

## קרן אור על אינטרס ההסתמכות

מאת

יהודה אדר\*

החלוקה לאינטרסים מוגנים, ובמיוחד ההבחנה בין אינטרס ההסתמכות לבין אינטרס הקיום, משמשות בישראל כלי עיוני חשוב לניתוח סוגיות מדיני התרופות – הן בדין החוזים הן מחוץ להקשר החוזי. רשימה זו מבקשת להעמיד לבחינה ביקורתית את שאלת מעמדו של אינטרס ההסתמכות בדיני התרופות בגין הפרת חוזה ובגין מעשי נזיקין. כנקודת מוצא לעיונו של המחבר בשאלות אלה משמשים שני פסקי-דין שנכתבו על-ידי השופט אור, ואשר בהם פסק בית-המשפט העליון לנפגע תרופה שכונתה "פיצויי ההסתמכות": בפסק-הדין האחד העניק השופט אור לנפגע מהפרת חוזה פיצויי ההסתמכות על הוצאות שהוציא לצורך קיום חלקו בחוזה; ואילו בפסק-הדין האחר, שעסק בתביעת נזיקין בגין מצג-שווא רשלני, שימשה הקביעה כי הפיצוי בנוזיקין מגן על אינטרס ההסתמכות עוגן עיוני לדין בשאלת שיעור הפיצויים שהניזוק זכאי להם. בעיני המחבר, פסיקות אלה הן דוגמה מובהקת לכושרו האנליטי של השופט אור, לשליטתו בעקרונות-היסוד של המשפט האזרחי, וליכולתו ליישם באורח צודק ושיטתי על נסיבות קונקרטיות. עם זאת, ובאותה נשימה, פסקי-הדין משמשים הדגמה לביקורתו של המחבר על השימוש הרווח במושג "ההסתמכות" לתיאורו של אינטרס אשר מוגן כביכול בדין החוזים או בדין הנזיקין. המחבר טוען כי ככל שאינטרס ההסתמכות של הנפגע מהפרת החוזה זוכה בהגנה, מדובר בהגנה חלקית ועקיפה הניתנת במגמה לשרת את אינטרס הקיום. גם בדיני הנזיקין טמונה בעייתיות בשימוש בטרמינולוגיה של הגנה על "ההסתמכות" לתיאור תכליתו של הפיצוי בנוזיקין. אינטרס ההסתמכות, לפחות במובן המקורי שיוחס לו בספרות של דיני החוזים, אינו ישים כלל לסיטואציה הנזיקית הטיפוסית. התאמתו למצבים "נזיקיים" מחייבת עריכת שינויים סמנטיים מפליגים בתוכנו של המושג. טענת המחבר היא כי בנסיבות אלה טרמינולוגיית ההסתמכות לא רק שאינה תורמת לשיח תרופות משופר, אלא עלולה אף להשריש הבחנות עיוניות שאין להן כל אחיזה במציאות המשפטית. על רקע מסקנה זו הרשימה מציעה לקבוע כי האינטרס המוגן על-ידי תרופת הפיצויים בכל ענפיו של דין החיובים – ובכלל זה דין החוזים ודין הנזיקין – הוא אינטרס הקיום, קרי, האינטרס של הנפגע-הניזוק לתרופה

\* מרצה למשפט אזרחי בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

שתעמידו, מבחינה כלכלית, במקום שבו היה צפוי לעמוד אילו קוימה זכותו. זניחתה של רטוריקת ה"הסתמכות" לטובת טרמינולוגיה של "קיום" צפויה לתרום להבנה טובה יותר – ולעיצוב נכון יותר – של תורת הפיצויים ושל תורת התרופות הכללית.

מבוא. פרק א: אינטרס ההסתמכות ודיני החוזים; 1. פרשת כאכון – פיצויי "הסתמכות" בגין הפרת חוזה; 2. השאלות המתעוררות; 3. הדין הנוהג; 4. הדין הרצוי. פרק ב: אינטרס ההסתמכות ודיני הנזיקין; 1. פרשת זלסקי – פיצויי "הסתמכות" בגין מצג-שווא רשלני; 2. הסתמכות בדיני הנזיקין – אינטרס מוגן או פטה מורגנה? פרק ג: מהו האינטרס המוגן בדיני הנזיקין? 1. הערה מקדימה; 2. תכלית הפיצוי: הטבת נזק ו"השבה לקרמות"; 3. אמת-המידה לקביעת שיעור הפיצוי: העמדת הנפגע במצבו אלמלא ההפרה; 4. האינטרס המוגן בדיני הנזיקין: אינטרס הקיום. פרק ד: נעילה; 1. עיקרי המסקנות; 2. השלכות מעשיות?

## מבוא

בשיטות האנגלו-האמריקאיות ובשיטות המשפט שהושפעו מהן מקובל לערוך הבחנה עיונית בין שלושה "אינטרסים" שדיני התרופות בשל הפרת חוזה באים כביכול להגשים: אינטרס ההשבה, אינטרס ההסתמכות ואינטרס הקיום (או הציפייה).<sup>1</sup> הבחנה זו מקורה במאמר מפורסם שראה אור בארצות-הברית לפני כשמונים וחמש שנה.<sup>2</sup> אף שהתזה הביקורתית שהוצעה במאמר שנויה במחלוקת,<sup>3</sup> השתרש הסיווג המשולש לאינטרסים בשיח

1 "מקובל לומר, שדיני התרופות בגין הפרת חוזה באים להגן על שלושה אינטרסים: אינטרס הצפיות – המתמקד (אף כי אינו מתמצה) בהפסד הרווח של הנפגע ונועד להעמידו במצב בו היה אילו קיום החוזה; אינטרס ההסתמכות – המתרכז בנוזקים שנגרמו לנפגע עקב הסתמכותו על החוזה ונועד להעמידו במצב בו היה אילו כלל לא היה חוזה; אינטרס ההשבה – הדורש שכל צד ישיב לשני את אשר קיבל ממנו ונועד למנוע עשיית עושר של המפר על חשבון הנפגע (כאשר המדובר בהשבה כתרופה בגין הפרה)..." ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49, 54–55 (1993) (הנשיא שמגר) (להלן: עניין מבט). לתיאורים דומים של מערך האינטרסים בפסיקה ראו ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85, 95 (1985) (השופט נתניהו); ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 73 (1992) (השופט חשין) (להלן: פרשת צוקים). הסיווג לאינטרסים נקלט גם בספרות המשפטית בישראל (ראו פירוט בה"ש 21 להלן).

2 Lon L. Fuller & William R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages* (parts 1 & 2), 46 YALE L.J. 52, 373 (1936).

3 Michael B. Kelly, *The Phantom Reliance Interest in Contract Damages*, 1992 WIS. L. REV. 1755 (1992); David W. Barnes, *The Net Expectation Interest in Contract Damages*, 48 EMORY L.J. 1137 (1999); Richard Craswell, *Against Fuller and Perdue*, 67 U. CHI. L. REV. 99 (2000). ראו גם אצלנו את

המשפטי, והוא משמש כיום נקודת מוצא של כמעט כל דיון אקדמי בנושא התרופות בשל הפרת חוזה.<sup>4</sup>

עיון בפסיקה ובספרות המשפטית בישראל מלמד כי החלוקה לאינטרסים, ובמיוחד ההבחנה בין אינטרס ההסתמכות לבין אינטרס הקיום, משמשות כלי עיוני לניתוח תרופות אף מחוץ להקשר החוזי.<sup>5</sup> לדוגמה, לא אחת מתואר הפיצוי הנפסק בניזקין כ"פיצוי הסתמכות", תוך הבדלתו מ"פיצויי הקיום" הנפסקים בגין הפרת חוזה.<sup>6</sup> באופן דומה, מקובל לומר שהתרופה הטיפוסית שתיפסק בתגובה על הפרתה של חובת תום-הלב במשא-

- מאמרו הביקורתי של דניאל פרידמן "אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים" ספר זיכרון לגואלטיור פרוקצ'יה 377 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי ראבילו עורכים, 1997).  
 4 "עם כל מגרעותיה ומגבלותיה, החלוקה המשולשת שטבעו Fuller ו-Perdue הפכה להיות – במשפט הישראלי כמו במשפט האנגלו-אמריקני – נקודת מוצא נוחה לליבון שאלות אנליטיות ונורמטיביות בקשר לתרופות כספיות בשל הפרת חוזה... החלוקה הנדונה היא חלק מהשפה המשותפת של העוסקים בתחום זה...". איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית, פ"ד נה(3) 913) "משפטים לד' 91, 126, ה"ש 108 (2004). באחד המקורות תואר מאמרם של Fuller & Perdue, לעיל ה"ש 2, כחשוב ביותר מבין אלה שנכתבו בתחום דיני החוזים. Robert Birmingham, *Notes on the Reliance Interest*, 60 WASH. L. REV. 217, 217 (1985): "The Reliance Interest is our most significant article on contract law". השוו, אצלנו, לתיאורו של פרופ' פרידמן במאמרו לעיל בה"ש 3, בעמ' 409: "המאמר השפיע בצורה עמוקה על החשיבה האקדמית, על השפה, על השיג והשיח החוזיים, והביא לאימוצה של טרמינולוגיה חדשה...".  
 5 ואפילו מחוץ למשפט הפרטי. השפעה זו ניכרת במיוחד בתחום המשפט המנהלי, שבו המונחים "אינטרס ציפייה" ו"אינטרס הסתמכות" משמשים כיום – הן בספרות הן בפסיקה – לתיאור רמות עוצמה שונות של תביעות המופנות מאת האזרח כלפי הרשות הציבורית. ראו, לדוגמה, בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393, 403–404 (1986). השימוש בהבחנה בין אינטרס הציפייה לבין אינטרס ההסתמכות בהקשר המנהלי נעשה לראשונה במאמרו של אלכס שטיין "הבטחה מינהלית" משפטים יד 255, 258 (1985). לבחינה מעמיקה של סוגיית ההסתמכות והציפייה במשפט המנהלי ראו דפנה ברק-ארוז "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי" משפטים כז 17 (1986) (להלן: ברק-ארוז "הגנת ההסתמכות"); דפנה ברק-ארוז "הגנת הציפייה במשפט המינהלי" עיוני משפט כז 209 (2003) (להלן: ברק-ארוז "הגנת הציפייה"). "אינטרס ההסתמכות" חלחל אפילו לספרות של דיני הקניין. ראו, לדוגמה: Joseph W. Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 STAN. L. REV. 611 (1988), שם מוצעת תזה הדוגלת בהכרה ב"אינטרס הסתמכות" קנייני של עובדים במפעל הנקלע לחדלות פירעון, ונערך דיון בתרופות השונות שאינטרס כזה עשוי להצמיח לעובדים. להנחה רווחת זו יש אחיזה כבר במאמרם של Fuller ו-Perdue, שבו נזכרת התנגדותו של פרופ' Williston "לייבא" אל דיני החוזים את הרעיון של פיצויי הסתמכות, המבוססים לכאורה על עיקרון נזיקי ("tort principle"). ראו Fuller & Perdue, לעיל ה"ש 2, בעמ' 90. לאסמכתות נוספות המשקפות מוסכמה זו ראו להלן ה"ש 68 ו-69 והטקסט שליידן.

ומתן תהיה בדרך-כלל "פיצויי הסתמכות" (או "פיצויים שליליים")<sup>7</sup> מתקבל אפוא הרושם כי אינטרס ההסתמכות זוכה אצלנו בהכרה רחבה בדיני החיובים – בדין החוזים, בדין הנזיקין, ואפילו בענף השיורי של ה"חיובים מן הדין".<sup>8</sup>

ברשימה זו אבקש להעמיד לבחינה ביקורתית את שאלת מעמדו של אינטרס ההסתמכות בדיני התרופות – אלה החלים על הפרת חוזה ואלה החלים על מעשי עוולה בנוזיקין.<sup>9</sup> כנקודת מוצא לדיון ישמשו שני פסקי-דין שנכתבו על-ידי השופט אור, ואשר בהם פסק בית-המשפט העליון לנפגע תרופה שכונתה "פיצויי הסתמכות": בפסק-הדין האחד, שניתן בפרשת כאכון,<sup>10</sup> העניק השופט אור לנפגע מהפרת חוזה פיצויי הסתמכות על הוצאות שהוציא לצורך קיום חלקו בחוזה; ואילו בפסק-הדין האחר, בפרשת זלסקי,<sup>11</sup> שעסק בתביעת נזיקין בגין מצג-שווא רשלני, קבע השופט אור כי הפיצוי בנוזיקין מגן על אינטרס

7 כך, להוציא מקרים חריגים שבהם בית-המשפט רשאי לשקול פסיקת פיצויי קיום ("פיצויים חיוביים"). ראו ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002).

8 לחלוקה המסורתית של דין החיובים לדיני חוזים, לדיני נזיקין, לדיני עשיית עושר ולא במשפט, ולענף שיורי של "חיובים מן הדין", ראו דניאל פרידמן "תורת החיובים הכללית וההיבטים הרכושיים של החיוב" דיני חיובים – חלק כללי 3, 3 (דניאל פרידמן עורך, 1994). השו"מ איר שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ 5, 14 (1996): "כמקובל עלינו, יש ארבעה ענפים לדיני החיובים: דיני החוזים (החיוב החוזי), דיני הנזיקין (חיוב נזיקי), דיני עשיית עושר ולא במשפט (חיוב ההשבה) והחיובים מן הדין".

9 יישום התזה המוצעת ברשימה בהקשרים אחרים שבהם דין החיובים מכיר בזכות לפיצוי בגין מה שנראה לכאורה כפגיעה ב"אינטרס הסתמכות" מחייב התייחסות נפרדת שאינה אפשרית בגדרי רשימה זו. לדוגמה, יש מקום לבחון את השאלה על איזה אינטרס מגינים הפיצויים שבית-המשפט מוסמך לפסוק לצד למשא-ומתן לפי ס' 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), ומהי ההצדקה לפסיקתם של פיצויים אלה. הדעה הרווחת רואה בפיצויים אלה פיצויי הסתמכות (המפנים את מקומם לפיצויי קיום רק במקרים חריגים). לדעתי, הפיצויים לפי ס' 12(ב) הם לאמיתו של דבר פיצויי קיום, באשר תכליתם היא להעמיד את הנפגע מהפרתו של חיוב תום-הלב במקום שבו היה מצוי אילו קיים חיוב זה (ואילולא הופר). באופן דומה, יש מקום לבחון את השאלה מהו האינטרס המוגן בס' 14(ב) לחוק החוזים, המסמיך את בית-המשפט, לאחר ששחרר צד מחוזה בשל טעות, לחייב אותו ב"פיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה"; ומהו האינטרס המוגן בס' 18(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות), המסמיך את בית-המשפט לפסוק לנפגע מהפרת חוזה שסוכל "שיפוי" על הוצאות והתחייבויות שהתחייב בהן. יאה המענה לשאלות אלה אשר יאה, ההוראות האמורות אינן עוסקות במקרה הטיפוסי של הפרת חוזה. אני מותיר אפוא את הדיון בהן לעת אחרת.

10 ע"א 8729/96 כאכון מלונות ונופש בע"מ נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, פ"ד נה(1) 673 (1998) (להלן: פרשת כאכון).

11 ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון-לציון, פ"ד נא(1) 68 (1997) (להלן: פרשת זלסקי).

ההסתמכות, ואף ראה בקביעה זו עוגן עיוני להכרעתו בשאלת שיעור הפיצויים שהניזוק זכאי להם.

בעיניי, כל אחד משני פסקי-הדין האמורים כשלעצמו הוא דוגמה מובהקת לכושרו האנליטי של השופט אור, לשליטתו בעקרונות-היסוד של המשפט האזרחי, וליכולתו ליישםם באורח צודק ושיטתי על נסיבות קונקרטיות. בחרתי להתמקד בהם שכן שניהם מרימים תרומה חשובה לדיני התרופות בחוזים ובנזיקין. בה-בעת, ולמרות ההקשר השונה, שתי הפסיקות האמורות מציפות שאלות עיוניות מעניינות הנוגעות בשאלה יסודית אחת – שאלת מעמדו של אינטרס ההסתמכות בדיני החיובים בכלל ובתחומי החוזים והנזיקין בפרט: באיזו מידה, אם בכלל, מה שמכונה "אינטרס ההסתמכות" זוכה בהגנה במסגרתו של דין החוזים, ומהו הבסיס העיוני העשוי להצדיק פסיקה של פיצויי ההסתמכות בתגובה על הפרת חוזה? באיזו מידה, אם בכלל, אינטרס ההסתמכות זוכה בהגנה גם במסגרתם של דיני הנזיקין? מהו היחס בין ה"הסתמכות" החוזית לבין ה"הסתמכות" בנזיקין? האם השימוש במושג "אינטרס ההסתמכות" בהקשר הנזיקי תורם להבנה טובה יותר של תכלית הפיצויים בנזיקין או שמא הוא מציב דווקא מכשול בדרך להבנה כזו?

במאמר זה אנסה להציע תשובות לשאלות אלה. בפרק א, לאור פסיקתו של השופט אור בפרשת כאכון, ייבחן בעין ביקורתית מעמדו של אינטרס ההסתמכות בדין החוזים. בפרק ב, לאחר ניתוח פסיקתו של השופט אור בפרשת זלסקי, תיבחן שאלת מעמדו של אינטרס ההסתמכות בדיני הנזיקין. מסקנת העיון בשני הפרקים הללו תהא אולי מפתיעה מבחינת הקורא. הטענה היא כי ההכרה הרחבה יחסית של הפסיקה ושל הספרות המשפטית בישראל ב"אינטרס ההסתמכות" כאינטרס עצמאי הזוכה בהגנתו של דין התרופות – הן בחוזים הן בנזיקין – אינה מוצדקת.

בתחום החוזים, כך אטען, בניגוד להנחה השגורה בפי רבים וטובים, אין אינטרס ההסתמכות נהנה כלל ועיקר ממעמד של אינטרס מוגן. ככל שהוא זוכה בהגנה, מדובר בהגנה חלקית ועקיפה הניתנת לנפגע מהפרת החוזה לא כתכלית בפני עצמה, אלא כדרך תחליפית להגנה על אינטרס הקיום. בנסיבות אלה השימוש בטרמינולוגיה של "הסתמכות" לתיאור האינטרס המוגן בדין התרופות החוזי, במקום להבהיר ולפשט את המציאות המשפטית, מערפל אותה שלא לצורך.

גם בדיני הנזיקין טמונה בעייתיות בשימוש הרווח בטרמינולוגיה של הגנה על "הסתמכות" הניזוק לתיאור תכליתו של הפיצוי בנזיקין. שימוש זה יוצר את הרושם שלא רק שאינטרס ההסתמכות זוכה בהגנה בדין הנזיקין, אלא שההגנה עליו היא המאפיין המובהק של דיני הנזיקין, בהשוואה לדין החוזים. דא עקא, שרושם זה מוטעה. אינטרס ההסתמכות – לפחות במובן המיוחס לו בספרות של דיני החוזים, שבה התבסס המושג "הסתמכות" (reliance) – אינו ישים כלל לסיטואציה הנזיקית הטיפוסית. יישומו על מצבים "נזיקיים" כרוך בעריכת שינויים סמנטיים מפליגים בתוכנו של המושג, אשר אימצם לא רק שאינו

תורם לשיח תרופות פורה יותר, אלא עלול אף להשריש בתודעה המשפטית הבחנות עיוניות שאין להן אחיזה במציאות המשפטית. על רקע מסקנה זו תבקש הרשימה, בפרק ג, להציע פתרון לשאלת האינטרס המוגן בדיני הנזיקין. גם כאן, במבט ראשון, התשובה עשויה להיראות מפתיעה: גם בדיני הנזיקין, ממש כבדיני החוזים, האינטרס הזוכה בהגנת הדין הוא אינטרס הקיום. בחוזים, בנזיקין ובכל יתר ענפיו של דין החיובים, בעל הזכות הראשונית זכאי להגנה על זכותו מפני הפרתה על-ידי מי שחייב בכיבוד (המפר-בכוח או המעוול-בכוח). הגנה כזו ניתנת בדיני החיובים בעיקר באמצעות הגנה על אינטרס הקיום, הוא האינטרס של מי שזכותו הראשונית הופרה לתבוע מהמפר את הטבת נזקי ההפרה. תכלית הפיצוי בנזיקין אינה לפצות על הפגיעה באינטרס ההסתמכות (אשר אינו אינטרס מוגן, כאמור), אלא לפצות על הפגיעה באינטרס הקיום. זאת – בהקשר של דיני הפיצויים – באמצעות סכום כספי שיקרב את הניזוק למצב שבו היה צפוי לעמוד אילו לא הופרה זכותו. כך בחוזים, כך בנזיקין, וכך בכל הקשר שבו נפסק פיצוי בגין הפרתה של זכות. רשימה זו תטען כי מודעות לתכליתם המשותפת של דיני הפיצויים וזניחתה של רטוריקת ה"הסתמכות" לטובת טרמינולוגיה של "קיום" יתרמו להבנה טובה יותר – ולעיצוב נכון יותר – של תורת הפיצויים ושל תורת התרופות הכללית.

## פרק א: אינטרס ההסתמכות ודיני החוזים

### 1. פרשת כאכון – פיצויי "הסתמכות" בגין הפרת חוזה

בפרשת כאכון<sup>12</sup> התחייבה חברת כאכון מלונות ונופש (להלן: התובעת) כלפי חברת עמידר (להלן: הנתבעת) להפוך כפר-נופש שבבעלותה לשיכון לעולים חדשים. זאת, בתמורה ל"דמי אירוח" שישולמו לתובעת לאורך התקופה שבה ישוכנו העולים בכפר-הנופש. התובעת החלה בעריכת שיפוצים שנועדו להכשיר את המקום לייעודו החדש. ברם, בחלוף חודשים מספר ביטלה הנתבעת את החוזה, בטענה כי התובעת לא השיגה היתר בנייה לשם עריכת השיפוצים. התובעת, שסברה כי הביטול היה בלתי-מוצדק, הגישה נגד הנתבעת תביעה לפיצויים בגין הפרת החוזה: פיצויי קיום בסך 1,200,000 ש"ח או לחלופין פיצויים בגין נזקי ההסתמכות על החוזה.

בית-המשפט קמא קבע כי ביטול החוזה על-ידי הנתבעת נעשה שלא כדין, אך דחה את התביעה לפיצויי קיום, ופסק לתובעים פיצוי פיצוי בסך 50,000 ש"ח בלבד בגין עלות השיפוץ של מבני כפר-הנופש. על כך ערערה התובעת לפני בית-המשפט העליון.

12 לעיל ה"ש 10.

בית-המשפט העליון, מפי השופט אור, דן תחילה בתביעה לפיצויי קיום.<sup>13</sup> לעניין זה קבע השופט אור כי התובעת, בניגוד לטענתה, אינה זכאית לפיצויים בגובה מלוא דמי האירוח שהייתה צפויה לקבל אילו קיים החוזה. סכום זה, שעל-אודותיו הביאה התובעת נתונים, משקף את הכנסותיה הצפויות, אך אינו מביא בחשבון את הוצאות התפעול שבהן היא על התובעת לשאת לאורך תקופת החוזה.<sup>14</sup> הוצאות אלה יש להפחית מן ההכנסות שהיו צפויות להתקבל אילו קיים החוזה, כדי להגיע לסכום שיבטא את אינטרס הקיום של התובעת. דא עקא, שהתובעת לא טרחה להביא נתונים כלשהם שניתן ללמוד מהם על היקפן של הוצאות התפעול הצפויות. לפיכך, ומאחר שלא הצביעה על קושי מיוחד בהוכחת נתון זה, לא ניתן לפסוק לתובעת פיצויי קיום, אף לא על-דרך האומדן.<sup>15</sup>

עם דחיית התביעה לפיצויי קיום נפנה השופט אור לדיון בתביעה החלופית לפיצויי הסתמכות.<sup>16</sup> בתביעה זו נכללו שני מרכיבים או "ראשי-נוק" שסבלה התובעת, לטענתה, כתוצאה מחתימת החוזה:

- הפסד רווח שיכלה התובעת להפיק, אילולא התקשרה בחוזה, מהמשך הפעלתו של כפר-הנופש;
- הוצאות שונות שהוציאה התובעת בפועל, בהסתמך על החוזה, לצורך שיפוץ כפר-הנופש והכשרתו לייעודו החדש.

באשר למרכיב הראשון מאמץ השופט אור את מסקנתה של הערכאה הראשונה, וקובע כי לנוכח נתוני הרווח וההפסד – שלימדו כי קודם לחתימת החוזה סבל כפר-הנופש הפסדים – לא ניתן לקבוע שהתובעת הייתה מפיקה רווח כלשהו מהפעלתו של כפר-הנופש במתכונתו הישנה.<sup>17</sup>

לעומת זאת, ביחס למרכיב הפיצוי השני בתביעת פיצויי ההסתמכות, קיבל השופט אור את ערעורה של התובעת. בהקשר זה נקבע, בניגוד לקביעתו של בית-המשפט דלמטה, כי מצויות ראיות המלמדות לכאורה על הוצאות והתחייבויות נוספות שהוציאה התובעת

13 שם, פס' 7–8.

