

פרק 5 :

הפרה צפויה

א. תורת ההפרה הצפויה והצדקותיה

ב. הפרה צפויה – אימתי?

1. כללי
2. החלופה הסובייקטיבית: גילוי דעת של המפר
3. החלופה האובייקטיבית: הסתברות מנסיבות העניין
4. דרגת ההסתברות הנדרשת
5. הפרה צפויה – כל הפרה או הפרה יסודית בלבד?
6. הפרה צפויה של חוזה על תנאי

ג. תוצאותיה של ההפרה הצפויה

1. ברירת הנפגע: התעלמות או הסתמכות
2. התעלמות מן ההפרה הצפויה
3. הסתמכות על ההפרה הצפויה
4. שיקולי הנפגע: סיכום ביניים

ד. האם נפגע המתעלם מהפרה צפויה כפוף לנטל הקטנת הנזק?

1. מבוא
2. הדין הנוהג
3. הערכה ביקורתית

ה. הפרה צפויה בקודקס האזרחי החדש

ו. במקום סיכום: תום לב ודין ההפרה הצפויה

א. תורת ההפרה הצפויה והצדקותיה

5.01 סעיף 17 לחוק התרופות מבסס בדין החוזים את תורת ההפרה הצפויה.¹ כעולה מנוסח הסעיף, הפרה צפויה של חוזה היא מצב שבו גילוי-דעת של צד לחוזה או נסיבות אובייקטיביות מצביעים על כך שאין ברצונו או שאין בכוחו של אותו צד לקיים חיוב מחויביו החוזיים.² בהתקיים הפרה צפויה רואים את החיוב החוזי כמופר, על כל המשתמע מכך, על אף שטרם הגיע המועד לקיומו של החיוב. ייחודו של דין זה הוא אפוא בהעתקתן של עלילת התביעה ושל הזכות לתרופות והקדמתן — ממועד ההפרה האקטואלית עצמה (שטרם הגיע) אל מועד מוקדם יותר, שבו ניתן לקבוע כי הפרה זו צפויה להתרחש בעתיד.

5.02 תורת ההפרה הצפויה צמחה באמצע המאה ה-19 במשפט המקובל האנגלי.³ הספרות והפסיקה האנגלו-אמריקניות עסקו באופן נרחב בהיבטים שונים של מוסד משפטי זה. במיוחד התמקד הדיון, בעיקר בראשית הדרך, בקושי העיוני להצדיק את עצם ההכרה ברעיון של "הפרה צפויה": כיצד ניתן לומר על התנהגות, המתרחשת לפני שהגיע מועד הקיום, כי היא מהווה הפרה של החוזה?⁴ ואם אמנם החוזה טרם הופר (שהרי המועד לקיומו טרם הגיע), מכוח מה יהיה הנושה

1 בישראל נקלטה תורת ההפרה הצפויה בהשפעת המשפט האנגלי עוד בטרם נחקק חוק התרופות. לפסיקה רלוונטית ראו משה גלברד הפרה צפויה בחוזים 65, הערה 109 (התשס"ו).
2 ההגדרה במשפט האנגלו-אמריקני היא דומה. ראו לדוגמה: GUENTER H. TREITEL, THE LAW OF CONTRACT 754 (8th ed., 1991), והאסמכתות המובאות שם בהערה 7.
3 מקובל לייחס את ראשיתה של הדוקטרינה לפסק הדין בפרשת Hochster v. De La Tour [1853] 2 E & B 678. באותו מקרה התחייב אדם להעסיק אדם אחר כשליח אישי, אך כמה שבועות לפני תחילת העבודה הודיע לו כי הוא חוזר בו. נפסק, כי העובד זכאי לתבוע מיד פיצויים בגין הפרת החוזה, ואין הוא חייב להמתין למועד תחילת ההעסקה. לסקירה היסטורית של התפתחות הדוקטרינה ראו גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 43-35. לסקירה השוואתית מפורטת של מוסדות מקבילים או דומים בשיטות הקונטיננטליות, שאינן מכירות בדרך כלל במוסד ההפרה הצפויה כמוסד עצמאי, ראו גלברד, שם, בעמ' 43-65, וכן TREITEL, בעמ' 379-381. לדיון נרחב במעמדה של תורת ההפרה הצפויה במשפט האמריקני ראו ARTHUR L. CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS 939-975 (1964, one volume ed.).
4 ראו בספרות: Samuel Williston, *Repudiation of Contracts*, 14 HARV. L. REV. 317, 421, (1901); *Book Review*, 34 HARV. L. REV. 891, 894 (1921) 428. קושי נוסף שעליו הצביעו מבקרי התורה נעוץ בבעיות הכרוכות בהערכת הנזק בתביעה לפיצויים בשל הפרה צפויה.

זכאי לתרופות נגד החייב? ⁵ אכן, בסעיף 17 גופו, להבדיל מכותרתו, אין אזכור או רמז למונח "הפרה צפויה". גלוי לעין כי המחוקק נמנע במכוון מהשימוש במונח "הפרה", על נטיותיו ונגזרותיו השונות. סעיף 17 לחוק התרופות מדבר על "גילוי-דעת" או על "נסיבות" שמהן מסתבר כי החוזה לא יקוים. כן מדובר באופן סתמי על "צדדים" לחוזה, ולא — כמו בכל שאר סעיפיו של החוק — על מפר ועל נפגע. למרות זאת, לשם נוחות הדיון, נכנה כאן את מערכות הנסיבות שבהן קמה הזכות לתרופות על פי סעיף 17 — "הפרה צפויה"; את הצד הזכאי להפעיל תרופות אלה — "הנפגע"; ואת הצד שכנגד — "המפר".

5.03 על הקושי העיוני שמעוררת ההכרה במוסד ההפרה הצפויה ניתן להתגבר בדרכים אחדות. דרך אחת היא לגרוס כי במצב של הפרה צפויה, שבו מסתבר כי החוזה יופר במועד הקבוע לקיומו, קיימת למעשה הפרה אקטואלית של החוזה, נוסף להפרה הצפויה ובנפרד ממנה. **החייב המופר הוא החייב בנאמנות לחוזה — חיוב משתמע הנוצר כבר מרגע עריכת החוזה. חיוב הנאמנות מחייב את הצדדים להימנע, בתקופה שמכריתת החוזה ועד לקיומו, מכל מעשה העלול למנוע בעתיד את קיום החוזה במועד שנקבע לכך.** קיומה של הפרה צפויה מלמד, לכאורה, שחיוב הנאמנות הופר. ⁶ אכן, במשטר תום הלב שחוק החוזים הכללי הנהיג במשפטנו, אין קושי לומר כי כל חוזה מעצם כריתתו מטיל על הצדדים לו חובה לנהוג בנאמנות זה כלפי זה וכלפי הקשר החוזי שנרקם ביניהם. כפירה מילולית

5 המבוכה והספקות העיוניים שעוררה תורת ההפרה הצפויה משתקפים בדיונים הטרימינולוגיים שנערכו בעבר בקשר לכינויה. באנגליה העירו מחברים כי שם התורה אינו מוצלח. ראו: ANSON'S LAW OF CONTRACT 474 (28th ed., Jack Beatson ed., 2002). בארצות-הברית הוצע לקרוא להפרה הצפויה "התנערות צפויה" (anticipatory repudiation), באשר המונח "הפרה צפויה" נראה בהקשר זה "אליפטי". ראו: ALLAN E. FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS, vol. II, 550–551 (3rd ed., 2004). אצלנו הועלה ספק טרימינולוגי דווקא לגבי תיאור ההפרה כ"צפויה": פרופ' צלטנר העיר בשעתו כי ההפרה עצמה אינה צפויה אלא מיידית, אולם היא מתייחסת לחיוב אשר יגיע לנפקותו המלאה בעתיד; זאב צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל 253, הערה 13 (התשל"ד). ואכן, בעבר כונתה ההפרה הצפויה בשם "הפרה מוקדמת" או "הפרה מקדמית". ראו ע"א 638/70 איחוד בתי ספר טכניקום נ' אדלר, פ"ד כה(2) 679, 687–688 (1971). בעבר, ברוח המשפט המקובל האנגלי, היה מקובל לראות בהתנערות (repudiation) מצד המפר "הצעה" לביטול החוזה, הצעה שהנפגע רשאי לקבל או לדחות. אם "קיבל" הנפגע את "ההצעה", החוזה פוקע והנפגע רשאי לתבוע פיצויים; אם דחה אותה — החוזה נותר על כנו ושני הצדדים מחויבים להמשיך ולקיימו. לאימוץ קו מחשבה זה בפסיקה הישראלית שקדמה לחוק התרופות ראו לדוגמה ע"א 260/57 פדווה נ' פרידמן, פ"ד יד 427, 431–432 (1960); ע"א 374/59 פרידמן נ' חסיד, פ"ד טו 1124, 1128–1127 (1961). לדחייתו של מבנה משפטי זה בחוק התרופות ראו ידין, בעמ' 146–145.

6 רעיון זה הועלה על ידי הלורד Campbell כבר בעניין *Hochster*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 690.

בחזוה או מעשים המסכלים או המעמידים בסכנה את קיום החזוה במועדו, מהווים אפוא הפרה ממשית, אקטואלית, של חובת תום הלב בקיום החזוה.⁷

לדעתנו, פתרון זה אין בו משום הסבר מלא למוסד ההפרה הצפויה. ראשית, ההסבר אינו משכנע במקרים שבהם ההפרה הצפויה מתרחשת שלא באשמתו של המפר (הצפוי) ועל אף מאמציו הסבירים לקיים את חיוביו. במקרים מעין אלה יקשה על בית המשפט לייחס למפר הפרה אקטואלית של חיוב הנאמנות או של חובת תום הלב. שנית, והוא עיקר, תורת ההפרה הצפויה מזכה את הנפגע בתרופות בגין ההפרה הצפויה, זו שטרם התרחשה, ולא בגין ההפרה האקטואלית — של חיוב הנאמנות המשתמע מהחזוה. במילים אחרות, ההפרה האקטואלית של חיוב הנאמנות אינה מסבירה את הכרת הדין בזכות הנפגע לתרופות על ההפרה האחרת, הצפויה, זו שטרם התרחשה.⁸

5.04 דרך ישירה ופשוטה יותר להצדיק את תורת ההפרה הצפויה היא לבחון את שיקולי המדיניות והערכים העשויים להצדיק הכרה במוסד משפטי מעין זה.⁹ לדעתנו, ההסבר הטוב ביותר לדוקטרינה זו נעוץ ברעיון הפשוט של "הקדמת תרופה למכה", שהוא רעיון מוסרי עתיק-יומין.¹⁰ יש הסבורים כי רעיון זה משקף עקרונות

7 אכן, במשפט הקונטיננטלי נעשה שימוש בעקרון תום הלב לביסוס זכותו של הנפגע להקדים את השימוש בתרופות. כך לדוגמה, בלואיזיאנה, שבה נהוגה שיטת משפט מעורבת המושתתת במידה רבה על הקודקס הנפוליאוני הצרפתי, ביססו את תורת ההפרה הצפויה על החיוב לנהוג בתום לב המעוגן בלואיזיאנה בסעיף 1901 של הקודקס האזרחי. ראו: James C. Gulotta, *Anticipatory Breach — A Comparative Analysis*, 50 TUL. L. REV. 927, 934 (1976) גם בגרמניה הסתמכו על עקרון תום הלב בקיום חיובים, המעוגן בסעיף 242 ל-B.G.B., כדי ליצור את דוקטרינת ההפרה הפוזיטיבית של החזוה (*i>positive vertragsverletzung*), שאחד מיישומיה הוא ההכרה ברעיון דומה לרעיון ההפרה הצפויה: TREITEL, בעמ' 381. לדין ההפרה הצפויה בקונטיננט ראו גם את המקורות המובאים לעיל בה"ש 3. גם בארצות-הברית מקובל לעתים לראות את דין ההפרה הצפויה כהשתקפות של עקרון תום הלב ולדון בו בסמוך לדין בחובת תום הלב. ראו לדוגמה את הדיון בסוגיה בספרם של: FRIEDRICH KESSLER, *GRANT GILMORE, CONTRACTS, CASES AND MATERIALS* 912 (2nd ed., 1970). לחלופין, בספרות ובפסיקה הודגשה האפשרות לראות בהתנערות מוקדמת מהחזוה הפרה אקטואלית של חיוב משתמע (*implied promise*) להימנע מכל מעשה שאינו מתיישב עם תכלית החזוה. ראו, לדוגמה: CORBIN, לעיל ה"ש 3, בעמ' 955-956. לביקורתנו על פתרון זה ראו בטקסט להלן.

8 לביקורת על השימוש בפיקציה של "תנאי מכללא" במקרים שבהם אין לרעיון זה אחיזה במציאות ראו גם: CORBIN, שם, בעמ' 955.

9 לבחינה מעמיקה של ההצדקות האפשריות של מוסד ההפרה הצפויה ראו גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 69-109.

10 ראו במקורותינו: "אל תשים ידך קשורה על עורפך" איגרת המוסר 36, מופיע אצל משה סבר מכלול המאמרים והפתגמים 151 (התשכ"א); והשוו, להבדיל: "התורה אמרה — אם בא להרגך השכם להרגו" מסכת ברכות, דף נ"ח, עמ' א'.

יסוד בשיטת המשפט הישראלית.¹¹ בתחום המשפט משמיע לנו הרעיון של "הקדמת תרופה למכה" כי כאשר קיימת הסתברות גבוהה שזכות משפטית תופר בעתיד, ראוי לאפשר לבעל הזכות לפעול באופן מיידי ומבעוד מועד להגנת זכותו. אכן, כאשר ההסתברות להפרה היא גבוהה דיה, אין זה ראוי לתבוע מבעל הזכות להמתין בחיבוק ידיים להבשלת החיוב ולהפרתו. כאשר תוחלתו ותקוותו לקיום החוזה בידי הצד השני נכזבו — ולאכזבה זו יש בסיס מוצק בעובדותיו של הסכסוך הנדון — יש לאפשר לו לפעול מבעוד מועד כדי להגן ביתר יעילות על זכויותיו החוזיות.¹²

הכרה בזכותו של הנפגע מהפרה צפויה "להקדים תרופה למכה" מתיישבת לא רק עם עקרונות של צדק והוגנות כלפי הנפגע, אלא גם עם שיקולי יעילות כלכלית ותועלת חברתית. כאשר מנסיבות העניין עולה שההפרה היא ככל הנראה עובדה מוגמרת, אין כל הצדקה כלכלית לחייב את הנפגע לשבת בחיבוק ידיים ולהמתין להתרחשות ההפרה ולנזקים הנלווים לה. כשם שמצופה מהנפגע להקטין את נזקיו לאחר קיומה של הפרה, ובמידת האפשר גם למונעם מראש,¹³ כן מוצדק להתיר לו (אם כי לא בהכרח לחייבו) להקדים ולפעול גם להקטנת נזקיה של ההפרה הצפויה.¹⁴ יתרה מזו, במקרים מסוימים עשויה תגובה מוקדמת ויעילה להפרה הצפויה למנוע את עצם התרחשותה. לדוגמה, הנפגע עשוי לתבוע ולזכות בצו לאכיפתו של החיוב שהפרתו צפויה, וכך לצמצם את הסיכון להפרה. כך ייחסכו מראש נזקים, שאין בפסיקת פיצויים בדיעבד כדי לרפאם באופן מלא. זאת ועוד, כאשר ההסתברות להתממשות ההפרה הצפויה היא גבוהה, עלולה התעלמות הנפגע ממנה להיחשב כחוסר תום לב מצידו. יתר על כן, פעולת הנפגע בהסתמך על ההפרה הצפויה עשויה לעתים לגרום למפר לחזור בו מההפרה ולתקנה מבעוד מועד.¹⁵

גם שיקולים מוסדיים תומכים בהכרה במוסד ההפרה הצפויה. האפשרות לתבוע סעדים משפטיים לאלתר מאפשרת להקדים את הבירור המשפטי וכך להביא ליישוב הסכסוך, כשהראיות הרלוונטיות עדיין זמינות וזכרונם של העדים רענן יותר.¹⁶ זאת ועוד, האפשרות להסתמך על ההפרה הצפויה מאפשרת לנפגע לקצר את משך

11 ראו בעניין זה משה גלברד "הפרה צפויה של חיוב בהצעת הקודקס האזרחי החדש" מאזני משפט ה' 229, 231–238 (התשס"ו); גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 92–100.

12 לביטויי השונים של העיקרון בדבר "הקדמת תרופה למכה" במשפט הישראלי ראו גלברד, לעיל ה"ש 11, בעמ' 236–238; גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 92–100.

13 במסגרת ההגנות בדבר הקטנת נזק ואשם תורם. מוסדות משפטיים אלה יידונו בהרחבה בפרק השביעי.

14 לשאלה, אם נטל הקטנת הנזק חל על הנפגע מהפרה צפויה, ראו להלן § 5.32 ואילך.

15 להשלכה שיש לחזרת המפר מן ההפרה על כוחו של הנפגע להגיב עליה ראו להלן § 5.42, בטקסט הסמוך לה"ש 114.

16 לשיקולים אלה ראו: JOHN D. CALAMARI & JOSEPH M. PERILLO, THE LAW OF CONTRACTS (1998), 281–282, 175.

