החופש של הצדדים להתנות על דין התרופות כפוף לעקרונות-על בדבר תקנת הציבור ובדבר הפעלה בתום לב של זכויות וחובים הנובעים מחוזה.⁸³

78 גישה זו אומצה על-ידי אורי ידן בספרו חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971: 21-17 (פירוש לחוקי החוזים, מהדורה שנייה, גר טדסקי עורך, 1979). לתמיכה בהשקפה זו ראו את פסק דינה של השופטת בן-פורת בפרשת ליפקין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 100-101.

79 ראו ידן, שם, בעמ' 18, המוסיף ומסביר: "לא רק האכיפה מכוונת במישרין לקיום החוזה, אלא בעקיפין מכוונת לאותה מטרה גם הזכות לבטל חוזה שהופר והזכות לפיצויים בשל הפרתו. מטרה זו היא עניין של תקנת הציבור שהחוק חייב לשקוד עליה והצדדים אינם בני חורין לפגוע בה על-ידי התנאותיהם".

80 שם, בעמ' 19, בטקסט הסמוך לה"ש 42.

81 ראו סעיפים 6 ו-15(א) לחוק התרופות, המסמיכים את הצדדים לקבוע פיצויים מוסכמים או לקבוע הפרה יסודית מוסכמת. פרופ' ידן סבר שיש לצדדים חופש התנאה גם בעניינים צדדיים נוספים הנוגעים לאופן הפעלתן של תרופות כגון דרכי מתן הודעות, קביעת מועדים וכו'. ידן, שם, בעמ' 19. לתמיכה בגישה זו ראו הניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 117 (מהדורה שנייה, 1998): "[...] מדובר בדיני ממונות ואין סיבה למנוע בעד הצדדים להסכים לגביהם". הגישה שלפיה כשם שהצדדים רשאים לקבוע את תוכן החיובים הראשוניים שבחוזה כך הם יכולים לקבוע את תוכן החיובים המשניים בו – קרי: התרופות – באה לידי ביטוי באנגליה בפסק הדין המנחה בסוגיה זו: Photo Production Ltd. v. Securicor, [1980] 1 All E.R. 556, 565-566 (Eng. H.L.): "The contract [...] is just as much the source of secondary obligations as it is of primary obligations and like primary obligations that are implied by law secondary obligations too can be modified by agreement between the parties"

83 כפיפותו לעקרון תום הלב של חופש ההתנאה על דיני התרופות זכתה לעיגון מפורש במסמך עקרוני דיני החוזים האירופי, הקובע: "Remedies for non-performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to good faith and fair dealing to invoke the exclusion or

לגישות הנזכרות ביטוי בפסיקתו של בית המשפט העליון. בפרשת ליפקין נחלקו הדעות בשאלת כוחם של צדדים לחוזה להתנות על סעד ההשבה במקרה שהחווה יבוטל בגין הפרתו.⁸⁴ השופטת נתניהו סברה כי התנאה כזו אפשרית. את עמדתה ביססה השופטת על ההנחה שדיני התרופות הם בעיקרם דינים מרשים.⁸⁵ לעומתה סברה השופטת בן-פורת כי הזכות להשבה היא כופה וכי לא ניתן לוותר עליה באורח גורף.⁸⁶ מאחר שבאותו מקרה לא נדרשה הכרעה בשאלה זו, היא נותרה פתוחה.⁸⁷ עם זאת, מאמרות אגב שנשמעו מאז בפסיקה אפשר ללמוד על נטייה גוברת להכיר בכוחם של הצדדים להתנות על דיני התרופות.⁸⁸

דוגמה ברורה לנטייה זו אפשר למצוא בפסק הדין בפרשת לינדאור.⁸⁹ באותה פרשה נדון חוזה למכירת מניות ונתגלעה מחלוקת בין השופטים בשאלה אם החוזה שלל מן

"PECL .restriction", לעיל ה"ש 43, בס' 109:8. העיקרון מעוגן גם ב-DCFR, לעיל ה"ש 43, בספר השלישי, בס' 105(2):3.

84 לעיל ה"ש 39.

85 "מאחר שאין מניעה, שהנפגע יבור לו את האינטרס שעליו הוא מבקש להגן ואת התרופות הרצויות לו להגנתו, אין גם מניעה, שהצדדים יתנו על כך מראש, תוך שלילת הזכות לבחור אחרת [...] אין כל שיקול שבמדיניות משפטית לטובת הציבור להתערב ולמנוע התניות מסוג זה, כל עוד מטרתן תרופתית ואין בהן לא עונש כלפי המפר [...] ולא עושק כלפי הנפגע. כל דרך מוסכמת אשר תביא לפיצוי הולם ואשר לא תגביל את בית המשפט בשיקולי הצדק, הינה רצויה". פרשת ליפקין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 97. עמדה דומה השמיעה השופטת נתניהו עוד קודם לכן בה"פ (מחוזי חי') 1218/75 כהן נ' ח.ה.ב. חברה להנדסה ולבניין בע"מ, פ"מ התשל"ו(2) 105, 115 (1975).

86 פרשת ליפקין, שם, בעמ' 101. דעה דומה השמיע אגב אורחא השופט דב לויין בע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204, 210-211 (1981) (להלן: פרשת נס).

87 לצורך ההכרעה די היה בהסכמה של כל השופטים כי הצדדים ויתרו בחוזה על השבה בעין, וכי ויתור כזה (על אופן ההשבה, להבדיל מויתור על עצם הזכות) הוא תקף.

88 תמיכה בגישתה המרחיבה של השופטת נתניהו בפרשת ליפקין הובעה אגב אורחא בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון. ראו, למשל, את דברי השופט מצא בע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297, 317 (1991): "אם הותנה בחוזה, שלא תחול חובת השבה (בכלל או במקרה נתון), וההתנאה איננה מנוגדת לתקנת-הציבור, גוברת ההסכמה על החוק". עמדה דומה הביע הנשיא שמגר בע"א 187/87 לוי נ' דויטש, פ"ד מג(3) 309, 317 (1989): "צדדים לחוזה רשאים – בכפוף לשיקולי תקנת הציבור – להתנות על דיני עשיית עושר ולא במשפט [...] דיספוזיטיביות זו יפה הן לגבי חוק עשיית עושר ולא במשפט [...] והן לגבי הוראות השבה המצויות בחוקים ספציפיים". השור, לעניין האפשרות להתנות על תרופת הביטול, לדברי השופט דב לויין בפרשת נס, לעיל ה"ש 86, בעמ' 210: "אין לומר, כי גם הזכות לביטול החוזה היא זכות שאין לוותר עליה. אם גמרו בעלי הדין דעתם, מתוך הסכמה מלאה, כי במקרה של הפרת חוזה מסוים זכות זו לא תתקיים, אלא הצד הנפגע יצטרך להסתפק בפיצוי הולם, יש לכבד רצונם".

89 ע"א 2454/98 לינדאור נ' רינגל, פ"ד נו(1) 225 (2001) (להלן: פרשת לינדאור).

המוכר את הזכות לתבוע אכיפה. עיקר המחלוקת נסב על פרשנות החוזה.⁹⁰ אולם, למעשה, איש מהשופטים לא הטיל ספק בכך שעקרונית רשאים היו הצדדים באותו מקרה להתנות על הזכות לאכיפה, ואיש מהם לא חלק על כך שדין התרופות הוא ככלל דין מרשה.⁹¹ כפי שיובהר בהמשך הרשימה, גם בפרשת קניונים ההכרה של בית המשפט בהסדר ההשבה המיוחד שקבעו הצדדים – הסדר ששיקף סטייה מכלל ההשבה הרגילה⁹² – הניחה במשתמע אפשרות של התנאה על דין התרופות הכללי.

דומה אפוא כי הגישה השלטת כיום במשפט הישראלי מכירה באפשרות ההתנאה על דיני התרופות.⁹³ עם זאת, כאמור, גם במסגרת גישה זו כוח ההתנאה של הצדדים אינו בלתי־מסויג. בהכללה אפשר לומר כי הסייגים לכוח זה שייכים בעיקרם למישור ההגיונות החזוית ולשיקולים מוסדיים שעניינם שמירה על כוחו של בית המשפט לעשות צדק והבטחת הסדר הציבורי.⁹⁴ על סייג אחד הקבוע בפסיקה אנו מבקשים להרחיב מעט, שכן

90 שופט המיעוט, ריבלין, סבר שמלשון החוזה עולה בבירור כי במקרה של הפרה על המוכר־הנפגע להסתפק בהשבת המניות לבעלותו בתוספת פיצויים על נזקיו. לעומתו, סברו השופטים אור ושרטרברג־כהן, בדעת רוב, כי מההוראות הרלוונטיות שבחוזה לא ניתן ללמוד באופן חד־משמעי על שלילת הזכות לאכיפה.

91 פרשת לינדאור, לעיל ה"ש 89, בפס' 9 ו־10. השופט ריבלין הסתמך על עמדת השופט נתניהו בפרשת ליפקין, לעיל ה"ש 39. השופט ריבלין אף הסביר כי את הגישה המכירה בהתנאה על דין התרופות ניתן להצדיק על־פי התאוריה הכלכלית של המשפט (שם, בפס' 13 לפסק דינו). שופטי הרוב לא חלקו על קביעותיו העקרוניות של השופט ריבלין, ובכללן הקביעה: "הגישה המקובלת על מרבית הפוסקים והמלומדים בעניין זה היא, כי כאשר הסכימו ביניהם צדדים לחוזה על התרופה או התרופות אשר תחולנה עליהם במקרה של הפרה, יכבד בית־המשפט הסכמתם זו [...] בפסיקה אומצה הגישה על פיה רשאים הצדדים לחוזה להתנות על התרופות".

92 ראו להלן, בטקסט שליד ה"ש 109.

93 ההתנאה צריכה להיות מפורשת, או לפחות כזו העולה בבירור מהחוזה ואינה משתמעת לשתי פנים. ראו, למשל, בהקשר להתנאה על תרופת הביטול, את דברי השופט דב לויין בפרשת נס, לעיל ה"ש 86, בעמ' 210-211, וכן את דברי השופט בך בע"א 15/83 בירס נ' פונס, פ"ד (4) 267, 277 (1983). לעניין התנאה על תרופת האכיפה ראו את דברי השופט בך בע"א 4804/92 יוסף נ' סמבל, פס' 15 (פורסם בנבו, 9.8.1994): "שלילת סעד האכיפה בהסכם צריכה להיעשות בהתנאה מפורשת [...] או לכל הפחות, על פי הגישה המקלה יותר, באופן שהויתור על הסעד יוסק באופן ברור ובלתי־משמע לשתי פנים מאומד דעת הצדדים, מתוך החוזה ומכלל הנסיבות".

94 כך, לדוגמה, בפרשת ליפקין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 97, העירה השופטת נתניהו כי אין לאפשר התנאה שיש בה "משום עושק כלפי הנפגע". אנו מניחים כי אין הכוונה בהכרח לעושק במובנו של ס' 18 לחוק החוזים, אלא להתנאה שתוצאתה היא חוסר הוגנות קיצוני – במישור הזכאות לתרופות – כלפי אחד הצדדים (לרוב, הצד החלש). נוסף על כך ציינה השופטת כי אין לאפשר התנאה המגבילה את שיקול דעתו של בית המשפט לעשות צדק בעת שהוא מפעיל את דיני התרופות. כידוע, בהקשרים שונים כפופה הזכות לתרופות לשיקולי צדק (ראו ס' (4)3, (ב)7 ו־18(ב) לחוק התרופות). בדומה לעקרון תקנת הציבור ולעקרון תום הלב, מדובר בנורמה כופה המופעלת על־ידי בית המשפט על־פי

נודעת לו השלכה ישירה על שאלת תוקפו של ההסדר התרופתי שנקבע בחוזה המכר שנדון בפרשת קניונים.

(ג) התנאה שתכליתה עונשית

אחד הסייגים על כוח ההתנאה של הצדדים, שהוכר במפורש בפסיקה הישראלית, קובע כי אין הצדדים רשאים לקבוע הסדרים תרופתיים שתכליתם להרתיע או להעניש את המפר בכוח על ההפרה.⁹⁵ ההכרה בסייג זה עולה בקנה אחד עם התפיסה המסורתית, המבחינה בין תכליות המשפט הפלילי-הציבורי מזה לבין תכליותיו של המשפט האזרחי-הפרטי מזה. סנקציות עונשיות בתחום הראשון נתפסות כלגיטימיות, אך במשפט הפרטי בכלל, ובדיני החוזים בפרט, נתפסת הענישה – ולו בדמות עיצום כספי המוטל על המפר – כבלתי-לגיטימית בהיותה משקפת חריגה מהתכלית המסורתית של "השבת המצב לקדמותו".⁹⁶ גישה מסורתית זו עומדת ביסוד הרתיעה של מרבית שיטות המשפט

אמות-מידה אובייקטיביות ואין בכוחם של הצדדים לשלול את תחולתה על היחסים ביניהם. ראו דברים מפורשים שנאמרו בעניין זה בע"א 3833/93 לזין נ' לזין, פ"ד מח(2) 862, 878 (1994), בהקשר לסייג הצדק באכיפה: "בעניין זה, אין בית המשפט כפוף לרצונם של הצדדים לחוזה. אפילו הסכימו הצדדים ביניהם, בלשון מפורשת, כי בנסיבות מסוימות תהיה האכיפה צודקת, אין בכך כדי למנוע בעד בית המשפט לקבוע כי האכיפה תהיה, באותן נסיבות, בלתי צודקת". דוגמה אחרת להתנאה הפוגעת בתקנת הציבור היא הסכמה חוזית לגבי תרופות עצמיות שהפעלתן טעונה הפעלת כוח ושאינן מוכרות בחוק במפורש. לדוגמה, בת"א (שלום ראשל"צ) 8389/04 ב.ע.פ. חברה לבניין בע"מ נ' אבי תריסי השרון בע"מ, פס' 13 (פורסם בנבו, 8.7.2007), נדון מקרה של עקירת חלונות מדירתה של התובעת ונטילתם על-ידי המשכיר שסיפק לה אותם. בית המשפט ציין שבהסכם השכירות לא היה סעיף שהתיר למשכיר לנקוט צעד כזה, והוסיף: "[...] גם אם היתה קיימת תניה כזו – ספק אם היתה עומדת במבחן תקנת הציבור". בית המשפט הפנה לת"א (מחוזי-ים) 3089/01 ברכת שפע נ' בזאר שטראוס בע"מ, פס' 16 (פורסם בנבו, 21.8.2005), שם הובעה הדעה כי אין תוקף לתניה המתירה למשכיר, במקרה של הפרה מצד השוכר, לעשות דין לעצמו ולתפוס חזקה במושכר ובמיטלטלי השוכר. נזכיר, כי ככל שמדובר בחוזים אחידים, אפשרות ההתנאה על דין התרופות מסוייגת הרבה יותר. הטעם לכך הוא שתנאי השולל או מגביל את זכותו של הלקוח לתרופות מקים חזקת קיפוח לפי ס' 6(4) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, ס"ח 8. אי-סתירתה של החזקה על-ידי הספק, נסח החוזה, מסמיכה את בית המשפט או את בית הדין לחוזים אחידים לבטל או לשנות את התנאי המקפח.

95 ראו את דברי השופט נתניהו בפרשת ליפקין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 97, המובאים כלשונם לעיל, בה"ש 85.