14 הוצאות אלה היו אמורות להיתוסף על הוצאות השיפוץ שערכה התובעת כדי להכשיר את כפר-הנופש לתפקידו.

15 הכלל שלפיו על מי שתובע פיצוי בשל נזק ממון מוטל לא רק להוכיח שנגרם לו נזק, אלא גם לכמת את הנזק ולהוכיח את שיעורו, נבחן ואומץ בע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת-שבע בע"מ, פ"ד לה (2) 800 (1981) (להלן: פרשת אניסימוב). לדיון בדרישה זו ראו גם גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיצייה של המשפט האזרחי 351–345 (2009).

16 פרשת כאכון, לעיל ה"ש 10, פס' 9–12.

17 שם, פס' 9.

בהסתמך על החוזה. הדין הוחזר אפוא לבית-המשפט קמא, כדי שיבחן שוב את הראיות ויקבע את שיעורם הנכון של פיצויי ההסתמכות המגיעים לתובעת.<sup>18</sup>

## 2. השאלות המתעוררות

מפסיקתו של בית-המשפט העליון בפרשת כאכון עולים שני ממצאים חשובים לענייננו. ראשית, עולה בבירור כי לשיטתו של בית-המשפט, הנפגע מהפרת חוזה זכאי בנסיבות מסוימות לתרופה כספית שבית-המשפט מכנה "פיצויי הסתמכות". שנית, עולה בבירור כי הזכות לפיצויי הסתמכות משתרעת על שני רכיבים שונים של נזק: ראשית, מרכיב של חסרון-כיס, קרי, פיצוי בעבור הוצאות שהוציא הנפגע בפועל לצורך קיום חלקו בחוזה; ושנית, מרכיב של אובדן הזדמנות, קרי, פיצוי בגין שווייה הכלכלי של הזדמנות להפקת רווח שאותה איבד הנפגע עקב כריתת החוזה.<sup>19</sup> במבט ראשון נראה אפוא כי פרשת כאכון מספקת תמיכה וחיזוק להנחה הרווחת כי הנפגע מהפרת חוזה זכאי, בין יתר תרופותיו, גם לתרופה שתגן על אינטרס ההסתמכות שלו.

אלא שמסקנה כזו נראית לי נמהרת מדי. ראשית, פסק-הדין אינו מצביע באופן מפורש על הבסיס המשפטי – הפורמלי או הרעיוני – המצדיק הכרה בזכות הנפגע לפיצויי הסתמכות. שנית, בית-המשפט אינו מבהיר את היחס שבין התביעה לפיצויי קיום לבין התביעה לפיצויי הסתמכות. האם התביעה האחרונה היא לעולם חלופית לתביעה הראשונה – כפי שהייתה בפרשת כאכון – כך שאין להתירה אלא אם כן נכשל הנפגע בבסיס תביעתו לפיצויי קיום? שמא הנפגע חופשי תמיד לבחור בין התביעות ולהעדיף את הנוחה לו ביותר? ודייקו – קיים קשר הדוק בין שתי השאלות האחרונות: אם תימא שאינטרס ההסתמכות הוא אינטרס עצמאי, כ"אז לכאורה הזכאות לפיצויי הסתמכות אינה תלויה בזכאות לפיצויי קיום. לעומת זאת, אם ההפך הוא הנכון, ואם הזכות לפיצויי הסתמכות

18 פסקי-הדין המחוזיים בפרשת כאכון לא פורסמו. עם זאת, מערעור נוסף שהגישה התובעת (ואשר נדחה) עולה כי בית-המשפט קמא הגדיל את סכום הפיצויים בגין רכישת ציוד (אך לא בגין התחייבות לקבלן השיפוץ, אשר לא הוכחה כרבעי). ע"א 2294/99 ש. כאכון מלונות ונופש 1987 בע"מ נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ (פורסם בנבו, 5.9.2001) (הערעור נדחה).

19 לפסיקת פיצויי הסתמכות משמעותיים בראש-נזק זה ראו ת"א (מחוזי ת"א) 367/98 היימן ש.י. חברה להשקעות ופיתוח בע"מ נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 6.11.2008). באותו מקרה סירבה חברת דלק לנהל משא-ומתן עם החברה התובעת על הפעלת תחנה מטעמה, למרות קיומו של זכרון-דברים שבו נקבעה התחייבות כזו, וסירוב זה התפרש כהתנהגות לא בתום-לב מצידה (ולמעשה גם כהפרת החוזה לנהל משא-ומתן). התנהגות זו זיכתה את התובעת בפיצויי הסתמכות על אובדן ההזדמנות לממש רווח בהצעה של חברת דלק חלופית. ראו במיוחד את הדין הנרחב שם, פס' 32–41.



נסמכת על הזכות לפיצויי קיום ותלויה בה, כִּי־אז מובן שהתביעה לפיצויי הסתמכות היא לעולם נספחת וטפלה לתביעת פיצויי הקיום, כלומר, תביעה חלופית. מסתבר כי עמדתו של הדין הישראלי בשאלה בסיסית זו אינה ברורה. מחד גיסא, חוק התרופות עצמו אינו מזכיר, ולו ברמז, את קיומה של זכות לפיצויי הסתמכות.<sup>20</sup> מאידך גיסא, בפסיקה ובספרות המשפטית שבות ומושמעות מזמן לזמן אמירות מפורשת שלפיהן דין התרופות החוזי מכיר, לצד אינטרס הקיום ואינטרס ההשבה, גם באינטרס ההסתמכות.<sup>21</sup> אמירות שגורות אלה נוטעות את הרושם כי אינטרס ההסתמכות נהנה ממעמד של אינטרס עצמאי מוגן. ברם, למעשה, כפי שיובהר בשורות הבאות, הסתמכות זו אינה משקפת את הדין הנוהג, ולטעמי – אף לא את הדין הרצוי.

### 3. הדין הנוהג

עד היום טרם נפסקה אצלנו הלכה מחייבת בשאלת מעמדם של פיצויי הסתמכות כתרופה בגין הפרת חוזה. הסוגיה נידונה באופן מעמיק בפעם הראשונה – והאחרונה – בפסק־דינו של בית־המשפט העליון בפרשת צוקים.<sup>22</sup> באותו מקרה דחה בית־המשפט העליון את ערעורה של עיריית נתניה על חיובה בערכאה הראשונה בפיצויי הסתמכות בגין הפרתו של חוזה שאותו כרתה עם חברת מלון צוקים. אף שהערעור נדחה פה אחד, נחלקו הדעות בין השופטים בשאלת הבסיס המשפטי של הפיצוי שנפסק בערכאה דלמטה.

20 יתר על כן, לשונו של החוק תומכת במסקנה כי הפיצוי ניתן על נזקי ההפרה (להבדיל מנזקי כריתתו של החוזה, אשר סותרים פיצויים אלה ומנוגדים לתכליתם). ראו להלן חלק א4.

21 ראו, לדוגמה, את רשימת פסקי־הדין המופיעה לעיל בה"ש 1, שממנה עולה במשתמע הכרה בשילוש האינטרסים, ובכלל זה באינטרס ההסתמכות. ראו במיוחד את דבריו של השופט ריבלין בע"א 11173/02 אלוניאל בע"מ נ' זאב בר בנין ופיתוח 1994 בע"מ, פס' 7 (פורסם בנבו, 3.4.2006): "נזקן של הנפגע עשוי להתבטא בהוצאות הסתמכות שהוצאו על־ידו...". השוו לדבריו של הנשיא שמגר בעניין מבט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 57, שבהם ציין, אגב אורחא, כי אין סתירה בין תרופת הביטול לבין תרופת פיצויי הסתמכות, קרי, נפגע שביטל את החוזה עקב הפרתו עשוי להיות זכאי גם לפיצויי הסתמכות. בספרות ראו מיגל דויטש "על 'גנים' משפטיים והתחרות דינים: לסוגיית היחס בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר" עיוני משפט יח 565, 590 (1994): "דיני החוזים מגינים, כידוע, על שלישיית אינטרסים, דהיינו: ציפיה, הסתמכות והשבה." כן ראו אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 235 (1997): "שלושה אינטרסים עיקריים מוגנים על ידי דיני החוזים, ופגיעה בהם על ידי הפרת חוזה מזכה את הנפגע בפיצויים: אינטרס הציפיה, אינטרס ההסתמכות ואינטרס ההשבה." ראו גם את דבריו של השופט דוד קציר בספרו תרופות בשל הפרת חוזה 880–881 (1991), שם הוא מזכיר את "הבחירה הנתונה, לדעת הכל, לנפגע לתבוע פיצויי 'הסתמכות' או השבה או פיצויי 'ציפיה'". לעיל ה"ש 1.

22

השופט מלץ גרס שככלל אין הנפגע מהפרת חוזה זכאי לפיצויי הסתמכות. עם זאת, כאשר הנפגע נתקל בקושי ראייתי אובייקטיבי להוכיח את שיעור ההפסד שנגרם לו עקב ההפרה, ניתן וראוי לאמץ הנחה, הפועלת לטובתו, והיא כי החוזה שהופר היה מבחינתו חוזה-רווח, קרי, חוזה שההשקעה בו (במונחים של חסרון-כיס ואובדן הזדמנות) קטנה מהתועלת הצומחת מקיומו. בחוזה כזה שיעורו של אינטרס ההסתמכות של הנפגע נמוך, בהגדרה, משיעורו של אינטרס הקיום.<sup>23</sup> פיצויי ההסתמכות יהיו לפיכך נמוכים לעולם משיעורם של פיצויי הקיום. בנסיבות כאלה פסיקת פיצויי ההסתמכות אינה מקפחת את המפר, שכן אין היא מטילה עליו חיוב כספי שלא היה מוטל עליו ממילא אילו הצליח הנפגע להוכיח את התועלת שהייתה צומחת לו מקיום החוזה. פיצויי ההסתמכות נפסקים אפוא, לפי השקפה זו, לא משום שהנפגע זכאי להגנה על אינטרס ההסתמכות שלו, אלא משום שיש בכך כדי לספק לנפגע הגנה חלקית על אינטרס הקיום שלו. בראייה זו הכלל המתיר מתן פיצוי בעבור ההשקעה בחוזה – "נזקי ההסתמכות" – אינו אלא כלל-עזר ראייתי. כלל זה משמש – בהעדרם של אמצעים טובים יותר – לקביעת שיעורם המזערי של פיצויי הקיום שהיו נפסקים לנפגע אלמלא הקושי הראייתי שבו נתקל.<sup>24</sup>

לעומת זאת, השופט חשין סבר כי על אינטרס ההסתמכות יש להתבונן לא כעל אינטרס טפל שנועד לשרת את אינטרס הקיום, אלא כעל אינטרס עצמאי ואוטונומי העומד על רגליו שלו. לשיטתו, נזקי ההסתמכות על החוזה ראויים אף הם להיחשב כנזק הנובע מן ההפרה. זאת, בין שהחוזה שהופר היה חוזה-רווח או חוזה-הפסד. מכיוון שכך, אפילו ניתן להוכיח את אינטרס הקיום – ואפילו ניתן להראות כי הוא קטן בשיעורו מאינטרס ההסתמכות – הנפגע רשאי להעדיף את התביעה לפיצויי ההסתמכות.<sup>25</sup> ואילו השופט מצא, שראיה בגישתו העקרונית של השופט חשין דין רצוי, הביע ספק אם ניתן לעגנה בלשונו של חוק התרופות.<sup>26</sup> פיצויי ההסתמכות שנפסקו בפרשת צוקים אושרו אפוא על-ידי בית-המשפט העליון מבלי שנקבעה עמדה אחידה בשאלת הבסיס העיוני לפסיקתם.

23 חוזה-רווח, מעצם הגדרתו, הוא חוזה שקיומו מוביל לשיפור במצבו הכלכלי של הצד הנוגע בדבר, בהשוואה למצב שבו היה נתון אילו לא התקשר בחוזה מלכתחילה.

24 את גישתו תמך השופט מלץ הן בלשונו של ס' 10 לחוק התרופות הן בנימוקים של מהות. עמדתו מובאת בפס' 7 (בעמ' 56–59) לפסק-דינו בפרשת צוקים, לעיל ה"ש 1. נעיר כי הכלל הראייתי הנזכר בטקסט משקף למעשה דוקטרינה של "נזק ראייתי", במובן זה שנטל הראייה להוכחת שיעורו של אינטרס הקיום מועבר מכתפיו של התובע-הנפגע אל הנתבע-המפר. העברת הנטל מוצדקת, שכן הקושי להוכיח את שיעורם של פיצויי הקיום נחזה כנזק ראייתי שהמפר הסב לנפגע כאשר הפר את החוזה – הפרה שסיכלה את האפשרות ללמוד בוודאות על התועלת שהייתה צפונה לנפגע מקיומו.

25 עמדתו של השופט חשין מוצגת בפס' 15–22 לפסק-דינו בפרשת צוקים, לעיל ה"ש 1.

26 שם, בעמ' 80–82.

למרות חשיבותה העיונית והמעשית, לא זכתה המחלוקת בנוגע למעמדו של אינטרס ההסתמכות כתרופה להפרת חוזה בבחינה מחודשת בפסיקה מאוחרת. עם זאת, ניתן להתרשם כי ברובם המכריע של המקרים שבהם נפסקו פיצויי הסתמכות למן פרשת צוקים – ובכלל זה בפרשת כאכון עצמה – נעשה הדבר לאחר עיון בשאלת הזכאות לפיצויי קיום, ולאחר שלילתה של זכאות זו בשל קשיי הוכחה.<sup>27</sup> נראה אפוא שהלכה למעשה נוהגת אצלנו הגישה הרואה בפסיקת פיצויי הסתמכות תחליף ראיתי בלבד לפסיקת פיצויי קיום. גישה זו משקפת כיום את הדין הנוהג ברוב שיטות המשפט המערביות.<sup>28</sup> כפי שיובהר להלן, זו בעיני גם הגישה הראויה.

#### 4. הדין הרצוי

##### (א) הקושי הפורמלי

לדעתי, הכרה באינטרס ההסתמכות כזכות מוקנית של הנפגע מהפרת חוזה אינה ניתנת להצדקה – לא במישור הפורמלי ואף לא במישור הענייני-המהותי. הקושי הפורמלי נעוץ בעובדה הפשוטה שבחוק התרופות, החולש על סוגיית התרופות בשל הפרת חוזה, אין כל זכר לזכותו של הנפגע לפיצויי הסתמכות. סעיף 2 לחוק, הקובע את זכות הנפגע ל"פיצויים", אינו מבהיר אומנם מה טיבם של פיצויים אלה. אלא שבאותה נשימה ההוראה מבהירה כי הזכות לפיצויים כפופה להוראותיו הרלוונטיות של החוק. הוראות אלה, ובראשן הוראות סעיפים 10 ו-13 לחוק התרופות, מבהירות כי הפיצוי בא לפצות את הנפגע על הנזק שנגרם לו "עקב ההפרה ותוצאותיה", קרי, לפצותו על נזקי ההפרה. נזקי ההפרה – נאמר, נזקי ההסתמכות על החוזה, שהם הנזקים הנובעים מעצם כריתתו – לא נאמר.

27 אסמכתות רלוונטיות מובאות אצל שלו ואדר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 57 ו-60, ה"ש 56 ו-60, בהתאמה.

28 בשיטות האנגלו-אמריקאיות, כמו גם בשיטות אירופיות אחדות (ביניהן המשפט הגרמני), הנפגע זכאי לפיצוי על הוצאות ההסתמכות שלו, אך פיצוי זה לא יעלה בשיעורו על שיעורם המוכח של פיצויי הקיום שהוא זכאי להם. במילים אחרות, זכות הנפגע לפיצויי הסתמכות טפלה לזכותו לפיצויי קיום ומוגבלת על-ידיה. ראו, למשל, בארצות-הברית: DAN B. DOBBS, LAW OF REMEDIES: DAMAGES-EQUITY-RESTITUTION 774-775 (2nd ed. 1993) (one volume abridged ed.); ובאנגליה: BREACH OF CONTRACT 66-69 (3rd ed. 2004). הגבלה דומה קבועה בס' 284 לקודקס האזרחי הגרמני, הקובע (בתרגום רשמי לאנגלית): "Instead of demanding compensation in lieu of performance, the obligee may demand reimbursement of the expenditure which he has incurred in reasonable reliance on the receipt of performance, save where the purpose of that expenditure would not have been achieved even if the obligor had not breached his duty." available at [www.iuscomp.org/gla/statutes/BGB.htm#b2s3t5st2](http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BGB.htm#b2s3t5st2).

ברם, האיך לומר כי בשתיקתו של חוק התרופות יש לראות משום חסר הטעון השלמה? שאלת סמכותו של בית המשפט האזרחי להכיר בתרופות שאינן מנויות בחוק היא שאלה גדולה, שאין זה המקום להרחיב את הדיבור בה.<sup>29</sup> לענייננו די להצביע על כך שגם אם הסמכות לפתח את הדין ולהכיר בדוקטרינה עצמאית של פיצויי הסתמכות אכן נתונה לבית המשפט, מטעמים של מהות אין מקום לעשות בה שימוש בהקשר הנך. לשון אחר: ראוי לפרש את חוק התרופות כקובע הסדר שלילי בשאלת ההכרה בזכות לפיצויי הסתמכות אוטונומיים. לביסוס טענה זו אפנה עתה.

### (ב) הקושי המהותי

הטעם העיקרי התומך במסקנה הפרשנית כי בדין התרופות אין מקום להכרה באינטרס ההסתמכות כאינטרס אוטונומי הוא שהכרה באינטרס כזה אינה מתיישבת עם המשמעות הטבעית וההגיונית שצדדים לחוזה – ובעקבותיהם גם שיטת המשפט – מייחסים לפעולה המשפטית של כריתת חוזה. במה דברים אמורים?

כריתת חוזה מעניקה לכל אחד מהצדדים זכות לתבוע מרעהו לקיים את החיובים שנטל על עצמו, בין בעין בין בשווי (כלומר, באמצעות תשלום פיצויים). אין היא מקימה לאיש מן הצדדים לחוזה זכות לתבוע מרעהו לערוב לכך שהשקעתו (של הראשון) בחוזה תישא פרי ותתברר ככדאית. אומנם, נכונותו של כל צד ליטול עליו התחייבויות בחוזה נעשית בדרך כלל מתוך ציפייה ותקווה שהעלות הכוללת הכרוכה בביצוען תהיה נמוכה מהתועלת או מההנאה שקיים החוזה על-ידי הצד האחר יצמיח לאותו צד. אלא שציפייה ותקווה אלה אינן, במקרה הטיפוסי, חלק מהקצאת הסיכונים החוזית. בהעדר הסכמה מיוחדת בחוזה עצמו, אין לגזור מעצם התחייבותו של צד לפעול בדרך מסוימת למען הצד האחר התחייבות משתמעת לערוב גם לרווחיותה של העסקה מבחינת רעהו. הסכמה ליצירת קשר חוזי אינה שקולה לחוזה ביטוח, שבו כל צד לחוזה מתחייב – במקרה של "תאונה" (קרי, עסקת-

29 השאלה נידונה לראשונה בע"א 140/73 שרם נ' גרינברג, פ"ד כט(1) 194, 196 (1973), שם הביע בית-המשפט העליון השקפה מצמצמת שלפיה בהעדר הסמכה מפורשת בחוק אין לפסוק תרופות שזכרן לא בא בחוק התרופות (באותו מקרה – פיצוי סמלי). הסוגיה לא נידונה מאז באופן מפורש, אולם בהקשרים אחרים גילה בית-המשפט נכונות להכיר – בין על-דרך הפירוש המרחיב בין על-דרך השלמת חסר – בסנקציות שזכרן לא בא בחוק. מעבר לקשיים פרשניים פנימיים, הכרה בסנקציות שאינן מעוגנות בחקיקה באופן מפורש מעוררת קושי במישור החוקתי, הן בשל הפגיעה בעקרונות החוקיות והן בשל דרישתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כי פגיעה בזכותו (של מפר זכות) לקניין ולכבוד תיעשה "בחוק... או לפי חוק". לדיון בבעיות אלה בהקשר של הכרה הלכתית אפשרית בתשלום עונשי כסנקציה על הפרת חוזה ראו יהודה אדר התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים 104–105 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2003) (להלן: אדר תשלום עונשי).

הפסד) – להחזיר לצד המפסיד את מלוא השקעתו בחוזה. הסיכוי לרווח כתוצאה מקיום החוזה, וכמוהו גם הסיכון של הפסד, מוטלים (בהעדר הסכמה נוגדת) על כל אחד מהצדדים בנפרד.<sup>30</sup> אשר על-כן, ההתקשרות בחוזה אינה מקנה לאיש מהצדדים לו תביעה לגיטימית להגנה מפני הפסד פוטנציאלי שהכניסה לעסקה עלולה להסב לו. כל שהיא מקנה לו הוא תביעה לגיטימית להגנה מפני הפסד העלול להיגרם כתוצאה מאי-עמידה בהתחייבויות (התקפות) שאותן נטל על עצמו הצד האחר, קרי, כתוצאה מהפרת החוזה.

אכן, מן הבחינה המשפטית, המשמעות המיידית והברורה ביותר של ההתקשרות בכל חוזה היא הפיכתו של אינטרס הקיום – קרי, של השאיפה למימוש פוטנציאל הרווח הגלום בעסקה – מאינטרס או מציפייה גרידא לזכאות משפטית מוגנת.<sup>31</sup> זכאות זו נובעת במישורין מן ההכרה בכוחה המחייב של ההתחייבות החוזית שכל צד נוטל על עצמו. דין התרופות משקף הכרה זו בהעניקו לנפגע מהפרת החוזה תרופות שעניינן בהגנה על אינטרס הקיום – בעיקר אכיפה ופיצוי קיום.<sup>32</sup> באמצעות תרופות אלה מבקש הדין לסלק את הנזק שהמפר הסב לנפגע באי-קיום הבטחתו החוזית, ובכך "להשיב את המצב לקדמותו".<sup>33</sup> הטלת חיוב על המפר לתקן, בעין או בכסף, את הנזק שגרמה ההפרה לנפגע מתחייבת מעצם היותו של נזק זה עוולתי, קרי, נזק שנגרם שלא כדין תוך הפרה של זכות משפטית.

שונה המצב ביחס לנזקי ההסתמכות על החוזה. ככל שניתן לראות בהסתמכות על החוזה משום נזק – והדבר אפשרי רק בחוזה הפסד<sup>34</sup> – מקורו של נזק זה הוא בכריתת החוזה, ולא

30 אחריותו של כל צד להוצאות ההסתמכות שלו זוכה בביטוי מפורש במסמך העקרונות של דין החוזים האירופי, הקובע: "Each party shall bear the costs of performance of its obligations." Principles of European Contract Law (1999), available at [frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20engelsk/engelsk\\_partI\\_og\\_II.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm) § 7:112.

31 על הבעייתיות שבשימוש במושג "ציפייה" (expectation) לתיאור מהותה של התביעה לקיום החוזה עמד בשעתו דניאל פרידמן במאמרו לעיל ה"ש 3, בעמ' 385–386. המונח החדש "אינטרס קיום", שהציע פרידמן במאמרו, הכה שורש בספרות ובפסיקה בישראל. לצד הביטוי המסורתי "אינטרס הציפייה" נעשה גם בו שימוש נרחב למדי (ראו, לדוגמה, את פסק-דינו של השופט אור בפרשת כאכון, לעיל ה"ש 10).

32 לתכלית משותפת זו של תרופת האכיפה ושל תרופת פיצויי הקיום ראו עניין מבט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 55, וכן את הדיון אצל שלו ואדר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 45–46, 282–283.

33 להרחבה בנקודה זו ראו להלן בחלק ג2.