הזמן שבו עתיד היחסים החוזיים לוט בערפל. דבר זה עשוי לתרום להגברת הוודאות והביטחון של שני הצדדים – ושל צדדים שלישיים – לגבי המצב המשפטי. לבסוף, בשל היתרונות המתוארים לעיל, מבחינתו של הנפגע-בכוח (ובמידת-מה גם מבחינתו של המפר-בכוח), עשויה ההכרה במוסד זה להתיישב עם רצונם המשוער או ההיפותטי של צדדים טיפוסיים לחוזה. נראה אפוא שניתן להצדיק את תורת ההפרה הצפויה לא רק באמצעות שיקולי מדיניות שיסודם בטובת הציבור, אלא גם לאורו של עקרון חופש החוזים, עקרון-העל של דין החוזים.¹⁷

לסיכום, מוסד ההפרה הצפויה מאפשר לנפגע "להקדים תרופה למכה" ובכך להשיג תוצאה משפטית יעילה וצודקת יותר מזו שניתן היה להשיג בגדרי דין החוזים אלמלא ההכרה בדוקטרינה.

ב. הפרה צפויה – אימת?

1. כללי

5.05 הפרה צפויה מתקיימת – על פי סעיף 17 לחוק התרופות – כאשר צד לחוזה מגלה את דעתו שלא יקיים את החוזה, או כשמסתבר מנסיבות העניין שלא יוכל או שלא ירצה לקיימו. **החוק הישראלי מבחין אפוא בין שתי חלופות עובדתיות שהתקיימות כל אחת מהן עשויה להוליד הפרה צפויה: החלופה הראשונה, הסובייקטיבית, עניינה במצב שבו התנהגות המפר מלמדת שאין בכוונתו לקיים את החיוב במועדו או שהוא סבור שלא יוכל לעשות כן;¹⁸ החלופה השנייה, האובייקטיבית, מתקיימת כאשר נסיבות העניין עצמן מלמדות שהחיוב לא יקיים במועדו. זאת, ללא קשר לרצונו ולאמונתו (הסובייקטיביים) של המפר.¹⁹**

מבחינת התוצאה המשפטית, אין חוק התרופות מייחס חשיבות למקום שבו עובר קו הגבול בין החלופות הנזכרות. יהא סוג ההפרה הצפויה אשר יהא, כל עוד

17 לדיון בהצדקה זו של מוסד ההפרה הצפויה ראו גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 103–106, וכן שם, בעמ' 107–109 (הצדקה על בסיס עקרון ההסתמכות).

18 במשפט האנגלו-אמריקני מבחינים, במסגרת החלופה הסובייקטיבית, בין כפירה מילולית בחוזה לבין התנהגות המעידה על כפירה כזו במשמע. אפשרויות אלה נופלות שתייהן תחת המושגים "renunciation" או "repudiation", להבדיל מהמושג "disablement from performance" שבו נעשה לעתים שימוש לתיאור החלופה האובייקטיבית. ראו לדוגמה TREITEL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 754; FARNSWORTH, לעיל ה"ש 5, בעמ' 559–564.

19 למעשה, נוסח הסיפא לסעיף 17, המכליל בחלופה האובייקטיבית מצבים שבהם המפר לא ירצה לקיים את החוזה, מטשטש במקצת את ההבחנה בין החלופות. נראה כי טוב היה עושה המחוקק לו הכליל את הסיפא במסגרת החלופה הראשונה, הסובייקטיבית.

קיים חשש כבד מספיק שהחוזה יופר,²⁰ זכאי הנפגע לראות את החוזה כאילו כבר הופר, על כל התוצאות הנובעות מכך.

למותר לציין, שהצורך להגדיר מהי ההפרה הצפויה הנטענת ולסווגה אל אחת משתי הקטגוריות הנזכרות קיים רק אם טרם הגיע המועד לקיום החיוב שהפרתו צפויה.²¹ בחלוף מועד זה הופכת ההפרה מהפרה צפויה להפרה מוחשית, אקטואלית. על הפרה כזו זכאי הנפגע להגיב באמצעות כללי התרופות הרגילים, וממילא אין הוא צריך – ואף אינו רשאי – להיזקק לדין ההפרה הצפויה.²²

2. החלופה הסובייקטיבית: גילוי־דעת של המפר

5.06 כאמור, גילוי־דעת של המפר שממנו עולה כי לא יקיים את החוזה (או את אחד מחיוביו) בהגיע המועד, די בו כדי לבסס עילה של הפרה צפויה. חלופת גילוי הדעת מתקיימת כל אימת שמדברי המפר או מהתנהגותו ניתן ללמוד שמבחינתו הסובייקטיבית הפרת החוזה היא עובדה מוגמרת.

הדוגמה המובהקת ביותר לגילוי־דעת היא הודעה מפורשת של החייב לנושא שאין בכוונתו לקיים את החיוב במועדו – או שאין בכוונתו לקיימו כלל. במקרה זה ניתן לומר שהחייב "כופר" בחוזה בריש גלי ומתנער ממנו, תוך הפניית עורף לאינטרסים של רעהו, הצד השני לחוזה.²³

ברם, כפירה בחוזה או התנערות מפורשת ממנו אינה המקרה היחיד שבו מתקיימת החלופה הסובייקטיבית. ראשית, **ייתכנו מצבים שבהם ניתן יהיה ללמוד**

20 דרגת ההסתברות להתרחשות ההפרה ממלאת תפקיד בעיקר במסגרת החלופה האובייקטיבית. ראו להלן § 5.10.

21 מועד זה אינו דווקא המועד שנקבע במפורש בחוזה, אלא כל מועד העולה מפירושו הנכון של החוזה או המתחייב מהוראת דין רלוונטית. ראו לדוגמה: סעיף 43 לחוק החוזים, הקובע נסיבות שבהן מועד הקיום נדחה. והשוו להוראת סעיף 41 לחוק החוזים, המורה על קיום בתוך זמן סביר ממועד כריתת החוזה. במקרה שבו הוחל דין ההפרה הצפויה, למרות שלא נקבע זמן מוגדר לקיום החיוב, ראו ע"א 635/83 אברהם נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 105, 111 (1987).

22 כך לדוגמה, הנפגע אינו זכאי להתעלם מן ההפרה לאחר שזו הפכה לאקטואלית, שעה שכל עוד מדובר בהפרה צפויה הוא זכאי לכך. ראו להלן § 5.21 ואילך.

23 מצב טיפוסי זה משתקף היטב במושג anticipatory repudiation, אחד מכינוייה של דוקטרינת ההפרה הצפויה במשפט האנגלו-אמריקני. לדוגמות מובהקות של כפירה בחוזה ראו במשפט האנגלי: Frost v. Knight [1872] L.R. 7 Ex. 111 (גילוי־דעת שלא לקיים הבטחה לשאת אישה לאחר מות אביו של המבטיח), וכן עניין Hochster, לעיל ה"ש 3. בישראל ראו ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סוראקי, פ"ד מב(4) 811, 829 (1989), שם נקבע שגילוי־דעת של בנק, שלפיו עסקה שאותה התחייב לבצע עוד באותו יום עסקים לא תבוצע במועד, הוא בגדר הפרה צפויה. והשוו לע"א 865/76 לופז נ' שושני, פ"ד לא(3) 748, 753 (1977), שבו נקבע כי הודעת העיזבון והיורשים כי לא יקיימו את חיובו של המנוח לשלם למשיב בעד העברת השליטה בחברה לידי (העברה שנעשתה בעוד המנוח בחיים) היתה בגדר "הפרה מוקדמת (צפויה)" של החיוב שהוטל עליהם בעקבות פטירת המנוח.

על גילוי־דעת שלא לקיים חיוב שבחוזו מהתנהגות אחרת של החייב, כגון מדברים שאמר לאדם שלישי, ממסמך שכתב ושהגיע לידי הנפגע, מדרך תפקודו של המפר בכל הקשור לביצוע החוזה או מאופן התנהלותו ויחסו הכללי כלפי הנפגע.²⁴ שנית, ראוי להדגיש שהודעה שהיא בגדר גילוי־דעת לענייננו אינה חייבת להינתן בזדון, מתוך רצון של המפר לפגוע בנפגע או להתחמק התחמקת מודעת מחיוביו. צד לחוזה עשוי לסבור לתומו כי הוא זכאי להתנער מהחוזה או לבטלו, אך אם טועה הוא בכך וזכות כזו אינה נתונה בידו – מתקיימת החלופה.²⁵ בדומה, יכול המפר לפעול בתום לב ובנאמנות ולהודיע לנפגע שלמרות רצונו ומאמציו אין הוא רואה כיצד יוכל לעמוד ולקיים את חלקו בחוזה.²⁶ אף על פי כן, **בכל אחד מהמקרים הללו ייחשב החייב כמי שגילה את דעתו שלא יקיים את החוזה.**

24 ראו לדוגמה: עניין אברהם, לעיל ה"ש 21, בעמ' 111, שם הסיק בית המשפט כי התקיימה החלופה הסובייקטיבית ממחלם של המערערים לנקוט פעולות סבירות לקידום עסקת הקומבינציה שאותה כרתו עם המשיבים; ע"א 674/83 דניאלסה ס.א. חברה זרה נ' "גד שט" שותפות לבניין ולהשקעות, פ"ד מא(4) 113, 123 (1987), שם התקשרות בעסקה סותרת עם צד שלישי התפרשה כגילוי־דעת להפר את החוזה; ע"א 256/89 פרץ נ' כובס, פ"ד מו(3) 557, 564 (1992), שבו נקבע כי נקיטת צעדים לקראת משכון לטובת אדם שלישי של נכס האמור להימסר לצד השני לחוזה כשהוא נקי משעבודים, עולה כדי הפרה צפויה של החוזה. והשוו: ת"א (מחוזי-חי') 801/99 חיים ישראלי ובניו בע"מ נ' נתיבי איילון בע"מ, נבו, פסקות 16–17 (2005), שבה דרישה של צד לחוזה שהופנתה כלפי משנהו, אף שלא עלתה בקנה אחד עם החוזה, לא התפרשה כהתנערות ממנו.

25 ראו ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661 (1988), שבו ניסה המפר לכפות על הנפגע את ביטולה של העסקה באמצעות משלוח הודעת ביטול. השופטת בן-פורת ראתה במשלוח "הודעת הביטול" משום הפרה יסודית של החוזה, על דרך הפרה צפויה (שם, בעמ' 671). ראו גם את עניין פרץ, שם, בעמ' 564, שבו נחזתה הודעת ביטול בלתי מבוססת של אחד הצדדים למשנהו כהפרה צפויה, למרות שהמפר סבר כי עומדת לו זכות הביטול. אך השוו באנגליה: *Woodar Investment Development v. Wimpey Construction U.K.* [1980] 1 All E.R. 571, 576 (H.L.), שם קבע בית הלורדים, מפי הלורד Wilberforce, שלמרות שאחד הצדדים ביטל את החוזה שלא כדין, הרי שהדבר נעשה תוך הסתמכות על פירוש שגוי של תניה בחוזה, ובנסיבות אלה אין זה ראוי לראות את הביטול כהתנערות מן החוזה. לדבריו: "...it would be a regrettable development of the law of contract to hold that a party who bona fide relies on an express stipulation in a contract in order to rescind or terminate a contract should, by that fact alone, be treated as having repudiated his contractual obligations if he turns out to be mistaken as to his rights. Repudiation is a drastic conclusion which should only be held to arise in clear cases of a refusal, in a matter going to the root of the contract, to perform contractual obligations". לדיון בסוגיה זו בארצות-הברית ובקנדה ראו, בהתאמה: FARNSWORTH, לעיל ה"ש 5, בעמ' 558–559; STEPHEN M. WADDAMS, *THE LAW OF CONTRACT* 420 (3rd ed., 1993).

26 ראו לדוגמה, ת"א (שלום-ת"א) 100173/99 נ.א.י. עיבוד שבבי ומבלטנות בע"מ נ' ש. כתר הדפסות בע"מ, נבו, פסקה 14 (2002), שם הודיעה התובעת מראש כי היא צופה עיכובים בייצור תבניות, הודעה ששימשה עילה טובה לביטול החוזה בידי הצד שכנגד בהסתמך על דין ההפרה הצפויה.

לסיכום יודגש, כי המושג "גילוי-דעת" מלמד על דרישה להעדה גלויה אשר ממנה ניתן יהיה ללמוד בבירור על יחסו של החייב כלפי עתיד חיוביו החוזיים. לפיכך, למרות שמבחינה מהותית מתמקדת חלופה זו במצבו הפסיכולוגי-הסובייקטיבי של המפר, הרי שעל מנת להסתמך עליה נדרש הנפגע להראות כי מצב נפשי זה קיבל ביטוי אובייקטיבי גלוי לעין. זאת ועוד, הדעת נותנת שאין הנפגע זכאי להסתמך בדיעבד על גילוי-דעת שעליו לא ידע עובר להסתמכותו על ההפרה הצפויה.²⁷

3. החלופה האובייקטיבית: הסתברות מנסיבות העניין

5.07 לעתים, ללא כל קשר לאופן שבו מתייחס החייב לחובתו לקיים את החוזה, יוכל אדם סביר המתבונן מבחוץ על המתרחש, להסיק כי קלושים הסיכויים שהחייב יקיים את המוטל עליו. במקרה כזה נחלץ סעיף 17 לחוק התרופות לעזרת הנפגע, ומאפשר לו להסתמך על דין ההפרה הצפויה גם בהיעדר גילוי-דעת ברור של המפר שאין בכוונתו או שאין ברצונו לקיים את החוזה.²⁸

בניגוד לחלופה הסובייקטיבית, אין עניינה של החלופה האובייקטיבית במצבו הנפשי של המפר ובמידת מחויבותו לחוזה, כי אם ביכולתו האובייקטיבית לעמוד

27 לדעה דומה ראו ידין, בעמ' 146. הנפקות המעשית של סייג זה היא, בין היתר, שהודעת ביטול שנתן הנפגע למפר עלולה להיות חסרת תוקף אם ניתנה בטרם נודע לו על גילוי הדעת (או על התקיימות החלופה האובייקטיבית). הטעם לכך הוא שתוקפה של הודעת ביטול נבחן בשיטתנו, ככל הנראה, בעת מתן ההודעה, ולא בדיעבד. ראו ע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ס.ע.ל.ר. חברה לבנין בע"מ, פ"ד נב(1) 210, 225 (1998), שם קבעה השופטת ביניש כי הודעת ביטול עם נימוקים שגויים אין לה תוקף, גם אם מתברר בדיעבד כי היו נימוקים אחרים שהצדיקו את ביטול החוזה. עם זאת, העניין אינו נקי מספקות. לסוגיה ביתר הרחבה ראו להלן § 8.183 ואילך.

28 ראו לדוגמה, ה"פ (מחוזית"א) 37/98 צור נ' מרכז משען, פ"מ תשנ"ז (2) 378, 388 (1998): "אין המבקשים טוענים כי 'משען' גילה את דעתו שאין בכוונתו לקיים את ההתחייבות כלפי המבקשים — היפוכו של דבר: 'משען' מצהירה כי בדעתה לקיים את כל אשר התחייבה לו... אלא, שכאמור, המבקשים סוברים כי על-ידי העברת סכומים או בטחונות עד 100,000,000 ש"ח להסתדרות, מעמידה עצמה 'משען' במצב בו לא תוכל, אף אם תרצה בכך, לקיים את התחייבותיה." בנסיבות המקרה נקבע, כי לא הוכח שהעברת הכספים תסכל את קיום החוזה, ולפיכך נדחתה הטענה בדבר קיומה של הפרה צפויה. לדוגמות נוספות להכרה בהפרה צפויה במסגרת החלופה האובייקטיבית ראו: ע"א 4162/02 רנדור נ' דרור מהנדסים (1990) בע"מ, פ"ד נח(4) 193, 199–200 (2004), שם קבע השופט גרוניס, בפסקה 6, כי הפרת החוזה היתה צפויה לא רק בעקבות גילוי הדעת של המשיבה אלא גם לנוכח מצבה הכלכלי הקשה שהיה גלוי וידוע לשני הצדדים. והשוו לת"א (מחוזיים) 3127/01 וילציג נ' מרדכי אביב מפעלי בנייה בע"מ, נבו, פסקות 13–14 (2003), שם העובדה שנתרו שבעה חודשים בלבד עד למועד המיועד למסירת דירה בבנייה, לא התפרשה כנסיבה שניתן ללמוד ממנה על הפרה צפויה של החוזה.

בדרישות החוזה ולבצען במועד. המדובר במבחן אובייקטיבי של סבירות: אם סביר להניח שלא ניתן יהיה לקיים את החוזה במועדו, יחול דין ההפרה הצפויה. זאת, ללא תלות ביחסו הסובייקטיבי של המפר כלפי ההפרה. נניח לדוגמה, שבחודש ינואר מתחייב ראובן כלפי שמעון בחוזה מכר להעביר לו, עד לחודש אוגוסט, את כל הזכויות בדירתו כשהן נקיות משעבודים כלשהם. אם בתקופת הביניים שבין ינואר לאוגוסט ימשכן ראובן לטובת לוי את הדירה, עשוי שמעון לראות בכך הפרה צפויה של חוזה המכר. זאת, גם לנוכח אמונה (סובייקטיבית) של ראובן כי עד לחודש אוגוסט יוסר המשכון מהדירה.

