

ריפוי החוזה לאחר הפרתו

מאת

יונתן יובל*

מאמר זה מפתח תשתית נורמטיבית לדוקטרינת ריפוי החוזה, המתבטאת בזכותו של צד לחוזה אשר הפר חיוב מחויביו לקיים את החיוב המופר – "לרפא" את ההפרה – אף לאחר שעבר המועד לקיומו, וזאת על חשבוננו ובתנאי שהדבר לא יגרום נזקים או עלויות לצד הנפגע.

עקרון הריפוי החוזי אטרקטיבי מבחינות רבות: הוא משקם את קיום התכלית החוזית ואת הגשמת רצונות הצדדים עובר להפרה, היות שריפוי מוצלח הוא תחליף קרוב ככל הניתן לקיום החוזי. הריפוי תומך בשיקום היחסים החוזיים בין הצדדים במקרי הפרה ומשקם ככל הניתן את מעטפת הקיום החוזי בשלב ההפרה. הוא מאפשר את התממשות עיקר ההסכמה החוזית בחריגה מסוימת מן הקצאת הסיכונים המקורית, הן מתוך קשב לגמישות הנדרשת ביחסי מסחר מודרניים והן כביטוי קונקרטי לערך הסולידריות החוזי ולחובת תום הלב ביחסים חוזיים.

מוסד זה, המכונה במשפט האמריקאי Cure, הוא אחד הפיתוחים החשובים של דיני החוזים המודרניים. הוא אומץ בכמה משטרים חוזיים מתקדמים בעולם, בשיטות משפט ממשפחות שונות ובמשטרים חוזיים בין-לאומיים. עיקרון הריפוי נתפס כביטוי לתפיסה יחסותית (relational) של דיני החוזים, המציעה מנגנוני שיקום של היחסים בין הצדדים במצבי הפרה המתאימים לכך. אף שיש לה שורשים מסוימים במשפט המקובל הקלאסי, הזכות לריפוי אינה זכות מוכרת בו, והיא אינה קיימת כזכות עצמאית מוכרת בדיני החוזים הישראליים, אף שיש לה ביטויים חלקיים בדין הקיים.

הזכות לריפוי ההפרה מונעת מצבי עשיית עושר ולא במשפט מסוימים של הנפגע על חשבון המפר, וכן ביטולי חוזה במצבים שבהם אין הצדקה אמיתית לבטלם. הזכות לריפוי משתלבת בדוקטרינת הביצוע בקירוב (cy-près) ועולה בקנה אחד עם החובה לקיים חוזה בתום לב תוך שהוא מדייקת ביישומיה כמנגנון תקשורת. במצבים מסוימים (אך לא תמיד) הריפוי מייתר הפעלת תניות פיצויים מוסכמים, חילוט בטוחות ותניות האצה. עוד טוען המאמר, שבתחום של סעדים עצמיים ופעולות חד-צדדיות, יש יתרון בכללים מפורטים שיגדרו את כוחות החיובי הצדדים על פני הסתמכות אקסקלוסיבית על סטנדרטים ומושגי שסתום, ומציע כמה חלופות לכללים כאלה.

* פרופ' למשפטים, אוניברסיטת חיפה. על שיחות מאלפות ועל ביקורות בונות תודותיי לדניאל מרקוביץ, לסטיוארט מקולי ולאליזבת מרץ. התשתית למחקר זה הונחה במהלך תקופת מחקר במכון מקס פלאנק למשפט פרטי השוואתי ובין-לאומי, המבורג (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law). תודותיי למנהל המכון דאו ריינהרד צימרמן (Reinhard Zimmermann) ולעמיתי המחקר על דיונים משכילים, חברה נעימה וסביבת עבודה תומכת. על משוברים מועילים וביקורתיים על היבטים של התזה המוצגת כאן תודותיי לאהרן ברק, למיגל דויטש ולאיל זמיר. תודותיי לקוראי טיוטת המאמר מטעם מערכת **משפטים**, לחברי המערכת, ובמיוחד לעורכים חגי יעקובי וגיא כהן, שהעבודה עימם הייתה עונג אינטלקטואלי. תודתי לתלמידתי אוראל שלו, שסייעה במחקר ובהתקנה לדפוס.

מבוא. א. הזכות לריפוי ההפרה: הדוקטרינה ומקורותיה. 1. ריפוי ההפרה לאחר חלוף המועד לקיום החיוב. 2. ריפוי מלא או ריפוי אפקטיבי? 3. סולידריות וריפוי במצבי קריסת יחסים כוללת. 4. האם ביטוי מפורש בדין לזכות לריפוי נחוץ? **ב. ריפוי ותום לב.** 1. ריפוי כעיקרון עצמאי או כנגזרת של חובת הקיום בתום לב? 2. כללים, סטנדרטים ומושגי שסתום בטריטוריה של סעדים עצמיים. **ג. ריפוי אפקטיבי, ריפוי חלופי וביצוע בקירוב.** 1. ריפוי אפקטיבי וביצוע בקירוב. 2. ריפוי חלופי וביצוע בקירוב. **ד. היחס בין הזכות לריפוי ההפרה לזכות לביטול החוזה בשל הפרתו.** 1. ריפוי וביטול: מודלים של יחסים. 2. הזכות לריפוי החוזה כחלק ממהלך יחסותי כולל: צמצום כוחו של הנפגע לביטול החוזה בשל הפרה לא יסודית. 3. Nachfrist על סטוראידים: הארכת תקופת הביטול ad infinitum? **ה. ריפוי ופיצויים.** 1. פיצויים מוסכמים, חילוט בטוחות ותניות האצה. **ו. סיכום. נספחים.**

מבוא

עניינו של מאמר זה הוא עיקרון הריפוי החוזי, המתבטא בזכותו של צד לחוזה אשר הפר חיוב מחיוביו החוזיים לרפא את הפרתו אף לאחר שחלף המועד לקיום החיוב, בתנאים מסוימים. עיקרון זה, שאף שיש לו מקורות במשפט המקובל המסורתי ידוע בעיקר מדיני המכר האמריקאיים החרותים בכינוי Cure¹, הוא אחד הפיתוחים החשובים של דיני החוזים המודרניים. הוא אומץ בכמה משטרים חוזיים מתקדמים בעולם, בשיטות משפט ממשפחות שונות ובמשטרים חוזיים בין-לאומיים. בדרך כלל נתפס עיקרון הריפוי כביטוי לתפיסה יחסותית (relational) של דיני החוזים, השואפת לתמוך בסולידריות ובשיתוף הפעולה החוזי וכן לשקם ככל הניתן את היחסים בין הצדדים במצבי הפרה המתאימים לכך.² הריפוי מאפשר את התממשות עיקר ההסכמה החוזית בחריגה מסוימת מן הקצאת הסיכונים המקורית, הן מתוך קשב לגמישות הנדרשת מיחסי מסחר מודרניים והן כביטוי קונקרטי לערך הסולידריות החוזי ולחובת תום הלב ביחסים חוזיים. בחריגים ספורים,³ אין לו ביטוי מפורש בדיני החוזים הכלליים הישראליים כזכות מפורשת ועצמאית, אף שהכרה מסוימת בו קיימת בפסיקה ואף בכמה מופעים בחקיקה ספציפית, כפי שיפורט להלן. עקרון הריפוי החוזי אטרקטיבי מבחינות רבות: הוא תומך במערכות יחסים חוזיות, מונע ביטולי חוזה במצבים שבהם אין הצדקה אמיתית לבטלם, עולה בקנה אחד עם החובה לקיים חוזה בתום לב, חוסך הפעלת תניות פיצויים מוסכמים, חילוט בטוחות ותניות האצה, משתלב במדרג התרופתי הקיים ומתקן עיוותים מסוימים שבו. הריפוי משקם את קיום התכלית החוזית ואת הגשמת רצונות הצדדים עובר להפרה, היות שריפוי מוצלח הוא תחליף

1 William H. Lawrence, Uniform Commercial Code §2-508 (להלן: חוק ה-UCC). להרחבה ראו *Cure under Article 2 of the Uniform Commercial Code: Practice and Prescriptions*, 21 UNIF. COM. CODE L.J. 138 (1988).

2 ראו Jay M. Feinman, *Relational Contract Theory in Context*, 94 Nw. U. L. REV. 737 (2000).

3 ס' 48 לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999 (להלן: חוק המכר הבין-לאומי). לרקע השוואתי בשאלת הריפוי במשפט המקובל ראו Jacob S. Ziegel, *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives*, in INTERNATIONAL SALES: THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 9 (Nina M. Galston & Hans Smit ed., 1984).

קרוב ככל הניתן לקיום החוזה. הזכות לריפוי ההפרה החוזית מונעת מצבי עשיית עושר ולא במשפט מסוימים, היא לעיתים יעילה יותר מהפעלת המערך התרופתי העומד לרשות הנפגע, אם מן הדין ואם מכוח החוזה, ומספקת איזון דוקטרינרי לדוקטרינת ה-nachfrist המרחיבה של המשפט הישראלי, המאפשרת לנפגע מהפרת חוזה לבטלו אף כאשר ההפרה אינה יסודית.⁴

המאמר יציג את עקרון הריפוי החוזי בהקשריו הנורמטיביים והמעשיים, יבחן את משמעותותיו, את רציותו, את ההכרה בו בדין הקיים, את היקפו, את מגבלותיו ואת המנגנונים של הפעלתו, ויטען בעד הכללתו המפורשת בדיני החוזים והתרופות הישראליות ככלל עצמאי, שאינו מהווה נגזרת או יישום של החובה הכללית לפעול בתום לב ביחסים חוזיים.

מייד יצוין, שאימוצו והרחבת חלותו של עקרון הריפוי אינה מובנת מאליה. הזכות לריפוי מעניקה יתרונות מסוימים לצד המפר, ו-ex ante, היות שהמפר יודע שעומדת לו זכות לריפוי, תיטה הזכות לריפוי להרבות את מספר הפרות החוזים בעולם. לטענת מאמר זה, המחיר בדרך כלל ראוי. יוזכר כי ריפוי אינו בבחינת פטור מביצוע, אלא להפך, הוא חליף ביצוע שההבדל העיקרי – לעיתים היחיד – בינו לבין הביצוע החוזי, במקרים פרדיגמטיים של ריפוי אפקטיבי, הוא שהוא מאוחר ביחס להתחייבות החוזית. למעשה, זו ביקורת סטנדרטית אשר בראייה אסטרטגית ex ante ישימה לכאורה באשר לכל טענת הגנה העומדת למפר: אם בתיחום הנזק באמצעות מבחן הצפיות בדיני פיצויים, אם בהגנת אשם תורם, אם בהגבלת הזכות לביטול כמתן הודעה בזמן סביר או באי-אכיפת חיוב למתן שירות אישי – כל אלו וכן כל טענת הגנה אחרת העומדות למפר יוצרות לצדדים מרחב הפרה שהוא נרחב מעמידה דווקנית על ביצוע.⁵ מכאן שעצם הרחבת מרחב ההפרה, אף שהיא בבחינת שחיקה של פרשנות קפידה של עקרון ה-pacta sunt servanda ("חוזים יש לקיים"), היא כשלעצמה אינה ביקורת א-פריורית מוחצת נגד הכרה בזכות לריפוי ההפרה. כמובן, הביקורת יכולה לעבוד גם הפוך: היות שכבר קיימת שחיקה ניכרת של עקרון הביצוע הדווקני, הרחבתה מטה את נקודת האיזון לטובת המפר יתר על המידה. לפיכך על הביקורת להימדד פחות בהצהרות כלליות ויותר בפרטים ובהקשרים; מבחינה זו מרביתו של מאמר זה היא התמודדות עם ביקורת זו, ואני שב אליה בסיכום. לאורך המאמר אנסה להראות שהזכות לריפוי שומרת על האינטרסים המהותיים של הנפגע, תומכת בקיום שיתוף פעולה בין צדדים אף בשלב הבתר-הפרתי ויוצרת מסגרת מובנית לתקשורת מועילה ביניהם. אך ריפוי אינו

4 ס' 7(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות).
5 עוד מתווספות להגנות common law מסורתיות אלה דוקטרינות נזיקיות או ההגנה מכוח תום לב מפני עמידה דווקנית על זכות וכו', ובמשפט המקובל הקלאסי – היעדרה הכללי של זכות לאכיפת החוזה בעין. על אף שינויים דוקטרינריים מסוימים הנוגעים לדין החל (למשל בדיני הפרות צפויות), אולי המקור הנחרץ ביותר להכרה בהעדפתו המרקנטיליסטית של המשפט המקובל לפיצויים כספיים על פני כפיית פעולה הוא עדיין בדברי השופט העליון הולמס: "The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses". OLIVER WENDELL HOLMES, THE COMMON LAW 301 (1881).

תרופת קסם למשבר היחסים החוזי ואינו מתאים במקרים של קריסת אמון מוחלטת שבהם התעקשות על שיתוף פעולה בין הצדדים היא חסרת תוחלת.⁶ בעקבות בלבול מושגי נפוץ למדי בשיח המשפטי הליברלי, הנוטה להתמקד בשיח של זכויות, יש להבחין בין הריפוי החוזי כעיקרון לבין הריפוי החוזי כזכות. יצירת מערך נורמטיבי שבמסגרתו מושגות התכליות המנויות לעיל – שימור המארג החוזי, סולידריות ויעילות – מבטאת את עקרון הריפוי החוזי, המאגד את התכליות הללו במסגרת מושגית המבטאת ככל הניתן את האיזונים ביניהם בהקשרים שונים. הזכות לריפוי היא האמצעי המשפטי הנפוץ למימוש העיקרון, אך הזכות אינה עומדת כשלעצמה – יחסה לעיקרון ולתכליותיו הוא מכשירי. אם מאמר זה משתמש במושג "הזכות לריפוי", הרי זה בשל הצורך להתייחס לחקיקה הפוזיטיבית ולאוצר המילים המקובל בפסיקה, כמו גם מתוך הסכמה עיונית כללית שהענקת זכות למאן דהו ל-X היא, *ceteris paribus*, אמצעי מוצלח לקידום התכליות ש-X משרת, ושעל כל פנים, זו תורת המשפט המקובלת של משפטנו. אך במקומות ידועים יש לעצור ולהרהר אחר האמצעי, ומכל מקום לא לראות בו תכלית כשלעצמה.⁷

ריפוי – של מה? מה נדרש לרפא, כשמרפאים? האם על ריפוי להקיף את מכלול אינטרס הציפייה של הנפגע (להלן: ריפוי מלא), או שדי בכך שהריפוי יספק "ביצוע מהותי" (substantial performance) ויותר את הטיפול בהשלכות נסיבתיות ותוצאתיות של ההפרה לסעדים שיוריים, כגון פיצויים (להלן: ריפוי אפקטיבי). שאלת היקפו הנדרש של הריפוי שנויה במחלוקת עיונית בין מלומדים (אף כי בפסיקה המחלוקת ניכרת פחות, ובחקיקה וכן

6 ראו למשל ת"א (מחוזי י-י) 6449/04 טייב נ' זוסמן 10–11 (נבו 10.4.2011).

7 על אף ביקורת מסוימת שמאמר זה מבטא בשוליו על הדגש ההליברליזם הפוליטי שם על זכויות, טענתי אינה שזכויות הן תמיד מכשיריות ביחס לערכים. למעשה, הן כמעט תמיד אינן רק מכשיריות. המצב שבו לאדם יש זכות ל-X, להבדיל מ-X פשיטא, כמובן אינו נטול משמעות נורמטיבית. למשל, הזכות לחופש הביטוי, לעומת היכולת להתבטא בחופשיות, אשר ייתכן שתעמוד לאדם באמצעות מנגנונים משפטיים אחרים, מכוננת סטטוס פוליטי ומשפטי שונה מזה שבו חופש הביטוי של אדם מוגן באמצעים שאינם תלויים באוטונומיה שלו, או אף בשפה נורמטיבית שאין בה זכויות כלל. באשר לזכות לשאת זכויות, שארנדט זיהתה כמכוננת את הסובייקט הפוליטי, הרי שזו כה קרובה לערך שאותו היא משרתת, עד שוודאי שאין לה ערך מכשירי בלבד. ראו HANNAH ARENDT, THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM (1951) 292. אך ככל שהערך המקודם הוא של שיתוף פעולה, של סולידריות, של הדדיות ושל "קרובי משפחותיים", כבסוגיית הריפוי החוזי, השימוש במנגנון חד-צדדי של זכות, המאפשרת לנפגע לפעול ללא הסכמת (או אף ידיעת) המפר, דווקא אינה בהכרח האמצעי המתבקש. אלא שזהו האמצעי שהקונטינגנטיות של ההיסטוריה המשפטית פיתחה, ומאמר זה אינו מבקש ליצור היסטוריה חלופית למשפט הפרטי, אלא להפך, לאמץ ולהרחיב את ההסדרים הניצניים הקיימים. עם זאת אין לאבד את המיקוד העיקרי: גם כשהמכשיר הנורמטיבי לכך הוא זכות, הערכים שמבטא הריפוי אינם עצם החזקתה של זכות אלא ערכים בהם מתרכזת התאוריה החוזית היחסותית עצמה – סולידריות, שיתוף פעולה ביצירת מידם משותף ומניעת ניצול לרעה של המנגנון החוזי ושל זכויות מכוחו "entitlements", בלשונם של קלברזי ומלמד. ראו Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

ב"דין רך" כמעט שאין שאלה כלל).⁸ בפרק ב אנסה להגן על דוקטרינת הריפוי האפקטיבי כנגד הדרישה לריפוי מלא.

כבר בשלב ראשוני, כדי למנוע בלבול מושגי, יש להעיר כי הזכות לריפוי החוזה לאחר הפרתו, אף שהיא מתיישבת עם הגבלת הכוח לביטול החוזה בשל הפרה לא יסודית בכך שמתאפשר למפר לבצע ריפוי שיגבר על הזכות לביטול (כקבוע בסעיף 7(ב) לחוק התרופות), היא אינה זהה לה. הרחבת הזכות לביטול חוזה כך שתחול גם בגין הפרות לא יסודיות – מנגנון שאומץ מן המשפט הגרמני⁹ – אינה מעניקה למפר זכות כללית לריפוי אלא מרחיבה את כוחו של הנפגע לבטל את החוזה גם למקרי הפרה לא יסודית. מוסד ריפוי יעיל יקטין את מספר החוזים המבוטלים בעולם; Nachfrist של סעיף 7(ב) מגדיל אותו, יחסית לפרדיגמה הדוקטרינרית של סעיף 7(א), המגבילה את ביטול החוזה למצבי הפרה יסודית (מוסכמת או משתמעת). סעיף 7(ב) מעצים את כוחו של הנפגע לבטל; הזכות לריפוי מעצימה את כוחו של המפר לקיים. בשילוב ביניהם אין סתירה: יחדיו הם יביאו לידי ביטול חוזים במצב של הפרה מהותית אמיתית (להבדיל מהפרה ברת-ביטול כנתינתה בחוק התרופות כיום).¹⁰

לפני סיום המבוא יצוין כי קיימת עמדה תאורטית שלפיה יצירה של כללים דיספוזיטיביים (default rules) בדיני התרופות היא עקרה בעיקרה, היות שצדדים ממלא יבחרו בהסדרה המתאימה לעניינם באמצעות משא ומתן מושכל; לכל היותר, כללים דיספוזיטיביים חוסכים בעלויות עסקה בתנאים סטנדרטיים.¹¹ עמדה זו, המזוהה בעיקר עם ענף מסוים של הגישה הכלכלית למשפט, היא בעלת תחולה מוגבלת. מחקרים אמפיריים במדעי ההתנהגות מראים כי מבחינת צדדים רבים, ברירת המחדל היא בעלת משמעות רגולטיבית ונורמטיבית, וסטייה ממנה מחייבת לא רק משא ומתן ונשיאה בעלויות אלא גם גישה טקטית ואסרטיבית לדיני החוזים, שמאפיינת שחקנים מתוחכמים ואינה נחלת הכלל או אף רבים.¹² מובן שניתן לומר כי צדדים המעוניינים בקיום מוסד הריפוי יסכימו עליו מראש

8 לדיון מפורט ראו תת-פרק א.2 להלן.

9 מנגנון זה, מילולית "לקראת זמן" ובמשפטית "תקופת חסד", מאפשר לנפגע מהפרת חוזה – ובשיטות משפט מסוימות מחייבו – לקצוב למפר תקופת חסד לקיום חיוביו לאחר מועד הביצוע החוזי כתנאי לביטול החוזה. במשפט הישראלי תנאי כזה אינו קיים במקרי הפרה יסודית, אך הוא מאפשר לנפגע לבצע מעין שדרוג של ההפרה הלא יסודית לסטטוס של הפרה יסודית ולבטל את החוזה בשל הפרה שלא רופאה בתוך תקופת חסד סבירה. ס' 7(ב) לחוק התרופות. ראו Bürgerliches Gesetzbuch [BGB], § 323, 437 para. 2 ודיון להלן. את היחסים בין סעיפים 7(א) ל-7(ב) אפשר לנסח אחרת, לאמור: שהמשפט הישראלי אכן קובע תקופת חסד מנדטורית טרם ביטול חוזה בשל הפרתו, אלא שהפרות יסודיות פטורות מעמידה בדרישה זו.

10 להרחבה ראו תת-פרק ד.2 להלן.

11 ביקורת אחרת מבחינה בין כללי ברירת מחדל פרי חקיקה ובין אלו של המשפט המקובל (לרעת הראשונים), ומבקר את כללי ברירת המחדל כסטנדרטים בתחושת, נטולי קונטקסטואליזציה וערך עבור צדדים מסחריים, הנוטים To contract out מכללי ברירת מחדל. ראו Alan Schwartz & Robert E. Scott, *The Common Law of Contract and the Default Rule Project*, 102 VA. L. REV. 1523 (2016), <https://did.li/6hCCN>.

12 Robyn A. LeBoeuf & Eldar Shafir, *Deep Thoughts and Shallow Frames: on the Susceptibility to Framing Effects*, 16 J. OF BEHAV. DECISION MAKING 77 (2003), <https://katzr.net/15302d>

או בדיעבד; אך הארכיטקטורה של הענקת זכות לריפוי מתמקדת במצבים שבהם הריפוי מתבצע ex post בניגוד לרצונו של הנפגע. עם זאת הגישה היחסותית מתייחסת לכללים ולעקרונות משפטיים לא רק בשל ערכם המכשירי ה"רזה". לשיטתה, המשפט אינו רק מכשיר לביצוע מדיניות או קידום אינטרסים שהשחקנים השונים ניגשים אליו באופן טקטי בלבד, אלא גם מערכת המבטאת ערכים חברתיים אשר בכוחה, במצבים מתאימים, להביא לידי השפעה על הפרופיל האתי של התנהגויות חברתיות, וספציפית – לחזק או להחליש יחסי אמון וסולידריות. אם עקרון הריפוי והדומים לו ריתקו הוגים כולאלין, מקולי ומקניל, ובימינו שלנו את גורדון, מרקוביץ' ואחרים,¹³ הרי זה בין השאר בשל אמונתם כי התנהגות סולידרית ומעוררת אמון תיטה ליצור יחסים אותנטיים כאלה.¹⁴

עוד יצוין כי הביקורת כלפי העמסת כללים דיספוזיטיביים על מערכת היחסים החוזית חלה על רוב רובם של דיני התרופות ועל חלק ניכר מדיני החוזים הכלליים, ועדיין אנו רואים משמעות ותועלת בהסדרה דיספוזיטיבית ושיוורית. זאת ועוד, היות שעקרון הריפוי לפחות עולה בקנה אחד הן עם עקרונות עשיית עושר ולא במשפט והן עם החובה הקוגניטיבית לקיים חוזה בתום לב, אם לא נגזר מן האחרונה ממש, הרי שיתכן שמעמדו אינו דיספוזיטיבי גרידא.

13 המדובר בעקרונות וכלים המקיימים "קרבת משפחה" עם עקרון הריפוי מבחינה זו שהם משתדלים להגן על המסגרת החוזית מקריסה גם במצבי התנהגות הפרתית או טרום-הפרתית של אחד הצדדים. בלי להיכנס לפרטים טכניים, ניתן למנות עימם את אלה: הגבלת ביטול החוזה להפרות יסודיות בלבד; מנגנון הביצוע בקירוב (cy près, ראו להלן); זכותו של צד להשעיית ביצוע המאפשרת לו סעד ביניים בלי לבטל את החוזה; מבחן ההתאמה הפונקציונלית של הטובין או של הביצוע (כגון חוק המכר הבין-לאומי, ס' 35); הוראות פרשניות המעדיפות קיום החוזה על פני ביטולו (ס' 25(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים)); מבחן "הביצוע המהותי" (substantial performance) של המשפט המקובל, בניגוד לכלל הדווקני של ביצוע מושלם (perfect tender) של דיני המכר האמריקאיים, ואחרים.

14 ראו Robert W. Gordon, *Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract*, 1985 WIS. L. REV. 565, 565-567 (1985); Daniel Markovits, *Arbitration's Arbitrage: Social Solidarity at the Nexus of Adjudication and Contract*, 59 DEPAUL L. REV. 431, 431-435 (2010). אודה כי יש בכתיבה היחסותית אמביוולנטיות כלפי סולידריות ואמון: האם מדובר בערכים חברתיים אינטרינזיים שהדינים הטרונוקטואליים מסוגלים לחזק, או שאמון וסולידריות הם בעיקרם ערכים מכשיריים שהגישה הכלכלית הקלאסית רחוקה מלמצות, המסייעים לקידומן של טרונוקציות יחסים אחרים (כיחסי עבודה)? לפחות בכתיבתו של מקניל יש אינדיקציות משמעותיות לחלופה השנייה. ראו למשל Ian R. Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 NW. U. L. REV. 1018 (1980-1981). מבחינה רטורית כוחה של האסטרטגיה של מקניל הוא ביכולתה לשכנע גם את המתנגדים לראות באמון ובסולידריות בעלי ערך אינטרינזי. לדיון שיפוטי המשיק לסוגיה זו ראו פסק דינה של השופטת אגמון-גונן בת"צ (מחוזי ת"א) 44598-12-12 **גרינברג נ' מיטב דש בע"מ** (נבו) 25.8.2021, הנסמך במידה מרובה על האנליזה במאמרו הקלאסי של מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17 (2006). לדיון בראייה באמון ערך-על אינטרינזי בדיני החוזים הישראלים ראו עלי בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתאוריית על לדיני החוזים ועל עקרון תום הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בדיני החוזים בראי פסיקתו של הנשיא מאיר שמגר" **עיוני משפט** כג 11 (2000).

תכלית מאמר זה אינה, כמובן, למצות את סוגיית הריפוי החוזי – לכך נדרשת מסגרת רחבה בהרבה, שתבחן אותו בהקשרים חוזיים, עסקיים, ויחסותיים (relational) שונים. תכליות המאמר הן להציג את הסוגיה בצורה תמציתית ומועילה, לזהות את הפרמטרים הנורמטיביים והשיחיים הרלוונטיים לדיון ואת קווי המחלוקת העיקריים, לספק ניתוח אנליטי של מודלים שונים של ריפוי ושל יחסם לפעולות בתר-הפרתיות אחרות כביטול החוזה וחבות בשיפוי או פיצויים, ולציין מקורות משפטיים למנגנון הריפוי בדין הישראלי, בדין משווה ובמשפט הבין-לאומי. בסוף המאמר מצורפות כמה הצעות אופרטיביות תחליפיות להכללה מפורשת של הזכות בדין הישראלי, אם באמצעות חקיקה, אם באמצעות חוזה, ואם באמצעות הזדמנות ראויה בפסיקה תקדימית, שלעת עתה הכירה בפרגמנטים של הזכות בהקשרים ספציפיים, אבל לא באופן מערכתי וכולל.

מבחינה מבנית, מאמר זה שונה מעט ממודל מקובל של כתיבה משפטית אקדמית המקיים הפרדה בין הטיעון הכללי, המתייחס למשפט המקומי, ובין פרק נפרד העוסק במשפט השוואתי. המבנה של מאמר זה הוא אינטגרטיבי, וזאת משלושה טעמים: האחד הוא שדבר חקיקה ישראלי עיקרי המעניק למפר זכות לריפוי ההפרה הוא בעצמו מסמך בין-לאומי – חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999 (להלן: חוק המכר הבין-לאומי) – שעל פרשנותו-שלו להיעשות לא מתוך הנטייה האינסטינקטיבית של פורומים ופרשנים להרמוניזציה עם הוראות הדין הפנימי, אלא מתוך התחשבות באופיו הבין-לאומי ובצורך לקידום אחדות במסחר הבין-לאומי (סעיף 7 לתוספת לחוק).¹⁵ העולה מכך הוא שבשדה משפטי זה דין זר – לכל הפחות כשמדובר בפרשנות החוק וביישומו – משמש בישראל מקור משפטי מנחה, ייתכן שאף מחייב, במקרים שהחוק האמור חל עליהם.¹⁶ הטעם השני הוא המידה שבה מתבקש, בעידן של גלובליזציה גוברת בתחום הטרנזקטואלי, כי דיני החוזים הישראליים – אף אלו הפנימיים – יחיו בהרמוניה ולפחות בהיכרות ובדיאלוג עם דיני העולם שעימם יש להם ממשק הולך וגובר. הטעם השלישי הוא האפשרות ללמוד ממשטרים חוזיים שהם רחבי יריעה, מעודכנים ומפורטים יותר יחסית ללקוניות של הדין הישראלי החרות, כגון עקרונות דיני החוזים האירופיים (PECL), עקרונות UNIDROIT או הצעת חוק המכר האירופי האחיד (CESL).¹⁷ תכלית דיון זה בין השאר להראות שעקרון הריפוי נתפס כעיקרון חדשני וחשוב ההולך וכובש לו מחוזות חדשים לא רק במחוזות הולדתו אלא גם בדיני התרופות הכלליים ובעיקר בדין הקונטיננטלי דווקא, שדיני החוזים והתרופות הישראליים המודרניים מושפעים מהם בשיטתיות יותר מאשר מדיני המשפט המקובל.¹⁸

15 ראו יונתן יובל ועדו שחם "פרשנות ותום לב כאתגרים של גלובליזציה בחוק המכר הבין-לאומי" **משפטים** מ 731 (2018); אריה רייך "חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשל"א-1971: זישן מפני חדש תוציאו" **מחקרי משפט** יד 127 (1997).

16 מנחה ולא מחייב – מדוע? היות ש' 6 לחוק המכר הבין-לאומי קובע שהחוק עצמו וכן כל אחת מהוראותיו ניתנים להתניה.

17 אף שזו האחרונה כשלה מלהתקבל כדבר חקיקה, ומאז 2019 הפרויקט נזנח. לתיאור תמציתי ראו באתר: <https://did.li/q1iIDN>. פורטל המסמכים הרלוונטיים נגיש באתר: <https://did.li/BsWIw>.

18 כך לפחות מאז חקיקתם של חוק החוזים, חוק התרופות, חוק המתנה, התשכ"ח-1978 (להלן: חוק המתנה), ובמידת מה ניתן למנות עימם גם את חוקי החוזים האחידים. ראו אהרן ברק "שיטת המשפט

מבנה המאמר הוא כדלקמן: המבוא ופרק א מציגים את דוקטרינת הריפוי המודרנית ואת הדילמות המרכזיות הכרוכות בדוקטרינה בתר־הפרתית הנחזית להחליש גישה דווקנית לעקרון ה־pacta sunt servanda. סעיף א.1 מציג את המקורות הנורמטיביים, ההיסטוריים והשוואתיים העיקריים של הריפוי. סעיף א.2 מציג את ההבחנה הבסיסית בין ריפוי "מלא" (המכסה את כלל נזקי ההפרה, כולל נזקים תוצאתיים) לבין ריפוי "אפקטיבי" (המתמודד עם ההפרה הראשית אך מותיר נזקים תוצאתיים לסעדים שיוניים, כפיצויים), וטוען בזכות העדפת הריפוי האפקטיבי על פני הגישה המקסימליסטית. סעיף א.3 עוסק במצבי קריסת יחסים כוללת המוחרגים מדוקטרינת הריפוי. סעיף א.4 דן בשאלת הארכיטקטורה המשפטית: מדוע נחוצה הכרה מפורשת בזכות לריפוי על דרך של כלל, אם כלל חוזי ואם כלל חקיקתי, במערכת שניתן לטעון בה שהזכות נגזרת ממילא מכוחו של סטנדרט (היינו עקרון תום הלב)? הטענה היא שכשמדובר בתחום הסעדים העצמיים והפעולות המשפטיות העצמיות, כגון ריפוי, הרי שכלל משפטי שמארגן במדויק את יחסי הזכות לריפוי אפקטיבי ואת התקשורת בין הצדדים הוא ארכיטקטורה משפטית עדיפה על פני תחשיבי תום הלב, שדומה שכה התרגלנו לסמוך עליהם שיפתרו עבורנו את כל הלקונות שבדין.

פרק ב מרחיב דיון זה. סעיף ב.1 דן בעצמאות יחסית של עקרון הריפוי מעקרון תום הלב, וסעיף ב.2 מדייק את הדיון בהקשר הספציפי של סעדים עצמיים שבו קיים אינטרס ספציפי בכללים מדויקים יחסית בשל היעדר בקרת איכות של בית המשפט על הזכויות לפעולה התרופתית ועל הכימות הכרוך בה.

פרק ג מנתח את היחסים בין דוקטרינת הריפוי ובין דוקטרינת הביצוע בקירוב וטוען לקוהרנטיות דוקטרינרית ונורמטיבית ביניהן אגב הבחנה הקשרית בין ריפוי אפקטיבי לריפוי חלופי.

פרק ד הוא פרק עיקרי במאמר, המעמת את הזכות לריפוי עם הציר ההופכי לו, היינו כוחו של הנפגע לבטל את החוזה בגלל הפרתו. סעיף ד.1 מזהה בשיטות משפט ובמשטרים חוזיים שונים ארבעה מודלים של יחסים בין ריפוי וביטול: המודל האוטונומי, שלפיו הזכות לריפוי ההפרה והזכות לביטול החוזה בשל אותה הפרה אינן תלויות זו בזו, ואין ביניהן הייררכייה א־פרוירית; המודל המוחלט, שלפיו הזכות לריפוי ההפרה עומדת לכל הפרה, יסודית כלא יסודית, הן אם נשלחה הודעת ביטול כדין והן אם לא; מודל הריפוי המותנה, שלפיו הזכות לריפוי החוזה מותנית בכך שהחוזה לא בוטל או אינו ניתן לביטול; מודל הביטול המותנה, המתנה את ביטול החוזה במתן הזדמנות מקדימה לריפוי. סעיף ד.2 מרחיב את הדיון לכדי מהלך יחסותי כולל ומציע לצמצם את הלכת ה־nachfrist שבסעיף 7(ב) לחוק התרופות, שהיא הרחבה ללא תקדים, וללא הצדקה, של העיקרון הבסיסי שלפיו ביטול החוזה מוצדק במקרי הפרה יסודית בלבד; הסעיף מבחין בין הפרה (יסודית או לא) שיש

בישראל – מסורתה ותרבותה "הפרקליט מ 197, 205–206 (1992): "הן במהותו, הן במטרתו והן בתוכנו, הושפע תהליך זה [הקודיפיקציה של המשפט האזרחי] עמוקות מהמשפט הקונטיננטלי. מכוחו של תהליך זה אימצנו מוסדות משפטיים המאפיינים את המשפט הקונטיננטלי, כגון עקרון תום־הלב (הן במשא ומתן והן בביצוע כל חיוב), עקרון האיסור על שימוש לרעה בזכות, עקרון החוזה לטובת צד שלישי, העיקרון כי התחייבות למתנה מחייבת, ועקרון הקודיפיקציה עצמו. זאת ועוד: בהשפעת התפישות הקונטיננטליות אימצנו לעצמנו את העיקרון – העומד ביסודו של חוק יסודות המשפט – כי שופט מוסמך להשלים חסר בחקיקה". להפניות מפורטות ראו שם.