34 בעסקת-רווח, מעצם הגדרתה, ההשקעה לעולם קטנה מהתשואה הצפויה לצמוח ממנה, ולפיכך אי-אפשר לראות בה משום "נזק" מבחינתו של הנפגע. הפרת החוזה אינה משנה עובדה זו, שכן אין היא שוללת את אינטרס הקיום של הנפגע. מסיבה זו ההנחה כי מרגע שהופר החוזה השקעתו של הנפגע "יורדת לטמיון" נראית לי מוקשית (להרחבה בנקודה זו ראו להלן בטקסט שליד ה"ש 37). טענה זו תקפה רק בחוזה-הפסד, ורק לגבי אותו חלק של

בהפרתו. אלא שכריתת החוזה – להבדיל מהפרתו בידי המפר לאחר שנכרת – אינה התנהגות עוולתית. לפיכך, אפילו גרמה הכריתה נזק לנפגע, אין כל בסיס משפטי להטיל על המפר – שפעל ללא דופי בעת כורתו את החוזה – חבות בגין כך. לנפגע לא עמדה מלכתחילה, לפני ההפרה, זכות ראשונית לתבוע את החוזר השקעתו מהצד האחר. לפיכך גם לאחר ההפרה אין עומדת לו זכות תרופתית משנית להחזר אותה השקעה. בהקשר זה ראוייה לאזכור העובדה ההיסטורית שאפילו Fuller ו-Perdue – אבותיו הרוחניים של "אינטרס ההסתמכות" ומי שהטיפו להרחבת ההכרה בו – לא דגלו בהענקת פיצויי הסתמכות לנפגע בחוזה הפסד. הם הבהירו:

"We will not in a suit for reimbursement for losses incurred in reliance on a contract knowingly put the plaintiff in a better position than he would have occupied had the contract been fully performed."<sup>35</sup>

קשיים אלה לא נעלמו מעיניו של השופט חשין בפרשת צוקים. על הקושי הפורמלי לעגן את אינטרס ההסתמכות בלשון החוק הציע השופט להתגבר באמצעות ראיית הוצאות ההסתמכות כהשקעה שעם ההפרה "יורדה לטמיון". באופן זה נוצר לכאורה חיבור סיבתי בין נזקי ההסתמכות על החוזה לבין הפרתו, שגרמה להם כביכול. ואילו במישור המהותי גרס השופט חשין כי גם אם קיים קושי בייחוס הפסדו של הנפגע למפר, הטלת החבות עליו תקדם את ההרתעה מפני הפרות חוזים, ולכן בעניין זה "ראוי הוא כי האלמנט החינוכי-המוסרי יגבר", וכי אינטרס ההסתמכות יוכר כאינטרס אוטונומי המצריך הגנה, אפילו יעניק הדבר לנפגע הגנה החורגת מאינטרס הקיום.<sup>36</sup>

לדעתי, טיעונים אלה אינם משכנעים. באשר לטיעון האנליטי-הפורמלי, הריהו, בפשטות, שגוי. בניגוד להנחת-היסוד של טיעון זה, ההשקעה של כל צד לחוזה אינה "יורדת לטמיון" עם הפרתו על-ידי הצד האחר. הטעם לכך פשוט: כריתת החוזה מבטיחה לכל צד הגנה על אינטרס הקיום שלו גם במקרה שהחוזה יופר בעתיד בידי הצד האחר. באופן זה מובטח כי כל עוד כריתת החוזה היא השקעה בעלת ערך כלכלי חיובי מבחינתו של הנפגע-

ההשקעה שקיום החוזה אין בו כדי להחזירו. אלא שכמוסבר בטקסט, לחלק זה של ההשקעה אחראי הנפגע, ולא המפר.

35 Fuller & Perdue, לעיל ה"ש 2, בעמ' 79.

36 פרשת צוקים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 76, 77. נימוקים נוספים העשויים לתמוך בזכות אוטונומית לפיצויי הסתמכות נזכרים בקיצור רב במאמרו של זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 129. הטענה כי הולך ומתפתח בפסיקה בדיני חוזים עיקרון תרופתי המציב במוקד את הרתעת המפר נזכרת – כקביעה תיאורית, ומבלי להסתמך על פסק-הדין בפרשת צוקים (אשר טרם נפסק בשעתו) – במאמרה של שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא 33, 67–69 (1991).

בכוח, יישמר ערכה של השקעה זו גם לאחר ההפרה. לעומת זאת, בעסקת-הפסד, שבה הגנה על אינטרס הקיום לא תעניק לנפגע החזר מלא של השקעתו, רכיב ההשקעה הבלתי-מפוצה יורד לטמיון מיידי עם כריתת החוזה, ולא במועד הפרתו. כך או כך, אין כל אפשרות הגיונית לראות בהפרת החוזה אירוע סיבתי המוריד לטמיון את ההשקעה החוזית.<sup>37</sup>

גם במישור המהותי סבורני כי אין בשיקול החינוכי-ההרתעתי כדי להצדיק הכרה כללית ב"אינטרס ההסתמכות" של צדדים לחוזה. ראשית, יצירה שיפוטית של דוקטרינות שבמוקדן הצורך להעניש בגין מעשי הפרה ולהרתיע מפניהם נתפסת, באורח מסורתי, כזרה לדיני התרופות בכלל ולדין התרופות בשל הפרת חוזה בפרט. הכרה בסנקציות עונשיות לבר-מפצות (extra-compensatory) במסגרתו של דין החוזים מעוררת שאלות קשות. גם כאשר ענישה אזרחית ניתנת להצדקה, נראה כי היא מחייבת הסמכה מפורשת והסדרה חקיקתית ברורה.<sup>38</sup>

שנית, גם בהנחה – המקובלת עליי – כי הפרות מסוימות עשויות להצריך החרפה של הסנקציות המוטלות על המפר, החרפה כזו חייבת להיעשות באופן רציונלי ומידתי, כלומר, תוך שמירה על זיקה עניינית בין התכלית שלשמה הסנקציה מוטלת לבין היקפה ונסיבות הטלתה. אכן, לא כל הפרה של חוזה מצדיקה גינוי מוסרי, ובוודאי לא כל הפרה מחייבת הטלת סנקציה עונשית לבר-מפצה. סנקציה עונשית ראוי שתוטל בזהירות המרבית, בהתחשב בחומרתה של ההפרה ובמכלול נסיבותיה. אין להטילה אגב אורחא, ובאופן מוסווה, באמצעות כלל משפטי גורף אשר יקנה לכל נפגע חוזי – גם כזה שבחר להתקשר בחוזה שהתברר בדיעבד כהפסדי – זכות מוקנית להחזר השקעתו החוזית.<sup>39</sup>

נסכם: אינטרס הקיום בהקשר החוזי הוא האינטרס של כל צד לממש את פוטנציאל הרווח הגלום בקיום החוזה. אינטרס זה נהפך, מעת כריתתו של חוזה, מציפייה גרידא לזכות

37 נהפוך הוא: הפרת החוזה תביא לעיתים קרובות לידי כך שהנפגע יפסיק להשקיע בחוזה הפסדי, וכך תאפשר לו, למעשה, להציל לפחות חלק מהשקעה אבודה זו. על כך עמד גם השופט מלץ בפרשת צוקים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 58.

38 ראו, באופן כללי, שלו ואדר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 31–33. לשאלת החוקתיות של פסיקת תשלום עונשי בתגובה על הפרת זכויות במשפט הפרטי ראו אדר תשלום עונשי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 103–107. יצוין כי פרק התרופות שבהצעת הקודיפיקציה כולל הוראה מפורשת המקנה לבית-המשפט סמכות לפסוק "פיצויים לדוגמה" בתגובה על הפרה שנעשתה בזדון. הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ס' 461, נגיש ב-[www.knesset.gov.il/committees/heb/~material/data/H27-12-2011\\_14-10-36\\_595.pdf](http://www.knesset.gov.il/committees/heb/~material/data/H27-12-2011_14-10-36_595.pdf).

39 לתופעות נוספות של ענישה מוסווית בדיני החוזים, ולביקורת על תופעה זו, ראו אדר תשלום עונשי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 91–101, 190–192. נעיר כי גם שיקולים של יעילות כלכלית מצביעים על הבעייתיות הטמונה בהכרה רחבה בפיצויי ההסתמכות ועל עדיפותה של הגנת הקיום, לפחות לפי הדעה הרווחת. ראו, למשל: Robert Cooter & Melvin A. Eisenberg, *Damages for Breach of Contract*, 73 CAL. L. REV. 1432, 1459–1475 (1985).

מוקנית, הזוכה בהגנת דין התרופות מפני פגיעה עוולתית בה. הגנה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בהענקת זכות לנפגע לתבוע פיצויי קיום. פיצויים אלה נועדו לתקן את הנזק העוולתי שגרמה ההפרה, וכך לפעול להשבת מצב הדברים לקדמותו, במובן של העמדת הנפגע במצב שבו היה נתון, מבחינה כלכלית, אלמלא העוולה, קרי, אלמלא הפרת החוזה.<sup>40</sup> שונים פני הדברים באשר לאינטרס ההסתמכות. אינטרס זה – המבטא את העניין של כל צד לא להינזק עקב ההשקעה בחוזה – אינו משנה את מעמדו עם כריתת החוזה. גם לאחר הכריתה אין אינטרס ההסתמכות אלא בגדר ציפייה גרידא.<sup>41</sup> אי-מימושה של ציפייה זו אינו בגדר הפרה של זכות כלשהי של הנפגע, והנזק הנובע מכך אינו נזק עוולתי. אשר על-כן, בניגוד לנזקי ההפרה, אין הנפגע זכאי לפיצוי על נזקי ההסתמכות. פסיקת פיצוי על השקעה שהשקיע הנפגע בקיום החוזה (לרבות אובדן הזדמנות שאיבד עקב כריתתו) ניתנת להצדקה אך ורק ככל שהיא נעשית כאמצעי למתן פיצוי (חלקי בלבד, לפי ההנחה) על נזקי הפרתו של החוזה, קרי, על הפגיעה באינטרס הקיום. כפי שראינו, ההצדקה לפסיקת פיצויי הסתמכות כתחליף ראייתי לפיצוי קיום נעוצה ברצון (המוצדק) להתחשב בנזק הראייתי שהסב המפר לנפגע בעצם ההפרה. זאת, באותם מקרים שבהם לאחר ההפרה נתקל הנפגע בקושי אובייקטיבי להוכיח אם החוזה היה חוזה-הפסד או חוזה-רווח מבחינתו. במקרים אלה – ורק בהם – יש הצדקה להיפוך נטל הראייה, באופן שהנפגע יוכל ליהנות מההנחה כי החוזה שכרת היה חוזה-רווח, קרי, היה עתיד להצמיח לו תועלת העולה בשיעורה על שיעור ההשקעה שהייתה נדרשת ממנו כדי להיות זכאי לאותה תועלת.<sup>42</sup>

לסיום, אזכיר יתרון חשוב נוסף של הגישה הרואה בפיצויי הסתמכות תחליף ראייתי גרידא לפיצויי הקיום, ולא תרופה המבטאת הגנה על אינטרס אוטונומי. על-פי הגישה האחרונה קשה להצדיק מתן פיצוי לנפגע בעבור הוצאות שהוציא עוד בטרם נכרת החוזה (לדוגמה, מתוך הערכה כי החוזה ייכרת בסופו של דבר). הטעם הוא שהוצאות אלה לא הוצאו בהסתמך על החוזה (שטרם נכרת), ולפיכך אין קשר סיבתי בינן לבין ההסתמכות על החוזה. לעומת זאת, במסגרת הגישה הרואה את אינטרס ההסתמכות כטפל לאינטרס הקיום,

40 על תחולתו הרחבה של עקרון ההשבה לקדמות כמשפט הפרטי, ובכלל זה בדין החוזים, ראו להלן חלק ג2.

41 ייתכן אפוא שהמושג "אינטרס ציפייה" הולם יותר את אינטרס ההסתמכות מאשר את אינטרס הקיום. בהקשר זה נזכיר את ביקורתו של פרופ' פרידמן, לעיל ה"ש 3, על המונח "אינטרס ציפייה". ראו לעיל ה"ש 31.

42 ראו גם לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 31.



אין קושי להצדיק מתן פיצוי על הוצאות טרום-חוזיות, בהיותן אך אינדיקציה ראייתית לגובהה של התועלת המשוערת (הקטנה ביותר) שהנפגע היה צפוי להפיק מקיום החוזה.<sup>43</sup>

## פרק ב: אינטרס ההסתמכות ודיני הנזיקין

### 1. פרשת זלסקי – פיצויי "הסתמכות" בגין מצג-שווא רשלני

#### (א) הרקע העובדתי

פסק-דינו של השופט אור בפרשת זלסקי<sup>44</sup> הוא מפסקי-הדין החשובים שנכתבו אצלנו בתחום התרופות בנזיקין.<sup>45</sup> הפרשה נסבה על תביעה לפיצויים בגין מצג-שווא רשלני שהציגה ועדה מקומית לתכנון ולבנייה באשר למצבו התכנוני של נכס מקרקעין. על-פי המצג שהציגה הוועדה לבעלי הנכס, מצבו התכנוני אפשר הוצאת היתר להקים על הנכס בניין שיכלול שש-עשרה דירות. התובעים, קבלנים במקצועם, רכשו את הנכס מהבעלים תמורת סכום כסף שנקבע בהסתמך על נכונות המצג (להלן: עסקת הרכישה). מאוחר יותר הוברר כי המצג בטעות יסודו. במצב התכנוני שהתקיים עובר למצג לא היה אפשר לבנות כלל על החלקה. גם מאוחר יותר – לאחר שינוי תכנוני שהוחל על הנכס – התברר כי יהיה אפשר להקים עליו בניין של שמונה דירות לכל-היותר. מכיוון שכך, ובחלוף כשלוש שנים מעסקת הרכישה, מכרו התובעים את החלקה לקבלן אחר (להלן: עסקת המכירה).

#### (ב) התביעה וגלגוליה

תביעתם של התובעים לפיצויי נזיקין בגין מצג-השווא של הוועדה המקומית נידונה בשני גלגולים. בגלגול הראשון נדחתה התביעה בבית-המשפט המחוזי, אך התקבלה בערעור.<sup>46</sup>

43 בעמדה זו תומך גם BURROWS, לעיל ה"ש 28, בעמ' 71–72. בהכללה ניתן לומר שזוהי גישתם של המשפט האנגלי ושל המשפט האמריקאי, המכירים בהוצאה טרום-חוזית לקיום החוזה כנזק בר-פיצוי. באנגליה ראו: 1 Q.B. 60 [1972] Anglia Television Ltd. v. Reed. למצב בארצות-הברית ראו DOBBS, לעיל ה"ש 28, בעמ' 772–773.

44 לעיל ה"ש 11. בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנ"א 3217/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון-לציון נ' זלסקי (פורסם בנבו, 14.8.1997).

45 על כך ניתן ללמוד, בין היתר, מהיקף ההסתמכות על פסק-הדין בפסיקה מאוחרת. פסק-הדין אוזכר עשרות פעמים בפסקי-דין של בית-המשפט העליון, ומאות פעמים בפסקי-דין של כלל הערכאות (הנתונים מבוססים על המאגרים של "תקדין" ושל "נבו").

46 ע"א 80/87 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון-לציון, פ"ד מה(4) 604 (1991) (להלן: הערעור הראשון). מפסק-הדין בערעור עולה שהתביעה נדחתה בערכאה הראשונה

לעניין גובה הנזק נקבע בערעור כי הפיצוי יהיה בשיעור ההפרש שבין התמורה ששילמו התובעים בעבור הנכס בעסקת הרכישה – ששיקפה את שווי השוק של הנכס בהסתמך על המצג שהציגה הוועדה – לבין התמורה שאותה קיבלו התובעים בעסקת המכירה, ששיקפה את שווי השוק האמיתי של הנכס באותו מועד.<sup>47</sup> דא עקא, שמשווחזר התיק לערכאה הראשונה לשם חישוב הפיצוי, הוברר כי יישום נוסחת הפיצוי האמורה מוליך למסקנה שהתובעים אינם זכאים לפיצוי כלשהו. זאת, באשר התמורה שבה זכו בעסקת המכירה עלתה, במונחים ריאליים, על זו ששילמו בעסקת הרכישה שלוש שנים קודם לכן. כך יצא שהפרש הערכים בין התמורות – הפרש ששיקף את שיעור הנזק כפי שהוגדר בערעור הראשון – היה שלילי.<sup>48</sup>

בנימוק שהוועדה לא חבה חובת זהירות קונקרטי כלפי התובעים, אשר בעת רכישת הנכס לא היו בעליו, ולכן לא היו אלה שהגישו את הבקשה לקבלתה של החלטה עקרונית בדבר קיומו של היתר בנייה (פסק-הדין לא פורסם). קביעה זו נדחתה בערעור הראשון, תוך שנקבע כי נזקו של קונה המסתמך על מצג תכנוני כוזב שנמסר לבעלים הוא נזק שוועדה מקומית יכולה – וצריכה – לצפותו כתוצאה מסתברת של המצג. שם, בעמ' 313–316.

47 אותה נוסחת פיצוי הוצעה כבר בערכאה הראשונה, למקרה שיתקבל הערעור בשאלת האחריות. הגיונה של נוסחת פיצוי זו לא נידון בפסק-הדין בערעור הראשון, למעט אזכור העמדה – שזכתה בתמיכתו של השופט בן-יאיר – כי התובעים היו כפופים לנטל הקטנת הנזק ופעלו לאורו כאשר מכרו את הנכס לאחר שנודע להם כי הוטעו (הערעור הראשון, לעיל ה"ש 46, פס' 8). עם זאת, לדעתי, אין לשלול אפשרות שנוסחת הפיצוי האמורה הוצעה על יסוד קו המחשבה הבא: מצג-השווא הרשלני של הוועדה הניע את התובעים לשלם את התמורה ששילמו על נכס שאותו לא היו רוכשים כלל אילו ידעו את מצב הדברים לאשורו. נזקם של התובעים הוא אפוא המחיר שאותו שילמו, בניכוי שוויו של הנכס שאותו קיבלו לידיהם במסגרת עסקת הרכישה, שנכרתה בהסתמך על המצג וכתוצאה ישירה שלו. אלא שאת הנכס עצמו מסרו התובעים מאוחר יותר לקונה בעסקת המכירה, בתמורה לשוויו בפועל במועד המכירה. יוצא אפוא, בחשבון הכולל, שכתוצאה מן המצג הפסידו התובעים את מחיר הרכישה, אך כנגד זאת זכו, בעקבות המצג ומה שהתרחש בעקבותיו (קרי, עליית ערך הנכס ומכירתו בידי התובעים), במחיר המכירה. נזקם הכולל של התובעים בעקבות מצג-השווא שווה אפוא, בחשבון הסופי, למחיר הרכישה בניכוי מחיר המכירה.

48 כך נקבע על-ידי השופט אילן בת"א (מחוזי ת"א) 738/89 זלסקי נ' ישראלי (לא פורסם, 12.7.1993). יושם אל לב כי קביעה שלתובע בעולת הרשלנות לא נגרם נזק שוללת לא רק את הזכות לפיצויים, כי אם גם את קיומה של האחריות עצמה. זאת, משום שסבילת נזק היא יסוד מכונן של עולת הרשלנות, אשר בהעדרו אין העולה מתקיימת. ראו ס' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266. אכן, בהעדר נזק נדחתה התביעה בערכאה הראשונה. בשולי הדברים יצוין כי מפאת תקלה במזכירות של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, הועבר התיק לארכיון לגניזה, ולא חזר לשופט קמא במשך כשנתיים. התובעים אף לא ביקשו דיון בו, שכן לנוכח ההנחיות שניתנו בערעור הראשון לחישוב הפיצוי, הם הניחו כי לא יהיו זכאים לפיצוי כלשהו. עמדתם של התובעים השתנתה כאשר התחוויר להם – בשלב מאוחר יותר – כי כחודש לפני הפסיקה בערעור הראשון בפרשת זלסקי ניתן בבית-המשפט העליון פסק-דין בתביעה נגד

בערעורם (השני) לבית-המשפט העליון טענו התובעים כי נוסחת הפיצוי שאומצה בערעור הראשון הייתה שגויה. לשיטתם, את הפיצוי מן הראוי לקבוע באחת משתי דרכים חלופיות, שכל אחת מהן מוליכה למסקנה כי התובעים זכאים לפיצוי כספי משמעותי: האחת – על-פי ההפרש בין המחיר שנקבע בעסקת הרכישה לבין המחיר שהתובעים היו משלמים באותה עסקה אילו ידעו כי יהיה אפשר להקים על הנכס רק שמונה דירות, תוך התעלמות מעסקת המכירה ומתוצאותיה (להלן: שיטת מועד הרכישה); והאחרת – על-פי ההפרש שבין שווי השוק של הנכס במועד המכירה אילו היה המצג נכון לבין התמורה ששולמה בעד הנכס בפועל באותו מועד (להלן: שיטת מועד המכירה).

### (ג) שלוש שאלות משפטיות

בפסק-דין מאלף, שניתן על דעת ההרכב כולו, בחן השופט אור שלוש סוגיות עקרוניות שניצבו לפתחו ודרשו את הכרעתו: ראשונה, ומרכזית לעניינה של רשימה זו, ניצבה שאלת המבחן הכללי הנכון לקביעת שיעור הפיצויים בתביעה בגין נזקיו של מצג רשלני; שנייה, וכרוכה בראשונה, נבחנה השאלה באיזו מידה יש להביא בחשבון, בעת קביעת שיעור הפיצוי, אירועים מאוחרים (במקרה דנן – עסקת המכירה) שהביאו בפועל לידי צמצום הנזק שסבל התובע עקב העוולה; שלישית, ולבסוף, נדרש השופט אור לשאלת סמכותו של בית-המשפט להעמיד למבחן ולבקר, במסגרת גלגול נוסף של אותה פרשה, קביעה משפטית קודמת שלו עצמו (במקרה דנן – קביעת נוסחת הפיצוי בערעור הראשון).

בכל אחת משאלות אלה קיים השופט אור דיון שיטתי, ובכל אחת מהן פיתח את הדין, הבהיר אותו, חרש בו תלמים עמוקים וחדש בו חידושים חשובים. בשאלה האחרונה, הדיונית, ציין השופט אור כי שיקולים כבדי-משקל – ביניהם סופיות הדיון, יעילות, מניעת הטרדה של בעל-דין ומניעת פגיעה ביוקרתו של בית-המשפט – תומכים כולם בהימנעות מסטייה מקביעות קודמות שנעשו במסגרת אותו הליך. אף-על-פי-כן, באותה נשימה קבע השופט כי כנגד שיקולים אלה עומדת חובתו של בית-המשפט למנוע את השתרשותו של כלל משפטי מוטעה, אשר יישומו במקרה הנידון לפניו יגרום עוול חמור לבעל-דין. הצורך

עירייה בגין מצג-שווא רשלני, שבו חושבו הפיצויים במקרה דומה על-פי נוסחה שונה. מדובר בע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102 (1991), שבו אימץ בית-המשפט (מפי השופט בן-יאיר, שכתב גם את פסק-הדין בערעור הראשון בפרשת זלסקי) אמת-מידה לפיצוי אשר הושתתה על ההנחה כי "לו החברה הייתה יודעת, ששטח הבנייה שיינתן לה יהיה מצומצם יותר, היא לא הייתה מוכנה לשלם את מחיר הרכישה שנקבע בחוזה, אלא מחיר נמוך ממנו" (שם, בעמ' 124). כלומר, בפסק-דין זה אומצה נוסחת פיצוי המתמקדת בשווי החלקה במועד הרכישה, ולא במועד מאוחר יותר. כפי שיובהר להלן, נוסחה זו היא שאומצה בסופו של דבר בערעור השני בפרשת זלסקי.

בעריכתו של איזון זה מחייב כי תישמר לבית-המשפט הסמכות לסטות מקביעותיו שלו, וזאת אפילו במסגרת אותו הליך עצמו. סמכות זו תופעל במשורה, ורק במקרים שבהם נפלה בהחלטה הקודמת טעות ברורה העלולה לגרום לאחד מבעלי-הדין אי-צדק של ממש.<sup>49</sup> בסמכות זו החליט השופט אור לעשות שימוש בנסיבות המקרה, מאחר שסבר כי בגלגול הראשון לא נערך דיון מעמיק במבחני הפיצוי, וכי באימוץ נוסחת הפיצוי שנקבעה בו גלום עוול ממשי לעניינם של המערערים, אשר זכותם המהותית לפיצוי נתקפחה לחלוטין.<sup>50</sup> גם בשתי הסוגיות המהותיות שבהן דן, חידש השופט אור חידושים חשובים והעמיד הלכה על מכונה. בשאלה השנייה, אשר לא נרחיב את הדיבור בה, קבע השופט אור, לאחר בחינה מעמיקה של המשפט המשווה באנגליה ובארצות-הברית, כי העיקרון בדבר השבת המצב לקדמותו מחייב שבפסיקת הפיצוי יובא בחשבון לא רק הנזק שסבל הניזוק כתוצאה ממעשה הניזיקין, כי אם גם התועלת שמעשה זה הצמיח לו. עם זאת, כדי שיהיה אפשר לקבוע שהעוולה אכן הצמיחה לניזוק תועלת, על התועלת לנבוע במישרין ממעשה העוולה, ולהיות קשורה אליו בקשר ענייני הדוק.<sup>51</sup> בלשונו של השופט אור:

”רק אם טובת ההנאה שהוסבה לניזוק היא המשך טבעי ומתבקש של מעשה העוולה, יש להביאה בחשבון עת שמים את גובה הנזק שנגרם לניזוק.”<sup>52</sup>

בנסיבות המקרה, שבהן המכירה המאוחרת אומנם הצמיחה לתובעים תועלת כלכלית אך נעשתה זמן רב לאחר שנודע לתובעים על מצג-השווא, פסק השופט אור כי מבחן זה אינו מתקיים. אכן, במישור העובדתי קיים קשר סיבתי בין מעשה הניזיקין (מצג-השווא של הוועדה) לבין התועלת שצמחה לתובעים בעקבותיו (בעסקת המכירה). אלא שלא מתקיים הקשר הסיבתי המשפטי הנדרש. המכירה המאוחרת לא הייתה חלק בלתי-נפרד של העסקה המקורית שנכרתה בהתבסס על העוולה. הסיכון של ירידת ערכו של הנכס, כמוהו כסיכוי של עליית ערכו, היו מוטלים – מעת שהתגלה המצג וכשל נסיונם של התובעים לבטל את עסקת הרכישה ולקבל את כספם בחזרה – לפתחם שלהם. החל במועד זה ואילך יש לראות את הנזק הכלכלי שגרם המצג כנזק שהתגבש ולבש צורה סופית. אשר על-כן, בקביעת הפיצוי בגין נזק זה אין להתחשב בתוצאותיה (החיוניות במקרה זה) של המכירה המאוחרת. זאת ועוד, בניגוד לנאמר בערעור הראשון בפרשת זלסקי, השופט אור קובע כי המכירה המאוחרת לא נעשתה כחלק מחובתם של התובעים לפעול להקטנת נזקיהם, שכן בשלב זה חובה כזו לא הייתה מוטלת עליהם כלל. בנסיבות העניין היו התובעים רשאים להמשיך

49 הדיון נמצא בפס' 17–25 לפסק-הדין בפרשת זלסקי, לעיל ה"ש 11. ראו במיוחד שם, פס' 20.  
50 שם, פס' 23.  
51 הדיון בסוגיה נערך שם, בעמ' 87–95 (מסוף פס' 10 עד סוף פס' 15 א).  
52 שם, בעמ' 90 ו-91.