5.08 ראוי לציין, כי החלופה האובייקטיבית חלה בדין הישראלי לא רק כאשר קיום החוזה נמנע בשל מעשה או מחדל של המפר (כגון שהמפר התרשל בקיום חיוביו), אלא גם כאשר הקיום נמנע בשל התערבותו של גורם חיצוני, אנושי או על-אנושי (כגון שהנכס שהובטח נגנב או נפגע ברעידת אדמה).²⁹ מכאן גם נגזרת המסקנה, שבמשפטנו תיתכן עקרונית תחולה מקבילה, ברוזמינית, של דין הסיכול ושל דין ההפרה הצפויה גם יחד. שילוב זה מתאפשר, שכן הצד הלא-מקיים במצב של סיכול נחשב בשיטתנו כמפר.³⁰ עובדה זו יוצרת לכאורה קושי, שכן מכוח דין הסיכול פטור המפר מתרופות האכיפה ופיצויי הקיום, ואילו במצב של הפרה צפויה חשוף הוא לכל התרופות כולן. על קושי לכאורי זה ניתן להתגבר בעזרת הכלל הפרשני, שלפיו נורמה מיוחדת גוברת על נורמה כללית. דין הסיכול הוא דין מיוחד ביחס לדין ההפרה הצפויה, שכן הוא חל רק על חלק מהמצבים הנכללים בחלופה האובייקטיבית – אלה שבהם אי היכולת לקיים נובעת מאירוע בלתי צפוי ובלתי נמנע. לפיכך, במקרה של תחולה מקבילה יש ליתן עדיפות לדין הסיכול על פני דין ההפרה הצפויה.³¹ התוצאה היא, שכאשר מתקיימים בד-בבד תנאיהם של סעיפים 17 ו-18(א) לחוק התרופות, יחול דין הסיכול. המפר יהיה חשוף לביטול החוזה ולתביעת השבה הנובעת ממנו, אך לא לתביעה לאכיפה ואף לא לתביעה לפיצויי קיום.³²

29 בכך נבדל הדין בישראל מהדין האנגלו-אמריקני, שבו הקטגוריה האחרונה נכללת בדין הסיכול, ואילו דין ההפרה הצפויה מוגבל למצבים שבהם אי הקיום נגרם כתוצאה מהתנהגותו של המפר: "Disablement need not be 'deliberate'... but the disablement must be due to the party's 'own act or default'". TREITEL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 754. הפרדה זו, שטושטשה אצלנו בעקבות נוסחו הרחב של סעיף 17 לחוק התרופות, שבה ואומצה מחדש בהצעת הקודיפיקציה. ראו להלן § 5.09.

30 ראו סעיף 18(א) לחוק התרופות, וכן שלו, בעמ' 626.

31 לדעה דומה ראו ידין, בעמ' 154.

32 להבדיל מתשלום פיצויי הסתמכות, שהמפר עלול להיות מחויב בו בהתאם לסעיף 18(ב) לחוק התרופות.

5.09 בהצעת הקודיפיקציה מוצע ליצור הפרדה ברורה בין מצבים של סיכול (לרבות סיכול צפוי) מחד גיסא, לבין מצבי ההפרה (לרבות הפרה צפויה), מאידך גיסא. הפרדה זו תושג בשתי דרכים. ראשית, דין הסיכול הנוהג כיום ישונה, כך שסיכול חוזה – בין שהוא אקטואלי ובין שהוא צפוי – יוגדר כאירוע המפקיע את תוקף החוזה, ולא כהפרה שלו.³³ שנית, כדי למנוע אפשרות שדין ההפרה הצפויה יחול גם במצבים של סיכול, יאומץ נוסח שיבהיר כי הפרה צפויה חלה אך ורק במצבים שבהם אי הקיום הצפוי עולה כדי הפרה.³⁴ שילובן של הוראות אלה מבטיח תוצאה ראויה: דין ההפרה הצפויה, המקנה לנפגע זכאות לתרופות, לא יחול על מצבים של סיכול צפוי של החוזה – שבהם אין החייב אחראי לאי קיום החיוב במועדו.

גם במסגרת החלופה האובייקטיבית, כמו בחלופת גילוי הדעת, נראה כי יש צורך שהנסיבות שמהן מסתברת ההפרה יגיעו לידיעת הנפגע, כדי להקים לו עילה לתרופות.³⁵

4. דרגת ההסתברות הנדרשת

5.10 מהי דרגת ההסתברות הנדרשת לצורך תחולתו של סעיף 17 לחוק התרופות? האם כדי להסתמך על אחת החלופות שבסעיף 17 על הנפגע להשתכנע שקיימת ודאות מוחלטת לכך שהחיוב לא יקום במועדו? האם די בחשש סביר להתרחשות ההפרה? הנדרשת ודאות קרובה? שמא די בהוכחה בדרגת ההסתברות הרגילה הנהוגה במשפטים אזרחיים, קרי, דרגת הסתברות של "מאזן הסתברויות"? חוק התרופות שלנו אינו מספק מענה לשאלות חשובות אלה. גם הפסיקה בישראל לא קבעה עד כה מהי דרגת ההסתברות הנדרשת להפעלתה של תורת ההפרה הצפויה.³⁶ עיון בספרות המשפטית מעלה, שלמרות קיומם של ניסוחים

33 ראו סעיף 132(א) לתזכיר הקודקס, וכן שלו, בעמ' 646.

34 ראו סעיף 496 לתזכיר, הקובע את הזכות לתרופות רק כאשר "גילה החייב את דעתו שלא יקיים את החיוב או שברור בנסיבות העניין כי קרוב לוודאי שיופר החיוב..." [ההדגשות שלנו].

35 לנפקות האפשרית של דרישה זו ראו לעיל ה"ש 27.

36 בפסק דין של בית משפט השלום נקבע כי נדרשת דרגת הסתברות גבוהה ביותר עד כדי ודאות, וכי אין די בחשש ואפילו בחשש סביר להתממשות ההפרה. ראו ת"א (שלום-ת"א) 20427/93 גולדשטיין נ' קדמת עדן בע"מ, תק-של 96(3) 2716, 2725 (1996). בפסק דין אחר של אותה דרגה נקבע, שאין די בחשש סביר, ונדרשת "רמת ודאות גבוהה". ת"א (שלום-ראשל"צ) 823/02 כפר המכביה בע"מ נ' אמריליו דייבי, נבו, פסקה 33 (2005). השוו לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בע"ש (מחוזי-ים) 195/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי, פ"מ תשס"ג (1) 481, 609–610 (2004), שם נפסק כי, להבדיל מדין ההפרה הצפויה, הפעלת זכות עיכובן על ידי בנק לשם הבטחת פירעון חוב אינה מותנית בקיומה של ודאות לגבי אי פירעון במועד, ודי בחשש סביר להפרתו של חוזה ההלוואה. דרישה מקילה

שונים למבחן הראוי, קיימת בדרך כלל הסכמה שדרגת ההסתברות או הוודאות הנדרשת לשם ביסוסה של ההפרה הצפויה חייבת להיות גבוהה. חשש גרידא – ואפילו חשש סביר – אינם נחשבים כמספיקים לשם כך.³⁷

ד"ר משה גלברד הציג דעה מקורית, שלפיה המבחן הראוי הוא מבחן משולב המתחשב בחומרת ההפרה הצפויה מזה ובדרגת ההסתברות מזה. על פי גישה זו, בהינתן הפרה קלה יחסית, תידרש רמת ההסתברות של ודאות או של כמעט ודאות; בעוד שלגבי הפרות חמורות ניתן יהיה להסתפק בדרגת ההסתברות נמוכה יותר.³⁸

5.11 לדעתנו, בקביעת רמת ההסתברות הנדרשת לתחולת דין ההפרה הצפויה, מן הראוי להבחין בין שתי החלופות שבסעיף 17. בהקשר לחלופה הראשונה, הסובייקטיבית, נראה לנו שאין לייחס משקל רב מדי, בוודאי לא משקל מכריע, לשאלת ההסתברות (האובייקטיבית) לכך שהחייב יופר בהגיע מועד קיומו. הטעם לכך הוא שהעילה ל"הקדמת התרופה למכה" במסגרת חלופה זו אינה טמונה בחוסר היכולת האובייקטיבי של המפר לקיים את החוזה, אלא באי נכונותו לעשות כן. כדי ליהנות מדין ההפרה הצפויה די לו לנפגע שיצביע על גישתו השלילית של המפר כלפי קיום החוזה. אין הוא חייב להצביע על הסתברות גבוהה או קרובה לוודאי לכך שהמפר יתמיד בגישה זו עד למועד הקיום.³⁹ השאלה המכרעת בהקשר לחלופה הסובייקטיבית אינה אפוא דרגת ההסתברות להתרחשותה של ההפרה, אלא מידת הנחרצות של המפר בגישתו השלילית כלפי אפשרות הקיום.⁴⁰

יותר של "סבירות גבוהה" להתרחשות ההפרה הצפויה נזכרה בבש"א (מחוזית"א) 5868/04 ר"ח קדרון נ' לוי, נבו, פסקה 8 (2004).

37 ראו לדוגמה גבריאלה שלו דיני חוזים 477, 480 (מהדורה שנייה, התשנ"ה), שם קראה המחברת לאימוץ אמת מידה של הסתברות "חד-משמעית", והשוו לעמדתו של מיגל דויטש ביטול חוזה בשל הפרתו 134–135 (התשנ"ג), המצדד בדרישה ל"וודאות קרובה". משה גלברד במאמרו, לעיל ה"ש 11, בעמ' 239, בהערה 40, מסתמך על דברי דוד קציר תרופות בשל הפרת חוזה 151, הערה 6 (התשנ"א), כדוגמה לדעה שונה, שלפיה די בהסתברות רגילה של "מאזן הסתברויות". אולם נראה כי הדברים נאמרו שם בהקשר ספציפי ושלא בתורת עיקרון כללי. גם מדברי פרופ' ידין ניתן להתרשם שהמבחן הראוי לדעתו הוא מבחן רגיל של סבירות, ולא דווקא מבחן של הסתברות גבוהה במיוחד. ראו ידין, בעמ' 147.

38 גלברד, לעיל ה"ש 11, בעמ' 239–241; גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 129–133. גלברד אף מציע שם להבחין, לעניין דרגת הוודאות הנדרשת, בין הפרה צפויה המשמשת בסיס לתביעת תרופות מתוננות יחסית, שעניינן בקיום החוזה (דוגמת אכיפה ופיצוי קיום), לבין הפרה צפויה המשמשת כעילה לביטול החוזה, שהיא תרופה חריפה וקיצונית יותר, המנתקת את הקשר החוזה. לדיון בהבדל זה בין תרופות האכיפה והפיצויים לבין תרופת הביטול ראו גם להלן §§ 8.88–8.89, 8.180.

39 שונה המצב כאשר עולה מגילוי הדעת של המפר עצמו שההפרה הצפויה נובעת מקושי אובייקטיבי, להבדיל מגישה שלילית של המפר כלפי החוזה. במקרה כזה מתקיימת חפיפה בין החלופות, ושאלת ההסתברות שבה והופכת למהותית.

40 לגישה דומה ראו גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 126–127: "בהפרה צפויה שמקורה בהצהרת

5.12 בשאלה זו אנו סבורים שמן הראוי לאמץ גישה מחמירה, אשר תתנה את התקיימות החלופה הסובייקטיבית בגילוי-דעת ברור ונחרץ. הטעם לכך כפול. ראשית, המונח "גילוי-דעת" עצמו מרמז על דרישה להבעת עמדה ברורה והחלטית מצידו של המפר. שנית, מבחינתו של המפר, מנגנון ההפרה הצפויה הוא מנגנון פוגעני המתערב בהקצאת הסיכונים הראשונית שעליה הסכימו הצדדים בחוזה שביניהם. מטעם זה ראוי לנקוט משנה זהירות בהפעלתו. נימוקים אלה מוליכים למסקנה שגילוי הדעת, אף כי אין הוא חייב להיות מפורש, חייב להיות ברור וחד-משמעי, על מנת שיבסס עילה להפעלת דין ההפרה הצפויה.⁴¹

5.13 שאלת ההסתברות מתעוררת במלוא עוזה במסגרת החלופה השנייה, האובייקטיבית. במצבים הנופלים במסגרת חלופה זו, שאלת התקיימותה של הפרה צפויה תוכרע על פי הערכה אובייקטיבית של הסיכוי לקיום החוזה במועד. כאן שיקולי המדיניות העומדים ביסוד תורת ההפרה הצפויה, כמו גם החשש מפני התערבות שיפוטית בלתי מוצדקת בהקצאת הסיכונים החוזית, מחייבים, לדעתנו, דרישה ראייתית מחמירה. כנקודת מוצא נראית לנו הגישה הדורשת כי ההסתברות להתממשות ההפרה תהא גבוהה ביותר, קרי, קרובה לוודאי. עם זאת, כאשר השלכות ההפרה מבחינת הנפגע עלולות להיות חמורות או כאשר אין הנפגע מבקש לבטל את החוזה (אלא, לדוגמה, רק להבטיח את קיומו באמצעות צו מוקדם לאכיפה), יש מקום להקל מעט בדרישה להסתברות הקרובה לוודאי. במקרה כזה ניתן יהיה להסתפק באמת מידה מופחתת של "סבירות גבוהה" או של "חשש ממשי" להתרחשות ההפרה.⁴² מכל מקום, חשש גרידא, ואפילו חשש סביר לאי עמידה בהתחייבויות החייב, אינו מצדיק היוקקות למנגנון ההפרה

כוונות אין מתעוררת, בדרך כלל, שאלת ההסתברות, שהרי... ברור כי צד לחוזה שגילה דעתו על כוונתו שלא לקיים את חיוביו יכול, באותה המידה, לחזור בו מהצהרתו זו. תורת ההפרה הצפויה מכירה בכך, שלמרות שהצהרת כוונות היא על פי מהותה, 'אירוע' הפיך, הרי בדרך כלל די בה כדי לבסס טענת 'הפרה צפויה' מצד הנפגע.

41 ראו בדומה אצל גלברד, לעיל ה"ש 11, בעמ' 239: "...הפרה צפויה מתרחשת כאשר גילוי הדעת הוא ברור וחד-משמעי...". גישה דומה נהוגה גם בארצות-הברית ובאנגליה. ראו לדוגמה את דבריו של TREITEL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 754: "Renunciation requires a 'clear' and 'absolute' refusal to perform. The conduct need not be express but can take the form of conduct indicating that the party is unwilling, even though he may be able, to perform". ראו גם FARNSWORTH, לעיל ה"ש 5, בעמ' 606: "A party's expressions of doubt as to its willingness or ability to perform do not constitute a repudiation"

42 כאשר הנפגע תובע אכיפה (מוקדמת) אין בכך כדי להעמיס על המפר נטל מוגבר החורג מהקצאת הנטלים המקורית שבחוזה. לפיכך אין בתביעה כזו, בדרך כלל, משום סיכון מיוחד מבחינתו של המפר. בנושא זה אנו מצרפים דעתנו לדעתו של גלברד, לעיל ה"ש 11, בעמ' 241.

הצפויה.⁴³ החלת דין ההפרה הצפויה אפשרית היא — על פי הצדקותיה של תורת ההפרה הצפויה — רק כאשר ניתן לראות את ההפרה הצפויה כאילו כבר התרחשה. דרישה זו מחייבת להציב רף ראייתי מחמיר בפני הטוען להתקיימותה של הפרה כזו.

5.14 עם זאת, ראוי להדגיש שנפגע הניצב אל מול חשש סביר לאי קיומו של החוזה בעתיד — אף שאין הוא זכאי להסתמך על דין ההפרה הצפויה שבסעיף 17 לחוק התרופות — אינו מחוסר הגנה משפטית. כפי שהובהר בפרק הקודם, דין השעיית החיובים מתיר לנושה, הניצב בפני חשש סביר להפרתו של חיוב שהוא מעיקרי החוזה, לדרוש מהחייב ערובה מספקת לקיום חיוביו, ואף להשעות את קיום חיוביו הנגדיים (של הנפגע) כל עוד ערובה כזו לא הומצאה.⁴⁴ סירובו של החייב להעמיד בטוחה מספקת במצב כזה עלול להתפרש כגילוי־דעת בדבר כוונתו להפר את החוזה או, לחלופין, להגדיל את ההסתברות להפרה צפויה במסגרת החלופה האובייקטיבית. בתגובה לסירוב בלתי מוצדק כזה, יוכל אפוא הנושה בדרך כלל לשוב ולהסתמך על דין ההפרה הצפויה.⁴⁵

אכן, בארצות־הברית זכה עקרון הבטוחה הנאותה (adequate assurance) להכרה רחבה, והוא מעוגן במפורש בהוראת סעיף 2-609 לקודקס המסחרי האחיד (UCC), דבר חקיקה שאומץ כדין מחייב במרבית המדינות. הוראה זו קובעת כי צד שלא סיפק לרעהו בטוחה נאותה אל מול חשש סביר להפרת החוזה מצידו, יראוהו כמי שהפר את החוזה הפרה צפויה.⁴⁶

43 ראו לדוגמה את עניין קדרון, לעיל ה"ש 36, פסקה 8, שם נקבע שצו להקפאת הליכים שניתן נגד חברה קבלנית אין בו, כשלעצמו, כדי להצביע על הפרה מצד החברה, ואפילו לא על הפרה צפויה, אם לא ניתן להצביע על שיבושים שחלו בפועל בביצוע החוזה.

44 ראו לעיל 4.22–4.23, § 4.30(62).

45 ראו לדוגמה את עניין כפר המכביה, לעיל ה"ש 36, בפסקה 34, שם נקבע שכאשר המציאות האובייקטיבית "זועקת" ומצביעה על הפרה צפויה, נשמט הטעם הכלכלי לביצוע החיוב החוזי, אלא אם כן יובטח תחילה הביצוע הנגדי מצד המפרה־הצפוי. בנסיבות העניין, התעורר חשש של ממש שהחייב, שהזמין אולם כנסים, לא יוכל לכסות את עלות ההזמנה. נקבע, כי חשש זה הצדיק דרישה מצד הספק להקדמת התשלום כתנאי להעמדת השירותים שנדרשו לביצוע הכנס.