לאפשר בגינה ביטול ובין הפרה ברת-ביטול כנתינתה בחוק כיום. סעיף ד.3 בוחן ומבקר את הלכת מרגליות הוותיקה המאפשרת את הפעלת סעיף 7(ב) גם בגין הפרות יסודיות, מצביע על כשליה הלוגיים והנורמטיביים ומציע לבטלה, במסגרת המהלך הכולל המוצע במאמר. ביצוע ריפוי משנה את המערך התרופתי, הן בהיבטי סעדים מן הדין והן בהיבטי סעדים מוסכמים. פרק 6 עוסק בזכאות לפיצוי שיורי, ופרק 7 עוסק בזכאות הנפגע לסעדים מוסכמים בתנאי ריפוי אפקטיבי: פיצויים מוסכמים, חילוט בטוחות ותניות האצה, ומציע מבחנים להכרעה בגין מה מופעל הסעד המוסכם: עצם ההפרה או נזקים שההפרה גרמה. פרק הסיכום מנסה בתמציתיות את מסקנות המאמר כחלק ממבנה יחסותי כולל ועומד על ביקורות ושאלות פתוחות.

א. הזכות לריפוי ההפרה: הדוקטרינה ומקורותיה

1. ריפוי ההפרה לאחר חלוף המועד לקיום החיוב

בשיטות משפט שונות עומדת לצד לחוזה אשר הפר חיוב מחיוביו זכות לקיים את החיוב המופר – "לרפא" את ההפרה – אף לאחר שעבר המועד לקיומו, וזאת על חשבוננו ובתנאי שהדבר לא יגרום נזקים או עלויות לצד הנפגע.¹⁹ מוסד זה, המכונה במשפט האנגלו-אמריקאי "ריפוי" (cure), תומך בשיקום היחסים החוזיים בין הצדדים במקרי הפרה ומשקם ככל הניתן את מעטפת הקיום החוזי בשלב ההפרה. אף שיש לה שורשים מסוימים במשפט המקובל הקלאסי, הזכות לריפוי אינה זכות מוכרת בו, והיא אינה קיימת כזכות עצמאית מוכרת בדיני החוזים הישראליים, אף שיש לה ביטויים חקיקתיים חלקיים.²⁰ מקורו ההיסטורי של עקרון הריפוי המודרני בדיני המכר האמריקאיים, שם הוא נחשב לחידוש עיקרי של ה־Uniform Commercial Code (UCC) מבית מדרשו של עורכו ומנסחו הראשי הראשון קארל לואלין (Llewellyn) וכמבטא את מחויבותו של הקוד לתפיסה ריאליסטית ו"יחסותית" (relational) של דיני החוזים.²¹ אף שמקורו ההיסטורי וביטוי

19 יש להבהיר: העיקרון הכללי קובע כי הריפוי עצמו לא יגרום עלויות או נזקים לנפגע – היינו שהללו יפלו במלואם על המפר-המרפא – אך לא בהכרח כי הריפוי ירפא את מכלול נזקי ההפרה שנגרמו לנפגע, אם נגרמו. לכן אופייני לתניות והוראות ריפוי שהן משמרות את זכותו של הנפגע לפיצויים שיוריים בגין נזקים שפעולת הריפוי עצמה לא כיסתה. לדיון ראו William H. Lawrence, *Cure After Breach of Contract Under the Restatement (Second) of Contracts: An Analytical Comparison with the Uniform Commercial Code*, 70 MINN. L. REV. 713, 718–719 (1986) (להלן: *Cure After Breach of Contract*).

20 למשל ס' 3 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974; ס' 4ב(א) לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973; ס' 28 לחוק המכר, התשכ"ח-1968; ס' 48 לחוק המכר הבין-לאומי.

21 UCC §2-508. סעיף זה מעניק למוכר זכות לריפוי ההפרה בסיטואציה שבה דחה הקונה את הטובין בשל אי-התאמה (rejection of tender, rejection of goods – לפי העניין). יש לציין כי בשלב זה – לפני קבלת הטובין – זכות הקונה לדחייתם מבוססת על עקרון ה־perfect tender, המחייב התאמה מוחלטת בין הטובין לבין הקביעה החוזית, בניגוד לדוקטרינת הביצוע המהותי (substantial performance), החלה לאחר שהתגלה פגם נסתר והקונה מבקש לחזור בו מקבלת הטובין (revocation of acceptance). זכותו של המוכר לרפא גם בשלב מתקדם זה אינה מפורשת אך ניתן להסיקה מ־UCC §2-608(3), ויש לכך תמיכה בפסיקה בארצות הברית. הכתיבה בתחום בארצות הברית רבה מאוד ורפטטיבית ברובה;

החקיקתי המוכר ביותר הוא בדיני המכר, הרי שתחולת העיקרון מוכרת במשפט האמריקאי גם בדיני החוזים הכלליים, אף ששם היא לכאורה נחוצה פחות בשל חלות עקרון הביצוע המהותי (substantial performance), הדווקני פחות מעקרון הביצוע המושלם (perfect tender) החל בדיני המכר.²² בפרשת *Gudyka* מ-1990 קבע בית המשפט הפדרלי לערעורים כי "an opportunity to cure... comports with general contract theory"²³. המלומד פרנסוורת' מציין כי דוקטרינת הריפוי מיושמת גם בחוזים שאינם חוזי מכר על דרך ההיקש מן ה-UCC,²⁴ ועל האמת יש להם גם ביטוי חקיקתי חרות בתחומים אחרים, כדיני זכינות ושירותים.²⁵

אף שהמקור החקיקתי ההיסטורי העיקרי לעקרון הריפוי מצוי בדין האמריקאי, הרי שהשתלבותו של העיקרון במשטר תום לב מורחב הביאה לקליטה נוחה יחסית שלו דווקא בדין הקונטיננטלי. המשפט הגרמני הגדיל לעשות, והוא מתייחס ל"ביצוע משלים" כזכות מוקנית של צד לחוזה.²⁶ ככלל, הזכות לביטול החוזה במשפט הגרמני משתכללת בעקבות כישלוננו של הצד המפר לרפא את ההפרה,²⁷ גם כשהכלל משתמש בניסוח עקיף לכך.²⁸ המשפט האנגלי אינו מכיר בזכות כללית לריפוי ההפרה (ואף לא בחובה לבטל את החוזה בתום לב).²⁹ עם זאת כדרכו של המשפט האנגלי, התוצאות החמורות לפרקים של

- לסקירות ממצות יחסית ראו *Lawrence, Cure After Breach of Contract*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 713; Ellen A. Peters, *Remedies for Breach of Contracts Relating to the Sale of Goods under the Uniform Commercial Code: A Roadmap for Article Two*, 73 YALE L. REV. 199, 210 (1963) לדיון מפרספקטיבה של ניתוח כלכלי ראו Alan Schwartz, *Cure and Revocation for Quality Defects: The Utility of Bargains*, 16 B.C. INDUS. & COM. L. REV. 543, 547-548 (1975)
- 22 ראו Lenard M. Parkins, *Substantial Performance: The Real Alternative to Perfect Tender under the UCC*, 12 HOUS. L. REV. 437 (1974)
- 23 *Stanley Gudyka Sales Co. v. Lacy Forest Products. Co.* 915 F.2d 273 (7th Cir. 1990)
- 24 E. ALLAN FARNSWORTH, *CONTRACTS* 588 (3rd ed. 1999). עמדה זו מובעת גם ב-RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §237 (Am. L. Inst. 1981)
- 25 ראו למשל *Volvo Trucks North America v. Wisconsin Department of Transportation*, WI 15, 323 Wis. 2d 294, 779 N.W.2d 423 (2010), 47, שם יושם העיקרון בחוזי זכינות. ראו גם שם, ה"ש בעמ' 17. FARNSWORTH, לעיל ה"ש 24, בעמ' 587 הערה 4, מציין כי אף שהמושג היה מוכר במשפט המקובל לפני ה-UCC, תחולתו ומשמעותו היו עמומים, אף כאשר המוכר ביקש לרפא משלוח לא מתאים לפני המועד החוזי.
- 26 במצבים של ביצוע חלקי (להבדיל מכישלון תמורה מוחלט), ביצוע משלים הוא ביצוע מאוחר של אותו חלק בהתחייבות החוזית שהביצוע המוקדם כשל מלקיים. ביצוע משלים יכול להיות הן במועד והן בהתאמה. ראו Reinhard Zimmermann, *Liability for Non-Conformity: The New system of Remedies in German Sales Law and its Historical Context*, 39 IR. JUR. 1, 38-39 (2004)
- 27 BGB §323(1). לחוזי קבלנות ראו BGB §635. חריגים לזכות נמצאים בכמה מקומות בקוד BGB: §323(2), §440, §325(5)
- 28 BGB §437. Zimmermann, לעיל ה"ש 26. באשר למשפט הצרפתי ראו להלן.
- 29 "English law does not permit a contracting party unilaterally to cure a repudiatory breach once it has been committed ... the choice whether to affirm or not is the choice of the injured party. It cannot be taken from him by the party in breach making an offer of amends". HUGH BEALE, ROY GOODE, *COMMERCIAL LAW* גם CHITTY ON CONTRACTS 24-002 (32nd ed. 2015). ראו גם Solène Rowan, *Resisting Termination: Some Comparative Observations*, in 298-301 (1995);

צייקנות זו מרוככות באמצעות הלכות היושר, ה־equity. מפר שהפר הפרה יסודית עשוי לקבל מבית המשפט ארכה אשר אם ירפא במהלכה את ההפרה, תקנה לו חסינות מביטול החוזה.³⁰ דוגמה לכך נמצאת בדיני השכירות. שוכר שאיחר בתשלום או בקיום חיוב אחר והקים אפוא למשכיר זכות לביטול החוזה, או לחילוט ערבויות שנתן, עשוי לקבל מבית המשפט הגנה בדמות תקופת חסד לריפוי ההפרה; כך גם במקרה של נוטל משכנתה שאיחר בתשלום.³¹ באשר למכר, בית המשפט רשאי להעניק למוכר אפשרות לריפוי ההפרה במקרים מצומצמים וכאשר ההפרה אינה עולה כדי הפרה יסודית.³² עם זאת יש להדגיש את האפיון התורת־משפטי של ארכה זו: אין מדובר בזכות מוקנית של המפר אלא בסעד פררוגטיבי.³³

לעקרון הריפוי יש ביטוי בעקרונות דיני החוזים האירופיים (PECL),³⁴ שעל אף אופיים האקדמי הם מקור משמעותי, באשר הם מרחיבים את תחולת העיקרון מעבר לדיני המכר, אל דיני התרופות הכלליים.³⁵ סעיף 104:8 קובע:

A party whose tender of performance... does not conform to the contract may make a new and conforming tender where... the delay would not be such as to constitute a fundamental non-performance.³⁶

DEFENCES IN CONTRACT 1 (Andrew Summers, James Goudkamp & Frederick Wilmot-Smith eds., 2017)

BEALE, לעיל ה"ש 29, בעמ' 21-016–21-017.

30 במקרה של שכירות קיים לכך עיגון חקיקתי בהודעת החילוט (forfeiture) שעל מחזיק הזכויות בנכס לשלוח לשוכר כתנאי לחילוט זכויות השוכר, Law of Property Act, (1925) §146 (Eng.). באשר לזכותם של נוטלי משכנתאות לרפא איחור בתשלום, אחד או יותר, ראו Shiloh Spinners Ltd v. Harding, [1973] AC 691 (Appeal taken from Eng.).

32 Rex J. Ahdar, *Seller Cure in the Sale of Goods*, LLOD'S. MAR. AND COMMERCIAL L.Q. 364 (1990); Antonia Apps, *The Right to Cure Defective Performance*, LLOD'S. MAR. AND COMMERCIAL L.Q. 525 (1994); Vanessa Mak, *The Seller's Right to Cure Defective Performance – A Reappraisal*, LLOD'S. MAR. AND COMMERCIAL L.Q. 409 (2007). באשר לתקופת חסד לריפוי פגם במסמכים – documents of title – ואחרים – ההלכה מבוססת יותר. ראו ענין The Kanchenjunga, [1990] 1 Lloyd's Rep 391 (HL); MICHAEL BRIDGE, *THE SALE OF GOODS* 129 (3rd ed. 2014).

33 Union Eagle Ltd v. Golden Achievement Ltd, [1997] AC 514, 519 (PC): "The equitable jurisdiction is however limited and exceptional, so as not to undermine contractual certainty" ראו גם SNELL'S EQUITY 13-001 (J. McGhee ed., 33rd ed. 2014).

34 ראו PRINCIPLES OF EUR. CONT. L., Parts I–II (Ole Lando & Hugh Beale eds., 2002). העקרונות נוסחו על ידי ועדה של מומחים ממדינות האיחוד האירופי השונות (The Lando Commission) בתבנית של דבר חקיקה המתיימר לבטא את הדוקטרינות העיקריות המשותפות לדיני החוזים האירופיים. העקרונות אינם מבחינים בין חוזים פנימיים לבין חוזים בין-לאומיים. אף שהם מסמך אקדמי בלבד, פורומים וטריבונלים שונים מתייחסים ל-PECL כמקור פרשני ולהשלמת לקונות. להשוואה מפורטת בין שלושת המשטרים החוזיים הללו, CISG, UNIDROIT, ו-PECL, הניזונים זה מזה אך לכל אחד מהם גם מאפיינים משלו במובהק, ראו JOHN FELEMEGAS, AN INTERNATIONAL APPROACH TO THE INTERPRETATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (1980) AS UNIFORM SALES LAW (2007).

35 גם ה־CESL כולל הוראות בנוגע לריפוי בחוזי שירותים, ראו להלן.

הזכות לריפוי החוזה לאחר הפרתו בתנאים מסוימים מוכרת גם במקורות המכונים "משפט רך" של המשפט המסחרי הבינ-לאומי: בעקרונות ה-UNIDROIT,³⁷ המשמשים מקור נורמטיבי ופרשני בשיטות משפט רבות,³⁸ בהצעות חקיקה כהצעת חוק המכר האירופי CESL,³⁹ ובעבודות הכנה אקדמיות רחבות היקף.⁴⁰ מקור חקיקתי עיקרי שלה בדיני המכר המודרניים הוא באמנת האו"ם למכר טובין בין-לאומי (CISG).⁴¹ היות שה-CISG אומצה וחקקה בישראל בתור התוספת ל חוק המכר הבינ-לאומי,⁴² ותחולתה בישראל אף הורחבה ביחס להגדרות הפנימיות של האמנה,⁴³ נמצא מקור חקוק מובהק לקיומה של הזכות לריפוי במשפט הישראלי. יתר על כן, הסתמכות על ה-CISG – שבשל בעיות של ברירת פורום ושימוש יתר במנגנון ההחלטה של סעיף 6 לתוספת לחוק הפסיקה הישראלית עליה, למרבה

36 עם זאת, שלא כמו ה-CISG, העקרונות האירופיים מגבילים את הזכות לריפוי למקרים שבהם העיכוב בביצוע אינו מהווה הפרה יסודית. כאשר "time is of the essence", כלשון ההערה הרשמית, ריפוי אפשרי רק כאשר הנפגע בוחר להעניק ארכה לצורך זאת. ראו PRINCIPLES OF EUR. CONT. L., לעיל ה"ש 34, בעמ' 368–372.

37 UNIDROIT principles, art 7.1.4 (Cure by non-performing party), <https://did.li/1UzOf>

38 MICHAEL J. BONELL, THE UNIDROIT PRINCIPLES IN PRACTICE, xvi (2004)

39 זכות ריפוי חזקה במיוחד, לא רק במכר אלא גם במתן שירות בתנאים מסוימים, קיימת בס' 106, 109, להצעת ה-Common European Sales Law, אשר לעת הזו היא אות מתה שלא ברור אם תשוב אי פעם לתחייה. ראו נספח ב למאמר זה. לסיוג חובתו של צרכן לקבל ריפוי ראו ס' 106(3)(a). קיים היסוס מסוים באשר לשימוש ב-CESL כמקור רלוונטי, באשר הצעת החוק נדחתה כידוע, בתחילה זמנית על ידי הפרלמנט האירופי ב-2014 וסופית על ידי מועצת הנשיאים ב-2019; קיימות הצעות לחקיקת מגן בתחום המכר המקוון, חוזים אחידים ועוד, אך ה-CESL אינה מועמדת לחקיקה בעת הזו. עם זאת תכניה המהותיים משקפים למצער הסכמה אקדמית, אף שבדיעבד לא הייתה לה היתכנות פוליטית. למקורות הרלוונטיים ראו <https://did.li/cndUY>. לניתוח משפטי ראו Sonja Kruisinga, *The Seller's Right to Cure in the CISG and the Common European Sales Law*, 19 EUR. REV. PRIVATE L. 907 (2011).

40 גם ה-Draft Common Frame of Reference (DCFR), שהיא פרי מאמץ אקדמי משולב במימון נציבות האיחוד האירופי ופורסמה בשנת 2009 כמסגרת כללית לדיני חוזים אירופיים, מרחיבה את הזכות לריפוי לחוזים בכלל, כשהיא נוקטת את הביטויים הכלליים "חייב" (debtor) ו"נושה" (creditor), כמו ס' 43 לחוק החוזים (חלק כללי). ראו ס' 3:201 – III. עד 3:205 – III. למסמך המלא ולרקע משפטי ראו באתר: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

41 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 (CISG) לניתוח הוראות הריפוי ב-CISG ראו "Delivery of Substitute Goods and Repair under the CISG" https://ciscgac.com/file/repository/CISG_Advisory_Council_Opinion_No_21.pdf. ראו גם Kruisinga, לעיל ה"ש 39. להשוואה בין הוראות הריפוי של ה-CISG לדין האמריקאי ראו CLAYTON P. GILLETTE & STEVEN D. WALT, SALES LAW: DOMESTIC AND INTERNATIONAL 225–244 (2015).

42 ס"ח 1716, עמ' 6. אף שבמרבית הדוקטרינות שלו חוק המכר הבינ-לאומי עולה בקנה אחד עם הדין הישראלי הפנימי (למשל בהיעדר דרישת התמורה, בהיעדר דרישת הכתב, בזכות לסעד אכיפתי ועוד), הרי שמקצת עקרונות היסוד שלו – בפרשנות, בחובות תום לב – אינם זהים לאלו של המשפט הישראלי המקביל. ראו ס' 7, 8, 9 לתוספת לחוק. לעניין קליטת החוק במשפט הישראלי ראו Yehuda Adar, *The CISG in Israel*, in LARRY DIMATTEO, INTERNATIONAL SALES LAW: A GLOBAL CHALLENGE 518 (2014); רייד, לעיל ה"ש 15.

43 ראו ס' 3 לחוק העיקרי.

הצער, דלה – מוצדקת במיוחד לאור ההצלחה הגלובלית של חוק אחיד זה.⁴⁴ על ה-CISG חתומות כיום 97 מדינות,⁴⁵ ולפי הערכות יותר משני שלישים מהסחר הבינ-לאומי בטובין מתקיים על פיה.⁴⁶
על פי סעיף 48(א) לחוק המכר הבינ-לאומי:

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

זהו מנגנון יחסותי (relational) מובהק, והוא נתפס ככזה מאז שקארל לואלין (Llewellyn) הכניסו בתור חידוש גדול ל-UCC.⁴⁷ הוא גובר על פרשנות פורמליסטית של החובה לקיים חוזה באופן דווקני, תוך כדי שמירה על כל אינטרס לגיטימי של הנפגע; במקום לדלג לשלב הבתר-חוזי של תרופות, העיקרון הוא להתחשב בכשלים ובתקלות ולשקם את היחסים החוזיים במתן אפשרות מצד אחד לקיום מאוחר, ומצד אחר לפיצוי שיורי של הנפגע על כל נזק שהקיום באיחור גורם. ריפוי נאות של הפרה עשוי למנוע היזקקות לתרופות אחרות, ואף שההפרה עדיין תעמוד ככזו ותקים במקרים מסוימים זכות לפיצויים, הריפוי עשוי להוריד את דרגת חומרתה מהפרה יסודית ללא יסודית, והיא לא תהיה אפוא עילה לביטול החוזה (למשל החלפת טובין לא מתאימים בטובין מתאימים לא תשנה את העובדה שקרתה הפרה, וייתכן שקיימת זכאות לפיצויים בגינה, אך ההפרה כבר לא תהא בדרך כלל יסודית). מנגנון כזה מדגיש לכל אחד מן הצדדים את האינטרסים הלגיטימיים של משנהו ומתוכם לכל אחד מהם. זאת ועוד, אם החוזה המקורי ייצג הקצאה ראויה של עלויות בין הצדדים במסגרת יחסי חליפין,⁴⁸ מנגנון ריפוי שתובע שיתוף פעולה מסוים בין שני הצדדים נוטה לזהות את מצבי ההפרה, שגם בהם עדיין כדאי לקיים את הקצאת העלויות הבסיסית – לא בדרך של הליך יישוב סכסוך שעשוי להיות מורכב ומתמשך (ומכל מקום אינו עניינו של מאמר זה), אלא על דרך של סעד עצמי שהזכאות לו מוכרת במפורש בדין. ברי שריפוי רלוונטי בעיקר במצבים שבהם יש טעם לחשוב שהם נפוצים, שבהם הפרת החוזה לא הייתה מכוונת, אלא היא תקלה או תאונה שקרתה למפר, המבקש באמצעות הריפוי להקטין את השלכותיה השליליות בלי שייגרם בכך עוול לנפגע ביחס לאינטרס הציפייה שהיה לנפגע בביצוע החוזה.

מתן אופציה לריפוי כתנאי לנקיטת צעד חד-צדדי כגון ביטול חוזה או ניכוי מהמחיר בגין אי-התאמה,⁴⁹ גורם לנפגע לכל הפחות לאפשר את שיקום ההסכמה החוזית, גם בתנאי

John F. Coyle, *The Role of The CISG in U.S. Contract Practice: An Empirical Study*, 38 PENN. JOUR. OF INT. L. 195, 195–196 (2016).

מקור: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-table-contracting-states>; 45

Ingeborg Schwenzer & Pascal Hachem, *The CISG – Successes and Pitfalls*, 57/2 AM. J. COMP. L. 457, 457–459 (2009). ראו גם <https://uncitral.un.org/en/cisg40>; 46

Gregory E. Maggs, *Karl Llewellyn's Fading Imprint on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code*, 71 U. COLO. L. REV. 541, 547–548 (2000). 47

זו הנחת יסוד שיש טעמים לפקפק בה לעיתים, אך היא נוחה ותקפה כאקסיומה של עקרון חופש החוזים. 48

ס' 28 לחוק המכר; ס' 50 לחוק המכר הבינ-לאומי. 49

הפרה (או הפרה צפויה), "בתמורה" לזמינות של סעד אפקטיבי, היה והריפוי לא יעלה יפה. סעיף 497(א) להצעת חוק דיני ממונות ("הקודיפיקציה האזרחית"), העוסק בניכוי מהתמורה, קובע תנאי מקדים של מתן הזדמנות לריפוי ההפרה: הופר חיוב ההתאמה בנכס או במלאכה, זכאי הנפגע לנכות מהתמורה את הסכום האמור בסעיף קטן (ג), ובלבד שנתן למפר הזדמנות סבירה לתיקון אי-ההתאמה, אך המפר לא תיקן אותה בתוך זמן סביר.⁵⁰

2. ריפוי מלא או ריפוי אפקטיבי?

שאלה מרכזית בדיני הריפוי היא: מה על המפר לרפא, כשהוא מרפא? מצד אחד ניצבת עמדה הגורסת שעל הריפוי להקיף את מכלול ההפסדים והנזקים שנגרמו לנפגע מהפרת החוזה (המרופאת).⁵¹ ריפוי מלא שכזה פירושו ריפוי המבטל לחלוטין את ההפרה ואת תוצאותיה, או משפה בגינן באופן שאינו מותיר לנפגע כל נזק או הפסד שיורי. מן המצד השני ניצבת עמדה שלפיה די בכך שהריפוי ירפא את ההפרה העיקרית – כגון שירפא את יסודיות ההפרה כדי שהחוזה לא יהיה שוב בר-ביטול – אך שאין לדרוש ממנו לכלול למפרע גם טיפול בשאלות מורכבות ושונות מהותית משאלת הביצוע העיקרי, כגון הזכאות לפיצויים ישירים או תוצאתיים.⁵² הצעתי היא לכנות ריפוי כזה "ריפוי אפקטיבי". הריפוי האפקטיבי הוא כאכיפת חוזה באיחור: החיוב העיקרי יקיים, אך ההפרה ותוצאותיה לא בהכרח יאוּוּנו ולא ייעלמו; יש שתוצאותיה יותירו נזקים שהקיום באיחור לא יכסה, שאז תחול במצטבר זכאות לפיצויים שיוויים,⁵³ עד ל"מלוא זכותו" של הנפגע, כניסוחה התמציתי של הקודיפיקציה.⁵⁴

שאלה זו עלתה בארצות הברית בפרשת *Volvo* משנת 2010. בית המשפט העליון של מדינת ויסקונסין דן בשאלה אם על מפר הטוען שריפא הפרה יסודית של החוזה, להראות שריפא את כל ההפרה ותוצאותיה, או רק את מרכיב היסודיות שבה.⁵⁵ באותו מקרה דובר בחוזה זכיינות בין וולבו ובין זכיין שלה למכירת משאיות אשר החזיק גם בזכיינות של יצרן מתחרה של וולבו. במשך כשנתיים נקט הזכייין מדיניות מכוונת של צמצום מכירות משאיות

50 הוראה זו מרחיבה את תחולת ההוראות המקבילות בדין הקיים: ס' 28 לחוק המכר; ס' 4(א)(2), (ג) לחוק חוזה קבלנות; ס' 9(א)(2), (ב) לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971. לניתוח מעמיק של הזכות לריפוי ההפרה בהקשר של דיני חדלות פירעון ראו עומר קמחי "דיני חדלות פירעון: מגישה חברתית לגישה כלכלית" עיוני משפט לו 417 (2013).

51 מיגל דויטש דיני חוזים מיוחדים כרך א 187-188 (2008).

52 עניין *Volvo*, לעיל ה"ש 25; 241 Anacapa Technology, Inc. v. ADC Telecommunications, Inc., F. Supp. 2d 1016 D. Minn. (2002).

53 ס' 2 לחוק התרופות. לשילובים כאמור בין ריפוי אפקטיבי לבין פיצויים שיוויים (אם פיצויי שווי שוק ואם פיצויים תוצאתיים) ראו פרק ה להלן. בעניין פיצויים מוסכמים, חילוט בטוחות והפעלת תניות האצה בחוזים פיננסיים ראו פרק ה להלן.

54 ס' 446 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595 (להלן: הקודיפיקציה האזרחית). לדיון משלים, השואל "על פי אלו פרמטרים יקבע שהנפגע חייב לקבל ריפוי?", ראו להלן, תת-פרק ב.1 לאחר הדיון בפרשת **צמנטכל**, להלן ה"ש 68.

55 עניין *Volvo*, לעיל ה"ש 25.

מתוצרת וולבו ובה בעת הרחיב את נתח השוק של משאיות מתוצרת מתחרה (הזכיין התכוון בשלב מסוים להעביר את הזכיינות של וולבו לצד ג). כשהדבר נודע לוולבו, היא ביקשה לבטל את חוזה הזכיינות מחמת הפרה יסודית. על פי דיני ויסקונסין, עומדת למפר זכות לריפוי ההפרה בזמן סביר. הזכיין חדל מהמדיניות האמורה ושב לשווק את תוצרת וולבו במאמצים סבירים (הייתה על כך מחלוקת עובדתית שאינה מעניינת). וולבו טענה שהיות שבתקופת צמצום המכירות נגרמו לה הפסדים ניכרים בשל מחזור מכירות מוקטן, על ריפוי ההפרה לכלול גם פיצוי על הפסדים אלה – ואם לא ישולמו, עומדת לה הזכות לביטול החוזה. הזכיין סירב לשלם פיצויים. בית המשפט קבע שהריפוי בפועל על ידי הזכיין היה אפקטיבי, ושהביטול על ידי וולבו היה שלא כדין. ככל שהריפוי עומד בתנאי ביצוע מהותי (substantial performance), הרי שמרכיב היסודיות בהפרה מנוטרל: "Substantial performance is performance without material breach"⁵⁶ ולתובעת לא קמה זכות לבטל את החוזה.⁵⁷ אם נגרמו לנפגעת נזקים במהלך תקופת ההפרה, הם נתונים לתביעה לפיצוי כספי. בפרשת *Anacapa* קבע בית משפט פדרלי במינסוטה קביעה דומה.⁵⁸ באותו עניין העניק פאנל של בוררים לזכיין תקופת חסד כדי לרפא הפרה יסודית, ולא – יתבטל החוזה. בפרשו את הדרישה ל-"cure" שבפסק הבוררות, בית המשפט נסמך על ה-Official Comment לריסטייטמנט השני, ולפיה:

Even if the failure is material, it may still be possible to cure it by subsequent performance without a material failure.⁵⁹

בית המשפט בפרשה זו קבע כי הריפוי אינו צריך להיות קפדני יותר מהביצוע שאת הפרתו הוא מרפא. היינו, אם הביצוע הוא מהותי (substantial performance), הרי שגם אם כרוכה בו הפרה, בהגדרה היא לא תהווה הפרה יסודית ברת-ביטול. הריפוי הוא תחליף או סימולציה של ביצוע כזה, ולכן:

To cure a material breach means to engage in subsequent conduct that substantially performs or performs without a material failure... Only if the breach is not cured to the level of substantial performance may the injured party terminate the contract.⁶⁰

56 *FARNSWORTH*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 585. ראו גם *Ujdur v. Thompson*, 878 P.2d 180 (Idaho App. 1994), הקובע כי ביצוע מהותי הוא ההפך של הפרה יסודית, ומכאן ההתאמה הדוקטרינרית בין שני המושגים.

57 כך קבע גם בית המשפט הפדרלי של מחוז המרכז של קרוליינה הצפונית. להפניות נוספות ראו שם; *Moses H. Cone Mem'l Hosp. Operating Corp. v. Conifer Physician Servs., Inc.*, No. 1:13-CV-651 (M.D.N.C. Apr. 11, 2017).

58 עניין *Anacapa*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 3-6. יוזכר כי בתחום זה אין דין פדרלי, והדין הוא מדינתי; סמכות השיפוט נתונה לבית משפט פדרלי במצבי Diversity of citizenship.

59 *RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §237 (AM. L. INST. 1981)*. וראו *Lawrence, Cure After Breach of Contract*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 747.

60 עניין *Anacapa*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 4.

בית המשפט הפדרלי דחה את הקונסטרוקציה שלפיה ריפוי הפרה (ובמקרה זה הפרה יסודית) ייחשב לתקף רק אם ירפא את מכלול הנזק שנגרם מן ההפרה.⁶¹ גם בפרשת וולבו קבע בית המשפט מפורשות כי "Perfect performance is not required to effectuate a cure"⁶².

אומנם יש שבית המשפט ידרוש, כריפוי אפקטיבי, ריפוי מלא. בפרשת *Walters* הפר שוכר מסחרי את החוזה בכך שלא שילם דמי שכירות במועד, לא שילם מיסים שהושטו עליו על פי החוזה ולא סיפק למשכיר נתונים על מחזורו העסקי.⁶³ אף שהשוכר שילם את מלוא החוב של דמי השכירות בתוך תקופת הריפוי, סירב בית המשפט להכיר בכך שבוצע ריפוי תקף כל עוד לא ריפא המפר את מכלול הפרותיו האמורות. אלא במה דברים אמורים, לא בנזקים שיוריים שיכולים להוות מושא לתביעה עצמאית, אלא בחיובים חוזיים עצמאיים שהופרו ולא רופאו. גישה דווקנית יותר שכזו יכולה לעלות בקנה אחד עם גישת הביצוע המהותי הכללית. נדמה שהיא מייחדת בעיקר הסכמי אשראי ואשראי דוקומנטרי,⁶⁴ ובשיטה האמריקאית גם חוזי שכירות מסוימים.⁶⁵

בניגוד להלכת ה-*substantial performance*, ניתן להרחיב את דרישת הפיצוי, כך שהריפוי יעמיד את הנפגע במצב שבו היה לו קיום החוזה במועדו (זו כזכור הייתה דרישת הנפגעת וולבו אשר נדחתה).⁶⁶ כך הציע המלומד דויטש, למצער במצבי הפרה יסודית: "יש לראות את ההפרה כנרפאת, לעניין סעד הביטול בגין ההפרה היסודית, כאשר נלווה לביצוע של המפר מעשה או פיצוי המעמידים את הנפגע במצב שבו היה אילו קיים החוזה במועדו".⁶⁷ משמעותה המעשית של דרישה זו היא כי במקרים שבהם גרמה ההפרה לנזק תוצאתי, יתווספו לריפוי המהותי גם תשלום פיצויים לנפגע על נזקי ההפרה או פעולה אחרת הנדרשת כדי לבצע סימולציה של קיום מלא של החוזה.⁶⁸

61 אין לדרוש שהריפוי *done by the breach* (שם, בעמ' 6). "Must not only stop the offending conduct but must also repair the harm

62 עניין *Volvo*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 16, פס' 45. ראו גם E. ALLAN FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS § 8.17 at 521 (3rd ed. 2004). כן ראו CATHERINE M.A. MCCAULIFF, CORBIN ON CONTRACTS §36 at 349 (1999), שלפיו עקרון הריפוי הוא "[A]nother chance to perform Substantially".

63 *Walters v. National Properties, LLC*, 2005 WI 87, 282 Wis. 2d 176, 699 N.W.2d 71 (בית המשפט העליון של מדינת ויסקונסין).

64 לדרישת ה-*strict compliance* באשראי דוקומנטרי ראו Jonathan D. Thier, *Letters of Credit: A Solution to the Problem of Documentary Compliance*, 50 FORDHAM L. REV. 848 (1982) והפניות שם.

65 ראו UCC 2A-509(1).

66 עניין *Volvo*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 16.

67 דויטש דיני חוזים מיוחדים, לעיל ה"ש 51, בעמ' 187-188.

68 ע"א 1368/02 **צמנטכל ב. קוטיק בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נז(1) 516 (2002), נוסף על ההפרה העיקרית של עיכוב בתשלום, עיכבה צמנטכל גם החתימה על חוזה הפיתוח, היות שלא רצתה להסתבך בהחייבויות נוספות כל עוד לא הוסדר המימון הבנקאי הנדרש. לדעתי, יש לראות בהיעדר חתימה שכזו, המסכלת את קיום החוזה, הפרה עצמאית ולא הפרה נגררת או מצרפית המצטרפת להפרה ה"עיקרית" של אי-תשלום. לפיכך כל אחת מהפרות אלה טעונה ריפוי אפקטיבי משלה, ואין לכרוך את שני הריפויים יחד. לדין מפורט בפסק הדין ראו פרק ב להלן.