96 ראו, לדוגמה, את דברי השופט ברק בע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31, 42-43 (1981): "בפסיקת הפיצויים על בית המשפט לשוות לנגד עיניו את העיקרון, כי מטרת הפיצוי היא החזרת המצב לקדמותו, ואין מטרתו הענשת המפר". בפרשת צוקים, לעיל ה"ש 37, הזכיר השופט מלץ את מה שנחזה בעיניו כ" [...] הלכה המושרשת לפיה דיני החוזים הישראליים אין מקום

המערכיות מהכרה בתשלום העונשי ("פיצויים עונשיים") כתרופה לגיטימית בגין הפרה – ואפילו זדונית ומחפירה – של חוזה.⁹⁷ עם זאת, דומה כי לפחות בישראל עוצמתו כיום של הסייג השולל תוקף מהסכמה חוזית על סנקציה כספית שתכליתה עונשית היא מתונה יותר מבעבר. אמנם, בטרם נחקק חוק התרופות נהגה אצלנו ההלכה האנגלית ששללה מכל וכל "תניות קנס" (penalty) שמטרתן עונשית.⁹⁸ הלכה זו השתנתה עם חקיקת חוק התרופות, המכיר בסמכותו של בית המשפט להפחית פיצויים מוסכמים החורגים מגדר הסביר – אולם לא לשלול את תוקפם מכול וכול.⁹⁹ בכך אומצה למעשה גישת המשפט הצרפתי, המכיר בתוקפה של תניה עונשית (clause penal) בכפוף לסמכות הפחתה של בית המשפט. סעיף 15(א) לחוק התרופות משקף אפוא יחס אמביוולנטי של המשפט הישראלי בסוגיה זו: מחד גיסא הסעיף משקף עדיין רתיעה מפני הכרה ישירה בכוחם של הצדדים להטיל זה על זה עיצומים כספיים לבר-מפצים (אקסטרה-קומפנסטוריים) בגין הפרת החוזה; מאידך גיסא

- לפיצויים עונשיים בגין הפרת חוזה". לאסמכתות נוספות המשקפות גישה עוינת כלפי הרעיון של ענישה במשפט האזרחי ראו אצל שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 97, בהערה 89.
- 97 בנקודה זו יש להבחין בין דין רצוי לבין דין מצוי. ככל שמדובר בדין הרצוי, ייתכן שיש כיום מקום להרהר אחר הגישה השמרנית המתוארת, לפחות ככל שהיא מתייחסת לסנקציות עונשיות כספיות (להבדיל מענישה המתבטאת בפגיעה פיזית או בשלילת חירות פיזית). בספרות המשפטית אפשר למצוא תמיכה רחבה בפסיקתם של תשלומים עונשיים וייתכן שיש מקום לחשיבה מחודשת בסוגיה זו בישראל. ביטוי להכרה בנחיצותו של התשלום העונשי כסנקציה אזרחית במקרים מחפירים של הפרת זכות יש בסעיפים 462 ו-499 לתזכיר הקודקס, לעיל ה"ש 62, המכירים בסמכות כללית של בית המשפט האזרחי לפסוק "פיצויים לדוגמה" בגין הפרה זדונית של חיוב. לחיבור שעסק באורח מקיף בשאלה זו, והציע להכיר בתשלום העונשי כסנקציה לגיטימית במשפט האזרחי בכלל ובדיני החוזים בפרט, ראו יהודה אדר התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים (עבודה לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2004).
- 98 דוגמה לביטולה של תניית "קנס" על-פי הדין הקודם אפשר למצוא בע"א 205/67 זכריה נ' צאפי, פ"ד (2) 317, 319 (1967), שם נפסק ש"המבחן שלפיו מבדילים בין קנס לבין פיצוי קבוע מראש הוא לפי כוונת הצדדים: האם נתכוונו להערכה כנה של הנוק העשוי להיגרם על ידי הפרה לצד המקיים או שמטרתם היתה רק להטיל אימה כדי להבטיח את קיום החוזה?" בנסיבות המקרה נפסלה התניה המוסכמת לאחר שנקבע כי סכום הפיצוי שנקבע בה [...] הוא כה רחוק מן ההפסד הממשי שיכול היה להיות צפוי למערער עד שאין מנוס מן המסקנה שאין הוא אלא קנס כספי [...]."
- 99 ראו, למשל, את דברי השופט חשין בפרשת אהרן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 435: "בעבר, קודם היות חוק התרופות, היו בתי המשפט מסווגים את תניית הפיצויים בענייננו כ"קנס", ובהכתירם אותה היו גוזרים עליה כליה [...] כיום אין כן דין, ובמקום שבית המשפט מגיע לכלל מסקנה כי שיעור הפיצוי נקבע [...] ללא כל יחס סביר [...] אין רואים את תניית הפיצוי כבטלה, אלא שבית המשפט קונה שיקול-דעת ("רשאי") להפחית את שיעור הפיצוי שקבעו הצדדים מראש". הדעה שלפיה חוק התרופות ביטל את ההבחנה בין "קנס" לבין "פיצוי מוסכם" מקובלת גם בספרות המשפטית. לסקירת הדין והספרות בסוגיה זו ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 98, 491-495.

זו רתיעה "מרוככת" יותר מבעבר, המאפשרת לצדדים לקבוע סנקציה כספית בשיעור גבוה מזה שהיה הנפגע זוכה בו על-פי דין הפיצויים הכללי; זאת, כל עוד אין הסכום שנקבע חורג במידה בלתי-סבירה משיעור הנזק שאפשר היה לצפות מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה אפשרית של ההפרה. כפי שיובהר בהמשך הרשימה, לגישת ביניים זו של הדין הישראלי בשאלת תוקפן של הוראות עונשיות שבחוזה נודעת השלכה ישירה על ההכרעה בשאלת הצירוף שנדונה בפרשת קניונים.

(ד) התנאה על דיני צירוף התרופות

לאור האמור עד כה נוכל לבחון עתה ביתר פירוט את סוגיית ההתנאה על דיני צירוף התרופות, תוך הבחנה בין שלושת נדבכיו של דין הצירוף.

התנאה על העיקרון הבסיסי: ויתור על חופש הצירוף והבחירה של הנפגע לעיל עמדנו על כך שעקרון היסוד של דיני הצירוף מכיר בחירותו של הנפגע לבחור את תרופותיו ולצרפן כרצונו. עיקרון יסודי זה מעניק לנפגע יתרון טקטי חשוב ביחס למפר, בהרחיבו את מגוון דרכי הפעולה והתקיפה העומדות לרשותו, תוך צמצום הוודאות המשפטית של המפר לגבי תוצאות ההפרה. הענקת יתרון זה עולה בקנה אחד עם הגישה הרואה את הפרת החוזה כאירוע שלילי ולא רצוי, ואת המפר – כמי שדבק במעשיו פגם מוסרי.¹⁰⁰

100 ראו, למשל, משה גלברד הפרה צפויה בחוזים 245 (2006). נער, כי התפיסה שלפיה הפרת חוזה משקפת אשמה מוסרית של המפר אינה אוניברסלית. בעוד שהיא מקובלת במרבית שיטות המשפט של יבשת אירופה, היא נתונה במחלוקת עמוקה במשפט המקובל ובפרט במשפט האמריקני. ראו, למשל, את תיאורו של Farnsworth, שציין כי דיני התרופות על הפרת חוזה במרבית מדינות ארצות הברית – "have the effect of restricting rather than enlarging the responsibility of the party in breach. All in all, our system of legal remedies for breach of contract, heavily influenced by the economic philosophy of free enterprise, has shown a marked solicitude for men who do not keep their promises" E. Allan Farnsworth, *Legal Remedies for Breach of Contract*, 70 COLUM. L. REV. 1145, 1216 (1970). ראו גם, ברוח דומה, את מסקנתו של מלומד קנדי חשוב, שלפיה במקרים (הרבים) שבהם התרופה היחידה על הפרת חוזה היא פיצויים – "it is not entirely erroneous to say that there is, in practice, a degree of freedom to break contracts, subject to payment of compensatory damages" Stephen M. Waddams, *Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing*, 12 SUP. CT. L. REV. 1, 29 (2000). אולם השוו לדבריו של מחבר אמריקני אחר, הסבור כי – "the duty to perform contracts is an important community norm, and it is not 'o.k.' to deliberately breach a contract so long as you pay your victim compensatory damages [...]" HENRY MATHER, *CONTRACT LAW AND MORALITY* 119 (1999). למותר להזכיר כי התפיסה שלפיה הפרת חוזה משקפת אשמה מוסרית זרה לרוחה של הגישה הכלכלית למשפט, שבמסגרתה התפתחה תורת ההפרה היעילה.

ברם, האם רשאי הנפגע לוותר על היתרונות שמעניק לו דין התרופות הכללי באמצעות העיקרון הבסיסי האמור? הרשאים הצדדים להסכים בחוזה על צמצום "חופש הצירוף" של הנפגע בכוח? לאור הנחתנו שלפיה דיני התרופות הם ככלל דינים מרשים, נראה כי התשובה המתבקשת לשאלה זו צריכה להיות בחיוב. ככל שראוי להכיר בתוקפה של תניה חוזית שמכוחה מותר צד לחוזה על תרופה מסוימת, נראה שאין כל סיבה לשלול תוקף מתניה המשקפת ויתור על כוח הבחירה או הצירוף המוקנה לנפגע בדין – ויתור השקול מבחינה מהותית לויתור על הגנה תרופתית המוקנית לנפגע מכוח הדין הכללי.¹⁰¹

מובן כי ויתור כזה כפוף עדיין לעקרונות היסוד בדבר תקנת הציבור ותום לב, המגבילים את חופש העיצוב וחופש ההתקשרות של הצדדים. כך, לדוגמה, ויתור גורף וחד-צדדי על תרופה או על צירוף תרופות המוכר בדין, עלול במקרים מסוימים להיחזות כעומד בסתירה לעקרונות של הגינות עד כדי שלילת תוקפו של הויתור.¹⁰² אולם, כאשר הויתור על צירוף תרופות נתון נעשה בדעה צלולה ומתוך רצון חופשי ואינו משקף א-סימטרית קיצונית בהקצאת הזכויות התרופתיות, נראה כי בדרך כלל יש ליתן לו תוקף.

התנאה על סייג הסתירה המהותית

האם הצדדים רשאים להתנות על סייג הסתירה המהותית? אנו סבורים כי התשובה לשאלה זו היא בשלילה. בהקשר זה, שבו הצדדים לחוזה מבקשים להתיר לנפגע בכוח לצרף תרופות המושתתות על הנחות יסוד סותרות, נקודת המוצא בדבר הדיספוזיטיביות של דיני התרופות נסתרת. בהקשר זה נראה לנו כי יש מקום להבחין בין שני סוגים של סתירה מהותית: סתירה עובדתית או אופרטיבית וסתירה משפטית.

סעיף 2 לחוק התרופות, השולל את צירופן של תרופת הביטול ותרופת האכיפה, משקף את המצב הראשון, שבו מתקיימת סתירה בעלת אופי אופרטיבי-טכני בין התרופות. תרופות אלה סותרות זו את זו לא רק במהותן המשפטית, הנובעת מתכליותיהן השונות זו מזו; מבחינה מעשית-אופרטיבית אין כל אפשרות להפעיל את שתי התרופות בעת ובעונה אחת בלי שהפעלת התרופה האחת (ביטול החוזה) תסכל את הגשמת מטרתה של התרופה האחרת (אכיפת החיוב המופר). במקרה זה סוג הפעולות שמוטל על הצדדים לבצע לשם מימושה של תרופת האכיפה (קרי: המשך ביצוע החיובים החוזיים) עומד בסתירה גמורה לסוג הפעולות שעליהם לבצע לשם מימושה של תרופת הביטול (הפסקת הביצוע והשבת מה שנתקבל על-פי החוזה). התנאה המתירה סתירה אופרטיבית

101 לדוגמה: כשם שהצדדים רשאים להסכים בחוזה כי הם מוותרים, במקרה של הפרה, על תרופה מסוימת (כגון אכיפה), כך הם רשאים להסכים כי הם מוותרים על הזכות לצרף אכיפה ופיצויים (גם אם אינם מוותרים על הזכות לתבוע כל אחת מתרופות אלו בנפרד). במישור העקרוני אין אנו רואים מניעה ממתן תוקף להתנאה כזו.

102 לדיון בסייג זה ראו לעיל, בה"ש 94.

מעין זו לא תקדם מטרה רציונלית כלשהי של הנפגע מהפרת החוזה או של שיטת המשפט בכללותה. הכרה בהתנאה כזו תעמיד לפיכך באור נלעג לא רק את הנפגע אלא גם כל בית המשפט שייתן לה תוקף. פשיטא שאין לצפות משיטת המשפט לשתף פעולה עם התנאה כזו.

אולם סתירה בין תרופות עשויה להתגלות גם כאשר מן הבחינה האופרטיבית-הטכנית אין כל מניעה לביצוע הצירוף. טלו, לדוגמה, מקרה שבו הוסכם בחוזה כי בתגובה להפרת החוזה יהיה הנפגע זכאי לתבוע במצטבר הן פיצויי הסתמכות בגין הוצאות שהוציא בקיום החוזה והן פיצוי בגין אבדן הרווח שנגרם לו כתוצאה מן ההפרה. במקרה כזה אין מניעה טכנית לפסוק לטובת הנפגע את שני הסכומים כאחד. פסיקת שני הסכומים לא תסכל את הגשמת מטרתם של פיצויי ההסתמכות או של פיצויי הקיום. אף-על-פי-כן, גם במקרה כגון זה הדעת נותנת שבית המשפט לא ייתן תוקף להתנאה ולא יתיר לנפגע לזכות בשני סוגי הפיצוי במצטבר. זאת, בין בנימוק שצירוף כזה נקבע בהיסח הדעת ולכן אינו משקף את כוונת הצדדים לחוזה (שהרי קשה לייחס לצדדים רצון לפעול במקרה של הפרה לקידומן של מטרות סותרות),¹⁰³ ובין – אם הוכח שהצדדים היו מודעים לסתירה המהותית – משום שהוא יוצר הגנה נרחבת מזו שבה שיטת המשפט מוכנה להכיר כהגנה לגיטימית במקרה של הפרת חוזה.¹⁰⁴ במקרה אחרון זה, שבו הצדדים קובעים את הצירוף הסותר במכוון ובמודע, הסכמתם עלולה להיחשב חסרת תוקף גם בשל פגיעתה בתקנת הציבור, בפרט אם היא מקדמת אינטרס הנחזה בלתי-לגיטימי (כגון אינטרס הנפגע בכוח להעניש או להרתיע את המפר מפני ההפרה). סיכומו של דבר: תניה בחוזה המכירה בזכותו של צד לו להפעיל בעת ובעונה אחת כמה תרופות המקיימות ביניהן סתירה מהותית – אין לה תוקף. זאת, בין שהסתירה היא עובדתית-אופרטיבית ובין שהיא נובעת ממטרותיהן הבסיסיות – ההפוכות – של כל אחת מהתרופות המצורפות.

התנאה על סייג כפל התרופה

האם הסייג השולל צירוף שיש בו משום כפל תרופה הוא כלל בר-התנאה? התשובה לשאלה זו אף היא, לשיטתנו, שלילית. כמבואר לעיל, כפל תרופה הוא מצב שבו צירוף

103 צדדים לחוזה שהם הדיוטות בענייני משפט, ולעתים אף עורכי-דין שאינם בקיאים בתחום דיני התרופות, עשויים לקבוע צירוף כזה כשלנגד עיניהם המטרה של "חיוזוק" עוצמתה של הסנקציה הכספית או הגנה על עצמם מפני טעות בניסוח העלולה לשלול מהם בעתיד תרופה פלונית או אלמונית. זאת, בלי שהצדדים מודעים כלל לסתירה המהותית שבין התרופות המצורפות. לכך שרבים, ובכללם עורכי-דין, אינם ערים לטיבה האמיתי של תרופת הניכוי מהמחיר, ראו אלקינס וגלברד, לעיל ה"ש 47, בעמ' 189 (ה"ש 13) ובעמ' 197.