46 UNIFORM COMMERCIAL CODE (1952) accessible at: <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc-table.html> (להלן: UCC). לדיון מפורט במוסד הבטוחה הנאותה וביחסי הגומלין בינו לבין דוקטרינת ההפרה הצפויה ראו גלברד, לעיל ה"ש 11, בעמ' 251. הזכות לדרוש בטוחה נאותה לקיום החוזה לנוכח הפרה צפויה — ולהשעות את קיום החוזה בתקופה שעד להמצאתה — מעוגנת כיום בעקרונות דין החוזים האירופי. ראו: § 8.1055(1) (Assurance of Performance) PECL, הזכות להשעיית חיוב לנוכח הפרה צפויה מעוגנת גם בנפרד, בסעיף 9.201 ל-PECL, שכותרתו "Right to Withhold Performance". דין דומה נקבע בעקרונות לחוזים מסחריים: § 7.3.4 PICC.

5.15 אצלנו, הצעת הקודקס מייבאת מהמשפט האמריקני את מוסד הבטוחה הנאותה ומעגנת אותו במשפט הישראלי. סעיף 128(ב) לתזכיר הקודקס קובע:

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

סעיף זה אינו קובע אמנם במפורש כי אי המצאת הבטוחה כנדרש עולה כדי הפרה צפויה של החוזה, אולם, כאמור לעיל, הדעת נותנת שבמקרים רבים תתבקש מסקנה זו כמו מאליה.

5. הפרה צפויה – כל הפרה או הפרה יסודית בלבד?

5.16 האם תנאי לתחולתו של סעיף 17 לחוק הוא כי החיוב שעתיד להיות מופר יהיה מעיקרי החוזה, קרי, חיוב שהפרתו הצפויה תהווה הפרה חמורה ויסודית? מחד גיסא, ניתן לגרוס שאין הצדקה להפעלת המנגנון האגרסיבי שתורת ההפרה הצפויה מעמידה לרשות הנפגע בתגובה להפרות שוליות או צדדיות של החוזה, שאינן מעמידות את המפעל החוזי כולו בסכנה. היזקקות למנגנון מרחיק לכת זה, הטומן בחובו את האפשרות לבטל את החוזה ולהסתלק ממנו עוד בטרם הופר, מוצדקת רק כאשר הנפגע ניצב אל מול הפרה צפויה בוטה וטוטלית של החוזה. לגישה כזו ניתן אף למצוא תימוכין מסוימים בלשונו של סעיף 17, המדבר על גילוי־דעת או על הסתברות שהמפר לא יקיים את “החוזה” כולו, להבדיל מאי קיום חיוב מחיוביו.⁴⁷

מאידך גיסא, ניתן לומר כי מסעיף 1 לחוק התרופות, המגדיר “הפרת חוזה” באופן מרחיב הכולל כל הפרה של חיוב מחיובי החוזה, מתחייבת דווקא מסקנה

47 גישה כזו הובעה בעבר על ידי המחברת. ראו שלו, לעיל ה”ש 37, בעמ’ 477–478, וכן שם, בעמ’ 479: “בדרך כלל, נסיבות המצביעות על כך שהחוזה יקיים באיחור, אינן יוצרות הפרה צפויה. כדי שתתקיים הפרה צפויה צריכה לעלות מן הנסיבות המסקנה כי החוזה לא יקיים בכלל.” ראו גם: Gabriela Shalev, *Remedies on Anticipatory Repudiation*, 8 *Isr. L. Rev.* 123, 131–133 (1973). הגישה, שלפיה רק הפרה מהותית של החוזה מקימה עילה להפעלת דין ההפרה הצפויה, מקובלת בארצות־הברית ובאנגליה. ראו לדוגמה את סעיף 250 ל־RESTATEMENT המדבר על “total breach”, והשוו לסעיף 2-610 ל־UCC, הדורש כי הפרה תפגע באופן ממשי בערכו של החוזה מבחינת הנפגע. עמדתו של המשפט האנגלי בשאלה זו נחרצת פחות ונראה כי קיימים תימוכין גם לגישה שונה, שלפיה ניתן לבטל חוזה גם בשל הפרה צפויה שאינה יסודית. ראו TREITEL, בעמ’ 379–380; TREITEL, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 758–759. לא מצאנו בספרות זכר להגבלה דומה במקרה של תביעת פיצויים. יצוין, כי תביעת אכיפה אינה אפשרית כלל במשפט האנגלי במקרה של הפרה צפויה, גם לא בתגובה להפרה יסודית. לדיון במושג “הפרה יסודית” ראו להלן § 8.52 ואילך.

פרשנית הפוכה.⁴⁸ זאת ועוד, ניתן לטעון כי הדרישה להפרה יסודית תפגע ללא הצדקה מספקת ביכולתם של נפגעים בכוח להגן על עצמם בעילות מפני הפרות עתידיות ברורות וודאיות – אם כי לאו דווקא יסודיות – של החוזה.⁴⁹ לעמדה מרחיבה זו ניתן למצוא תימוכין בפסיקתו של בית המשפט העליון, אם כי אגב אורחא בלבד.⁵⁰

לדעתנו, כנקודת מוצא, עדיפה היא העמדה המצמצמת, המבקשת להחיל את תורת ההפרה הצפויה אך ורק על הפרות יסודיות. עם זאת, במקרים חריגים, ייתכן שיש מקום לאפשר לנפגע להסתמך גם על הפרה צפויה של חיוב שאינו עיקרי. זאת, במיוחד כאשר נעלה מכל ספק שההפרה אכן תתרחש בהגיע מועד הקיום, או כאשר המתנה למועד הקיום תזיק לנפגע ולא תשרת אינטרס לגיטימי כלשהו של המפר. במצבים אלה אין זה ראוי לחייב את הנפגע לשבת בחיבוק ידיים ולהמתין בחוסר מעש להתממשות ההפרה רק משום שאין מדובר בהפרה יסודית. אם, לדוגמה, מסרב המוכר לספק אחד מרכיבי הממכר כמוסכם, יוכל הנפגע לתבוע את אכיפת החוזה על המוכר, וזאת – גם אם אין מדובר באי־התאמה המונעת הנאה מן הממכר. בדומה, אם בדוגמה הנזכרת מתברר כי לא ניתן לתקן או להחליף את הרכיב שהובטח, יוכל הנפגע להקדים ולתבוע פיצויים בשל הפרתו הצפויה. לבסוף, אם גלוי וברור כי לא ניתן לתקן את ההפרה הלא־יסודית, יוכל הנפגע גם לבטל את החוזה, ובלבד שנתן למפר ארכה שלא מוצתה על ידיו – בין משום שאין המפר רוצה לחזור בו מן ההתנכרות לחוזה (בחלופה הסובייקטיבית), ובין משום שאין בכוחו לסלק את הנסיבות האובייקטיביות שמהן מסתברת, בוודאות קרובה, הפרתו הצפויה (והלא־יסודית) של החיוב.

6. הפרה צפויה של חוזה על תנאי

5.17 שאלה מעניינת מתעוררת במצב שבו ההפרה הצפויה מתרחשת בחוזה

48 זו היתה גישתם של ידין וצלטר. ראו בהתאמה ידין, בעמ' 148; צלטנר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 254, בטקסט הסמוך להערה 17.

49 לדעה זו ראו דויטש, לעיל ה"ש 37, בעמ' 134.

50 ראו את דברי השופט שמגר בע"א 594/75 ג'רבי נ' הייבלום, פ"ד (2) 673, 679 (1976): "אך מובן הוא כי גם לעניין זה [ביטול חוזה בשל הפרה צפויה] שרירה וקיימת האבחנה – בדבר דרכי ביטול – בין הפרה יסודית לבין הפרה לא־יסודית." כן ראו ע"א (מחוזי־ים) 4262/98 ש. אסולין פסיפס 1991 בע"מ נ' בן אבו חברה לבנין ולפיתוח בע"מ, נבו, פסקה 4 (1999), שם נזכרה האפשרות של ביטול חוזה בשל הפרה צפויה לא־יסודית, אפשרות שלא נוצלה על ידי הנפגע, שלא נתן ארכה למפר לתיקון ההפרה (שהתבטאה באי תשלום מלוא התמורה כמתחייב).

על תנאי.⁵¹ האם — וכיצד — מושפעת זכותו של הנפגע לתרופות מכך שהחוב מהפרתו צפויה מותנה בתנאי (מתלה או מפסיק)?

סעיפים 27–29 לחוק החוזים, המסדירים במשפטנו את הסוגיה של חוזה על תנאי, אינם מספקים מענה ברור לשאלה זו. סעיף 27(ג) לחוק עוסק אמנם בהפרה צפויה של חוזה על תנאי, והוא מעניק לנפגע זכות לתבוע סעדים שעניינם במניעת ההפרה עוד לפני התקיימות התנאי. אולם הסדר זה הוא חלקי בלבד: ראשית, לפי לשונו, אין הוא חל על חוזה המותנה בתנאי מפסיק אלא על חוזה על תנאי מתלה בלבד. שנית, הסעיף עוסק בסעדי מנע בלבד ואינו מתייחס לפסיקת סעדים אחרים, כגון ביטול ופיצויים, שאף הם עומדים לרשות הנפגע מהפרה צפויה. שלישית, קיים ספק לגבי טיבם של סעדי המנע הנזכרים בסעיף 27(ג) — האם עניינם אך במניעת סיכולו של התנאי המתלה עצמו או שמא במניעת כל הפרה של חיוב הנכלל בחוזה המותנה? נשאלת אפוא השאלה לאלו תרופות זכאי, אם בכלל, הנפגע מהפרתו הצפויה של חיוב על תנאי (מתלה או מפסיק).

קשה למצוא בפסיקה תשובה ברורה לשאלה זו, ובספרות נחלקו הדעות לגביה. לפי גישה אחת, אין הצדקה להחיל את סעיף 17 לחוק התרופות על חוזה על תנאי מתלה, ואף לא על חוזה על תנאי מפסיק. זאת, בשל אופיים הגולמי והספקולטיבי של החיובים הכלולים בחוזים אלה.⁵² לפי גישה מצמצמת זו, סעדי המנע שבסעיף 27(ג) לחוק החוזים אינם אלא סעדי עזר זמניים שנועדו למנוע מצד לחוזה לפעול באופן שיסכל את התנאי המתלה. אין הם מעניקים לנפגע זכות לתבוע את אכיפתו של חיוב על תנאי, שהפרתו צפויה להתרחש אם וכאשר יתקיים התנאי המתלה.⁵³ מנגד, קיימת דעה הרואה בחוזה על תנאי מתלה חוזה לכל דבר ועניין, שחוביו ראויים להגנת דין ההפרה הצפויה. זאת, כמובן, בשינויים המחויבים מכך שבשלב ההפרה (הצפויה) אין עדיין כל ודאות שהחוב הנדון היה יוצא אל הפועל.⁵⁴

51 לדין כללי בחוזה על תנאי ראו שלו, פרק 21.

52 לטיעון זה ראו גלברד, לעיל ה"ש 11, בעמ' 242, בהערה 48: "אינטרס ההסתמכות של הנפגע הפוטנציאלי [בחוזה על תנאי מתלה] חלש יותר ואין הצדקה לכך שההגנה כנגד הפרתו של החיוב החוזי העתידי תהיה שווה בעוצמתה לזו שניתנת לנפגע מהפרה צפויה בחוזה רגיל." כן ראו שם, בעמ' 245, את מסקנתו כי גישה דומה ראוי לנקוט גם כאשר לחוזה על תנאי מפסיק.

53 גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 168–169.

54 דעה זו הביע דניאל פרידמן במאמרו "הערה למשמעות המושג 'חוזה על תנאי' שבסעיף 27 לחוק החוזים" עיוני משפט ח 578, 579 (התשמ"ב). גישת ביניים הובעה על ידי פרופ' טדסקי. טדסקי סבר כי יש תחולה עקרונית לסעיף 17 לחוק התרופות על חוזה על תנאי מתלה, אלא שמבחינה מעשית יהיה קשה להצדיק מתן תרופה של אכיפה או של פיצויים בגין הפרתו הצפויה של חוזה כזה. Guido Tedeschi, *On the Efficacy of A Conditional Contract*, 18 *ISR. L. REV.* 7, 14 (1983). כמוכר בטקסט להלן, עמדתנו שלנו דומה.

5.18 לדעתנו, אין להפלות לרעה את החוזה המותנה בתנאי מתלה – לא כל שכן את החוזה המותנה בתנאי מפסיק – לעניין תחולתו הפוטנציאלית של דין ההפרה הצפויה: מן הראוי להחיל על שניהם את הוראות סעיף 17, לצד הוראות סעיפים 27–29 לחוק החוזים. אשר לחוזה על תנאי מפסיק – בתקופה שעד להתקיימות התנאי חוזה זה הוא בעל תוקף מלא. לפיכך, אין כל קושי להחיל עליו את דין ההפרה הצפויה, לפחות כל עוד לא הוכח בדרגת ודאות מספקת כי התנאי המפסיק היה מתקיים גם בלא קשר להתנהגותו של המפר, כך שהאחרון היה זוכה ממילא בפטור מקיום החיוב.

שונה המצב כאשר לחוזה על תנאי מתלה. כאן, מבחינה מעשית, יביא יישומו של דין ההפרה הצפויה – גם אם יוחל במלואו – למסקנה שאין הצדקה לפסוק לנפגע תרופה של אכיפה או של פיצויים. הטעם לכך הוא פשוט: כל עוד לא נתקיים התנאי המתלה, קיים ספק ממשי בשאלה אם החיוב המותנה יגיע בכלל לידי השתכללות ויהפוך לחיוב אופרטיבי. ספק ממשי זה באשר לגורל החיוב החוזי משליך בתורו על קיומו של ספק ממשי בשאלה אם אי קיומו של חיוב זה בעתיד יעלה כדי הפרה: כל עוד אין יודעים אם המפר יהיה חייב בעתיד לקיים את החוזה, לא ניתן גם לדעת אם סירובו או חוסר יכולתו לקיים את החיוב יהפכו בעתיד להפרה של החוזה, אם לאו.

אולם דברים אלה, שיפים הם לעניין תרופות האכיפה והפיצויים, מאבדים מכוחם ככל שמדובר בתרופת הביטול. אכן, מדוע זה תישלל מהנפגע הזכות לנתק את קשריו המשפטיים עם אדם המגלה את דעתו – אפילו בטרם נתקיים התנאי המתלה – כי בכל מקרה אין בכוונתו לקיים את החוזה? גילוי-דעת שכזה הוא בגדר הפרת אמון, וזו עשויה להצדיק, כשלעצמה, את ביטול החוזה בידי הנפגע. זאת, במיוחד אם החיוב שהפרתו צפויה הוא מעיקרי החוזה, כך שאי קיומו יהווה הפרה יסודית.

לא זו אף זו: אין זה מן הנמנע שספק שקינן בלב הצדדים לחוזה בעת כריתתו, באשר להתקיימות התנאי המתלה (או המפסיק), יוסר לאחר זמן מה לחלוטין או לפחות במידה ניכרת. מרגע זה ואילך, אף שהתנאי עצמו טרם התקיים, קיימת ודאות רבה לגבי התקיימותו, ולפיכך גם לגבי שאלת תוקפו של החוזה בעתיד. במקרים אלה אין כל קושי לראות צד לחוזה השולל מעצמו מראש את יכולת הקיום, או המגלה שאין ברצונו לקיים את החוזה, כמי שמפר אותו הפרה צפויה. הפרה זו, ככל הפרה צפויה אחרת, עשויה להצדיק לא רק את ביטול החוזה אלא גם תביעה לאכיפתו (כפוף להגבלה הקבועה בסיפא לסעיף 17 לחוק התרופות) או לפיצויים בגין הפרתו העתידית, הצפויה.

ג. תוצאותיה של ההפרה הצפויה

1. ברירת הנפגע: התעלמות או הסתמכות

5.19 על פי סעיף 17 לחוק התרופות, כאשר מתקיימת הפרה צפויה זכאי הנפגע לתרופות. "זכאי" נאמר – "חייב" לא נאמר. הפעלת דין ההפרה הצפויה היא אפוא ברירה, אופציה הניתנת לנפגע. אופציה זו פותחת לפניו דרך פעולה נוספת בלא לגרוע מדרך המלך של דין התרופות המסורתי, קרי: המתנה להתרחשותה של הפרה אקטואלית ותגובה עליה.⁵⁵ התקיימות התנאים המוקדמים שנזכרו לעיל מעמידה, אם כן, לנפגע שתי דרכי פעולה חלופיות: רצה – יתעלם מההפרה הצפויה וימתין עד לזמן המיועד לקיום החיוב בלי לנקוט פעולה כלשהי נגד המפר עד למועד זה; רצה – יסתמך על ההפרה הצפויה, כלומר יפעל לאור ההנחה שההפרה אכן תתרחש, ויעמדו לרשותו לאלתר כל התרופות בגין הפרה זו.⁵⁶

5.20 הברירה העיקרית העומדת לפני הנפגע היא אפוא בין התעלמות מההפרה לבין הסתמכות עליה.⁵⁷ אולם, למעשה, נוסף לשתי דרכי הפעולה האמורות המעוגנות במפורש בחוק התרופות, עומדת לנפגע דרך ביניים, שלישית. במקום להתעלם לחלוטין מאפשרות ההפרה מחד גיסא, או לראותה כעובדה מוגמרת מאידך גיסא, יכול הנפגע לנסות להציל את החוזה על ידי פנייה אל הצד המפר

55 המילה "גם" המופיעה בנוסח סעיף 17 מלמדת אף היא שזכות הנפגע להסתמך על ההפרה הצפויה אינה באה לגרוע מהזכות לתרופות המוקנית לו, לפי סעיף 2 לחוק התרופות, במקרה של הפרה רגילה.