החשש מעמידה על סטנדרט גבוה זה של ביצוע הנו שתעקר את מנגנון הריפוי מכל ערך מעשי, באשר מפריס לא ינקטו בה כמעט כלל. היא גם אינה נדרשת מבחינת הקונסיסטנטיות הדוקטרינרית: מרגע שישודיות ההפרה נרפאת, שוב אין לנפגע עילת ביטול. הריפוי אינו מונע מהנפגע לבוא בתביעת פיצויים שיוריים ואינו פוטר את המפר מחבות בהם. כדברי השופטת ביניש בפרשת רונן נ' ס.ע.ל.ר,⁶⁹ אם ההפרה רופאה, ושוב אין לנפגע זכות לבטל את החוזה, הרי ש"עומדת לנפגע תרופת הפיצויים", כלומר: הריפוי עצמו אינו נדרש לכסות את מכלול הנזקים התוצאתיים, העשויים לבסס זכאות לפיצויים. גם המקורות החקיקתיים, אם זה דין חרות (כגון סעיף 48 לחוק המכר הבין-לאומי), אם הצעות חוק כגון ה-CESL⁷⁰ או דין "רך" (כגון עקרונות UNIDROIT)⁷¹ – בקבעם שריפוי ההפרה אינו פוגע בכל זכות של הנפגע לפיצויים בעבור נזקים ישירים ותוצאתיים שנגרמו מן ההפרה ואשר הריפוי האפקטיבי לא ריפאם – קובעים במשתמע שריפוי אפקטיבי אינו חייב לחול גם עם הפסדים בני-תביעה כאלה. אשר על כן הזכות לריפוי אכן מתייחסת לביצוע מהותי ולא ל"מעשה או פיצוי המעמידים את הנפגע במצב שבו היה אילו קיים החוזה במועדו".

זו אכן הגישה הראויה. מופרז לדרוש מהמפר לשלם למפרע פיצויים כאשר כידוע תביעת פיצויים יכולה להיות עניין מורכב ונתון במחלוקת. טכנית, מדובר בערוץ המורכב ביותר בתוך הערוצים התרופתיים שבחוק התרופות, ותביעה לפיצויים שיוריים יכולה לכלול מחלוקת בשאלות עובדתיות, בשאלות של סיבתיות, צפיות נזק, הקטנת הנזק, תיחום הנזק ושאר הפרמטרים שביסס פסק הדין בעניין **אניסימוב**.⁷² אין להתנות את האפקטיביות המשפטית של הריפוי בכך שהצדדים יגיעו בהכרח להסכמה מראש בשאלות מורכבות כאלה, וודאי שלא להתנות את הזכות לריפוי בווטו של הנפגע, עד אשר לא יתמלאו כל דרישותיו הנגזרות והאחרות, ועד למלוא אינטרס הקיום של הנפגע.⁷³

לריפוי המלא יש יתרונות. הוא מקיים את מלוא אינטרס הציפייה של הנפגע, וכשהוא מייתר סעדים שיוריים (כגון פיצויים תוצאתיים) הוא חוסך לצדדים ליטיגציה מיותרת. אבל מלבד במקרים שבהם אין בין הצדדים כל מחלוקת באשר לסעדים אלו, יתרון זה לא יתממש, היות שהצדדים יחלוקו בשאלה מה נדרש מהמפר לבצע כדי שריפוי ייחשב למלא. נוסף על זה, הגדרת הריפוי התקף כריפוי אפקטיבי אין בה כדי למנוע מן המפר לבצע ריפוי מלא במקרים מובהקים (clear cut), כדי לחסוך הוצאות ליטיגציה שבה הוא עתיד להפסיד.

69 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, 224 (1998).

70 CESL, ס' 109(7): "Notwithstanding cure, the buyer retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure"

71 ס' 7.1.4(5) של עקרונות UNIDROIT קובע כי "Notwithstanding cure, the aggrieved party retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure"

72 ע"א 355/80 אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800, 810–807 (1981).

73 לעמדה מנוגדת, המתמקדת בקליטת ה-CISG במשפט הגרמני והמעדיפה את הזכות לפיצויים על פני ריפוי, ראו Till Maier-Lohmann, *Buyer's Self-repair of Non-conforming Goods versus Seller's Right to Cure under Article 48 of the CISG*, 24 UNI. L. REV. 58 (2019).

כידוע, הצעת חוק דיני ממונות אינה כוללת זכות כללית כאמור לריפוי ההפרה.⁷⁴ פרופ' דויטש, החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה, מדווח כך:

נשקלה בוועדת הקודיפיקציה האפשרות לקבוע בדיני המכר הסדר כללי המטיל על קונה של נכס את הנטל לאפשר למוכר תיקון או החלפה של הנכס. הטלת הנטל נשללה, בהיותה מרחיקת-לכת מדי. אדם הקונה נכס חדש, זכאי לעמוד על כך שהנכס לא יהיה נכס "משופץ".⁷⁵

אמירה זו אינה נכונה תמיד. רוכש דירה זכאי לתיקון ליקויי הבנייה ולא לדירה חדשה; סוחר רכב רשאי לתקן נזקים מסוימים שנגרמו לרכב חדש שנפגע טרם מסירתו לקונה, ולרוכש אין זכות לקבל במקום זאת רכב חדש.⁷⁶ בפסק הדין **דוד נ' יאסין** חייב בית המשפט העליון את הנפגע לקבל ריפוי תחליפי, "משופץ" אם תרצו, ולא "חדש".⁷⁷ החלפה של טובין הלוקים בחוסר התאמה בביצוע חדש (new tender) אין פירושה קבלת "נכס משופץ": סיטואצי שהזמין מטען יין מסוג מרלו וקיבל מטען יין מסוג קברנה סוביניון, או כמות קטנה מזו שהזמין, או שאינה מלווה במסמכים הנחוצים, יבוא על סיפוקו בריפוי כל אחת מהפרות אלה, וכיוצא באלה בשירות. למעשה, החשש המתואר – שהזכות לריפוי תפגע באינטרס המהותי של הנפגע במקרי אי-התאמה – הוא החריג לפרדיגמה ולא המקרה הכללי. אלו מצבים שבהם הריפוי אכן גורם לנפגע "אי נוחות בלתי סבירה" כסייג שבסעיף 48 ל-CISG, ובהם אכן הזכות לריפוי ההפרה מסויגת. כפי שלא נוותר על סעד האכיפה רק בשל הסייגים לו, כך אין לוותר על מנגנון הריפוי רק בשל הסייג האמור. נוסף על זה נדמה כי האינטרס בהיותו של נכס "חדש... לא נכס 'משופץ'" הנו לעיתים סובייקטיבי ולפיכך חשוב פחות בהקשרים מסחריים מאשר בחוזי צרכנות או חוזים שמעורבים בהם משקי בית, שהערך הסובייקטיבי דומיננטי בהם.

מכל מקום, יש להבחין בין נזקי ההפרה המותירים לנפגע זכאות לפיצויים שיוריים גם לאחר ריפוי אפקטיבי של ההפרה, ובין הוצאות הריפוי עצמו, שיחולו תמיד ובמלואן על המפר-המרפא. בתי משפט לא תמיד הבחינו בין חבותו בפיצויים שיוריים, כשזו קיימת, ובין חבותו של המפר לשאת בהוצאות הריפוי, כגון במקרה שבו עצם שיתוף הפעולה של הנפגע עם הריפוי גורם לו להוצאות או להפסדים. חבות זו נובעת לא מדיני הפיצויים, אלא מעקרונ הריפוי עצמו ומשיקולי עשיית עושר ולא במשפט.⁷⁸

74 ראו יונתן יובל "קודיפיקציה חוזית בתחילת האלף השלישי: הקצאת סיכונים לעומת תיקוף של יחסים בחוק דיני ממונות" **משפט ועסקים** ד 241 (2006).

75 מיגל דויטש **פרשנות הקודקס האזרחי** כרך א 75–76 (2005).

76 סוחר רכב רשאי לתקן כל נזק שאינו עולה על 3.5% משווי הרכב. ראו נוהל משרד התחבורה ליבואני רכב לפי תקנה 18 לצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (יבוא רכב ומתן שירותים לרכב), התשל"ט-1978 (25.11.2007).

77 ע"א 509/83 **דוד נ' יאסין**, פ"ד מא(4) 651 (1987). באותו מקרה סיפק המפר לנפגע, חקלאי, מטען של אדמה מאולחת (נגועה בפטרייה); בית המשפט סירב לאכוף את החוזה בדרך של אספקת אדמה "חדשה" ואפשר למפר לרפא את ההפרה על בסיס חיטוי האדמה המאולחת. לדיון ראו תת-פרק 2.ג להלן.

78 ראו הדיון בפרשת *Joachim*, בפרק ה להלן.

לסיכום: הריפוי האפקטיבי מרפא את ההפרה העיקרית, המהותית. ההפרה שנתרה, אם נותרה, שוב אינה יסודית, ובכך הריפוי האפקטיבי מאפשר את המשך קיום החוזה בידי שני הצדדים תוך כדי ביצוע בקירוב של ההסכמה החוזית והקצאת ההתחייבויות החוזיות המקוריות. אין לצפות או לדרוש מן הריפוי לרפא את מכלול הסוגיות בין הצדדים שההפרה יצרה כדי שייחשב לאפקטיבי, ויש שהשלמת אינטרס הקיום תידרש לתביעת פיצויים שיורית (אך תמנע חבות בסעד מוסכם – ראו להלן). דרישה לריפוי מלא תגרום שהמקרים היחידים שבהם יתבצע ריפוי הם המקרים הפשוטים והמובהקים ביותר, ואולי גם לא בהם, בשל הפיתוי שיעמוד לפני הנפגע לנצל את הדרישה לריפוי מלא כדי להשיג מן המפר יתרונות שמעבר להסכמה החוזית, רק כדי שהמפר יוכל סוף סוף לעשות שימוש אפקטיבי בזכותו לרפא.

3. סולידריות וריפוי במצבי קריסת יחסים כוללת

הרעיון, שהמשך שיתוף פעולה מסוים בין צדדים שהגיעו לסכסוך ואף לעוינות עשוי לשקם את היחסים ביניהם, נובע משילוב של שלושה יסודות בהתנהגות חוזית. האחד קשור לתחשיב הוצאות העסקה של מימוש התכלית החוזית בדרך של שיתוף פעולה לעומת דרך של העצמת הסכסוך בין הצדדים, ומשקלו גדל ביחס ישר להסתמכות הצדדים על ביצוע חלקי שיכול עדיין, בנסיבות הנתונות, להתפתח לידי ביצוע מלא או חלופי. השני נובע מעקרון הדיסוננס הקוגניטיבי, שלפיו צדדים שמשתפים פעולה – ולו מתוך כורח – ייטו להקהות את עוקצה של העוינות ביניהם, ויש שישתפו פעולה גם בממדים אחרים של יחסיהם. היסוד השלישי, בו מתמקדת הגישה היחסותית מאז שנות ה-70, הוא היכולת האנושית לסולידריות – גם בתחומים תחרותיים, כאשר הצדדים אינם מפרשים את יחסיהם אך ורק במונחים של משחק סכום אפס, היינו שהשגת ערך בידי אחד הצדדים מחייבת הפסד בידי השני. סולידריות, כמובן, אינה יכולה להיבנות על ידי חוזים בלבד,⁷⁹ והתפיסה היחסותית הקלאסית של שנות השישים והשמונים של המאה העשרים הדגישה, בעיקר במחקריו של מקולי על יצרנים וספקים בתעשיות שונות, את התבססותם של יחסי אספקה וייצור מורכבים על תשתית של רשתות חברתיות מורכבות, על מנהגים ומסורות.⁸⁰ מקולי וממשיכו תיעדו שיתופי פעולה ביחסי חליפין, לעיתים שיטתיים ולעיתים אד הוק, גם

79 לא רק זאת, אלא שבפילוסופיה הפוליטית של המאה ה-19 בוקרה גישת האמנה החברתית האנגלית בין השאר על חוסר יכולתה ליצור סולידריות קהילתית אמיתית, בשל הסתמכותה המרכזית על החוזה הן כמטאפורה הן כפרקטיקה. ביקורת זו שפותחה במסורת האידיאליזם הגרמני (בביטוייה השיטתי ביותר אצל הגל), אומצה ונוסחה מחדש בפילוסופיה המטריאליסטית של מארקס.

80 ראו מאמרו הקלאסי של מקולי, Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55 (1963). ג'ון אסר חיוק חלק ממסקנותיו האמפיריות של מקולי במחקר חוזר שלושה עשורים לאחר מכן, John P. Esser *Institutionalizing Industry: The Changing Forms of Contract*, 21 L. & SOCI. INQ. 593 (1996). לביקורת סוציולוגית על חלק מהנחותיו וממצאיו של מקולי ראו Siegwart Lindberg & Henk de Vos, *The Limits of Solidarity: Relational Contracting in Perspective and Some Criticism of Traditional Sociology*, 143 ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STAATSWISSENSCHAFT 558 (1985).

כאשר דיני החוזים הפורמליים איפשרו לצדדים פעילות אנטגוניסטית וטקטית יותר.⁸¹ דניאל מרקוביץ' פיתח במסה חשובה תאורטיזציה של היחס בין שיתוף פעולה חוזי בפועל ופיתוח תודעת שיתוף פעולה וסולידריות.⁸² מקניל מדגיש כי בניגוד לביקורות מצד הניתוח הכלכלי של המשפט על מעין "תודעה כוזבת" שאינה מאפשרת לצדדים למקסם את רווחיהם באופן טקטי בכל נקודת פעולה נתונה, הרי שראייה ארוכת טווח ושיטתית יותר, המתבססת על הבנת עומק של יחסים (בעיקר – אך לא בלבד – בקרב שחקנים חוזרים), תיטה לזהות ולהשיא ערכים עבור השחקנים השונים, יותר מאשר גישות תחרותיות או ארגוניות סטנדרטיות.⁸³

ועם זאת, יש כמובן מצבים שבהם היחסים בין הצדדים הופכים להיות כה משובשים ודיספונקציונליים, והאמון ביניהם כה קלוקל, עד שביטול החוזה ועימו היחסים החוזיים הוא הדרך הנאותה והמתאימה לפעול. בעניין טייב היו הצדדים שותפים לחוזה יחס (relational contract) מורכב אשר עלה על שרטון – שיתוף פעולה עסקי-טכנולוגי אסטרטגי שבו ציפיות הצדדים ההדדיות נכזבו קשות, והליך יישוב הסכסוך רק העצים את העוינות ואת האכזבה ההדדיות. לאחר שניסיון ריפוי נמשך ללא תוחלת כשנה ומחצה, פסק בית המשפט כי:

יש מקום להגיע לתוצאה כוללת כנ"ל, אשר תביא לניתוק מוחלט בין הצדדים, מבלי שיישארו זנבות וגבנונים, ותוך שכל אחד מן המעורבים יוכל להמשיך את חייו ואת פועלו כרצונו ובאורח חופשי, ללא תלות ביריביו ומבלי כל זיקה אליהם.⁸⁴

מילים הגיוניות יותר לא יכלו להיכתב – כאשר בוררות, גישורים ושאר מאמצים כשלו, שוב אין ערך או תועלת בריפוי ההפרות ההדדיות שתכליתו אילוץ הצדדים להמשיך לשתף פעולה במסגרת מקולקלת. הריפוי אינו דוגמה משפטית – הוא מכשיר לקידום ערכים, שפעולתו תלויה-הקשר, והרציונל של הפעלתו מותנה ביכולת סבירה להשיג את תכליותיו.

81 מקולי מבקר את ההתמקדות של דיני החוזים במודל האנטגוניסטי מבוסס הכללים המתעלם, לטענתו, הן ממציאויות כלכליות-חברתיות והן מן האופנים בהם נפתרים סכסוכים חוזיים בפועל. ראו Stewart Macaulay, *Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract*, 11 L. & SOCIETY REV. 507 (1977). גם על מאמר זה היו ביקורות רבות, שלא כאן המקום לפרט בהן.

82 Markovits, לעיל ה"ש 14, בעמ' 565. ראו גם Robert W. Gordon, *Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract*, 1985 WIS. L. REV. 565, 565-567.

83 מקניל מדגיש, למשל, את המשמעות הפונקציונלית של "הוצאות אידיוסנקרטיות" שמודלים עסקיים מתקשים לכמת. אחת הדוגמאות שהוא מביא היא הידע הלא-פורמלי של עובדים בפירמה, מול מי בדיוק לעבוד בפירמה אחרת כדי לפתור בעילות קשיים ו"פקקים" בתקשורת ובשיתוף הפעולה – קיצורי דרך המבוססים על יחסים ויוריסטיקה של הכרות וקשרים חברתיים ולא על מודלים פורמליים של הייררכיה תאגידית). ראו Macneil, לעיל ה"ש 14. לתגובה ביקורתית והתייחסות מכוון כלכלי מובהק יותר ראו Richard Craswell, *The Relational Move: Some Questions from Law and Economics*, 3 S. CAL. INTERDIS. L.J. 91 (1993).

84 עניין טייב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11.

4. האם ביטוי מפורש בדין לזכות לריפוי נחוץ?

ניתן לטעון שהכללת הזכות לריפוי בדין הישראלי החרות או במשפט המקובל הישראלי (או אף כתניה חוזית מפורשת), אינה נחוצה, משני טעמים. הראשון הוא שמבחינה היסטורית דוקטרינת הריפוי ענתה על קשיים בדוקטרינות נוקשות של המשפט המקובל – בעיקר דוקטרינת ה-*perfect tender* (ביצוע מושלם) בדיני המכר – שממילא אינן מקובלות במשפט הישראלי.⁸⁵ השני הוא שמושגי השסתום של הדין הישראלי, ותום הלב בראשם, חלים ממילא על מרבית המקרים שזכות לריפוי החוזה תחול עליהם, אם לא על כולם, ושזו דרכו של המשפט הפרטי הישראלי – להקצות חלק ניכר מהעבודה הנורמטיבית היישומית למושגי שסתום, לאנלוגיות ולפרשנות תכליתית, שעל כן הסדרים קונקרטיים בדין במבנה של כללים נחוצים פחות מאשר במשטרים קודיפיקטיביים.

אשר להסתייגות הראשונה תוזכר ההבחנה, שתמיד נכונה, בין המקור (origin) של כל הסדר נורמטיבי או מערכת של משמעויות לפונקציה (function) שלה בכל הקשר נתון. הביקורת "מנגנון X נוצר כדי להתמודד עם תופעה Y ועל כן בהכרח אין לו חלות על Z" אינה תקפה כשלעצמה; אומנם ייתכן של-X אכן אין חלות על Z, אך זאת לא בשל הגנאלוגיה (הנורמטיבית או המוסדית) של X אלא בשל טעמים עצמאיים. במילים אחרות, לצורך בחינה ביקורתית של כל מנגנון חברתי או הסדר נורמטיבי, ניתוח פונקציונלי אינו מחויב לגנאלוגיה של תנאי המקור. בהקשרים משפטיים עמדת הכללית היא כי המקור בדרך כלל חשוב פחות מהפונקציה,⁸⁶ אף כי יש להכיר כמובן באפשרות שלמקור כשלעצמו יש משמעות פונקציונלית לצורכי לגיטימציה וסמכות.⁸⁷ כעניין עובדתי, אף שמקורם של דיני הריפוי המודרניים הוא במערכת שחלה בה דוקטרינת הביצוע המושלם, הרי הן בפועל

85 UCC §2-601. דוקטרינה זו נדחתה בשיטות משפט אחרות וגם במשפט המסחרי הבין-לאומי; דוקטרינת ההתאמה של ה-CISG היא פונקציונלית, ראו ס' 35 לחוק.

86 כמובן, כאשר הבחינה הביקורתית היא פונקציונלית בעצמה – פרספקטיבה שמאמר זה נוקט. בהקשרים זהותיים וסימבוליים, הגנאלוגיה יכולה לגבור על הניתוח הפונקציונלי. כך למשל בהקשרים פוסט-קולוניאליים ובהקשרי צדק מעברי נדרשו אומות וקולקטיבים אחרים להתייחס לטרנספורמציה, הדרגתית או רדיקלית, של המשפט שלהם (שהפך להיות שלהם) ממקורותיו הדכאניים למציאות השחרור. האם יש לבטל תקנות תעבורה שהתקינו עריץ או מושל צבאי שנוא מן הטעם הסימבולי של המשך כפיפות לדבר חקיקה בחתימת האויב, או שהערך הפונקציונלי של תוכן התקנות חשוב יותר? לדין ראו Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (2000). הפתרון הישראלי עם הקמת המדינה היה כידוע דוקטרינת ה-*Mutatis mutandis* של ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (המשכיות הדין הקיים ב"שינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה"), ואלה הצטרפו כמה וכמה דברי חקיקה חדשים במהלך העשור הראשון למדינה.

87 זה אינו המקום להיכנס לעומקה של טענה תאורטית, או אולי מטא-תאורטית זו (היות שהיא עוסקת באפיון של תאוריות), אך דוגמה עשויה לסייע. בהקשרים שונים של ההליך השיפוטי קיימים היבטים ויזואליים, פרוצדורליים ואחרים, שמקורם תאולוגי, למשל: השבועה שנשבעים עדים במערכות מסוימות (שבישראל בוטלה בחוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), התש"ם-1980), או הגלימות ששחקני משפט לובשים, שמקורן ההיסטורי בגלימות נזירים, או היבטים של ההתייחסות להודאות שמקורן בפרקטיקות דתיות של וידוי, או סמנטיקה של "קדושת החוזה" וכו'. גם אם הפונקציה של פרמטרים אלה טוב אינה נתפסת כתאולוגית במובן המוסדי, הרקע התאולוגי שלהם לא נעלם במהלך החילון של מערכות המשפט המודרניות והוא ממשיך להרוות במשמעויות את הפרקטיקה הפוסט-מטאפיזית.

הן כעניין של רציות נורמטיבית, דוקטרינת הריפוי הוכרה כבעלת תועלת ותוקף עצמאיים בהקשרים חוזיים כלליים – גם אלו המושתתים על סטנדרט ביצוע של ביצוע מהותי (substantial performance). זאת, הן במשפט האמריקאי עצמו, שבו דוקטרינת הביצוע המושלם מוגבלת בעיקר לדיני המכר ולחוזים פיננסיים, ואילו דוקטרינת הריפוי הוכרה כעיקרון כללי של דיני החוזים,⁸⁸ הן בשיטות המשפט הקונטיננטליות שבהן אומצה דוקטרינת הריפוי,⁸⁹ הן במשטרי סחר בין-לאומיים כ-CISG, שבפירוש דוחה את עקרון ה-*perfect tender*,⁹⁰ הן בעקרונות דיני החוזים האירופיים ובעקרונות UNIDROIT.⁹¹ לפיכך נחלצה דוקטרינת הריפוי משלושה מהקשריה ההיסטוריים בדרכה להכרה כעיקרון כללי (אם רצוי ואם לאו): מדיני המכר בלבד; מהמשפט האמריקאי בלבד; מתפיסתה כאיזון לדוקטרינת הביצוע המושלם בלבד.

התמודדות עם ההסתייגות השנייה – היינו העדפת ההישענות על מושג השסתום של תום הלב במקום הערך שבקיום דוקטרינה מפורשת המושתתת על כללים המארגנים לא רק את זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים אלא גם את המנגנון והמכניקה של הפעלתם – נדרשת להרחבה ניכרת, להלן.

ב. ריפוי ותום לב

1. ריפוי כעיקרון עצמאי או כנגזרת של חובת הקיום בתום לב?

ניתן לטעון כי זכות הריפוי נגזרת מחובת הקיום בתום לב של הנפגע כלפי המפר. הריפוי מעמיד את הנפגע במצב זהה או קרוב ככל הניתן לקיום החוזה,⁹² ומיטיב עם המפר לעומת מצב של הותרת ההפרה על כנה וחשיפתו לסעדים בגינה. עמידת הנפגע על ההפרה גם במצבים שבהם ניתן למפר לרפא את ההפרה בעלויות מופחתות (יחסית לתוצאות ההפרה), היא התנהגות שלא בתום לב. אמת, במקרים מסוימים הריפוי נוטל מן הנפגע את הכוח הנתון לו בדיני התרופות לקבוע איזו מן התרופות הראשיות להחיל (בעיקר מגביל את כוחו

88 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §§ 237, 242 (AM. L. INST. 1979). להשוואה בין דיני החוזים הכלליים לדיני המכר בהקשר זה ראו Lawrence, *Cure After Breach of Contract*, לעיל ה"ש 19. להצדקת ההסתמכות על ה-RESTATEMENT 2ND כמייצגת את עקרונות דיני החוזים האמריקאיים הקיימים ראו Gregory E. Maggs, *Ipse Dixit: The Restatement (Second) of Contracts and the Modern Development of Contract Law*, 66 GEO. WASH. L. REV. 508 (1998).

89 לפירוט נוסף ראו תת-פרק ד.1 להלן.

90 חוק המכר הבין-לאומי, ס' 35. לדיון בדוקטרינת הביצוע המהותי לעומת הביצוע המושלם ב-CISG ובמשטרים מקבילים ראו Jonathan Yovel, *The Buyer's Right to Avoid the Contract in International Sales*, in AN INTERNATIONAL APPROACH TO THE INTERPRETATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, 397 (John Felemegas ed. 2007).

91 ראו Jonathan Yovel, *The Seller's Right to Cure a Failure to Perform in International Sales*, NORDIC J. OF COM. LAW 1 (2005) (להלן: Yovel, *The Seller's Right*).

92 אימתי ריפוי וקיום לא רק דומים אלא גם זהים? הווי אומר, כאשר הריפוי מתייחס להפרה צפויה ומתבצע עובר למועד הביצוע החוזי (ראו למשל ס' 37 לחוק המכר הבין-לאומי, שלפיו המוכר רשאי "לרפא כל חוסר התאמה בטובין שנמסרו" לפני מועד המסירה החוזי).

לבטל את החוזה ולהפעיל תניות סעדים מוסכמים), אך שליטה זו כשלעצמה אינה אינהרנטית לאינטרס הקיום של הנפגע. היא תוצר נלווה של קיומו של "ארסנל" פעולות תרופתיות. בשלב ההפתי האינטרס של הנפגע הוא להימנע מתרופה שכנגדה יש למפר טענת הגנה טיפוסית, כגון סייגי סעיף 3 לחוק התרופות מפני אכיפה, הגנת הקטנת הנזק של סעיף 14 או בעיית צפיות מכוח סעיף 10 ביחס לפיצויים, ובאשר לביטול – בעיית יסודיות או חלופה המועד, וכו'. אלא שטענות הגנה אלו אינן רלוונטיות עוד מרגע שהמפר בוחר לרפא את הפרתו, היינו לבצע פעולה הזזה מהותית עם אכיפת החוזה, שהיא ויתור משתמע מצד המפר על טענות ההגנה מכוח סעיף 3 לחוק התרופות. במילים פשוטות יותר: כאשר המפר מציע, ויש ביכולתו, לקיים (לכל הפחות במונחים של ריפוי אפקטיבי) – עמידת הנפגע על ההפרה היא פעולה שבחוסר תום לב.

קיימות כאן שתי שאלות שונות:

1. האם עקרון הריפוי החוזי (בביטוי כזכות לריפוי ההפרה של המפר) נובע מחובת תום הלב של הנפגע כלפי המפר?
 2. גם אם התשובה ל-(1) חיובית, האם פירושו של דבר שיש להסתפק בשימוש ובהחלה של החובה לקיים חוזה בתום לב, היינו במושג שסתום? או האם גם אז יש מקום להכרה מפורשת בזכות לריפוי החוזה, במבנה של כלל משפטי?
- אפתח בשאלה 2. יש כמובן הוראות חקיקתיות לא מעטות שהן השלכה ישירה של הזכות לבצע חיוב חוזי בתום לב, ורבות עוד יותר אלה שהן השלכה עקיפה. למשל, סעיף 14(ג) לחוק החוזים (חלק כללי), המסייג את הכוח לביטול החוזה בשל טעות: היה והצד שמעוניין בקיום החוזה מוכן לקיים את החוזה בתנאי הטעות, הטעות מתאינת. לטועה שוב אין כל אינטרס לגיטימי לבטל בגינו את החוזה, ועמידה על ביטולו היא בבירור פעולה בחוסר תום לב. והנה, המחוקק שבאותו דבר חקיקה ראה להשתית יחסי הצדדים על ההתנהגות בתום לב הן במשא ומתן הן בקיום החוזה, הוא שראה להורות על הוראה כגון 14(ג) ולא להסתפק ביישום מושג השסתום בלבד.⁹³ קיומו של מושג שסתום כשלעצמו אינו מונע אפוא הכרה בדוקטרינה עצמאית מאורגנת במבנה הוודאי יותר של כלל.⁹⁴

93 אף ש' 14(ג) האמור מבטא מנגנון ריפוי, הוא נדון בבית המשפט בשפה הלקוחה מעולם המושגים של תום לב. ראו ת"א (מחוזי י-ם) 29643-12-11 קרייסברג נ' גנור (נבו 31.7.2016), שם רכשו התובעים מהנתבעים בית בירושלים, ולאחר שהחלו לשפץ אותו גילו כי תקרותיו בנויות בשיטת פל-קל, עובדה שלא הייתה ידועה להם במועד הקנייה. הקונים פנו למוכרים, וכדי להימנע מביטול החוזה בטענה של הטעיה הביעו המוכרים את רצונם לתקן את המציאות, היינו להחליף את תקרות הפל-קל בבנייה סטנדרטית או לחזק את המבנה מבחינה הנדסית. באותו מקרה הסתפקו הקונים, שלא רצו לבטל את החוזה אף שבבירור הייתה להם זכות לכך, בתשלום סכום כספי שייצג את עלות הריפוי, לאחר שתביעתם לסכום פיצויים גדול בהרבה נדחתה. היות שהשיפוצים בנכס נועדו גם לשפרו, היה צורך להפריד במדויק בין העלות הכללית לעלות הריפוי. בית המשפט הסביר כי אף שמדובר בתביעת פיצויים, האינטרס הקובע את שיעור הפיצויים הוא האינטרס הריפוי: "מטרת הפיצוי היא לאפשר לתובעים לממש בעין את זיהות הוראות פרטניות אחרות כקונקרטיזציה של חובת תום הלב, כולל חלק לא מבוטל מברירות המחדל של פרק ה' לחוק החוזים (חלק כללי)".

94 בע"א 2299/99 שפייר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 213 (2001), בדיונו ביחסים שבין הוראה במבנה של כלל לבין מושג שסתום מעיר השופט חשין כי "לאמיתם של דברים, יכולים היינו לספק עצמנו

נשוב לטענה התורת-משפטית בדבר העדפת כלל מוגדר ושמיש לצורכי סעד עצמי על פני שימוש בסטנדרט, כגון מושג סתום. לטענתי, יש ערך בהכרה מפורשת בזכות ספציפית שאין צורך לגזרה בכל מצב ממושג סתום או על דרך של פרשנות תכליתית⁹⁵ – לא רק מטעמי ניקיון אנליטי וודאות אלא גם לצורך פיתוח המשפט: הכרה בזכות עצמאית תהיה עוגן לשיח פרשני ונורמטיבי שהרדוקציה למושג השסתום מגבילה אותו, היות שהיא שבה לעסוק בעיקרון שמושג השסתום מבטא. שיח הריפוי נחנק, כששיח תום הלב משתלט עליו. יתר על כן, אף שהקודיפיקציה הישראלית שומרת על מחויבותה למושגי סתום ועקרונות משפטיים ואף מרחיבה את השימוש בהם,⁹⁶ הרי שמטבעו פרויקט קודיפיקטיבי מבקש לפרוט הסדרים משפטיים לכללים ספציפיים ומדויקים יותר. זוהי הלוגיקה של הפרויקט ואף מרכיב בלגיטימציה שלו.

אשר לשאלה בדבר נביעת החובה לקבל ריפוי כנגזרת של חובת תום הלב של הנפגע כלפי המפר: הטענה שהזכות לריפוי (או ליתר דיוק, חובת הנפגע לקבל ריפוי ולא לסכל אותו מכוח חובתו לנהוג בתום לב) **מתיישבת** עם חובת תום הלב של הנפגע כלפי המפר

בעילה זו של היעדר תום-לב – כהוראת ס' 39 לחוק החוזים – ואולם דומה שראוי כי איש המשפט יידרש לעילת-תשתית זו רק בהיעדרן של עילות ספציפיות ולאחר בחינה מדוקדקת של עילות חלופיות מוכרות. לו אחרת אמרנו, חוששני שהיינו גולשים חיש-קל לפסיקה "מן הצדק" בלבד, ותחזית זו לא תרנין לב. ואולם גם זו אמת, שיסוד היעדר תום-הלב הוא-הוא הממלא תוכן-של-מהות גם את שתי העילות האחרונות שדיברנו בהן" (שם, בעמ' 238).

95 מבחינה תורת-משפטית מושגי סתום בדרך כלל מתפקדים כסטנדרטים. העמדה שלפיה כללים מסייעים ביצירת ודאות וישירות ומצמצמים עלויות בקבלת החלטות (שיפוטיות ואחרות) בנוגע לסטנדרטים, שבתורם מאפשרים עושר וגמישות נורמטיבית ומעשית רבה יותר, היא דוגמה מקובלת בתורת המשפט; ראו המאמר הקלאסי Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992) וכן המאמר הביקורתי יותר Eric Posner, *Standards, Rules, and Social Norms*, 21 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 101 (1997). הבחירה באסטרטגיה זו או אחרת נותחה בגישה הכלכלית למשפט במונחי tradeoff הפועלים אחרת בהקשרים שונים. ראו למשל Robert E. Scott & George G. Triantis, *Anticipating Litigation in Contract Design*, 115 YALE L.J. 814 (2006); Albert Choi & George G. Triantis, *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, 119 YALE L.J. 848 (2010). בהקשר של עיצוב תניות חוזיות ראו Tomer Stein, *Rules vs. Standards in Private Ordering*, 70 BUFF. L. REV. 1835 (2022). בשנים האחרונות פורסמו מחקרים אמפיריים אחדים הבוחנים את העדפותיהם של שחקנים במצבי tradeoff שמבקשים לערער על הדוגמה ומראים שבסיטואציות מסוימות דווקא שימוש בסטנדרטים נחוה על ידי הפועלים כמקדם ודאות, ואילו כללים בעלי מורכבות טכנית גבוהה – פוגמים בה. זו פרספקטיבה ביקורתית מרתקת, ואני מקווה להזדקק לבחינתה בעתיד, אך לעת הזו ייאמר כי המצע המחקרי עדיין מצומצם למדי, וכי האינטואיציה המעדיפה כללים מפורטים בהקשר של סעד עצמי ופעולות עצמיות אחרות אינה מחויבת להעדפה תורת-משפטית כוללת זו או אחרת. עוד יוזכר כי בהקשר הריפוי מדובר ביצירה של כלל ספציפי במרחב נורמטיבי שהסטנדרט השליט הרלוונטי ממשיך לחול בו; השאלה אינה של דיסיונקצייה חזקה "או-או" (היינו הכלל יחול במצטרף לעקרון תום הלב ואף כפוף לו, אך לא במקומו). לתיאור ניסוי כאמור ראו Ted Wright, *The Effect of Rule Determinacy on Deciding Contract Disputes: Experimental Data and Network Simulation* (July 12, 2011), <https://ssrn.com/abstract=1884195>.

לדיון ביקורתי ומקורות נוספים ראו איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" **משפטים** מג 5, 42–49 (2012).

96 ס' 1–5 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011.

צנועה יותר מן הטענה שהיא נגזרת ממנה ממש. אף שהפסיקה הכירה במפורש בכך שחובת הביצוע בתום לב מכוח סעיף 39 לחוק החוזים מחילה על הצדדים חובת ביצוע פעולות שזכרון אינו בא בחוזה,⁹⁷ הרי שהללו תמיד עוגנו בביצוע חוזי נדרש. הן הוצדקו בכך שנדרשו כדי לבצע את ההתחייבות החוזית בתום לב ולא כדי לארגן מחדש, ex post, את הקצאת הסיכונים בין הצדדים. קריאת פסקי הדין העיקריים מלמדת כי בתי המשפט משתדלים להגביל עניין זה לפעולות עזר אשר אף שאינן נקובות בחוזה, בלעדיהן קיום החוזה כלשונו אינו יכול להיות בתום לב.⁹⁸ כשלעצמי, הריני נוטה לכיוון ה"מקסימליסטים" המשפטיים הסבורים שעקרון תום הלב אכן חל על פעולות נוספות לאלה הנקובות במפורש בחוזה, אלא שלא הייתי רוצה שדוקטרינת הריפוי תקום או תיפול על עמדה זו, שבדי שאינה מקובלת על כל המלומדים.⁹⁹ די לי אפוא בהיותו של עקרון הריפוי החוזי קוהרנטי ומתיישב עם עקרונות היסוד של דיני החוזים והתרופות הישראליות. אינני מציע כאן עיקרון זר לשיטה אלא את מה שניתן לראות כפיתוח שלה, כדי שניתן יהיה להפעילה בתוצאות מטיביות.