להחזיק בנכס, ואף להשקיע בו, וזאת מבלי שהיה ניתן לבוא אליהם בטרוניה כי הם אינם פועלים להקטנת נזקם. לפיכך, באותה מידה אין לבוא אליהם בטרוניה כאשר החליטו למכור את הנכס. התובעים לא היו חייבים למכור את הנכס במסגרת הנטל של הקטנת הנזק, ולפיכך אין לראות במכירתו בפועל צעד של הקטנת נזק. אשר על-כן, אין גם כל אפשרות לייחס את הנזק שנמנע (ואת התועלת שצמחה) למעשה הנזיקין של הנתבעת מכוחו של נימוק זה.<sup>53</sup>

(ד) השאלה העיקרית: מהי אמת-המידה להערכת הפיצויים?

נותרה אפוא לפני השופט אור ההכרעה בשאלה הראשונה והבסיסית, היא שאלת המבחן הנכון להערכת הפיצוי על נזקי המצג הרשלני.<sup>54</sup> כזכור, בשלב זה ניצבו לפני השופט אור לפחות שלוש נוסחות פיצוי אפשריות:

1. פיצוי בשיטת מועד הרכישה, קרי, פיצוי בשיעור ההפרש, במועד הרכישה, בין מחיר הנכס ששולם על-ידי התובעים בהסתמך על המצג לבין שוויו בפועל;
  2. פיצוי בשיטת מועד המכירה, קרי, פיצוי בשיעור ההפרש, במועד המכירה, בין שוויו של הנכס אילו היה המצג נכון לבין שוויו בפועל;<sup>55</sup>
  3. פיצוי בשיטה המשלבת את מועד הרכישה ומועד המכירה, כך שהפיצוי ייקבע בשיעור ההפרש שבין המחיר ששילמו התובעים בעבור הנכס במועד הרכישה לבין המחיר ששולם להם תמורתו במועד המכירה.<sup>56</sup>
- בבואו להכריע בשאלת אמת-המידה הראויה להערכת נזקם של התובעים, פותח השופט אור בהצגה של כמה עקרונות כלליים החולשים על קביעת הפיצוי בתביעות נזיקין בכלל ובתביעות בגין מצגי-שווא רשלניים בפרט. בשלב הראשון הציב השופט אור כנקודת מוצא לדיון את העיקרון שלפיו מטרתו הכללית של הפיצוי בדיני הנזיקין היא לתקן את הנזק שנגרם על-ידי העוולה ולהשיב את מצבו של הנזוק לקדמותו. מכאן נגזרת גם נוסחת הפיצוי הכללית, המורה כי בדיני הנזיקין –

”יש לפסוק לניזוק את אותו פיצוי אשר יש בו כדי להעמידו במקום שהיה בו אלמלא נעשה כלפיו מעשה העוולה.”<sup>57</sup>

53 ראו שם, פס' 11–12.

54 הדיון מצוי שם, פס' 6–10 לפסק-הדין.

55 כמפורט לעיל, נוסחת פיצוי זו הוצעה על-ידי המערערים כדרך חלופית לנוסחה הראשונה.

56 כפי שצוין לעיל, נוסחת פיצוי זו אומצה בגלגול הראשון, ויישומה הוביל לשלילת זכאותם של

התובעים. ראו לעיל ה"ש 47–48 והטקסט שלידן.

57 פרשת זלסקי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 80.

בשלב השני עורך השופט אור מהלך מושגי מעניין – וחשוב ביותר לענייננו – בעוברו לדון בתכלית הפיצוי בנזיקין לאורו של הסיווג המשולש לאינטרסים מוגנים. לשיטתו, מטרת הפיצוי בנזיקין היא להגן על אינטרס ההסתמכות של הניזוק. בלשונו של השופט אור:

”מנקודת מבטם של האינטרסים המוגנים על-ידי דיני החיובים השונים – אינטרס ההשבה, אינטרס ההסתמכות ואינטרס הקיום – משקף כלל זה [בדבר השבת המצב לקדמותו] הגנה על אינטרס ההסתמכות של הניזוק.”<sup>58</sup>

בשלב השלישי, לאחר הקביעה כי “עקרונות אלה מוסכמים ומקובלים”,<sup>59</sup> עובר השופט אור לעיין ביתר פירוט בתכליתו של הפיצוי בגין מצג-שווא רשלני. גם בהקשר מיוחד זה, כמו בהקשר הנזיקי הכללי, הוא קובע כי האינטרס שהפיצוי נועד להגן עליו אינו אינטרס הקיום או אינטרס הציפייה, כי אם אינטרס ההסתמכות:

”בדומה לעיקרון הכללי בדיני הנזיקין, אמת-מידה שאומצה לפיצוי בגין מצג שווא רשלני מתמקדת בפיצוי הניזוק, באופן שהוא יועמד במקום שהיה בו אלמלא נעשה כלפיו מצג השווא הרשלני. אמת-מידה זו אינה מגנה על מלוא אינטרס הציפיות של הנפגע. היא אינה באה להעמיד אותו במקום שהיה בו לו היה המצג אמיתי. היא מתמקדת בהגנה על אינטרס ההסתמכות.”<sup>60</sup>

השופט אור מעיר אומנם שכאשר מצג-שווא נגוע בכוונת תרמית, שיקולי הרתעה וענישה עשויים להצדיק את אימוצה של נוסחת פיצוי מחמירה יותר מבחינתו של המזיק. זו תעניק לניזוק פיצויי קיום, כלומר, פיצוי שיעמידו במקום שבו היה צפוי לעמוד אילו התממש המצג הרשלני הלכה למעשה. דא עקא, שגישה מחמירה כזו, המקובלת בארצות-הברית, אינה מתיישבת, לשיטתו של השופט אור, עם ההנחה שמטרת הפיצוי בנזיקין אינה להעניש את המזיק או להעשיר את הניזוק מעל ומעבר לנזקו. מכל מקום, לדעת השופט אור, אין המבחן המחמיר ישים במקרה הנידון, שכן לא נטען בו כי המצג היה זדוני או מכוון.<sup>61</sup>

58 שם, בעמ' 81. השופט אור הביא בהקשר זה מדברים שנאמרו בד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 267 (1988) (להלן: פרשת אדרס), שם ציין השופט ברק כי "סעד זה עצמו [פיצוי על הפגיעה באינטרס ההסתמכות] עשוי לעתים להימצא בפיצויים שבדיני הנזיקין – מקום שהפרת החוזה מהווה גם מעשה נזיקין – שנועדו להעמיד את הניזוק במצב בו היה נתון ללא מעשה הנזיקין שבוצע בו".

59 פרשת זלסקי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 81, בפתח פס' 7.

60 שם. תימוכין לסיווג זה של הפיצוי הנזיקי בגין מצג-שווא שואב השופט אור מפסקות של בית-המשפט העליון ומדברי מלומדים, המובאים שם, בעמ' 81–82.

61 שם, פס' 9, בעמ' 84.

בשלב הרביעי והאחרון, לאורם של העקרונות שהתווה, מיישם השופט אור את הדין על נסיבות המקרה שלפניו. מסקנתו היא כי נוסחת הפיצוי הנכונה היא הראשונה מבין שתי הנוסחות שהציעו התובעים – זו שכונתה לעיל "שיטת מועד הרכישה". נוסחה זו מושתתת על ההנחה כי אילולא הוצג לפנייהם המצג הרשלני – כלומר, אילו נמסר להם מצבו התכנוני האמיתי של הנכס – היו התובעים רוכשים בכל-זאת את הנכס, אך היו משלמים עליו את שווי האמיתי, ולא את המחיר שאותו שילמו בפועל.<sup>62</sup> ההפרש בין מחיר הרכישה לבין שווי הנכס בפועל באותו מועד הוא אפוא הנזק שנגרם לתובעים בעטיו של המצג.<sup>63</sup> למען שלמות התיאור יצוין כי את סכום הפיצויים הפחית בית-המשפט בשיעור של 40% – בהתאם למה שנקבע גם בערעור הראשון – בשל אשם התורם של התובעים, שהתבטא בהסתמכותם הלא-זהירה על המצג מבלי לוודא את אמיתותו.

לעומת זאת, את נוסחת הפיצוי החלופית שהציעו התובעים ("שיטת מועד המכירה") דחה השופט אור, ובצדק. נוסחה זו מבקשת להעמיד את התובעים במקום שבו היו ניצבים אילו היה המצג נכון, כלומר, אילו רכשו – ומכרו מאוחר יותר – נכס שניתן להקים עליו בניין של שש-עשרה דירות. לשיטתו של בית-המשפט, פיצוי כזה, אילו נפסק, היה משקף הגנה על אינטרס הקיום של התובעים – הגנה אשר לדעת בית-המשפט אין הם זכאים לה.<sup>64</sup>

62 השופט אור מזכיר – שם, בעמ' 86, מול האות ד – את האפשרות ההיפותטית שהתובעים לא היו מתקשרים כלל בהסכם, אך אינו דן ביישומה של אפשרות זו על נסיבות הפרשה שלפניו. כפי שהערתי לעיל בה"ש 47, את נוסחת הפיצוי שאומצה בערעור הראשון בפרשת זלסקי ניתן לראות כמושתתת על ההנחה כי אלמלא המצג לא היה הנכס נרכש כלל על-ידי התובעים. סוגיית הבחירה בין תרחיש זה לבין התרחיש שאימץ השופט אור תידון להלן בטקסט שלידי ה"ש 65–67.

63 בהקשר זה מתמודד השופט אור עם טענה מעניינת שהעלו התובעים. התובעים טענו כי מאחר שבמועד הרכישה לא נכנסה עדיין לתוקף תוכנית המתאר שאפשרה (מאוחר יותר) להקים על החלקה בניין של שמונה דירות, יש לחשב את שווי של הנכס במועד הרכישה על בסיס הנחה בדבר העדר זכויות בנייה כלשהן בנכס. טענה זו נדחתה על-ידי השופט אור, מאחר שהוא ראה בפוטנציאל התכנוני שהיה קיים בתוכנית המתאר החדשה (אשר עובר לרכישה טרם נכנסה לתוקף) נתון בעל השפעה על שווי הנכס כבר במועד הרכישה (שם, פס' 15 ב). נעיר כי אילו התקבלה טענה זו של התובעים, הייתה מתחייבת מכך גם המסקנה כי אלמלא המצג לא היו התובעים רוכשים את הנכס כלל (שהרי לטענתם-הם היה מובהר להם בתנאים אלה כי מצבו התכנוני אינו מאפשר בנייה כלשהי). בכך היו התובעים "כורתים את הענף" (כלומר, את התרחיש ההיפותטי) שעליו הושתתה נוסחת הפיצוי שאותה ביקשו מבית-המשפט העליון לאמץ כחלופה לנוסחת הפיצוי שאומצה בערעור הראשון.

64 שם, פס' 16. כפי שיובהר להלן, דחיית התביעה החלופית מוצדקת, לשיטתנו, אך לא משום שהיא מפצה על אינטרס הקיום, אלא משום שאינטרס הקיום של התובעים (בנוזיקין) אינו מקנה להם זכאות למימושה של הבטחה (שלא ניתנה להם), אלא אך זכאות לעמוד במצב שבו היו

באשר לנוסחת הפיצוי השלישית – זו שאומצה בגלגול הראשון והתבססה על ההפרש בין מחיר הרכישה לבין מחיר המכירה – נוסחה זו נדחתה על-ידי השופט אור. הדחייה אומנם אינה מפורשת, אך היא משתמעת בבירור מקביעתו של השופט אור, שעליה עמדנו לעיל, כי בחישוב נזקם של התובעים ראוי להתעלם לחלוטין מעסקת המכירה ומהרווח שהופק בה.

אעיר כי בנקודה זו, לדעתי, הניתוח המשפטי בפסק-הדין אינו שלם לגמרי. החֶסֶר מתבטא בהעדר מאמץ מספק לפענח את הגיונה של אמת-המידה שאומצה בגלגול הראשון בפרשת זלסקי הן על-ידי ערכאת הערעור הן על-ידי הערכאה הדיונית. כפי שכבר הערתי,<sup>65</sup> נוסחת הפיצוי שאומצה בגלגול הראשון בפרשת זלסקי הושתתה ככל הנראה על ההנחה (ההיפותטית) שלפיה אילולא הוצג לפנייהם המצג המטעה, לא היו התובעים מתקשרים כלל בעסקת הרכישה (להלן: תרחיש ההימנעות מרכישה). תרחיש זה היה סביר למדי בנסיבות הפרשה, שבהן עובר לעסקת הרכישה טרם הופקדה תוכנית המתאר שהתירה, בשלב מאוחר יותר, להקים על הנכס בניין של שמונה דירות. חישוב הנזק לאורו של תרחיש היפותטי זה חייב את בית-המשפט בגלגול הראשון, כעניין הגיוני, להביא בחשבון לא רק את ההפסד שנגרם לתובעים בעסקת הרכישה (שבה התקשרו, לפי ההנחה, רק בשל העוולה), אלא גם את הרווח שצמח להם בעסקת המכירה. הטעם פשוט: אילולא התקשרו התובעים בעסקת הרכישה (וזהו התרחיש ההיפותטי שאומץ), לא היה הנכס מגיע לידיהם מעולם. פשיטא, אם כן, שאילולא הוצג לפנייהם מצג-השווא, לא יכלו התובעים להפיק את הרווח שאותו הפיקו בפועל מהחזקתו של הנכס וממכירתו מאוחר יותר. התחשבות בנזקי הרכישה תוך התעלמות מהתועלת שזו הצמיחה לתובעים פירושה הענקת מתת-חסד לתובעים, שכן פירושה מתן פיצוי לתובעים על הפסד של תועלת (המתבטאת בעליית שווי הנכס) שלא הייתה יכולה ליפול לידיהם – תחת התרחיש האמור – אלמלא מצג-השווא. לשון אחר, קיים קשר סיבתי ישיר והדוק – עובדתי ומשפטי – בין מעשה הנזיקין לבין ההתעשרות שהפיק הנזוק בעקבותיו. יתר על כן, התעלמות מהתעשרות זו הייתה מעמידה את התובעים בפרשת זלסקי במצב טוב מזה שבו היו נתונים אלמלא מעשה הנזיקין. לפיכך, לאור העקרונות שהתווה השופט אור בפרשת זלסקי עצמה, לא היה מנוס מלהתחשב בתועלת שהצמיח מצג-השווא לתובעים – תועלת שהתבטאה כאמור בקניית הנכס ובמכירתו ברווח.

ודייקו: התעלמות מרווחי המכירה והתחשבות אך ורק בהפסד המיידית שנגרם בעסקת הרכישה עצמה עשויות להיות מוצדקות בהחלט תחת התרחיש החלופי, שאומץ בערעור

עומדים אילולא הוצג לפנייהם מצג-שווא. ראו להלן בטקסט שליד ה"ש 72 ובטקסט שאחרי ה"ש 118.

65 ראו לעיל ה"ש 47.



השני על-ידי השופט אור. על-פי תרחיש זה (להלן: תרחיש הרכישה המוזלת), אלמלא מצג-השווא היה הנכס דווקא נרכש, אך במחיר נמוך מזה שבו נרכש בפועל. תחת תרחיש היפותטי זה אין כל קושי לייחס את התועלת ממכירתו המאוחרת של הנכס להתנהגותם של התובעים עצמם (להבדיל ממעשה הנזיקין), ואף לקבוע – כפי שקבע השופט אור – כי הקשר הסיבתי המשפטי בין מכירה זו לבין מעשה העוולה של הנתבעים נותק. טענתי אינה אלא שתחת התרחיש ההיפותטי שאומץ בערעור הראשון בפרשת זלסקי (תרחיש ההימנעות מרכישה) – ואשר לא נדחה מפורשות גם בערעור השני – לא היה אפשר להתעלם בחישוב הפיצויים מעסקת המכירה ומתוצאותיה החיוביות.

צפה ועולה אפוא השאלה אם צדק בית-המשפט העליון כאשר בגלגולה השני של הפרשה העדיף את התרחיש ההיפותטי שהוצע לו על-ידי המערערים – קרי, תרחיש הרכישה המוזלת – על תרחיש ההימנעות מרכישה, שאומץ (במשתמע) בגלגול הראשון. כשלעצמי, נראה לי כי התשובה חיובית, אך זאת לא משום שאמת-המידה שיושמה בערעור הראשון הייתה שגויה. כמבואר, אמת-מידה זו הייתה סבירה והגיונית בהחלט, תחת התרחיש ההיפותטי שאומץ שם.<sup>66</sup> ההצדקה לקבלת הערעור השני הייתה, לדעתי, אחרת: במקרה של ספק עובדתי לגבי התרחיש ההיפותטי שהיה מתממש אלמלא העוולה, זכאי התובע-הנעוול שבית-המשפט יכריע בשאלת הנזק על-פי התרחיש המיטיב עימו ביותר (כל עוד מדובר בתרחיש סביר). בררה זו של הנפגע ניתנת להצדקה באמצעות הרעיון של "נזק ראייתי": נזק כזה גרם הנתבע בעצם מעשה הנזיקין, שהרי מעשה זה הוא שיצר את הצורך בשחזור מהלך האירועים ההיפותטי שהיה מתרחש אלמלא העוולה. כאשר אין לדעת איזה מהתרחישים ההיפותטיים מסתבר יותר, רשאי התובע-הנעוול ליהנות מן ההנחה שאלמלא העוולה הוא היה בוחר לפעול באותו אופן אשר התברר בדיעבד כאופן הפדאי יותר מבחינתו.<sup>67</sup>

66 אם כי נראה שבית-המשפט בערעור הראשון אכן נקט מינוח מטעה כאשר קבע כי על התובעים חלה החובה להקטין את נזקם על-ידי מכירת הנכס. כפי שהסביר השופט אור, בצדק, לא חלה על התובעים כל חובה למכור את הנכס, והם היו רשאים להחזיקו בידיהם (וכך גם ליטול את הסיכון של ירידת ערכו). תחת תרחיש ההימנעות מרכישה (שאותו הצעתי לראות כעומד ביסוד הפסיקה בגלגול הראשון), ההתחשבות במכירה המאוחרת אינה נובעת מכך שזו נעשתה במסגרת החובה להקטין את הנזק, אלא משום שכללי הפיצוי מחייבים התחשבות בתועלת שהצמיח מעשה העוולה (וזאת גם כאשר תועלת זו צמחה בפועל מפעולה של הנזוק, אשר מימשה – כפי שקרה בפרשת זלסקי – את פוטנציאל הרווח שבו זכו התובעים עקב העוולה). זאת, כל עוד לא הופרכה הנחה זו על-ידי המזיק-המעוול. במובן זה, הכלל המתיר לניזוק לבחור את התרחיש המועדף עליו דומה, ברציונל שלו, לכלל המתיר פסיקת פיצוי הסתמכות כתחליף ראייתי לפסיקת פיצויי קיום שחשוב שיעורם הנכון סוכל בשל הפרת החוזה. ראו לעיל ה"ש 24 והטקסט הסמוך לה.

העילה ה"נכונה" לקבלת הערעור השני בפרשת זלסקי לא הייתה נעוצה אפוא בטעות שיפוטית של ערכאת הערעור הראשונה בבחירתה של נוסחת הפיצוי או ביישומה העקיב על נסיבות המקרה. ההצדקה האמיתית להתערבות הייתה טמונה, לשיטתי, בתחושתו המוצדקת של השופט אור כי מן הראוי לאפשר לתובעים – לאחר שהוברר (רק בגלגול השני) כי הם אינם זכאים לפיצוי לפי תרחיש ההימנעות מרכישה – להציג לפני בית-המשפט תרחיש היפותטי חלופי וסביר (תרחיש הרכישה המוזלת) אשר מיטיב עימם יותר מבחינת היקף זכאותם לפיצויים.

## 2. הסתמכות בדיני הנזיקין – אינטרס מוגן או פטה מורגנה?

### (א) הערה לתכלית הדיון

מתיאור הרבדים השונים שעליהם מיוסד פסק-דינו המאלף של השופט אור בפרשת זלסקי עולה בבירור תרומתו החשובה של פסק-הדין לעיצובה השיפוטי של תורת הפיצויים בכלל ושל תורת הפיצוי בגין מצגי-שווא בפרט. בד בבד הפסק מעיד על הידע העצום, הכישרון האנליטי וחוש הצדק המפותח של השופט אור.

בחלק זה ברצוני לבחון בעין ביקורתית היבט אחד ויחיד של פסק-הדין, הנוגע במישרין במושאה של רשימה זו. כוונתי לשימוש שנעשה במסגרת פסק-הדין במושג "אינטרס הסתמכות" ולזיהוי ההגנה עליו כתכלית הפיצוי בנזיקין. כמפורט לעיל, בין הקביעות הכלליות שהקדים השופט אור לדיון בשאלת הפיצויים הייתה הקביעה כי תכלית הפיצוי בנזיקין בכלל, ובתביעות בגין מצגי-שווא בפרט, היא הגנה על אינטרס ההסתמכות של הניזוק. קביעה זו עולה בקנה אחד עם אמירות דומות שהושמעו בעבר בפסיקה ובספרות המשפטית. כך, לדוגמה, בפרשת אדרס המפורסמת הזכיר השופט ברק את הסיווג המשולש לאינטרסים, וציין כי –

"...סעד זה עצמו [פיצויי הסתמכות] עשוי לעתים להימצא בפיצויים שבדיני הנזיקין... שנועדו להעמיד את הניזוק במצב בו היה נתון ללא מעשה הנזיקין שבוצע בו."<sup>68</sup>

גישה דומה רווחת גם בספרות המשפטית. כאן מושמעת לא אחת העמדה שלפיה –

68 פרשת אדרס, לעיל ה"ש 58, בעמ' 267. דברים אלה הובאו בהסכמה מפי השופט אור בפרשת זלסקי, לצד מובאה נוספת מדבריו של השופט בן-יאיר בעניין רוטברד, לעיל ה"ש 48, בעמ' 118, שבהם הודגשה ההבחנה בין ההגנה הנזיקית על אינטרס ההסתמכות לבין ההגנה החוזית על אינטרס הציפייה.

“פיצוי ההסתמכות הוא גם הפיצוי הנוהג בדיני הנזיקין. הוא נועד להחזיר את התובע למצב בו היה אלמלא בוצעה העוולה... לעומת זאת, הפיצוי הנוהג בדיני חוזים הוא פיצוי הקיום או פיצוי חיובי.”<sup>69</sup>

בשורות הבאות אבקש לקרוא תיגר על ההקבלה הרווחת בין “אינטרס ההסתמכות” לבין האינטרס המוגן על-ידי הפיצויים בנזיקין, ולהצביע על הקשיים שהקבלה זו מעוררת. הדיון יפתח בניסיון להבין את משמעות המושג “אינטרס ההסתמכות” בהקשר הנזיקי. בירור זה יעלה, בשלב הראשון, כי המשמעות המיוחסת למושג אינה דומה לזו המיוחסת למושג “אינטרס ההסתמכות” בהקשר החוזי. בהמשך ייבחנו שלושה מובנים שיוחסו למושג “אינטרס ההסתמכות” בפסיקה ובספרות של דיני הנזיקין, ויובהר הקושי הכרוך בשימוש בכל אחד מהם. לבסוף, על רקע הקשיים הכרוכים בכל אחד מהשימושים האמורים, תוצע בפרק הבא (פרק ג) טרמינולוגיה חדשה ומועילה יותר לתיאור האינטרס המוגן של הנזיקין בדיני הנזיקין.

ראוי להדגיש כי הטיעון הביקורתי שיפותח בהמשכה של רשימה זו, אף שהוא מופנה נגד השימוש הרווח במושג “הסתמכות” בהקשר הנזיקי (שימוש שיש לו ביטוי מובהק בפרשת זלסקי), אינו בא לבקר את מבחני הפיצוי הקונקרטיים אשר הוצגו ופותחו בפסק-דין של השופט אור. כפי שהובהר בסעיף הקודם, ההכרעה הקונקרטית שאליה הגיע בית-המשפט נראית לי נכונה ומוצדקת לגופה. יתרה מזו, כעולה מניתוח הפסיקה בפרשת זלסקי, מבחני הפיצוי המהותיים שעליהם השתית השופט אור את פסיקתו נראים לי מבחנים נכונים ומאוזנים, אשר נוסחו בדיוקנות ויושמו בהקפדה על עובדות המקרה. הטענה אינה אלא שהדיון בפרשת זלסקי לא רק שלא היה נפגם אילו נעדר ממנו האפיון של האינטרס המרכזי המוגן בדיני הפיצויים בנזיקין כ-“אינטרס ההסתמכות”, אלא שאף היה יוצא נשכר מכך.