56 הכלל המזכה את הנפגע באפשרות לבחור בין שתי החלופות מקורו במשפט האנגלי. ראו: Avery v. Bowden [1855] 119 E.R. 647. אצלנו אומץ כלל זה עוד קודם לחקיקת חוק התרופות בהשראת המשפט האנגלי. ראו ע"א 73/53 זילברשטיין נ' פלק, פ"ד ט 57, 61 (1955); עניין פדווה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 431–432.

57 במשפט המקובל נהוגה הבחנה שונה מעט, החופפת רק באופן חלקי את ההבחנה שבטקסט. מבחינים שם בין הסכמה או קבלה של ההפרה (acceptance of the breach) לבין דחייה או אי קבלה שלה (non-acceptance) ועמידה על קיום החוזה. ראו Chitty, בעמ' 1384–1386. הבחנה זו היא בעייתית מכמה טעמים. ראשית, עמידה על קיום החוזה אפשרית לא רק במסגרת החלופה של התעלמות מן ההפרה הצפויה אלא גם במסגרת החלופה של הסתמכות עליה. ההבחנה האנגלית מזהה בין תביעת אכיפה לבין החלופה של דחייה או התעלמות מההפרה, ובכך מחמיצה את ההכרה האפשרית בתביעה לאכיפה מוקדמת בהפרה צפויה. שנית, המושג "הסכמה" או "קבלה" עשוי ליצור את הרושם (המוטעה) שהנפגע מסכים להפרה ומוחל למפר על זכותו לתבוע ממנו תרופות, שעה שבפועל אין הכוונה אלא לויתור מצד הנפגע על דרישה לקיום בעין של החוזה, תוך בחירה בערוץ של ביטול החוזה או של תביעה מיידית לפיצויים. הבלבול המושגי שיוצרת הסמנטיקה האנגלית נותן את אותותיו בפסיקה הישראלית. ראו לדוגמה את עניין דניאלס, לעיל ה"ש 24, בעמ' 123, שם פירש השופט כך את החלופה של "קבלת" ההפרה הצפויה כהשלמה עם שאיפת המפר להסתלק מהחוזה.

בבקשה לחזור בו מכפירתו בחוזה או – במקרה של הפרה המסתברת מהנסיבות – בבקשה כי יפייס את דעתו (של הנפגע) שניתן עדיין למנוע את ההפרה הצפויה.⁵⁸ היתרון הנעוץ בנקיטת דרך זו הוא ברור: המפר עשוי להיעתר לפנייתו של הנפגע, לשתף עימו פעולה, וכך תימנע התרחשותה של ההפרה הצפויה. אם, לעומת זאת, יסרב הצד המפר לפנייה או לא יעמוד בתנאיה – אין הנפגע מפסיד דבר, שכן נשמרת בידיו הברירה המקורית בין פעולה על יסוד ההפרה הצפויה לבין התעלמות ממנה.⁵⁹ אולם, הנפגע נוטל בכך גם סיכון מסוים: אם ייעתר המפר לבקשתו ויחזור בו מהתנערותו מהחוזה או יציג ערובה נאותה לקיומו, עשוי הדבר לשלול מהנפגע את הזכות להסתמך על ההפרה הצפויה ולהגיב עליה – שכן במקרה כזה התנאים המוקדמים להפרה הצפויה לא יתקיימו עוד. בסעיפים הבאים נתמקד בשתי החלופות שאותן מסדיר חוק התרופות במפורש, קרי: חלופת ההתעלמות מההפרה הצפויה וחלופת ההסתמכות עליה. עם זאת, ראוי לזכור שבמקרים רבים עשויה דווקא החלופה השלישית שתוארה לעיל – שאינה חלופה משפטית "נקייה" – להביא לתוצאה היעילה וההוגנת ביותר: קיום החוזה לרווחת שני הצדדים לעסקה, תוך הימנעות מסכסוך משפטי ומהעלויות הכרוכות ביישובו של סכסוך כזה.

2. התעלמות מן ההפרה הצפויה

5.21 כאמור לעיל, נפגע החפץ בכך רשאי להתעלם מהפרתו הצפויה של החוזה. התעלמות פירושה הימנעות מהפעלת הזכות העומדת לנפגע להגיב על ההפרה הצפויה לאלתר. בנקטו דרך זו מגלה הנפגע את דעתו, במשתמע, שהוא עומד על קיום החוזה במתכוונתו המקורית. מערכת היחסים החוזית נותרת על כנה, ללא שינוי במאזן הזכויות והחובות של הצדדים.

המשמעות של בחירה בדרך ה"התעלמות" היא כפולה: ראשית, פירוש הדבר הוא כי הנפגע מצפה מהמפר לקיים את חיוביו ככתבם וכלשונם ובמועד שנקבע

58 למעשה, קיימת גם אפשרות הפוכה, רביעית. הנפגע יכול למחול למפר על ההפרה הצפויה ובכך להביא לביטולו או לשינויו בהסכמה של החיוב שצפוי כי יופר. את החלופות השלישית והרביעית ניתן אפוא לאחד יחד תחת הכותרת של "משא ומתן מחודש ועריכת שינויים בחוזה". לניתוח נרחב של חלופת המשא ומתן המחודש ושל הדרכים להסדרתה המשפטית ראו גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 223–242.

59 יתרון נוסף נעוץ בכך שפנייה למפר עשויה להגביר את מידת הוודאות של הנפגע לגבי המצב המשפטי: כך לדוגמה, כאשר יש לנפגע ספק לגבי התקיימות התנאים להפרה הצפויה, תגובה שלילית של המפר להצעתו (או היעדר תגובה כלשהי) עשויה להגדיל את ההסתברות להתרחשות ההפרה העתידית (בחלופה האובייקטיבית) ואף לחזק את הרושם שהמפר גילה את דעתו שלא לקיים את חיוביו (בחלופה הסובייקטיבית).

להם. במשתמע, משמיעה לנו דרישה זו כי הנפגע יאפשר למפר, אם זה ירצה בכך, לחזור בו מן ההפרה ולסלק את הסיכון להתרחשותה. שנית, התעלמות פירושה שהנפגע מוכן, מצידו שלו, לקיים את כל החיובים שנטל על עצמו בחוזה, ולהקצות את המשאבים הנדרשים לשם כך. הימנעות מכך עלולה להיחשב לנפגע כהפרת החוזה.⁶⁰

5.22 להתעלמות מהפרה צפויה מספר יתרונות מעשיים מבחינת הנפגע. ראשית, התעלמות מההפרה מותירה סיכוי לקיום החוזה בדרך המקורית שנקבעה בו. התעלמות מההפרה טומנת אפוא בחובה את האפשרות למצות את היתרונות הכלכליים שלשםם התקשר הנפגע בחוזה מלכתחילה.⁶¹ אפשרות כזו קיימת כל אימת שהשאלה אם החוזה יקום במועדו תלויה ברצונו הטוב של המפר. אולם, גם במסגרת החלופה האובייקטיבית – שבה התרחשות ההפרה אינה תלויה עוד ברצונו הטוב של המפר – אין לשלול אפשרות שמה שנראה מלכתחילה כהפרה עתידית וודאית יתברר בדיעבד כסיכון שחלף, כך שקיום החוזה שב ונהיה אפשרי. בתמצית, כאשר קיום החוזה מרצון על ידי המפר (להבדיל מקיום כפוי, באמצעות צו אכיפה שיפוטי) הוא החלופה המועדפת על הנפגע, קיים יתרון ברור בהתעלמות מההפרה הצפויה. חלופה זו מותירה פתח למימוש מלא של האינטרסים החוזיים של שני הצדדים.⁶²

שנית, במצבים רבים עשוי להתעורר ספק בדבר התקיימות התנאים להפרה צפויה. במצבים אלה, הסתמכות על ההפרה הצפויה ונקיטת צעדים משפטיים נגד המפר כרוכות בסיכון מבחינתו של הנפגע: זה עלול להיחשב בדיעבד כמי שהפרה

60 דוגמה למצב כזה של היפוך תפקידים מצויה, אליבא דשופט כך, בעובדות עניין דניאלסה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 127, שבו בחר הנפגע מן ההפרה הצפויה לראות את החוזה כממשיך לעמוד בתוקפו, ולאחר מכן הפר אותו. ראו גם את דברי השופט גולדברג בע"א 556/83 מימון נ' מאור אל, פ"ד לח(2) 459, 466–467 (1984), שלפיהם כל עוד עומד הנפגע מהפרה צפויה על קיום החוזה ואינו מבטל אותו, אין הוא זכאי להפסיק את קיום חיוביו. והשוו במשפט האנגלי: *Ferrometal S.A.R.L. v. Mediterranean Shipping Co.* [1989] A.C. 788 (H.L.), שם הנפגעים, משכירים של כלי שיט, בחרו להתעלם מהתנעויות השוכרים מהעסקה, אך לא טרחו להכין את כלי השיט בזמן. לפיכך נקבע שהפרו את החוזה, שלא בוטל על ידיהם בעקבות ההפרה הצפויה.

61 אמנם, באופן תיאורטי, שמורה לנפגע הזכות לתבוע אכיפה או פיצויי קיום גם אם יבחר להסתמך על ההפרה הצפויה. אולם, באורח מעשי, אכיפת החוזה באמצעות צו שיפוטי עלולה להעיב על יחסי הצדדים ולהביא לכך שהעסקה לא תצא אל הפועל, בסופו של דבר, במתכונתה המקורית. זאת, נוסף לעלויות הכספיות ולסיכונים הכרוכים בניהולה של תביעה משפטית ולקושי, הקיים במקרים רבים, להשיב את המצב לקדמותו.

62 הנפגע יכול, כמובן, לנסות להגדיל את הסיכוי לקיום החוזה במתכונתו המקורית על ידי פנייה ישירה אל המפר לחזור בו מן ההפרה. ראו לעיל § 5.20.

בעצמו את החוזה או כמי שפעל שלא בדרך מקובלת ובתום לב בהגישו תביעה מיותרת או קנטרנית. התעלמות מההפרה, לעומת זאת, מפחיתה סיכונים אלה ואף עשויה להתפרש כגילוי גמישות ורצון טוב מצידו של הנפגע, הבוחר שלא למצות את מלוא זכויותיו המשפטיות והמאפשר לצד השני לחזור בו מן ההפרה.⁶³

שלישית, הדעת נותנת שלאחר ההפרה האקטואלית יגלה בית המשפט יתר נכונות לפסוק תרופות מאשר בשלב שבו ההפרה, אף שהסתברות להתרחשותה גבוהה, אינה עובדה מוגמרת. סביר להניח שההיסוס לפסוק תרופות בגין הפרה צפויה יתבטא במיוחד בתביעה לפיצויים, שבה על הנפגע להוכיח לא רק שנגרם לו נזק בעקבות ההפרה אלא גם להצביע על שיעורו.⁶⁴ משימה זו עשויה להתגלות כקשה במיוחד במקרה של הפרה צפויה, שכן הריחוק בין מועד הגשתה של התביעה לבין המועד הצפוי להתגבשות הנזק מגביר את האופי הספקולטיבי ממילא של מלאכת הערכת הפיצויים. התעלמות מההפרה הצפויה והמתנה למועד ההפרה האקטואלית או למועד התגבשות הנזק, עשויות אפוא להגדיל את הסיכויים להצלחתה של תביעת הנפגע לפיצויים.⁶⁵

רביעית, ולבסוף, נקיטת צעדים משפטיים כרוכה על פי רוב בעלויות כספיות ובהתדיינות ממושכות. התעלמות מההפרה מאפשרת לנפגע להימנע מעלויות אלה או, לפחות, לדחותן עד למועד שבו תהפוך ההפרה הצפויה לאקטואלית. זאת, בלי שהדבר ייחשב לו כשיהוי או כוויתור על זכויותיו התרופתיות. זאת ועוד, כפי שנראה להלן, לפחות על פי גישתם של דיני החוזים הקלאסיים, התעלמות מההפרה צפויה פוטרת את הנפגע מהנטל להקטין את נזקו, בה בשעה שהסתמכות עליה מחייבת אותו להתייחס להפרה כאילו התרחשה ולפעול להקטנת נזקה.⁶⁶

5.23 לחלופת ההתעלמות יש כמובן גם חסרונות בהשוואה לחלופת ההסתמכות על ההפרה הצפויה. העיקרי שבאלה טמון בכך שהתעלמות מההפרה מותירה את השליטה בגורל החוזה בידי המפר. כפי שכבר צוין, יכול המפר לנסות "להשיב את הגלגל לאחור" וכך לשלול מהנפגע את זכותו לתרופות בשל ההפרה הצפויה. יתר על כן: גם אם יעמוד המפר במריו, עלול הנפגע לאבד את זכותו לתרופות בשל אירועים אחרים, חיצוניים לצדדים לחוזה. כך לדוגמה, בתקופת הביניים

63 גם יתרון זה עשוי להיות מושג, ואף באופן טוב יותר, באמצעות פנייה ישירה למפר.

64 לדיון בדרישה זו ראו להלן § 7.82 ואילך.

65 מאידך גיסא, קיים כמובן גם סיכוי שהמפר ישוב ויקיים את החוזה, כך שהנפגע יאבד את זכותו לפיצויים. ואף אם החוזה יופר, ייתכן שנוקי ההפרה יתגלו כנמוכים יותר בהשוואה לנזק שניתן היה להעריך ולצפות באופן סביר במועד ההפרה הצפויה. עם זאת, יש להודות כי התמשכות ההליך המשפטי עשויה לטשטש הבדלים אלה ואף לבטלם כליל.

66 בשל חשיבותה תידון סוגיה זו בנפרד. ראו להלן § 5.32 ואילך.

שבין התרחשות ההפרה הצפויה לבין המועד לקיום החוזה, עלול להתרחש מאורע שיסכל את קיום החוזה ויותר את הנפגע בלא תרופות האכיפה והפיצויים שהוא היה זכאי לתבוע קודם לכן.⁶⁷ כמו כן, יכול להתקיים בתקופת הביניים תנאי מפסיק – או שלא להתקיים תנאי מתלה, כך שהחוזה יתבטל. במקרה כזה הצדדים ישובו למצבם המקורי ערב כריתת החוזה, בלי שהנפגע יוכל לתבוע לעצמו סעד כלשהו בשל כך.

חיסרון נוסף הוא שהתעלמות מההפרה הצפויה, אף שהיא אפשרות חוקית הניתנת בידי הנפגע, עשויה במקרים מסוימים להצטייר כטקטיקה בלתי לגיטימית, במיוחד כאשר יש בה כדי להחמיר ללא הצדקה את נזקי ההפרה, ועימם – גם את היקף חבותו של המפר.⁶⁸

לסיום, חשוב להדגיש שההחלטה להתעלם מהפרה צפויה בשלב מוקדם אינה שוללת מהנפגע את האפשרות להסתמך על ההפרה הצפויה ולהפעיל את תרופותיו בשלב מאוחר יותר, כל עוד ההפרה הצפויה נותרת בעינה.

3. הסתמכות על ההפרה הצפויה

5.24 כאמור, בנסיבות של הפרה צפויה, קובע סעיף 17 לחוק התרופות שהנפגע זכאי להפעיל לאלתר את התרופות שהחוק מקנה לו, קרי: אכיפת החוזה או ביטולו וכן פיצויים כתרופה עצמאית או משלימה.⁶⁹ הדעת נותנת שהנפגע מהפרה צפויה זכאי אף להפעיל תרופות נוספות העומדות לנפגעים מהפרת חוזה, כגון ניכוי מהמחיר, קיזוז והשעיית קיומו של חיוב נגדי שהופר.⁷⁰ מתן כוח זה לנפגע להגיב

67 יש להודות כי אפשרות זו היא נדירה, מחמת תחולתם הצרה של דיני הסיכול במשפטנו. ראו שלו, פרק 25, בעמ' 628–630.

68 להרחבה בסוגיה זו ראו להלן § 5.38.

69 ראו סעיף 2 לחוק התרופות.