שתי השאלות שפתחתי בהן עלו בפרשת **צמנטל**, שתשתמש כאן כ־case study ליחסים היישומיים שבין ריפוי לתום לב.

באותו עניין זכתה חברת צמנטל במכרז לבניית מתחמי מגורים באילת, שבו התחייבה לשלם למדינה דמי חכירה עבור המקרקעין. המועד לתשלום חלף והחוב הכספי לא קיים. המדינה לא ביטלה את החוזה אף שעל פי החוזה הייתה זכאית לעשות זאת שההפרה הייתה הפרה יסודית מוסכמת; עוד נטען כי בתקופת האיחור לא פנתה המדינה לצמנטל בדרישת תשלום, וייתכן שאף לא הייתה מודעת לאיחור בתשלום. כמה שבועות לאחר מועד ההפרה פנתה צמנטל עצמה למדינה וביקשה להסדיר את התשלום. היא נימקה את האיחור – נימוק שלא הופרך – בכך שקבלת המימון הנחוץ מן הבנק המלווה התעכבה, והציעה למדינה ריפוי מיידי. המדינה סירבה וביטלה את החוזה בגין הפרה יסודית. צמנטל טענה שהביטול אינו כדין, היות שבוצע רק לאחר שמסרה למדינה על נכונותה ועל יכולתה לרפא את ההפרה, וכי המדינה התעלמה מהצעתה לריפוי אפקטיבי של ההפרה שבשלב זה לא היה גורם כל נזק למדינה (היות שגם בחירת קבלן אחר תעכב את הבנייה, אולי אף יותר). ביטול מאוחר כזה, אף אם הוא עומד בתנאי הזמן הסביר של סעיף 8 לחוק התרופות, בוצע בחוסר

97 ראו למשל ע"א 391/80 לטרסון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237 (1984); בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828 (1980); ע"א 5393/03 פרגי נ' מיטל (נבו 18.1.2005)

98 פסק דינו של השופט בייסקי בעניין לטרסון, שם, הוא אחד המרחיבים בתחום. לפיו, מיום שחלה חובה חוקית על צד לחוזה בשל פעולה חד-צדדית של הצד השני, שלא הייתה קיימת לפני אותה פעולה ושאינה נזכרת בחוזה, על מי שפעולתו יצרה את החובה לשאת בעלויותיה מטעמים של תום לב בקיום חוזה (באותו עניין דובר בחובה להתקין גנרטור חשמלי בבניין, שנוצרה בשל הוספת קומות בידי הקבלן וחלה לאחר העברת בעלות על הדיירים). ברי שלצדדים יש חובת תום לב הדדית שלא לגרום לצד השני שלא לעמוד בחובות מן הדין, אך הדין אדיש לשאלה מי יישא בעלויות, ובלבד שהחובה תקום. היוצא מזה הוא שפסק הדין מגן על הקצאת העלויות החוזית המקורית, ולמעשה מונע מצב של עשיית עושר ולא במשפט על דרך של "גלגול" עלות הגנרטור מן הקבלן, שהפיק טובת הנאה מן הקומות העודפות, אל הבעלים החדשים (הדיירים), שלא חלקו טובת הנאה זו.

99 לדין קלאסי בסוגיה ראו גברילאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז 465 (1987).

תום לב ודינו להתבטל. בית המשפט דחה את טענת צמנטכל ואישר את ביטול החוזה. מבחינה זו פסק הדין מספק דוגמה למודל האוטונומי של ביטול חוזה, שלפיו לא רק שהזכות לביטול החוזה לא הותנתה, אלא שהיא אף נותרה על כנה לאחר שהמפירה ביקשה לרפא את ההפרה ריפוי אפקטיבי שנדחה על ידי הנפגעת.¹⁰⁰ כאמור, הנפגעת ביטלה את החוזה רק לאחר שפנתה אליה המפירה וביקשה לרפא את ההפרה. אומנם, בית המשפט הסכים כי עקרונית:

במסגרת השיקולים הנבחרים עת נשקלת שאלת תום-הלב בביטול חוזה, יש לבחון גם אם תוקנה ההפרה על ידי המפר, טרם הפעלת זכות הביטול. תיקון שכזה, בהתחשב במכלול הנסיבות, עשוי להפוך את השימוש בזכות הביטול לשימוש המנוגד לחובת תום-הלב.¹⁰¹

לגופו של עניין הגיע בית המשפט למסקנה כי הביטול נעשה בתום לב ועל כן כדין.¹⁰² לא התקררה דעתו של בית המשפט עד שלא הפך את היוצרות הנטענות וקבע שלא הביטול היה בחוסר תום לב, אלא דווקא ההפרה של צמנטכל היא שהייתה בחוסר תום לב, משל היו הצדדים מתחרים בתחרות "מי פעל בחוסר תום לב חמור יותר". לא נראה שקביעה זו בנוגע לצמנטכל מתחייבת מהמסכת העובדתית. הטענה העיקרית נגד צמנטכל הייתה שבעת האיחור, היינו ההפרה, היא התעלמה מכישלונה לבצע, לא פנתה למדינה במועד כדי ליידעה או להסדיר את התשלום במאוחר ופעלה בשיטת ה"סמוך", היינו שהתשלום יתקבל גם באיחור. ייתכן שבכך היה זלזול מסוים בהלכות מסחר ראויות, אך אם זו התנהגות בחוסר תום לב, הרי שרמת ההפרה היא נמוכה למדי. צמנטכל לא הפרה את החוזה מתוך ניסיון להשיג יתרון בהקצאת הסיכונים או לשפר בדיעבד את תנאי החוזה. האיחור בתשלום נכפה עליה בשל משא ומתן שהתארך עם הבנק המלווה. האיחור לא גרם למדינה נזק ממשי, ולכל היותר – נזק שניתן לרפאו באמצעות תשלום ריבית והצמדה. בית המשפט המחוזי ציין כי "בשינוי מועדי התשלום... יש משום הפרה של האיזון בין המערערת לבין יזמים אחרים, ששילמו את התמורה במועד, והוא משדר מסר לפיו ניתן לאחר בתשלום".¹⁰³ יחסים חוזיים הם כידוע יחסים in personam, ולפחות מן הבחינה החוזית הטהורה – היינו בהתעלם מאופיו המרכזי של עניין צמנטכל – אין לאינטרסים המשוערים של המתחרים הווירטואליים של המפר מעמד בסכסוך (כעולה בהיקש מהלכת ורטהיימר ומדעת הרוב בעניין בית יולס).¹⁰⁴ עמידתה הדווקנית של המדינה על ביטול חוזה

100 עניין צמנטכל, לעיל ה"ש 68.

101 שם, בעמ' 525.

102 לפסק דין מפורט המבסס את חובת הביטול בתום לב ראו ת"א (ת"א) 1044-08 ארגון סוכני הדואר נ' חברת דואר ישראל בע"מ (נבו) 25.1.2016.

103 עניין צמנטכל, לעיל ה"ש 68, פס' 3 לפסק דינו של השופט רבלין.

104 יש להדגיש שהניתוח המובא כאן מוגבל להיבטים החוזיים והתרופתיים בלבד. לצרכים מתודיים אני מתעלם מהיבט המשפט המנהלי המרכזי שהנו כמובן הקריטי למקרה הספציפי, ועשוי לא רק להצדיק את ביטול החוזה אלא אף לחייבו מטעמים של החובה לנהוג בשוויון בין המתחרים במרכז מכוח דיני המכרזים הציבוריים. ראו עומר דקל מכרזים כרך שני 37, 238 (2006); בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא(1) 505 (1976).

שהיה אפשר לרפאו בתוך שבועות ספורים ללא תוצאות שליליות בעלות משמעות למדינה, תוך כדי גרימת הפסדים ניכרים לצד שזכה במכרז ונקלע, שלא בטובתו, לעיכוב בגיוס מימון – הפרה שכאמור הצליח לתקן – היא היעדר תום לב ברמה גבוהה מזו של ההפרה המקורית (מה גם שעל הרשות, כידוע, חלה חובת תום לב מוגברת).¹⁰⁵ בית המשפט העניק חשיבות לא פרופורציונית לאיחור בתשלום ולא העניק חשיבות מספקת להצעת הריפוי האפקטיבי, היינו ליכולת לשקם את ההסכמה החוזית ולבצע ללא חיסרון או עוול נוספים כלפי הנפגע, כמו גם לאינטרס ההסתמכות החזק של המפירה במקרה זה. מדובר בחוזה רחב היקף לבניית שכונות שלמות שביצעו והשלמתו היו שנים בעתיד ואשר נכרת לאחר עמידה בתנאי מכרז מורכב שאף ההוצאות בגינו היו רבות. אך לרשות בית המשפט לא עמד כלל משפטי, כדוגמת סעיף 48 לחוק המכר הבין-לאומי, הקובע שכל עוד לא ביטל הנפגע את החוזה – כפי שאירע בפרשה זו – ובתנאי שלנפגע לא נגרם בשל כך עוול, עומדת למפר הזכות לרפא את ההפרה. אשר על כן קם דבר ונפל על תחשיבי תום לב. שימוש במודל המותנה, העדיף, היה קובע שכל עוד לא ביטלה המדינה את החוזה ביוזמתה, הרי שהיא מנועה מלבטל עם קבלת הודעת הריפוי האפקטיבי; לו למדינה היה אינטרס ממשי בביטול, הייתה מבטלת את החוזה בכל זמן לאחר ההפרה היסודית עצמה, ולא ממתנה עד שהמפרה תמסור לה הודעת ריפוי.

פרשת צמנטכל היא דוגמה לחוסר הרציות שבהסתמכות יתרה או אף אקסלוסיבית על עקרון תום הלב והתקווה ליישום נאות שלו בבית המשפט כדי להשיג את תכליות הריפוי. בית המשפט "מעניש" לכאורה ברטוריקה שלו את צמנטכל על מה שהוא רואה כזלזולה בלוחות תשלומים מחייבים.¹⁰⁶ אלא שלא נראה שאלה היו בהכרח פני הדברים. צמנטכל הוכיחה שההפרה הייתה בעיקרה פרי תקלה שקרתה לה ואשר תוקנה כאשר אישר הבנק המלווה את המימון. בית המשפט הדגיש את היות ההפרה יסודית ולפיכך הקנה לנפגע זכות לביטול, אך טיעון זה היה צריך לעבוד דווקא לטובת צמנטכל. ההפרה אכן הייתה יסודית – והיא הנותנת, שאף שהיה בכוחה לבטל את החוזה לאלתר, בחרה הנפגע שלא

105 ראו למשל ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין, פ"ד מד(3) 768 (1990); בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853 (1993); גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 133 (1999). אצטט בהקשר זה את דברי השופטת אגמון-גונן בסיום פסק דינה בפרשת ארגון סוכני הדואר, לעיל ה"ש 102, בעמ' 357: "מי יתן ופסק דין זה יעודד שיתוף פעולה בקיום חוזים, יטמיע עקרונות של הגינות ותום לב בקיום חוזים וירתיע מפני התנהלות חד צדדית, כוחנית המביאה לתוצאות הפוגעות, בסופו של יום בשני הצדדים לחוזה".

106 בהקשר זה ראו: רועי קרייטנר "הערעור נתקבל בחלקו: תרופות-אמצע בשל הפרת חוזה" עיוני משפט ל 265, 267–271 (2007). תוך כדי שימוש בכלים קלאסיים של ריאליזם משפטי ובגישה היחסותית לדיני חוזים קרייטנר מראה שבתי משפט ישראלים סוטים יותר ויותר מהדוקטרינה הקשיחה הרואה בהפרה החוזית מעין דבר, res, שאחראי לו המפר באופן מוחלט, ואשר התרופות בעניינו נקבעות לכאורה ללא התייחסות לנזקים שנגרמו בפועל או בתרומת הצד הנפגע (אלא אם תחשיב הנזק בנוי לתוך תחשיב התרופה). לטענתו – המשכנעת – של קרייטנר, נפער פער מתרחב והולך בין הרטוריקה הדוקטרינרית ובין נכונותם של בתי משפט להביא בחשבון – אף שהיא רחוקה מלהיות שיטתית או קונסיסטנטית – היבטים אתיים ויחסותיים בהתנהגות הצדדים, היעדר שיתוף פעולה במאמץ לרפא ולהקטין נזקים ואשם תורם, בין השאר.

לעשות זאת עד שצמנטכל פנתה אליה בהצעת הריפוי, ובכך אפשרה הנפגעת למפירה להמשיך בביצוע החוזה. כפי שבית המשפט עצמו מציין:

כל עוד לא הופעלה זכות הביטול הנתונה לנפגע, באמצעות שיגור הודעת ביטול על-ידו, החוזה שריר וקיים, ויש לבצעו. לכן גם, כל עוד לא בוטל החוזה, ראשי המפר לפעול לקיום התחייבויותיו החוזיות.¹⁰⁷

כאשר הצד הנפגע מאפשר לצד המפר להמשיך בפעולות לקיום החוזה, היינו להעמיק את ההסתמכות שלו, ללא מתן כל אינדיקציה על כוונתו לבטל אותו, ואז – כשהצד המפר מצליח במאמציו לרפא את ההפרה, ממש אז לבטל אותו בשל ההפרה שזה עתה הוצע לה ריפוי אפקטיבי – קשה לדמיין התנהגות חסרת תום לב אובייקטיבי רבה מזו כשמדובר ביחסי ביטול/ריפוי. ואף על פי כן, בהיעדר כלל מפורש המסדיר את יחסי הריפוי לא עמדה לבית המשפט תובנה זו, והוא נסמך בליט ברירה על יישום מעורפל של עקרון תום הלב. הזליגה מניתוח בכלים של תאוריה חוזית למעין "תחרות תום לב" באשר להתנהגויות הצדדים מראה שגם בשנת 2003 עדיין התקשו בתי משפט ליישם כיאות את מושג השסתום בקפידה מושגית ויישומית נאותה, משל היה מעין פלסטלינה נורמטיבית שניתן לעצבה כך ואחרת, וממהרים להיזקק לו יתר על המידה במקום לתאוריה יציבה יותר של דיני התרופות, שאינה כה ממהרת להיסמך על הקביים הללו.

מאמר זה אינו, כמובן, המקום הראוי לבחינה שיטתית של השלכות יישום החובה לפעולה בתום לב על ביטול חוזה בשל הפרתו. שאלה זו מצויה במחלוקת בין מלומדים ובין שופטים מבחינה זו שאף שהכול מסכימים כי הפעלת כוח הביטול כפופה לחובת תום הלב,¹⁰⁸ מקצת הכותבים סבורים שרק ב"מקרים יוצאי דופן... מקרים נדירים" יוגבל כוח הביטול באי-עמידה בחובת ההתנהגות בתום לב מצד הנפגע, בדרך כלל כאשר "גורם הביטול נזק חמור ביותר לצד השני, זאת, מבלי שיש לבעל ברירת ביטול אינטרס מוצדק שבכוחו להצדיק תוצאה זו... [למשל] לחלוט או אובדן בלתי מוצדק של השקעותיו של הצד שכנגד".¹⁰⁹ אחרים סבורים כי אין לצמצם את מניעת ביטול החוזה מטעמי תום לב למקרים יוצאי דופן או נדירים בלבד, אלא גם למצבים של ביטול בשרירות לב או של ביטול מתוך ניצול תנאי השוק או השאת רווח קוניונקטורלי על ידי הנפגע.¹¹⁰ אף כי לאורך תקופה ארוכה טרם קבעה הפסיקה מסמרות בעניין,¹¹¹ אין חולקים, כדברי הנשיאה נאור, כי "ייתכנו מקרים בהם עמידה על הזכות לביטול החוזה בגין הפרתו תיחשב כפעולה חסרת

107 עניין צמנטכל, לעיל ה"ש 68, בעמ' 522.

108 עניין שירותי תחבורה, לעיל, ה"ש 97, בעמ' 837-838: "הזכויות הניתנות לצד לחוזה לבטלו בשל פגם שנפל בו או בשל הפרה שהתרחשה בו... [יש] להפעיל בדרך מקובלת ובתום-לב... ביטול חוזה בשל פגם או הפרה, אף היא פעולה משפטית".

109 דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב 877 (מהדורה שלישית 2017).

110 דויטש דיני חוזים מיוחדים, לעיל ה"ש 51, בעמ' 187. מניע "קוניונקטורלי" כנתינתו בד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221 (1988), הוא ניצול של נסיבות משתנות או לא צפויות על ידי צד לחוזה לצורך השגת יתרון או רווח לא הוגן על חשבון הצד השני.

111 ראו דברי השופט אנגלרד בע"א 2825/97 אבו זייד נ' מקל, פ"ד נג(1) 414, 415 (1999): "החלתו של עקרון תום-הלב בסוגיית ביטול חוזה טרם זכתה לליבון ולגיבוש הילכתי".

תום לב. גם כאשר מדובר בהפרה יסודית, עלול ביטולו של החוזה להיחשב כפעולה הנגועה בחוסר תום לב.¹¹² מוסיף בית המשפט ומסייג כי "אולם זאת רק במקרים יוצאי דופן".¹¹³ בעניין אבו זייד קיבל השופט אנגלרד את הטענה שהיכולת והרצון "לתקן" את ההפרה (שהייתה איחור בתשלום של חלק מן מהתמורה) רלוונטית מבחינה נורמטיבית הן להיקף הזכות לביטול החוזה בגין הפרה לא יסודית (במסגרת שיקולי הצדק) והן להפרה יסודית בשל חובת תום הלב של נפגע כלפי המפר.

לדעתי, יש לראות בנכונותו וביכולתו של המפר לרפא את ההפרה באופן אפקטיבי נתונים רלוונטיים לתחימת התקופה שבמהלכה רשאי הנפגע לבטל את החוזה, הן משיקולי תום לב והן באופן עצמאי כחלק מדוקטרינה חוזית ראויה. פירוש נכון של סעיף 8 לחוק התרופות, הקובע כי חוזה ניתן לבטל רק בתוך זמן "סביר", יורה כי במצבים פרדיגמטיים – אגב, קשה לחשוב על מקרה מובהק מזה של צמנטכל – קביעת סבירות התקופה תושפע לא רק מאורכה הכרונולוגי, אלא גם מהתנהגות הצדדים במהלכה. תקופת הביטול מפסיקה להיות סבירה כאשר הנפגע מתמהמה ומשתהה ארוכות במתן הודעת ביטול עד כדי שיבוש שיקולי ההסתמכות הלגיטימיים של המפר (ואולי גם של צדדים שלישיים שאינם מוגנים בחוזה),¹¹⁴ והיא פוקעת לאחר שהנפגע ריפא ריפוי אפקטיבי, או למצער נתן הודעת ריפוי אשר מניחה את דעת המפר בשני הפרמטרים הקובעים, היינו 1. כוונה (כי בכוונת המפר לרפא); 2. יכולת (כי ביכולתו של המפר לרפא) – והכול כשמדובר בריפוי אפקטיבי שישקם את הקצאת הסיכונים והערכים החוזיים המהותית, ובתוך זמן ראוי (בעניין צמנטכל הנכונות לריפוי הייתה מיידית, למצער בנוגע להפרה הכספית). יתרונה של גישה זו הוא בהיותה "פנימית" לדיני הביטול, והיא אינה נזקקת לתחשיבי תום לב כדי להסיק אם נתונה למפר זכות הביטול אם לאו.

כך גם כאשר להארכת תקופת הביטול. בעניין ג.מ.ח.ל קבעה הנשיאה נאור כי משא ומתן לריפוי ההפרה עשוי להאריך את "הזמן הסביר" של סעיף 8 לחוק התרופות באשר לפרמטרים של המשא ומתן הקונקרטי. באותו עניין לא חרג, לקביעתה, משלוח הודעת הביטול ממתחם הזמן הסביר אף שעברו שנים אחדות ממועד ההפרה ועד משלוח הודעת הביטול, היות שזמן זה נוצל כדי לאפשר ניסיונות ריפוי (שלא צלחו). כדברי הנשיאה:

יש לעודד ניסיונות של צדדים להגיע לקיום חוזים, גם אם במתכונת שונה, כאשר הדברים הם פרי הסכמה מחודשת של הצדדים. באם המשא ומתן לא צלח, אין "להעניש" את הצד הנפגע על ידי שלילת הזכאות לביטול החוזה – זכאות שעמדה לו בטרם ניהול המשא ומתן. פגיעה בזכות לבטל את החוזה תרתיע נפגעים מהפרת חוזה ותסכל ניסיונות חתירה לפתרונות חוזיים מוסכמים, שהם כמובן רצויים ועדיפים על פני הליך משפטי מלא... העובדה

112 ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן 54 (נבו 10.9.2009). ראו גם ע"א 6319/05 קנדרה (ישראל) בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל 8–9 (נבו 12.1.2009).

113 עניין ג.מ.ח.ל, שם, בעמ' 54.

114 ע"א 442/85 זוהר נ' מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד(3) 661, 704 (1990).

שקדמי לא ביטלו את החוזה מייד, אלא אפשרו ליזמים לטפל בהפרות החוזה, אינה פוגעת בזכותם לביטול.¹¹⁵

אין אלא להסכים לכך.

המלומדים שלו ואדר מעלים הצעה מעניינת, הסותרת אף היא את האופן שבו פעל בית המשפט בעניין **צמנטכל**: להתייחס לריפוי ההפרה ("תיקון" בלשונם) – או אף להצעה כנה לרפא – כאל צעד "שיקים חזקה משפטית שלפיה ביטול הנעשה לאחריו, בהתעלם מנכונותו של המפר לחזור בו מן ההפרה, הוא מנוגד לחובת תום הלב".¹¹⁶ זהו מודל שהוא מעין שילוב, או פשרה, בין ההצעה לעיגון הזכות לריפוי בדוקטרינה כללית, כפי שעושה למשל חוק המכר הבין-לאומי, ובין "תחשיב תום הלב" נוסח הלכת **צמנטכל**, שנראה שהיא מניחה דווקא חזקה שלפיה ביטול בגין הפרה יסודית הוא בדין, בין שההפרה רופאה ובין שלא: "ברי כי כאשר בהפרה של תנאי יסודי עסקינן, יתמעטו המקרים בהם ייחשב שימוש בזכות הביטול כסותר את חובת תום-הלב, ורק בנסיבות יוצאות-דופן ייבצר מהנפגע להפעיל את תרופת הביטול הקנויה לו".¹¹⁷ אומנם גם שלו ואדר סבורים כי לצורך בחינתה של סתירת החזקה יש להביא בחשבון מגוון שיקולים, ובהם:

התנהגות המפר, חומרת ההפרה, סוג הנזקים שנגרמו לנפגע, מידת נכונותו של המפר לפעול לסילוקם... שיקולים רלוונטיים נוספים הם תכליתה של העסקה, מידת מורכבותה ומשכה, מידת האמון הנדרשת להמשך ביצוע העסקה, זמינותו של תחליף זול או אמין יותר העומד לרשות הנפגע לאחר ההפרה, וכהנה שיקולים המשפיעים על האינטרס הכלכלי שיש לנפגע בביטול העסקה. לצד שיקולים אלה ייבחן, כמו בכל הקשר שבו נשקלים שיקולי צדק והוגנות, גם "מאזן הנזק" שבין הצדדים, ולצידו – "מאזן האשמה" הכללי העולה מהתנהגותם.¹¹⁸

אך האם ניתן מעשית לצפות שהמפר, המנסה להבין אם עומדת לו זכות לריפוי במצב נתון או לא, יוכל לעבד בעילות כמות כזו של נתונים ולשקלל מגוון כה רחב של שיקולים שונים זה מזה? הרי מושכל יסוד הוא שאנו נמצאים בתחום של סעדים עצמיים – הן פעולת ביטול החוזה הן ההופכי לה, היינו ריפוי ההפרה. כשמדובר בסעדים עצמיים, שאינם עוברים את בקרת האיכות של בית המשפט, ושתכליתם מתן כלים ברורים, נהירים, יעילים ומהירים לפעולה, ברמה גבוהה של וודאות משפטית ובהסתכנות מינימלית של הפועל (אם המבטל ואם המרפא), אין לדרוש ואין לצפות ממפר סביר שיוכל לבצע סימולציה כה מורכבת של זכות הריפוי העומדת לו באופן שיביא בחשבון מגוון כה רחב של שיקולים, אף אם כל אחד מהם ראוי כשלעצמו (מלבד "מאזן האשמה הכללי", שראוי להימנע ממנו, תהא משמעותו המדויקת אשר תהא). אף דומה שדרישה זו אינה עולה בקנה אחד עם ההצעה המעשית,

115 עניין ג.מ.ת.ל, לעיל ה"ש 112, בעמ' 56.

116 גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – התרופות** 682 (2009). אומנם נראה שלא די בכנות לצורך זה אלא כשהיא מצטרפת להערכת יכולת אובייקטיבית של המפר לבצע את הריפוי.

117 עניין **צמנטכל**, לעיל ה"ש 68, בעמ' 525.

118 שלו ואדר, לעיל ה"ש 116, בעמ' 679.

והמוצלחת, להתייחס להעדר תום הלב בביטול בתר-ריפויי כעניין של חזקה, המגינה על המרפא האפקטיבי ומעבירה את נטל ההוכחה אל הנפגע המתנגד לריפוי. כפי שנטען בפרק ב לעיל, מושג העוגן של הזכות לריפוי הוא מושג הריפוי האפקטיבי. לעיל הוגדר ריפוי אפקטיבי כביצוע המקיים באיחור את ההתחייבות החוזית העיקרית, אך ההפרה עצמה לא בהכרח תאווין ולא תיעלם; יש שתוצאות ההפרה יגרמו לנזקים שהקיום באיחור לא יכסה, ואז תחול במצטבר זכאות לפיצויים שיוריים. כאן המקום לפרום הגדרה זו של ריפוי אפקטיבי למרכיבה. כדי שיתקיים ריפוי אפקטיבי חייבים להתקיים שלושת המרכיבים האלה: הריפוי האפקטיבי הוא 1. בעל פן סובייקטיבי, היינו נכונותו של המפר לרפא; 2. בעל פן אובייקטיבי, היינו יכולתו של המפר לרפא; 3. בעל פן עובדתי או למצער הערכתית-הסתברותי בנוגע לשאלה אם הריפוי המוצע והאפשרי, מרגע שיצא לפועל, אכן ירפא את ההפרה, לפחות ברמה של "ביצוע מהותי" שינטרל את יסודיות ההפרה וישקם את הקצאת הסיכונים החוזית המקורית, אף אם לא יכסה על כל הנזקים התוצאתיים. לפי פרימה זו, הרי שמתוך מכלול השיקולים האמורים, בשקילת ריפוי שהוצע יש להביא בחשבון ארבעה אלו בלבד:

1. האם בנסיבות המקרה ריפוי אפשרי? כלומר, האם הריפוי המדובר המוצע אכן ירפא את ההפרה העיקרית?
2. האם הריפוי המוצע מעשי מבחינת יכולתו של המפר לבצעו?
3. האם ריפוי כאמור הוא ראוי מבחינת היכולת והרציות של שיקום היחסים החוזיים בין הצדדים עד רמה שבה שיתוף הפעולה ביניהם הוא מעשי ורצוי, אף אם האמון בין הצדדים נסדק?
4. האם הריפוי אינו יוצר עוול, עשיית עושר ולא במשפט, עלות או קושי מיוחד אחר לנפגע?

למעשה, המושג השלם של ריפוי אפקטיבי, שנותח לעיל בפרק ב, כולל במשתמע את ארבעת הרבדים הללו. ניתן לטעון שאלו אינם רק מבחנים לתוקפו של ריפוי אפקטיבי, אלא הם למעשה חלק מן ההגדרה שלו. אנליטית ומעשית רבדים אלו ראויים לבחינה עצמאית באשר ריפוי אפקטיבי אינו נתון עובדתי בלבד אלא גם מושג נורמטיבי. מרגע שריפוי אפקטיבי מתקיים (או למצער מוצע, ברמת הסתברות הנדרשת להיתכנותו), שוב אין צורך בדיבור על תום לב, על "מכלול" או על "מאזן אשמה" וכו'. במקום להגדיל את מספר הפרמטרים הקובעים את זכותו של המפר לרפא את ההפרה ואת חובתו הקורלטיבית של הנפגע לקבל ריפוי אפקטיבי יש לצמצמו. סירוב לקבל ריפוי בנסיבות כאלה, גם על רקע של סכסוך, עשוי להיות *ceteris paribus*, התנהגות בחוסר תום לב.

יתרון של מארג מוצע זה הוא שהוא בעיקרו אובייקטיבי. בניגוד למשטרים תקשורתיים כאלו של עקרונות דיני החוזים האירופיים או הקוד האזרחי הצרפתי,¹¹⁹ לא די בפנייה של המרפא לנפגע או בנכונותו לרפא כדי לבסס את הזכות וליצור מניעות בפני ביטול החוזה או

119 זוהי גם גישת ה-UCC אף שהניסוח שם לקוני משהו: "[...] the seller may if he seasonably notifies the buyer have a further reasonable time to substitute a conforming tender".

צעדים אחרים שאינם מתיישבים עם הריפוי, אלא גם **ביכולת**.¹²⁰ בפנייתו או בביצוע עצמו על המרפא להראות למצער כי הריפוי המוצע אפשרי, אפקטיבי ומעשי. אומנם דרישה זו מחמירה עם המרפא ביחס למשטרים שנסקרו לעיל, אך ההחמרה ראויה: היות שהצדדים נמצאים במצב של הפרה שבו נסדק האמון ביניהם, הרי שפנייה הצהרתית גרידא של המפר לנפגע המצהירה על כוונתו לרפא לא תועיל לשקם את יחסי האמון, אם לא תתלווה אליה ראייה מתקבלת על הדעת המוכיחה את יכולתו של המפר לרפא. הצהרה בעלמא, שאינה נתמכת בראייה ליכולתו המעשית של המפר לרפא ריפוי אפקטיבי, עשויה להיחשד כאמירה מן השפה ולחוץ ושלא נועדה אלא לדחות את הקץ, או שאף אם כוונתו של המפר לרפא – אין בידיו לעשות כן, כפי שייתכן שלא היה בידו לקיים את החוזה.¹²¹

ההצעה של שלו ואדר, שלפיה ריפוי אפקטיבי יוצר **חזקה** שהביטול שבא בעקבותיו נעשה בחוסר תום לב, ועל כן הריפוי גובר על הביטול, יפה בעיניי. היא ודאי עדיפה על פני גישת בית המשפט **בצמנטכל**, המתאפיינת לא רק בגישה צייקנית לזכות לריפוי ההפרה,¹²² אלא גם בהרחבה דיונית ושיחית של הגורמים הקובעים, עד שהיא מזמינה ממש אי-ודאות, חוסר יכולת של המפר לתכנן צעדיו וליטיגציה מיותרת.

אני מסכים שאם ה"מקסימום" שהדין יוכל לספק הוא חזקה, הרי שהיא צריכה לפעול לטובת הריפוי האפקטיבי ולא לטובת זכות הביטול (בתנאי ריפוי אפקטיבי). אלא שכדי שמודל כזה יהיה ישים בפועל, ולא רק במסגרת ליטיגציה אלא *ex ante*, יש להפחית את מספר הגורמים הרלוונטיים לבחינת התקיימות החזקה או סתירתה. יש להתמקד בגורמים שבלבית הריפוי האפקטיבי, ה"גלעין" (core) ההארטי, ולהמעט ככל הניתן בגורמים פריפריאליים, ב"אזור האפלוליות היחסית",¹²³ שהם בעייתיים להערכה הן בשלב פתרון הסכסוך והן, ועוד יותר מזה, בזמן אמיתי, על ידי הצדדים עצמם. הזכות לביטול אינה צריכה להיקבע באמצעות מיני "איזונים" שכמעט בלתי אפשרי לבצעם שלא אד הוק.

גם המודל של שלו ואדר פועל במסגרת הפרדיגמה של תחשיב תום הלב ומיישם את אותה מתודולוגיה של תחשיבי תום לב הדדיים המתחשבים בעודף של גורמים משפיעים

120 כגון חילוט ערובות או הפעלת תניית האצה. ראו פרק ה להלן.

121 חוזה מופר באחד משני תסריטים: או שהמפר לא הצליח לקיימו (הפרה לא רצונית), או שלא רצה לקיימן (הפרה רצונית). נדמה שהנרטיב הפופולרי של הפרת חוזה הוא של הפרת חוזה במתכוון, אך אין סיבה להניח שמרבית ההפרות אינן דווקא בבחינת תאונות המתרחשות למפר. דיני התרופות כידוע אינם מבחינים בין טיפוסי ההפרות ברובד הדוקטרינרי אף שלהפרה רצונית ייתכנו השלכות נוספות על הדוקטרינה התרופתית, למשל במקרים שלהפרת החוזה מצטרפות הפרת החובה לקיים בתום לב, עשיית עושר ולא במשפט או עוולת קבלת דבר במרמה. ההכרה בחשיבות ההבחנה עולה הן מכיוון הניתוח הכלכלי של המשפט והכלכלה ההתנהגותית והן מטעמי הפרשנות החברתית והמוסרית של החוזה. ראו Oren Bar-Gill and Omri Ben-Shahar, *An Information Theory of Willful Breach* 107 MICH. L. REV. 1479 (2008–2009); Tess Wilkinson-Ryan & Jonathan Baron, *Moral Judgment and Moral Heuristics in Breach of Contract*, 6 J. OF EMPIRICAL LEGAL STUD. 405 (2009).

122 הפרה היסודית, כמובן. דומה שאין צורך לשוב ולהזכיר שבאשר להפרה לא יסודית הריפוי גובר על הביטול מכוח ס' 7(ב) לחוק התרופות.

123 H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593, 606–615 (1958). ליישום המודל בפסיקה הישראלית ראו ע"א 133/79 **בוכמן נ' אלנסארה**, פ"ד לה(2) 64 (1980).

ויוצרים קושי בתכנון מראש של פעולת הצדדים. להלן אנסה להסביר את העדיפות שביצירת כלל משפטי על פני "מכלול" או "מאזן" וכן על פני חזקה אף שפתרון אחרון זה – עדיף מקודמיו.

2. כללים, סטנדרטים ומושגי שסתום בטריטוריה של סעדים עצמיים

טענתי בעד העברת משקל הכובד היחסי מהתבססות משפטית על סטנדרטים להתבססות משפטית על כללים אינה טענה תורת-משפטית כללית אלא מקומית והקשרית. עיקר הטענה הוא שכשמדובר בתחום הסעדים העצמיים והפעולות המשפטיות העצמיות, כגון ריפוי, כלל משפטי שיארגן במדויק את יחסי הזכות לריפוי אפקטיבי לעומת הזכות לביטול החוזה ויפרט את הגורמים המכריעים ככל הניתן במדויק, הוא ארכיטקטורה משפטית עדיפה על פני תחשיבי תום הלב שדומה שכה התרגלנו לסמוך עליהם שיפתרו עבורנו את כל הלקונות שברין.