69 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 622 (1991), וראו באופן דומה שם, בעמ' 524–526: “חשוב להדגיש כי הסעד שמציעים דיני הנזיקין שונה מהסעד של דיני החוזים... הפיצוי של דיני החוזים משקף את האינטרס של קיום החוזה, בעוד שזה של דיני הנזיקין – את אינטרס ההסתמכות.” השו"ע עדה בר-שירה התרמית 38–39 (מסדרת דיני הנזיקין – העוולות השונות, ג' טדסקי עורך, מהדורה שנייה מאת יפעת הולצמן-גזית, 1995): “לפי הכללים המסורתיים של דיני הנזיקין, הערכת הפיצויים נעשית באופן שמיועד להחזיר את הנזיקין למצב בו היה אלמלא בוצעה כלפיו העוולה. פיצויים אלו מכונים פיצויי ההסתמכות להבדיל מפיצויי קיום.” הבחנות אלה מקובלות גם על מלומדים מחוץ לישראל. לדוגמה, מחבר אחד הסביר את המשך האהדה לאינטרס ההסתמכות בספרות של דיני החוזים בכך שהוא נחזה כדומה לאינטרס המוגן בנזיקין: “Why, then, does the reliance interest have continuing appeal? One explanation... [is that] the reliance interest... seems apt to some because it resembles tort remedies... Tort is perceived as the realm of reliance recoveries.” Michael B. Kelly, *The Phantom Reliance Interest in Tort Damages*, 38 SAN DIEGO L. REV. 169, 170 (2001).

## (ב) הסתמכות בנוזיקין אינה הסתמכות על הבטחה

בבואנו לבחון את שאלת מעמדו של אינטרס ההסתמכות בדיני הנוזיקין, עלינו לעמוד תחילה על טיבו ומשמעותו של אינטרס זה. מהו אינטרס ההסתמכות בדמותו ה"נוזיקית"? מהי אותה "הסתמכות" נזיקית שעליה, כביכול, בא הפיצוי בנוזיקין לפצות?

מסתבר שבשאלה זו קשה למצוא דיון סדור בספרות ובפסיקה – לא רק בישראל, אלא אף מחוץ לה.<sup>70</sup> הניתוח המקובל, הרואה בהסתמכות אינטרס הזוכה בהגנתם של דיני הנוזיקין, מתבסס בדרך-כלל על אינטואיציות או הנחות יותר מאשר על הסברים שיטתיים. מהן הנחות אלה, ומהו התוכן המדויק המיוחס במסגרתן למושג "אינטרס ההסתמכות"? נקודת מוצא טבעית ומתבקשת לחקירתה של שאלה זו מצויה בהגדרתו המסורתית של האינטרס כפי שעוצבה בהקשר החוזי. נשאלת השאלה באיזו מידה הגדרה זו ישימה בגדרם של דיני הנוזיקין. כפי שראינו, בדיני החוזים – שם הורתו ולידתו של אינטרס ההסתמכות – מושג זה מציין את העניין שיש לצד לחוזה לא להינזק כתוצאה מהסתמכותו שלו על החוזה שכרת.<sup>71</sup> אם נפרט מעט יותר, התרחיש החוזי הטיפוסי העומד ברקע התביעה לפיצויי הסתמכות הוא כזה:

- הנפגע התקשר בחוזה שבמסגרתו קיבל הבטחה מחייבת מאת הצד שכנגד.
  - הנפגע פעל בהסתמך על ההבטחה וקיים את חלקו (באופן מלא או חלקי), תוך שהוא משקיע לשם כך השקעות שונות (לרבות ויתור על הזדמנות להפקת רווח בעסקה חלופית).
  - הצד שכנגד הפר את ההבטחה.
  - הנפגע מבקש פיצוי על השקעותיו בחוזה – פיצויי הסתמכות.
- באיזו מידה, אם בכלל, תיאור זה של אינטרס ההסתמכות ישים בהקשר הנוזיקי? לפחות על פני הדברים, נקל לראות את הקושי בעריכת השוואה או הקבלה בין התרחיש החוזי לבין זה העומד ברקעה של התביעה הנוזיקית. בהקשר החוזי אינטרס ההסתמכות מושתת על קיומה של הבטחה או התחייבות מצידו של הנתבע – התחייבות שעליה הסתמך התובע, תוך שהוא משנה את מצבו לרעה בהשוואה למצב שבו היה נתון אילולא כרת את החוזה. בהקשר הנוזיקי הטיפוסי, לעומת זאת, אין כל קשר של הבטחה או התחייבות בין התובע-הניזוק לבין הנתבע-המזיק. האחריות בנוזיקין אינה מותנית בדרך-כלל בקיומה או בהפרתה של הבטחה רצונית שנתן המעוול לתובע. אם הבטחה אינה בנמצא, פשיטא שהסתמכות על הבטחה אף היא אינה קיימת. אמרו מעתה: במצב ה"נוזיקי" הטיפוסי, שבו לא קדמה לביצוע העוולה

70 לדיון נדיר ראו את מאמרו של Kelly, שם, המנתח ביסודיות את השאלה ומגיע למסקנות אשר תואמות בעיקרן את אלה שלנו.

71 ראו לעיל בטקסט שאחרי ה"ש 41, וכן את ההגדרות בפסיקה המאוזכרת בה"ש 1.

הבטחה כלשהי של המזיק לניזוק, אין כל אפשרות מושגית לראות בפיצוי הנפסק לניזוק תרופה הבאה להגן על "אינטרס ההסתמכות" שלו, לפחות במובן המיוחד למושג זה בהקשר החוזי.

מסקנה זו, שיפה היא לגבי תביעות נזיקין בכלל, תקפה גם ביחס לתביעות בגין מצג רשלני, דוגמת התביעה שנידונה בפרשת זלסקי. גם כאן אין התובע טוען כי הנתבע הבטיח לו דבר-מה או התחייב לעשות בעבורו דבר-מה. בהתאם לכך, אין התובע יכול, כעניין הגיוני, לטעון כי הסתמך על אותה הבטחה וכי הוא מבקש פיצוי על נזקי ההסתמכות שלו עליה.<sup>72</sup> הנה כי כן, גם בתביעות נזיקין המושתתות על מצג-שווא אין הפיצוי יכול, מבחינה מושגית, להיחשב פיצוי על פגיעה באינטרס ההסתמכות, לפחות לא על-פי מובנו המסורתי, המקורי, של מושג זה.<sup>73</sup>

יתרה מכך, גם במקרים שבהם קדמה לעוולה שביצע המזיק הבטחה חוזית שנתן הלה לניזוק – מקרים שכאמור אינם התסריט ה"נזיקי" הטיפוסי – לא יאה זה נכון לקבוע כי הפיצוי בנזיקין נועד להגן על אינטרס ההסתמכות של הניזוק. הטעם לכך פשוט: גם במצבים אלה אין התביעה בנזיקין מושתתת על נתינתה של ההבטחה או על הפרתה של ההבטחה החוזית. אכן, הדין עוקב אחרי היגיון זה: אין הוא מעניק לתובע בנזיקין פיצוי בהתאם לשיעור הסתמכותו על החוזה.

דברים אלה נכונים בוודאי כאשר אין מתקיימת חפיפה עובדתית בין עילת התביעה החוזית לבין העילה הנזיקית, כגון כאשר קונה מפר את חובתו לשלם למוכר ולאחר-מכן (או קודם לכן) גם מרמה את המוכר. במקרים אלה קיומה של העילה החוזית נפרד לחלוטין מהעילה שבנזיקין. אשר על-כן, גם הפיצוי בנזיקין נקבע על-פי נזקי העוולה, בלא תלות כלשהי בהיקף ההסתמכות של הניזוק על ההבטחה או בשיעור הנזק שנבע מהפרתה. אולם המסקנה בדבר העדר הרלוונטיות של הסתמכות הניזוק על הבטחת המזיק נכונה אפילו מתקיימת חפיפה עובדתית מלאה בין העילה החוזית לבין העילה הנזיקית, קרי, כאשר ההתנהגות המהווה הפרה של החוזה מצמיחה לנפגע, כשהיא לעצמה, גם עילה נזיקית מקבילה. קטגוריה חשובה בהקשר זה היא התרשלות בביצוע שירות או עבודה שניתנו מכוח

72 מאותו טעם אין התובע זכאי לפיצוי על הפרתה של ההבטחה (שלא ניתנה כלל ועיקר). מסיבה זו נדחתה, בצדק רב, טענתם החלופית של התובעים בפרשת זלסקי, שלפיה הם זכאים לפיצוי בשיעור שישקף את שוויו של המגרש אילו היה אפשר לבנות עליו שש-עשרה דירות, כלומר, אילו התממש המצג שהוצג לפנייהם. ראו לעיל בטקסט שליד ה"ש 64.

73 לדיון ב"הסתמכות" במובן של הסתמכות על מצג, להבדיל מהסתמכות על הבטחה, ראו להלן בחלק ב(2)(ג)3.

חווה.<sup>74</sup> כאשר ההתרשלות במתן השירות גרמה למזמין נזק, שיטת המשפט מכירה עקרונית בקיומה של עילה נזיקית ברשלנות לצידה של העילה החוזית.<sup>75</sup> במצבים אלה הפרתה של ההבטחה החוזית היא המעשה המהווה את הפרתה של החובה בנוזיקין. האם במקרה זה ניתן לומר כי הפיצוי הניתן בתביעה הנזיקית בא להגן על אינטרס ההסתמכות של הניזוק? נקל לראות כי התשובה לשאלה זו חייבת להיות שלילית. במסגרת תביעה לפיצויים בגין קיום רשלני של חווה אין הפיצוי נקבע לפי שיעורה של ההשקעה שהשקיע הנפגע בחווה (פיצויי הסתמכות), אלא לפי שיעור ההפסד (הממוני והלא-ממוני) שנגרם לו עקב כך שהנתבע לא סיפק לו את השירות באיכות המובטחת (פיצויי קיום). הניזוק מ"התרשלות חוזית" כזו אינו זכאי אפוא להגנה על אינטרס ההסתמכות שלו, וזאת בין שתבע בעילה חוזית על יסוד מחדלו מלקיים את החווה כנדרש ובין שתבע בנוזיקין בגין קיומו הרשלני של החווה.

טל, לדוגמה, התרשלות במתן טיפול רפואי מכוח חווה שבין רופא למטופל. כאשר הטיפול הרשלני גרם למטופל נזק, אין קובעים את הפיצוי על-פי הסכומים שהמטופל שילם לרופא בהסתמך על החווה (פיצויי הסתמכות), כי אם על-פי ההפסד שגרם הטיפול הרשלני. שיעורו של הנזק תלוי בשאלה מהו תוכנו המדויק של החיוב החוזי שנטל על עצמו הרופא. אם החיוב הוא אך להימנע מהתרשלות שתדרדר את מצבו של המטופל – מבלי לערוב לשיפור במצבו בעקבות הטיפול – כ-אז ייקבע הפיצוי בשיעור ההפרש (במונחים כספיים) בין מצבו של המטופל אלמלא ההתרשלות לבין מצבו בעקבותיה. לעומת זאת, אם ניתן לייחס לרופא גם הבטחה להביא לידי שיפור במצבו הרפואי של המטופל, ייקבע הפיצוי על-פי ההפרש בין מצבו של המטופל בעקבות ההתרשלות לבין המצב שבו היה נתון אילו הצליח הטיפול הרפואי כמובטח.<sup>76</sup>

74 זאת, להבדיל ממחדל טהור ומוחלט מלקיים התחייבות חוזית, אשר במשפטנו אינו מקים אחריות בנוזיקין. לעניין זה ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 69, בעמ' 86, המזכירים כי "הכלל הבסיסי הוא שאי קיום הבטחה איננו מהווה עוולה בנוזיקין".

75 הכרה זו אינה אוניברסלית. לדוגמה, במשפט הצרפתי נוהג העיקרון הידוע של "non-comul", השולל את זכותו של צד לחווה להסתמך, במקביל לעילה החוזית, גם על עילה נזיקית שהפרת החווה מקימה לו לכאורה. לסקירה מאירת-עיניים של העמדות השונות בסוגיה זו, תוך שימת דגש במשפט הצרפתי ובמשפט הגרמני, ראו רנה סנילביץ תרופות בשל הפרת חווה במשפט הקונטיננטלי 137–148 (1997). לעיון מקיף בסוגיה של אחריות מקבילה ראו: Tony Weir, *Complex Liabilities, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW vol. 11 (Torts), ch. 12 (N.Y. 1983)*.

76 דוגמה מפורסמת שבה יושמה אמת-מידה מרחיבה זו היא פרשת Hawkins v. McGee, 84 N.H. 114 (1914), שם הבטיח רופא לסלק בניתוח צלקת מכווערת מכף-ידו של התובע, אלא שבפועל החמיר הניתוח את מצבה של היד. בית-המשפט התלבט בין פיצוי התובע על ההרעה שחלה במצבה של כף-היד לבין פיצוי המתחשב גם באובדן השיפור המובטח. לבסוף נבחרה

סוף דבר, האמירה שלפיה בתביעת הנזיקין הטיפוסית תרופת הפיצויים מגינה על אינטרס ההסתמכות היא שגויה, לפחות ככל שהדברים אמורים באינטרס ההסתמכות במובנו המסורתי. אם כן, כיצד ניתן לתרץ או להסביר את הקישור הרווח בין אינטרס ההסתמכות לבין דיני הנזיקין? באיזה מובן, אם בכלל, ניתן לראות באינטרס ההסתמכות אינטרס מוגן בדיני הנזיקין? בסעיפים הבאים אבחנו תשובות אפשריות לשאלה זו.

(ג) הסתמכות בנזיקין – על מה ואימתי?

(1) "הסתמכות" כסבילת חסרון-כיס

בספרות הושמעה הדעה כי "אינטרס ההסתמכות" הוא אינטרס כללי הזוכה בהכרה רחבה במשפט – לא רק בדין החוזים, אלא גם בדיני הנזיקין, ואף בתחומים נוספים. טענה זו מושתתת על הנחה מובלעת שלפיה אינטרס ההסתמכות עשוי להיווצר – ולהצדיק הגנה – גם בהעדרה של הבטחה חוזית, ובלבד שניתן להצביע על "הסתמכות" של התובע.<sup>77</sup> ברם, מה טיבה המשותף של ה"הסתמכות" בענפי המשפט השונים? תשובה אחת שניתנה לשאלה זו היא כי "אינטרס ההסתמכות" ייווצר כל אימת שאדם משנה את מצבו לרעה מתוך ההסתמכות סבירה על אירוע כלשהו, כך שההסתמכות הסבה לו חסרון-כיס. אינטרס ההסתמכות בא לשמר את מצבו של התובע כפי שהיה עובר למועד ההסתמכות, וזאת במטרה לנטרל את חסרון-הכיס שסבל התובע עקב אותה ההסתמכות. מאפיין זה, לפי הטענה, משמש גם מאפיין מבדיל בין אינטרס ההסתמכות, מחד גיסא, לבין אינטרס הציפייה או הקיום, מאידך גיסא:

החלופה האחרונה, שכן הרופא הבטיח במפורש שיפור במצבה של כף-היד (כלומר, נטל על עצמו "חייב תוצאה", להבדיל מ"חייב השתדלות"). לא למותר לציין כי האפשרות של פסיקת פיצויי ההסתמכות בשיעור ההוצאות שהוציא התובע בהסתמך על החוזה אפילו לא נשקלה. דוגמה אחרת ניתן להביא מתחום היחסים שבין עורך-דין ללקוחו. כאשר עורך-הדין המופקד על ליווי עסקה מתרשל, והתרשלותו מביאה לידי אובדן רווח שהיה צפוי ללקוח מקיום העסקה, עורך-הדין עשוי לחוב בפיצויים על הפסד הרווח, וזאת בין בנזיקין ובין מכוחה של עילה שעניינה בהפרת החוזה (חוזה השליחות) בין עורך-הדין לבין לקוחו. פיצוי כזה נפסק בע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטיל, פ"ד נא(4) 769, פס' 16–23 (1997) (אם כי תוך ההסתמכות בעיקר על העילה הנזיקית). על החשש של טעות ביישום אמת-המידה הנכונה לפיצוי במצבים שבהם קיימת עילה מקבילה בחוזים ובנזיקין נעמוד לקראת סופה של הרשימה, בטקסט שאחרי ה"ש 118.

77 תזה כזו מועלית במאמרה של ברק-ארז "הגנת ההסתמכות", לעיל ה"ש 5, במיוחד בעמ' 24–29. לשימוש במושגים "הסתמכות" ו"ציפייה" במשפט הציבורי ראו לעיל ה"ש 5.

בעוד הראשון נועד לפצות את המסתמך על חסרון-הכיס שלו, האחרון עניינו בשיפור מצבו ובהעמדתו במצב טוב מזה שבו היה נתון עובר לרגע שבו נוצרה ההסתמכות.<sup>78</sup> על-פי קו מחשבה זה, שיש לו בסיס מסוים גם בפסק-הדין בפרשת זלסקי, ביצוע מעשה עולה בניזיקין גורם לניזוק "נוק ממשי" במובן של חסרון-כיס.<sup>79</sup> זאת, במובחן מהפרת חוזה השוללת מהנפגע את אובדן הרווח הגלום בקיומה של ההבטחה. הפיצוי הנזיקי – כמו פיצוי ההסתמכות הנפסק בחוזים – מפצה את הנפגע-הניזוק על הפגיעה ב"אינטרס השלילי" שלו, קרי, שאיפתו שמצבת הנכסים שהייתה בידו עובר למעשה הנזיקין לא תיגרע. במובן זה פיצוי הנזיקין שקולים לפיצויי ההסתמכות. נימוק זה לראיית דין הנזיקין כמעניק הגנה לאינטרס ההסתמכות הוא בעייתי ביותר, לדעתי. ראשית, בין התופעה של סבילת נזק ממשי לבין התופעה של "הסתמכות" על הזולת יש פער סמנטי משמעותי. הדיבור "הסתמכות" משמיע, בדרך-כלל, פעולה של אדם על יסוד היגר או התנהגות של זולתו המניעים את המסתמך לפעולה.<sup>80</sup> סבילת חסרון-כיס, לעומת זאת, אינה טעונה הסתמכות, ועשויה לנבוע מפעולה ישירה של המזיק (כגון התרשלות שגרמה תאונה או ביצוע של עוולה בזדון). השימוש במושג "הסתמכות" לציון סבילתו של חסרון-כיס אינו מתיישב אפוא עם המשמעות המיוחסת לו בלשון המשפטית הרגילה. קל וחומר שאין שימוש זה דומה לשימוש הרווח הנעשה במושג "הסתמכות" בספרות של דיני החוזים. הפירוש המוצע בעייתי אפוא מן הטעם שהוא יוצק תוכן חדש ושונה למושג

78 הסבר כזה מופיע במאמרה של ברק-ארוז "הגנת הציפייה", לעיל ה"ש" 5, בעמ' 212: "בהקשר החוזי, אינטרס ההסתמכות משקף את חסרון-הכיס של הנפגע מהפרת חוזה כתוצאה מן ההסתמכות על ההתחייבות... ההגנה על אינטרס ההסתמכות מתמקדת בשמירה על הקיים, ואילו עניינו של אינטרס הציפייה הוא בסיכוי לשיפור ביחס אליו." ראו גם שם, בעמ' 215: "דיני הנזיקין מתייחדים בכך שבניגוד לדיני החוזים, הם מכירים בזכותו של הנפגע לפיצוי רק בשיעור הנזק הממשי שנגרם לו, דהיינו בהתאם לחסרון-הכיס שלו." השוו לדבריו של מלומד אמריקאי אשר בחיבורו, העוסק בתרופות, נזכרת הנטייה הרווחת: "...to think of the reliance interest as the interest in recovering out-of-pocket losses, and of the expectancy interest as the interest in receiving the benefit of the bargain". ראו: DOUGLAS LAYCOCK, MODERN AMERICAN REMEDIES: CASES AND MATERIALS 42 (3rd ed. 2002).

79 ראו את דבריו של השופט אור בפרשת זלסקי, לעיל ה"ש" 11, פס' 8: "מטרתם של הפיצויים בדיני הנזיקין היא, רגיל, לפצות את הנפגע על נזקו הממשי. אמת-המידה, המגוננת על אינטרס ההסתמכות, מבטיחה השגת תכלית זו" (ההדגשה הוספה).

80 Reliance: "Dependence or trust by a person, esp. when combined with action based on that dependence or trust" – BLACK'S LAW DICTIONARY (9th ed. 2009); "Acting upon another's statement of alleged fact, claim, or promise" – THE FREE DICTIONARY, legal-dictionary.thefreedictionary.com/reliance



“הסתמכות” המוכר, וכך יוצר האחדה מושגית של שתי תופעות – הסתמכות מזה וסבילת חסרון-כיס מזה – שאין ביניהן זהות או אפילו קרבה סמנטית בדרגה מספקת. ברם, השימוש במושג “הסתמכות” לתיאור סבילתו של חסרון-כיס מעורר בעיה נוספת, קשה עוד יותר. כאמור, תכליתו העיקרית של שימוש רווח זה היא להבליט את הדמיון הקיים בין פיצויי ההסתמכות החוזיים לבין פיצויי הנזיקין, מזה, ואת השוני שבין שני סוגי פיצוי אלה לבין פיצויי הקיום החוזיים, מזה. דא עקא, שהשוואה זו, על שני פניה, היא השוואה מטעה, לדעתי. היא מיוסדת על שתי הנחות מובלעות: האחת – שפיצויי ההסתמכות החוזיים אינם מפצים אלא על חסרון-כיס; והאחרת – שהפיצוי הטיפוסי בנזיקין משתרע אף הוא על חסרון-כיס בלבד, ומכאן הדמיון בינו לבין פיצוי ההסתמכות החוזי. דא עקא, ששתי ההנחות האלה, אף שהן מושרשות למדי בתודעה המשפטית,<sup>81</sup> שגויות בעליל. באשר להנחה הראשונה, כמבואר לעיל, הגדרתו של אינטרס ההסתמכות בתחום החוזי השתרעה מאז ומעולם (קרי, כבר במאמרם של Fuller ו-Perdue<sup>82</sup>) לא רק על נזקי ההסתמכות המבטאים חסרון-כיס, כי אם גם על נזק הנובע מאובדן הזדמנות להפקת רווח בעתיד (במסגרת עסקה חלופית).<sup>83</sup> ואילו באשר להנחה השנייה, בפועל הפיצויים בדיני הנזיקין משתרעים הן על חסרון-כיס שסבל התובע (“נזק מיוחד”) והן על אובדן הכנסה או תועלת אחרת שהנפגע היה צפוי להפיק בעתיד אלמלא העוולה (“נזק כללי”). כך לא במקרים נדירים בלבד, כי אם בכל תביעה טיפוסית.<sup>84</sup>

81 ראו, לדוגמה, את הניסוח הבעייתי המופיע במאמרה של ברק-ארז “הגנת הציפייה”, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 215, תוך הסתמכות על פסק-הדין בפרשת זלסקי: “דיני הנזיקין מתייחדים בכך שבניגוד לדיני החוזים, הם מכירים בזכותו של הנפגע לפיצוי רק בשיעור הנזק הממשי שנגרם לו, דהיינו בהתאם לחסרון-הכיס שלו.” הבעייתיות בדברים אלה מוסברת בטקסט שלהלן.

82 Fuller & Perdue, לעיל ה”ש 2.

83 ראו לעיל ה”ש 19 והטקסט הסמוך לה. כמוכן, לעיתים קרובות האינטרס נתפס, בטעות, כמוגבל להוצאות בפועל שהוציא הנפגע בהסתמך על החוזה. אלא שאין מדובר בהגדרה עקרונית, אלא בשגיאה רווחת הנובעת מכך שבפועל פסיקת פיצוי על אובדן הזדמנות, בהיותה ספקולטיבית יותר, היא נדירה בהשוואה לפסיקת פיצוי על הוצאות שהוצאו בפועל.

84 לדוגמה, ראש-הנזק החשוב ביותר כמעט בכל תביעה על נזקי גוף הוא “אובדן השתכרות”. ראש-נזק זה משתרע על אובדן השתכרות בעבר ועל אובדן השתכרות בעתיד (“אובדן כושר השתכרות”) גם-יחד. להבחנה בין נזק כללי לבין נזק מיוחד ראו, באופן כללי, שלו ואדר, לעיל ה”ש 15, בעמ’ 318–320. ראו גם יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 167–169 (מהדורה שנייה, גר טדסקי עורך, התשל”ז). לביקורת מאלפת על ההבחנה המושגית בין חסרון-כיס לבין אובדן רווח, ולסכנות הטמונות בניסיון לייחס לה חשיבות רבה מדי בדיני הפיצויים, ראו את מאמרו של גר טדסקי “על ההבחנה בין ‘חסרון-כיס’ ל‘מינעת רווח’” מחקרים במשפטנו הפרטי 107 (התשי”ח).