70 השאלה, אם ניתן להחיל את דין השעיית החיובים הקבוע בסעיפים 43(א) ו-43(א)(3) לחוק החוזים גם במקרים של הפרה צפויה, עוררה בעבר עניין אקדמי רב. תחולה כזו מעוררת קושי בשל ניסוחן של הוראות הסעיפים הנזכרים ובשל העובדה שסעיף 17 אינו מפנה אלא לתרופות המנויות בחוק התרופות. על קשיים אלה הציע בשעתו פרופ' טדסקי להתגבר באמצעות הסתמכות ישירה על סעיף 17 לחוק התרופות, על דרך של קל וחומר: אם ניתן לבטל חוזה בתגובה להפרה צפויה, קל וחומר שניתן לנקוט צעד מתון יותר, כמו דחיית קיומו של החיוב המותנה או השלוב שהפרתו צפויה. ראו גד טדסקי "חיובים מקבילים" הפרקליט לז' 293, 316–317 (התשמ"ז), והשוו איל זמיר חוק המכר (דירות), תשל"ג–1973 (מסדרת פירוש לחוקי החוזים, גד טדסקי עורך) 518–516 (התשס"ב), המציע לבסס את הזכות לעכב חיוב מקביל במקרה של הפרה צפויה על היקש מהוראות חוק החוזים הנזכרות לעיל. שאלה אחרת נוגעת לאפשרות להשעות את קיומם של חיובים עצמאיים בתגובה להפרה הצפויה. כפי שראינו בפרק הקודם, הפסיקה הכירה באפשרות שגם חיוב עצמאי יהפוך לחיוב שלוב ושביצועו יושעה מכוחו של עקרון תום הלב (ראו לעיל 4.23, § 4.30(62)). דין

על ההפרה הצפויה עוד בטרם התרחשה, הוא התוצאה המשפטית העיקרית של דין ההפרה הצפויה. דין זה מתיר לנפגע להסתמך על ההפרה הצפויה, קרי, להתייחס אליה כאילו היתה הפרה של ממש, המצדיקה תגובה מיידית כלפי המפר. אין הוא חייב להמתין עד למועד הקיום כדי להיווכח אם אכן, בסופו של דבר, יופר החוזה, אם לאו. כמוכן, אם בחר הנפגע להסתמך על ההפרה, יחול עליו מרגע זה הנטל של הקטנת הנזק הצפוי כתוצאה מסתברת של ההפרה הצפויה.⁷¹

5.25 לבחירה בחלופת ההסתמכות יתרונות חשובים מבחינתו של הנפגע מהפרה צפויה. ראש וראשון לאלה הוא היתרון הנובע מהיכולת "להקדים תרופה למכה" ולפעול נגד המפר עוד בטרם תתגבש ההפרה ובטרם יתרחבו נזקיה ויעמיקו. אכן, בניגוד למצב במשפט האנגלו-אמריקני, שבו האכיפה נחשבת לתרופה משנית, בישראל זכאי הנפגע מהפרה צפויה לא רק לבטל את החוזה או לתבוע פיצויים בגין הנזק הצפוי להתגבש לאחר ההפרה הצפויה, אלא גם לתבוע את אכיפתו של החיוב שהפרתו צפויה.⁷² אמת, סעיף 17 מבהיר כי צו אכיפה הניתן מכוחו לא יורה לעולם על הקדמת המועד לקיום שנקבע בחוזה. בית המשפט אינו מוסמך אפוא

שילוב דומה הוחל בפסיקה, ללא הסתמכות ישירה על עקרון תום הלב, גם במצבים של הפרה צפויה, שבהם המועד לקיום החיוב הנגדי (של המפר) טרם הגיע, אך הנפגע (הצפוי) מבקש לעכב את קיומו של חיוב עצמאי. ראו ע"א 670/89 מקור פיתוח עירוני נ' קרון, פ"ד מה(3) 7, 13-14 (1991); עניין דניאלסה, לעיל ה"ש 24, בעמ' 124-125; ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאניקר, פ"ד לו(2) 113, 120-121 (1981); ע"א 1816/91 דלתא הגדסה בע"מ נ' שרון עובדים, נבו, פסקות 6-7 (1998). ראו גם דניאל פרידמן "ביצוע חוזה נוכח חשש בדבר קבלת התמורה הנגדית" עיוני משפט 165, 170-171 (התשמ"ד). עם זאת, הובהר בפסקי דין אלה כי זכות הנפגע מהפרה צפויה לעכב את קיומו של חיוב מותנית בגילוי נכונות מצידו שלו לקיים אותו חיוב. בהיעדר נכונות כזו ייחשב גם הוא כמפר חוזה, כפי שהיה מצב הדברים בעניין דניאלסה הנ"ל.

71 הטעם לכך הוא פשוט: משמעות הבחירה בחלופת ההסתמכות היא שההפרה הצפויה נחזית, מבחינת הדין, כהפרה לכל דבר ועניין. לפיכך, מעת שנודע לנפגע על ההפרה, תביעתו לפיצויים כפופה לנטל בדבר הקטנת הנזק. ראו לדוגמה את דבריו של צלטנר, שצוטטו על ידי הנשיא שמגר בעניין בנק איגוד, לעיל ה"ש 23, בעמ' 830: "אם הנפגע 'מקבל' אותה [כלומר, מסתמך על ההפרה הצפויה]... זכאי הנפגע לסעד של פיצויים כבר לפני המועד שנקבע לקיום החוזה. אומנם נקודת-המוצא לחישוב דמי הנזק עורונה המועד שנקבע לביצוע החוזה, אבל חובת ההקטנה מוטלת על הנפגע כבר החל ממועד 'קבלת' ההפרה." השאלה בדבר הקטנת הנזק מעוררת קושי מיוחד כאשר בוחר הנפגע להתעלם מן ההפרה הצפויה. לדיון ראו להלן § 5.32 ואילך. לדיון כללי בנטל הקטנת הנזק ראו להלן § 7.97 ואילך.

72 בהיות סעיף 17 מעין-צינור, המזרים אל דין ההפרה הצפויה את התרופות הרגילות על תנאיהן וסייגיהן, תינתן תרופת האכיפה לנפגע המבקש זאת רק אם אין מתקיימים סייגי האכיפה המפורטים בסעיף 3 לחוק התרופות. לפיכך, לא יינתן צו אכיפה כאשר האכיפה טעונה פיקוח מופרז, כאשר היא כופה על המפר לתת או לקבל שירות אישי או שהיא בלתי צודקת מבחינה אחרת. סייגי האכיפה יידונו בהרחבה בפרק השישי, § 6.26 ואילך.

להתערב בחוזה שערכו הצדדים ולהאיץ את קיום חיוביו של המפר. עם זאת, עצם מתן הצו — שהפרתו כרוכה בכיזיון בית המשפט — צפוי להגביר במידה ניכרת את התמריץ של המפר לפעול למניעת התרחשותה של ההפרה הצפויה. אם אכן יישאו מאמצים אלה של המפר פרי, עשוי הדבר לאפשר לנפגע לממש את ציפייתו החוזית במלואה, דבר שאינו אפשרי במקרה של הפרה רגילה, ולו בשל חלוף הזמן בין מועד הקיום המקורי לבין מועד הקיום בפועל.⁷³

כל זאת, במישור העקרוני. אלא שלנוכח העומס הרב שעומו מתמודדת מערכת בתי המשפט, הסיכוי שצו אכיפה קבוע (להבדיל מצו מניעה זמני) יקדם למועד הקיום החוזי הוא, בדרך כלל, נמוך. עובדה זו מקטינה — ועלולה אף לבטל לחלוטין — את יתרונה של תביעה מוקדמת לאכיפה.

5.26 לחלופין, יכול הנפגע — כאשר ההפרה העתידית היא יסודית — לבטל את החוזה וכך לפטור את עצמו מעולה של העסקה עם המפר.⁷⁴ אין להמעיט בנפקות הכלכלית של יתרון זה. השתחררות מהחוזה בשלב מוקדם יחסית מאפשרת לנפגע לנצל הזדמנויות עסקיות הנקרות בדרכו והעלויות שלא להיות רלוונטיות עוד במועד שבו תהפוך ההפרה למוחשית. זאת, בלי שהדבר ייחשב לו לנפגע כהפרת חוזה. זאת ועוד, ביטול העסקה משחרר את הנפגע מהחובה — שבה היה חב לו בחר להתעלם מההפרה — להמשיך ולהשקיע בעסקה, שסביר להניח שלא תצא אל הפועל. ביטול החוזה תורם אם כן למניעתו — ולמצער, להקטנתו במידה ניכרת — של הנזק העלול להיגרם לנפגע אם יתעלם מההפרה הצפויה וימתין עד להתממשותה. בכך מסייע ביטול החוזה בידי הנפגע גם לצאת ידי חובתו להקטנת הנזק, החלה עליו מרגע שהחליט להסתמך על ההפרה הצפויה.

לבסוף, ביטול החוזה מזכה את הנפגע בהקדמת המועד להשבת התמורה העצמית שאותה העביר למפר בטרם הביטול.⁷⁵ לכל אלה ניתן להוסיף את ההיבט הפסיכולוגי: הביטול מאפשר לנפגע להינתק לאלתר — מבחינה מעשית ורגשית כאחת — מקשר משפטי ומסחרי אשר להערכתו קרוב לוודאי שייכשל ממילא.

⁷³ יתרון זה של תביעה מוקדמת לאכיפה יבוא לידי ביטוי בעיקר במסגרת החלופה הסובייקטיבית של גילוי הדעת, שבה הפרת החוזה נובעת מחוסר רצונו של המפר, להבדיל מחוסר יכולתו, לקיים את החוזה. עם זאת, גם בחלופה האובייקטיבית, עשוי הצו לתמרץ את המפר להגדיל את מאמציו לעמוד בתנאי החוזה, וכך להקטין את ההסתברות להפרתו.

⁷⁴ השאלה, אם ניתן לבטל חוזה בשל הפרה צפויה שאינה יסודית, אינה נקיייה מספקות. בעניין זה ראו הדיון לעיל § 5.16.

⁷⁵ מבחינה כלכלית, יהיה לנפגע אינטרס לבטל את החוזה ולתבוע השבה כאשר הוא מעריך שהעסקה היא עסקת הפסד מבחינתו או כאשר הוא מטיל ספק בסיכוייו להוכיח את שיעור הנזק שנגרם לו. להרחבת הדיון ביתרונותיה המעשיים של הזכות לבטל את החוזה ראו להלן § 8.30 ואילך.

5.27 נוסף לתביעה לאכיפה או להודעה על ביטול החוזה, או בנפרד מהן, רשאי הנפגע להקדים ולתבוע פיצויים בגין הנזקים שהוא צופה כי ייגרמו לו עקב התממשות ההפרה. יתרונו תיה הפוטנציאליים של תביעה זו ברורים: ראשית, היא מאפשרת לנפגע להקדים את מועד הזכייה בכספי הפיצויים; שנית, במקרים מסוימים עשוי הנפגע להעריך שפסיקה מוקדמת של פיצויים תניב לו סכום גבוה יותר מאשר פסיקת פיצויים הנעשית לאחר מועד הקיום — לדוגמה, בשל ירידה צפויה ומתמשכת במחירי הנכס שהוא מושאו של חוזה מכר העתיד להיות מופר על ידי המוכר.⁷⁶

הסתמכות על הפרה צפויה אינה גורעת מזכותו של הנפגע להפעיל גם תרופות אחרות שבחוק התרופות, דוגמת הזכות לקזז חיוב כספי מקביל או להטיל עיכובן על נכס של המפר המצוי בידיו.⁷⁷

5.28 לסיום נציין, שנוסף על היתרונות המהותיים הגלומים באפשרות להקדים את הזכות לתרופות, מעניקה ההסתמכות על הפרה צפויה יתרון טקטי לנפגע: להבדיל מחלופת ההתעלמות, המותרת בידי המפר את האפשרות לחזור בו מן ההפרה,⁷⁸ מעבירה הבחירה בחלופת ההסתמכות את היוזמה והשליטה במצב העניינים אל הנפגע: ההסתמכות יוצרת מצב סופי, שבו אין המפר יכול עוד לשלול מהנפגע את זכותו לתרופות.⁷⁹

4. שיקולי הנפגע: סיכום ביניים

5.29 כעולה מהדיון שנערך לעיל, לכל אחת משתי החלופות הניצבות בפני הנפגע מהפרה צפויה יש יתרונות וחסרונות. על הנפגע, הניצב בפני הברירה האמורה, לבחון את מגוון השיקולים הרלוונטיים ולשקללם: השיקול הכלכלי — מצב שוק הנכסים מסוגו של הנכס מושא החוזה ותנודות הצפויים בו; השיקול הפסיכולוגי — מידת העניין של הנפגע בחוזה, מחד גיסא, והקשיים שבהמשך התלות בצד המפר, מאידך גיסא; השיקול הכרונולוגי — משך הזמן שנתר עד למועד הקיום והשפעתו על הסתברות ההפרה כמו גם על השיקול הכלכלי

⁷⁶ אם כי גם בהקשר זה, כמו בהקשר לתרופת האכיפה, יש לזכור כי התמשכות ההליכים המשפטיים עלולה לצמצם יתרונות אלה, ואף לבטלם לחלוטין.

⁷⁷ וכן להשהות את ביצוע חיוביו כל עוד עומדת ההפרה הצפויה בעינה. ראו לעיל § 5.24(70).

⁷⁸ ראו לעיל § 5.23.

⁷⁹ פתרון משפטי אחר — שהיה מותר בידי המפר את כוח החזרה גם בחלופת ההסתמכות — היה פוגע אנושות באינטרס ההסתמכות של הנפגע ומרוקן מתוכן את זכותו, המעוגנת בסעיף 17, להסתמך על ההפרה הצפויה ולראות בה עובדה מוגמרת. נימוק דומה לשלילת כוח החזרה מהמפר מועלה על ידי FARNSWORTH, לעיל ה"ש 5, בעמ' 567–568. אולם, יש לזכור שעקרון תום הלב עשוי להגביל גם את הכוח להסתמך על ההפרה. ראו להלן § 5.42(114).

והפסיכולוגי; השיקול הטקטי — עד כמה תלוי הנפגע בקיום חיובי המפר ומהם יחסי הכוחות בינו לבין המפר על רקע מבנה העסקה והשלב שבו היא מצויה; וכמובן: השיקולים המשפטיים המובהקים, המשפיעים על הסיכוי לזכות בתרופה כזו או אחרת בהליך משפטי (מיידית או דחוי). כל זאת, בהתחשב באופי החיוב המופר (מותנה, שלוב או עצמאי — או חיוב על תנאי), באפשרות להשעות את ביצועו של חיוב נגדי ובכפיפות אפשרית לנטל הקטנת הנזק.⁸⁰

5.30 גם את שאלת תום הלב יש להביא בחשבון בין יתר שיקולי הנפגע. כשם שהמפר עלול לטעון בשלב מאוחר כי הנפגע פעל בחוסר תום לב כשהתעלם מן ההפרה העתידית, כך עלול הוא להעלות טענה הפוכה, שלפיה חוסר תום הלב מצד הנפגע מתבטא בכך שנחפז להפעיל את תרופותיו; ואף אם ימתין הנפגע וישהה את החלטתו בשאלה אם להסתמך על ההפרה או להתעלם ממנה, ייתכן שיהא עליו להיערך לקדם את פניה של טענה שהשתהות זו, היא עצמה, יש בה משום חוסר תום לב. זאת, עקב השאיפה להבהיר את המצב המשפטי לצד שכנגד.⁸¹

5.31 משקל השיקולים השונים שהועלו לעיל — שיקולים כלכליים, פסיכולוגיים, משפטיים וחברתיים — משתנה מסיטואציה חוזית אחת למשניה. עם זאת, דומה כי מבחינת הנפגע תהא בדרך כלל עדיפה הדרך של נקיטת עמדה ברורה בתגובה להפרה הצפויה. זאת, בין בדרך של הסתמכות על ההפרה והפעלת תרופות לאלתר, ובין בדרך של מתן התראה למפר על הכוונה לעשות כן אם לא יוסר איום ההפרה או שתסופק בטוחה סבירה אחרת לקיום החוזה. נקיטת צעד כזה תהיה לרוב עדיפה על פני התעלמות מההפרה הצפויה ואימוץ גישה פסיבית כלפיה. התעלמות מוחלטת, אף שהיא מותרת לפי סעיף 17 לחוק התרופות, מותירה את הנפגע במערכת יחסים שבירה המאופיינת בחוסר ודאות משפטית. מצב כזה אינו רצוי הן מבחינת האינטרס הציבורי והן מבחינתו של הנפגע עצמו. אכן, זכותו של הנפגע להתעלם מההפרה צפויה של החוזה אינה זכות מוחלטת כי אם זכות מסויגת. זכות זו כפופה לעקרון תום הלב, וכפי שיובהר מיד — למרות שהדבר אינו נקי מספקות — לעתים גם לנטל הקטנת הנזק.

80 סוגיה אחרונה זו תידון להלן § 5.32 ואילך.

81 ראו, בהקשר להשתהות עד לביטול חוזה בשל הפרתו, ע"א 4329/90 מחלוף נ' קלמנוביץ, פ"ד מו(3) 823, 825-826 (1992) (דברי הנשיא שמגר): "...יש ליתן תוקף לשאיפה להבהרת המצב המשפטי ולמניעת מצב שבו ימתין הנפגע וישהה את החלטתו אם לעשות שימוש בברירת הביטול או לדבוק בחוזה חרף ההפרה." מבחינה זו עדיפה הדרך של פנייה אל המפר לחזור בו מן ההפרה או ליתן בטוחה סבירה לכך שהחיוב יקום במועדו על פני כל אחת משלוש דרכי התגובה שתוארו בטקסט. ליחס בין דין ההפרה הצפויה לבין חובת תום הלב ראו גם להלן § 5.42.

ד. האם נפגע המתעלם מהפרה צפויה כפוף לנטל הקטנת הנזק?

1. הצגת הבעיה

5.32 כפי שראינו, הנפגע מהפרה צפויה אינו חייב להגיב עליה לאלתר והוא רשאי להתעלם ממנה ולהמתין עד למועד הקיום. כאשר בוחר הנפגע בדרך זו, מתעוררת שאלה חשובה: האם הזכות להתעלם פירושה כי אין הנפגע חייב לעשות מאומה בתקופת הביניים שעד מועד הקיום או שמא עליו לפעול להקטנת נזקה הצפויים של הפרה המתרגשת ובאה עליו? האם, לדוגמה, על הנפגע להימנע מביצוע חלקו שלו בעסקה — ואולי אף לבטל את החוזה ולרכוש תחליף — על מנת לצמצם את נזקו וכך בעקיפין גם את היקף חבותו העתידית של המפר בפיצויים?⁸²

לדוגמה: פלוני מזמין קבלן לבנות בעבורו דירה על מקרקעין שבבעלותו ומתחייב לשלם לו בעד הבנייה עם השלמת הדירה. בטרם התחיל הקבלן במלאכת הבנייה, מודיע לו המזמין כי אין הוא מעוניין בשירותיו וכי הוא מבטל את העסקה. בהנחה שאין למזמין עילה חוקית לביטול החוזה, יש בהתנהגותו משום גילוי-דעת שלא יקיימו. הקבלן זכאי אפוא להסתמך על הפרה הצפויה (בחלופה הסובייקטיבית) או להתעלם ממנה, אם הוא בוחר בכך. אך האם זכותו להתעלם מההפרה היא נטולת סייגים? הרשאי הקבלן להמשיך בפעולות לבניית הדירה תוך כדי התעלמות מהודעתו של המזמין, ולאחר מכן לתבוע את מלוא שכרו מידי בתביעה לאכיפה כאילו לא קרה דבר? האם ראוי להגביל את תרופתו אך לפיצויים בגין אבדן הרווח הנקי שאותו היה מפיק מקיום החוזה, בטענה שאכיפת החוזה אינה צודקת בנסיבות כאלה? האם ראוי לחייבו לנקוט פעולה להקטנת הנזק, כגון ניסיון להתקשר בעסקה חלופית עם מזמין אחר? אם אמנם הגבלות כאלה הן ראויות — מהו הבסיס המשפטי להטלתן?⁸³

5.33 בשאלות אלה שוררת מחלוקת בספרות המשפטית, וקיימים הבדלים בין שיטות משפט שונות.⁸⁴ מן העבר האחד ניצבת גישתם של דיני החוזים הקלאסיים.