כללים פועלים כפי שכללים פועלים, ועקרונות – כפי שעקרונות.¹²⁴ אחד ההבדלים הסטרוקטורליים בין טיפוס הנורמות הללו הוא שעיקרון מספק תוכן נורמטיבי להחלה – "הסעד הוא פונקציה של הזכות", כדבריו הקולעים של השופט ברק בעניין זוננשטיין¹²⁵ – בעוד שכלל מסוגל לכלול בתוכו גם את המנגנון של הפעלתו. נשאלת השאלה מתי ההיבט הטכני חשוב במיוחד. התשובה היא – במצבי סעד עצמי ופעולות עצמיות שבהם אין נדרשת ואין מוצעת התערבות בית משפט לצורך ביצוע "בקרת איכות" ex ante על חוקיות הפעולה העצמית. טלו לדוגמה את המנגנון המפורט העוסק בביטול החוזה אשר בחוק התרופות. הוא מספק תשובות לשאלות באילו תנאים ניתן לבטל, כיצד לבצע את הביטול, מהי מסגרת הזמן שבה ניתן לשלוח הודעת ביטול, מתי היא הופכת אפקטיבית, ומה מתרחש לאחר הביטול. אין עוד אף סעד אחד או פעולה משפטית אחת בחוק התרופות שזוכים לפירוט טכני כזה של דרך הפעלתם (או בכלל).¹²⁶ הטעם לכך אינו שיש אינטרס מיוחד שביטול יתבצע כך ולא אחרת, אלא שהסטטוס שלו כסעד עצמי מסתייע באמצעות מנגנון טכני מפורט כדי שלא יידרדר בכל פעם ופעם להכרעת בית משפט.

גם ריפוי ההפרה הוא פעולה חד-צדדית. כמו ביחס לביטול, נדרשת ודאות לא רק באשר לזכות ולהיקפה אלא גם למנגנון של הפעלתה. ההוראות העוסקות בריפוי בחוק המכר הבין-לאומי ובעקרונות דיני החוזים האירופיים, לדוגמה, הן מן ההוראות המפורטות ביותר שבהם. ראוי כאן לעיין, למשל, בסעיף 48 לחוק המכר הבין-לאומי בשלמותו:

124 Fredrick Ronald M. Dworkin, *The Model of Rules*, 35 U. CHI. L. REV. 14 (1967). ראו גם Schauer, *The Jurisprudence of Reasons*, 1985 MICH. L. REV. 847. לסקירה כללית ראו FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES: A PHILOSOPHICAL EXAMINATION OF RULE-BASED DECISION-MAKING IN LAW AND IN LIFE* (1993).

125 ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו, פ"ד מב(2) 278 (1988).

126 אף על פי כן ניתן לטעון שהכלל רחוק מלספק: הוא אינו מגדיר ביטול מהו, אינו קובע מהן התוצאות האופרטיביות של ביטול (למעט חובת ההשבה מכוח עשיית עושר ולא במשפט), ואילו מחיובי הצדדים אכן מתאינים בשל הביטול, כולל בשל ההבחנה החיונית – אף כי הבעייתית – בין חיובים ראשוניים למשניים (לכלל המתייחס לכל הפחות לעניין זה ראו ס' 81 לחוק המכר הבין-לאומי). לעניין זה השוו לכלל המפורט בס' 9:305 של ה-PECL.

בכפוף להוראות סעיף 49, זכאי המוכר, אף לאחר מועד המסירה, לרפא על חשבונו כל אי קיום של חיוביו, אם יכול הוא לעשות זאת בלא עיכוב בלתי סביר ובלא לגרום לקונה אי־נוחות בלתי סבירה, או אי־ודאות בדבר השבת הוצאות, ששולמו מראש על ידי הקונה; ואולם נשמרת לקונה כל זכות לתבוע פיצויים לפי הוראות אמנה זו.

(א) ביקש המוכר מהקונה להודיע על הסכמתו לקיום, והקונה לא מילא אחר הבקשה בתוך זמן סביר, זכאי המוכר לקיים בתוך התקופה שצוינה בבקשתו; הקונה אינו זכאי, בתוך התקופה האמורה, להיזקק לתרופה, שאינה עולה בקנה אחד עם קיום על ידי המוכר.

(ב) הודעה של המוכר, כי יקיים בתוך תקופה קבועה, תיחשב ככוללת בקשה, לפי סעיף קטן (ב), כי הקונה יודיע על החלטתו.

(ג) בקשה או הודעה מאת המוכר לפי סעיפים קטנים (ב) או (ג) אינן תקפות, אלא אם התקבלו על ידי הקונה.

עניינו הוראות כי הסעיף אינו מסתפק בקביעת הזכות לריפוי ובסייגים לה (והם שלושה: עיכוב בלתי סביר בביצוע הריפוי; אי־נוחות בלתי סבירה לקונה בשל הריפוי; אי־ודאות בדבר השבת תשלומים ששילם הנפגע), אלא שנוסף על כך, הסעיף יוצר משטר תקשורתי של הודעות, של תשובות, של מחדלים ומשמעויותיהם.¹²⁷ הזכות לריפוי עצמה אינה מותנית בשיתוף פעולה מצד הנפגע, והסעיף קובע כי המפר אינו חייב להודיע לנפגע על כוונתו לרפא (זו הוראה מוטעית, לדעתי, באשר הודעה מתאימה של המפר לנפגע תיטה לחזק את האמון בין הצדדים, אך בהעדר מניעות כמוצע להלן, יש להודעה כזו מחיר טקטי).¹²⁸ לפי ס"ק (ג) ניתן לראות בהודעת המפר הצעה לנפגע לרפא את ההפרה בתוך זמן נתון בתמורה לאי־נקיטת הנפגע בתרופה שאינה עולה בקנה אחד עם הריפוי, כביטול ו/או הפעלת בטוחה או תביעת פיצויים מוסכמים. המיוחד שבברירות המחדל הללו הוא שהודעתו של המפר לנפגע על כוונתו לרפא בתוך זמן נתון, אם הנפגע אינו דוחה אותה, יוצרת בפני הנפגע מניעות, מניעות המחסנת את המפר בפני חשיפה לתרופה שאינה עולה בקנה אחד עם הריפוי בתקופה זו. זו הגנה על ההסתמכות של המפר, כי עליו לדעת, למשל, אם הנפגע מתכוון לבטל את החוזה, כך שצעדי הריפוי שבכוונתו לנקוט יסוכלו, ו/או יגרמו לו הוצאות מיותרות. כשהדברים אמורים בביטול, להוראה חשיבות בעיקר במצבי הפרה יסודית, כי בהפרה לא יסודית ממילא הנפגע חייב לאפשר למפר ארכה סבירה לקיום החיוב שהופר טרם יוכל לתת הודעת ביטול (nachfrist).

ההודעה על פי ס"ק (ב) מעבירה אל הנפגע עול תקשורתי מהסוג שסעיף 6 (ב) לחוק החוזים קובע כבטל, כשמדובר בהצעה וקיבול,¹²⁹ אך ענייננו כאן איננו בצדדים שיש

127 ה-PECL אינו מייחד הוראות לכך, והודעות נמסרות על פי ההוראות הכלליות שבס' 1:303. 128 ראו Secretariat Commentary, "Article 48" and "Article 39", *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, UN DOC. A/CONF.97/5, O R, 14-66, <http://globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644#Article44>. ליחסים שבין ריפוי לביטול החוזה ראו פרק ד להלן.

להשוואה לכללי ה-UNIDROIT, הדורשים הודעה כזו, ראו Chengwei Liu, *Cure by Non-Conforming Party: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL* (2005), <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html>

129 להוראה המקבילה ראו חוק המכר הבין־לאומי, ס' 18(א).

ביניהם זרות משפטית במהלך משא ומתן לכריתת חוזה אלא בצדדים בעלי היכרות/יריבות חוזית משמעותית. עם זאת ודאי שמדובר בהוראה חריגה ביותר, המדגישה את תמיכת החוק בריפוי.¹³⁰ לאיזון הוראה זו ס"ק (ד) לחוק מגן על ההסתמכות של הנפגע באופן שמונע היקלעות למצב שלא הרים את העול התקשורתי שעבר אליו בס"ק (ב) בשל אי-ידיעה על מסירת ההודעה/בקשה על הריפוי; ההודעה/בקשה נכנסת לפועל רק כאשר היא נמסרה לנפגע.¹³¹

משטר מובנה של הודעות בין הצדדים לא רק מסייע לתקשורת ולברור מדויק של גבולות הריפוי המוצע והנדרש ושל ציפיותיהם ההדדיות של הצדדים, אלא גם עשוי להקים השתק באשר לתביעות הנפגע אשר לא פורשו במועד דרישת הריפוי. בפרשת *Cone Memorial Hosp.* (חוזה למתן שירותי הנהלת חשבונות, גבייה ושירותים פיננסיים בתעשיית הבריאות) התנה החוזה עצמו את הזכות לביטול בכך שההפרה היסודית לא תרופא בתוך 60 יום, למעט הפרות יסודיות שהן incurable, היינו שבוודאות לא ירופאו, ואשר בתורן מאפשרות ביטול מיידי. הסדר כזה, קבע בית המשפט, מחייב את הנפגע לשלוח למפר הודעה מפורטת באשר להפרות הטעונות ריפוי, ורשימה מקבילה של ההפרות שאינן ניתנות לריפוי, לשיטתו. בית המשפט קיבל את הטענה שרק הפרות שייכללו בדרישה כזו יוכלו להיות בעתיד בסיס לביטול החוזה בהיעדר ריפוי: "Otherwise the cure provision in the contract would be meaningless".¹³² הוראה כזו מקדמת את ייצוב הציפיות ההדדיות בין הצדדים בשלב החוזי, ויש לה פוטנציאל להביא לשיתוף פעולה בתר-הפרתי ויתור של ליטיגציה. זהו מנגנון המוכר מן המשפט הצרפתי, שם זו דרישה מן הדין להתריע בפני המפר על הפרותיו (*mise en demeure*) ולאפשר לו לרפאן – מלבד הפרות שבוודאות לא ניתן לרפא – ואשר רק בגינן יוכל הנפגע, בהיעדר ריפוי, לבטל את החוזה.¹³³

לבסוף, אם יש לחשוש שמא הכנסת כלל משפטי-תקשורתי שכזה אל הקורפוס החקיקתי תפגע בחופש החוזים, או במארג הנורמטיבי המחייב מכוח חובת תום הלב, הרי שהחששות – שווא הם. הצדדים יוכלו תמיד להתנות על הדין ולשרטט מערכת תקשורתית נוחה להם. כפי שמציין הנשיא ברק, גם בהינתן כלל כזה, הפעלתו תהיה כפופה לעקרונות תום הלב:

סעיף 39 לחוק החוזים מטיל את חובת תום הלב והביצוע בדרך המקובלת בכל הנוגע לקיומו של חיוב ולשימוש בזכות. נראה לי כי לביטויים 'חיוב' ו'זכות' יש ליתן פירוש מרחיב, באופן שהם יכללו בחובם לא רק זכות,

130 זה אינו החריג היחיד לקביעת דיני החוזים ששתיקה אינה יכולה להיחשב בדרך כלל כהסכמה. דוגמה נפוצה נוספת היא "כלל הירייה האחרונה" במצבי *battle of the forms*. ראו חוק המכר הבין-לאומי, ס' 19(ב).

131 וזאת בסטייה מן ההוראה הכללית שבס' 27 לחוק המכר הבין-לאומי, ולפיה: "זולת אם נקבע מפורשות אחרת בחלק זה של האמנה, אין בעיכוב או בטעות בהעברת הודעה, בקשה או מסר אחר, או באי הגעתם, אם נמסרו או נעשו על ידי צד בהתאם לחלק זה ובאמצעים מתאימים לנסיבות, כדי לשלול מאותו צד את הזכות להסתמך על המסר".

132 *Moses H. Cone Mem'l Hosp. Operating Corp. v. Conifer Physician Servs., Inc.*, No. 1:13-CV-651 (M.D.N.C. Apr. 11, 2017). בית המשפט הפדרלי של מחוז המרכז, בקרוליינה הצפונית, קבע כי הנפגע לא יוכל לבטל את החוזה בשל הפרות שלא פורטו בהודעת הדרישה למפר.

133 *Code Civil*, Art. 1226.

שכנגדה יש חובה, וחובה, שכנגדה יש זכות, אלא גם זכויות מהסוג של יכולת או כוח, וכן חירות וחסינות. כך, למשל, אם בידי בעל חוזה נתון הכוח להביא את היחס החוזי לידי גמר – כוח, שכנגדו עומדת הכפיפות של הצד שכנגד – מן הדין הוא, כי השימוש בכוח זה ייעשה בדרך מקובלת ובתום-לב.¹³⁴

מכאן שאין לחשוש שכלל מדויק, כדוגמת סעיף 48 לחוק המכר הביין-לאומי או סעיף 7.1.4 לעקרונות UNIDROIT או סעיף 8:104 ל-PECL וכדומה, יביא למצבי עושה או עוול כלפי הנפגע או לליקוי נורמטיבי אחר. הכלל אינו מייחד את החובה להתנהג בתום לב ואינו גובר עליה. ריפוי אפקטיבי חייב להיעשות בתום לב, אך התממשות הזכות לריפוי בכל מקרה ומקרה נבחנת על פי תאוריה חוזית ולא על פי תחשיבי "מכלול" תום לב חסרי דיוק הנתונים למניפולציה של הנסיבות הספציפיות. חובת הפעולה בתום הלב תיוותר ככלם וכמנחה, אך היא אינה הכלי היחיד העומד לרשותנו או מושג-על שאליו יש לבצע רדוקציה של התאוריה החוזית. כך, ודאי לא במצבי סעד עצמי כאשר נדרשת לצדדים מידה גבוהה של ודאות באשר לסיכונים שהם נוטלים ולתקינות פעולותיהם, וזאת בלוחות זמנים קצרים (בחוזי מכר, בהם לעתים קרובות לא נדרש שיתוף פעולה עתידי נוסף בין הצדדים מרגע שההפרה רופאה, המצב מובהק עוד יותר). הדין אינו מעמיד את הכוח לבטל חוזה על שיקולי תום לב אלא על תאוריה חוזית-תרופתית (אף שכאמור על הביטול, ככל פעולה בין צדדים לחוזה, להיעשות בתום לב). גם הריפוי, שבמובנים מסוימים הוא הכיוון ההפוך לביטול,¹³⁵ צריך להיות מבוסס דוקטרינרית באותו אופן – ועדיין לחסות תחת ה"מטרייה הנורמטיבית" של תום הלב.¹³⁶ המטרייה נחוצה, אלא שלא תמיד יורד גשם.

ג. ריפוי אפקטיבי, ריפוי חלופי וביצוע בקירוב

1. ריפוי אפקטיבי וביצוע בקירוב

פרק זה יטען ל"קרבת משפחה" ולקוהרנטיות דוקטרינרית בין דוקטרינת הריפוי לבין הדוקטרינה התרופתית של "ביצוע בקירוב" שבוססה במשפט הישראלי, הן כנגזרת של החובה לבצע פעולה תרופתית בתום לב והן על אדנים עצמאיים של תאוריה חוזית.¹³⁷ זאת, על אף מקורן ההיסטורי השונה של הדוקטרינות ועל אף המצבים השונים שבהם הן חלות – הריפוי שמפעיל המפר והביצוע בקירוב שהנפגע דורש כטענת נגד לסייג לאכיפה שמעלה המפר כהגנה מפני תביעת אכיפה. גם התוצאות של שתי הפעולות אינן תמיד זהות: קיום

134 עניין **שירותי תחבורה**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 835–836. ס' 2 להצעת חוק דיני ממונות מגדיל לעשות וקובע כי "בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב".

135 "The debtor's right to cure a non-conforming performance can be seen as being aimed at the preservation of the contractual relationship, as this right may avoid the execution of remedies, including termination" DCFR p. 79

136 לדוגמה רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, 279 (1999).

137 ראו ע"א 1546/16 **ביסאן נ' מדינת ישראל רשות הפיתוח וקק"ל** (נבו 16.9.2020).

באיחור (ריפוי) או קיום בהתאמה חלקית (ביצוע בקירוב). בפרק זה אבקש להצביע על קרבה נורמטיבית בין שתי הדוקטרינות, ששתיהן מבקשות לבודד ולאפשר את קיום ההתחייבות החוזית המהותית גם בתנאי הפרה תוך כדי איזון בין אינטרס הקיום (החלקי) של הצד התובע אותו לעול מסוים המושט על הצד המקבל את הפעולה.

להקדים את המאוחר: ריפוי לאחר מועד ההפרה יכול שיופיע בשני אופנים: אופן אחד – הריפוי הפרדיגמטי – הוא, כנטען לעיל, ריפוי אפקטיבי המופיע כביצוע ההתחייבות החוזית, אך לאחר המועד החוזי, אך ריפוי אפקטיבי יכול שיופיע גם באופן שהריפוי אינו זהה להתחייבות החוזית אף מבחינת ההתאמה. ריפוי כזה חופף את מצבי הביצוע בקירוב. מוצע לכנות ריפוי כזה "ריפוי חלופי", והבנתו אכן נטועה בדוקטרינת הביצוע בקירוב, שאלה אפנה כעת.¹³⁸

דוקטרינת הביצוע בקירוב – cy près (בצרפתית: "כה קרוב") – מאפשרת לנפגע מהפרת חוזה להתמודד עם טענת הגנה נגד תביעת אכיפה, כגון שביצוע החוזה אינו אפשרי (חוק התרופות, סעיף 3(1)), באמצעות קבלת ביצוע "בקירוב" – ביצוע הדומה דיו לביצוע החוזי ולהקצאת ההתחייבויות המקורית בין הצדדים, שמקיים את עיקרו של אינטרס הקיום, בלי גרימת עוול למפר. בדרך כלל טענת ביצוע בקירוב מועלית נגד מפר המתגונן מפני תביעת אכיפה בהגנה שהאכיפה אינה אפשרית, אך מושגית, הטענה יכולה לחול בה במידה גם נגד סייגים אחרים לאכיפה הקבועים בסעיף 3 לחוק התרופות.¹³⁹ אף שהדוקטרינה הוכרה במשפט הארצישראלי והישראלי,¹⁴⁰ היא לא נכללה במפורש בחוק החוזים (תרופות), והתפתחותה הייתה הדרגתית ופרי הפסיקה.¹⁴¹ במהלך השנים התגבשה בפסיקה ובספרות המקצועית העמדה שלפיה "הלכה מבוססת במשפטנו קובעת שכאשר הדבר מתאפשר – רשאי בית המשפט להורות על 'אכיפה בקירוב' לצורך הגשמת כוונתם העיקרית של הצדדי".¹⁴² כיום יש לראות את הדוקטרינה כמעוגנת הן בעקרונות השיטה המשפטית והן בפסיקה – אף כי היא עדיין טעונה הבהרות, שכלולים והתאמות הקשירות.

כאמור, בניגוד לזכות לריפוי, הזכות לביצוע בקירוב היא זכותו של הנפגע, ולא של המפר. בפרשת **ביסאן** קבע בית המשפט העליון כי המדינה הפרה את התחייבותה החוזית לבצע חליפין במקרקעין תמורת מקרקעין של המערערים שהועברו לחזקתה.¹⁴³ במהלך

138 בע"א 2686/99 **אייזמן נ' קדמת עדן**, פ"ד נה(5) 365 (2001) קבע בית המשפט כי קדמת עדן תרפא באיחור הפרה חוזית בדרך של מסירת יחידת דיור בקומפלקס מקרקעין ועיגן את קביעתו בדוקטרינת הביצוע בקירוב. אך למציאות דרכיה שלה, והנכס הניתן למסירה לא דמה, במקצת מתכונותיו ובשוויו, לקבוע במפרט החוזי. בית המשפט התנה את הריפוי בתשלום תמורה גבוהה יותר כדי למנוע עשיית עושר ולא במשפט על ידי הנפגע על חשבון המפרה.

139 ס' 525 להצעת חוק דיני ממונות מרחיב את עיקרון הביצוע בקירוב לכל סייגי האכיפה, לא רק למצבי אכיפה בלתי אפשרית: "לא היה הנפגע זכאי לאכיפת החיוב על פי הוראת סעיף 524, רשאי בית המשפט, לבקשת הנפגע, להורות על אכיפת החיוב בקירוב, ובלבד שלא יהיה בכך כדי לשנות את מהותו של החיוב, ושלא יהיה בה כדי לגרום עוול למפר; דין אכיפה בקירוב כדין אכיפה".

140 נילי כהן "ביצוע בקירוב" **ספר יצחק אנגלרד** 156, 158–160 (דפנה ברק ארז וגדעון ספיר עורכים, 2010).

141 ש.ם.

142 ענין **ביסאן**, לעיל ה"ש 137, בפס' 15.

143 ש.ם.

המשפט התברר כי לא היה אפשר עוד להעביר את מקרקעי המדינה המוסכמים, היות שהחלקות האמורות הוכרזו מאז כשמורות טבע. דעת המיעוט (השופט שטיין) קבעה כי משכך, חל הסייג של חוזה שאינו בר-ביצוע, סעיף 3(1) לחוק התרופות, ולפיכך עומדת לתובעים זכות לפיצויים בלבד (ואף זאת בגין נזקי הסתמכות בלבד). דעת הרוב (השופטים מלצר והנדל) הסכימה לטענה שאומנם החוזה שוב אינו ניתן לביצוע כלשונו, אך הראו שדוקטרינת הביצוע בקירוב מאפשרת את ריפוי ההפרה של המדינה באופן מהותי, גם אם לא מושלם – ואשר הנפגע מסכים לו. הפתרון האכיפתי שקבעו היה שרשות מקרקעי ישראל תאתר מקרקעין חליפיים, בעלי מאפיינים וערך דומים, ותעבירם למערערים חלף הביצוע החוזי המוסכם – "אכיפה בקירוב", כלשון פסק הדין. על פי עניין **עוזבון קליין**, אשר עמדת הרוב בעניין **ביסאן** מאמצת:

הרעיון העיקרי שביסוד דוקטרינה זו הוא כי יש לחתור, ככל הניתן, לקיום החוזה ולהגשמת המטרה העומדת ביסודו, גם אם מתברר בהגיע שעת ביצועו כי אין אפשרות לקיימו ככתבו וכלשונו. דוקטרינת הביצוע בקירוב, כמו גם עיקרון תום הלב, מאפשרים לבית המשפט במקרה כזה לערוך שינויים מסוימים בדרכי ביצועו של החוזה על מנת לקיימו ובלבד שבית המשפט יפעל בעניין זה בזהירות המתבקשת על מנת שלא ימצא עצמו עורך חוזה חדש בין הצדדים שתנאיו משנים מן היסוד את אופיו של החוזה המקורי.¹⁴⁴

בפרשה מוקדמת בהרבה, **אשד נ' לובר**, נדחתה בבית המשפט המחוזי תביעת אכיפה של הנפגעים בנוגע לנכס מקרקעין, מן הטעם של חוזה שאינו בר-ביצוע (הנכס האמור נמכר לצד ג שזכותו לא עורערה). בבית המשפט העליון קבעה השופטת בן-פורת – אף כי בדעת יחידה¹⁴⁵ – כי משעה שהנפגע מוכן לקבל ביצוע בקירוב – נכס חלופי, צמוד ודומה למקורי מבחינות רבות, אף כי בעל ערך כספי מעט נמוך יותר (דירה שחזיתה פנתה למערב במקום למזרח) – הרי שהמפר חייב לרפא את ההפרה באופן זה.¹⁴⁶ כאמור, הזכות כאן היא של הנפגע. עקרון הריפוי, כפי שנטען בפתח מאמר זה, משורת על ידי זכות המפר לרפא, שהיא הביטוי הפרדיגמטי שלו, אך אינו זהה לה. במצבי ביצוע בקירוב הריפוי האפקטיבי אינו,

144 ע"א 11965/05 **עוזבון קליין נ' שרון** 34 (נבו 27.8.2009). גם כאשר הספרות נחלקת בשאלת הביסוס הדוקטרינרי לביצוע בקירוב – אם הוא נובע מחובת תום הלב או מעוגן בס' 4 לחוק התרופות, למשל (לדין ראו עניין **ביסאן**, לעיל ה"ש 137, בעמ' 41–42), הרי שקיים קונצנזוס הן באשר לרציונה של הדוקטרינה והן באשר להכלתה במשפט הישראלי. ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ד – פרשנות החוזה 241–242 (2001); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 462–466 (התשס"ג); שלו ואדר, לעיל ה"ש 116, בעמ' 262–267; דויטש **פרשנות הקודקס האזרחי**, לעיל ה"ש 75, בעמ' 318; כהן, לעיל ה"ש 140, בעמ' 158–160.

145 ע"א 289/78 **אשד נ' לובר**, פ"ד לג(1) 13 (1978), שם השופטים בכור וברק הותירו את שאלת הביצוע בקירוב בצריך עיון, בציונו של השופט בכור כי "עקרונית נוטה אני לדעתה של חברתי במידה וניתן לראות בביצוע בקירוב ביצוע החוזה".

146 בעניין מאוחר יותר ציינה השופטת בן פורת שלדעתה ניתן להשתמש בעקרון ה"הקיום בקירוב" של **אשד נ' לובר** גם כדי לפתור בעיות של חוזי מקרקעין שלא נשתכללה בהם דרישת הכתב. ראו ע"א 579/83 **זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ**, פ"ד מב(2) 278, 288 (1988).

בהגדרה, ריפוי מושלם, אך כשהוא ביצוע מהותי (substantial performance), הוא מקיים את "הגשמת כוונתם העיקרית של הצדדים", כלשון בית המשפט בפרשת **ביסאן**.¹⁴⁷ אמרו מעתה, שריפוי החוזה יש שיעשה בדרך של ביצוע בקירוב לא רק מבחינת המועד אלא גם מבחינת ה-tender, מושא ההתחייבות החוזית גופא.¹⁴⁸

ביצוע בקירוב הוא מנגנון ריפויי: הוא מאפשר, בתר-הפרתית, את קיום התכלית החוזית גם אם באופן לא מושלם. הוא מביא למצב שבו המפר מספק קיום קרוב ככל הניתן לקיום החוזי. הוא מתקן עיוות מסוים שבדיני האכיפה, היינו שבהעלאת טענת הגנה של אכיפה לאו ברת ביצוע, דווקא המפר נהנה מפרשנות דווקנית של החיוב החוזי. היות שלביצוע בקירוב יש גם אופי של ביצוע תחליפי, אעבור לבחון היבט זה של ריפוי על דרך ביצוע קירוב.

2. ריפוי חלופי וביצוע בקירוב

ריפוי חלופי הוא מופע פרטי, או קבוצה חלקית, של ריפוי אפקטיבי: בית המשפט מחייב את הנפגע לקבל ביצוע בקירוב בתור ריפוי, היינו ריפוי שאינו זהה לביצוע החוזי המוסכם. שילוב זה מדגיש עוד יותר את הקוהרנטיות הדוקטרינרית שבין דוקטרינות הריפוי והביצוע בקירוב, אף שכל אחת מהן פועלת להשגת תכלית הביצוע המהותי מכיוון אחר: הזכות לביצוע ריפוי חלופי היא זכות של המפר, והזכות לקבלת ביצוע בקירוב היא זכות של הנפגע. תת-פרק זה יבחן את "קרבת המשפחה" העקרונית שבין שני מנגנונים שונים אלו באספקלריה של הערכים היחסותיים ששתי הדוקטרינות מקדמות.

פסק הדין בעניין **דוד** מספק הזדמנות לבחינת מצב שבו מתאפשר למפר לבצע ריפוי חלופי של התחייבותו באופן שהביא לתוצאה זהה לאכיפת החיוב החוזי בקירוב – אף

¹⁴⁷ זו גם הייתה עמדת הדין עובר לחקיקת חוק התרופות. ראו דברי השופט זילברג בע"א 79/49 **פרנט נ' יהודאי**, פ"ד ד 375, 387 (1950): "אם הצדדים התקשרו מדעת בחוזה מסויים, ובהגיע שעת ביצועו מתברר, כי אין אפשרות לקיימו ככתבו וכלשונו ממש, אלא רק 'בערך' או 'בקירוב'... רשאי בית המשפט להוסיף נופך משלו – שינויים קלים ולא יסודיים – כדי לממש ולגשם את כוונתם העיקרית של הצדדים". ראו גם ברק **פרשנות במשפט** כרך ד, לעיל ה"ש 144, בעמ' 241–242.

¹⁴⁸ פסק הדין בעניין **אייזמן**, לעיל ה"ש 138, מעגן את סמכות בית המשפט לתת צו לביצוע בקירוב כסוג של התניה על אכיפת החוזה מכוח ס' 4 לחוק התרופות. זו אסטרטגיה אטרקטיבית מבחינה זו שהיא מעגנת את הביצוע בקירוב בחוק התרופות עצמו, אגב יצירת קונסיסטנטיות דוקטרינרית-חקיקתית, לא כדוקטרינה עצמאית או הנובעת מחובת הקיום בתום לב. אך אני כשלעצמי, חוששני שהסתמכות על ס' 4 האמור – לא בדין יסודה. ס' 4 מבקש למנוע מצבי עשיית עושר ולא במשפט או מצבים אחרים של עוול היכולים להיווצר מצו חד-צדדי של אכיפת חיוב חוזי. לפיכך הסעיף מאפשר מתן צו **נוסף**, בדרך כלל כזה המתייחס לחיובי הנפגע או לפעולה המוטלת על הנפגע, לטובת אינטרס של המפר. זו חדשנות דוקטרינרית חשובה, בדומה להסמכה של בית משפט לתת צווים שימנעו עוול בשל בטלות חוזה פסול, על פי ס' 31 לחוק החוזים. אך ס' 4 אינו מאפשר, להבנתי, את שינוי **תוכן האכיפה עצמה**. הצו האמור **חיצוני לאכיפה** ואינו משפיע על הזכות לאכיפת החוזה עצמה, המעוגנת בס' 2 ו-3 לחוק התרופות. זאת ועוד, דוקטרינת הביצוע בקירוב אף אינה נזקקת להישענות על ס' 4 האמור, היות שהיא מוכרת הן כדוקטרינה עצמאית וראויה של משפט מקובל אף ללא ביטוי חקיקתי, והן כהשלכה של חובת קיום החוזה מכוח ס' 39, שכידוע חלה גם על כל הצדדים התרופתיים.

שהבסיס הדוקטרינרי לכך לא היה הכרה בזכות לריפוי אלא סייג הצדק לאכיפה של סעיף 3(4) לחוק התרופות.¹⁴⁹

באותו עניין הפר המוכר, שהיה ספק של אדמה חקלאית (במובן של soil), חוזה לאספקה ולפיזור של אדמה במשתלה של הקונה. התברר שהאדמה שפוזרה הייתה נגועה בפטרייה (מאולחת). הקונה תבע את אכיפת החוזה באופן כזה שהאדמה המאולחת שכבר פוזרה תיאסף, ובתמורה תסופק לו אדמה בתקן החקלאי הנדרש שעליו הוסכם בחוזה. התברר שחיטוי כימי של האדמה שכבר פוזרה אפשרי בעלות נמוכה בהרבה, וכי "יש בו, דעת המומחים, כדי לשלול מהקרקע את פוטנציאל הסיכון שנגרם לה עקב שפיכת האדמה [המאולחת] על פני החלקה".¹⁵⁰ בית המשפט העליון קיבל את טענת המוכר שבנסיונות של עלות גבוהה מאוד לאכיפת החוזה כלשונו (החלפת האדמה), כאשר ניתן להשיג תוצאה זהה באמצעות ביצוע תחליפי זול (חיטוי האדמה) – יחול סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות) כסייג לאכיפת החוזה. זה אינו המבנה הדוקטרינרי של ביצוע בקירוב שתואר לעיל, מכיוון שהדרישה לבצע בקירוב לא הגיעה מן הנפגע כטענת נגד לטענת הגנה של המפר מפני מתן צו אכיפה, אלא הגיעה מן המפר במסגרת טענת ההגנה האמורה. אומנם ייתן צו עשה, אך הוא ייעשה על דרך של ריפוי חלופי: ההפרה תרופא, כדרישת המפר. ניתן לדמיין מצב קרוב שבו המפר טוען שהחייב החוזי אינו רק יקר אלא גם אינו בר-ביצוע; במצב כזה ייתכן שדווקא הנפגע הוא שידרוש ביצוע בקירוב (היינו חיטוי האדמה המאולחת). התוצאה בשני המקרים תהיה זהה.

אף שהביטוי "ריפוי" לא נכתב בפסק הדין, הרי שבפועל הוא העניק למפר זכות לרפא את הפרתו על דרך של ביצוע חלופי וחובה קורלטיבית של הנפגע לקבל את הריפוי כל עוד הדבר לא פגע באינטרס הקיום של הנפגע. העובדה שהמקור החקיקתי לדוקטרינה מגיע דווקא מדיני האכיפה אינה מונעת פרשנות כזו. למעשה, היא מראה על שילוב דוקטרינרי בין דיני האכיפה לדיני הריפוי גם כאשר הביצועים עצמם, האכיפה והריפוי, אינם זהים (בהתאמה: האכיפה שנדרשה – איסוף האדמה ופיזור אדמה חדשה; הריפוי שהוענק – חיטוי האדמה הנגועה). העיקרון הריפויי חל כאן מכיוון שבית המשפט מאפשר למפר ביצוע בתר-הפרתי שיאיין את ההפרה, ובכך ייתר את האכיפה, בניגוד לדרישתו של הנפגע. נוסף על זה, לו הייתה בחוזה תניית פיצויים מוסכמים, למשל, הרי שהריפוי האמור היה מונע את הפעלתה, ולעיתים מזומנות זו אחת הפונקציות המרכזיות של ריפוי ההפרה.¹⁵¹

שאלה תאורטית בהקשר פסק הדין דוד היא מה היה בית המשפט פוסק לו היה הקונה, במקום לתבוע אכיפה, נוקט סעד עצמי ומבטל את החוזה בגין הפרה יסודית. האם אז היה בית המשפט (בהנחה שהמוכר היה דוחה את ביטול החוזה ותובע את התמורה) מסכים שהחוזה יבוטל, ולפי סעיף 9 לחוק התרופות מורה על ביצוע השבה הדדית שבמסגרתה יידרש המפר להיכנס להוצאות של איסוף האדמה המאולחת וכן להשיב את מלוא התמורה שקיבל? הלא כאשר בביטול מחמת הפרה יסודית מדובר, אין לבית המשפט סמכות לסייג את הסעד מטעמי צדק, כבסעיף 3(4). תשובה אפשרית לכך היא שהשבה בעין במקרה כזה

149 עניין דוד, לעיל ה"ש 77.

150 שם, בעמ' 661.

151 להרחבה ראו פרק ה להלן.