הניסיון לדמות את הפיצוי הנפסק בתביעות נזיקין לפיצויי ההסתמכות החוזיים ולהבדילם אגב כך מפיצויי הקיום החוזיים, וזאת על יסוד אפיונם של הראשונים כ"פיצוי על חסרון-כיס", ראוי אפוא לביקורת. השימוש במושג "הסתמכות" בהקשר הנזיקי, יותר משהוא עשוי להאיר את המציאות המשפטית, עלול לערפל אותה לא לצורך. יתר על כן, טרמינולוגיית ההסתמכות עלולה לתרום להשתרשותן של הנחות שגויות בדבר אופיו והיקפו של הפיצוי בחוזים ובנזיקין.

(2) "הסתמכות" כציפייה להימנעות הזולת מגרימת נזק בעוולה

בסעיף זה אבקש להציע פירוש אחר, מרחיב עוד יותר, למושג "הסתמכות". על-פי פירוש זה, דיני הנזיקין מגינים על אינטרס ההסתמכות במובן זה שתכליתם לאפשר לכל אזרח להסתמך על ההגנה שהם פורשים. ביתר פירוט, תכליתם של דיני הנזיקין היא לאפשר לכל יחיד לפעול מתוך הסתמכות על ההנחה כי האינטרסים המוגנים שלו (שלמות הגוף, הרכוש וכולי) יכובדו על-ידי הזולת, וכי פגיעה בהם תקנה לו זכות לתרופה. אם כך הדבר – האין דיני הנזיקין משמשים בראש ובראשונה להגנה על אינטרס ההסתמכות?<sup>85</sup>

היתרון הטקטי בפירוש זה, מבחינתם של אלה המבקשים לעגן את אינטרס ההסתמכות בדיני הנזיקין, ניכר מייד: בכוחו להציג את דיני הנזיקין כולם – ולא רק מגזר מיוחד כזה או אחר שלהם – כביטוי לשאיפה להגן על אינטרס ההסתמכות. זאת ועוד, מבחינה מילולית-סמנטית יש להודות כי השימוש במושג "הסתמכות" לפי הפירוש המוצע הוא טבעי יותר מאשר לפי הפירוש שנבחן בסעיף הקודם (הסתמכות כחסרון-כיס). אף-על-פי-כן, סבורני שהשימוש במושג "הסתמכות" באופן האמור אינו מועיל, ואין בו כדי לבסס את הטענה כי דיני הנזיקין מתייחדים בהגנה על אינטרס ההסתמכות דווקא.

ראשית, הפירוש המוצע שונה באופן דרמטי מהפירוש הרווח של המושג, כפי שהתפתח בספרות של דיני החוזים, בכמה מישורים: במישור אחד, אין קושי לראות שמושג ההסתמכות שונה לחלוטין בשני ההקשרים שבהם נעשה שימוש במושג;<sup>86</sup> במישור שני,

85 בפירוש זה לא מצאתי דיון של ממש בספרות המשפטית או בפסיקה. יוצא-דופן הוא Kelly, אשר במאמרו, לעיל ה"ש 69, בעמ' 176–177, בחן את האפשרות ליישם את אינטרס ההסתמכות במקרה הטיפוסי של התרשלות של נהג שגרמה נזק להולך-רגל על-ידי הצגת הולך-הרגל כמי שפעל, לפני התאונה, תוך "הסתמכות" על כך שהנהג ינהג כחוק. על הצעה זו המחבר משיב כי אין היא תורמת לדיון, שכן באותה מידה ניתן לדבר על "ציפייה" של הולך-הרגל לקיום כללי הנהיגה על-ידי הנהג, כך שאמת-המידה של "הסתמכות" (reliance) מתלכדת עם זו של "ציפייה" (expectation).

86 בהקשרו המסורתי, החוזי, מושא ההסתמכות הוא הבטחה קונקרטית – מפורשת או משתמעת – שהנתבע הפנה אל התובע, כלומר, אירוע עובדתי ממשי (הבטחה לפעול). במסגרת הפירוש הנבחן כאן, לעומת זאת, אין פנייה קונקרטית של הנתבע אל התובע, ולכן גם אין הסתמכות

ההסתמכות החוזית (על הבטחה) היא הסתמכות מודעת ונקודתית, בעוד ה"הסתמכות" על ההגנה של דין הנזיקין היא כללית ומיוחסת (ולכן, במובן מסוים, אינה אלא פיקציה);<sup>87</sup> לבסוף, "אינטרס ההסתמכות" החוזי מבטא ציפייה ורצון לזכות בסעד אופרטיבי בעל אופי קונקרטי ("פיצויי הסתמכות"), בשעה ש"אינטרס ההסתמכות" הנזיקי, במובן המיוחס לו כאן, אינו מוחל בשלב התרופתי, אלא במישור של הזכות הראשונית. בניגוד למושג "הסתמכות" המקובל, אין ללמוד מ"אינטרס ההסתמכות הכללי" על אופייה הקונקרטי של ההגנה שתינתן למי שפעל ב"הסתמך" על ההגנה הנורמטיבית של דיני הנזיקין ואשר הסתמכותו נכזבה.

קיים אפוא פער סמנטי של ממש בין מובן מיוחס זה של "אינטרס ההסתמכות" הנזיקי לבין המובן המקורי של המושג. פער זה גדול מכדי שיהיה אפשר להפיק תועלת של ממש מ"תרגום" הזכויות שמקנה דין הנזיקין ל"אינטרס ההסתמכות", ומעריכת הקבלה בין אינטרס זה לבין אינטרס ההסתמכות החוזי.

האחדה מושגית של הזכות הכללית (המוגנת) להגנת דיני הנזיקין עם האינטרס (הבלתי-מוגן) של צד לחוזה לזכות בפיצויי הסתמכות במקרה של הפרה אינה תורמת דבר להבהרת הדין הנוהג – לא בתחום החוזים ואף לא בתחום הנזיקין. חמור מכך, האחדה כזו עלולה לגרור אחריה את ההיסק המוטעה שלפיו מאחר שאינטרס ההסתמכות (במובן המוצע, הרחב והמופשט) זוכה בהגנה בדיני הנזיקין, כך חייב להיות יחסה של שיטת המשפט גם כלפי אינטרס ההסתמכות החוזי (במובנו המסורתי, הצר והקונקרטי).<sup>88</sup> דא עקא, שראייה כזו, כמבואר לעיל, אינה מתיישבת לא עם הדין הנוהג ואף לא עם הדין הרצוי בהקשר החוזי. ייחוס תכלית של "הגנה על הסתמכות" לדיני הנזיקין במובן המתואר הוא בעייתי גם מזווית אחרת. כוונתי לכך שהדבר עלול לתרום לבידולם העיוני של דיני הנזיקין, המגינים כביכול על אינטרס ההסתמכות, מדיני החוזים, הנתפסים כמתייחדים בהגנה המובהקת שהם מעניקים לאינטרס הקיום (או הציפייה). דא עקא, שהבדל עיוני זה הוא מיומר בלבד: בפועל הן דיני הנזיקין והן דיני החוזים (ולמעשה כל שאר ענפיו של המשפט הפרטי) מגינים על

כלשהי של התובע על מצג או על התנהגות של הנתבע. ה"הסתמכות" המיוחסת כאן לתובע הנזיקי אינה על אירוע או פעולה קונקרטיים שנעשו על יסוד היצג עובדתי קונקרטי, אלא על מציאות משפטית מופשטת.

87 זוהי הסתמכות במובן של פעולה על יסוד הנחה כללית של התובע כי הוא חי ופועל במציאות שבה שיטת המשפט מגינה על אינטרסים מסוימים שלו ומצפה מיתר בני החברה לכבדם. "אינטרס ההסתמכות" כאן אינו אלא העניין הכללי שיש לכל אדם בהגנה על זכויותיו – עניין שדיני הנזיקין מכירים בו כראוי להגנה, בקובעם תרופות וסנקציות על ביצוען של עוולות בנזיקין.

88 הניסיון להפריך היסק זה הוא ההגנעה (המוטיווציה) העיקרית שעמדה לנגד עיניו של Kelly במאמרו, לעיל ה"ש 69.

"אינטרס ההסתמכות" במובן הרחב והמופשט שתואר לעיל. אכן, ממש כשם שהנעוול- בכוח זכאי להגנה מפני הנזק הכרוך בהפרת הזכויות שדיני הנזיקין מעניקים לו, כך גם הנפגע- בכוח מהפרת חוזה זכאי להגנה מפני הנזק הכרוך בהפרת זכויותיו החוזיות. לכן, אם יאומץ המושג "הסתמכות" במובן רחב זה, יהיה מן ההכרח הלוגי להחילו באופן שווה גם לצורך תיאור האינטרס הטיפוסי המוגן בדיני החוזים. דא עקא, ששינוי כזה אינו רצוי לא רק משום שהמושג "קיום" כבר מושרש בשיח המשפטי, אלא בעיקר משום שהוא משרד בצורה חזקה וברורה יותר את מובנו של האינטרס המופשט הנידון כאן. זאת, בשעה שלמושג "הסתמכות" מיוחסת בדרך-כלל משמעות טכנית וצרה יותר. לפיכך נראה לי שהשימוש במושג "קיום" עדיף על השימוש במושג "הסתמכות" גם לתיאורו של "אינטרס ההסתמכות הכללי" במובן שנבחן כאן.<sup>89</sup>

### (3) "הסתמכות" כשינוי מצב לרעה בהסתמך על מצג-שווא

עד כה עסקתי בביקורת ההנחה שלפיה האינטרס הטיפוסי שעליו מגינים דיני הנזיקין הוא אינטרס ההסתמכות. בסעיף זה אבקש להתמודד עם טענה צנועה בהרבה, המבקשת לייחס את ההגנה על אינטרס ההסתמכות לא לדין הנזיקין בכללותו, כי אם למגזר אחד ומיוחד שלו – זה של דיני המצגים. אכן, בספרות המשפטית ניתן לעיתים למצוא הודאה מפורשת בכך שאינטרס ההסתמכות היה באורח מסורתי לא-רלוונטי במסגרתם של דיני הנזיקין.<sup>90</sup> עם זאת, הטענה היא שבמגזר האחריות בגין היצגים כוזבים הפיצוי הנזיקי אכן מגן במובהק על אינטרס ההסתמכות של הניזוק.<sup>91</sup>

יש להודות כי בהקשר של דיני המצג ניכר דמיון רב בין הסתמכותו של הנפגע מהפרת חוזה על הבטחת המפר לבין ההסתמכות המיוחסת לניזוק בנזיקין. הדמיון מתבטא בכך שגם בדיני המצג שבנזיקין, כמו בדיני ההבטחה שבחוזים, התרחיש האופייני המוליך להטלת האחריות כולל כמה מאפיינים משותפים:

- התנהגות הנתבע מגלמת הצהרה כלשהי (הבטחה או מצג) כלפי התובע.
- התובע מסתמך על הצהרה (ההבטחה או המצג) ופועל בהתאם.

89 אכן, בחלק 4 מוצע לכנות כך את האינטרס המוגן בנזיקין.

90 "במתכונתם זו [המסורתית] ההסתמכות לא היתה מוכרת בהם [בדיני הנזיקין] כאינטרס מוגן. במילים אחרות, בפגיעות גוף ורכוש] ההגנה על אינטרס ההסתמכות לא היתה רלבנטית". ברוק-ארז "הגנת ההסתמכות", לעיל ה"ש 5, בעמ' 25.

91 "...התפתחותם של דיני הנזיקין יצרה מעגל מתרחב והולך של הגנה על ההסתמכות... בעיקר בדיני... האחריות בגין מצגים כוזבים." שם. נזכיר שגם בפרשת זלסקי נעשה אזכורו של אינטרס ההסתמכות כתכלית של הפיצוי בנזיקין על רקע תביעה בגין מצג-שווא רשלני.

• הפעולה בהסתמך על ההצהרה (ההבטחה או המצג) גורמת לתובע נזק (ודייקו: לא בהכרח חסרון-כיס!), שבגיננו הוא מבקש להיפרע פיצויים מהנתבע. אומנם, בדיני המצג שבנזיקין מושאה של ההסתמכות שונה ממושאה של ההסתמכות החוזית: לא הבטחה שנתן הנתבע לתובע היא המושא להסתמכותו של האחרון, אלא אמירה אחרת של הנתבע, המתארת לפני התובע מצב דברים שאינו מתקיים במציאות. עם זאת, למרות הברל חשוב זה, ניתן לחוש בקרבה שבין המצבים: בשניהם קודמת להטלת האחריות הסתמכות אמיתית – וסבירה – של התובע על הצהרה של הנתבע שהופנתה אליו.<sup>92</sup> מבחינה זו ניתן לכאורה לזהות דמיון מושגי ברור בין אינטרס ההסתמכות החוזי לבין אינטרס ההסתמכות בהקשר של דיני המצג בנזיקין: בשני המקרים ניתן להגדיר את אינטרס ההסתמכות כעניין שיש לתובע (בחוזים או בנזיקין, לפי העניין) לא להינזק עקב הסתמכותו על הצהרה של זולתו. דמיון אנליטי זה הוא המסביר, לדעתי, את השתרשותה של העמדה האקדמית המקובלת – שזכתה בעיגון מפורש בפרשת זלסקי – כי האינטרס שהפיצוי בדיני המצגים מגן עליו הוא אינטרס ההסתמכות.

אף-על-פי-כן סבורני כי שימוש זה במושג "הסתמכות", אפילו בהקשר המצומצם של דיני המצג, הוא בעייתי. לדעתי, דיני הנזיקין אינם מכירים – אפילו לא בגדריהם של דיני המצגים – באינטרס ההסתמכות כאינטרס מוגן. כדי להבין זאת עלינו לשוב להגדרתו של אינטרס ההסתמכות. כזכור, הגדרנו אינטרס זה כעניין שיש לתובע המסתמך על הצהרת הזולת – תהא זו הבטחה (בהקשר החוזי) או מצג עובדתי (בהקשר הנזיקי) – לא להינזק עקב הסתמכותו (הסבירה) על ההצהרה. דא עקא, שאינטרס זה אינו זוכה בהגנה או בריצוי מלאים לא במסגרת דיני החוזים ואף לא במסגרת דיני המצג שבנזיקין. באשר להקשר החוזי – כפי שראינו, בעצם נתינתה של הבטחה לתובע, להבדיל מהפרתה לאחר-מכן, אין משום התנהגות עוולתית כלשהי של המבטיח המפרה את זכויות

92 הדרישה כי ההסתמכות על המצג תהיה סבירה מעוגנת היטב בהלכה שהתגבשה בדיני המצג הרשלני. הלכה זו דורשת, כתנאי להטלת חבות על מציג המצג הכוזב, כי לא היה לו יסוד סביר להניח שהניצג יבדוק את דבריו בטרם יסתמך עליהם. במילים אחרות, על ההסתמכות להיות צפויה מנקודת-מבטו של המציג, וסבירה מנקודת-מבטו של המסתמך. ראו, לדוגמה, ע"א American Microsystems Inc. 790/81 נ' אלביט מחשבים בע"מ, פ"ד (2) 785, 796 – 797 (1985). מעניין שבדיני החוזים הדרישה להסתמכות סבירה על הבטחה חוזית אינה נידונה תמיד במושגים אלה, אך היא מקופלת בעצם הדרישה לגמירת-דעת. מבחנה של זו הוא מבחן אובייקטיבי המבקש לברר אם הבעת הרצון של צד להתקשרות הייתה כזו שהצד האחר היה יכול, כאדם סביר, להניח לגביה כי היא משקפת את גמירת-הדעת (הסובייקטיבית) של חברו. ע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט, פ"ד מז(1) 357, 364–365 (1993); ע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון בראשי, פ"ד (2) 582, 596–597 (1998). כלומר, בשני ההקשרים השאלה המכרעת היא קיומה של הסתמכות סבירה על הצהרת הזולת.

הנבטח. אשר על-כן ההסתמכות על הבטחה חוזית, אפילו היא מסתברת בדיעבד כמזיקה לעניינו של הנבטח, אינה נזק עוולתי שהמבטיח מחויב לפצות עליו במלואו.<sup>93</sup> הוא הדין בנוזיקין. גם כאן, במסגרתם של דיני המצג, אין בעצם ההסתמכות על מצגו של הזולת כדי להטיל על המציג חבות לנזק שסבל הניצג. נדרש כי המצג עצמו יוצג שלא כדין, כלומר, שהצגת המצג תבטא התנהגות עוולתית מצידו של המציג. אכן, דיני המצג מטילים אחריות לנזקי ההסתמכות על המציג לא משום שמעשהו יצר ההסתמכות של מאן דהוא, אלא משום שמעשהו היה מעשה עוולתי, קרי, מעשה שמבחינתם של דיני הנוזיקין היה אסור לעשותו.<sup>94</sup> אכן, דין הנוזיקין אינו מכיר בזכות לפיצויי ההסתמכות בכל מקרה של ההסתמכות על מצג, אלא רק במקרים של מצג רשלני (או זדוני ומכוון), שנעשה תוך הפרתה של חובת הזהירות שהמציג חב לניצג. תובע המסתמך על מצג שאינו עוולתי – אפילו הוא מצג-שווא – לא יזכה בפיצוי כלשהו בגין נזקי ההסתמכות על המצג. "אינטרס ההסתמכות" של תובע כזה – קרי האינטרס שלו לא להינזק עקב ההסתמכות על המצג, אפילו היא ההסתמכות סבירה – ייוותר מחוסר הגנה.<sup>95</sup>

עינינו הרואות כי מה שנחזה כמתן הכרה רשמית של דין הנוזיקין לאינטרס ההסתמכות אינו אלא ריצוי מקרי, נקודתי ואגבי, של אינטרס זה. אינטרס ההסתמכות זוכה בריצוי בדיני המצג לא משום שהוא מוכר כערך עצמאי המצדיק הגנה בפני עצמו, אלא משום שפסיקת פיצוי בשיעורה של ההסתמכות הניזוק משרתת מטרה אחרת: הטבת הנזק שהתנהגותו העוולתית של הנתבע גרמה לתובע. תכלית זו – ולא הרצון להגן על אינטרס ההסתמכות של התובע כשהוא לעצמו – היא-היא המצדיקה הכרה בזכותו של הניצג לפיצוי בגין נזקי ההסתמכות על המצג. אמרו מעתה: אפילו בנגזרת הצרה של דיני המצג שבנוזיקין אין הדין

93 ראו לעיל חלק א3, בטקסט הסמוך לה"ש 23–24.

94 ההתעלמות מעובדה זו היא למעשה הטעות היסודית ביותר של Fuller ו-Perdue במאמרם, לעיל ה"ש 2. המאמר כולו מבוסס על אינטואיציה בסיסית המוצגת בראשיתו, שלפיה אינטרס ההסתמכות מבטא שאיפה להשלטת צדק מתקן, ולכן התביעה להגנה עליו מציגה טיעון חזק יותר מאשר התביעה להגנה על הציפייה החוזית (expectation), המבטאת עיקרון של צדק חלוקתי (שם, בעמ' 56). טענה זו שגויה, שכן תחולתו של עקרון הצדק המתקן מותנית ביכולת לייחס את נזקו של התובע למעשה עוולה של הנתבע – במקרה זה הפרת החוזה. פיצויי הקיום מקיימים דרישה זו, בעוד דווקא עקרון ההסתמכות, המבקש להגן על הנפגע מהפרת החוזה מפני נזקים שאי-אפשר לייחסם להפרה, מעורר קושי בהיבט זה. לביקורת נוקבת ברוח זו על Ernest J. Weinrib, *Punishment and Disgorgement as Contract*: גם Fuller ו-Perdue ראו גם: *Remedies*, 78 U. CHI.-KENT L. REV. 55, 62–79 (2003).

95 כפי שכבר צוין, מצג כוזב לא יקים אחריות בנוזיקין אלא אם כן הניצג היה רשאי להסתמך עליו והמציג היה חייב לפצות ההסתמכות כזו. ראו לעיל בה"ש 92.

מעניק הגנה מלאה ושלמה לאינטרס ההסתמכות, אלא רק הגנה אגבית ועקיפה, הניתנת במצבים שבהם ההסתמכות נבעה ממצג עולתי.

עולה מן המקובץ כי השימוש במושג "אינטרס ההסתמכות" לתיאור הזכות המוגנת בדיני המצג הוא מטעה, וראוי להימנע ממנו. בנויקין, כמו בדין החוזים, עצם הסתמכותו של אדם על הצהרת זולתו, תהא זו הבטחה או מצג, אין בה כשלעצמה כדי להקים לו עילה משפטית לתבוע פיצויים בגין נזקי הסתמכותו על אותה הצהרה. עילה כזו מותנית ביכולת לייחס את נזקי ההסתמכות על ההצהרה להתנהגות עולתית מצידו של הנתבע (הפרת חוזה או הפרת חובת זהירות שבנויקין, לפי העניין). כל אימת שייחוס כזה אינו אפשרי, ייוותר אינטרס ההסתמכות של המסתמך על היגד הזולת בלתי-מסופק וחסר הגנה. כך בדיני החוזים, כך בדיני המצג שבנויקין, וכך גם בהקשרים נוספים שבהם נזקי ההסתמכות על הצהרת הזולת מוכרים כנזקים בני-פיצוי.<sup>96</sup>

לבסוף, אציין שהניסיון לייחס לדיני המצגים תכלית של הגנה על אינטרס ההסתמכות מעורר גם את שאלת היחס בין תכלית מיוחסת זו לבין התכלית הכללית המיוחסת לפיצויי הנזיקין מחוץ לגדריהם של דיני המצגים. ביתר פירוט, אם מניחים – כפי שמניח הטיעון שנבחן בסעיף זה – כי אינטרס ההסתמכות אינו האינטרס המוגן בדרך-כלל בדיני הנזיקין, וכי הוא זוכה בהגנה רק בהקשר המצומצם של דיני המצג, כי-אז צפה ועולה השאלה מהו האינטרס שדיני הנזיקין מגינים עליו בדרך-כלל. שאלה זו מחייבת מענה ברור, אשר בדרך-כלל אינו ניתן על-ידי מי שמעלים את הטיעון הנידון.<sup>97</sup>

#### (ד) סיכום-ביניים

מהדיון שקיימנו בחלק זה עולות כמה מסקנות. ראשית, הובהר כי במובנו המסורתי הצר, כפי שפותח בספרות של דיני החוזים, אין אינטרס ההסתמכות זוכה בהגנה כלשהי בדיני הנזיקין. שנית, טענתי כי הנסיונות לבסס את ההכרה באינטרס ההסתמכות באמצעות

96 ניתן להדגים טענה זו בהקשר של הסתמכות על הבטחה או על מצג של רשות ציבורית. ככלל, נזקיה של הסתמכות כזו אינם בני-פיצוי אלא אם כן ניתן לייחסם להתנהגות עולתית של הרשות הציבורית, העולה כדי הפרת זכותו של האזרח. הסוגיה נידונה בהרחבה במאמרה של ברק-ארז "הגנת ההסתמכות", לעיל ה"ש 5, המסכמת את הדיון בקובעה כי "להבדיל מתחום דיני-החוזים, אין לומר שהגנת ההסתמכות היא מטרה של המשפט המינהלי" (שם, בעמ' 69). נכונותו של הסיפא (להבדיל מהרישא השגוי, לשיטתנו) מודגמת היטב בעמ' 8183/03 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מועצה אזורית הגולן (פורסם בנבו, 22.8.2010), שם נשללה זכותה של חברת החשמל לפיצויים כלשהם (ולו פיצויי "הסתמכות" בלבד) בגין ביטולו של חוזה-רשות שהבטיח לה תעריפי ארנונה משופרים.

97 תשובתנו שלנו לשאלה זו תוצג להלן בחלק 4ג.

פירושים מרחיבים שלו – בין כאינטרס של הניזוק לקבל פיצוי על חסרון-כיס שגרמה העוולה ובין כאינטרס שלו ליהנות מהגנתם הכוללת של דיני הנזיקין – הם נסיונות בעייתיים. נסיונות אלה כרוכים במהלכים פרשניים המפקיעים את המושג "הסתמכות" מתוכנו הטבעי (בלשון) והמוכר (בספרות). אימוצן של פרשנויות אלה אינו תורם להבנת התכליות של דין החוזים או של דיני הנזיקין, ואף עלול להטעות.

שלישית ולבסוף, ראינו כי אין לקבל אפילו את הטיעון המסויג יותר, המגביל את תחולתו של אינטרס ההסתמכות בנזיקין למסגרתם של דיני המצגים. אף שבמקרה זה קבלת הטיעון אינה כרוכה בשינוי סמנטי משמעותי של המושג "הסתמכות" המקורי, הטיעון עצמו שגוי, בהיותו מבוסס על "טעות אופטית". טעות זו מזהה את ההכרה בזכות לפיצוי בגין נזקי ההסתמכות על המצג במסגרת דיני המצגים עם הכרה באינטרס ההסתמכות כאינטרס עצמאי מוגן של זה המסתמך על הצהרת הזולת. זאת, בשעה שבפועל ההגנה ניתנת לא בשל עצם ההסתמכות על המצג, אלא בשל היותו מצג עוולתי, ורק בנסיבות שבהן ניתן להוכיח כי כך הדבר.