82 כאשר בוחר הנפגע להסתמך על הפרה הצפויה ולתבוע פיצויים לאלתר, פשיטא שחלה עליו החובה להקטין את הנזק, שהרי בחירתו בחלופת ההסתמכות פירושה שהוא זכאי לתבוע מיד את כל התרופות שמעניק לו חוק התרופות, כפוף להוראות החוק החלות על תרופות אלה, ובכללן הוראות סעיף 14 בדבר הקטנת הנזק. בעניין זה ראו גם לעיל § 5.23(71).

83 לדיון נרחב בשאלות שמעוררת דוגמה זו ולדעה שלפיה מן הראוי להגביל את זכות הקבלן להמשיך בביצוע חלקו בחוזה, ראו גד טדסקי "על זכות המזמין לפרוש מחוזה קבלנות או לשנותו" משפטים ה' 738 (התשל"ד).

84 לדיון בסוגיה ראו לדוגמה John Carter, *The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Repudiation*, 48 MOD. L. REV. 422 (1984). לסקירה נרחבת של הגישות השונות ראו גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 277-295.

זו יונקת מתפישת עולם אינדיווידואליסטית, שאפיינה את דיני החוזים של המאה ה-19. על פי גישה זו, שזכתה לתמיכה ברורה במשפט האנגלי, הנפגע מהפרה צפויה רשאי להתעלם ממנה לחלוטין, כלומר, להניח כי לא תתרחש וכי החוזה יקיום ככתבו וכלשונו, ולפעול על יסוד הנחה זו. לפיכך, כל עוד עומד הנפגע על קיום החוזה ומחליט להתעלם מן ההפרה הצפויה, אין הוא חייב להקטין את הסיכונים הצפויים לו ממנה, אם וכאשר תתרחש. פתרון אחר, שהיה מחייב את הנפגע להגיב על ההפרה עוד בטרם התרחשה, היה מאפשר למפר להכתיב את קצב האירועים ולרתום את הנפגע, על כורחו, להגנת האינטרסים של המפר. כל זאת, על חשבון האינטרס הלגיטימי של הנפגע לתבוע את קיום החוזה במועדו. תוצאה כזו פוגעת בזכותו של הנפגע להסתמך על כך שהחוזה יקיום, ואף עומדת בסתירה לעיקרון המוסרי שלפיו "אין החוטא יוצא נשכר".⁸⁵

5.34 מן העבר האחר ניצבת תפישה שונה, הקונה לה אחיזה הולכת וגוברת בדיני החוזים המודרניים. תפישה זו מצדדת בראיית החוזה כמיזם משותף המחייב את שני הצדדים לגלות נאמנות זה לזה. כל אחד מהצדדים לחוזה מחויב להתחשב באינטרסים ובציפיות הסבירות של זולתו, גם אם אלה אינם מעוגנים בהסכמתם המקורית של הצדדים.⁸⁶ על פי תפישה זו, שבמשפט הישראלי עקרון תום הלב משמש לה אכסניה משפטית נוחה, גם במקרה של סכסוך על הנפגע להתחשב באינטרס המפר: עליו להימנע מלהרחיב את חבותו העתידית של האחרון שלא לצורך, ובמקרים מסוימים עליו אף לפעול באורח אקטיבי לצמצום נזקי ההפרה. תפישה זו מתיישבת עם הרוח הכללית של דיני החוזים בישראל, גם אם אין לה עדיין ביטוי מפורש בפסיקתו של בית המשפט העליון. על רקע שתי הגישות לבעיה דנן נוכל עתה לפנות לבחינת הדין הנוהג.

2. הדין הנוהג

5.35 על פי הלכת המשפט האנגלי, נפגע הבוחר להתעלם מן ההפרה הצפויה אינו כפוף לנטל בדבר הקטנת הנזק.⁸⁷ על ההיגיון הפשוט העומד ברקעה של הלכה

⁸⁵ שהרי שלילת הזכות להסתמך על כך שהחוזה יקיום משקפת העדפה של אינטרס המפר, המבקש להשתחרר באורח חד-צדדי מקיום חיוביו, על פני אינטרס הנפגע המבקש לקיימו.

⁸⁶ לסקירה תמציתית של מגמות אלה ראו יהודה אדר "מדוע נכון לאחד את דיני התרופות בחוזים ובנזיקין? – תשובה לפרופסור דגן" משפטים לו 357, 406–410 (התשס"ז). לדיון בהשפעתן של מגמות אלה על הגבלתה של ברירת הנפגע מהפרה צפויה ועל הכרה אפשרית בחובתו לנהל משא ומתן עם המפר, ראו גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 223–235. למחקר שעסק באופן מקיף בחובה להתאים את החוזה לנסיבות מאוחרות לכריתתו, ובדרכים האפשריות לעיגונה של חובה זו בדין הנוהג, ראו דוד רונן התאמת חוזים לנסיבות משתנות (התשס"א).

⁸⁷ ראו לדוגמה: Shindler v. Northern Raincoat Co. [1960] 1 W.L.R. 1038, 1048, שם אמר

זו כבר עמדנו לעיל: כל עוד אין הנפגע מממש את זכותו להתייחס להפרה הצפויה כאל הפרה של החוזה – ומדובר בזכות ולא בחובה – אין רואים אותה כהפרה כלל; ואם כך – פשיטא שאין לדבר על חובה או על נטל להקטין נזק שנגרם או שייגרם בעקבותיה.

ברם, קו מחשבה הגיוני זה עלול לעתים לפגוע בתחושת הצדק. כך יקרה בעיקר כאשר קשה לזהות אינטרס לגיטימי של הנפגע בהתעלמות מההפרה הצפויה, בה בשעה שהתעלמות כזו תביא לפגיעה ניכרת במפר. ואמנם, הלכה אנגלית נוקשה זו סויגה בפסקי הדין שניתנו בבית הלורדים בפרשה המפורסמת של ⁸⁸White ומאוחר יותר בפרשת ⁸⁹The Alaskan Trader. משילוב ההלכות שנפסקו בפרשות אלה עולה שנפגע המתעלם מהפרה צפויה ייחשף לנטל להקטנת הנזק אם, ורק אם, מתקיימים במצטבר שניים אלה: (1) הנפגע לא זו בלבד שנמנע מפעולה להקטנת נזקיו אלא אף נקט צעדים אקטיביים שהביאו להגדלה ניכרת של אותם נזקים;⁹⁰

הלורד Diplock את הדברים הבאים: "It seems to me that, as a matter of law, it cannot be said that there is any duty on the part of the plaintiff to mitigate his damages before there had been any breach, which he has accepted as a breach" האנגלי בסוגיה ראו לדוגמה: CHITTY, בעמ' 1488, וכן: HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND (4th ed., Lord Hailsham ed., 1998) 747.

⁸⁸ White v. McGregor [1961] 1 All E.R. 1178 (H.L.). בפסק דין זה נפסק בדעת רוב כי תובע שהמשיך לספק שירותי פרסום לנתבע במשך שלוש שנים, למרות שזה הודיע לו כי הוא מנער את חוזהו מן החוזה, פעל במסגרת הדין והחוקה ולכן אינו מנוע מלתבוע את שכרו החוזי במלואו. יסוד עובדתי מיוחד שהודגש בפרשת White v. McGregor היה טמון בכך שהנפגע יכול היה לבצע את החוזה בכוחות עצמו ללא צורך בשיתוף פעולה של הצד השני. בעניין טכניקום, לעיל ה"ש 5, שנדון אצלנו לפני תחילת חוק התרופות, שימש יסוד זה את השופט אגרנט על מנת להבחין בין המקרה שלפניו לבין הלכת ^{White}. בפרשת טכניקום גילה אב, זמן קצר לאחר שרשם את בנו לבית-ספר, כי בית הספר אינו מוכר על ידי משרד החינוך. בעקבות זאת הודיע האב לבית הספר כי הוא מתנער מן העסקה. בתגובה תבע בית הספר שכר לימוד של שנה תמימה. השופט אגרנט ראה בהודעת האב משום הפרה צפויה, אך קבע שבית הספר אינו זכאי לשכר החוזי. זאת, בין היתר, משום שביצוע העסקה הנדונה היה טעון שיתוף פעולה מצד האב-המפר (למצער, בשליחת בנו אל בית הספר). שיתוף פעולה כזה אין בית המשפט יכול לכפות, גם לא במסגרת תביעה לאכיפת החוזה. מכיוון שכך, נקבע כי בניגוד לפרשת ^{White}, אין בית הספר, שלא קיים את חלקו בחוזה, זכאי לאכיפה (כלומר, לתשלום השכר) אלא לפיצויים בלבד בגין הפסד הרווח שנגרם לו. יש להדגיש, כי סוגיית הקטנת הנזק לא הוזכרה במפורש בשני פסקי הדין הנזכרים, שכן נדונה בהם תביעה לאכיפה ולא תביעה לפיצויים. עם זאת, שניהם עסקו, למעשה, בבחינת האופן שבו שיקולים של הקטנת נזק עשויים להשפיע על תרופותיו של הנפגע מהפרה צפויה. על ישימותו של העיקרון בדבר הקטנת הנזק גם מחוץ לדיני הפיצויים אנו עומדים להלן, §§ 7.144–7.143.

⁸⁹ Clea Shipping Corp. v. Bulk Oil International Ltd. (The Alaskan Trader) [1984] 1 All E.R. 129.

⁹⁰ הגיונו של סייג זה מבוסס על ההבחנה בין התנהגות פעילה לבין מחדל. בעוד שקשה להטיל על הנפגע חובות "עשה" אקטיביות להקטנת נזק שהוא תוצאת מעשהו של המפר, קל יותר

(2) פעולת הנפגע שגרמה להגדלת הנזק היתה בלתי סבירה בעליל ונעשתה בלא שהיה לנפגע אינטרס לגיטימי לפעול כפי שפעל. הנה כי כן, גם במשפט האנגלי ניכר כרסום מסוים — אם כי מצומצם למדי — בפריווילגיה המוחלטת של הנפגע להתעלם מההפרה.⁹¹

5.36 שונה המצב בארצות-הברית. כאן הכלל הרחב הנוהג במרבית המדינות הוא הפוך, לאמור: אין הנפגע רשאי להמתין בחוסר מעש לנוכח אפשרות התממשותה של ההפרה הצפויה. אין הוא זכאי להתעלם ממנה אלא למשך "זמן מסחרי סביר" ("commercially reasonable time").⁹² בחלוף פרק זמן זה נדרש הנפגע לפעול לאתגר לצמצום נזקיו — הממשיים והפוטנציאליים — בכל דרך סבירה העומדת לרשותו. לדוגמה: הנפגע יכול לרכוש נכס או שירות חלופיים בשוק הפתוח או, למצער, להשהות את ביצוע חיוביו שלו ולחדול מלהשקיע בעסקה שנכשלה. לא פעל הנפגע כך — יראהו כמי שחטא לנטל הקטנת הנזק, על כל המשתמע מכך.⁹³

5.37 ומה הדין אצלנו? בספרות המשפטית בישראל הובעה בעבר הדעה שעל פי חוק התרופות, נפגע מהפרה צפויה, הבוחר לקיים את החוזה או להמתין למועד הקיום המקורי, אינו חייב בהקטנת נזקו.⁹⁴ דעה זו אומצה לאחר דיון בפסקי דינו של בית המשפט העליון בעניין נתן⁹⁵ ובעניין בנק איגוד.⁹⁶ בפרשה הראשונה נקבע, מפי השופטת בן-פורת, כי קונה של דירה, שהחזיקה בידיה שיק שהוחזר לה מאת המוכרת בעקבות התנערותה של האחרונה (שלא כדין) מההסכם, לא היתה חייבת למהר ולהפקיד את השיק בחשבונה על מנת לשמור על ערכו הכספי. הקונה במקרה כזה "אינה חשופה לטענה, שהפרה 'חובתה' להקטין את הנזק", שכן "כלל אין מוטלת עליה חובה כזאת...".⁹⁷

לחייבו להימנע מפעולה שיש בה כדי להגדיל את שיעורו של הנזק שכבר נגרם — ועימו את היקף חבותו של המפר.

91 לסקירה ביקורתית של הדין האנגלי ושל שני פסקי הדין הנזכרים בטקסט ראו גלברד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 277–281.

92 כלל זה מעוגן בקודקס המסחרי האחד: UCC, § 2-610(a).

93 לדיון בכלל האמריקני ראו לדוגמה: FARNSWORTH, לעיל ה"ש 5, בעמ' 255–256; CALAMARI & PERILLO, לעיל ה"ש 16, בעמ' 288. את הכלל האמריקני הזכיר הנשיא שמגר בעניין בנק איגוד, לעיל ה"ש 23, בעמ' 830–832 לפסק דינו. לתוצאותיה של אי עמידה בנטל להקטנת הנזק ראו בכלליות להלן §§ 7.110–7.108.

94 ידין, בעמ' 147–148; צלטנר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 449.

95 לעיל ה"ש 25, בעמ' 665.

96 לעיל ה"ש 23, בעמ' 827–832.

97 עניין נתן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 673. השופטת בן-פורת ציינה במפורש שהקונה יכלה לעכב את השיק בידיה עד למועד הקיום המיועד, קרי, עד שיוברר בוודאות אם ההפרה הצפויה אכן תהפוך לאקטואלית.

על דברים אלה הסתמך בית המשפט העליון בעניין בנק איגוד הנזכר לעיל, אם כי ניכרת בפסק הדין נכונות לשקול ריכוך של גישה נחרצת זו. באותו מקרה הודיע בנק איגוד לתובעים, בצהרי היום, כי לא יוכל לבצע את התחייבותו לרכוש בעבורם, עד לסוף אותו יום, פלטינה בשוק הבינלאומי במסגרת עסקה מעותדת (forward contract). בית המשפט המחוזי קבע כי הודעת הבנק עלתה כדי הפרה צפויה שזיכתה את התובעים בפיצויים על הפסדי השער שנגרמו להם בשל דחיית ביצוע העסקה המעותדת ליום שלמחרת. בערעור טען הבנק כי התובעים יכלו למנוע את הפסדי השער לו ביצעו בעצמם את הרכישה עוד באותו יום, באמצעות בנק אחר בחוץ לארץ. על טענה זו השיב הנשיא שמגר, לאחר סקירה של הספרות והפסיקה הרלוונטיות, כי במשפט הישראלי חובה כזו, לפעול להקטנת הנזק, אינה מוטלת על נפגע הבוחר להתעלם מההפרה הצפויה.⁹⁸

אף על פי כן, עורר הנשיא שמגר את השאלה, אם הנטל להקטנת הנזק לא קיים על ידי התובעים, דן בה ודחה אותה לגופה.⁹⁹ זאת ועוד, הנשיא שמגר הציג בפירוט את גישת המשפט האמריקני, שתוארה לעיל, וציין שגם לפי גישה זו אין המסקנה משתנית, שכן בנסיבות המקרה טרם חלף "הזמן המסחרי הסביר" שעמד לרשות התובעים לצורך שקילת צעדיהם.¹⁰⁰ אזכור גישה זו ובחינת השאלה לגופה, תוך הימנעות מהסתמכות בלעדית על הכלל הנוקשה הפוטר את הנפגע מנטל הקטנת הנזק, מלמדים על נכונות מצד בית המשפט העליון לרכך את הכלל ולסטות ממנו במקרים עתידיים שיימצאו מתאימים לכך.

3. הערכה ביקורתית

5.38 הכלל, שלפיו הנטל להקטנת הנזק אינו חל בשום מקרה על נפגע המבקש להתעלם מהפרה צפויה, ראוי, לדעתנו, לביקורת. שיקולי פרשנות, כמו גם שיקולים שבמדיניות החקיקה, תומכים בדעה ההפוכה – שלפיה נפגע הבוחר להמתין למועד הקיום חרף ההפרה הצפויה עשוי להיחשב כמי שהתרשל בהגנה על האינטרסים שלו עצמו. התרשלות עצמית זו עשויה להצדיק במקרים מסוימים את ראיית הנפגע כמי שחטא לנטל הקטנת הנזק, או לחלופין כמי שתרם באשמו העצמי לנזק שנגרם לו.¹⁰¹ נסביר את עמדתנו.

98 עניין בנק איגוד, לעיל ה"ש 23, בעמ' 832: "על-פי פסקי הדין של בית משפט זה... רשאים היו המשיבים לעשות שימוש בזכות שלא להסכים להפרה הצפויה ולעמוד על ביצוע החוזה... וממילא לא התגבשה החובה של הקטנת הנזק, המוטלת על כתפי הנפגע מן ההפרה" [ההדגשה במקור].

99 ראו הדין שם, בעמ' 823–826.

100 שם, בעמ' 832.

101 לדיון כללי ביחס בין הגנת האשם התורם לבין זו של הקטנת הנזק ראו להלן § 7.137 ואילך. לתחולתה של הגנת האשם התורם במצב של הפרה צפויה ראו להלן § 5.39.