104 בדוגמה דנן התרת הצירוף תאפשר לנפגע לעמוד במצב טוב מזה שבו היה נתון אילו קיים החוזה, וטוב מזה שבו היה נתון אלמלא נכרת החוזה. בכך יזכה הנפגע בהגנה נרחבת יותר מזו שלשמה הכירה שיטת המשפט מלכתחילה באינטרס הקיום ובאינטרס ההסתמכות.

התרופות המוסכם מעניק לנפגע יותר מאשר הגנה מלאה על מכלול האינטרסים המוגנים שלו.¹⁰⁵ התנאה המתירה כפל תרופה יש בה, לפיכך, משום ניסיון להרחיב את ההגנה התרופתית של הנפגע אל מעבר לגבולות שביקשה שיטת המשפט לקבוע. בכך יש משום ניסיון של הצדדים לחוזה ליטול לעצמם סמכות לא-להם ולהעניק גוון משפטי לאינטרסים שלא זכו להכרה בשיטת המשפט. פשיטא שניסיון כזה נדון מראש לכישלון, שאם לא תאמר כך – תימצא שיטת המשפט כבולה, לעניין פסיקתן של תרופות, לגחמתם הפרטית של צדדים לחוזה. ספק אם יש שיטת משפט שבה חופש החוזים זוכה להגנה כה מרחיקת לכת. הדברים הם בבחינת קל וחומר בשיטת המשפט שלנו, שבה עדיין נוהגת גישה מסויגת למדי – או לפחות מהוססת – כלפי כוחם של הצדדים לקבוע בחוזה תרופות שתכליתן עונשית או הרתעתית.

העיקרון האוסר על כפל תרופה הוא אפוא עיקרון כופה, קוגנטי, שאין לצדדים לחוזה כוח לסטות ממנו. עם זאת, ראוי לשוב ולהדגיש שכאשר אפשר למנוע את כפל התרופה הנובע מצירוף תרופות פלוני באמצעות הוריה על צירוף חלקי, ראוי לעשות כן ולהעדיף דרך זו משלילה מוחלטת של תוקף ההתנאה החוזית. מצב שכוח שבו נקיטה של דרך זו היא אפשרית ורצויה הוא זה שבו אחת מהתרופות המצורפות היא של פיצויים מוסכמים. כאן יתאפשר לעתים לנטרל את החפיפה התרופתית שיצר הצירוף שעליו הוסכם בחוזה באמצעות הפחתת הפיצויים המוסכמים. כך, לדוגמה, אם הצירוף (בחוזה) של פיצוי רגיל לפיצוי מוסכם מעניק לנפגע יותר מהגנה מלאה על אינטרס הקיום שלו, יתאפשר לעתים להתיר את הצירוף במקום לשלול אותו מכול וכול, אולם זאת תוך הפחתה מתאימה של הפיצוי המוסכם, שתבטיח נטרול של החפיפה התרופתית בין מקורות הפיצוי. במקום לקבוע כי אין להתנאה החוזית על סייג כפל התרופה כל תוקף, ראוי במקרה כזה להתיר את הצירוף תוך הפחתת אותו סרח עודף שנקבע "ללא כל יחס סביר" לנזק שמפניו בא הפיצוי המוסכם להגן.¹⁰⁶

(ה) התנאה על דיני הצירוף: סיכום ביניים

דיוננו מעלה כי בעוד שהגישה העקרונית בשיטתנו כלפי כוחם של הצדדים להתנות על דיני התרופות היא מרחיבה, הרי למעשה בהקשר להתנאה על דיני צירוף התרופות ראוי לאמץ גישה אחרת. אמנם, על החירות הבסיסית הניתנת לנפגע לצרף ולבחור תרופות

105 ראו לעיל בטקסט שליד ה"ש 62.

106 שאלה מעניינת היא אם אפשר, בדרך של היקש, להחיל את ס' 15(א) לחוק התרופות על כפל תרופה הנוצר כתוצאה מצירוף של פיצויים שאינם פיצויים מוסכמים (למשל: צירוף של פיצוי לפי ס' 10 עם פיצוי לפי ס' 11(א) לחוק התרופות). כעולה מהדיון העקרוני שערכנו בסוגיית הצירוף החלקי, עמדתנו היא שצירוף כזה הוא לגיטימי כל עוד אפשר להבטיח כי תימנע החפיפה התרופתית בין מקורות הפיצוי. בהתאם לזאת אנו סבורים שאין כל מניעה להסתמך בהקשר זה על היקש מהוראת ס' 15 לחוק התרופות (כשמתעורר צורך בכך).

כרצונו במקרה של הפרה רשאים הצדדים, ככלל, להתנות ולוותר; עם זאת, על הסייגים לעיקרון הבסיסי אין הם רשאים להתנות בשום מקרה. סייגים אלה מחייבים אותם ומונעים מהם להרחיב את גבולות ההגנה התרופתית על החוזה אל מעבר לגבולות שדיני התרופות החוקיים וההלכתיים מכירים בהם כגבולות בני-הגנה.

ד. מן הכלל אל הפרט: פרשת קניונים בראי המודל המוצע

1. הערה למתווה הדיון

השאלה המשפטית המרכזית שעליה נסבה פרשת קניונים הייתה, כזכור, שאלת זכותה של המוכרת לצרף את שני מרכיבי הסעד שהעניק לה סעיף 23(ב) לחוזה המכר. משפרשנו את קווי המתאר של המודל העיוני המוצע, נוכל עתה להסתייע בו לבחינה ביקורתית של פסק הדין הסופי שניתן בפרשת קניונים. מטרת הדיון בפרק זה היא לבחון באיזו מידה הולם פסק הדין את המודל המוצע ובאיזו מידה הוא מיישמו כהלכה. טענתנו היא, בתמצית, שפסק הדין משקף סטייה ניכרת מן המודל ושגם ביישומו (החלקי) של המודל מתגלים ליקויים. ליקויים אלה מתגלים בשלושת מישורי הניתוח של שאלת הצירוף שעמדה לדיון בפרשת קניונים, קרי: מישור הפרשנות, מישור דיני הצירוף ומישור ההתנאה על דיני הצירוף. בפרק זה נבקש להצביע על ליקויים אלה ולהראות באיזה אופן יכולה הייתה ההסתייעות במודל העיוני המוצע לסייע למניעתם.

2. השאלה הפרשנית: אילו תרופות התכוון החוזה להעניק למוכרת?

(א) פתיח

לעיל עמדנו על כך שפרשנותו של החוזה בהקשר לצירוף של תרופות חוזיות היא שלב מוקדם וחיוני בטרם אפשר יהיה לבחון את שאלת תוקפו של צירוף תרופות כלשהו שנקבע בחוזה. אכן, שאלת פירושו הנכון של סעיף 23(ב) לחוזה המכר זכתה להתייחסות קצרה בפסק הדין בערעור השני. עם זאת, נראה כי הדיון שנערך רחוק ממיצוי הקשיים הפרשניים שסעיף 23(ב) לחוזה מעורר. מאחר שתורת הפרשנות בחוזים אינה מוקד ענייננו במאמר זה, נעמוד על קשיים אלה בקיצור רב, ככל שהדברים משליכים במישורין על שאלת הצירוף.

(ב) הקושי הבסיסי: היכן מעוגן בחוזה מרכיב ירידת הערך?

הנחת המוצא לבריור שאלת הצירוף בפרשת קניונים, בכל הערכאות, הייתה שהמוכרת זכאית על-פי החוזה לשתי תרופות: האחת – זכות לנכות מכספי התמורה ששולמו לה את מרכיב ירידת הערך (קרי: סכום ששיעורו כשיעור ירידת ערך הממכר בתקופה שבין

כריתת החוזה לבין מועד ביטולו);¹⁰⁷ והאחרת – פיצוי מוסכם קבוע בשיעור של 20% ממחיר הדירה. דא עקא, בולט בהיעדרו מפסק הדין דיון בקושי הפרשני העיקרי שמעורר סעיף 23(ב). הקושי מתבטא בכך שבלשונו של הסעיף אין כל זכר לראשונה משתי התרופות האמורות. במה דברים אמורים?

סעיף 23(ב) קבע הסדר תרופתי המורכב משני חלקים: חלק העוסק בחיוב המוכרת – לאחר ביטול החוזה והשבת הזכויות בנכס לידיה¹⁰⁸ – להשיב לקונה את דמי מכירת הנכס או את שווי עובר לביטול (להלן: שווי הנכס); וחלק הקובע את זכותה של המוכרת לנכות משווי הנכס את הפיצוי המוסכם. אולם בכך אין כדי ללמד על זכותה של המוכרת לתרופה כלשהי נוסף על הפיצוי המוסכם; נהפוך הוא: כפי שאך צוין, הסדר ההשבה הקבוע בחוזה עוסק לא בחיוב ההשבה של הקונה כלפי המוכרת כי אם בחיוב ההשבה שלה כלפיו. כיצד אפוא אפשר להסביר את הנחת הכול בפרשת קניונים שהחוזה העניק למוכרת שתי תרופות?

המענה לשאלה זו טמון בהבנת האבסורד שבפירושו המילולי הדווקני של הסדר ההשבה הקבוע בסעיף 23(ב) לחוזה המכר. כדי להבין אבסורד זה די להצביע על התוצאה המוזרה שהייתה מתקבלת אילו נאכף הסדר ההשבה החוזי כלשונו. מבט חטוף בסעיף 23(ב) מגלה כי הסדר זה משקף סטייה ברורה מהסדר ההשבה הכללי הקבוע בסעיף 9(א) לחוק התרופות. על-פי ההסדר הכללי, עם ביטול החוזה בשל הפרתו חייב כל צד להשיב למשנהו את שקיבל על-פי החוזה, בעין או בשווי. ברם, לא כך קבע החוזה בפרשת קניונים. נקבע בו כי בכל מקרה של ביטול העסקה בשל הפרתה מחויבת המוכרת "להחזיר" לקונה, כנגד הנכס המושב לידיה, לא את מה ששולם לה על חשבון תמורת הממכר כי אם את שווי (האקטואלי או המוערך, בהתאם לחלופה הרלוונטית) של הממכר עצמו במועד הביטול.¹⁰⁹

107 ראו לדוגמה את דברי בית המשפט בערעור השני, לעיל ה"ש 5, בפס' ז(6), שם נזכרת "[...] זכות המערערת [המוכרת] לסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס לפי החוזה ובין השווי ביום הביטול". ראו גם את פירוט המסכת המשפטית לעיל, בפרק ב.2 לרשימה.

108 הסעיף הנדון איננו מתייחס במפורש לחובה המוטלת על הקונה להשיב את הממכר למוכרת. אף-על-פי-כן, חובה זו משתמעת בבירור מהוראת הסעיף המתירה למוכר, לאחר הביטול, "למכור את הממכר [...] או לעשות בו כל שימוש אחר לפי ראות עיניו", קרי: לנהוג בו מנהג בעלים. אכן, בפרשת קניונים לא חלק הקונה על חובתו להשיב את הנכס למוכרת – חובה שאותה קיים שעה שוויתר, במהלך ההליך המשפטי, על זכות החזקה והבעלות בחנות.

109 במובן מסוים אפשר לראות בהסדר זה משום ויתור של הצדדים לחוזה המכר על תרופת הביטול. התוצאה העיקרית להפעלה של ברירת הביטול בשיטתנו היא פקיעה של החיובים הראשוניים (שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 553-554). מבחינת המפר הביטול משמיע גם פקיעה של זכותו להגנה על אינטרס הקיום (שלו ואדר, שם, בעמ' 571). אולם, בפרשת קניונים, החוזה – בהותירו על כנה את החובה לשלם לקונה את שווי הממכר גם לנוכח ביטול החוזה – הותיר על כנה גם את ההגנה על

נקל לראות כי הסדר השבה זה, כשהוא עומד בפשטות לשונו, מוליך לתוצאה אבסורדית. האבסורד מתבטא בכך שעם הביטול המוכרת מחויבת להעניק לקונה-המפר את שווי הנכס – וזאת לכאורה בלא כל קשר לסכומים שאותם שילם, אם בכלל, על חשבון התמורה. תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת.¹¹⁰

האם אפשר, באמצעות עקרונות פרשנות מקובלים, להתגבר על האבסורד הכרוך בפירוש המילולי של הסדר ההשבה החוזי? בפסקי הדין שניתנו בפרשת קניונים אין למצוא דיון של ממש בשאלה זו. למעשה, אין מנוס מהקביעה שבית המשפט (הן המחוזי והן שני ההרכבים בבית המשפט העליון) התעלם, בפשטות, מלשונו המפורשת של ההסדר החוזי. את ההסדר הבעייתי המיר בית המשפט בהסדר חלופי שנראה לו ראוי והגיוני יותר: הסדר המעניק למוכרת זכות לנכות מכספי התמורה ששולמו לה (ושאותם עליה להשיב לקונה) את מרכיב ירידת הערך של הממכר.¹¹¹ דא עקא, שפתרון "פרשני" זה נעדר אחיזה כלשהי בטקסט החוזי ולמעשה אף סותר את לשונו המפורשת, המחייבת את המוכרת "להחזיר" את שווי הנכס – ולא את מה ששולם תמורתו בפועל.

לדעתנו, בכלים פרשניים מסורתיים אפשר היה להגיע לאותה תוצאה (מוצדקת) שאליה הגיע בית המשפט. לשיטתנו, הדרך הנכונה לסילוק האבסורד המתואר הייתה

אינטרס הקיום של הקונה-המפר. בכך יש משום ויתור על האיום הכלכלי העיקרי הגלום בתרופת הביטול, ויתור שהמרחק בינו לבין ויתור מוחלט על זכות הביטול אינו רב.

110 כך, לדוגמה, בנסיבותיה של פרשת קניונים מתן פירוש מילולי להסדר ההשבה החוזי היה מוביל למסקנה שעם הביטול מחויבת המוכרת לשלם לקונה 440 אלף דולר (סכום ששיקף את שווי הנכס באותו מועד), גם לנוכח העובדה שהקונה שילם לה על חשבון התמורה 300 אלף דולר בלבד. בכך היה הקונה-המפר זוכה בעקבות ההפרה (והביטול העוקב אותה) בפרס כספי בסך 140 אלף דולר! פרס זה היה מאפשר לקונה למחוק כמעט לחלוטין את ההפסד שהביא על עצמו בכך שהתקשר בחוזה הפסדי, שאילו היה נאכף היה מצמיח לו הפסד של 160 אלף דולר.

111 את ההסדר החוזי (המפורש) המיר בית המשפט, למעשה, בהסדר הכללי הקבוע בחוק התרופות. הסדר זה מחייב מוכר המבטל עסקת מכר להשיב לקונה את כספי התמורה – ועם זאת משמר בידי את הזכות לפיצויים בגין הפסד הרווח הכרוך בביטול העסקה, ששיעורו כשיעור ירידת הערך בתקופת הביניים. זכות זו מוכרת במפורש בס' 11(א) לחוק התרופות. הוראה זו מזכה את הנפגע, בלא הוכחת נזק, בפיצויים בשיעור ההפרש שבין התמורה החוזית לבין שווי הנכס או השירות במועד ביטול החוזה. כפי שכבר צוין במקום אחר, הוראה זו נזכרה אגב אורחא בפסק הדין בערעור השני, לעיל ה"ש 5, שם נזכרה האנלוגיה שבינה לבין ההסדר החוזי שקבעו הצדדים (ראו לעיל בטקסט שליד ה"ש 33). לדיון בתביעה לפי ס' 11(א) ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 472-482. בפסיקה ראו ע"א 146/88 אזורים – חברה להשקעות בפיתוח ובבניין בע"מ נ' כהן, פ"ד מד(3) 374, 382, פסק הדין של השופט בך (1990); ע"א 9005/03 בזק – החברה הישראלית לתקשורת נ' שמעון מרדכי בע"מ, פס" 5 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 12.12.2005). ראוי לציין, כי אבדן הערך הכרוך בביטולה של עסקה בשל הפרתה הוכר בפסיקה כראש נזק צפוי ובר-פיצוי גם מכוח הוראת הפיצוי הכללית שבס' 10 לחוק התרופות. ראו, למשל, ע"א 411/87 חזן נ' דגן, פ"ד מג(2) 273, 277-278 (1989).