המסקנה כי ההסתמכות על הבטחה או מצג אינה אמת-מידה עצמאית-מהותית לקביעת זכויות תרופתיות בדיני הנזיקין אינה צריכה להפתיע איש. אכן, היקש מדויק מתחום החוזים לתחום הנזיקין היה צריך להוביל למסקנה כי במקום לפצות על נזקי העוולה, על פיצוי ההסתמכות בנזיקין לשאוף להעמדת הניזוק היכן שהיה עומד אילו לא נוצרה מלכתחילה חובת הזהירות כלפיו! אמת-מידה כזו, המבקשת להחזיר את הניזוק למצבו בטרם היה רשאי להסתמך על קיומה של חובה זו, משקפת את האנלוגיה הנכונה מפיצוי ההסתמכות החוזיים, המבקשים להעמיד את הנפגע היכן שהיה עומד אילו לא נכרת החוזה ואילו לא בא לעולם החיוב החוזי שהופר.<sup>98</sup> אין קושי לראות שהכפפת תרופותיו של בעל הזכות למבחן כזה, המבקש להחזירו למצב שבו היה אילו לא נוצרה זכותו הראשונית, היא מוזרה ביותר ונטולת כל היגיון משפטי. זאת, הן מנקודת-מבטו של התובע הן מנקודת-המבט החברתית-הציבורית.<sup>99</sup>

98 על כך שזו האנלוגיה המתבקשת כאשר באים ליישם בדיני הנזיקין את אינטרס ההסתמכות כהגדרתו בספרות של דיני החוזים עמד Kelly, לעיל ה"ש 69, בעמ' 180: "The question [where would the plaintiff be if the defendant had no duty to stop at the stop sign]... is precisely analogous to the reliance interest, which asks where the plaintiff would be if the defendant never assumed a duty to perform a contract by not making the promise in the first place"

99 עמד על כך Kelly, אשר העיר כי אימוץ מבחן של פיצויי הסתמכות בנזיקין (באנלוגיה הנכונה מדיני החוזים): "...redefines the conduct we deem wrongful, the breach of promise, as 'rightful, by removing, counterfactually, any duty to perform the promise'". שם.



## פרק ג: מהו האינטרס המוגן בדיני הנזיקין?

### 1. הערה מקדימה

הדיון בפרק הקודם הוליך למסקנה כי השימוש הרווח במושג "אינטרס ההסתמכות" לתיאור האינטרס של הניזוק בנזיקין הוא שימוש בעייתי ובלתי-רצוי. מסקנה זו מציפה מייד את השאלה המתבקשת: מהו, אם כן, האינטרס המוגן בדיני הנזיקין? ביתר פירוט, הניתן בכלל להסתייע במשולש האינטרסים מבית-מדרשם של Fuller ו-Perdue כדי לתאר באופן מועיל את תכליתן של התרופות על עולות בנזיקין?<sup>100</sup>

בשורות הבאות אבקש להציע תשובה פשוטה וחיובית לשאלה זו: האינטרס המוגן בדיני הנזיקין אינו אלא אינטרס הקיום (או הציפייה), המוכר מימים ימימה כאינטרס עיקרי במסגרתם של דיני החוזים. המושג "קיום" – ולא המושג "הסתמכות" – הוא לדעתי המושג המשקף בצורה הטובה ביותר הן את מהותה של הזכות הראשונית שדיני הנזיקין מגינים עליה מראש והן את מהותה של הזכות התרופתית שהם מעניקים לניזוק בדיעבד, לאחר העולה.

אני ער לכך שתזהו זו מנוגדת לקו מחשבה מושרש, אשר מייחס את ההגנה על אינטרס הקיום (הציפייה) לדין החוזים באורח בלעדי, ורואה בה מאפיין המייחד אותו ומבדילו מדין הנזיקין.<sup>101</sup> יתר על כן, דומה שלא נטעה אם נאמר כי בקרב משפטנים רבים רווחת ההנחה שמטרת הפיצויים בחוזים שונה בהיבטים חשובים ממטרתם בנזיקין. בנזיקין, כך מקובל לתאר, מטרת הפיצויים היא להשיב את מצבו של הנפגע לקדמותו, ולהעמידו היכן שהיה נתון ערב העולה.<sup>102</sup> הפיצויים נועדו כביכול להחזיר את הנפגע אחורה בזמן. מבין שלושת

100 שאלת האינטרסים המוגנים בדיני הנזיקין אינה זוכה בדרך-כלל בדיון מעמיק בספרות המשפטית. יוצא-דופן הוא מאמרו הנ"ל של Kelly, לעיל ה"ש 69. במאמר זה Kelly מבקר את המוסכמה הרווחת שלפיה אינטרס ההסתמכות מוצא אחיזה ברורה בדיני הנזיקין, ובעקבות כך גם את הסברה כי ההכרה בו בתחום הנזיקין צריכה לגרור הכרה מקבילה בתחום החוזים. מסקנותיו של Kelly עולות בקנה אחד עם הניתוח הביקורתי הנערך ברשימה זו.

101 ראו, לדוגמה, את האסמכתות המובאות לעיל בה"ש 58 ו-60. השוו לדבריו של השופט ברק בפרשת אדרס, לעיל ה"ש 58, פס' 12: "בצד הסעדים שנועדו להגן על 'אינטרס ההסתמכות' קיימים סעדים, שנועדו להגן על אינטרס הציפייה (expectation interest) ... סעדים אלה ניתנים, בראש ובראשונה, במסגרת דיני החוזים, המפצים על אינטרס הציפייה של הצד הנפגע." השוו, בספרות האמריקאית: "The conventional wisdom is that expectancy damages are recoverable only in contract, not in tort". ראו LAYCOCK, לעיל ה"ש 78, בעמ' 55.

102 "מטרתו של הפיצוי בנזיקין היא, כידוע, השבת המצב לקדמותו, היינו העמדתו של הניזוק במצב בו היה טרם קרות הנזק." דבריו של הנשיא שמגר בע"א 930/90 עיריית נתניה נ' צימרמן, פס' 4 (פורסם בנבו, 1992). ראו עוד ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד (3) 772, 762 (1982): "העיקרון, שעל-פיו נפסקים פיצויים בנזיקין, ידוע ומקובל. זהו העיקרון של השבת

האינטרסים המוגנים, תיאור זה הולם – כך מקובל להניח – את אינטרס ההסתמכות. בדיני החוזים, לעומת זאת, הסברה הרווחת מייחסת לפיצויים מטרה שונה: תכליתם היא להצמיד את הנפגע כביכול קדימה בזמן ולהעמידו במצב שבו היה צפוי לעמוד אילו קיים החוזה, ובכך להגן על אינטרס הקיום (או הציפייה).<sup>103</sup>

קו מחשבה זה ותמונת המציאות שהוא מציג הם שגויים מיסודם, לדעתי. מקור המשגה נעוץ במחדל לזהות את הדמיון האנליטי הברור המתקיים בין מאפייני הפיצוי הנפסק בתגובה על הפרת חוזה לבין מאפייניו של הפיצוי הנזיקי הנפסק בגין מעשי עוולה. כפי שיובהר להלן, הדמיון האנליטי האמור מתבטא בשלושה מאפיינים משותפים לפיצוי בחוזים ובנזיקין: תכלית הפיצוי, אמת-המידה שעל-פיה נקבע שיעורו, והאינטרס המוגן על-ידי הזכות לפיצויים.

## 2. תכלית הפיצוי: הטבת נזק ו"השבה לקדמות"

נפתח במטרתו של הפיצוי. מטרה זו – בחוזים, בנזיקין, ולמעשה גם בכל הקשר אחר שבו נפסק פיצוי בגין נזק שמקורו בהפרת זכות – היא להיטיב את נזקו של בעל הזכות שהופרה. ודייקין: חיוב המפר להיטיב את נזקו של הנפגע, בין מהפרת חוזה בין ממעשה נזיקין, אינו תכלית בפני עצמה; זהו אמצעי ששיטת המשפט נוקטת על-מנת למחוק, עד כמה שהדבר

המצב לקדמותו. "והשוו, בעבר, ע"א 70/52 גרוסמן נ' רוט, פ"ד ו 1242, 1248 (1952) (השופט ש"ד חשין): "...העיקרון הוא *restitutio in integrum* כלומר, יש להעמיד את הניזק במידת האפשר במצב שבו היה יכול להישאר אלמלא התאונה"; ע"א 413/64 אברהמי נ' עירית ת"א, פ"ד יט(1) 114, 120 (1965) (השופט לנדוי): "העיקרון שעליו מושתתת חובת הפיצוי בנזיקין הוא החזרת המצב לקדמותו, ככל שאפשר להשיג מטרה זו על ידי תשלום כסף...".

103 לקו מחשבה זה יש הד בדבריו של השופט חשין בפרשת צוקים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 73: "מקובל לומר, כי מטרת הפיצויים בדיני חוזים היא להעמיד את הנפגע באותו מקום שהיה עומד בו אילו קיים החוזה כהילכתו ('אינטרס הקיום' או 'אינטרס הציפייה', *expectation interest*). בצדו של אינטרס הקיום מכירים אנו ב'אינטרס ההסתמכות' (*reliance interest*) והפיצוי הניתן בגין אינטרס זה אומר לזכות את הנפגע ב'פיצויים שליליים', דהיינו, בפיצויים שנועדו לשפות את הנפגע, כעיקרון, על הוצאות שהוציא ועל נזקים שנגרמו לו מפאת קיום החוזה: להעמיד את הנפגע באותו מקום שהיה עומד בו לולא נכרת החוזה. אינטרס הקיום כמו צופה פני עתיד ואילו אינטרס ההסתמכות כמו צופה פני עבר." הבחנות מושרשות אלה משפיעות גם על הטרמינולוגיה שנעשה בה שימוש בערכאות הנמוכות. ראו, לדוגמה, את הדברים המפורשים שנאמרו לאחרונה בת"א (שלום חד') 4083/07 בראל נ' גפן, פס' 68 (פורסם בנבו, 22.2.2010): "דיני הנזיקין לא נועדו להגשים את ציפיות הניזוק שלא מומשו בשל העוולה, אלא להעמיד את הניזוק במצב שבו היה אלמלא בוצעה העוולה. לכן, לא ניתן לתבוע פיצוי מסוג 'פיצויי קיום' בגין עוולות נזיקיות."

ניתן באמצעים כספיים, את רשמיה המוחשיים של הפרת הזכות. תשלום הפיצויים, שהוא חובה המוטלת על המפר כלפי הנפגע, הוא אחד האמצעים שדיני התרופות מעמידים לרשות הנפגע על-מנת לסייע לו לשקם את עצמו מן הפגיעה בו – הן זו המוחשית הן זו המופשטת, המתבטאת בהפרת זכותו. בכך פועלים דיני הפיצויים לקידומו של רעיון-מסגרת המכונה לעיתים העיקרון בדבר "השבת המצב לקדמותו" (*restitutio in integrum*). על תחולתו הרחבה של עקרון-על זה במשפט הפרטי עמד השופט חשין, בלשונו היפה:

"בתשתיתה של שיטת המשפט – של כל שיטת משפט – מונחים עקרונות-יסוד ודוקטרינות השליטים על כל השיטה או על ענפים מסוימים בה... אחד מן החשובים בעקרונות אלה הוא העיקרון של השבת מצב הדברים לקדמתו – *restitutio in integrum* בלשונו של המשפט הרומי. עקרון ההשבה לקדמות עיקרון שליט הוא במשפט הפרטי במקרים שבהם מתחוללת הפרת איזון שהמשפט רואה בה הפרת איזון הראויה להתערבותו של המשפט. כך בדיני נזיקין וכך בדיני חוזים, בדיני עשיית עושר ולא במשפט, בדיני הקניין ועוד. אכן, דרכי יישומו של העיקרון שונות הן בענפי משפט שונים... ואולם, עקרון-האב אותו עיקרון הוא."<sup>104</sup>

יודגש: העיקרון של "השבת המצב לקדמותו" חל לא רק בתחום דיני הנזיקין, שבו מקובל לייחס תכלית זו לתרופת הפיצויים,<sup>105</sup> אלא למעשה, ובמידה שווה, גם בדיני החוזים. עמד על כך השופט ברק באחת הפרשות, שבה, אגב דיון במבחני הפיצוי בגין הפרת חוזה, הזכיר את "...העיקרון הידוע של 'החזרת המצב לקדמותו' (*restitutio in integrum*) החל לא רק בדיני החוזים, אלא גם בדיני הנזיקין."<sup>106</sup>

אף שעיקרון ההשבה לקדמות נתפס לעיתים כבעל מעמד עצמאי אקסיומטי כמעט במשפט הפרטי, נזכיר כי לדעת רבים אין הוא אלא ביטוי בעולם המשפט של רעיון מופשט יותר – רעיון הצדק המתקן. עיקרון זה, שעל פרשנותו ותוכנו השתברו קולמוסים רבים,

104 ע"פ 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 73, 98–99 (2002).

105 ראו לעיל ה"ש 102.

106 פרשת אניסימוב, לעיל ה"ש 15, בעמ' 810. ראו גם דברים דומים שהשמיע הנשיא ברק בע"א 7302/96 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' לילו, פ"ד נה(3) 200, פס' 11 (2001): "מטרת הפיצויים היא להעמיד את הצד הנפגע באותו מצב בו היה נתון אילו החוזה קיים. זהו העיקרון הגדול של השבת המצב לקדמותו (*restitutio in integrum*). 'המצב הקודם' לעניין הפרת החוזה הוא בראש ובראשונה המצב בו היה נתון הצד הנפגע אילו החוזה קיים... פיצוי זה הוא על הפגיעה באינטרס הציפיה (*expectation interest*). מכוחו זכאי הצד הנפגע לקבל פיצוי בגין הרווח שנמנע ממנו." לדיון תמציתי בעיקרון ההשבה לקדמות ובמעמדו בדיני התרופות ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 22–25.

מחייב את מי שעיוול כלפי אדם אחר לפעול, עד כמה שהדבר ניתן, לסילוק העוול ותוצאותיו. סילוק זה של העוול מתאפשר על-ידי הסמכת גורם אובייקטיבי (שופט) לחייב את המפר-המעוול, לפי דרישת הנעוול, להשיב לאחורון את אשר נטל ממנו המעוול שלא כדין.<sup>107</sup> כך, על-פי תיאוריית הצדק המתקן, מושב על כנו השוויון הנורמטיבי בין הצדדים שקדם להפרה – שוויון שהמשפט הפרטי מניח את קיומו ותובע את כיבודו מכל יחיד אשר חי ופועל במסגרתה של חברה אזרחית מאורגנת.

### 3. אמת-המידה לקביעת שיעור הפיצוי: העמדת הנפגע במצבו אלמלא ההפרה

מתכליתו של הפיצוי בגין הפרת זכות – שהיא להשיב את מצבו של הנפגע לקדמותו – נגזרת גם אמת-המידה הבסיסית שעל-פיה קובעים את שיעור הפיצוי שישתלם לנפגע: על הפיצוי להיות בשיעור שיאפשר לנפגע לכונן מחדש (בלטינית: *restituere*) את מהלך האירועים ההיפותטי שהיה צפוי להתרחש אלמלא העוולה. כינון מחדש זה מוגשם במציאות על-ידי הניסיון השיפוטי להעריך את היקף הגריעה מרווחתו של הנפגע בעקבות ההפרה, כלומר, על-ידי ניסיון להשוות בין מצב הרווחה ההיפותטי שהיה מנת-חלקו אלמלא הפגיעה בזכותו לבין מצב הרווחה הממשי שבו הוא מצוי בעקבותיה. בניסוח שיפוטי מקובל, על הפיצויים להיקבע מתוך מאמץ להעמיד את הנפגע, ככל שהדבר ניתן באמצעים כספיים, במצב שבו היה צפוי לעמוד אילו לא הופרה זכותו. כך בניזיקין – שם הפיצוי נועד להעמיד את הניזוק במקום שבו הוא היה צפוי לעמוד אלמלא מעשה הניזיקין;<sup>108</sup> וכך

107 המושג "צדק מתקן" הופיע לראשונה בכתבי אריסטו. תיאורו המקורי של אריסטו כולל את המאפיינים הנזכרים בטקסט, לרבות הדרישה כי הצדק המתקן ימומש על-ידי שופט. אריסטו האתיקה הניקומאכית ספר חמישי, פרק ד (נאוה גוטרמן מתרגמת, תשכ"ז). התיאוריה הגורסת כי המשפט הפרטי מבוסס על עיקרון של צדק מתקן זכתה בעשורים האחרונים בפיתוח מרשים בכתבתו של פרופ' Ernest Weinrib מאוניברסיטת טורונטו. את עיקרי התיאוריה שלו פרש Weinrib בספרו: ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* (1995). תיאורטיקאי חשוב נוסף שכתבתו על-אודות הצדק המתקן עוררה דיון אקדמי נרחב הוא Jules Coleman מאוניברסיטת ייל. Coleman הציג פרשנויות מקוריות לרעיון הצדק המתקן בכתביו ובחיבוריו, ואף שינה את תפיסתו שלו ביחס לעיקרון במרוצת השנים. ראו, לדוגמה: Jules L. Coleman, *The Mixed Conception of Corrective Justice*, in JULES L. COLEMAN, *RISKS AND WRONGS* ch. 16 (1992); Jules L. Coleman, *The Practice of Corrective Justice*, 37 ARIZ. L. REV. 15 (1995).

108 ראו לעיל ה"ש 102, וכן את דבריו של השופט אור בפרשת זלסקי, לעיל ה"ש 11, המובאים לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 57.

בחוזים – שם הוא נפסק כך שיהיה בו כדי להעמיד את הנפגע היכן שהיה עומד אילו קיים החוזה, קרי, אלמלא ההפרה.<sup>109</sup>

הניסוח הרווח המייחס לפיצוי החוזי את היעד של העמדת הנפגע במקום שבו הוא היה צפוי לעמוד אילו קיים החוזה – קרי, בנקודת זמן עתידית ביחס למועד ההפרה – אינו צריך לטשטש את הדמיון הרב עד כדי זהות הקיים בין מבחני הפיצוי בחוזים ובנזיקין. אכן, ממש כשם שמטרת הפיצוי החוזי ניתנת לניסוח בשני אופנים נרדפים (העמדת הנפגע היכן שהיה "אלמלא ההפרה" או "אילו קיים החוזה"), כך ממש ניתן לעשות גם ביחס לפיצוי הנזיקי, העוסק בהעמדת הנזיקי היכן שהיה "אלמלא העוולה", כלומר, "אילו קוימה החובה" בנזיקין. בשני התחומים כאחד תכלית הפיצוי היא אחת, וממנה נגזרת אמת-מידה אחת המשמשת בסיס לקביעת שיעור הפיצויים. אמת-מידה זו מבקשת לסלק את הנזק שגרמה הפרת הזכות לנפגע, ובכך לשחזר, מבחינה כלכלית, את מהלך הדברים שהיה צפוי להתרחש אילו קוימה הזכות, כלומר אילולא הפרה, ואילו קוימה החובה התואמת (הקורלטיבית) שמולה. לשם כך הדין מפצה את הנזיקי – הן בחוזים הן בנזיקין – לא אך על הנזק שסבל בעבר עד לרגע ההפרה או עד למועד פסיקת הפיצויים, כי אם גם על הנזק שהוא עתיד לסבול בעתיד כתוצאה מהפרת זכותו.

על המרכיב העתידי המובהק שבפיצוי הנזיקי עמדו שניים מגדולי המומחים שלנו בתחום דיני הנזיקין. באחת הפרשות החשובות שעסקו בפיצוי על הפסד השתכרות, קבע השופט ריבלין:

"השבת המצב לקדמותו בראש הנזק של הפסד כושר השתכרות משמעותה"  
הבאת הנזיקי למקום שנועד לו בעתיד..."<sup>110</sup>

ואילו השופט והפרופסור ברק, במאמר פרי-עטו, הבהיר, בלשון שאין חדה וברורה ממנה, כי –

109 לשימוש המתחלף בניסוחים נרדפים אלה ראו, לדוגמה, ע"א 277/89 צ'אם מוצרי מזון ישראל בע"מ נ' טעמיקו בע"מ, פ"ד מו(3) 288, 298 (1992) (השופט דב לוין): "הרעיון שביסוד תרופת הפיצויים הוא בהעמדת הנפגע, באופן היפותטי, במצב שהיה נתון בו, לו קיים ההסכם עד תום"; ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סוראקי, פ"ד מב(4) 834, 811 (1989) (הנשיא שמגר): "השאיפה היא... בדיני החוזים – העמדת הנפגע במצב שהיה אלמלא ההפרה"; ע"א 3055/93 קלנר נ' גרינברג, פ"ד נ(3) 511, 518 (1996) (השופטת ביניש): "מטרתם של הפיצויים בגין הפרת חוזה היא העמדתו של הנפגע במצב שבו היה נמצא אלמלא ההפרה"; ע"א 444/94 אורות ייצוג אמנים והפקות נ' עטרי, פ"ד נא(5) 257, 241 (1997): "המבחן הכללי לשיעור הפיצויים הינו כי על הפיצוי להעמיד את הנפגע מהפרת החוזה במצב שבו היה עומד אילו קיים החוזה".

110 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 53, 13 (2005).

”כחוט השני עוברת בפסיקת בתי המשפט הקביעה כי מטרת הפיצויים בדיני הנזיקין היא להעמיד את הניזוק, ככל האפשר במונחים כספיים, במצב בו היה נתון לאחר מעשה העוולה, לולא מעשה העוולה.”<sup>111</sup>

#### 4. האינטרס המוגן בדיני הנזיקין: אינטרס הקיום

מסקנתנו באשר לתכלית המשותפת של הפיצוי על נזק עוולתי ובאשר לאמת-המידה האחידה לקביעת שיעורו מוליכה אותנו היישר לעבר המענה לשאלת האינטרס שתרופת הפיצויים מגינה עליו בדיני הנזיקין. האינטרס הזוכה בהגנה באמצעות חובת הפיצוי המוטלת על המעוול בנזיקין אינו אלא אינטרס הקיום (או הציפייה). אלה הציפייה והתביעה – המוגנות בדין – של בעל הזכות כי מלכתחילה תקום זכותו ותכובד, וכי אם תופר, הוא יזכה בתרופה שתפא את ההפרה ותעמידו, במונחים כספיים, היכן שהיה צפוי לעמוד אילולא התרחשה.

אומנם כן, תוכנן הקונקרטי של הזכות המופרת ושל החובה שכנגדה לובש צורה שונה בענפיו השונים של דין החיובים. בתחום החוזים החובה הטיפוסית של החייב היא לנקוט פעולה (או להימנע מפעולה) המיועדת לקדם ולשפר את רווחתו של בעל הזכות החוזית בהשוואה למצבו לפני ההתקשרות. בתחום הנזיקין, לעומת זאת, החובה הטיפוסית אינה לקדם ולשפר את רווחתו של בעל הזכות, אלא להימנע מפגיעה ברווחתו הקיימת ומהתערבות ביכולתו לפעול לשיפורה ללא תלות בעזרתו של החייב.<sup>112</sup> ברמת הפשטה נמוכה יותר היה אפשר אפוא להבחין בין אופייה של הציפייה החוזית לבין אופייה של הציפייה הנזיקית.

אלא שברמת הפשטה שבה מנוסח אינטרס הקיום (או הציפייה) מימים ימימה בספרות ובפסיקה של דיני החוזים, הבחנה זו אינה באה לידי ביטוי. על-פי ההגדרה המקובלת, אינטרס הקיום מגלם את העניין שיש לצד לחוזה בקיום החיוב החוזי ובמימוש הפוטנציאל הכלכלי (הממוני והלא-ממוני כאחד) הגלום בקיום זה. לאחר ההפרה אינטרס הקיום לובש

111 אהרן ברק “הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי” עיוני משפט ט 243, 249–250 (1983) (ההדגשה הוספה).

112 “החובה בנזיקין היא, בדרך כלל, חובה שלא לפגוע בזולת... ההתחייבות החוזית הטיפוסית היא שונה. לרוב אין זו חובה להימנע ממעשה העלול להזיק, אלא היא כוללת התחייבות לעשיית מעשה העשוי להועיל לצד האחר...” פרידמן וכהן, לעיל ה”ש 69, בעמ’ 80. אולם גם הבחנות אלה אינן חותכות. בהקשרים שונים דיני הנזיקין המודרניים מטילים חובות אקטיביות. כאלה הן, לדוגמה, החובות המוטלות על הורה כלפי ילדו או על אפוסטרפוס כלפי מי שהוא מופקד על ענייניו. כזו היא גם, באופן מובהק, חובת ההצלה האקטיבית המוטלת אצלנו כיום מכוח הוראת ס’ 1(א) לחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ”ח–1998, ס”ח 1670.