תהיה "בלתי סבירה" כלשון סעיף 9, ותבצע השבה בשווי. השווי הוא של אדמה נגועה, היינו התמורה החוזית בניכוי הוצאות החיטוי – ושבנו לאותה תוצאה! מדוע? כי בשני המקרים, הן על דרך האכיפה המסויגת והן על דרך הביטול, העיקרון שקודם הוא למעשה עקרון הריפוי. בשני הערוצים נושא המוכר במלוא עלויות הריפוי (באמצעות חיטוי האדמה המאולחת), ונמנע בזבז מיותר. בשני המקרים מקיים בידו הנפגע את האדמה המאולחת, בתוספת כספית המגלמת את העלות של חיטויה.¹⁵²

אף שהיא מתמרצת חיסכון במשאבים, ההחלטה בעניין דוד אינה ביטוי קלאסי לדוקטרינת ההפרה היעילה. דוקטרינת ההפרה היעילה חלה במצבי תחרות על משאב, כאשר הקצאת הערכים החוזית עצמה נתפסת כמכשול לניצולו האופטימלי של המשאב על ידי הגורם היכול להשיא באמצעותו את הערך הרב ביותר (שאליו, בתנאים התאורטיים של שוק משוכלל, יגיע המשאב על פי התאורמה של קוז).¹⁵³ בדיני התרופות בגין הפרת חוזה דוקטרינת ההפרה היעילה תיטה, כאשר יש הבדלי ערך (ולואציה) בין השחקנים השונים כאשר למשאב מסוים, להעניק את המשאב למבטא הוולואציה הגבוהה ביותר (למשל בהצעת מחיר גבוהה), בתנאי שהערך המוסף גבוה דיו כדי לפצות באמצעותו את הנפגע מהפרת החוזה במונחי אינטרס הציפייה שלו (ולפי יעילות קלדור-היקס, גבוה דיו כדי שיתאפשר לפצות את כל הנפגעים הפריפיריאליים מהפרת החוזה, בין שמפצים אותם בפועל ובין שלא).¹⁵⁴ במצבים רבים, כמו בעניין דוד, האטרקטיביות של דוקטרינת ההפרה היעילה היא במניעת בזבז מיותר שכשלעצמו לא ישיא ערך אף לא לאחד מהצדדים.¹⁵⁵ אך דוקטרינת ההפרה היעילה אדישה לאינטרס השיקומי של היחסים החברתיים שהגישה היחסותית שמה במרכז (ליתר דיוק, הגישה הכלכלית אדישה אליה אלא אם יוכח שקיום מנגנונים שיקומיים כריפוי נוטה לצמצם עלויות עסקה ולהשיא ערכים, למשל על דרך של בניית אמון שיצמצם את הצורך בשריון החיוב החוזי בדרך של בטוחות).

152 עולה השאלה אם בכלל יש לחייב את המפר בשווי המושב כאשר אין לו ברירה אלא לקבלו בעקבות ביטול החוזה. הניחו מצב של נכס שבמרווח הזמן בין ביצוע ההפרה לביטול החוזה הושבח בידי הנפגע-המבטל באופן שלא ניתן, בהשקעה סבירה, להשיבו למצבו הקודם. בדרך כלל נפגע שיבצע השבה בעין במצב כזה לא יוכל לדרוש מן המפר – המקבל נכס מושבח בעל כורחו – לשפוטו על ההשקעה אלא במקרי עשית עושר ולא במשפט מובהקים. הברירה במקרה כזה היא לבצע השבה בשווי ולא בעין. נפגע שיתעקש על השבה בעין עשוי להידרש לספוג את עלות ההשבה שהמפר לא ביקש ולא תמחר. ראו להלן ה"ש 199.

153 Gregory Klass, *Efficient Breach*, in THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW 362 (Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai eds., 2014)

154 Edward Peter Stringham, *Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning*, 4/2 QUAR. JOUR. OF AUSTRIAN EC. 41, 41-42 (2010), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1676256. לביקורת של בית המשפט על ההיתכנות המעשית של הפעלת הקריטריון של יעילות קלדור-היקס (שאין ספק שמבחינה תאורטית הוא פיתוח מתבקש של יעילות פרטו) ראו NIPSCO v. Carbon County Coal Company, 799 F.2d 265 (7th Cir. 1986).

155 הכרעה כלכלית תצטרך להביא בחשבון את הסך המצרפי של התועלות היחסיות של הפרת החוזה לעומת קיומו. אם נביא בחשבון טענות בנוגע להשפעות מערכתיות על התנהגות אנושית שמעלה השופט ברק בעניין אדרס, לעיל ה"ש 110, כגון הנכונות הכללית לכרות חוזים או עלויות עודפות של שריון האינטרס החוזי מפני הפרה יעילה, התחשיב האמור הופך להיות לא רק היפר מורכב אלא אף ספקולטיבי.

נוסף על זה ניתן לטעון שעניין בדוד המאבק אינו על זכות לריפוי כלל אלא על עשיית עושר ולא במשפט, היינו מניעת רווח קוניוקטורלי של הנפגע על חשבון המפר. שהרי ברי לכל הקוראת את עובדות פסק הדין כי בין שיינתן צו אכיפה ובין שלא, אכיפה כפי שדרש אותה הנפגע לעולם לא תתבצע. הטעם לכך הוא, שוב, הפרשי ולואציה. צו האכיפה שווה למפר 236,500 לירות (ביצועו יאלץ את המפר לשאת בעלות ביצוע העבודה – איסוף האדמה המאולחת והחלפתה באדמה בריאה), אך לנפגע הוא שווה רק 7,000 לירות (מחיר השוק של ביצוע החיטוי). מתן צו אכיפה ייצור מצב שבו הנפגע אוזח בנכס ששווי רב בהרבה, אובייקטיבית, למפר.¹⁵⁶ או אז יחול משא ומתן בין הצדדים על מחילת הזכות, והנפגע יוכל להעביר אליו נתח מן הערך של החוזה כולו שיהיה גבוה מכפי שקבעו הצדדים בהקצאת הערכים החוזית. צו האכיפה עצמו לא יבוצע לעולם, ואין כל צורך שיבוצע. מתן צו הריפוי מונע במקרים כאלו עשיית עושר ולא במשפט של הנפגע על חשבון המפר.

ניתן להשוות את פסק דין דוד לעובדות פסק הדין הידוע בעניין *Peevyhouse*¹⁵⁷. באותו מקרה ביצעה גרלנד עבודות כרייה במקרקעין שנחכרו מפיביהאוס בטכנולוגיה אגרסיבית (strip mining) שהותירה את השטח משובץ ערוצים ומכתשים "כמו פני הירח". שווי המקרקעין לאחר ביצוע עבודות הכרייה היה אפס. בחוזה בין הצדדים התחייבה גרלנד להשיב את המקרקעין למצבם הקודם. בסיום עבודות הכרייה הוערכו עלויות השיקום בכ-29,000 דולר, ואילו שווי המקרקעין המשוקמים נאמד בכ-300 דולר בלבד. הבעלים, בני הזוג פיביהאוס, דרשו פיצויים בשווי אכיפת החוזה או את אכיפת החוזה בעין. בית המשפט דחה את תביעת האכיפה כשדוקטרינת ההפרה היעילה ברקע: הסעד הראוי, קבע, הוא פיצוי התובעים בשווי שנשלל מהם, היינו שווי האדמה לו היו העבודות מבוצעות (300 דולר). צו עשה יגרום שיצירת ערך של 300 דולר (שווי הקרקע לאחר העבודה) תחייב עבודות שיקום בעלות גבוהה בהרבה – "לקבור כסף באדמה", כמעט מילולית.¹⁵⁸ מה שלא פורש בפסק הדין, מעבר לבזבוז, הוא השיקול של מניעת עשיית עושר ולא במשפט, ה"סיפור בתוך הסיפור". ברקע פסק הדין ברור לבית המשפט, כמו לכל אדם ששמו אינו שוורץ, שצו אכיפה בנסיבות כאלה לא יבוצע לעולם. בידי מחזיקי הזכות נכס – היינו הזכות לאכיפה – ששווה להם לכל היותר 300 דולר, בעוד שעבור הצד השני, שווי אותו הנכס הנו 29,000

156 לניתוח של מצבי הפרשי ולואציה בהקשר של הפרות יעילות ראו אריאל פורת "מתי ירצו צדדים לחוזה הפרות יעילות?" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופטור דניאל פרידמן 171, 192 (2008).

157 *Peevyhouse v. Garland Coal Mining Co.*, OK 267, 382 P.2d 109 (1962). אני מציג את הסוגיה בהתעלם מפירוט השלבים הפרוצדורליים של ליטיגציה זו שאינם נדרשים לענייננו (בפועל עלתה התביעה לאכיפה רק בערעור). לפירוט ראו E. Allan Farnsworth, *Legal Remedies for Breach of Contract*, 70 COLUM. L. REV. 1145 (1970); Daniel A. Farber, *Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract*, 66 VA. L. REV. 1443 (1980) למתודולוגיה של רקונסטרוקציה עובדתית תוך כדי דליית טיעונים משלבים פרוצדורליים שונים לצרכים פדגוגיים ראו Debora L. Thredy, *Legal Archaeology: Excavating Cases, Reconstructing Context*, 80 TUL. L. REV. 1197 (2005–2006).

158 פרוצדורלית, המקרה היה מורכב יותר. כתביעתם המקורית תבעו התובעים פיצויים בשיעור המחיר שגרלנד לא שילמה עבור שיקום הקרקע. רק משתבעתם נדחתה והם זכו בשווי ההפסד שנגרם להם מן הפרה (300 דולר, כאמור) הם תבעו אכיפה (specific performance), ובשלב זה נדחתה תביעתם מחמת מעשה בית דין.

דולר; ברור איפה שהנכס ייסחר במחיר מוסכם שבין שני השוויים האמורים, באופן שהתובעים (הנפגעים) ינכסו לעצמם ערך עודף על התמורה החוזית, על חשבון המפירים; הנפגעים יהיו אז בעמדה הטכנית שהניתוח הכלכלי של המשפט מכנה "עמדת הסחטן".¹⁵⁹ שיקולי עשיית עושר ולא במשפט אינם בהכרח חד-כיווניים: במקרה של פיביהאוס אפשר לטעון שהיות שגרלנד הפנימה את עלות עבודות השיקום לתוך התמורה החוזית שהסכימה לשלם לפיביהאוס בשלב המשא ומתן, הרי שבעקבות דחיית התביעה לאכיפת החוזה דווקא גרלנד היא המתעשרת שלא כדין על חשבון פיביהאוס. לולא כלל החוזה את הסעיף של שיקום הקרקע, ייתכן שדמי החכירה שגרלנד היו משלמים לפיביהאוס היו גבוהים יותר. היות שמדובר בשחקן חוזר (גרלנד) שהתחייבות כזו היא חלק שגרתית מפעילותו (אף שכנראה לא בכל מקרה יוכל ליהנות מהפרשי ולואציה נסיבתיים כה גבוהים), הרי שיש רגליים למחשבה כי "תרגיל" משפטי כזה של מתן התחייבות חוזית לשיקום הקרקע כחלק מתמחור דמי החכירה ex ante, מתוך כוונה מראש להתנגד לאכיפת החיוב ex post, הוא חלק מן המודל העסקי שלה.¹⁶⁰

אף שבשני פסקי הדין הללו נראה ש"הסיפור שמאחורי הסיפור" אינו יעילות כלכלית דווקא אלא מניעת עשיית עושר ולא במשפט של הנפגע על חשבון המפר, הרי שפסקי הדין הם שונים: בעניין *Peevyhouse* נדחתה תביעת האכיפה בלי שנבחנה האפשרות לביצוע בקירוב על דרך של אספקת קרקע חלופית (בדומה לפסק הדין בעניין ביסאן), ואילו בעניין דוד העדיף בית המשפט לקיים ככל הניתן את החוזה על דרך של ריפוי חלופי. ניתן להסביר זאת בנסיבות השונות, אך גם בערכים החברתיים השונים שבית המשפט מבטא: בעניין *Peevyhouse* החוזה היה מסוג one-shot, אינטראקציה חד-פעמית בין צדדים שהדעת נותנת ששוב לא ייפגשו לעולם. לפיכך לא ראה בית המשפט אינטרס חשוב, המשכי וצופה פני עתיד בשיקום יחסי האמון ושיתוף הפעולה ביניהם. בעניין דוד הצדדים הם, בפוטנציה, שחקנים חוזרים: על אף הסכסוך ביניהם שניהם חברים באותה קהילה של אספקה וצריכה של חומרי גלם חקלאיים, באותו אזור גאוגרפי. המפר עצמו ביטא את הערך שבשיתוף פעולה בהצעתו לרפא את החוזה בפועל ולא רק לשאת בעלות של ביצוע תחליפי.¹⁶¹ לסיום: אף שדוקטרינות הריפוי החלופי והביצוע בקירוב התפתחו בלא תלות זו בזו ומופעלות בסיטואציות שונות ובידי שחקנים שונים (המפר ביחס לראשונה והנפגע ביחס

159 Scott Altman, *A Patchwork Theory of Blackmail*, 141/5 PENN. L. REV. 1639, 1639–1641 (1993); Douglas H. Ginsburg & Paul Schechtman, *Blackmail: An Economic Analysis of the Law*, 141 U. PA. L. REV. 1849, 1849–1850 (1992); Russell Hardin, *Blackmailing for Mutual Good*, 141 U. PA. L. REV. 1787, 1791–1792 (1992); Steven Shavell, *Economic Analysis of Threats and Their Illegality: Blackmail, Extortion, and Robbery*, 141 U. PA. L. REV. 1877, 1877 (1992); Richard A. Posner, *Blackmail, Privacy, and Freedom of Contract*, 141 U. PA. L. REV. 1817, 1817–1820 (1992).

160 נראה שפסק דין זה הוא היחיד שזכה שבלדה שנכתבה על אודותיו תפרסם בכתב עת משפטי. ראו Judith L. Maute, *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co. Revisited: The Ballad of Willie and Lucille*, 89 NW. U. L. REV. 1341 (1994–1995).

161 זה אומנם מתבקש: תשלום פיצוי במקום ריפוי בעין היה גורם לנפגע לרכוש את האדמה ממתחרה של המפר.

לאחרונה), הרי שהן קרובות משפחה. בתחילת מאמר זה פתחתי בהבהרה, שאף שהעיקרון הריפויי מנוסח במשפט בעיקר על דרך של זכותו של המפר לרכך את התוצאות המזיקות של הפרתו, הרי שהעיקרון עצמו מבטא סט של ערכים יחסתיים בדיני החוזים שניתן לקדםם וליישמם בדרכים שונות. תכלית תת־פרק זה הייתה למקם את הריפוי בהקשר נורמטיבי יחסתי רחב יותר אגב הבהרת הקוהרנטיות הדוקטרינרית והנורמטיבית שבינו ובין דוקטרינות יחסתיות מודרניות השואבות את תוקפן ואת האטרקטיביות שלהן מאותם ערכים מכוננים.

ד. היחס בין הזכות לריפוי ההפרה לזכות לביטול החוזה בשל הפרתו

1. ריפוי וביטול: מודלים של יחסים

ריפוי חוזה לאחר הפרתו וביטול החוזה בגין הפרתו הם פעולות סותרות שהאפקטים שלהן הפוכים זה לזה. על כן הזכויות המבססות אותן מתנגשות גם הן. ואכן סוגיה שנדונה בפירוש בפסיקה ובספרות האקדמית בהקשר הריפוי היא שאלת היחס בין זכותו של המפר לרפא את ההפרה לזכותו (או כוחו) של הנפגע לבטל את החוזה, חלקית או במלואו, בגין אותה הפרה. הן בתאוריה והן במשפט המשווה ניתן לזהות מודלים אפשריים של יחסים בין ריפוי לביטול (המודלים אינם מוציאים בהכרח זה את זה):

המודל האוטונומי. לפי מודל זה הזכות לריפוי ההפרה והזכות לביטול החוזה בשל אותה הפרה אינן תלויות זו בזו. אין ביניהן הייררכייה א־פריוורית, ואין התייחסות *ex ante* ליחסים הנורמטיביים בין ריפוי לביטול. במקרה של התנגשות בין שתי הפעולות, ההכרעה נותרת בכל מקרה לגופו תוך כדי היעזרות במבחני עזר, כגון תום לב ומבחן מונע הנזק היעיל.

נראה שהמודל האוטונומי הוא הרצוי פחות, באשר הוא אינו מספק פתרון נורמטיבי ליחסים בין האינטרס בריפוי החוזה לאינטרס בביטולו, ובהיעדר פתרון שכזה יחול מרוץ זמנים אד הוק בין המרפא למבטל, והפעולה האופרטיבית הקובעת תהיה לכאורה הראשונה בזמן שהושלמה (ה"לכאורה" כאן נובע ממגבלות החובה לפעול בתום לב, העשויה להגביל את כוחו של הנפגע לבטל חוזה העומד בבירור בפני ריפוי, או אף תוך כדי הריפוי).¹⁶²

162 כמו במשפט הישראלי, המשפט האנגלי מתייחס לזכות לביטול כזכות אוטונומית שאינה מותנית במתן אפשרות לריפוי ההפרה, בחריגים מסוימים הנטועים בעיקרם בדיני היושר (equity) שהמפר עשוי לזכות בהם לפי שיקול דעתו של בית המשפט ובמצבים נדירים יחסית. ראו *Buckland v. Bournemouth* University Higher Education Corp., [2010] EWCA Civ. 121 (CA) לסקירה כללית של עמדת המשפט האנגלי בנידון וכן לחריגים הספורים למודל הזכות האוטונומית ראו המקורות המצוטטים לעיל בה"ש 29–33.

המודל המוחלט. לפי מודל זה הזכות לריפוי ההפרה חלה בכל הפרה, יסודית כלא יסודית, אם נשלחה הודעת ביטול כדין ואם לא.¹⁶³

עקרונות UNIDROIT וכן ה־CESL נוקטים את גישת הזכות המוחלטת. כשמוצע ריפוי, הרי שבהינתן אפקטיביות הריפוי המוצע ובהיעדר אינטרס לגיטימי לנפגע לסרב לריפוי – הזכות לריפוי גוברת על הזכות לביטול החוזה, והיא חלה אף אם הודעת ביטול כדין כבר ניתנה.¹⁶⁴ זאת, בניגוד להוראת סעיף 48 לחוק המכר הבין־לאומי, המתנה את הזכות לריפוי בכך שהחוזה לא (או טרם) בוטל כדין. עקרונות ה־UNIDROIT קובעים כי “The right to cure is not precluded by notice of termination”¹⁶⁵ וה־CESL נוקט לשון דומה.¹⁶⁶ השלכות הריפוי יחולו לפיכך אף אם החוזה בוטל כדין. בהינתן הודעת ריפוי אפקטיבית הביטול יושעה. תוקף הביטול יישלל – רטרואקטיבית – עם ריפוי ההפרה בפועל. כדברי ה־Official Comment:

If the aggrieved party has rightfully terminated the contract ... the effects of termination... are also suspended by an effective notice of cure. If the non-performance is cured, the notice of termination is inoperative.¹⁶⁷

הודעת ריפוי על ידי המפר משעה את התרופות העומדות לנפגע ככל שאינן קונסיסטנטיות עם הריפוי (כגון ביטול החוזה, חילוט בטוחות, פיצויים מוסכמים וכו'), עד חלוף תקופת הריפוי, שאז הזכות לריפוי פוקעת והנפגע זכאי לשוב ולהיזקק לתרופות אלה. הזכות המוחלטת לריפוי מאוזנת במידת מה בשלושה: 1. בכך שעל הריפוי להיות מידי, או למצער מהיר (promptly); 2. בהשעיית חיובי הנפגע בתקופת הריפוי; 3. בשמירת זכות הנפגע לפיצויים על כל נזק שיורי, כולל נזקים שגרמה פעולת הריפוי עצמה.¹⁶⁸

¹⁶³ זו הייתה עמדת המשלחת הגרמנית בדיוני UNCITRAL, שלא התקבלה בסופו של עניין. ראו PETER SCHLECHTRIEM, UNIFORM SALES LAW – THE UN-CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 76–77 (1986).

¹⁶⁴ Effect of a notice of termination: “If the aggrieved party has rightfully terminated the contract... the effects of termination... are also suspended by an effective notice of cure. If the non-performance is cured, the notice of termination is inoperative. On the other hand, termination takes effect if the time for cure has expired and any fundamental non-performance has not been cured”

¹⁶⁵ UNIDROIT Principles Art. 7.1.4(2).

¹⁶⁶ ס' 109(3): “An offer to cure is not precluded by notice of termination”. היות שהצעה לריפוי אפקטיבי מחייבת את הנפגע לקבלה, mutatis mutandis, הרי שהבדלים בין הוראות UNIDROIT ל־CESL בהקשר זה הם ניסוחיים בלבד.

¹⁶⁷ Comment to Article 7.1.4 (Cure by non-performing party), <https://did.li/e99aa>

¹⁶⁸ “[E]ven a non-performing party who successfully cures is liable for any harm that, before cure, was occasioned by the non-performance, as well as for any additional harm caused by the cure itself or by the delay or for any harm which the cure does not prevent”; THE UNIDROIT PRINCIPLES IN PRACTICE: CASELAW AND BIBLIOGRAPHY ON THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (Michael Joachim Bonell ed., 2nd ed., 2004)

מודל הריפוי המותנה. לפי מודל זה הזכות לריפוי החוזה מותנית בכך שהחוזה לא בוטל, אך הזכות לביטול עצמה היא אוטונומית. אם החוזה טרם בוטל, תעמוד למפר זכות לריפוי החוזה. הנפגע אינו רשאי לסרב לקבלת ריפוי אלא באמצעות ביטול החוזה. חוזה שבוטל אי אפשר לרפא, וחוזה שרופא אי אפשר לבטל. מרגע שהחוזה בוטל כדין, אבדה גם הזכות לריפוי: "No right to cure survived avoidance of the contract by the buyer".¹⁶⁹ זהו המודל שנוקט חוק המכר הבינ-לאומי, שסעיף 48 שבו, המעניק למוכר המפר זכות לריפוי, מסייגה בכפיפות לסעיף 49 המעניק לקונה זכות אוטונומית לביטול החוזה בשל: 1. הפרה יסודית; 2. הפרה לא יסודית של אי-מסירה בתנאי nachfrist (אך לא אי-התאמה בלתי יסודית, שאינה מקנה זכות לביטול). יתר על כן, סעיף 48 מרחיב את סיוג כוח הביטול לא רק למצבי ריפוי בפועל אלא גם למצב שבו המפר מודיע לנפגע על כוונתו לרפא, והנפגע אינו מתייחס להודעה בתוך זמן סביר.¹⁷⁰

קביעת המודל הראוי ליחסים שבין הזכות לביטול החוזה לזכות לריפוי ההפרה עמדה במחלוקת בוועדה המכינה של ה-CISG.¹⁷¹ על פי המודל שנבחר, לנפגע מהפרה יסודית עומדת זכות אוטונומית לביטול החוזה בתוך זמן סביר,¹⁷² וזכותו לסרב לקבל ריפוי כלשהו. עם זאת הצעתו של המפר לרפא, אם היא אינה זוכה לתגובת הנפגע, יוצרת מניעות בפני הנפגע לבטל את החוזה (או לנקוט כל צעד אחר שאינו מתיישב עם הביטול) למשך תקופת ריפוי סבירה.¹⁷³ המודל שנבחר מבטא אפוא הן את הזכות האוטונומית לביטול חוזה והן את המודל המותנה באשר לריפוי.¹⁷⁴

169 Ziegel, לעיל ה"ש 3 בעמ' 9-21. זוהי גם עמדתו הפרשנית של SCHLECHTRIEM, לעיל ה"ש 163.
170 ס' 48(ב)-(ג) לחוק. כנראה שאין לראות את הודעת הריפוי כהצעה למודיפיקציה של החוזה (היות שאי-תגובה להצעה אינה נחשבת לקיבול, ס' 18(א)). אך ראו Yovel, *The Seller's Right*, לעיל ה"ש 91.

171 Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 10 March-11 April 1980, A/CONF. 97/19 (United Nations publication, Sales No. E.81.IV.3) at 40 et seq. (להלן: דיוני הוועדה המנסחת).

172 ס' 49, 64 לחוק המכר הבינ-לאומי.
173 פרשנות זו עולה בקנה אחד עם הפסיקה. ראו Italy 24 November 1989 Court of First Instance Parma (Foliopack v. Daniplast), CLOUT case No. 90; Germany 17 September 1991 Oberlandesgericht [Appellate Court] Frankfurt, CLOUT case No. 2; Germany 1 February 1995 Oberlandesgericht [Appellate Court] Oldenburg, CLOUT case No. 165; Germany 25 June 1997 Bundesgerichtshof [Supreme Court], CLOUT case No. 235; ICC Arbitration Case Germany, 24 September 1998 Landgericht No. 7531 of 1994, CLOUT case No. 304 [District Court] Regensburg. ראו גם בדיוני הוועדה המנסחת, לעיל ה"ש 171, בעמ' 41. כמה פורומים אכן התבטאו בזכות המודל המותנה אף במקרים של הפרה יסודית, אך זאת כהערת אגב בנוגע לדין רצוי. ראו למשל Switzerland 27 April 1992 District Court Locarno Campagna [seller]: "offered to repair the defect: [buyer] should have accepted this proposal, instead of seeking avoidance of her contract with the [seller]"

174 לשיטת המלומד Honnold, היות שהזכות לריפוי ההפרה ספציפית יותר מהזכות הכללית לבטל את החוזה בגין הפרתו, תגבר הראשונה על השנייה במקרי התנגשות, דבר שבפועל מיישם אז את המודל המוחלט. ראו JOHN HONNOLD, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION 320-321 (3rd ed., 1999). בכל הכבוד, הריני חולק על קביעה זו.

יש לציין שהזכות לביטול החוזה בחוק המכר הבינ-לאומי מצומצמת בהרבה מזו המוכרת מסעיף 7 לחוק התרופות, בסייג אחד: חוק המכר הבינ-לאומי מייחד את זכות הביטול להפרות יסודיות בלבד (סעיף 49 לחוק). הסייג הוא איחור לא יסודי בקיום סעיף 49(א)(2), שבאשר אליו, כמו בסעיף 7(ב) רישא לחוק התרופות, רשאי הנפגע לקבוע תקופת ריפוי. ביטול החוזה יתאפשר אם התקופה שנקצבה חלפה וההפרה לא רופאה בתוך זמן סביר.

המצב שונה לגמרי כאשר הריפוי הוא של אי-התאמה לפני חלוף המועד המוסכם לביצוע החיוב. במקרה כזה עומדת למוכר זכות לרפא כל אי-התאמה, אף אם היא יסודית.¹⁷⁵ הוראה זו היא ללא ספק קונקרטיזציה של חובת תום הלב של הנפגע כלפי המפר, אף שלא במונחים אלה היא נתפסה בדיוני הוועדה המנסחת.¹⁷⁶ קונה שימנע מהמוכר לרפא אי-התאמה לפני חלוף המועד לקיום דוחק בזאת את המוכר למצב של הפרה וחשיפה לסעדים שהמוכר עשוי להימנע ממנו באמצעות ריפוי. הוראה זו עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 17 לחוק החוזים (תרופות), שלפיה צד לחוזה זכאי לתרופות – כולל ביטול החוזה – גם במצבי הפרה צפויה כאשר "גילה צד לחוזה את דעתו שלא יקיים את החוזה, או שנסתבר מנסיבות העניין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו", כלומר בענייננו – רק כאשר המפר אינו מעונין או אינו מסוגל לרפא את אי-ההתאמה. לפיכך סעיף 17 אינו מזכה את הנפגע בסעדים (כולל בזכות לביטול) במצב שבו המפר "רוצה ומסוגל" לרפא את ההפרה הצפויה, ואפילו היא הפרה יסודית. בניגוד לסיוג הזכות לריפוי שפתח בסעיף 48 לחוק המכר הבינ-לאומי בכך שהחוזה עדיין לא בוטל, סעיפים 17 לחוק החוזים (תרופות) ו-37 לחוק המכר הבינ-לאומי מתבססים אפוא על המודל המוחלט, אך במגבלת זמן: עד שההפרה הצפויה תהפוך להפרה בפועל, זכותו של המפר בכוח אשר "רוצה ומסוגל" לרפא את החוזה היא מוחלטת ואינה תלויה בכל פעולה, הסכמה או הסתייגות של הנפגע. נוסף על זה, סעיף 72 לחוק המכר הבינ-לאומי מבהיר שאפילו במקרי הפרה יסודית צפויה זכאי הנפגע לבטל את החוזה רק כאשר "ברור שאחד הצדדים יפר את החוזה הפרה יסודית", כלומר רק במקרים שבהם ברור כי לא יתבצע ריפוי של ההפרה.

ריפוי הוא אכן פעולה ספציפית יותר מהפרת חוזה ככלל, במובן זה שכל מקרי הריפוי בעולם הם קבוצה חלקית של קבוצת כל הפרות בעולם. אך היות שביטול החוזה נשמר בדרך כלל למצבי הפרה יסודית (ואף לא לכולם, בשל מגבלת הביטול בתוך זמן סביר בלבד), ואילו ריפוי החוזה הוא זכות החלה על הפרות כלשהן, יסודיות כלא יסודיות, הרי שאין יחס של חלקיות בין קבוצת כל הריפויים (בכוח) לקבוצת כל הביטולים (בכוח), אלא חפיפה חלקית בלבד, בלא תלות הדדית. ההנחה שקבוצת כל הריפויים בעולם היא באופן חד-ערכי קבוצה חלקית של קבוצת כל הביטולים בעולם היא למעשה הנחת המבוקש.

175 ס' 37 לחוק המכר הבינ-לאומי קובע: מסר המוכר טובין לפני מועד המסירה, הוא זכאי, עד לאותו מועד, למסור כל חלק חסר או להשלים כל חסר בכמות הטובין שנמסרו, או למסור טובין כתחליף לכל טובין לא תואמים שנמסרו, או לרפא כל חוסר התאמה בטובין שנמסרו, ובלבד שמימוש זכות זו לא יגרום לקונה אי-נוחות בלתי סבירה, או הוצאה בלתי סבירה; ואולם לקונה נשמרת כל זכות לתבוע פיצויים לפי הוראות אמנה זו.

Edgardo Muñoz, CISG-AC Opinion No. 20, Hardship under the CISG (2020), 176 http://cisgac.com/file/repository/Opinion_No_20_CISG_and_Hardship_Official_.pdf

ה-PECL, עקרונות דיני החוזים האירופיים החלים על חוזים בכלל ולא רק על חוזים בין-לאומיים או על חוזי מכר, מעניקים את הזכות לריפוי כל הפרה, ובלבד שהאיחור בביצוע עצמו לא יהווה הפרה יסודית.¹⁷⁷ נוסף על זה, הנפגע מאבד את זכותו לבטל את החוזה אם ידע, או שיש לו טעם לדעת, שבכוונת המפר לרפא בתוך זמן סביר, והנפגע, בחוסר סבירות, אינו מודיע למפר שבכוונתו לסרב לקבלת הריפוי. במקרה כזה הריפוי בפועל, אם יתבצע בתוך זמן סביר, יגבר על הודעת ביטול, והנפגע יאבד את זכותו לבטל את החוזה.¹⁷⁸ היינו, המודל האוטונומי חל כשמדובר בביטול, ומודל הריפוי המותנה – כשמדובר בריפוי. הזכות לביטול החוזה בשל הפרה יסודית אינה מותנית במתן הזדמנות לריפוי, והזכות לריפוי מותנית בכך שהחוזה טרם בוטל.¹⁷⁹

מודל הביטול המותנה. מודל זה מתנה את הזכות לביטול החוזה במתן הזדמנות מקדימה לריפוי אלא אם המפר הודיע שאינו מעוניין או אינו מסוגל לכך.

על פי ה-Code Civil הצרפתי, שפרק החוזים והתרופות בו עבר רבייה ניכרת בשנת 2016, הודעת הביטול מטעם הנפגע למפר מותנית בהתרעה מוקדמת למפר, *mise en demeure*.¹⁸⁰ בהקשר הביטול ההתרעה היא למעשה דרישה לריפוי שרק בהיעדרו או בכישלונו ייכנס הביטול לתוקף.

גם הקוד האזרחי הגרמני, BGB, נוקט את מודל הביטול המותנה:

If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, *if he has specified, without result, an additional period for performance or cure*.¹⁸¹

הסייגים לכך, שבהם זכאי הנפגע לתת הודעת ביטול אפקטיבית מיידית, הם אלה: 1. אם המפר מסרב לרפא; 2. אם מועד הביצוע הוא בעל חשיבות מהותית שהובאה לידיעת המפר; 3. קיום נסיבות מיוחדות אשר בשים לב לאינטרסים של שני הצדדים מצדיקים ביטול מיידית.¹⁸² רעיון מעניין שהתקבל עקרונית בפסיקה גרמנית הוא שעצם הנכונות (וכן היכולת) לבצע ריפוי של ההפרה עשוי לנטרל את יסודיות ההפרה ולהפוך הפרה יסודית ללא יסודית.¹⁸³ כלומר, עובר לריפוי כוחו של הנפגע לבטל את החוזה מתגבש רק בהיעדר נכונות או יכולת של המפר להציע ריפוי אפקטיבי. זו הייררכיה שונה מזו המוכרת מסעיף 48 לחוק המכר הבין-לאומי, שלפיה כוחו של הנפגע לרפא במצבי הפרה יסודית אינו מותנה

PECL 8:104 177

PECL 9:303(b) 178

179 היות שעם כל חשיבותם כמקור אקדמי, ה-PECL, בניגוד ל-CISG, אינם דבר חקיקה, לא ראיתי להרחיב כאן בניתוח יותר מציון היחס הבסיסי בין שתי הפעולות. להרחבה ולניתוח אנליטי של הוראות ה-PECL בעניין ראו https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl.

Code civil Art. 1225 (10 Fevrier, 2016) 180

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) §323 (ההדגשה הוספה). 181

שם; לנוסח הסעיף המלא ראו בנספח ב למאמר זה. 182

CLOUT case No. 282, Germany 31 January 1997 Oberlandesgericht Koblenz, 183
<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&JN=V9990375>

בנכונותו או ביכולתו של המפר לרפא אלא רק בכך שהנפגע לא ביטל את החוזה לפני כן (מודל הריפוי המותנה).¹⁸⁴

בניכוי שיקולי הצדק, סעיף 7(ב) לחוק התרופות נוקט את מודל הביטול המותנה: כשהפרה אינה יסודית, ביטול החוזה מותנה בקציבת תקופה סבירה למפר לרפא את הפרתו. הזכות לביטול החוזה שבסעיף 7(א) היא זכות אוטונומית. בביטול בשל הפרה יסודית המשפט הישראלי אינו דורש תקופת חסד (Grace), ופורמלית ניתן לבטל את החוזה – שוב, במגבלות תום הלב – ללא כל התחשבות ברצונו של המפר לרפא. עם זאת בעניין ג.מ.ח.ל האמור הכיר בית המשפט בכך "שבמקרים מסוימים, ריפוי ההפרה מוליד מגבלות ולעיתים אף מגבלות ניכרות על ביטול החוזה".¹⁸⁵ במה דברים אמורים, בריפוי בפועל – שהתבצע בין דה-יורה, בזכות (כגון על פי סעיף 4(ב) לחוק המכר דירות), ובין דה-פקטו, בפועל, אף ללא זכות מפורשת בדין.

לדעת, מודל הריפוי המוחלט של עקרונות UNIDROIT הוא מופרז ואינו משתלב בדין הישראלי הקיים. המעבר מזכות ביטול אוטונומית לזכות ריפוי מוחלטת הוא חד מדי. הפתרון המתבקש הוא לאמץ את מודל הריפוי המותנה שכבר קיים במשפט הישראלי בסעיף 48 לחוק המכר הבין-לאומי, בהדגשת חובת תום הלב של הנפגע שלא לבטל את החוזה בשל הפרה יסודית במצב שבו מוצע לו ריפוי אפקטיבי שאין בו משום גרימת עוול או הפסד ביחס להקצאת הערכים החוזית המקורית.

אלא שכאן נדרשת התאמה חשובה. לא חוק המכר הבין-לאומי ולא אף אחד מדברי החקיקה האחרים שנסקרו כאן מאפשרים דוקטרינת nachfrist כה רחבה כסעיף 7(ב) לחוק התרופות, המאפשר את ביטול החוזה בשל הפרה לא יסודית כלשהי (במגבלות שיקולי צדק). אימוץ דוקטרינת הריפוי המותנה אפשרית וראויה רק אם יבוא בצידה צמצום כוחו של המפר לבטל את החוזה בשל הפרות לא יסודיות, שאם לא כן, הזכות המותנית לריפוי חלשה מדי, חלשה בהרבה מאשר במשטר ה-PECL או ה-CISG. המאמר עובר אפוא לבחינת צעד נחוץ זה – שיש לו גם נימוקים עצמאיים, המפורטים להלן – ואשר בלעדיו האטרקטיביות של המודל המותנה נחלשת בהרבה.