השלמה של החוזה באופן שתיקרא אל תוכו תניה משתמעת,¹¹² המתחייבת מפרשנותו התכליתית.¹¹³ פרשנות תכליתית של חוזה המכר מחייבת את המסקנה שחיוב ההשבה שהוטל על המוכרת הוכפף לזכותה להפחית מחיוב זה את יתרת התמורה הבלתי-משולמת. ייחוס כפיפות זו להסדר החוזי מתחייב מהצורך להבטיח כי הסדר ההשבה החוזי לא יפגע באינטרס הלגיטימי הבסיסי ביותר של המוכרת, כנפגעת מהפרת החוזה, שלא להיפגע כלכלית עקב הביטול.¹¹⁴ אינטרס זה של המוכרת אינו אלא אינטרס הקיום שלה – שהוא החשוב מהאינטרסים המוגנים בדיני התרופות בשל הפרת חוזה.¹¹⁵ קריאת התניה המשתמעת האמורה אל תוך החוזה מונעת פגיעה באינטרס הקיום. זאת, על-ידי כך שהיא מקנה למוכרת את הזכות להפחית, מתוך חיוב ההשבה שמטיל עליה

112 תורת התניות מכללא, שהורתה ולידתה במשפט המקובל האנגלי, שימשה בעבר מסגרת פרשנית להשלמתם של חוזים. ראו ע"א 131/71 במאיוור נ' תיאטרון קומדיה, פ"ד (כה) (2) 744 (1971). על האפקטיביות הכרוכה באימוצה של תורה זו נמתחה ביקורת. ראו, למשל, שלו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 400-396; ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים, פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: פרשת אפרופים), שם קבע השופט ברק כי בישראל עקרון תום הלב הוא העוגן הפורמלי להשלמתם של חוזים חסרים. עם זאת, נראה שבפרקטיקה המשפטית לא נזנח לחלוטין הרעיון של תניה מכללא והוא מוסיף לשמש כלי מתודולוגי נוח. בהקשר זה ראו את מאמרו של מנחם מאוטנר "כיצד הודחה דוקטרינת התנאי מכללא ממעמדה בדיני החוזים של ישראל?" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 429 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002).

113 על-פי תורת הפרשנות התכליתית יש לבכר פרשנות המשקפת את תכלית החוזה ואת כוונת הצדדים, לעתים אף אם לתכלית זו אין בסיס בלשונו של החוזה ואף אם הכרה בה מחייבת תיקון או שינוי של הטקסט החוזי. פרשת אפרופים, שם, בפס' 26-35 לפסק דינו של הנשיא ברק; ע"א 6745/95 חברת העובדים השיתופית הכללית בארץ ישראל בע"מ נ' פסל בע"מ, פ"ד נב(5) 542 (1998). תורת הפרשנות התכליתית בחוזים נדונה בהרחבה בכתיבתו האקדמית והשיפוטית של השופט והפרופ' אהרן ברק. ראו, בין היתר, אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 269-274, 287-312, 383-651 (2001).

114 פגיעה כלכלית כזו הייתה תולדה ישירה של ביטול החוזה (לפי פירושו המילולי), לפחות במצב של ירידת מחירים. לשם הדגמה, בפרשת קניונים, לעיל ה"ש 5, היה ביטול החוזה מצמיח למוכרת את הזכות לקבל ליריה את הנכס עצמו (שוויו במקרה דנן 440 אלף דולר), אך כנגד זאת היה מפקיע ומשמיט את זכותה לקבלת תמורה חוזית בשיעור גבוה יותר (במקרה דנן בסך 600 אלף דולר). כתוצאה מכך היה הביטול מסב למוכרת הפסד כלכלי של 160 אלף דולר (השווה בשיעורו לרווח הישיר שקיום החוזה היה מצמיח לה).

115 להכרה בכך ראו, למשל, את דברי הנשיא שמגר בפרשת לוי, לעיל ה"ש 39, בעמ' 55: "במשפט הישראלי, שבו אכיפה היא התרופה הראשית, אין ספק כי האינטרס המוביל שעליו באים דיני התרופות להגן הוא אינטרס הצפיות [...] כאשר נפגע תובע פיצויים עקב הפרת חוזה – בית המשפט, כעיקרון, צריך לשאוף להעמידו במצב בו היה לו קיים החוזה."

החווה, את יתרת התמורה הבלתי-משולמת.¹¹⁶ אמת, דרך פרשנית זו מבוססת על אותו היגיון שהנחה את בתי המשפט בפרשת קניונים ומוליכה לאותה תוצאה כלכלית;¹¹⁷ אולם היא נבדלת ממנו בכך שהיא משיגה את התוצאה הראויה בלי לרוקן את ההסדר החוזי מתוכן, תוך פגיעה מזערית בעקרון חופש החוזים. אפשר להניח כי לו נדרשו לעסוק בסוגיית הפרשנות ביתר פירוט, היו השופטים בפרשת קניונים נוקטים, מן הסתם, דרך פרשנית זו.¹¹⁸

116 נעיר כי הסיכון של פגיעה כלכלית באינטרס הקיום של המוכרת עקב ביטול החווה עלול להתממש – אם ינתן לחווה פירוש מילולי – לא רק במקרה של ירידת ערך הנכס בתקופת הביניים, אלא גם במקרה של עליית ערך. לדוגמה, נשווה בנפשנו כי שווי הנכס במועד הביטול עלה עד כדי 700 אלף דולר. במקרה כזה הייתה המוכרת מחויבת, על-פי לשון החווה, "להחזיר" לקונה 700 אלף דולר – וזאת שעה שהקונה שילם לה על חשבון התמורה 300 אלף דולר בלבד. במצב זה לא זו בלבד שהמוכרת הייתה מאבדת את היתרון שמקנים לה דיני התרופות (יתרון המתבטא בזכות ליהנות מהפרש עליית הערך בסך 100 אלף דולר), אלא היה נגזר עליה לאבד 300 אלף דולר נוספים. ודייקר: ההפסד אינו בסך 400 אלף דולר, שכן 100 אלף דולר הם הפסד שנגרם למוכרת עקב כריתת החווה ולא עקב ביטולו. סכום אחרון זה איננו משקף הפסד שהמוכרת הייתה יכולה להימנע ממנו אלמלא ביטלה את החווה, אלא הפסד שגרמה לה כריתת החווה והיא לבדה אחראית לו. מצב הדברים בדוגמה שהבאנו הוא אפוא זה: כריתת החווה הסבה למוכרת הפסד בסך 100 אלף דולר, וביטול החווה הסב לה – כתוצאה מהסדר ההשבה האבסורדי שקבע החווה – הפסד של 300 אלף דולר נוספים. אולם גם אם אפשר אולי לקבל ויתור על הזכות להחליץ מן ההפסד הראשון כהסדר הגיוני בין צדדים במקרה של ביטול החווה בשל הפרתו, אין כן הדבר לגבי ההפסד הנוסף, שפירושו פגיעה קשה באינטרס הקיום של המוכרת. כמבואר בטקסט, פגיעה זו אפשר למנוע באמצעות פירוש תכליתי, המכפיף את חיוב ההשבה של המוכרת (בסך 700 אלף דולר, בדוגמה שכאן) לזכותה לנכות ממנו את יתרת התמורה הבלתי-משולמת (בסך 300 אלף דולר). התוצאה היא שהמוכרת תחויב לשלם (בהתעלם מזכותה לפיצוי המוסכם הטהור) 400 אלף דולר בלבד. תשלום זה יבטיח הגנה על אינטרס הקיום של המוכרת (שתיוותר כשבידיה חסרון כיס של 100 אלף דולר בלבד – הפסד שבא עליה כתוצאה מכריתת החווה) ועם זאת לא יסכן את אינטרס הקיום של הקונה (שייוותר עדיין כשבידיו רווח של 100 אלף דולר).

117 לשם המחשה: לפי הפרשנות שהצענו, הסדר ההשבה הקנה למוכרת זכות לנכות משווי הממכר (בסך 440 אלף דולר) את יתרת התמורה הבלתי-משולמת (בסך 300 אלף דולר), כלומר: חייב אותה להשיב 140 אלף דולר בלבד. בהינתן שכספי התמורה (המשולמת) נותרים בסופו של יום בידי המוכרת, תוצאה זו שקולה מבחינה כלכלית להקניית זכות למוכרת לנכות מכספי התמורה המשולמת (בסך 300 אלף דולר), שאותם כביכול עליה להשיב לקונה, את מרכיב ירידת הערך (בסך 160 אלף דולר).

118 תמיכה מרומזת בפירוש התכליתי המוצע על-ידינו אנו מוצאים בפס' ז' (7) לפסק הדין בערעור השני, לעיל ה"ש 5. אגב הדיון בשאלת הצירוף ציין בית המשפט כי על-פי החווה "החזר הכספים [מצד המוכרת] מותנה בשווי הנכס בעת ההפרה" ובהמשך הוסיף כי "באין מכירה [של הנכס] "יוחזרו לקונה כספים בגובה שווי הממכר בעת הביטול בניכוי חמישית ממחיר הממכר כפיצוי קבוע ומוסכם מראש, וזאת מעבר להעמדת המערערת במקומה כך שלא תפסיד על לא עוול" (ההדגשות הוספו). סיפא זו עשויה לרמז על ההנחה המובלעת, שהגיונה הוסבר בטקסט, שתנאי לחיוב המוכרת בהשבת

(ג) אפיונו של מרכיב ירידת הערך: השבה או פיצוי?

מהו סיווג הנכון של הזכות התרופתית שהעניק החוזה למוכרת – על-פי פרשנותו התכליתית – נוסף על זכותה לפיצוי המוסכם הטהור? כזכור, בשאלה זו נחלק הערכאות בפרשת קניונים. בערעור הראשון אומצה ההנחה שמרכיב ירידת הערך הוא במהותו

שווי הנכס הוא הבטחת אינטרס הקיום שלה – זאת בדרך של הכפפת חיוב זה לזכות לנכות ממנו את יתרת התמורה הבלתי-משולמת. יש להודות כי הפרשנות המוצעת, על אף סבירותה, מותרת קושי אחד לא תפור. הקושי נעוץ בכך שמנקודת המבט של המוכרת קשה לראות מהי התועלת שבהכללת הסדר כזה בחוזה, אפילו תינתן לו פרשנות תכליתית. כפי שראינו, התכלית שייחסנו להסדר ההשבה החוזי היא לאפשר למוכרת הגנה מלאה על אינטרס הקיום שלה. דא עקא, הגנה כזו מובטחת למוכרת ממילא מכוחם של הסדרי ההשבה והפיצויים שבחוק התרופות. הנה כי כן, מנקודת המבט של המוכרת, עיגון זכותה להגנה מפני הסיכון הכרוך בירידת ערך הממכר בס' 23(ב) הוא לכאורה מיותר. ואם תימא שמבחינת המוכרת יתרונו העיקרי של הסדר ההשבה מתבטא בזכותה לחלט מכוחו, מכספי התמורה המוחזקים בידיה, את חיובו הכספי של הקונה כלפיה בדרך של סעד עצמי, על כך נשיב שגם הסבר זה אינו מגיח את הדעת. זאת, מהטעם הפשוט שגם בהיעדר הוראת חילוט מיוחדת ראשי הנפגע לקזז את הפיצוי בגין נוקי ההפרה מכספי ההשבה שהוא חב למפר בעקבות ביטול החוזה (ראו ס' 20 לחוק התרופות וס' 32 לחוק המכר). אנו נותרים אפוא עם סימן שאלה המעיב על שלמותה של הפרשנות התכליתית של הסדר ההשבה החוזי. בסופו של יום, יתכן שההסבר הפשוט לקושי המתואר הוא שהמוכרת ובאי-כוחה, שניסחו את החוזה (כך עולה מביור ערכנו) לא נתנו את דעתם באורח מספק לנפקות המעשית של הסדר ההשבה המוסכם. כתוצאה מכך נתנה המוכרת את הסכמתה ליצירת הסדר הנחזה (לאחר הליך של פרשנות תכליתית) כמעניק יתרונות הדדיים לשני הצדדים, אך מתגלה לאחר עיון נוסף כהסדר לא מאוזן, המעניק דווקא לקונה-המפר יתרון מרחיק לכת במקרה של עליית ערך הנכס (היתרון מתבטא בכך שגם לאחר ביטול החוזה זכאי המפר ליהנות מהרווח הגלום בעליית הערך). האם חוסר איזון זה מצדיק התערבות שיפוטית בתוכנו? איננו סבורים כך. בהיעדר פערי מיקוח ניכרים בין המוכרת לבין הקונה, ובהיעדר פגיעה בנורמות בסיסיות של הגינות, נכונותו של צד לחוזה להעניק לרעהו יתרון משפטי או כלכלי שהאחרון אינו זכאי לו בדין אינה לכשעצמה עילה המצדיקה התערבות בתוכן החוזה (מה עוד שכאמור המוכרת היא שניסחה את החוזה). אמנם, התערבות בדרך הפרשנות התכליתית היצירתית עשויה להתחייב כשהיעדרה מוליך ההסדר החוזי לתוצאה אבסורדית שאין הדעת סובלת ושאי-אפשר לייחסה בשום פנים לכוונתם המשוערת של הצדדים; אלא שהקושי ההגייוני המתואר אינו, לטעמנו, בגדר אבסורד המחייב התערבות נוספת בתוכן החוזה. יפים לענייננו בהקשר זה דברים שנאמרו מפי פרופ' גבריאלה שלו: "חופש החוים טומן בחובו גם את ההגנה על החוזה מפני התערבות שיפוטית; [...] פרטים רשאים לעשות חוים בלתי הגיוניים, בלתי סבירים, בלתי כלכליים ואף טפשיים [...]". גבריאלה שלו "פרשנות החוזה – תורת ברק" המשפט ח 675, 691 (2002). מכל מקום, בנסיבותיה של פרשת קניונים חלה ירידה בערך הנכס בין מועד כריתתו של החוזה לבין מועד ביטולו. מסיבה זו לא יכול היה הקונה-המפר לממש את היתרון החד-צדדי שהעניק לו הסדר ההשבה החוזי, ולפיכך לא יכלה להתעורר שאלת האפשרות להתערב במנגנון חוזי לא מאוזן זה.

תרופה של פיצויים מוסכמים, אך פרשנות זו נדחתה בערעור השני שבו נקבע כי מרכיב זה הוא, במהותו, סעד של השבה מוסכמת.¹¹⁹ איזה מהאפיונים הללו הוא הנכון? לאחר שעמדנו בסעיף הקודם על ההיגיון המונח ביסוד ההכרה הפרשנית במרכיב ירידת הערך, סלולה לפנינו הדרך למתן תשובה לשאלה זו. כפי שראינו, תכלית ההכרה בזכותה של המוכרת לנכות מחיוב ההשבה שלה את יתרת התמורה הבלתי-משולמת,¹²⁰ הייתה לספק לה הגנה על אינטרס הקיום, כלומר: הגנה מפני הנזק הנובע מהפרת החוזה (ומביטולו עקב כך). הגנה זו מומשה באמצעות הענקה (משתמעת) של תרופה כספית למוכרת. מדובר אפוא בסוג של פיצויי קיום.¹²¹ מכיוון שהזכות לפיצויים אלה לא נקבעה בדין אלא בחוזה עצמו, נראה כי לפנינו פיצויי קיום מוסכמים.¹²² הנה כי כן, האפיון הראשוני שניתן בבית המשפט העליון בערעור הראשון – ובעקבותיו גם בפסק הדין המשלים שניתן בבית המשפט המחוזי – הוא האפיון הנכון יותר של המרכיב התרופתי הראשון בתביעתה של המוכרת. כפי שהובהר לעיל, ההכרה במרכיב זה לא נועדה כלל לספק למוכרת הגנה על אינטרס ההשבה שלה.¹²³ אפיונו של מרכיב ירידת

119 ראו לעיל, בפרק ב' לרשימה.