ראשית, במישור הפורמלי, לשונו של סעיף 14 לחוק התרופות, המעגן במשפטנו את נטל הקטנת הנזק, משתרעת גם על נזק העתיד להתרחש כתוצאה מהפרה צפויה – ולמצער, סובלת פרשנות מרחיבה כזו. אין אפוא כל מניעה לשונית-פרשנית מלקבוע שנטל הקטנת הנזק חל בכל מקרה של הפרה, תהא זו אקטואלית או צפויה.

שנית, כפי שכבר ציינו, זכותו של הנפגע להתעלם מן ההפרה כפופה – ככל זכות אחרת הנובעת מחוזה – לעקרון תום הלב. סעיף 39 לחוק החוזים יכול אפוא לשמש בסיס פורמלי עצמאי להגבלת זכותו של הצד הנפגע להסתמך על ההנחה בדבר קיום החוזה.

שלישית, והוא עיקר. מבחינת שיקולי המדיניות הראויים, כלל המעניק זכות בלתי מסויגת לנפגע להתעלם מהפרה צפויה אינו צודק ואינו הגיוני. הנטל להקטנת הנזק מעוגן בשיקולים מוסריים וכלכליים כאחד. שיקולים אלה אינם מתבטלים ואינם מאבדים מכוחם רק בשל העובדה שהפרת החוזה טרם התרחשה. אמת, נקודת המוצא היא שהנפגע רשאי לעמוד על קיום החוזה ולדרוש מהמפר לחזור בו מן ההפרה או לתקנה. אולם, כלל זה כוחו יפה רק כל עוד יש לציפייתו (הלגיטימית) של הנפגע לקיום החוזה אחיזה כלשהי בקרקע המציאות. כאשר עולה בברור מכלל הנסיבות כי העסקה נכשלה וכי לחוזה אין עוד תקנה, קשה להצדיק כלל משפטי המתיר לנפגע להתעלם ממצאות זו ולהמשיך להשקיע משאבים בעסקה כושלת, כאילו לא קרה דבר. יתר על כן, בנסיבות שבהן ההפרה אינה רק צפויה אלא ברורה וודאית, קשה אפילו להצדיק הימנעות פסיבית של הנפגע מנקיטת אמצעי התגוננות סבירים כדי לקדם את פניה.

כמבחן עזר ראשוני ניתן בהקשר זה להציע את ההבחנה בין החלופה הסובייקטיבית לבין החלופה האובייקטיבית בהפרה צפויה. כאשר ההפרה הצפויה נובעת ממחסום אובייקטיבי (הנפגע אינו יכול לקיים) יתקשה בית המשפט לקבל את טענת הנפגע כי הוא זכאי להתעלם מן ההפרה. במקרים מסוג זה עשוי עקרון תום הלב לחייב את הנפגע לא רק להפסיק ולהשקיע בעסקה הכושלת אלא לעתים אף לבטלה. זאת, לצורך רכישת תחליף הולם לנכס או לשירות שהובטחו לו.¹⁰² לעומת זאת, כאשר הכשל החוזי נובע ממחסום סובייקטיבי בלבד (המפר אינו רוצה לקיים אף שהוא מסוגל לכך), נראה שייקל יותר על הנפגע לשכנע כי אין זה מחובתו לראות בהפרה הצפויה עובדה מוגמרת, ולפיכך גם אין זה ראוי לחשוף אותו לנטל הקטנת הנזק.¹⁰³

102 לדיון בביטול החוזה כפעולה מתחייבת להקטנת הנזק ראו להלן § 7.103.

103 עיון בפסיקה מחזק סברה זו. הן בעניין נתן והן בעניין בנק איגוד, שנדונו בטקסט, נדחתה הטענה כי הופרה החובה להקטין את הנזק בנסיבות שבהן דובר בהפרה צפויה בחלופה הסובייקטיבית, כלומר: הפרה שהמפר יכול היה – לו רצה בכך – לחזור בו ממנה

עם זאת, גם במקרים הנופלים בקטגוריה הראשונה, שבה מוצע להחיל על הנפגע את הנטל להקטנת הנזק, אין פירוש הדבר כי הנפגע מחויב תמיד לבטל את החוזה. אכן, כל עוד הנפגע מאמין בתום לב כי למרות ההפרה הוודאית הצפויה הוא יזכה בסופו של דבר בצו לאכיפת החוזה, אין לבוא עימו חשבון על שנמנע מלבטל את העסקה והמשיך לקיים את חיוביו. הוא זכאי לכך, כל עוד האפשרות לזכות בצו אכיפה עתידי היא סבירה והגיונית.¹⁰⁴

5.39 שאלה שטרם נדונה בפסיקה היא אם להחיל — במקרים של הפרה צפויה — את הגנת האשם התורם. כפי שיובהר בפרק השביעי, בהשוואה להגנה של הקטנת הנזק, הגנה זו מאפשרת חלוקה גמישה יותר של האחריות לנזקי ההפרה בין המפר לבין הנפגע. ואמנם, בספרות המשפטית הובעה הדעה כי לפחות במקרים שבהם ניתן לראות בהפרה הצפויה עובדה מוגמרת, יש הצדקה להחיל את הגנת האשם התורם, ואף לבכר אותה על פני ההגנה בדבר הקטנת הנזק.¹⁰⁵ אנו תמימי דעים. להגנת האשם התורם יש יתרון חשוב על פני ההגנה של הקטנת הנזק. כפי שיבואר בפרק השביעי, אנו סבורים כי יתרון זה תומך במתן עדיפות להגנה הראשונה על פני האחרונה בכל מקרה שבו קיימת תחולה מקבילה לשתיהם. ההגנות,¹⁰⁶ ובכלל זה המצבים של הפרה צפויה וודאית בחלופה האובייקטיבית.

מבעוד מועד. סביר להניח שתוצאות פסקי הדין הללו היו שונות אילו דובר בהם בהפרות צפויות בחלופה האובייקטיבית, קרי, בהפרות שרצונו הטוב של המפר לא היה בו כדי למנוע אותן. כאמור, מדובר במבחן עזר ראשוני בלבד, אשר אין בו כדי למצות את מגוון השיקולים הרלוונטיים להכרעה בסוגיה זו. אכן, גם כשמדובר בהפרה צפויה סובייקטיבית, אין זה מתקבל על הדעת שהנפגע ימשיך להוציא הוצאות ניכרות תוך התעלמות מוחלטת מהתנערותו של המפר מהחוזה, אלא אם כן הוצאות אלה נדרשות באורח סביר לשם הגנה על אינטרס הקיום של הנפגע. ואכן, בעניין טכניקום, לעיל ה"ש 5, שבו נדונה הפרה צפויה בחלופה הסובייקטיבית, הזכיר הנשיא אגרנט באופן אוהד את הדעה שלפיה, במקרים שבהם אין לצד הנפגע אינטרס גיטימי בביצוע ההסכם, אין להתיר לו להתעלם מן ההפרה ולבצע את חלקו תוך "בזבוז משאבים לריק..." (שם, בעמ' 693–694). עובדות פסק הדין מפורטות לעיל, בה"ש 88.

104 מבחינה זו, אין שונה דינו של נפגע בהפרה צפויה מדינו של נפגע בהפרה רגילה, שאף הוא זכאי לפעול לאור ההנחה שהחוזה ייאכף, בסופו של דבר, כל עוד הנחה זו לא נסתרה באופן ברור. ראו להלן § 7.103.

105 ראו אריאל פורת "הגנת אשם תורם למפר חוזה — אימתי?" עיוני משפט יח 103, 145–146 (התשנ"ג), וכן ביתר הרחבה אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 197–205 (התשנ"ז). המחבר מציע שם להחיל את הגנת האשם התורם גם במצבים שבהם קיים חשש להפרה בדרגת הסתברות פחותה מזו הנדרשת לתחולת הדוקטרינה של "הפרה צפויה".

106 לדיון בשאלת התחולה בזמן של שתי ההגנות ובחפיפה האפשרית ביניהן ראו להלן §§ 7.145–7.151.

5.40 מכל האמור לעיל עולה כי זכותו של הנפגע להתעלם מהפרה צפויה אינה זכות מוחלטת כפי שניתן אולי להעלות במבט ראשון מלשונו של סעיף 17 ומהפסיקה הרלוונטית. מכל מקום, כעצה מעשית, מומלץ לצד לחוזה, המעריך כי לנוכח ההפרה הצפויה קלושים סיכויי העסקה להתממש, לפעול בסבירות. סבירות בהקשר זה פירושה כי על הנפגע להימנע – ככל שהדבר אינו פוגע באופן ניכר באינטרס הקיום שלו – מלהשקיע משאבים נוספים בעסקה שנכשלה. זאת, גם אם החליט כי אין ברצונו להסתמך על ההפרה הצפויה, וכי הוא מעדיף להמתין למועד הקיום על מנת להפעיל את תרופותיו.¹⁰⁷

ה. הפרה צפויה בקודקס האזרחי החדש

5.41 בקודיפיקציה האזרחית אין הצעות לשינויים של ממש בדיני ההפרה הצפויה. בתזכיר הצעת חוק דיני ממונות מופיע – כמו בחוק התרופות – סעיף אחד ויחיד המסדיר את הסוגיה. סעיף 496 לתזכיר קובע בזו הלשון:

”גילה חייב את דעתו שלא יקיים את החיוב או שברור בנסיבות העניין כי קרוב לוודאי שתתרחש הפרה, יהיה הנפגע זכאי לכל התרופות הקבועות בחלק משנה זה, בשינויים המחוייבים; אולם לא ינתן צו לאכיפת חיוב אשר מורה על קיום החיוב במועד המוקדם מהמועד המוסכם לקיום החיוב.”

על אף שאין בהוראה זו שינוי מהותי לעומת הדין הנוהג, גלומים בה שני חידושים חשובים. נעמוד על אלה בקצירת האומר.¹⁰⁸ החידוש הבולט הראשון נוגע לדרגת ההסתברות הנדרשת. כפי שצינו לעיל, על אף חשיבותה של סוגיה זו בדיני ההפרה הצפויה, היא טרם הוסדרה אצלנו

107 לעצה ברוח דומה ראו גד טדסקי “הנטל ובעיית האונס והסיכול” משפטים טז 335, 386 (התשמ"ז). נזכיר כי אי עמידה בנטל להקטנת הנזק עלול להיות לנפגע לרועץ לא רק במסגרת תביעה לפיצויים על נזקי ההפרה, כי אם גם במסגרת תביעה לאכיפת החוזה או להשבה בעקבות ביטולו, תרופות שפסיקתן והיקפן כפופים לשיקול דעת שיפוטי נרחב ולשיקולי צדק. להבהרת הסוגיה ראו להלן § 7.144. הכרה בצורך להציב גבולות גמישים לזכות הנפגע מהפרה צפויה להתעלם ממנה משתקפת בעקרונות דין החוזים האירופי. מחד גיסא, נקבע בהם כי לנוכח הפרה צפויה רשאי הנפגע להמשיך בביצוע החוזה ולתבוע את התשלום המגיע לו; אולם, מאידך גיסא, סוג כלל זה כאשר הנפגע יכול היה לבצע עסקה חלופית ללא הפסד או טרחה של ממש, או כאשר קיום החוזה אינו סביר בנסיבות העניין. PECL, § 9.101(2).

108 לדיון ביקורתי בהסדר ההפרה הצפויה בקודקס ולהצעה מפורטת להרחבתו מוקדש מאמרו של גלברד, לעיל ה"ש 11.

בחקיקה או בפסיקה. ההוראה המוצעת קובעת כי רמת ההסתברות הנדרשת לצורך החלופה האובייקטיבית היא של ודאות קרובה ("קרוב לוודאי"). בכך אומצה הדעה המקובלת בספרות המשפטית שלפיה אין די בחשש, אפילו לא בחשש סביר, כדי להצדיק היזקקות לדין ההפרה הצפויה. עם זאת, מבחן הודאות הקרובה שבסעיף המוצע חל רק על נסיבות אובייקטיביות שמהן ניתן ללמוד אודות הפרה עתידית (החלופה האובייקטיבית); אין הוא חל על הפרה צפויה הנובעת מגילוי דעתו של המפר (החלופה הסובייקטיבית).¹⁰⁹

חידוש חשוב נוסף של ההסדר המוצע, הנובע מהכללתו בפרק התרופות של הקודקס, מתבטא בהחלתו על כלל דיני החיובים.¹¹⁰ בניגוד לנוסחו של סעיף 17 לחוק התרופות, אין בסעיף המוצע התייחסות כלשהי להקשר החוזי דווקא, והמונחים הננקטים הם "חייב", "נושה" ו"חיוב". מבחינתם הפנימית של דיני החוזים, אין בהרחבה זו כדי להוסיף או לגרוע. לא כן מבחינתם של דיני הנזיקין ושל יתר ענפי דין החיובים. בדיני הנזיקין הוכרה אמנם מימים ימימה סמכותו של בית המשפט להעניק צווי אכיפה ("ציוויים") – בלשונה של פקודת הנזיקין) למניעת התרחשותן בעתיד של עוולות צפויות.¹¹¹ אולם עד כה טרם הוכרה הסמכות לפסוק פיצויים בגין עוולה צפויה שטרם התרחשה או בגין הפרתו הצפויה של חיוב אחר שבדין (חקוק או הלכתי). הכרה רחבה בסמכות זו משמעה חיזוק ניכר של ההגנה המשפטית על חיובים וזכויות במשפט האזרחי, תוך כדי יצירת הרמוניה בין ההסדר החוזי המסורתי לבין הסדרי ההפרה הצפויה ביתר ענפי המשפט הפרטי.¹¹²

פרט לשני החידושים שתוארו אומץ הסדר ההפרה הצפויה הקיים כמות שהוא, כפוף לשינויי ניסוח קלים שנועדו לפשט את הסעיף ולהעמיד הבחנה ברורה יותר בין החלופה הסובייקטיבית לחלופה האובייקטיבית. בין היתר, נשמרה ההגבלה על סמכות בית המשפט להורות על אכיפה מוקדמת של החיוב.¹¹³

109 למבחן הראוי להתקיימות חלופה זו ראו לעיל § 5.11–5.12.

110 לתחולתו הרחבה של פרק התרופות ראו § 1.07.

111 צוים אלה ידועים בכינוי *quia timet*. להכרה בסמכות לתיתם ראו ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 851 (1989).

112 להרחבת הדין בחידוש זה ובמשמעותו ראו גלברד, לעיל ה"ש 11, בעמ' 231–238.

113 במאמרו של גלברד, לעיל ה"ש 11, טוען המחבר כי היה מקום לנצל את שעת הכושר שמציעים הליכי הקודיפיקציה ולהרחיב את הסדר ההפרה הצפויה הנוהג, כך שיוסדרו לפחות שלושה היבטים נוספים שאינם מוסדרים כיום בחקיקה. הראשון נוגע לסוגיית הברירה העומדת לנפגע להתעלם מההפרה הצפויה. ההיבט השני מתייחס לזכותו של המפר בהפרה צפויה לתבוע מהנפגע לאפשר לו לחזור בו מן ההפרה ולתקנה. ההיבט השלישי קשור לקביעת מספר כללים שיסדירו את אופן חישוב הפיצויים במקרה של הפרה צפויה. טיעוניו של גלברד מוצגים בהרחבה שם, בעמ' 259–291.

ו. במקום סיכום: תום לב ודין ההפרה הצפויה

5.42 דיני החוזים בישראל מעמידים בפני הנפגע מהפרה צפויה ברירה: רצה — רשאי הוא להסתמך על ההפרה הצפויה ולהפעיל באורח מיידי את תרופותיו; לא רצה — רשאי הוא להתעלם מן ההפרה ולהמתין למועד הקיום המיועד. עם זאת, בסיומו של פרק זה ראוי לשוב ולהדגיש שבמשפט הישראלי זכות הבחירה של הנפגע — בין הסתמכות על ההפרה הצפויה לבין התעלמות ממנה — אינה זכות ברזל. הזכות להסתמך על ההפרה, כמוה כזכות להתעלם ממנה, כפופות שתיהן לעקרון תום הלב ולשיקול דעתו של בית המשפט המופקד על יישומו של עיקרון זה במקרים קונקרטיים. הדרישה לפעול בתום לב ובדרך מקובלת עשויה להצמיח הגבלות שונות על דרך פעולתו של הנפגע מההפרה הצפויה. מחד גיסא, עשוי עקרון תום הלב לחייבו להימנע מביטול החוזה לאלתר בהסתמך על ההפרה — כל עוד המפר מגלה נכונות לחזור בו מן ההפרה. העיקרון עשוי אף לחייב את הנפגע להסכים לנהל משא ומתן מחדש עם המפר על-אודות התאמת תנאי החוזה לנסיבות שהשתנו, תוך ויתור על זכותו לקיום החוזה במתכונתו המקורית.¹¹⁴ מאידך גיסא, הדרישה לתום לב עשויה להגביל את זכות הנפגע להתעלם מן ההפרה הצפויה: כפי שראינו, היא עשויה לחייבו לפעול — באורח פסיבי, ולעתים אף אקטיבי — להקטנת הנזק הצפוי להתרחש בעקבותיה.

כמו במקרים של הפרת חוזה רגילה, גם במצבים של הפרה צפויה דורשת ההכרעה בדבר דרך הפעולה המועדפת התבוננות רחבה והפעלה זהירה של שיקול דעת. כך, הן מצד הנפגע השוקל את דרכיו והן מצידו של בית המשפט המעביר את החלטת הנפגע במבחנם של דין ההפרה הצפויה ושל עקרון תום הלב.

114 לדיון בסוגיה זו ראו גלברד, שם, בעמ' 262–269.