2. הזכות לריפוי החוזה כחלק ממהלך יחסותי כולל: צמצום כוחו של הנפגע לביטול החוזה בשל הפרה לא יסודית

ביטול החוזה הוא הפעולה הרדיקלית ביותר שהצד הנפגע יכול לנקוט בתגובה להפרת החוזה: הביטול מפקיע כל חיוב חוזי עתידי, למעט תניות של חיובים משניים שבשל אופיין הן הופכות אפקטיביות דווקא במקרה של הפרה, כפיצויים מוסכמים או סעיפי יישוב סכסוכים או התחייבויות של צד שהצד השני הסתמך עליהן בביצוע חלקו בחוזה, כהתחייבות לא להשתמש במידע פררוגטיבי שצד לחוזה נחשף אליו במהלך החוזה ולא

184 במקרה של Folio-pack v. Daniplast קבע בית משפט איטלקי כי לפי ה-CISG, הודעת ביטול תקפה גוברת על את הזכות לריפוי ההפרה ומאינת אותה (24 November 1989 Court of First Instance) (Parma).

185 עניין ג.מ.ח.ל, לעיל ה"ש 112, בעמ' 41.

להעבירו לצד ג.¹⁸⁶ אומנם הפסיקה גרסה שצדדים לחוזה שבוטל אינם חוזרים למעמד של זרות חוזית טוטאלית – חובות תום הלב, לדוגמה, ממשיכות לחול על יחסיהם הבר-חוזיים – אך לא החוזה הוא שקובע את יחסיהם העתידיים, בסייג החובים המשניים שצוין, אלא חובות מן הדין.

אחד המאפיינים של דיני החוזים הישראליים הקיימים הוא המהירות שבה צד נפגע מגיע לברירת ביטול החוזה. למעשה, יש שצד נאלץ לבטל את החוזה לא בהכרח מן הטעם שרצונו באינן כל חיוב חוזי עתידי אלא כדי שלא יאלץ לקיים את חיוביו שלו כלפי הצד המפר בתנאים של סיכון מוגבר.¹⁸⁷ יש להפריד בין שתי בעיות:

1. הנפגע מבטל חוזה בשל הפרה לא יסודית מטעמים קוניונקטורליים.
2. הנפגע נדחף מהר מדי לבטל חוזה גם בשל הפרה לא יסודית בשל היעדר פתרונות ביניים.

הגישה היחסותית לחוזים אינה מתנגדת כמובן לקיומה של זכות (וליתר דיוק, כוח) הביטול. אך היא מבקשת, מחד גיסא להציע לצד הנפגע צעדים רדיקליים פחות כדי לשמר את ענייניו החוזיים ולהגן עליהם בלי לנתק את המסגרת החוזית – כהשעיית חיוב והפחתת מחיר חד-צדדית – ומאידך גיסא לאפשר לצד המפר לרפא פגמים באופן ש"יציל" אותו מביטול החוזה וזאת ללא השתת עלות לא מוצדקת על הצד הנפגע. מכשירים אלו מקורם בדיני המכר, ואכן בחלקם הם מופיעים בחוק המכר ובחוק המכר הבין-לאומי, כמו גם בדיני מכר זרים. ה-PECL האירופי, שהוא מסמך אקדמי, מרחיב את תחולתם של מכשירים אלו לחוזים בדרך כלל, וגם הקודיפיקציה הישראלית מפגינה בהקשר זה תובנות יחסותיות מסוימות, כפי שאפרט להלן.

במשפט הישראלי הקיים אין הצד הנפגע מהפרה יסודית חייב במתן ארכה – grace – לצד המפר לצורך קיום החיוב המופר טרם שהחוזה יבוטל כולו או בחלקו. חיוב כזה קיים למשל בסעיף 1225 של ה-Code Civil הצרפתי.¹⁸⁸ בדין הצרפתי, אלא אם הצדדים הסכימו

¹⁸⁶ ראו ע"א 187/87 לוי נ' דויטש, פ"ד מג(3) 309, 318–320 (1989). מידע שהועבר אי אפשר "להשיב" במסגרת חובת ההשבה של ס' 9 לחוק התרופות, ולכן חיובים בענייניו ימשיכו לחול גם לאחר ביטול החוזה. יצוין כי הדין הישראלי הכללי, כמו גם הצעת הקודיפיקציה, אינם מורים מהן התוצאות האפקטיביות של ביטול חוזה בשל הפרתו. דוגמה להוראות מפורטות כאלה קיימת בס' 1230 ל-Code civil הצרפתי (10 פברואר, 2016): "La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence" (ביטול אינו משפיע על סעיפי החוזה המתייחסים ליישוב סכסוכים, ולא על אלו שנועדו לפעול גם לאחר ביטול החוזה, כגניית סודיות או אי-תחרות). בדין החרות הישראלי הוראות חלקיות קיימות בחוק המכר הבין-לאומי, ס' 81–84 לתוספת.

¹⁸⁷ זאת, במקרים שבהם החיובים אינם נתפסים כשלושים, שאז יחולו הוראות ס' 43 לחוק החוזים. חלק מהפגם האמור כאן ניתן לפתרון באמצעות פרשנות ליברלית הרואה חיובים חוזיים כשלושים בדרך כלל (עניין המסור לפרשנות לפי עקרון אומד דעת הצדדים). ראו ס' 23 לחוק המכר.

¹⁸⁸ הקוד האזרחי הצרפתי מכיר בשלושה ערוצים לביטול חוזה: פנייה לבית המשפט; מתן הודעת ביטול לפי התניה חוזית מראש (עם או בלי תקופת חסד); ביטול כסעד עצמי מן הדין. הערוץ השלישי מחייב תקופת חסד ומתן הזדמנות למפר לרפא את הפרתו, אם 1. הריפוי אפשרי; 2. המפר מעוניין בריפוי ההפרה. ראו Arts. 1224–1229, Code Civil (10 Février, 2016).

אחרת, ההודעה ששולח הנפגע למפר היא הודעת ביטול מותנית, כלומר למעשה דרישה לריפוי ההפרה, אשר רק משלא תבוצע, ייכנס הביטול לתוקף (ביטול מיידי כבסעיף 7(א) ניתן לדרוש במסגרת תביעה בבית משפט בלבד). המשמעות האופרטיבית של הסדר זה היא שהכלל הוא שלצד המפר ניתנת הזדמנות לריפוי ההפרה, בין שההפרה יסודית ובין שלא (הסעיף מפרט חריגים לכלל, כגון מצב שבו הריפוי בלתי אפשרי).

בעוד שהעיקרון הבסיסי בדין הישראלי הנו שכוח הביטול החוזי מותנה בהיות ההפרה הרלוונטית יסודית, סעיף 7(ב) לחוק התרופות – שהועתק כלשונו לסעיף 529(א) לחוק דיני ממונות, תוך תיקון מתבקש אחד¹⁸⁹ – מאפשר לבטל את החוזה גם בשל הפרה שאינה הפרה יסודית, בתנאי שניתנה למפר ארכה נאותה לצורך ריפוי ההפרה, והוא לא עשה כן. אנו מכירים מנגנון זה מן המשפט הגרמני,¹⁹⁰ שבו הענקת תקופת חסד למפר לשם ריפוי החוזה היא חלק מדוקטרינת ה־nachfrist¹⁹¹ (ה־Code Civil הצרפתי אינו מאפשר ביטול החוזה בשל הפרה לא יסודית).¹⁹² תכלית ה־nachfrist בהקשר זה היא לאפשר לצד הנפגע שאינו רוצה ליטול סיכון לביטול שלא כדין בשל היות ההפרה לא יסודית, לבצע מעין שדרוג של ההפרה הלא יסודית לכדי הפרה שבגינה ניתן לתת הודעת ביטול. בין לבין מקבל הצד המפר זמן נוסף לקיום החיוב שהופר, ואם ירפא את ההפרה בזמן זה, תפוג מאליה עילת הביטול והחוזה יינצל, כפוף לחבות אפשרית בפיצויים.

טענתי היא שהמנגנון בדין הישראלי מעניק לנפגע זכות ביטול רחבה מדי הסותרת את תכליתו הבסיסית. במגבלות הגנת הצדק של סעיף 7(ב) לחוק התרופות (כמו גם חובת תום הלב הכללית של הנפגע כלפי המפר), הדין הישראלי מאפשר ביטול החוזה בשל הפרה לא יסודית כלשהי, בתנאי שהמפר לא ירפא את ההפרה בתוך תקופת ארכה סבירה.¹⁹³ הנקודה היא שקיימות שתי קטגוריות של הפרות לא יסודיות: אלה שמטבען הופכות בתום תקופת הארכה להפרות יסודיות, ואלה שגם בתום תקופת הארכה נותרות בטבען הפרות לא יסודיות. באופן גס ניתן לומר שאיחור לא יסודי בביצוע יהפוך בשלב מסוים

189 ניסוח ס' 529(א) להצעת חוק דיני ממונות מתקן פגם בס' 7(א) לחוק התרופות בכך שהוא קובע כי על הארכה עצמה להיות סבירה: "הופר חוזה הפרה שאינה הפרה יסודית, זכאי הנפגע לבטל את החוזה, אחרי שנתן למפר ארכה סבירה לקיום החוזה והמפר לא קיים את החוזה בתוך הארכה".

BGB §326.

190 ראו Johannes Wertbruch, *Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllungsanspruch und den Rechten aus §326 BGB nach einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners*, 2/3 ARCHIV FÜR DIE CIVILISTISCHE PRAXIS 191, 197 (1993), <https://www.jstor.org/stable/40995537>.

192 כך גם לאחר הרביזיה המקיפה של 2016 שהוסיפה ערוץ של ביטול החוזה כסעד עצמי, להבדיל מהדוקטרינה הקודמת של ביטול בבית המשפט (ערוץ שעדיין קיים במקביל). ניתן לבטל חוזה בשל "אי־ביצוע חמור דיו (inexécution suffisamment grave)"; Code civil Art. 1224. אם המפר מתנגד לביטול, עול ההוכחה הוא על הנפגע להוכיח את "חומרת אי־הביצוע (gravité de l'inexécution)". מלבד במקרי דחיפות מיוחדים, הביטול האמור אפשרי רק לאחר מתן התרעה לפני ביטול (mise en demeure) ומתן תקופת ריפוי סבירה (délai raisonnable); שם, Art. 1226.

193 ליתר דיוק, ס' 7(ב) לחוק התרופות אינו קובע שעל הארכה להיות סבירה באורכה, ולמעשה אינו מתייחס לשאלת אורכה כלל, אלא שביטול החוזה אפקטיבי רק אם "החוזה לא קיים תוך זמן סביר לאחר מתן הארכה". בע"א 71/75 מרגליות נ' אברבנאל, פ"ד כט(2) 652 (1975) נקבע כי המשמעות האופרטיבית היא שעל הארכה להיות סבירה באורכה.

בהגדרה להפרה יסודית: מאיחור גרידא הוא הופך לכישלון תמורה, מ־*delayed tender* הוא הופך ל־*failure of tender*. אך אי־התאמה לא יסודית אינה הופכת בהכרח ליסודית רק בשל זמן שחלף. היא נותרת לא יסודית בטבעה. ייתכן שתזכה בפיצויים אם גרמה לנזק, או שתזכה בפיצויים מוסכמים, אך היא אינה צריכה להקים זכות לביטול החוזה. הנפגע צריך לחיות איתה ולמצוא מזור בתרופות רדיקליות פחות.¹⁹⁴

אדגים את הטענה מהתחום הבסיסי של דיני המכר, שהם עדיין מודל מקובל של עסקאות מסחריות. בעסקאות מכר ניתן להבחין הבחנה גסה ולא אקסלוסיבית בין שתי קטגוריות של הפרות מצד המוכר: 1. אי־התאמה (בטובין או במסמכים); 2. איחור במסירה – בין שמדובר בטובין ובין בשטרות קניין או במסמכים נלווים שהם אינהרנטיים לעסקה (כגון שטר מטען, תעודת מקור, פוליסת ביטוח, אישור יצוא, אישורי תקינה למיניהם וכו'). בנסיבות רגילות איחור גרידא במסירה או בתשלום לא יהווה בהכרח הפרה יסודית של העסקה כהגדרתה בסעיף 6, אף שבנסיבות מיוחדות מועד האספקה יכול להיות קריטי לעסקה (למשל סיטונאי שהזמין מטען של יין לפני החגים, שאז הביקוש לייך עולה בהרבה מבזמנים אחרים). איחור שמתארך ומתארך יקנה לקונה, בכפוף למגבלות חובת תום הלב של הקונה כלפי המוכר, זכות לביטול החוזה כי איחור מתמשך הופך בשלב מסוים לאי־מסירה ולכישלון תמורה.¹⁹⁵ זה כבר אינו איחור: זה אי־ביצוע.¹⁹⁶

לעומת זאת אי־התאמה לא יסודית (בטובין או במסמכים נלווים) לא תהפוך בהכרח להפרה יסודית רק בשל מעבר הזמן, ולו משום שלא רופאה בידי המוכר. נניח שהקונה גילה שמקצת מטען היין שנשלח אליו – או כולו – הוא מזן מרלו ולא קברנה סוביניון, כמוסכם בחוזה. ההפרה אינה בהכרח יסודית.¹⁹⁷ ייתכן שמחיר המרלו לצרכן נמוך מזה של הקברנה סוביניון, ולקונה ייגרמו אפוא נזקים במונחי התמורה (או במונחי הזדמנות, היות שהיה יכול לרכוש מרלו במחיר נמוך יותר *ex ante*); נזקים אלה יהוו עילה לתביעת פיצויים בגין הפרת חוזה (ובמקרה השני, עשיית עושר ולא במשפט). אבל אם אי־התאמה בזן היין הייתה לא יסודית באחד בינאר, היא לא תהפוך ליסודית בשלושים בינאר מטעם זה בלבד, והיא לא תהפוך ליסודית בשל סירוב המוכר לרפאה (או אי־יכולת או אי־כדאות).¹⁹⁸ כיוצא בזה בשירות. נניח שצ'פּע שגה בגוון שבו צבע נכס מסוים, או בנאי טעה במידות חדר שבנה. אם ההפרה יסודית (מוסכמת או מסתברת), הלקוח רשאי לבטל את החוזה

194 UCC האמריקאי אינו כולל דוקטרינת *Nachfrist* בנוגע להפרות לא יסודיות, אף שיש קולות לאמצה במסגרת כיוון כללי לעדכן את הקוד תוך כדי השפעה של ה־CISG (יש לכך כמובן גם מתנגדים רבים). ראו John C. Duncan, *Nachfrist Was Ist? Thinking Globally and Acting Locally: Considering Time Extension Principles of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Revising the Uniform Commercial Code*, 2000 BYU L. REV. 1363.

195 ע"א 7403/11 בשמא השקעות ומימון בע"מ נ' ניאגו, בעמ' 11 (נבו 13.8.2013).

196 אי־מסירה תהווה בדרך כלל הפרה יסודית גם כהפרה צפויה (ס' 17 לחוק התרופות). ראו שם, בעמ' 10.

197 בנוסף, ייתכן כי היבואן יכול לספק גם יין מזן זה לרשתות השיווק, כל עוד אין להבדל בין הזנים ביטוי באיכות, או במחיר, או פגיעה במוניטין. במקרה כזה, על פי מבחן ההתאמה הפונקציונלית שבס' 35 לחוק המכר הבין־לאומי, אין הפרת חוזה כלל.

198 אני מבקש להדגיש שזו אינה טענה שהתשובה לה היא "שיקולי צדק" של ס' 7(ב) לחוק התרופות. שיקולי צדק מסייגים שימוש בזכות. טענתי היא נגד ביסוס הזכות.

לאחר בכל אחד ממקרים אלו ולשלם עבור שווי העבודה שבוצעה במסגרת ההשבה מכוח סעיף 9 (שווי אינו זהה למחיר המוסכם או למחיר השוק; ייתכן שהשווי של עבודה שבוצעה בניגוד להתניה החוזית הוא אפס או אף שלילי עבור הנפגע שיצטרך לרפאה או להזמין שירות חלופי).¹⁹⁹ אך אם ההפרה בגוון אינה יסודית, היא לא תהפוך יסודית מטעם זה בלבד שהצבע לא ריפאה לאחר חלוף תקופה מסוימת (סבירה או לא). לכן אין הצדקה לביטול החוזה גם אם הצבע אינו מרפא את ההפרה.

ייחודו של המנגנון הישראלי בולט לעין כאשר משווים את סעיף 7(ב) להוראות מקבילות במשפט הישראלי ובמשפט המשווה. מנגנון דומה למשל קיים בחוק המכר הבין-לאומי:

49(א) הקונה זכאי להצהיר על ביטול החוזה –

(1) [במקרה של הפרה יסודית]

(2) במקרה של אי מסירה, אם המוכר לא מסר את הטובין בתוך התקופה הנוספת שקבע לו הקונה בהתאם לסעיף 47(א), או שהצהיר כי לא ימסר בתקופה שנקבעה לכך [ההדגשה הוספה].

היינו, הפרה לא יסודית אינה מקנה לקונה זכות לביטול החוזה גם אם ההפרה לא רופאה בידי המוכר אלא אם מדובר בהפרה של אי-מסירה, מן השיקולים שהוסברו לעיל.²⁰⁰ אומנם הדברים מובהקים בעיקר בחוזי מכר, אך גם ה-PECL מייחד את הזכות לביטול החוזה, בחריג אחד, להפרות יסודיות. סעיף 9:301:

(1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental.

גם ב-PECL קיים מנגנון Nachfrist, אך הוא אינו דומה לסעיף 7(ב) של חוק התרופות, ומוגבל, כמוצע כאן, לאיחור בביצוע בלבד:

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

199 ראו ע"א 430/79 בנישתי נ' ששון, פ"ד לה (2) 400 (1981), שם נקבע כי ערך שקיבלו הנפגעים שלא כביצוע חוזי אלא כערך חיצוני לחוזה לא ייכלל במסגרת ההשבה ההדדית מכוח ס' 9 לחוק התרופות. אודה שדעת המיעוט של השופט אלון באותו עניין נראית לי – היינו, שאם במסגרת ההפרה החוזית נמסר לנפגעים ערך אובייקטיבי, והם מבטלים את החוזה, יש להשיב ערך אובייקטיבי זה או לקזזו מן הערך שעל המפר להשיב מטעמי מניעת עשיית עושר ולא במשפט של הנפגע על חשבון המפר. אך ייתכן שההפרה לא יצרה עבור הנפגע ערך כלשהו, או שאף יצרה ערך שלילי (כגון שהעלות הכוללת של התיקון עולה על עלות הביצוע de novo), שאז כמוכר אין מה להשיב. ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 144, בעמ' 607–608.

200 הסדר כזה בהיפוך תפקידי הקונה והמוכר מצוי בס' 64 לחוק המכר הבין-לאומי.

the period stated is too short, the aggrieved party may terminate... only after a reasonable period from the time of the notice.²⁰¹

בשני המשטרים (CISG ו-PECL), שעוצבו על ידי ועדות מומחים משיטות משפט שונות והמייצגים גישות מעודכנות לדיני חוזים המבוססות על לקחים מהמציאות המסחרית, הנפגע אינו רשאי לבטל את החוזה מטעם של אי-התאמה שאינה עולה כדי הפרה יסודית. ה-CISG מגביל את ביטול החוזה בשל הפרה לא יסודית למצבי אי-מסירה של טובין (וכן של שטרי קניין, documents of title),²⁰² וה-PECL – לאיחור מתמשך בביצוע, היינו לקטגוריה של הפרות שהיעדר ריפויין אכן משדרג אותן להפרות יסודיות. גם הדין הצרפתי, על אף הרחבה ניכרת של הזכות לביטול החוזה בקוד האזרחי משנת 2016, מייחד את ביטול החוזה להפרות "רציניות דיין" (suffisamment grave).²⁰³ לעומת למשטרים אלה הדין הישראלי נותר ליברלי מדי בגישתו לביטול חוזה, ומאפשר את ביטול החוזה בהרבה יותר מקרים של הפרה לא יסודית.

נוסף על זה, דיני מכר שאינם מבוססים על דוקטרינה כעין זו של דוקטרינת ה-perfect tender של דיני המכר האמריקאיים,²⁰⁴ אינם מאפשרים לקונה לדחות טובין לא מתאימים ללא ביטול החוזה (rejection of goods).²⁰⁵ היכולת לדחות טובין מספקת אופציה נוספת לטיפול במצבי הפרה לא יסודית, ואף יסודית, המשמרת את המסגרת החוזית גם במצבי הפרה, ורדיקלית פחות מביטול החוזה (יצוין כי לואלין עצמו ציין את הסתייגותו מדוקטרינת הביצוע המושלם כאחד הטעמים להכנסת הריפוי לקוד המסחרי האמריקאי).²⁰⁶

3. nachfrist על סטרואידיים: הארכת תקופת הביטול ad infinitum?

במשפט הישראלי קיימת הלכה בעייתית שראשיתה בשנת 1976 ושהלכה והשתרשה במשך השנים, המאפשרת לנפגע להשתמש במעין "nachfrist על סטרואידיים" כדי לאפשר ביטול של חוזה בשל הפרה יסודית גם לאחר שחלף הזמן הסביר שקובע סעיף 8 לחוק התרופות

201 ס' 8:106(3) ל-PECL.

202 אי-מסירה של שטרי קניין ומסמכים אחרים שהם חיוניים לקבלת הטובין ולשליטה בהם כמוה, מבחינה אפקטיבית, כאי-מסירת הטובין, שעל כן יש לקרוא את ס' 49 האמור כחל על מסמכים כאלה גם כן. ראו גם ס' 26 לחוק המכר. ראו PETER SCHLECHTRIEM, UNIFORM SALES LAW: THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 77 (1986). ה-UCC מחיל הגדרה פתוחה ל-"documents of title". ראו UCC §1-201(15).

203 Code civil Art. 1224.

204 זו כשלעצמה ברכה. גם חוק המכר הבין-לאומי דוחה בנושא זה את הדוקטרינה האמריקאית ונוקט, ובצדק, מבחן של התאמה פונקציונלית. ראו ס' 35 לתוספת לחוק.

205 ראו למשל UCC §2-601. חוק המכר הישראלי מגדיר כמובן אי-התאמה ומסדיר את הזכאות להסתמך עליה, אך אינו מעניק לקונה זכות לסרב לקבל ממכר מחמת אי-התאמה, אלא אם יבטל את החוזה. ללא ביטול חוזה תרופות הקונה הן הפחתת מחיר (ס' 28 לחוק המכר. לדין ראו רע"א 7642/97 שטרית נ' נוסבאום, פ"ד נג(3) 516, 525 (1999) או התרופות החוזיות של אכיפה ו/או פיצויים. לדין עיוני ראו איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 183–256 (התש"ך).

206 Alan Schwartz, *Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory* 29–30 (1999), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10462.

למתן הודעת ביטול, ולכאורה לא ניתן עוד לבטל את החוזה כלל. על פי הדוקטרינה, שנקבעה לראשונה בפסק הדין בעניין **מרגליות**,²⁰⁷ אף לאחר שחלף הזמן הסביר למתן הודעת ביטול – באותו עניין חלפו חמש שנים ממועד ההפרה ועד למועד מתן הודעת הביטול – זכאי הנפגע לבטל את החוזה בתנאי שאז ייתן למפר ארכה סבירה לריפוי החוזה, והמפר לא יעשה כן. כדברי השופט ברנזון, משחלף "הזמן הסביר" למתן הודעת הביטול שבסעיף 8 לחוק התרופות, הנפגע יכול לחדש את זכות הביטול במתן ארכה נוספת: "עבר הזמן למתן הודעת-ביטול, יכול הנפגע לחדש את זכות הביטול שלו על-ידי מתן ארכה חדשה, וחוזר חלילה".²⁰⁸ השופט בך מפרש את הלכת **מרגליות** כקובעת כי "אין החוק מגביל את הנפגע מ'הפרה לא יסודית' בזמן... גם אחר עבור תקופת הארכה, יוכל לחדש את זכות הביטול שלו על-ידי מתן ארכה מחודשת".²⁰⁹

אף שהניסוח המילולי של סעיף 8 סיפא מאפשר פרשנות זו,²¹⁰ הוא אינו מחייב אותה, ולמעשה היא משובשת באופן יסודי. הלכה זו, בעיניי, היא ערעור לא רצוי של האיזון הבסיסי הקיים בדיני הביטול. ההסדר הראוי הוא זה שלפיו הנפגע זכאי לבטל את החוזה ולפטור עצמו מחיוביו על פיו, אם בשל הפרה יסודית ואם בשל הפרה לא יסודית "משודרגת", אך **ורק בתוך מסגרת זמן סבירה, הקשורת וניתנת לצפייה מראש**, וכך לאחר שחלפה יוכל המפר להסתמך על היותו של החוזה שריר וקיים ולא יבוטל עוד בגין אותה הפרה. מפר רשאי להסיק מכך שאם חלף המועד הסביר על פי סעיף 8 והנפגע לא ביטל את החוזה, הרי שהנפגע החליט שלא לבטלו. המפר יסתמך אז בדין על כך שהנפגע אינו מעוניין בויתור על החוזה.²¹¹ הלכת **מרגליות** מחזיקה את חרב דמוקלס של הביטול מעל ראשו של המפר לכאורה בלא הגבלה בזמן. היות שבביטול בשל הפרה יסודית עסקינן, המפר אף לא יוכל להתגונן בטענת שיקולי הצדק החלים במצב של הפרה לא יסודית. זאת ועוד, בסוגי עסקאות מסוימים סביר שכלל שהזמן שיחלוף מן ההפרה יהיה רב יותר, כך יכולתו של המפר לקיים תהפוך מורכבת ויקרה יותר, ומסתברת פחות, והביטול אפוא יגיע ממילא כברירת מחדל – זאת באיחור ניכר ובשל שיבוש איזון העלויות החוזי. הרי ברור שחוזה שדינו להתבטל אין טעם "למשוך" כך; דחיית הביטול רצויה רק אם במהלך התקופה נוצרת או נתמכת אפשרות ריאלית לריפוי ההפרה.

זו גם עמדתו של ידין: "תשובה חיובית [לשאלה אם הלכת **מרגליות** רצויה] נדמה שתיתן לנפגע יתרון בלתי מוצדק, באשר יוכל לחכות זמן רב, כמעט בלתי מוגבל, אחרי ההפרה

207 עניין **מרגליות**, לעיל ה"ש 193. לביסוס נוסף של ההלכה ראו גם רע"א 7956/99 **שיכון ופיתוח בע"מ נ' עיריית מעלה אדומים**, פ"ד נו"ד (5) 779 (2002). לסקירה מקיפה של התבססות ההלכה בפסיקה ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 116, בעמ' 679-693.

208 עניין **מרגליות**, לעיל ה"ש 193, בעמ' 657.

209 ע"א 464/81 **מפעלי שמיר נ' הוך**, פ"ד לז(3) 393, 406 (1983).

210 וזו לשון הסעיף בהדגשת הסיפא: "ביטול החוזה... במקרה האמור בסעיף 7(ב) ובכל מקרה אחר שהנפגע נתן למפר תחילה ארכה לקיום החוזה – [יהיה] **תוך זמן סביר לאחר שחלפה הארכה**". הסעיף אינו קובע בתוך כמה זמן יש לתת ארכה או מה יהיה ארכה, או כמה פעמים ניתן לתת ארכה.

211 בעניין **אבו זייד**, לעיל ה"ש 111, קובע השופט אנגלרד (בדעת יחיד) כי יש שאי-ביטול בתוך זמן סביר במצבי הפרה יסודית מוסכמת יגרום שההפרה תהפוך בדיעבד להפרה לא יסודית (המפר מוותר קונסטרוקטיבית על טענת היסודיות מעצם העובדה שלא ביטל את החוזה בתוך זמן סביר).

(הראשונה) עד למתן הארכה. אך גם תשובה שלילית אינה מספקת, באשר היא עשויה לדחוף את הנפגע לביטול החוזה בהקדם, שעה שהארכה היתה (אולי) מביאה לקיומו.²¹² הרישא של ההסתייגות מוצדק, אך חשש הסיפא – פחות. ראשית, גם הנפגע מהפרה לא יסודית רשאי, כמובן, להעניק למפר ארכה לריפוי ההפרה. שנית, על החשש – המוצדק לחלוטין – מדין ה"דוחף" את הנפגע לביטול החוזה מוקדם מדי יש לענות באמצעות פתרונות ביניים, כגון דחיית מועד קיום חיוב והפחתה חד-צדדית של התמורה החוזית, המאפשרים לנפגע להתגונן מפני השלכות ההפרה, הן הזמניות והן הקבועות, בלי לבטל את החוזה. הן הדין הקיים (חלקית), הן הקודיפיקציה והן חוק המכר הביין-לאומי מאפשרים צעדים כאלה.²¹³

נטען, שאחד הטעמים להלכה הוא הרצון להשוות את תנאי הביטול של הנפגע מהפרה יסודית לאלו של הנפגע מהפרה לא יסודית ולאפשר גם לראשון ליהנות ממנגנון nachfrist בדומה לאחרון. אך הניסיון להשוות את מצבו של הנפגע מהפרה יסודית לזה של הנפגע מהפרה לא יסודית שגוי, משני טעמים: **הטעם הראשון** הוא היתרונות שהדין מעניק לנפגע מהפרה יסודית ממילא: הזכות לביטול החוזה לאלתר, ללא מגבלה של תקופת חסד וללא חשיפה לטענת הגנה של שיקולי צדק המגבילים את כוחו של הנפגע מהפרה לא יסודית לבטל את החוזה. אומנם הוא כפוף לחובה לבטל את החוזה בתום לב, אך זו כאמור חובה כללית שאינה פוגעת בו במיוחד ביחס לנפגעים אחרים. לפיכך אין שום צורך, ושום הצדקה, להעניק לו יתרון נוסף על היתרונות הרבים שהדין כבר העניק, ובראשם הפטור מקביעת תקופת חסד כלשהי. יתר על כן, הנפגע מהפרה יסודית ממילא זכאי להתייחס אל ההפרה כאל הפרה לא יסודית מראש ולהעניק למפר תקופת ריפוי (אף שלא תחול עליו הדרישה שזו תהיה סבירה דווקא; כמו כן הביטול, אם יבוא, לא יהיה חשוף להגנת הצדק שהמבטל בגין הפרה לא יסודית חשוף לה). היוצא מכך הוא שהנפגע מהפרה יסודית זכאי לבחור איזה ערוץ ביטול לנקוט; הזכות לבחור בשניהם גם יחד במצטבר היא פגימה בקוהרנטיות של דיני הביטול, הנסמכת על תקלה ניסוחית,²¹⁴ על הטיה שיפוטית לטובתם של נפגעים ועל כמה מקרים, כגון עניין **מעלה אדומים**,²¹⁵ שבהם ניסה בית המשפט לתקן את מה שנראה לו

212 אורי ידין **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א** 87–89 (ג' טדסקי עורך התשל"ט). השופט בך דוחה עמדה זו במפורש (בדעת יחיד בעניין זה) בעניין **מפעלי שמיר**, לעיל ה"ש 209, בעמ' 404–409.

213 ראו ס' 446 לקודיפיקציה האזרחית, לעיל ה"ש 54; ס' 43 לחוק החוזים; ס' 28 לחוק המכר; יונתן יובל "קודיפיקציה חוזית בתחילת האלף השלישי: הקצאת סיכונים לעומת תיקוף של יחסים בחוק דיני ממונות" **משפט ועסקים** ד 241, 241–242 (2006).

214 השופט בך מצדיק את הלכת **מרגליות** בכך ש"ניתן להסיק דבר קיומה [של זכות הביטול המאוחרת] על סמך הנימוקים הבאים: מהמלים '...אולם במקרה האמור בסעיף 7(ב) ובכל מקרה אחר שהנפגע נתן למפר תחילה ארכה לקיום החוזה...". עניין **מפעלי שמיר**, לעיל ה"ש 209, בעמ' 405.

215 עניין **עיריית מעלה אדומים**, לעיל ה"ש 207. בפרשה זו הפרה עיריית מעלה אדומים את התחייבותה לשלם לשיכון ופיתוח עבור בניית מרכז מסחרי (הפרה יסודית). שיכון ופיתוח שלחה לעיריית מעלה אדומים הודעת ביטול לאחר חמש שנים ושלושה חודשים מיום ההפרה. הערכאות הראשונות קבעו כי הודעה זו הגיעה לאחר "הזמן הסביר" כדרישת ס' 8 לחוק התרופות ולפיכך מעלה אדומים חסינה בפני ביטול החוזה. בערעור לבית המשפט העליון טענה שיכון ופיתוח, בין השאר, כי היא רשאית "לחדש את זכות הביטול שלה, על-ידי מתן אורכה לעירייה לקיים את חיובה" (שם, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא). הנתון המרכזי שאותו בחן בית המשפט העליון הוא אם במהלך תקופת ההפרה ויתרה הנפגעת על זכות

כעוולה העולה מפסק הדין בערכאה דמטה – דוגמה נאה למימרה הידועה *hard cases make bad law*.

הטעם השני נגד תזת "השוואת הנפגעים" היא שלא ברור מדוע שני אלו – הנפגע מהפרה יסודית והנפגע מהפרה לא יסודית – צריכים להיות מועמדים ליחס (או פיקציה) של שוויון כלל. תביעה ליחס שוויוני מן הדין היא רלוונטית כאשר המועמדים ליחס השוויוני,²¹⁶ או התובעים אותו, מתחרים זה בזה באופן כלשהו – בפועל או קונסטרוקטיבית – על משאב או על סט של משאבים.²¹⁷ אך אין זה המצב ביחסים שבין שני הנפגעים ההיפותטיים שלנו. למעשה, אין ביניהם יחסים כלל – לא יחסי תחרות ולא יחסים אחרים. הסיטואציה של כל אחד מהם שונה, והדין מעניק להם כלים ומגביל אותם באמצעות חשיפה לטענות הגנה באופן הנובע לוגית ונורמטיבית מטיבם של אותם כלים. המחוקק ביקש שלא להשוות ביניהם, ובדין. הלכת **מרגליות** מניחה שלנפגע מהפרה יסודית צריכים להיות למצער אותם כלים משפטיים של נפגע מהפרה לא יסודית, ועל גביהם – יתרונות נוספים. אך "קל וחומר" זה אינה גישת הדין, ובדין. הלכת **מרגליות** מנסה לפעול נגד הלוגיקה הבסיסית של הסדר המעניק מראש כלים שונים והחושף את השחקנים לטענות הגנה שהן רלוונטיות לכלים אלו. אין פלא שהלכה זו יצרה מבנה לא קוהרנטי של סתירה פנימית שבמסגרתו "זמן סביר" הוא בפועל, במקרים מסוימים לפחות, זמן בלתי מוגבל – וזאת במסגרת דיני ביטול החוזה, כוח שהמחוקק ממילא מגביל בזמן, ובצדק, הן מבחינת המועד

הביטול בהתנהגותה אם לאו. מסקנת בית המשפט העובדתית הייתה שלא, כאשר הנפגעת הייתה שותפה למאמצי מעלה אדומים לגייס מן המדינה מקורות תשלום, ורק משמאמצים אלה כשלו – בוטל החוזה. התנהגות זו של הנפגעת מאריכה את התקופה שבה היא רשאית להחיל את הלכת **מרגליות**. העוול שייגרם לנפגעת הוא שסבלנותה ומאמציה לסייע בקיום החוזה יעמדו לחובתה אם תחליט בסופו של עניין לבטלו. לדעתי, הלכת **מרגליות** אינה נחוצה כלל כדי לעגן את פסק הדין. ערכים יחסתיים תומכים בניסיונות קואופרטיביים של הנפגע לסייע למפר לרפא את הפרתו, כפי שאירע במקרה זה, ובמסגרת טעם זה היה ראוי לפרש את "הזמן הסביר" כזמן שמתארך לפי קיומם של מאמצים אלו (אם הם נעשים בתום לב). איני סבור שיש לעגן את הדיון כולו בשאלה אם במאמציה האמורים ויתרה שיכון ופיתוח על זכותה לבטל את החוזה או לא, אלא אם הזכות פקעה כעניין נורמטיבי בשל מהלך הזמן. אני מסכים עם דעת הרוב, שהיא לא פקעה, אך הלכת **מרגליות**, שאותה נחזה פסק הדין לחזק, אינה נחוצה לצורך קביעה זו, ופסק הדין היה מיטיב לעשות לו לא היה נזקק לה. השופט טירקל, בדעת מיעוט, סבר כי יש "לצמצם את ההלכה שלפיה יש במתן ארכה כדי להאריך את 'הזמן הסביר' למתן הודעת ביטול בעקבות הפרה יסודית ולהחיל את ההלכה רק על מקרים שבהם נשלחה הודעת הארכה תוך 'הזמן הסביר' המקורי" (שם, פס' 5), ובמילים אחרות, לבטל את הלכת **מרגליות**. הטעם לכך הוא "שאינן זה רצוי – מבחינתם של המתקשרים ואף של צדדים שלישיים – להאריך עד אין קץ את תקופת 'אי הוודאות' שבמהלכה יכול הנפגע לבטל את החוזה" (שם, פס' 9).