120 בניסוח אחר, התואם יותר את דרך הילוכו של בית המשפט בפרשת קניונים: זכותה לנכות מכספי התמורה החוזית שבידיה את מרכיב ירידת הערך.

121 להגדרת תרופת הפיצויים כתרופה כספית שעניינה תיקון נזק שנגרם כתוצאה מהפרת זכות ראו אצל שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 281-282.

122 אמנם אין מדובר בפיצויים מוסכמים בסכום נקוב אלא בנוסחת חישוב מוסכמת לחישוב פיצויי הקיום (נוסחה הדומה לנוסחת החישוב הסטטוטורית שבס' 11(א) לחוק התרופות); ברם נוסחת החישוב האמורה נקבעה על-ידי הצדדים בהסכמה, תוך כוונה לספק למוכרת הגנה מפני אחד מנזקיה הצפויים של הפרת החוזה: הנזק הכרוך בירידת ערכו של הממכר בתקופה שבין כריתת החוזה לבין ביטולו. לא למותר לציין כי מסקנתנו הפרשנית, שלפיה כספים מחולטים אלה נחשבים על-פי מהותם לפיצויים מוסכמים ולא לסכומי השבה, מתיישבת גם עם האמור בס' 15(ג) לחוק התרופות, הקובע: "[...] סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים".

123 אנו ערים לכך שאינטרס ההשבה של הנפגע מהפרת חוזה אינו מתמצה באינטרס הצר להשבת משאבים שהועברו ממנו אל המפר במהלך קיום החוזה. בצד אינטרס זה, המעוגן בס' 9(א) לחוק החוזים, מוכר במשפטנו אינטרס השבה מסוג אחר, הלא הוא אינטרס הנפגע לשלול מן המפר את הפירות שהפיק עקב הפרת החוזה (כך נפסק בפרשת אדרס, לעיל ה"ש 4). אלא, שבנסיבות הפרשה דנן גם אינטרס השבה מהסוג האחרון אינו מסביר את מרכיב הסעד הראשון בתביעת המוכרת: סעד זה אינו משקף התעשרות שהפיק הקונה בעקבות ההפרה אלא הפסד שנגרם למוכרת בעקבותיה. המצב היה עשוי להיות שונה אילו, למשל, היה המפר מנצל את ההפרה להפקת רווח מכספי התמורה שלא הועברו למוכרת. במקרה כזה יכלה המוכרת, עקרונית, לתבוע בתורת "השבה" את הפירות שצמחו למפר מן ההפרה.

הערך בערעור השני כסעד של השבה מוסכמת – אף שהוא אולי מובן לרקע היותה של זכות תרופתית זו מובלעת בהסדר ההשבה החוזי – היה אפוא אפיון שגוי.¹²⁴

124 בע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורביץ, פ"ד לה (3) 533 (1981) (להלן: פרשת כלנית השרון) הביע השופט ברק (בפס' 6 לפסק דינו) עמדה שלפיה השבת שווי של נכס בעקבות ביטולו של חוזה צריך שתיעשה, במקרה של ירידת ערך, בערכו המקורי של הנכס ולא בערכו במועד הביטול. כך נימק השופט ברק את עמדתו: "לא יאה זה צודק להשיב את שוויו (של הנכס) על-פי ערכו החדש, שכן השימוש בו נעשה על פי ערכיו הישנים". נקדים ונאמר כי גישה זו, והנימוק התומך בה, אינם נראים לנו. בהנחה שתכלית ההשבה היא למנוע את התעשרותו של הזוכה מן השימוש בנכס במשך התקופה שבה קיים החוזה, נראה כי הדרך הנכונה להגשים תכלית זו היא לחייב את הזוכה בתשלום הפירות שהפיק (ככל שהפיק) מן השימוש בנכס (ולחלופין לחייבו בתשלום של דמי שימוש ראויים). אכן, אין כל ערובה לקיומו של מתאם בין שיעור הפירות המופקים מן הנכס לבין שיעור ירידת ערכו בתקופת הביניים. חיובו של הזוכה להשיב למזכה את הנכס בערכו המקורי לא רק שאינו דרוש לשם סילוק התעשרותו (שהרי לשם כך די בחיובו להשיב את שווי הנכס שבידיו) אלא הוא עלול להביא להתעשרותו הלא מוצדקת של המזכה – הזוכה כעת בנכס ששווי גבוה משווי הנכס שהיה מוחזק בידיו אלמלא העבירו, על-פי החוזה, לידי הזוכה. באופן כזה נמצא דווקא המזכה מתעשר עקב קיום החוזה, שעה שתכליתה של ההשבה היא למנוע התעשרות כזו. אכן, נראה כי הגישה המקובלת בפסיקה ובספרות בישראל היא שהשבת נכסים תיעשה בערכם המאוחר. ראו את עמדתו של פרופ' פרידמן בספרו, לעיל ה"ש 82, בעמ' 752, 753 והערה 119 שם: "העובדה, כשלעצמה, שחל שינוי בערך הנכס בין תאריך החוזה לתאריך ההשבה, איננה הופכת את ההשבה בעין לבלתי סבירה (זאת, בהנחה שהשינוי איננו נובע מנוק, בלאי או שיפור בנכס) [...] כרגיל, נראה שגורם זה, כשלעצמו, לא שולל השבה בעין של נכסים. זאת, להבדיל ממזומנים". דברים אלה צוטטו בהסכמה בע"א 5267/03 פרג' גשורי נ' מיטל, פ"ד נט (5) 337, 360 (2005), שם הסבירה השופטת פרוקצ'יה (בהקשר לביטול בשל פגם) כי "העיקרון הנוהג הוא כי שינויים במחירי שוק של הנכס אינם מסייגים את החובה להחזירו כמות שהוא וכפי ערכו נכון למועד ההשבה. הכלל הרגיל הוא כי בצד החזרת הנכס בעין לא תיעשה התחשבנות איזון בין הצדדים אך ורק בשל שינויים בערך השוק של הנכס שאינם תולדה של התנהגות הצדדים, ואשר אינם קשורים בשינויים במצבו הפיזי של הנכס" (ההדגשה הוספה). לאור כל האמור אנו סבורים, חרף הערתו של הנשיא ברק בפרשת כלנית השרון, כי הסיווג הנכון יותר של מרכיב ירידת הערך הוא תרופה של פיצויים. אף-על-פי-כן יש להודות כי אילו אימצנו את גישתו של השופט ברק אפשר היה לטעון, לכאורה, כי הזכות לחלט את מרכיב ירידת הערך שקבעו הצדדים בחוזה (על-פי פרשנותו התכליתית) נועדה בראש ובראשונה להגן על אינטרס ההשבה של המוכרת, לבל יתעשר הקונה שלא כדין על חשבונה. אמנם, המוכרת בחרה בהשבה בעין ולא בהשבת שווי שאליה התייחס השופט ברק, אולם אפשר לגרוס כי גם במקרה שבו בחר הנפגע בהשבת שווי הוא זכאי, על-פי דין ההשבה עצמו, לתשלום ההפרש (בשיעור ירידת הערך) בין שווי הנכס במועד הביטול לבין שווי במועד כריתת החוזה. פירוש כזה (שאינו לו זכר בפסקי הדין בפרשת קניוניים) היה מאפשר לראות במרכיב ירידת הערך סעד של השבה, בלי לגרוע מהיותו בד בבד גם תרופה של פיצויים, המספקת לנפגע הגנה על אינטרס הקיום.

(ד) תכליתו של הפיצוי המוסכם הטהור: פרשנויות אפשריות עד כה עסקנו בשאלת אפיונו של מרכיב הסעד הראשון בתביעת המוכרת. במובחן מתרופה זו, הוראת הפיצוי המוסכם שנקבעה בחוזה אינה מעוררת קשיי פרשנות מיוחדים. בדומה לתניות טיפוסיות של פיצויים מוסכמים, הסיפא לסעיף 23(ב) מגדירה סכום כסף שעל המפר לשלם לנפגע "כפיצוי קבוע ומוסכם מראש" בשל הפרתו היסודית של החוזה. על פני הדברים לפחות, תכליתו של פיצוי מוסכם זה ברורה מאליה: מתן פיצוי כספי למוכרת-הנפגעת על נזקיה הפוטנציאליים בגין הפרה יסודית מצד הקונה. אף-על-פי-כן, הוראת הפיצוי המוסכם הנדונה מעוררת שאלה פרשנית. שאלה זו אינה נוגעת לאפיונה של התרופה (שהוא, כאמור, ברור) אלא להיקף תחולתו של הפיצוי המוסכם. השאלה היא זו: האם יש חפיפה בין הנזקים הפוטנציאליים שבגינם קבעו הצדדים את תניית הפיצוי המוסכם לבין הנזק הפוטנציאלי שאת התממשותו צפה – ושעליו ביקש לפצות – "הסדר ההשבה" החוזי?

כפי שיובהר בסעיף הבא, המענה לשאלה זו הוא המפתח להכרעה בשאלת זכותה של המוכרת לצרף את שני מרכיבי הסעד שהעניק לה החוזה. דא עקא, שכמו חוזים רבים אחרים, גם חוזה המכר שנדון בפרשת קניונים אינו מספק מענה ברור לשאלה זו: מתוך עצמה אין הוראת הפיצוי המוסכם מגלה מה טיבם של הנזקים שמפני גרימתם המשוערת היא באה להגן. אנו נדרשים אפוא למאמץ פרשני שיוכל לסייע באיתור כוונתם המשוערת של הצדדים לחוזה.

נתון ראשון העשוי לסייע בפתרונה של שאלה זו הוא לשונה של הוראת הפיצוי המוסכם. כאמור, אין ההוראה מגדירה את היקף תחולתה, והיא כללית וסתמית. עובדה זו עצמה עשויה ללמד על כוונת הצדדים להחיל את הפיצוי המוסכם באופן גורף על כלל נזקיה הממוניים¹²⁵ של ההפדה – ישירים ועקיפים (תוצאתיים) כאחד.¹²⁶ מסקנה פרשנית זו נתמכת גם בסכום הפיצוי הגבוה יחסית שנקבע בחוזה: 20% ממחיר הממכר, שהם 120 אלף דולר.¹²⁷ מפסיקתו של בית המשפט העליון אפשר להעלות כי בעסקת מקרקעין

125 בהיות המוכרת תאגיד (להבדיל מאדם בשר ודם) נשללת זכותה לפיצוי על נזקים לא-ממוניים. ראו, למשל, ע"א 345/89 נאות דברת נ' מעליות ישראלפט י.מ.ש אילן נהול והשקעות בע"מ, פ"ד מו(3) 350, 359 (1992).

126 נזקים אלה כוללים בראש ובראשונה את הפסד הרווח הישיר, קרי: ירידת ערכו של הנכס לעומת המחיר החוזי, וכן נזקים תוצאתיים כגון עלויות הכרוכות בהחזרת החזקה בנכס למוכרת, עלויות תיקון ליקויים שלהם אחראי הקונה, עלויות ההתקשרות בעסקה חלופית למכירת הנכס בעתיד, עלויות מימון בתקופת הביניים שבין ההפדה לבין הזכייה בכספי הפיצויים והוצאות משפטיות. אכן, זו הייתה התרשמותה של הערכאה הראשונה, שבפסק הדין המשלים, לעיל ה"ש 5, ציינה: "[...] פיצוי קבוע ומוערך מראש, כולל את כל 'ערכי הנזק' שניתן לראותם בעת עריכת החוזה [...]".

127 לקראת סופו של פסק הדין המשלים, שם, בעמ' 5, ציין בית המשפט המחוזי כי מהעדויות שהובאו במשפט עלה שמנהל המוכרת, מר גינדי, הסכים שהשיעור המרבי של פיצויים מוסכמים בחוזים דומים הוא בסדר גודל של 20% ממחיר הנכס, וכי אפילו בא כוח המוכרת סבר ש"פיצוי קבוע ומוערך

סכום זה מסמן בקירוב גבול עליון, שמעבר לו מוטלת סבירותו של הפיצוי המוסכם בספק וחשופה ביתר קלות להפחתה שיפוטית.¹²⁸ לשונה הכללית של הוראת הפיצוי והסכום שנקבע בה מצביעים אפוא לכאורה על כוונה לראות בפיצוי המוסכם אמצעי לפיצוי המוכרת על כלל נזקי ההפרה.

מאידך גיסא, לפנינו נתון העשוי לתמוך במסקנה פרשנית שונה מזו. כוונתנו לכך שהפיצוי המוסכם הטהור אינו הפיצוי היחיד שנקבע בחוזה המכר. פיצוי זה נקבע בסמיכות להסדר ההשבה החוזי, שכמבואר בסעיפים הקודמים עיגן את זכות המוכרת לפיצוי על אחד מנזקי ההפרה – ההפסד הנובע מירידת ערך הממכר בתקופה שבין כריתת החוזה לבין מועד ביטולו. הנחת הצדדים לחוזה (האקטואלית או המיוחסת) בקובעם את הפיצוי המוסכם הטהור על אותה הפרה יסודית ממש הייתה אפוא – ולמצער הייתה צריכה להיות – שמרכיב הנזק האמור יפוצה באופן מלא במסגרת הסדר ההשבה החוזי. אם אכן כך הדבר, כיצד אפשר להסביר את העובדה שנוסף על ההגנה (המלאה) שהעניקו הצדדים למוכרת מפני ההפסד שבירידת הערך הם קבעו פיצוי מוסכם נוסף בשיעור של 20% ממחיר העסקה?

נראה לנו שאפשר להציע שלושה הסברים חלופיים לקושי המתואר. ראשית, ייתכן שהמוכרת והקונה לא נתנו את דעתם כלל לשאלת היחס בין הפיצוי הנובע מהסדר ההשבה לבין הפיצוי המוסכם הטהור.¹²⁹ במקרה כזה, השאלה אינה של פירוש כוונתם

מראש נהוג להיות בסדר גודל מירבי של 20%. עובדה זו עומדת בסתירת-מה לתיאור שהובא בערעור השני, לעיל ה"ש 5, בפס' ט. שם נאמר כי "מר גינדי העיד על אפשרות לקביעת פיצוי בין 10 ל-20 אחוזים, ואף יותר" (ההדגשה הוספה). מכל מקום, בהנחה שהמוכרת אכן הודתה שפיצוי של 20% קרוב לתקרת הפיצוי הסביר, אפשר ללמוד מכך לפחות שכוונתה הסובייקטיבית של המוכרת (שניסחה את החוזה) הייתה שהפיצוי המוסכם הטהור ישמש אותה להגנה מפני כלל נזקי ההפרה הצפויים.