צורה בדמות הציפייה (המוגנת) שהצד המפר יעמיד את הנפגע במקום אשר שקול, מבחינה כלכלית, לזה שבו היה צפוי לעמוד אלמלא ההפרה.<sup>113</sup> באנלוגיה מושלמת לתחום הנזיקין, אינטרס הקיום הוא העניין שיש לבעל הזכות בקיום החובה הנזיקית ובמימוש הפוטנציאל הכלכלי הגלום בקיומה של חובה זו. כמו בחוזים, כך גם בנזיקין, הדין מגן על ציפיותו של בעל הזכות כי החייב יקיים מראש את חובותיו הראשוניות כלפיו, וכי במקרה של הפרה הוא יפצה אותו (בדיעבד) הן על חסרון-הכיס הן על אובדן הרווח שאותם סבל כתוצאה מהפרתן של חובות אלה. בכך הפיצוי בנזיקין – ממש כאחיו הפיצוי החוזי – פועל להעמדת הנזיקין במצב ההיפותטי שבו היה נתון אילו התגשמה ציפיותו (החוזית או הנזיקית, לפי העניין). אמרו מעתה: תרופת הפיצויים בנזיקין ובחוזים מגינה על אינטרס אחד ויחיד – אינטרס הקיום (או הציפייה).<sup>114</sup>

## פרק ד: נעילה

### 1. עיקרי המסקנות

תכליתיה של רשימה זו היו שתיים. ראשונה וראשית – להעלות על נס את יצירתו השיפוטית של השופט אור ואת תרומתו החשובה לפיתוחם של דיני החיובים בכלל ושל דיני התרופות בפרט. כדוגמה לתרומה זו נבחנו שתי פסיקות חשובות שיצאו מלפני השופט אור. בשתיהן הגיע השופט אור להכרעות צודקות במישור הענייני, ובאחת מהן (פרשת זלסקי) ניתנה ההכרעה בסופו של פיתוח הלכתי משמעותי של דיני הפיצויים בנזיקין. באותה נשימה טענה הרשימה כי ההכרה המפורשת של בית-המשפט העליון, בשתי הפרשות האמורות, בזכאותו של התובע לתרופה שכונתה "פיצויי הסתמכות" עלולה ליצור את הרושם כי אינטרס ההסתמכות הוא אינטרס מוכן הזוכה בהכרה הן בדין החוזים והן בדין

113 להגדרת אינטרס הקיום החוזי לפני ההפרה ולאחריה ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 44–46.

114 לתזה המוצגת בפרק זה מצאנו תמיכת-מה בספרות המשפטית של דיני התרופות. כך, לדוגמה, בספרו הנודע על התפתחותם של דיני החוזים טען פרופ' Atiyah כי הפיצוי השכיח הנפסק בנזיקין בגין הפסד השתכרות לעתיד מגן על ציפיות: PATRICK S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT 762–763 (1979). אחד מבכירי המלומדים האמריקאים בתחום התרופות העיר בספרו כי אף שהדרך הטיפוסית להגשמת הציפייה לרווח בכל אחד משני התחומים – חוזים ונזיקין – היא שונה, גם בהקשר הנזיקי הציפייה להפקת רווח מוגנת: "...there can be no doubt that full compensation requires defendant to restore plaintiff's expectancy". ראו LAYCOCK, לעיל ה"ש 78, בעמ' 55–56. תמיכה ברורה עוד יותר בעמדתנו מצויה במאמרו של Kelly, לעיל ה"ש 69, בעמ' 170, 189.

הנזיקין. מטרת הדיון הייתה להבהיר מדוע רושם זה מוטעה, ומדוע אין זה נכון – ולכן גם אין זה ראוי – לייחס לתרופת הפיצויים, הן בחוזים הן בנזיקין, תכלית של הגנה על אינטרס ההסתמכות. אגב כך נעשה מאמץ להפריך שלושה מיתוסים שהשתרשו בפסיקה ובספרות בישראל, ובמידה רבה גם מחוץ לה, באשר למעמדו של אינטרס ההסתמכות ובאשר ליחס בינו לבין אינטרס הקיום (הציפייה). הראשון נוגע במעמדו של אינטרס ההסתמכות בתחום החוזים, ועל-פיו, בצידם של אינטרס הקיום ואינטרס ההשבה, גם אינטרס ההסתמכות מהווה זכות תרופתית מוכרת של הנפגע מהפרת חוזה. המיתוס השני נוגע במעמדו של אינטרס ההסתמכות בתחום הנזיקין, ומשתקף בהנחה הרווחת שלפיה הפיצוי על עוולות נזיקין, המבקש להשיב את הניזוק למצבו לפני העוולה, מבטא הגנה על אינטרס ההסתמכות. המיתוס השלישי כרוך בזה השני, ועוסק ביחס שבין מאפייני הפיצוי בגין הפרת חוזה לבין אלה של הפיצוי בגין מעשי נזיקין. על-פי מיתוס מושרש זה, דיני הפיצויים בשני ענפים מרכזיים אלה של דין החיובים נבדלים זה מזה בהיבטים חשובים, החל בתכלית הפיצוי, המשך באמת-המידה לקביעת שיעורו, וכלה באינטרס התרופתי הטיפוסי הזוכה בהגנה במסגרתם של דיני הפיצויים.

ביחס למיתוס הראשון טענה הרשימה כי עיון בדין החוזים הנוהג וברציונלים העומדים ביסוד ההכרה בכוחו המחייב של החוזה מלמדים כי אינטרס ההסתמכות אינו מוכר – ואינו צריך להיות מוכר – כעיקרון תרופתי עצמאי בדיני התרופות בשל הפרת חוזה. באשר למיתוס השני, בחינת הפרשנויות והאנלוגיות שבאמצעותן יוחסה לאינטרס ההסתמכות אחיזה בדיני הפיצויים שבנזיקין העלתה כי אין בכוחן לבסס אחיזה כזו, ואף לא לתרום בדרך מועילה אחרת לאפיונו השיטתי של הפיצוי בנזיקין. לבסוף, בניגוד לתמונה הדיכוטומית המקובלת של היחס בין הפיצויים בחוזים לבין הפיצויים בנזיקין, טענה הרשימה כי הפיצויים בשני ענפים אלה חולקים לא רק תכלית ומבחני הערכה משותפים, אלא גם אינטרס אחד ויחיד שעליו הם מגינים – הוא אינטרס הקיום.

## 2. השלכות מעשיות?

בהנחה שהטיעון האנליטי-המושגי שהוצג ברשימה זו שכנע את קוראיו, נשאלת השאלה מהן, אם בכלל, השלכותיו האפשריות של הטיעון על השיח המשפטי ועל חיי המשפט הלכה למעשה. בשורות הסיכום שלהלן אנסה, מבלי למצות את הדיון, להצביע על כמה כיווני חשיבה העשויים לסייע במתן מענה לשאלה חשובה זו.

ראשית, ובמישור העקרוני, אני נמנה עם אלה הסבורים כי הקפדה על בחירה נכונה במושגים משפטיים ושימוש עקבי בהם היא תנאי מוקדם לעריכת דיון פורה בשאלות משפטיות. כך בכל תחומי המשפט, וכך במיוחד בתחום התרופות. דיני התרופות המודרניים משקפים עושר רעיוני גדול. יישומם הלכה למעשה של כללי התרופות כרוך בהפעלתו של שיקול-דעת נרחב – הן לעניין הבחירה בין תרופות שונות הן לעניין ההכרעה בין המבחינים



השונים שעל-פיהם ניתן לקבוע במקרה נתון את עוצמתה והיקפה של תרופה פלונית או אלמונית.<sup>115</sup> במציאות זו, שבה הבנת מורכבותו של הדין היא אתגר בפני עצמו, מן הראוי להשקיע את מירב האנרגיה והמאמץ האינטלקטואליים בהתמודדות עם הדילמות האמיתיות שדיני התרופות מציגים. פישוטם של דינים אלה על-ידי הבהרת העקרונות החולשים על הפעלתם, תוך "ניקוי" השיח המשפטי ממושגים ומהבחנות שאין להם אחיזה במציאות המשפטית, צפוי לקדם מטרה זו. הנצחתו של ז'רגון משפטי משובש, לעומת זאת, עלולה להכביד לא לצורך את התקשורת בין צרכני המשפט לבין מעצביו, לייצר עלויות התדיינות מיותרות, להגביר את אי-הוודאות בתחום התרופות מעל למידה ההכרחית, ואף להוליד הכרעות שגויות ובלתי-צודקות.

שנית, ובמישור המעשי-הקונקרטי, דומני שניפוץ המיתוס הנוגע במעמדו של אינטרס ההסתמכות עשוי לשמש בלם של כמה תופעות בלתי-רצויות.

אפתח בהערה הנוגעת בתחום החוזים. בתחום זה הלגיטימציה הניתנת לאינטרס ההסתמכות עלולה להצמיח שתי רעות חולות, אשר למרבה הצער אינן מבטלות האחת את רעותה. בכיוון האחד קיים חשש שהמיתוס בדבר קיומה של זכות לפיצויי הסתמכות אוטונומיים יצמיח פסיקות אשר יעניקו לנפגע מהפרת חוזה פיצוי על מלוא השקעתו, אפילו בחוזה-הפסד מוכח. כמבואר לעיל, הכרה בזכות מוקנית לפיצוי כזה אינה ניתנת להצדקה – לא במונחים של רצון היפותטי של הצדדים לחוזה, ואף לא באמצעות פנייה לרציונלים עונשיים.<sup>116</sup> ואילו מן הכיוון האחר קיים חשש – ממשי לא פחות – לפסיקות אשר יכרסמו בזכותם של נפגעים לפיצויי קיום. זאת, בשל הסברה – הנראית לאחדים אינטואיטיבית – כי פיצוי על הסתמכות מבטא הגנה על אינטרס בסיסי יותר, ולכן גם ראוי יותר להגנה, בהשוואה לפיצוי על ציפיות שנכזבו להפקת רווח מקיום החוזה. שופטים האוחזים בהשקפה כזו, שהיא פרי טיפוחו של המיתוס הרואה בהסתמכות אינטרס עצמאי מוגן, עלולים – גם מקום שהנפגע השכיל להוכיח את נזקי ההפרה – להגביל את היקף הפיצוי

115 דיני הפיצויים גמישות זו משתקפת במלוא הדרה. לדיון בגמישותם של מבחני הפיצוי בגין הפרת חוזה ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 398–406. דוגמה מאלפת אחרת היא שאלת אמת-המידה שעל-פיה יש לקבוע את שיעור ההשבה במקרה של ביטול חוזה בעקבות הפרתו – שאלה שטרם הוכרעה עד היום בפסיקה בישראל. ראו שלו ואדר, שם, בעמ' 717–725.

116 ראו לעיל בחלק א4, בטקסט שליד ה"ש 38–39. אומנם, בפועל נראה שפיצויי הסתמכות אינם נפסקים בדרך-כלל בחוזה-הפסד מוכח. עם זאת, תיאורטית והלכתית האפשרות קיימת בהחלט, והדבר עלול לתמרץ תובעים להשקיע משאבים מיותרים בניהולן של תביעות כאלה, וכתוצאה מכך לאלץ נתבעים להשקיע מאמץ להתמודד עימן.

הנפסק לו ולקבוע אותו, שלא כהלכה, על-פי שיעורם (הנמוך יותר) של נזקי ההסתמכות על החוזה. למרבה הצער, נראה כי תופעות אלה אינן חזיון כה נדיר בשנים האחרונות.<sup>117</sup> עתה לתחום הנזיקין. בניגוד לתחום החוזי, נראה שכאן החשש מפני טעויות שיפוטיות שמקורן במיתוס ההסתמכות קטן יותר. הטעם לכך הוא שבתחום הנזיקין אמת-המידה המופעלת מכוח מה שמכונה "אינטרס ההסתמכות" של הניזוק זקה, מבחינה מהותית ועניינית, לאמת-המידה המוכתבת על-ידי אינטרס הקיום. לפיכך, בעוד בתחום החוזים אינטרס ההסתמכות מהווה חלופה מהותית לאינטרס הקיום, בתחום הנזיקין הוא מציג בדרך-כלל חלופה סמנטית בלבד. אכן, כך היה גם בפרשת זלסקי,<sup>118</sup> שנידונה ברשימה זו. אימוץ הטרמינולוגיה של "הסתמכות" בפסק-דינו של השופט אור בפרשה זו לא הוביל אותו לבחירה באמת-מידה מהותית שגויה (לדוגמה, אמת-מידה שתפצה את התובעים על אי-

117 דוגמה מובהקת למשגה שיפוטית כזו התגלתה ברע"א 2371/01 אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ, פ"ד נז(5) 787 (2003). בבתי-משפט השלום והמחוזי הופחתו פיצויי הקיום בטענה כי הנפגעים – קונים של דירה – חטאו לנטל הקטנת הנוק כאשר סירבו להצעתו של המפר-המוכר שהם ירכשו את הדירה במחיר גבוה מזה שנקבע בזכרון-הדברים. בין היתר נומקה ההחלטה בכך שפסיקת פיצויי קיום מלאים תעניק לנפגעים רווח מופרז, ש"אינו עומד בשום יחס לגודל השקעתם". בית-המשפט העליון הפך את פסקי-הדין של הערכאות הנמוכות, קיבל את ערעורם של הקונים ופסק להם פיצויי קיום מלאים. דוגמה אחרת לשלילה של הזכות לפיצויי קיום ניתן להביא מת"א (שלום י-ם) 11596/05 שבו נ' ששון, פס' (פורסם בנבו, 10.8.2008), שם החליט בית-המשפט לפסוק לנפגע מהפרת החוזה פיצויי הסתמכות, תוך שהוא דוחה, בלא הנמקה מספקת, את תביעתו של הנפגע לפיצויי קיום על אובדן הרווח שהיה צפוי לו מקיום החוזה. כן ראו ת"א (מחוזי חי') 581/02 לוי נ' אנגל ג'נרל דיבלפורס בע"מ, פס' 31–32 (פורסם בנבו, 25.9.2006), שם נפסקו פיצויי הסתמכות לנפגע שביטל חוזה בשל הפרתו, בלא כל דיון במקור הסמכות לפוסקם, ותוך דחיית תביעה לפיצויי קיום בטענה שאלה סותרים את התביעה לפיצויי הסתמכות. להבהרת הכשל בסברה שלפיה ביטול החוזה שולל זכות לפיצויי קיום ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 78–80. טעות דומה של ערכאה דיונית תוקנה לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון בע"א 8946/04 Warner Bros. International Television Distribution נ' רו"ח צבי יוכמן נאמן ומנהל מיוחד של תבל (פורסם בנבו, 1.8.2010). בבית-המשפט המחוזי שלל בית-המשפט מהתובע את הזכות לפיצויי קיום, בטענה (השגויה) שהם סותרים את תרופת הביטול. אגב כך העיר בית-המשפט כי "ספק גדול הוא, האם ראוי להגן על אינטרס הציפיה במלואו... זאת, כאשר קשה לדבר כלל ועיקר על חסרון כיס ממשי אשר נגרם לו [לתובע] בגין הסתמכותו על החוזה...". בש"א (מחוזי ת"א) 3896/04 Warner Bros. International Television Distribution נ' רו"ח צבי יוכמן בתפקידו כנאמן ומנהל מיוחד של החברות, פס' 14–15 (פורסם בנבו, 14.9.2004). דברים אלה מעידים עד כמה עמוקה ומושרשת התפיסה (השגויה) שלפיה אינטרס ההסתמכות ראוי להגנה לפחות כמו אינטרס הקיום.

118 לעיל ה"ש 11.

התממשותו של המצג), שכן מה שכונה על-ידי "אינטרס ההסתמכות" זוהו על-ידי כאינטרס של הניזוק להגנה מפני מעשה הנזיקין, כלומר, להגנה על אינטרס הקיום שלו. אף-על-פי-כן ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם מיתוס ההסתמכות יסבך את דיני הפיצויים בנזיקין, ואולי אף יצמיח הכרעות שגויות. מצבים של מתן שירות רשלני הם קטגוריה מובהקת שבה סיכון מסוג כזה עלול להתממש. בתביעות מסוג זה – לדוגמה, רשלנות במתן טיפול רפואי – ניתן להעלות על הדעת התחרות אמיתית בין שתי אמות-מידה חלופיות לקביעת הפיצוי: האחת, אמת-מידה שתשאף להעמיד את מקבל השירות, המטופל, במצב שבו היה צפוי לעמוד אילו קיבל טיפול לא-רשלני; והאחרת, אמת-מידה שתשאף להעמידו היכן שהיה צפוי לעמוד אילו קיבל את הטיפול הרפואי. אמת-מידה אחרונה זו, השואפת להגן על הניזוק רק מפני דרדור במצבו (בהשוואה למצב שבו היה נתון אלמלא הטיפול שקיבל), עלולה להיראות כמגינה על אינטרס ההסתמכות.<sup>119</sup> אמת-המידה הראשונה, לעומת זאת, מבקשת לממש את ציפיותו של המטופל לקבל טיפול רפואי מקצועי ולא-רשלני, אשר יביא לידי ריפוי או לפחות יגדיל את ההסתברות לשיפור במצבו. הישענות שיפוטית על אינטרס ההסתמכות במצבים אלה עלולה להוליך לאימוצה של אמת-המידה הצנועה יותר, המגינה על הניזוק רק מפני דרדור במצבו. דא עקא, שגישה כזו עלולה לקפח את ציפיותו הלגיטימית (והמוגנת) של המטופל לקבל טיפול רפואי מקצועי אשר לא רק לא יגרור לדרדור נוסף במצבו, אלא אף יביא – במידת האפשר – לידי שיפור במצבו הרפואי.<sup>120</sup> מיתוס ההסתמכות עלול אפוא לערפל לא לצורך את המבחן הראוי לקביעת

119 שהרי תכליתו של הפיצוי לפי אמת-מידה זו היא להעמיד את הניזוק היכן שהיה עומד אילו נוצר הקשר המשפטי בינו לבין הרופא, כלומר, אילו לא הסתמך המטופל על הרופא. על כך שזהו למעשה ה"תרגום" הנכון – אך הבעייתי – של אינטרס ההסתמכות החוזי להקשר הנזיקי עמדנו לעיל בטקסט שליד ה"ש" 98–99. ראיית אמת-המידה המתוארת בטקסט ככזו של "הסתמכות" עשויה להישען גם על הפירוש הרואה בהסתמכות נזק המוגבל לחסרון-כיס. ראו לעיל בחלק ב(2)(1).

120 במידת האפשר – שכן חיובו של הרופא לשפר את מצבו של המטופל יהיה על-פירוב חיוב השתדלות, ולא חיוב תוצאה. הרופא מחויב לפעול ככל יכולתו לחולל שיפור במצב המטופל, אך אין הוא מחויב – לא מכוחה של חובת הזהירות הכללית, ובדרך-כלל גם לא מכוחו של החוזה – לערוב להתרחשותו של שיפור כזה. יתר על כן, גם כאשר הופרה חובת ההשתדלות החוזית (או חובת הזהירות, המטילה חיוב בעל תוכן זהה) יידרש עדיין הניזוק להצביע על קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הכישלון בשיפור מצבו. בהעדר קשר סיבתי כזה אין המטופל זכאי לפיצוי על אי-השיפור במצבו. לדוגמה, רופא מתרשל בביצוע ניתוח בעינו של המטופל, אך התרשלותו לא באה לידי ביטוי בפגיעה בסיכויי החלמתה של העין, אלא בדקירת המטופל, בטעות, בבטנו. במקרה כזה אין הניזוק זכאי לפיצוי על אי-השיפור במצבה של העין (שאינו קשור בקשר סיבתי להתרשלות), אלא רק על הפגיעה בבטנו. לעומת זאת, כאשר הרופא מבטיח למטופל הצלחה בטיפול הרפואי, הוא נוטל על עצמו חיוב תוצאה חוזי (דוגמה למצב

שיעור הפיצויים, ולהעמיד את מבחן ה"הסתמכות" במצבים אלה כמבחן חלופי לגיטימי. בכך עלול להיפתח פתח לפסיקות שגויות או למצער להתדיינות מיותרת בשאלת היקף הפיצויים הראוי.

לבסוף אציין כי להשתחררות ממיתוס ההסתמכות עשויות להיות השלכות חיוביות רחבות יותר על השיח המשפטי, אשר חורגות מתחומי החוזים והנזיקין כשהם נבחנים כל אחד בנפרד. אסתפק בהצבעה על שתי השפעות אפשריות – האחת נקודתית, והאחרת כללית ורחבה יותר.

הבנה כי לאינטרס ההסתמכות אין קיום בפני עצמו בדיני החיובים עשויה לסייע בהבנת ההתפתחות שחלה אצלנו בתחום הפיצויים על הפרתה של חובת תום-הלב במשא-ומתן. על-פי הנרטיב המקובל, הפיצוי בתחום זה מושתת על הרעיון של הגנה על אינטרס ההסתמכות, אולם במצבים חריגים אמת-המידה עשויה להתהפך באופן המאפשר לפסוק פיצויי קיום.<sup>121</sup> לטעמי, התרופה המכונה "פיצויי הסתמכות" אינה אלא תרופה של פיצויי קיום, שתכליתם להעמיד את הנפגע במקום שבו היה נתון אילו לא הופרה חובת תום-הלב. הבנה זו עשויה לזרות אור על תהליך זה ולספק הסבר טוב יותר – והצדקה חזקה יותר – הן לכלל והן לחריג שהתפתח בצילו.<sup>122</sup>

לנטישת מיתוס ההסתמכות צפויה להיות השלכה חיובית גם במישור הרחב יותר הנוגע בהבנת יחסי-הגומלין בין דיני התרופות בחוזים ובנזיקין. כפי שראינו, מיתוס ההסתמכות – בעיקר בהקשרו הנזיקי – מהווה נדבך מרכזי בתוך פרדיגמה המבקשת להדגיש ולהעצים את ההבדלים בין תכליות הפיצוי בחוזים ובנזיקין. ברשימה זו טענתי כי פרדיגמה זו נשענת על הנחות עובדתיות ומשפטיות שגויות. מנקודת-המבט של מי שמאמין, כמוני, כי המשותף בין דיני הפיצויים בחוזים ובנזיקין רב על המבדיל ביניהם, וכי האחדה מהותית ופורמלית של

כזה היא פרשת *Hawkins* שנזכרה לעיל בה"ש 76). במקרה כזה הוכחה כי פעל בסבירות, כלומר בהעדר התרשלות, תפטור את הרופא מאחריות ברשלנות, אך לא מאחריותו החוזית.

121 ראו לעיל ה"ש 7.

122 עיון בהצדקות לכללי הפיצוי על הפרת חובת תום-הלב מצריך דיון נפרד. בתמצית, ההסבר המוצע הוא כדלקמן: במצבים שבהם ההפרה מתבטאת בעידוד הצד האחר לנהל את המשא-ומתן (או לכרות את החוזה), פיצויי הקיום מפצים את התובע על הנזק הכרוך בעצם ניהולו של המשא-ומתן (או בעצם כריתתו של החוזה) – נזק שהיה נמנע אילו לא גרם הנתבע לתובע להיכנס למשא-ומתן (או לחוזה). לעומת זאת, במצבים (הנדירים) שבהם התנהגותו העוולתית של הנתבע מתבטאת בנסיגתו מהבטחה להשלים את המשא-ומתן ולשכלל חוזה עם התובע, פיצויי הקיום באים לפצות את האחרון על ההפסד הכרוך באי-מימוש ההבטחה, קרי, באובדן הקשר החוזי. בכל המצבים הפיצוי נועד להגשים תכלית אחת: השבת הנפגע למצבו אלמלא ההפרה (העוולה), כלומר: פיצויי קיום (או ציפייה).

דיני התרופות בכללותם היא מהלך רצוי, התנערות ממיתוס ההסתמכות היא תחנה אנליטית חשובה בדרך להגשמתו של יעד זה.<sup>123</sup>

בחלוף שבעים וחמש שנה מלידתו של "אינטרס ההסתמכות" כאינטרס אוטונומי הטוען לכתר בתחום החוזים, ולאחר שהצליח לקנות לעצמו – כמעט "בלי קרב" – מעמד של אינטרס מוגן גם בנזיקין, הגיעה העת לשחרר את החשיבה המשפטית ממיתוס ההסתמכות. הסתמכות אינה אמת-מידה עצמאית ומהותית כדיני התרופות. דינים אלה נותנים סיפוק לאינטרס לא להינזק עקב הסתמכות על הבטחה או על מצג רק באורח אגבי ועקיף, ורק ככל שהדבר מקדם את ההגנה על אינטרס הקיום (או אינטרס מוגן אחר, דוגמת אינטרס ההשבה). מגוונים, מורכבים ומרתקים ככל שהינם – דיני התרופות בשל הפרת זכות אינם רואים בשאיפה לפיצוי על נזקי הסתמכות אינטרס מוגן בפני עצמו. הפנמתה של אמת פשוטה זו, אף שהיא כרוכה בחבלי הסתגלות, סופה שתייצר לא רק שיח תרופות בהיר ופורר יותר, אלא גם דין תרופות פשוט, יעיל וצודק יותר.

123 הסוגיה שנויה, כמובן, במחלוקת. לליבונה ראו את עמדתו של חנוך דגן "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת-יתר ועל ריבוי סעדים" משפטים לו 249 (2006), המבקר את הצעת הקודיפיקציה לאחד את דין התרופות, ואת תגובתי: יהודה אדר "מדוע נכון לאחד את התרופות בחוזים ובנזיקין? תשובה לפרופ' דגן" משפטים לו 357 (2006). לעיון נוסף בסוגיית ההאחדה של דיני התרופות ראו יהודה אדר "על הדבש ועל העוקץ" – הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי" משפט ועסקים ה 347, 357–358 (2006); גבריאלה שלו ויהודה אדר "תרופות בשל הפרת חיוב – מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" קרית המשפט ו 185 (2006); וכן בתמצית – שלו ואדר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 5–11.