128 ראו, למשל, בפרשת אהרן, לעיל ה"ש 22, 438-440, שם אושר פיצוי מוסכם בסך 17% ממחיר הדירה. בע"א 3745/92 פסקל נ' מזרחי, פ"ד מח(2) 363, 359 (1993) אושר פיצוי מוסכם בסך 18% ממחיר הדירה. בע"א 630/84 בוקבזה נ' רוזוליו, פ"ד לט(2) 584, 588 (1985) אושר פיצוי בסך 25% מערך הדירה, אך לעומת זאת בע"א 313/85 קור נ' דייך, פ"ד מא(4) 151, 159 (1987) נחזו פיצויים בשיעור כזה (על-ידי אותו שופט – הנשיא שמגר) כ"גבוהים קמעא" ולכן הופחתו. גם בע"א 126/84 יצחקי נ' שור, פ"ד לח(3) 620, 627-628 (1984) נקבע כי שיעור פיצוי אחד של 23% מהתמורה מצדיק את התערבותו של בית המשפט. כך עולה גם מפסק הדין המשלים בפרשת קניונים (ראו לעיל, בטקסט שלפני ה"ש 27).

129 אפשרות זו הועלתה על-ידי בית המשפט העליון בערעור השני, לעיל ה"ש 5, בפס' ט(2). בפתח הדין בשאלת הפחתתו של הפיצוי המוסכם (הקבוע) העיר בית המשפט: "מעיון בחוזה במכלולו ובסעיף 23(ב) בתוכו לא נראה – כאמור – כי הצדדים נתנו דעתם במיוחד לתוכנו של הסעיף". על הסיבה האפשרית להכללת שני מנגנונים תרופתיים שצירופם יחד בעייתי מן הבחינה המשפטית עמדנו לעיל, בה"ש 103.

האקטואלית של הצדדים אלא של איתור כוונתם המיוחסת, ההיפותטית.¹³⁰ שנית, ולחלופין, אפשר לגרוס – כפי שאכן טענה המוכרת בפרשת קניונים – שהפיצוי המוסכם לא נועד כלל לחול על הנזק הבסיסי של ירידת ערך הממכר אלא יחד כולו לשאר נזקי ההפרה, שאת שיעורם העריכו הצדדים בכ-20% מן התמורה החוזית.¹³¹ כפי שציינו לעיל, טענה זו נראית בעינינו בעייתית. לבסוף, כאפשרות שלישית, ייתכן כי הצדדים לחוזה (או לפחות המוכרת, שניסחה אותו) היו ערים לכך שסכום הפיצוי המוסכם הטהור, כשהוא מצטרף למרכיב ירידת הערך המפוצה בנפרד, מבטא חריגה משיעור הנזק המרבי הצפוי כתוצאה מהפרת החוזה – אלא שחריגה זו נעשתה על-ידיהם במודע, במגמה להבטיח רמה מספקת של הרתעה מפני הפרת החוזה (מראש) וענישה הולמת של המפר בגינה (בדיעבד).

בנסיבותיה של פרשת קניונים, שבהן לא הובאו ראיות באשר לכוונתם הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה בקובעם את הפיצוי המוסכם, ושבהן מרכיב ירידת הערך הוסק רק במשתמע, קשה להעריך מה הייתה התכלית הסובייקטיבית של החוזה. בנסיבות אלה נראה לנו כי התכלית האובייקטיבית של חוזה המכר, שהיה חוזה אחיד שנוסח על-ידי המוכרת, תומכת במסקנה שהחוזה ביקש להעניק למוכרת פיצוי (מצטבר) בשיעור שמעל ומעבר להערכה הכנה של נזקיה הצפויים. מכל מקום, בפרשת קניונים נודעה לבחירה בין החלופות השפעה מוגבלת על התוצאה המשפטית הסופית. הטעם לכך הוא שכל אחת מהחלופות הפרשניות מוליכה להתנגשות בין רצון הצדדים, כפי שהוא משתקף בחוזה, לבין הכלל (הכופה) האוסר על צירוף שיש בו כדי להביא לכפל תרופה. כפי שיובהר, כלל זה מונע את אפשרות צירופם של שני מרכיבי הסעד שנקבעו בסעיף 23(ב) במלואם וכמות שהם, ומחייב התערבות – בדרך זו או אחרת – בהסדר החוזי שקבעו הצדדים.

3. שאלת הצירוף: הניתן לצרף את שתי התרופות החוזיות?

(א) היש מניעה להכיר בכל אחת מהתרופות כשהיא לעצמה?
בפרק הקודם ראינו כי מענה שלם לשאלת הצירוף מחייב התייחסות לשלוש שאלות נפרדות:¹³² ראשית, שאלת עצם ההכרה בכל אחת מהתרופות המצורפות (בנפרד);

130 מדובר אפוא, למעשה, בחסר הטעון השלמה. החסר מתבטא בהיעדר התייחסות של הצדדים לשאלת היחס בין שני מנגנוני הפיצוי שאותם קבעו.

131 טענה כזו אכן נטענה על-ידי המוכרת בבית המשפט המחוזי, ונדחתה. בעמ' 5 לפסק דינו המשלים, לעיל ה"ש 5, פירט בית המשפט המחוזי את טענתם של באי כוח המוכרת, שלפיה "[...] הפיצוי בגובה של 120,000 דולר מעבר לירידת הערך הוא אותו הפיצוי הסביר בגין נזקים שהיו עלולים להיגרם בגין מכירת הנכס, הוצאת משפטיות לצורך הליכים שונים הקשורים בביטול ההסכם ובמכירת הנכס, הוצאות פרסום ותיווך, הוצאות מימון, פגיעה בתזרים המזומנים פגיעה במסגרת האשראי".

132 ראו לעיל, פרק ג.2(ה).

שנית, שאלת קיומה של סתירה אפשרית בין התרופות; שלישית, שאלת קיומו או היעדרו של כפל תרופה העלול לנבוע מצירופן של התרופות הנדונות. השאלה המקדמית שהייתה טעונה בדיקה בפרשת קניונים היא אפוא זאת: האם יש מניעה שיסודה בחוק או בשיקולים של תקנת הציבור מליתן תוקף לכל אחד משני המנגנונים התרופתיים שבחווה?¹³³

נפתח במרכיב הסעד הראשון בתביעתה של המוכרת, זה המעוגן בפרשנות התכליתית של הסדר ההשבה. כפי שהובהר לעיל, תכליתה של תרופה זו הייתה להבטיח הגנה על אינטרס הקיום של המוכרת. ההכרה בתרופה זו, שכמבואר לעיל אינה אלא סוג של פיצויי קיום מוסכמים, איננה מעוררת קושי מיוחד במקרה של ירידת ערך: ההכרה בה עולה בקנה אחד עם הזכות הקבועה בסעיף 11(א) לחוק התרופות לפיצויים בלא הוכחה נזק, ועם הזכות הכללית לפיצוי בגין נזק צפוי ומוכח, המעוגנת בסעיף 10 לאותו חוק.¹³⁴ אין אפוא כל מניעה להכיר בתוקפה של תרופה הסכמית זו, שמבחינה מהותית אינה אלא שיקוף של זכות התובעת על-פי דין התרופות הכללי.¹³⁵ גם התרופה השנייה, זו המקנה לנפגע את הפיצוי המוסכם הטהור, איננה מעוררת קושי במישור של ההכרה בזכאות העקרונית לתרופה. מדובר בהוראה סטנדרטית של פיצויים מוסכמים בסעיף 15(א) לחוק התרופות מכיר בתוקפה (בכפוף לסמכות ההפחתה של בית המשפט).¹³⁶ לאור מסקנה זו בשאלת זכאותה של המוכרת לכל אחת מהתרופות החוזיות בנפרד, נסללת הדרך לבחינת עמדתם של דיני הצירוף בשאלת האפשרות לצרפן זו לזו.

133 נעיר כי גם בשאלה זו אין למצוא דיון ישיר בפרשת קניונים. הגם שכל הערכאות ראו לנכון לבחון את הצורך להתערב בהיקפו של הסעד הכספי הכולל שנקבע בחווה, הרי לא נקבע ואף לא נטען על-ידי הקונה כי אין לתת תוקף לאחת התרופות החוזיות שנקבעו בו (או לשתייהן). כפי שיובהר להלן, הניתוח העיוני אכן תומך במסקנה זו.

134 בעניין זה ראו גם ה"ש 116 לעיל.

135 נדגיש כי המסקנה שבטקסט יפה אך למקרה של ירידת ערך. כפי שראינו בדוננו בפרשנותו התכליתית של הסדר ההשבה, במצב של עליית ערך העניק הסדר זה לקונה יתרון מרחיק-לכת בכך שהותיר בידיו, גם במקרה של הפרה יסודית מצדו, את הזכות ליהנות מעליית ערך הממכר (בכפוף להבטחת אינטרס הקיום של המוכרת). בכך שלל הסדר ההשבה החוזי מן המוכרת יתרון ניכר שמעניק לה דין התרופות הכללי. כפי שהערנו במקום אחר, הסיבה להענקת יתרון זה לקונה-המוכר אינה נהירה לנו (ראו לעיל בה"ש 118).

136 שונה היה המצב אילו שרר אצלנו עדיין הדין האנגלי, המבחין בין פיצויים מוסכמים (liquidated damages) לבין תנייה עונשית (penalty) ושולל כל תוקף מתניות עונשיות. במקרה כזה, אילו הייתה מתבררת כוונה עונשית (כוונה המוסקת, בדרך כלל, מעצם היותו של הפיצוי מופרז בשיעורו), הייתה התרופה נפסלת כבר בשלב הראשון, בטרם נבחנו יתר כללי הצירוף. על השינוי שחל ביחסו של הדין בישראל לתניות פיצויים עונשיות ראו לעיל, בטקסט שליד ה"ש 98-99.

(ב) האם יש סתירה מהותית בין התרופות?

התשובה לשאלה זו היא, בפשטות, שלילית. כמבואר זה עתה, שני מרכיבי הסעד שתבעה המוכרת בפרשת קניונים לא רק אינם סותרים זה את זה, אלא הם משרתים את אותה מטרה ממש – הגנה על אינטרס הקיום, תוך הבטחת פיצוי הולם למוכרת על נזקי ההפרה.¹³⁷ סייג הסתירה המהותית אינו מקים אפוא מחסום לצירופן של התרופות החוזיות שנדרונו בפרשת קניונים.¹³⁸

(ג) שאלת כפל התרופה וסוגיית ההתנאה**(1) האם הצירוף המבוקש יוצר חפיפה תרופתית?**

הגענו אפוא לשאלה השלישית, היא שאלת כפל התרופה. האם צירופן זו לזו של שתי התרופות שקבע החוזה בפרשת קניונים היה מצמיח כפל תרופה? אם התשובה לשאלה זו חיובית, מהי התוצאה האופרטיבית הנגזרת מכך? בניגוד לקודמותיה, שאלה זו דורשת עיון מעמיק יותר. ברם, לאחר שהובהרה תכליתן של התרופות החוזיות שצירופן עומד על הפרק, ההכרעה נהפכת פשוטה יותר.

בהציגנו את המודל הכללי של צירוף התרופות ראינו כי המפתח לאיתורו של כפל תרופה נמצא במתן מענה לשאלת קיומה של חפיפה תרופתית בין התרופות המצורפות. בהקשר לצירופן של תרופות פיצויים המענה לשאלה זו פשוט: חפיפה בין מקורות פיצוי מתקיימת כשאותה יחידת נזק עצמה ("ראש נזק") זוכה בעת ובעונה אחת להגנה באמצעות כמה מקורות פיצוי.¹³⁹

כוחו של כלל זה, היפה לצירופם של פיצויים בכלל, יפה גם לצירופם של פיצויים מוסכמים לפיצויים הנפסקים מכוח הדין ואף – כפי שאירע בפרשת קניונים – לצירופם זה לזה של פיצויים מוסכמים מכמה מקורות. אמת, האפשרות לצרף פיצויים מוסכמים לפיצויים אחרים אינה מעוגנת במפורש בסעיף 15 לחוק התרופות; אף-על-פי-כן הבהירה הפסיקה – בצדק רב לטעמנו – כי התביעה החלופית שבה מדברת הוראת סעיף

137 ודייקו: גם לו הנחנו שלצד תכליתו המפצה הפיצוי המוסכם משרת מטרה עונשית-הרתעתית, לא היה בכך כדי להשפיע על המסקנה שאין סתירה מהותית בינו לבין מרכיב הפיצוי על ירידת הערך. הטעם לכך הוא שאינטרס הנפגע בהבטחת רמה מספקת של הרתעה מפני הפרת החוזה איננו מנוגד לאינטרס הקיום אלא להפך, תומך בו ומשרת את הגשתו. הוא הדין באינטרס הנפגע לראות את המפר בא על עונשו, במובן של גמול הולם (just desert).

138 המסקנה בדבר היעדר סתירה לא הייתה משתנה גם תחת ההנחה שהמרכיב התרופתי הראשון בתביעתה של המוכרת הוא סעד של השבה מוסכמת. כפי שכבר צוין לעיל, בפסיקתו של בית המשפט העליון הובהר כי אין כל סתירה בין סעד ההשבה (הנלווה לביטול החוזה) לבין הזכות לתבוע פיצויי קיום. ראו לעיל, בטקסט שליד ה"ש 54.

139 ראו לעיל בפרק ג.2(ד).

15 (ב) לחוק¹⁴⁰ אינה שוללת את האפשרות, הנגזרת מעקרונות הצירוף הכלליים, לצרף פיצויים מוסכמים לפיצויים אחרים (מוסכמים ושאינם מוסכמים). זאת, ובלבד שתורפות הפיצוי מתייחסות לראשי נזק שונים זה מזה.¹⁴¹

יובהר, כי שאלת קיומו של כפל תרופה תיבחן תמיד על-פי קנה-מידה אובייקטיבי, המתמקד לא בתוצאות המיוחדות של הצירוף שנקבע בחוזה כי אם בהשלכותיו המעשיות על התובע-הנפגע. אכן, ההכרעה בדבר קיומה או היעדרה של חפיפה תרופתית אינה עניין סובייקטיבי התלוי בכוונתם האקטואלית של הצדדים לחוזה. ככל שהצירוף מביא למתן הגנה נרחבת יותר מזו הניתנת בדין לאינטרס הרלוונטי של הנפגע (בענייננו – אינטרס הקיום), מתקיים כפל תרופה. זאת, בין שהיו הצדדים ערים לחפיפה התרופתית שקבעו בחוזה ובין שלא. אם התוצאה האובייקטיבית של הצירוף מצמיחה כפל תרופה כי אז בפנינו צירוף אסור.

140 ההוראה קובעת שאין בתביעת פיצויים מוסכמים כדי לגרוע מתביעת פיצויים לפי ס' 10-14 לחוק התרופות, אך מבהירה באותה נשימה כי תביעה כזו באה "במקום" תביעה לפיצויים מוסכמים.

141 ביתר פירוט: נפגע המבקש ליהנות מפיצוי מוסכם, שנקבע כפיצוי על נזק מסוים שנצפה בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של הפרתו, אינו מנוע מלתבוע – נוסף על אותו פיצוי – פיצויים (לרבות פיצויים מוסכמים) על נזקים אחרים שאפשר היה לצפות במועד הכריתה. ראו ע"א 628/87 חורי נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מו(1) 115, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1991) (להלן: פרשת חורי), שם עורר הנשיא שמגר את השאלה "אם פיצוי מוסכם יכול להצטבר לפיצוי לפי סעיף 10 לחוק" ונתן לה תשובה חיובית: "אם מדובר בפיצוי בגין ראשי נזק שונים אין כל מניעה להצטברות כזו, שהרי לא נוצרת חפיפה בין הפיצוי המוסכם לבין הפיצוי האחר". השוו לדברי השופט מצא בע"א 879/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' רוסמן, פ"ד נ(1) 774, 787 (1996), שציינן שם כי "אילו עלה בידי [הנפגעים] להוכיח כי הפיצויים נתבעים בגין ראשי נזק שונים, עשויים היו לזכות בפיצוי הממשי אף במצטבר לפיצויים המוסכמים". השוו גם לדברים דומים של השופט ריבלין בע"א 3026/98 כהן נ' ירמיהו, פס' 10 (פורסם בנבו, 18.12.2001). ראו גם ע"א (מחוזי חי') 3338/06 דראל רם בע"מ נ' לזרח, פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.6.2007), שם נאמרו הדברים הבאים תוך הסתמכות על פרשת חורי הנ"ל: "הכלל במקרה זה, [הוא] שניתן לתבוע בנוסף לפיצוי המוסכם, גם לפי סעיף 10 של החוק, ככל שמדובר בנזקים אחרים, שאינם נכללים בגדרו של הפיצוי המוסכם, והוא הדין כאשר מדובר במספר מנגנונים של פיצוי מוסכם, שהם נפרדים האחד מן האחר. סעיף 15 (ב) לחוק אינו מגביל מספר הוראות בדבר פיצוי מוסכם, ובלבד שאלה אינן חלופיות, אלא פיצויים מוסכמים מצטברים".

למקרה שבו הושארה שאלת הצירוף בצריך עיון ראו ע"א 498/88 מירון נ' קידר, פ"ד מ"ד(4) 250 (1990). באותו מקרה נפסקו בבית המשפט המחוזי כנגד מוכרת דירה הן פיצויים מוסכמים (בשיעור מופחת) והן פיצויים בגין עגמת הנפש שהסבה ההפרה לרוכשי הדירה. בית המשפט העליון, מפי השופט דב לוי, הותיר בצריך עיון את השאלה אם צירוף כזה סותר את הוראת ס' 15 (ב) לחוק התרופות, שכן הטענה לא נטענה, וכן משום שסכום הפיצויים המוסכמים הופחת ממילא ביותר משיעור הפיצוי הלא-ממוני. ראו פס' 4 ר-9 לפרשת מירון, שם.

אם כן, מה אפשר לומר על התוצאה האובייקטיבית של הצירוף שנבחן בפרשת קניונים? היש בו כדי לתת למוכרת יותר מאשר הגנה מלאה על אינטרס הקיום שלה? התשובה לשאלה זו תלויה כמובן בהגדרה של היקף ההגנה שדין התרופות מעניק לאינטרס הקיום של המוכרת. נראה לנו כי בנסיבותיה של פרשת קניונים הגנה זו משתרעת על כל הנזקים הצפויים שאפשר לראותם כתוצאה מסתברת של הפרתו היסודית של החוזה ושל ביטולו, ישירים ותוצאתיים כאחד. דא עקא, שבחווה הנדון זכה הנזק הישיר – בגין הירידה בערך הנכס בתקופת הביניים – להגנה מלאה באמצעות מרכיב הפיצויים הראשון. לאור הנחה זו נראה כי הפיצוי המוסכם הנוסף שקבע החוזה (בסך 120 אלף דולר) חורג בשיעורו מן הדרוש לשם מתן פיצוי על יתר נזקיה של ההפרה. כבדים ככל שיהיו נזקים תוצאתיים אלה, נראה כי הם אינם מתקרבים לכדי סכום של 120 אלף דולר. מסקנה זו נתמכת הן בהיקפם המשוער של הנזקים התוצאתיים הצפויים, שנראה נמוך במידה ניכרת מסכום זה,¹⁴² והן בעובדה שהפיצוי האמור מתקרב לפיצוי המרבי שמקובל לקבוע בחוזה מכר מקרקעין כפיצוי כולל (גלובלי) על כלל הנזקים הצפויים מהפרתו היסודית של החוזה.¹⁴³ המסקנה המתבקשת היא שיש במקרה זה חפיפה תרופתית בין שני רכיבי הפיצוי. חפיפה זו נובעת מכך ששניהם מבקשים להגן על אותו ראש נזק – ירידת ערכו של הממכר בתקופת הביניים שבין כריתת החוזה לבין מועד הביטול. צירופם של שני מקורות הפיצוי מביא בהכרח ליותר מאשר הגנה מלאה על אינטרס הקיום של המוכרת, דהיינו: מצמיח כפל תרופה.¹⁴⁴

(2) התוצאה הנגזרת מקיומה של חפיפה תרופתית והשפעתו (המוגבלת) של חופש החוזים צירוף התרופות שביקשה המוכרת בפרשת קניונים שיקף אפוא כפל תרופה. מהי התוצאה המעשית הנגזרת מכך? לאור הנחתנו שהסייג האוסר כפל תרופה הוא כלל כופה שאין להתנות עליו, המסקנה המתבקשת לכאורה היא שלילת תוקפו של הצירוף ואילווצה של המוכרת לבחור אחת משתי התרופות שהעניק לה החוזה.

142 לפירוט ראשי הנזק התוצאתיים ראו לעיל, בה"ש 131.

143 לעניין זה ראו לעיל, האסמכתות המובאות בה"ש 128.

144 מסקנה זו, הנובעת מניתוח האפקט התרופתי האובייקטיבי של הצירוף הנדון, נתמכת גם בשיקולים של מדיניות משפטית ושל הכוונת התנהגות. בחווה הנדון לא גילו הצדדים את דעתם מהם מרכיבי הנזק שאליהם מתייחס הפיצוי המוסכם הקבוע. בנסיבות אלה אין זה נראה הוגן לאפשר למוכרת, שניסחה את החוזה וקבעה בו פיצויים מוסכמים לטובתה בלבד, לטעון כי למרות ניסוחו הגורף והסתמי אין הפיצוי הקבוע חל על כלל נזקי ההפרה אלא על נזקיה התוצאתיים בלבד. אכן, ככלל, נראה לנו כי במצבים (השכיחים) שבהם נקבעה בחוזה הוראת פיצוי מוסכם כללית וסתמית שאינה מבהירה מהם רכיבי הנזק שאליהם היא מתייחסת, הנחת המוצא צריכה להיות שאותה הוראה חלה על כלל נזקי ההפרה ולפיכך היא חופפת, לפחות באורח חלקי, מקורות פיצוי אחרים העומדים לרשות הנפגע מהפרת החוזה. נפגע המבקש לסתור הנחה זו – עליו נטל הראיה.

אף-על-פי-כן, לא תמיד תהיה תוצאה זו מחויבת המציאות. כפי שכבר ביארנו בדוננו בסייג בדבר כפל התרופה, לעתים אפשר יהיה לנטרל את החפיפה התרופתית שמפניה מצווה סייג כפל התרופה להישמר באמצעות פנייה לשיטת הצירוף החלקי.¹⁴⁵ נקיטת דרך זו, כשהיא אפשרית, מממשת בצורה טובה יותר את רצון הצדדים – שביקשו להכיר בצירוף – בלי לפגוע בערך (הכופה) העומד ביסוד ההכרה בסייג האוסר על כפל התרופה. חופש החוזים של הצדדים מתבטא אפוא, בהקשר זה, לא בהתרת צירוף שיש בו משום כפל תרופה, אלא במתן הזכות לנפגע להציע לבית המשפט דרך חלופית לנטרול כפל התרופה, באופן שיש בו משום פגיעה פחותה בכוונתם המקורית של הצדדים לחוזה. יתר על כן: נקיטת דרך זו עשויה לספק הגנה שלמה ומלאה יותר על האינטרסים המוגנים של הנפגע בהשוואה לאילוץ לוותר לחלוטין על אחת מהתרופות המצורפות. בכך מקודם גם עקרון-העל של דין התרופות הלא הוא העיקרון בדבר השבת המצב לקדמותו.¹⁴⁶

למרות כל זאת, לא תמיד תהיה שיטת הצירוף החלקי ישימה. היא אפשרית, ככלל, רק כשאפשר להבחין באחת התרופות שצירופן נבחן בין החלק המקיים חפיפה עם התרופה האחרת לבין החלק שאינו מקיים חפיפה כזו. כך, למשל, בנסיבותיה של פרשת קניונים, כדי להפעיל את שיטת הצירוף החלקי מן ההכרח לקבוע שאפשר לפצל, בתוך הפיצוי המוסכם הקבוע, בין (1) החלק שאפשר לראותו כמבטא הערכה סבירה של ההפסד הצפוי כתוצאה מירידת ערך הממכר (שאת צירופו למרכיב ירידת הערך אין לאפשר בשום מקרה); לבין (2) החלק המבטא את יתרת נזקי ההפרה (שצירופו למרכיב ירידת הערך הוא רצוי ואפשרי). דא עקא, שמחדלה של המוכרת בפרשת קניונים (שניסחה את החוזה) להבהיר – בחוזה עצמו או במהלך ההתדיינות – מהם הנזקים שלשם ריפויים נקבע הפיצוי המוסכם הקבוע, הפך את מלאכת ההפרדה או הפיצול לספקולטיבית ומלאכותית. אנו סבורים כי בנסיבות אלה, שבהן אין בחוזה ביטוי למאמץ כלשהו של הצד המעוניין לייחד לפיצוי המוסכם תכלית מוגדרת, אין זה ראוי, ככלל, להתיר לנפגע לתבוע פיצוי בשיטת הצירוף החלקי.¹⁴⁷

145 ראו לעיל פרק ג.2.(ד)(4).

146 עקרון ההשבה לקדמות מוזכר בפסיקה הישראלית בעיקר בהקשר למטרת הפיצויים בנוזיקין, אולם הוא עיקרון מנחה של כלל דיני התרופות. הנקודה מובהרת אצל שלו ואדר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 24-22. ראו גם את הוראת ס' 456 לתזכיר הקודקס, לעיל ה"ש 62, החלה על כלל סוגי החיובים (רצוניים ושאינם רצוניים כאחד) וקובעת: "מטרת הפיצויים בשל הפרה היא להביא את הנפגע ככל שניתן למצב שהיה נמצא בו אלמלא ההפרה".

147 מובן שאין בכך כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לצרף לפיצוי המתייחס לראש נזק ספציפי מוגדר (בין שהוא מוסכם ובין שהוא נתבע מכוח הדין) תביעת פיצויים רגילה בגין נזקיו האחרים; אולם הנפגע ייאלץ לוותר על הכללת הפיצוי המוסכם הגלובלי בצירוף המבוקש.

אף-על-פי-כן, במצבים חריגים שבהם בית המשפט מגיע למסקנה שחסימת האפשרות לצירוף חלקי תביא למצב של הגנת חסר משוועת על האינטרסים המוגנים של הנפגע, ושכוחו להעריך – ולו באופן מקורב – מהו היקפה של החפיפה התרופתית שיוצר הצירוף המבוקש, נראה כי לא יהא זה ראוי לחסום לחלוטין את כוחו של בית המשפט להורות על צירוף חלקי. אכן, אין לשלול את האפשרות להסביר במונחים אלה את מסקנתו האופרטיבית של בית המשפט בפרשת קניונים – שנתקבלה לאחר התדיינות של שלוש-עשרה שנה, בשלב שבו לא עמדה כבר בפני המוכרת האפשרות להוכיח את היקף נזקיה (הצפויים והאקטואליים).

4. הפרקטיקה במבחן התאוריה: האם יושם המודל המוצע בפרשת קניונים?

באיזו מידה מתיישבות ההכרעה וההנמקה בפרשת קניונים עם המודל העיוני שהוצע במאמרנו ועם המסקנות הקונקרטיות הנגזרות ממנו?

כפי שנרמז בפתח הרשימה, אנו סבורים כי יש יחס-גומלין מעניין בין התאוריה לבין הפרקטיקה של פסק הדין הסופי שניתן בפרשה. מחד גיסא, דרך הילוכו של בית המשפט העליון שונה ורחוקה מאוד מהדרך שהוצעה במאמר זה; מאידך גיסא, מפתיע לגלות שדווקא השורה התחתונה של פסק הדין (שהורה, כזכור, על צירוף מחצית מן הפיצוי המוסכם הקבוע למרכיב ירידת הערך) אינה סותרת בהכרח את המסקנה האופרטיבית המתבקשת מהניתוח התאורטי.

הפער בין דרך הילוכו של בית המשפט לבין המודל העיוני שהצגנו ברשימה זו מתבטא, בראש ובראשונה, בהיעדרה של תשתית עיונית להכרעה בשלל השאלות שהכרעה בהן נדרשה לשם יישובה של המחלוקת. שאלות אלה – שאלת הפרשנות, שאלת הצירוף ושאלת ההתנאה – לא הוצגו ולא הוגדרו בצורה בהירה דיה בפתח הדיון. כתוצאה מכך לא הובהרו כהלכה הרצף הלוגי והכרוניולוגי בין השאלות והאופן שבו הכרעה באחת מהן משליכה על ההכרעה בשאלה האחרת. שנית, נעדר מפסק הדין דיון שיטתי במסגרת הנורמטיבית שעל יסודה יש להכריע בכל אחת מהשאלות המשפטיות שעמדו לדיון. כתוצאה מכך נראה החיבור בין התוצאה הקונקרטית שאליה הגיע בית המשפט (הכרה בצירוף, אך הפחתה של אחת משתי התרופות) לבין המסד התאורטי שעליו נשענת הכרעתו רופף ולא מובן. בשורות הבאות נבקש לעמוד בקצרה על חסרים אלה ועל האופן שבו היצמדות למסגרת הנורמטיבית של המודל המוצע הייתה עשויה למונעם.

החסר המהותי הראשון בפסק הדין מתבטא בהיעדרו של דיון ממצה בעקרונות הפרשנות הרלוונטיים. כפי שהראה דיוננו בסוגיה זו, בירור כזה חייב היה להוליך למסקנה שהאינטרס שעליו הגן המרכיב התרופתי הראשון שקבע החוזה הוא אינטרס הקיום ולא אינטרס ההשבה. בהיעדרו של דיון סדור בסוגיה נפתח פתח לקביעה –

השגויה, לטעמנו – שלפיה הראשונה מהתרופות שתבעה המוכרת הייתה במהותה תרופה של השבה מוסכמת.¹⁴⁸

היעדרו של דיון מסודר ושיטתי בולט אף יותר בהקשר לסוגיה של צירוף תרופות שעמדה במרכזה של רשימה זו. קביעתו של בית המשפט שאין מניעה לצרף את שני המרכיבים התרופתיים שהעניק החוזה למוכרת היא בעייתית – הן לגופה והן מבחינת ההנמקה שסיפק לה בית המשפט. במישור הראשון הקביעה בעייתית שכן כמבואר לעיל, צירוף התרופות שבו ביקשה המוכרת להכיר הצמיח ככל תרופה אסור. גם במישור ההנמקה אפשר לבקר את אופן הילוכו של בית המשפט. ראשית, מוקשית בעינינו קביעתו המפורשת של בית המשפט כי די באופיים השונה של שני המרכיבים התרופתיים שקבע החוזה (השבה מוסכמת מחד גיסא ופיצוי מוסכם מאידך גיסא) כדי לסלק את החשש לכפל תרופה שיצמח כתוצאה מצירופם זה לזה.¹⁴⁹ אכן, גם לו היה הסיווג התרופתי שבחר בית המשפט נכון (וכאמור – אין אנו סבורים כך), לא היה בכך כדי להסיר את החשש לכפל תרופה. כמוסבר בפרק ג', צירופן של תרופות השבה לתרופות פיצויים הוא דוגמה שכיחה – ומובהקת – לאופן שבו צירופן של תרופות מכמה סוגים עלול להצמיח חפיפה תרופתית אסורה. אשר על כן, גם בהנחה שמרכיב ירידת הערך הוא במהותו סעד של השבה, היה על בית המשפט לבחון את האפשרות שצירופו לתרופת הפיצוי המוסכם (הקבוע) יצמיח ככל תרופה. קל וחומר שבחינה כזו הייתה מתחייבת לאור ההנחה – שהיא הנחתנו – שלפיה התרופות שהעניק החוזה למוכרת בפרשת קניונים היו שתיהן תרופות של פיצויי קיום מוסכמים.

שלישית, ולבסוף, העמדה שהובעה בפסק הדין בנוגע לסוגיית ההתנאה על דיני צירוף התרופות נראית לנו מוקשית. כזכור, את דחיית הטענה שצירוף התרופות יביא לכפל תרופה ביסס בית המשפט, בין היתר, על הרעיון שלפיו חופש החוזים מתיר לצדדים לחוזה לשלב תרופות.¹⁵⁰ בית המשפט אמנם אינו קובע במפורש כי הצדדים רשאים להתנות על דין הצירוף, אולם לדעתנו, לאור ההקשר שבו נאמרו הדברים ולאור הקביעה שאין כל מניעה להתיר את הצירוף המבוקש, זו המסקנה שקורא לא זהיר עלול בהחלט להסיק מן הדברים.¹⁵¹

148 כפי שכבר צוין לעיל (בה"ש 33), אפשר אמנם לאתר בפסק הדין רמזים להכרה משתמעת של בית המשפט בכך שנודעת לסעד ההשבה גם משמעות מפצה. עם זאת, נושא זה אינו מובהר כיאות בפסק הדין ומכל מקום לא הובהרה בו הנפקות המשפטית האפשרית של הממד הקומפנסטורי של סעד ההשבה.

149 ראו את הציטוט מדברי בית המשפט המובא לעיל, בה"ש 32.

150 שם.

151 קושי נוסף אנו מוצאים באופן שבו בחן בית המשפט את שאלת ההפחתה של הפיצוי המוסכם. עניין זה חורג מהסוגיה של צירוף התרופות שהיא נושא רשימתנו ולכן נעיר לגביו רק בקצרה. בית המשפט הורה על הפחתת הפיצוי המוסכם (הקבוע) בנימוק שהצדדים לא יכלו לצפות ירידת ערך כה תלולה כפי שהתממשה בפועל. נימוק זה נראה לנו מוקשה. אם אכן, כהנחת בית המשפט, מרכיב ירידת

הנה כי כן, דרך הילוכו של בית המשפט לעבר התוצאה הסופית בפרשת קניונים שונה תכלית השינוי מן הדרך המתחייבת מן הניתוח השיטתי שהצענו ברשימה זו. שוני זה משתקף לא רק בתשובות הקונקרטיות שאליהן מוליכה כל אחת מדרכי הניתוח, אלא גם בהנחות היסוד לגבי טיבם של העקרונות החולשים בסוגיית הצירוף ובסוגיית ההתנאה על דיני הצירוף.

אף-על-פי-כן, כפי שכבר הערנו, עובדה מעניינת היא שהתוצאה הסופית של פסק הדין – קרי: הפחתתו של הפיצוי המוסכם הקבוע עד כדי מחצית וצירופו למרכיב ירידת הערך (במלואו) – אינה סותרת בהכרח את המסקנה האופרטיבית שאליה הוביל אותנו הניתוח השיטתי שקיימנו ברשימה זו. כזכור, אף אנו סברנו כי בנסיבותיה של פרשת קניונים – אף שאין זו דרך המלך לילך בה – אין לשלול לחלוטין את הלגיטימיות של שיטת הצירוף החלקי.¹⁵² שיטה זו ננקטה למעשה, אם גם לא להלכה, על-ידי בית המשפט העליון, שבסופו של יום התיר למוכרת לזכות הן במרכיב ירידת הערך במלואו והן במחצית מן הפיצוי המוסכם הקבוע – שהופחת בשל היותו מופרז בשיעורו. כיצד אפשר להסביר דמיון זה בתוצאה? האם מדובר בצירוף מקרים גרידא?

אנו סבורים כי אין הדבר כך. לדעתנו, קריאה ביקורתית "בין השיטין" עשויה ללמד שהעילה האמיתית להפחתת הפיצוי המוסכם למחצית לא הייתה נעוצה באי-סבירותו של הסכום שנקבע בו כשהוא נבחן לעצמו, אלא באינטואיציה בריאה של בית המשפט כי למרות האמור בפסק דינו, התרת הצירוף המבוקש על-ידי המוכרת אכן תצמיח לה בפועל

הערך אינו אלא סעד של השבה, כי אז ההגנה היחידה שקבע החוזה על אינטרס הקיום היא זו שנקבעה בהוראת הפיצוי המוסכם. פיצוי זה עמד על 20% משיעור התמורה החוזית – שיעור שאינו חורג מגדר המקובל בעסקות מקרקעין. קשה אפוא להבין מדוע נחזה שיעור זה כמופרז – וכמצדיק הפחתה עד כדי מחצית – דווקא בפרשת קניונים, שנסבה על הפרה חמורה (יסודית) של החוזה. יתר על כן: נראה לנו כי בית המשפט פירש שלא כהלכה, ובאורח דווקני מדי, את מבחן הצפיות הקבוע בס' 15 (א) לחוק התרופות. בפרשת קניונים נטל הקונה על עצמו – כחלק מהסדר ההשבה – חיוב לפצות את המוכר על כל ירידת ערך, יהא אשר יהא שיעורה. נשללת אפוא האפשרות שלא לייחס לקונה מודעות וצפייה (בפועל, או למצער בכוח) של סיכון זה בשעת קביעתו של הפיצוי המוסכם הקבוע. לדעתנו, בנסיבות אלה אין להתיר לקונה להסתייע בהיעדרה של צפיות אובייקטיבית כדי להתחמק מסיכון שנטל על עצמו במודע, ושאת התממשותו צפה בפועל. בניסוח אחר: לשיטתנו, קביעתו של בית המשפט כי הפסד ירידת ערך בשיעור של 20% לא נצפה ולא יכול היה להיצפות על-ידי הצדדים אינה מתיישבת, ולמעשה סותרת, את הכרתו המוקדמת בזכותה של המוכרת להגנה מלאה מפני הסיכון של ירידת ערך. על כפיפותו של מבחן הצפיות להקצאת הסיכונים החוזית עומדים שלו ואדר בספרם, לעיל ה"ש 7, בעמ' 343-345.

152 לעיל בטקסט שלאחר ה"ש 147.

כפל תרופה, וכי הדרך היחידה למנוע תוצאה זו היא להפחית את שיעורו של אחד ממרכיבי הפיצוי (במקרה זה – הפיצוי המוסכם הקבוע).¹⁵³ התכלית האמיתית של הפחתת הפיצוי המוסכם הייתה אפוא ראויה: להבחין בין הנזק של ירידת הערך שעליו לא הייתה המוכרת זכאית לפיצוי כפל, לבין יתר נזקי ההפרה שלא זכו לפיצוי אלא במסגרת הוראת הפיצוי המוסכם (הקבוע).¹⁵⁴ דא עקא, שהתשתית העיונית שהניח בית המשפט בשלבי הדיון הקודמים לא אפשרה לו להשתית את פסק דינו על אדנים איתנים אלה. בהינתן ההנחות השגויות שאותן אימץ (קרי: ההנחה שמדובר בצירוף של השבה לפיצויים שאינו מקים חשש לכפל תרופה), נאלץ בית המשפט בשלב זה להשתית את הפחתת הפיצוי על הנימוק – הבעייתי למדי – שלפיו הנזק הצפוי הכולל מהפרת החוזה לא יכול היה לעלות על 10% משווי הממכר.¹⁵⁵ הנה כי כן, כדי להימנע מהתוצאה הבעייתית שעלולה הייתה להיגזר מיישומן העקבי של הנחות היסוד שאותן אימץ (קרי: הענקת כפל תרופה למוכרת), נדרש בית המשפט לשימוש בעייתי בסמכות ההפחתה.

אם בסופו של יום הגיע בית המשפט לתוצאה שאפשר להצדיק גם במסגרת המודל העיוני שהצענו ברשימתנו, מה טעם מצאנו לבקרו? המענה לשאלה זו טמון במטרתם הכפולה של פסקי בית המשפט העליון. אגב ההכרעה בעניינם של בעלי הדין שלפניו מכווין בית המשפט העליון את התנהגות הציבור כולו, בהתווית קווי מדיניות לעתיד. תפקיד עיקרי של ערכאת הערעור העליונה – פרט להכרעה הצודקת בסכסוך שלפניה – הוא להבהיר את פרטי הדין ולקבוע הלכה חדשה בתחומים שבהם מתגלה צורך בפיתוח

153 נעיר כי בית המשפט היה מוסמך לכאורה להפחית גם את שיעורו של הפיצוי המוסכם המשתנה. עם זאת, התערבות בפיצוי זה הייתה מעוררת במלוא העוצמה את הקושי בקביעה שמדובר בפיצוי מופרז (שהרי דובר בפיצוי משתנה, ששיעורו נקבע בהתאם לשיעור הנזק שנגרם למוכרת בפועל בשל ירידת הערך).

154 רמז להלך מחשבה כזה יש בדברים שאומר בית המשפט בערעור השני, לעיל ה"ש 5, בפס' ט(2)-(3), בסמוך לאחר הצגת נימוקו הפורמלי להפחתת הפיצוי המוסכם (נימוק שכאמור התמקד בקושי לצפות את ירידת ערך הממכר): "אכן, פיצוי מסוים מוצדק, בשל הצורך של המערערת [המוכרת] לעסוק מחדש במכירת הנכס על כל הקשיים, הפסדי מימון ביניים וכדומה. נוכח אלה סבורני כי יש מקום לקבוע הפחתה, וזאת למחצית הסכום, קרי 10% מ-\$600,000, שהם \$60,000". מניסוח זה משתמע לכאורה שלדעת בית המשפט רק הנזקים המפורטים ראויים להגנה באמצעות הפיצוי המוסכם ואילו הנזק הבסיסי של ירידת ערך הממכר איננו ראוי להגנה כזאת. מסקנה כזו אפשר להצדיק רק על יסוד ההנחה שהשבה המוסכמת (הפיצוי המוסכם המשתנה) מספקת ממילא הגנה מלאה מפני הנזק האחרון, כך שצירופה לפיצוי המוסכם היה מביא למצב של כפל תרופה (זאת בניגוד לקביעתו המוקדמת של בית המשפט).

155 הביקורת על נימוק זה מובאת לעיל, בה"ש 151.

המשפט, בעדכונו ובפישוטו.¹⁵⁶ פסק הדין בפרשת קניונים אמנם עומד במשימה הראשונה (הכרעה לגיטימית וצודקת בערעור הקונקרטי), אך לדעתנו אין הוא ממלא כראוי את המשימה השנייה. במצב זה נוצר דיסוננס נורמטיבי בין ההכרעה הקונקרטית שאליה הגיע בית המשפט – שכאמור נראית לנו סבירה – לבין קו ההנמקה המשפטי (legal reasoning) המוליך אליה.¹⁵⁷ דיסוננס נורמטיבי מסוג זה פוגע ביכולתו של הפסק לשמש מורה דרך למתדיינים עתידיים, ובכך הוא פוגם באחת מתכליותיו החשובות ביותר של המשפט – הכוונת התנהגות.¹⁵⁸

אכן, יש חשש ממשי שמשפטים המעיינים בפסקי הדין שניתנו בפרשה זו יתקשו להפיק מהם תובנות נכונות בנושא החשוב של צירוף התרופות בכלל ושל צירופן של תרופות חוזיות בפרט. האופן שבו הגיבה עד כה הפסיקה לפסק הדין הסופי שניתן בפרשת קניונים מאשש תחזית זו. מחד גיסא, מספר האזכורים הרב של פסק הדין בפסיקה בכל הערכאות (77 במספר) מעיד על הכרה בהיותו רלוונטי לפיתוח ההלכות הנוגעות לפסיקת פיצויים מוסכמים;¹⁵⁹ מאידך גיסא, העיון בפסיקה זו מלמד – כפי שאפשר היה לצפות – כי פסק הדין אינו משמש מורה נבוכים להכרעה בסוגיות העקרוניות שהתעוררו בו, קרי: סוגיית הצירוף וסוגיית ההתנאה.

156 להכרה בפיתוח המשפט כחלק מהתפקיד השיפוטי ראו אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט 267, 270-276 (1989).

157 דיסוננס מסוג זה עדיף אולי על דיסוננס מסוג הפוך, המתרחש כשניתוח הדין הנוהג החולש על הסוגיה הוא נכון, אלא שיישום הדין על העובדות הקונקרטיות הוא בעייתי. דיסוננס נורמטיבי מהסוג האחרון אפשר לזהות בניתוח המשפטי שנערך בפסק הדין המשלים שניתן בפרשה דנן, לעיל ה"ש 5. כפי שראינו, במישור העקרוני אימץ שם בית המשפט המחוזי הנחות נכונות שהוליקו אותו למסקנה (הנכונה, לטעמנו) שאי-אפשר לצרף את שני הסכומים הנחבעים על-ידי המוכרת; אלא שבשלב היישום – בין היתר משום שראה עצמו אנוס על-פי הנחיותיו של בית המשפט העליון – שגה בית המשפט בכך ששלל מן המוכרת, לטעמנו שלא בדין, את הזכות לבחור בגבוה משני מרכיבי הפיצוי שקבע החוזה (קרי: מרכיב ירידת הערך). בהפחיתו את הפיצוי המוסכם (הכולל) עד כדי 120 אלף דולר קיפח בית המשפט זכות זו של המוכרת בכך שגזר עליה – למעשה, אם לא להלכה – להסתפק בנמוך משני מרכיבי הפיצוי.

158 לעיון קלסי במטרות המשפט, ובכללן המטרות היסודיות של הכוונת התנהגות ויישוב סכסוכים, ראו Joseph Raz, *The Functions of the Law*, in *THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY* 163, 169 (1979); Lawrence M. Friedman, *The Functions and Methods of Law*, in *LAW AND SOCIETY: AN INTRODUCTION* 10, 11-12 (1977).

159 פסקי הדין שאזכרו עד היום את הערעור השני, לעיל ה"ש 5 (77 במספר, על-פי בדיקה במאגרי המידע של "תקדינט" ו"נבו", נכון לתאריך 1.1.2011). עשו בו שימוש, כמעט ללא יוצא מן הכלל, בהקשר לפסיקתם או להפחתתם של פיצויים מוסכמים.

ה. נעילה

בפרשת קניונים חברו זה לזה שני קשיים: הקושי הפרשני בהבנת מהותו ותכליתו של מנגנון התרופות החוזי שנקבע בחוזה, והיעדרה של תשתית תורתית ברורה להכרעה בסוגיות הנוגעות בצירופן של תרופות. שילובם של קשיים אלה והיעדרו של ניסיון שיטתי להתמודד עמם הוא העומד, לדעתנו, ברקע של השתלשלות העניינים המפותלת (והממושכת) בפרשת קניונים.

במאמר זה ניסינו למלא ולו במעט את החלל הדוקטרינרי הקיים בשתי סוגיות ליבה בדיני התרופות – סוגיית הצירוף וסוגיית ההתנאה. ביקשנו לעשות זאת באמצעות פיתוחו של מודל עיוני שיטתי לבחינת שאלות של צירוף תרופות בכלל ושל צירוף תרופות חוזיות בפרט. את יישומו של המודל הדגמנו על נסיבותיה המעניינות של פרשת קניונים, שבה מתעוררת גם שאלת הכוח להתנות על דיני הצירוף הכלליים.

כפי שצינינו בפתחה, תכליתה העיקרית של הרשימה לא הייתה לבקר את בית המשפט העליון על שגיא ספציפית זו או אחרת שיצאה מתחת ידיו; היעד היה אחר: לבסס את הטענה שדיני התרופות בכלל ודיני צירוף התרופות בפרט הם תחום שבו ניתוח שיטתי ומסודר הוא חיוני להשגת תוצאות משפטיות נכונות ומובנות. אנו מקווים כי רשימתנו הגשימה יעד זה וכי התשתית העיונית שנפרשה בה תסייע לפיתוחם ולעיצובם הראוי של דיני התרופות בישראל.