216 "עשוי להיות" היות שלמדנו מהלכת **בית יולס** (ד"נ 22/82 **בית יולס נ' משה**, פ"ד מג(1) 441 (1989)) כי גם במצבים שבהם הצדדים מתחרים על אותם משאבים הדין אינו בהכרח מחייב התייחסות שוויונית כלפיהם. אציין כי דעת הרוב בבית יולס נראית לי שגויה לחלוטין, ולעומתה דעת המיעוט המחייבת יחס שוויוני של המזמין כלפי המציעים גם במקרה פרטי מוצדקת לחלוטין, אך התייחסות מפורטת לכך תרחיקנו מדי מעניינו של מאמר זה.

217 ראו T. M. SCANLON, WHAT WE OWE TO EACH OTHER (2011). טעם אחר המבסס זכויות במשפט הציבורי הוא הטעם ההבעתי (expressive reasons), שלא נראה שיש לו חלות כאן. ראו Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144/5 PENN. L. REV. 2021, 2021–2024 (1996).

להפעלת הכוח הן מבחינת חומרת ההפרה המאפשרת אותו (בניגוד לזכות לאכיפה ולפיצויים).²¹⁸

הקושי של הלכת מרגליות נחשף עוד יותר בעקבות ניסוי מחשבה קצר, כלהלן. מתודולוגיה ראויה לבחינת כללי ברירת מחדל, היינו הניתנים להתניה, כגון כללי מתן הארכה בביטול חוזה לצורך ריפוי, היא להשוותם להסכמה היפותטית בין צדדים פרדיגמטיים.²¹⁹ הרי ביטול חוזה בשל הפרה יסודית מסתברת הוא מנגנון שמבצע סימולציה לביטול חוזה בשל הפרה יסודית מוסכמת, שאליבא דמוסכמות היסוד של דיני התרופות, הוא המנגנון העדיף. האם ניתן לדמיין צד לחוזה שיסכים שאם ייקלע להפרה (או אף יפר את החוזה במתכוון), לחשיפה נצחית לביטולו, בלי שיוכל ליהנות מהגנה אפקטיבית של מגבלת הזמן הסביר לביטול החוזה? מי הצד שמראש יסכים להיות כפוף, פוטנציאלית, לכוח הביטול של הצד השני ללא מגבלת זמן? אם התשובה לכך היא שלילית, שאין צד סביר שכזה – ואין ספק בעיניי שהיא שלילית – הרי שמנגנון ברירת המחדל, שאמור לבצע סימולציה של ההסכמה ההיפותטית, חייב לשקף אותה.

משטרים אחרים, מאוזנים יותר, קובעים זאת במפורש. לפי ה-PECL, הנפגע מאבד את זכותו לביטול החוזה ללא קשר לשאלה אם הביטול היה בגלל הפרה יסודית או לא יסודית אם לא נתן הודעת ביטול בתוך זמן סביר לאחר שנודע לו (או שהיה צריך להיות מודע) על ההפרה:

Article 9:303: Notice of Termination

(2) The aggrieved party loses its right to terminate the contract unless it gives notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance.²²⁰

גישה חד-משמעית זו, המספקת ודאות ומצייתת לחובה לבטל חוזה בתום לב, ראויה יותר מגישה שלפיה מנגנון ה-nachfrist ישמש בפועל אמצעי להארכה ad infinitum של הזכות לביטול החוזה תוך כדי יצירת מעין עריצות נמשכת של הנפגע כלפי המפר. ספק אם מגבלת תום הלב, החלה על כל ביטול חוזה כסעד עצמי,²²¹ חזקה מספיק כדי להתמודד עם קביעה שיפוטית מפורשת, ומכל מקום, פגם הוא ליצור דוקטרינה בעייתית מלכתחילה רק כדי להתנחם בכך שבמקרה הצורך נוכל להגבילה באמצעות חובת תום הלב.²²²

218 אף כי כידוע יש ששיהוי בררית אכיפה תיתפס כוויתור עליה. ראו ע"א 4682/92 עיזבון שעה נ' בית טלטש בע"מ, פ"ד נד(5) 252, 281-282 (2000).

219 זו המתודולוגיה שבבסיס קביעתו של השופט ברק בפסק הדין מפעלי שמיר, לעיל ה"ש 209, כשהוא גורס שלשיטת הצדדים עצמם – אף שהדבר לא פורש בחוזה – אי-קבלת אישור בנייה בהקשר של הסכם קומבינציה לא תהווה הפרת חוזה מצד הקבלן, ובניגוד לחזקה של ס' 27 לחוק החוזים – אף לא תנאי מתלה אלא דווקא תנאי מפסיק (שם, בעמ' 415-419).

220 לעיל ה"ש 34.

221 ס' 497(א) לקודיפיקציה האזרחית, לעיל ה"ש 54.

222 בכך אני מכוון לדעת גדולים. ראו ביקורתם המנומקת של שלו ואדר על ההלכה האמורה בספרם, לעיל ה"ש 116, בעמ' 601-607.

קיימים מצבים שבהם הלכת **מרגליות** מביאה לתוצאה ראויה, אך נראה שדווקא במצבים אלו היא מיותרת. אלה מצבים שבהם תקופת הביטול מתארכת בשל מאמצי ריפוי הנעשים במהלכה, או למצער מתקיים משא ומתן לריפוי. כזה היה המצב בפרשת **ג.מ.ח.ל**,²²³ שם הכיר בית המשפט בתוקפה של הודעת ביטול שנשלחה למפר בעקבות הארכה שהעניק לו הנפגע שנים לאחר ההפרה היסודית. לכאורה, הבסיס הדוקטרינרי לכך הייתה הלכת **מרגליות**, אך למעשה לא כך הוא. היות שבמהלך התקופה האמורה נעשו ניסיונות ריפוי והצדדים נשאו ונתנו על ריפוי ההפרות, לא נתפס הנפגע כמי שוויתר על זכותו לבטל את החוזה במהלך תקופה זו, ללא קשר לאורכה הכרונוולוגי. הודעת הביטול שנשלחה עם כישלון המשא ומתן לריפוי הייתה תקפה מכיוון שרק אז הבשיל האינטרס הביטולי. בית המשפט, המעוניין בעידוד ריפוי חוזי, שומר לנפגע את זכות הביטול, לכאורה "מקפא" את תקופת הודעת הביטול במהלך תקופת המשא ומתן לריפוי. מניין הזמן הסביר למתן הודעת הביטול נדחה, והוא מתחיל עם קריסת האופצייה המעשית לריפוי. זהו, כזכור, גם הבסיס הראוי לפסק הדין בפרשת **מעלה אדומים** שנדון לעיל.²²⁴

הלכת **ג.מ.ח.ל** ראויה כי היא מתמרצת את הצדדים לנסות להגיע לפתרונות מוסכמים בלי שזכויות הנפגע יפגעו במהלך המשא ומתן. היא מעוגנת באינטרס של עידוד ריפוי, אך היא אינה זקוקה להלכת **מרגליות** כלל ואינה מעוגנת בעצם מתן ההארכה. הדבר ניכר באשר בעניין **ג.מ.ח.ל**, שם ניסה הנפגע "לשחק" על פי כללי **מרגליות**, ניתנה לאחר כל השנים הארכה בת שבועיים בלבד, ובית המשפט עצמו מציין כי לא רק שהייתה חסרת משמעות ופרו-פורמה בלבד, ונועדה רק כדי להפעיל את הלכת **מרגליות**, אלא שגם הארכה כפולה באורכה הייתה כנראה חסרת תוחלת וכך אף הארכה גדולה בהרבה.

יוצא מכך שהלכת **מרגליות** מוצדקת באותם מקרים – כעניין **ג.מ.ח.ל** או **מעלה אדומים** – שבהם היא מיותרת, באשר הארכת הזמן הסביר לביטול החוזה נובעת בהם לא מקציבה חוזרת ונשנית של ארכה לביצוע "חוזר חלילה" כדברי השופט ברנזון, אלא מניסיונות כנים לקבלת ריפוי אפקטיבי. הקפאת התקופה נפסקת בקריסת המאמצים הללו, ואז קציבת ארכה נוספת, פורמלית, רק כדי לאפשר את ביטול החוזה על פי דרישת **מרגליות**, היא מיותרת ובבחינת לעג לרש.

לסיכום, פרק זה דן בסוגיה מרכזית: היחסים המורכבים בין הפעולות ההפוכות של ריפוי החוזה וביטולו בשל אותה הפרה. הוא ניתח את המודלים השונים המארגנים את היחס שבין ביטול לריפוי, אם כפעולות אוטונומיות אם כפעולות המקיימות ביניהן התניה או הייררכייה, ועיגן את הניתוח התאורטי בהסדרים הקיימים בפועל במשפט הישראלי והמשווה. העמקה בדיני הריפוי העלתה ביקורת על הרחבת זכותו של נפגע לבטל את החוזה במצבי הפרה לא יסודית, גם בהיעדר ריפוי (או ריפוי כושל). ברובד החקיקתי נטען שהדין (סעיף 7(ב) לחוק התרופות) הרחיב זכות זו במידה מופרזת ולא מוצדקת שאינה מבחינה בין שתי קטגוריות הפרתיות: 1. אלה שכישלון הריפוי הופך אותן להפרות יסודיות (כגון איחור לא יסודי בביצוע); 2. אלו שגם כישלון או היעדר ריפוי מותיר אותן באי-יסודיותן (כהפרה לא יסודית בהתאמה). נטען כי במצבים מהסוג השני אין הצדקה לאפשר לנפגע לבטל את

223 עניין **ג.מ.ח.ל**, לעיל ה"ש 112.

224 עניין **עיריית מעלה אדומים**, לעיל ה"ש 207.

החווה אף בהיעדר ריפוי, וכי על הנפגע למצוא מזור בתרופות רדיקליות פחות. בהמשך לכך, ברובד הפסיקתי, בוקרה הלכת מרגליות הוותיקה, העושה שימוש לא מושכל בסעיף 7(ב) האמור, עד לידי שיבוש של האינטרס ושל היכולת לארגן באופן יציב את היחסים הבתרי-הפרתיים.

ה. ריפוי ופיצויים

ריפוי החווה לאחר הפרתו אינו מבטל את ההפרה ולא מאיין אותה, וכמובן שלא את נזקה, אם אכן נגרמו. ייתכן שההפרה, גם בהינתן ריפוי, תגרום לנזקים שהביצוע המאוחר מותר על כנם.²²⁵ במקרה כזה קובע חוק המכר הבין-לאומי, כי גם בתנאי ריפוי אפקטיבי "נשמרת לקונה כל זכות לתבוע פיצויים".²²⁶

תכלית דוקטרינת הריפוי אינה לאפשר לצד להתחמק מחבות בפיצוי עבור נזק שגרמה ההפרה אלא למנוע ככל הניתן נזקים ועלויות נוספים ולמנוע ככל הניתן את ביטול החווה במקרים שבהם ניתן לקיים חווה מרופא. ברור כי יש מצבים שבהם הריפוי – ולו מכוח קיומו באיחור – לא יהיה ביצוע מושלם של החווה, וייוותרו נזקים שהריפוי אינו עונה עליהם (הן נזקי הסתמכות והן נזקי ציפייה). המפר-המרפא חשוף אז לתביעת פיצוי שיורי שיחול לא על עצם ההפרה (שהרי רופאה) אלא על נזקים שיוריים כאמור. נזקים שיוריים אלו כוללים גם פיצוי על נזק שאינו נזק ממון אם נזק זה אינו מכוסה על ידי הריפוי במקרים מובהקים שבדרך כלל אינם בהקשר עסקי.²²⁷

הן ה-PECL והן ה-UCC שותקים בעניין היחס שבין ריפוי לפיצויים, ומכוח זאת ממשיכים לחול דיני הפיצויים הכלליים. לפיכך ההשפעה של דיני הריפוי על דיני הפיצויים בגין הפרת חווה היא מינימלית, אף שהשפעת הריפוי בפועל על זכאות לפיצויים, או על שיעורם, עשויה להיות דרמטית. ריפוי דומה מאוד לאכיפת חווה מבחינה זו: החווה בפועל בוצע, ולכן החווה שוב אינו ניתן לביטול, אבל להפרה ייתכנו השלכות שהריפוי אינו עונה עליהם ושיבססו חבות בפיצויים. כדברי השופטת ביניש בפרשת **ס.ע.ל.ר.**,²²⁸ גם במקרה שבו ההפרה היסודית רופאה וההפרה "שונמכה" מהפרה ברת-ביטול להפרה שאינה כזו, "עומדת לנפגע תרופת הפיצויים" בגין נזקים שיוריים. אם נדקדק, הרי שההוראה בדבר שמירת הדינים של סעיף 48(א) סיפה לחוק המכר הבין-לאומי מיותרת, או לכל היותר מבהירה את החלות הרגילה של דיני הפיצויים; רק הוראה הפוטרת את המפר מפיצויים בשל ריפוי הייתה משנה את הדין החל.

יש אשר עצם שיתוף הפעולה של הנפגע עם תהליך הריפוי גורם לו להוצאות. האם הללו ייחשבו כחלק ממכלול נזקי ההפרה שבגינם הנפגע זכאי לפיצוי שיורי אף לאחר שבוצע

225 או אף שאינו מאוחר, ראו ס' 37 לתוספת לחוק המכר הבין-לאומי.

226 שם, ס' 48(א).

227 ראו ס' 13 לחוק התרופות. בפרשת **קרייסברג**, לעיל ה"ש 93, פסק בית המשפט לתובעים פיצויים בשל עוגמת נפש, נוסף על סכום שייצג ריפוי מלא של ההפרה. לפסיקת פיצויי עוגמת נפש גם בהקשר עסקי

ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 116, בעמ' 312.

228 עניין **ס.ע.ל.ר.**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 224.

ריפוי אפקטיבי? כך סבר בית המשפט לערעורים בגרנובל (צרפת), אשר בפרשת *Joachim* הכיר בזכאותו של הנפגע לפיצויים עבור הוצאות שהוציא במהלך שיתוף פעולה עם המפר כדי לבצע פעולה שנדרשה לשם ביצוע הריפוי (באותו מקרה היה מדובר בהוצאות הובלה עודפות).²²⁹ קונסטרוקציה זו, של הענקת פיצויים בעבור הוצאות הריפוי, אפשרית מבחינה פרשנית, אך לדעתי שגויה; לא נזק ופיצוי יש כאן אלא השבה ושיפוי. לא ההפרה גרמה להוצאות העודפות הללו אלא הריפוי, אשר אם נשוב לסעיף 48 ל-CISG הידוע לנו, מחייב כי המוכר ירפא "על חשבוננו" כל אי-קיום של חיוביו. אם הנפגע הוא שנשא בהוצאות הריפוי, או בחלקן, הרי שיש לו זכות לשיפוי של ההוצאות שהוציא במקום המפר כדי לקיים עיקרון זה. זכות זו מקורה בחובת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ולכן עיגון החבות הוא בדיני הריפוי ולא בדיני הפיצויים כלל.

1. פיצויים מוסכמים, חילוט בטוחות ותניות האצה

(א) פיצויים מוסכמים

על הכול מקובל כי ריפוי ההפרה אינו פוגע בזכות הנפגע לפיצויים אם ההפרה גרמה לנזק שהריפוי עצמו אינו מרפא. מה באשר לחלות של תניית פיצויים מוסכמים או סעד מוסכם אחר במקרה של ריפוי?²³⁰ סעיף 48 לחוק המכר הבין-לאומי קובע, כזכור, כי גם במצב של ריפוי "נשמרת לקונה כל זכות לתבוע פיצויים לפי הוראות אמנה זו".²³¹ אלא שחוק המכר הבין-לאומי כידוע אינו כולל הוראות הנוגעות לפיצויים מוסכמים, ופשיטא שאינו מתייחס לשילוב בין תרופה זו לריפוי.²³²

סעיף 15(ב) לחוק התרופות קובע כי "הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי... לגרוע מכל תרופה אחרת בשל הפרת החוזה". בפועל ריפוי שקול לקיום, ובתנאים מסוימים – לאכיפה. האם ניתן לצרף פיצוי מוסכם לקיום או לסעד אכיפתי באופיו?²³³

Joachim v. La Sarl Holding Manin Riviere, CA Grenoble, Cass. Com., RG 93/4879, Apr. 26, 1995 (Fr.)

230 בהיעדר זכות מוקנית לריפוי ניתן כמובן לעגנה בחוזה בד בבד עם סעדים מוסכמים. כך למשל במכרזים משנת 2018 של חברת נתיבי איילון במסגרת פרויקט "נעים לירוק" של עידוד השימוש בתחבורה ציבורית, קובעת טבלה מפורטת "תקופת ריפוי" באשר לכל הפרה צפויה של הספק, מ"א השלמת הערכות" (7 ימים) ועד "אי העברת דו"חות" (3 ימים). המשמעות של "תקופת הריפוי" האמורה היא למעשה תקופת חסד שבמהלכה לא תזכה אי-עמידה בהתחייבות החוזית את המזמין בפיצויים מוסכמים (נספח י"ד לחוזה).

231 "[T]he buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention" PETER SCHLECHTRIEM & INGEBORG SCHWENZER, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) 74, §23 (2005) כן ראו Bruno Zeller, *Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?*, 23 PACE INT'L L. REV. 1, 3 (2nd ed., 2011). השאלה אם לפיכך חלים בנושא דינים מקומיים, או שתחול השלמת חסר מכוח ס' 4 ל-CISG, שנייה במחלוקת בין מלומדים, שלא כאן המקום להיזקק לה.

233 יוער כי כשהדברים אמורים בחוזי מקרקעין, קיימת "לעת הזו" (מאז 1958!) תקלה דיונית של סמכות עניינית: סעד האכיפה נתון לסמכות בית משפט מחוזי, ואילו סעד הפיצוי המוסכם עשוי להיות נתון אם לבית משפט שלום ואם לבית משפט מחוזי, לפי סכום הפיצוי המוסכם. הלכת פיצול הסעדים, החלה מאז ע"א 29/58 לוי נ' עקריש, פ"ד יב 1458 (1958), מאלצת את התובע – במקרה של פיצוי מוסכם בסכום

הברירות התרופתיות שבסעיפים 2 ו-15(ב) לחוק התרופות, והפסיקה בדרך כלל, מכירות באפשרות העקרונית של צירוף סעדים שכזה.²³⁴ אלא שיישום לא נאות של האפשרות הזו עשוי לשבש כליל את מנגנון הריפוי ותכליותיו. למעשה, במקרים רבים התמריץ העיקרי של המפר לרפא את ההפרה יהיה להימנע מהפעלת תניית הפיצוי המוסכם. לכך יש להבחין בין שני מצבים פרדיגמטיים, שבאחד מהם – הוא הכלל, לטענתי – לא תתאפשר צבירת ערכים שכזו, ובשני, החריג – היא תתאפשר.

מצב שבו הנפגע מקבל את הביצוע החוזי, גם אם באיחור, ונוסף על זה פיצוי מוסכם עשוי להיות עשיית עושר ולא במשפט של הנפגע על חשבון המפר.²³⁵ על אף הביטוי "פיצויים", צו לתשלום פיצוי מוסכם הוא אכיפתי באופיו. הוא אוכף סעיף מסעיפי החוזה, ולפחות דוקטרינרית, הוא אדיש לשאלה של התקיימות נזק בפועל בעקבות ההפרה.²³⁶ בדין

הנופל מסמכותו של בית משפט מחוזי – להגיש תביעות נפרדות בשתי ערכאות שונות בגין אותה הפרה חוזית, כאשר שום ערכאה אינה מוסמכת לתת הכרעה כוללת המתייחסת לשני הערוצים התביעתיים. יתר על כן, העיקרון של "טפל ההולך אחר העיקר" אינו חל בדרך כלל על סעדים כספיים. ראו ע"א 8130/01 מחג'נה נגד אנבארייה (נבו 4.5.2003). לביקורות על תקלה זו ראו יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי** 322 (2015); ע"א 5639/13 סגל נ' ורמוז, פס" 9 לפסק פסק דינו של השופט עמית (נבו 14.8.2014); יצחק עמית "פיצוי מוסכם – סוגיות והיבטים" **דין ודברים** י(2) 17, 18–19 (2018).

²³⁴ "הדעה המקובלת כיום, וזו גם הגישה הנראית לי, היא שאין לשלול צירוף של פיצוי מוסכם לפיצויים אחרים או בכלל לתרופות אחרות, ובלבד שלא ייווצר מצב של כפל פיצוי בגין אותו נזק" (השופט עמית, שם, בעמ' 39). ראו גם ע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ (נבו 13.12.2006). שאלת ברירת סעדים, שילובם והתנייתם נמצאת בדיון ער שאין זה המקום להרחיב בו; ראו למשל יהודה אדר ומשה גלברד "השבה, פיצויים, צירוף תרופות וחופש חוים: עיון בדיני התרופות לאור ע"א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ" **משפטים** מ 827 (2011). שבו מנמקים המחברים את הערך ואת החשיבות שבהכרה בהתניה על תרופות, ואת הרציות שב"צירוף חלקי" של פיצויים תוצאתיים עם פיצויים מוסכמים כל עוד לא יוטב הנפגע יותר מאינטרס הקיום שלו. כן ראו את מאמרו של השופט עמית, לעיל ה"ש 233, הסבור שבמקרים כאלה ראוי לוותר על הפיצויים המוסכמים ולהיטיב את מלוא הנזק באמצעות שילוב של פיצויי שווי שוק עם פיצויים תוצאתיים.

²³⁵ ראו רע"א 7452/96 **מדינת ישראל נ' אהרון**, פ"ד נא(5) 874 (1998), שם קבע בית המשפט העליון שמשכיר אינו זכאי הן לפיצויים מוסכמים בגין האיחור בפינוי המושכר והן לדמי שימוש ראויים בגין שימוש בנכס באותה תקופה, במצטבר, היות שבכך יתעשר הנפגע שלא כדין על חשבון המפר, כאילו השכיר לו את הנכס פעמיים (בית המשפט פסק כי הסעד הראוי הנו דמי שימוש ראויים שיקבעו על פי סימולציה של מנגנון השוק. לדעתי, במקרה בו קיימת תחולה מקבילה של ענפי משפט שונים, יש לאפשר לנפגע לבחור את הסעד מבין הסעדים החליפיים האפשריים. במקרה זה סביר שהנפגע היה בוחר בתרופה החוזית – הפיצוי המוסכם – שהיה גבוה יותר מן התרופה בעשיית עושר, שנפסקה בפועל). לעיקרון הכללי של הימנעות מכפל פיצוי בעבור אותו "ראש נזק" ראו פרשת **אדרס**, לעיל ה"ש 110, פס' 15–17 לפסק דינו של השופט ברק וההפניות שם. יש שציינו את ע"א 260/80 **נובין נ' ליובוביץ**, פ"ד לו(1) 537 (1982) כמקור להכרה בשילוב בין תרופות האכיפה והפיצוי המוסכם, אך באותו מקרה, אף שהחוזה קבע פיצויים מוסכמים, קביעת השילוב התייחסה לפיצויים שיוניים בעבור נזק במקרה הסטנדרטי שבו האכיפה/ריפוי המאוחרים אינם עולים כדי מלוא אינטרס הציפייה שהופר, ולא לפיצויים מוסכמים.

²³⁶ בפועל, הפסיקה הביאה מדי פעם בחשבון נתוני התנהגות הצדדים ולא רק את הנזק הצפוי מן ההפרה בעת הכריתה, כדרישת ס' 15 לחוק התרופות. ראו ע"א 3912/90 **Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראורי בע"מ**, פ"ד מז(4) 82–83 (1993); קרייטנר, לעיל ה"ש 106, בעמ' 267–271.

הישראלי רשאי בית המשפט להפחית פיצוי מוסכם בדומה (אף כי לא זהה, ולא מאותם טעמים) לסמכותו לסרב לתת צו אכיפה מטעמי צדק (סעיף 3(4) לחוק התרופות). אין לבית המשפט סמכות דומה שלא להעניק לנפגע פיצויים מכוח סעיפים 10 או 11, אשר משעה שבוססה הזכאות להם, בשקלול טענות הגנה (כגון סעיף 14 לחוק התרופות בדבר פיצויי סעיף 10), הרי היא זכות אוטונומית אשר אין בעניינה סמכות שיקול דעת. מתן צו אכיפה בצירוף לפיצוי עשוי להיות אכיפה כפולה של החוזה: הן של סעיפי הביצוע/תמורה והן של סעיף הפיצויים המוסכמים האמור לשמש **תחליף** להן ולא סעד מצטבר.²³⁷ פיצוי ביתר שכזה מנוגד לערך בסיסי ומוכר של דיני התרופות, המבוטא בתמציתיות בסעיף 446 של הקודיפיקציה, שלפיו "הנפגע זכאי, **עד לקיום מלוא זכותו**, לבחור בין תרופות, או לצבור אותן" (הדגשה לא במקור). ודאי שזה המצב כאשר מתקיים ריפוי אפקטיבי, שהוא התחליף המעולה ביותר לזכות החוזית – יותר מכל סעד פיצויי, שהוא תחליף לזכות החוזית שנמנעה מהנפגע שבהכרח "עולה על הבמה" רק במדרג שלישי, היינו בהיעדר הביצוע המקורי ובהיעדר ריפוי אפקטיבי.

יתר על כן, סמכות ההפחתה של בית המשפט מכוח סעיף 15 לחוק התרופות מתייחסת לפרופורציה שבין הפיצוי המוסכם ל"נזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה". "תוצאה מסתברת" זו צריכה להביא בחשבון את הריפוי עצמו. אף שקונצפטואלית, הריפוי אינו מבטל את ההפרה, **תוצאות הריפוי** (בתוספת פיצוי שיורי במקרה הצורך) מבטלות את **תוצאות ההפרה**. אם מצבו של הנפגע לאחר קבלת ריפוי אפקטיבי נכלל בתוך שקלול ה"נזק שניתן היה לראותו מראש", היינו שמדובר בנזק "נטו", ההשוואה שעליה מורה סעיף 15 סיפא תהיה אז בין הפיצוי המוסכם לנזק בתר-ריפוי, היינו נזק בסך אפס, או לכל היותר לנזק השיורי שנותר לאחר הריפוי, ככל שנותר. כמובן, יש שהפיצוי המוסכם יחול על האינטרס השיורי עצמו (כגון האיחור בביצוע), ואז גם ריפוי אפקטיבי יהיה תת-ביצוע, והנפגע יהיה אז זכאי לפיצוי מוסכם, **נוסף** על הריפוי. זאת, במצבים בהם הפיצוי המוסכם חל על "ראש נזק" שונה מזה שבגיניו התבצע ריפוי. למשל, דייר המפר את התחייבותו לפנות נכס עד מועד מסוים כאשר נקבע פיצוי מוסכם לכל יום איחור בפניו. גם אם ירפא הדייר את הפרתו העיקרית – אי-הפינוי – ייותר המשכיר בחסרון כיס בגין האיחור, שהריפוי – היינו הפינוי באיחור – אינו מרפא. הפעלת סעיף הפיצויים המוסכמים האמור תהיה אז כדין היות שהפיצוי המוסכם אינו חופף את הריפוי האפקטיבי שבוצע אלא את הנזק השיורי שנותר לאחר הריפוי.²³⁸ הריפוי אינו מאבד מהרציונלה הבסיסית שלו, היות שהוא מגן על המפר מפיצוי מוסכם בגין ההפרה העיקרית, שרופאה – אי-פינוי הנכס – אך מאפשר לפצות את הנפגע בגין האיחור, שהריפוי האפקטיבי כשלעצמו אינו מפצה בגינו. בחוזים שלא מפורש בהם על איזה סיכון בדיוק חל הפיצוי המוסכם, תידרש פרשנות דקדקנית על פי אסטרטגיות פרשניות מקובלות.

237 לעמדות שונות בניהון ראו אדר וגלברד, לעיל ה"ש 234, בעמ' 829–832.

238 באופן אנלוגי קבע בית המשפט בע"א 628/87 חורי נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מו(1) 115, 123 (1991), כי פיצוי מוסכם יכול להצטבר לפיצוי תוצאתני בתנאי ש"מדובר בפיצוי בגין ראשי נזק שונים".

עניין נוסף שראוי להביא בחשבון הוא משך תקופת הריפוי, בעיקר אם המפר האריך בה ללא הצדקה ראויה. ריפוי שעשה המפר במהירות האפשרית הוא אינדיקציה לתום לב וסבירות נמוכה יותר לצפיות של נזקים בעקבות ההפרה. ההפך הוא כשתקופת ההפרה מתמשכת, בעיקר אם הדבר נעשה ברשלנות או אף במזיד, מתוך רצונו של המפר ללחוץ על הנפגע לשם קבלת יתרונות מסוימים, או אף בלי שהמפר משיג בכך יתרון כלשהו, אך הנפגע נאלץ להמתין לשווא. זמן הוא משאב, ופגיעה כזו של בזבז זמן במכוון, ברשלנות או בשרירות בידי המפר, יהיה בה כדי לחזק את התביעה לפיצוי מוסכם גם בהיתן ריפוי, שהרי הזכאות לפיצוי מוסכם עצמה מתגבשת עם ההפרה עצמה (כפוף להסכמה החוזית). גם נזקים שאינם נזקי ממון עשויים לגדול ולהצטבר ככל שתקופת הריפוי – היא תקופת ההפרה – מתמשכת ללא הצדקה. דוקטרינה המעוגנת בתוכנה זו תספק למפר תמריץ לפעול לריפוי ההפרה במהירות בתום לב וללא עיכובים מיותרים, אם רשלניים ואם מכוונים.

הכלל המדויק אפוא צריך להיות שבאמצעות הריפוי (עם פיצוי שיורי כאמור או בלעדיו) יוכל המפר להימנע מתשלום פיצוי מוסכם כל עוד לא עיכב את הריפוי באופן לא סביר וללא הצדקה. עיכוב שכזה יצדיק פיצוי מוסכם, שיושת לא על עצם ההפרה אלא על העיכוב בריפוי. כלל המשיית פיצוי מוסכם גם על נפגע שריפא את הפרתו כדין, בתום לב ובלא עיכוב כאמור, ייצור עשיית עושר ולא במשפט בחסות החוק, יגרום שריפוי יהפוך לפעולה לא אטרקטיבית ויסכל את תכלית המנגנון השיקומי.

(ב) חילוט בטוחות

שאלת החפיפה בין פיצויים מוסכמים לריפוי עולה גם כאשר לבטוחות שניתנו במסגרת החוזה. בטוחות הן אמצעי חשוב לתמרץ את הצדדים לקיים את הבטחותיהם ומאפשרות לנפגע להיפרע בגין אינטרס הקיום ששובש באופן מהיר, פשוט, וללא ליטיגציה. הבעיה בענייננו היא שכשהמפר (או צד ג מטעמו) נתן בטוחה להבטחת חיוב שהופר, הרי שחילוט בטוחה זו בתנאי ריפוי עשויה להיות עשיית עושר ולא במשפט של הנפגע על חשבון המפר. לפיכך נראה שהריפוי – וכפי שנראה, עצם הצעת הריפוי – לכל הפחות משעים את זכאותו של הנפגע לחלט בטוחות, במובן זה שהמועד לחילוט הבטוחה יידחה עד לסיום תקופת הריפוי. היה והריפוי יצליח, שוב לא יהיה צורך בחילוט הבטוחה (באשר לנזקים שיוריים ראו להלן), והיה והריפוי ייכשל בתוך הזמן הסביר שהוקצה לו, תתחדש זכות החילוט. הסדר כזה מאזן כראוי בין האינטרס של הנפגע להיפרע מערבות או בטוחה באופן מהיר, ודאי ונטול סרבול דיוני, ובין החשש שיזכה כפליים – הן מריפוי אפקטיבי והן מחילוט בטוחה – שאז יהא על המפר לנקוט צעדים כדי להשיב את הערך שחולט.

עם זאת יש להגן במלואה על זכותו של הנפגע להיפרע מבטוחה במקרה של כישלון הריפוי, אף בתקופת הביניים, שבה קיים סיכון לכישלון הריפוי. הבעיה היא במקרים שבהם המפר מנסה לרפא, אך הצלחת הריפוי האפקטיבי אינה מובטחת, וחלוף הזמן מעמיד בסיכון את יכולת הנפגע להיפרע מן הבטוחה, כגון במקרים שבהם היא חשופה לפגיעה (ככתב ערבות מוגבל בזמן). במצבים כאלה תכלית ההגנה על האינטרס החוזי באמצעות הבטוחה גוברת לדעתי על האינטרס בריפוי. האינטרס בריפוי אינו יכול לשבש את הקצאת הסיכונים החוזית עד לידי שלילת ההגנה באמצעות בטוחה אם הריפוי ייכשל. לפיכך אם מימוש

הבטוחה הוא תלוי זמן ואינו נדחה או ניתן לדחייה סבירה עד לסיום תקופת הריפוי, יהיה הנפגע זכאי לממשה גם בתוך תקופת הריפוי. בהינתן ריפוי אפקטיבי מוצלח, חובתו של הנפגע תהיה אז להשיב למפר כל יתרון וערך שרכש ממימוש הבטוחה אשר בדיעבד התגלה כלא נחוץ. סייג לכך עשוי להיות, בטוחה שחילוטה מסכל את האפשרות לריפוי כלל: חילוט בתנאים כאלה מוחזק להיתפס כפעולה בחוסר תום לב.²³⁹

בהקשר של ריפוי, אפוא, מימוש או חילוט הבטוחה הוא על תנאי משולש: ראשית, הנפגע רשאי לחלט את הבטוחה רק במצב שבו אי-מימושה במהלך תקופת הריפוי יעמיד בסיכון ממשי את היכולת לממשה מאוחר יותר אם הריפוי ייכשל, ואינו רשאי לממשה באם המימוש כשלעצמו יסכל את הריפוי; שנית, על הנפגע להחזיק בבטוחה בנאמנות באופן שיאפשר לו להשיבה (כולה או חלקה) אם והריפוי יעלה יפה.²⁴⁰ אך בכך אין די. באיזון בין אינטרס הנפגע להיפרע מן הבטוחה בתנאי ריפוי שלא צלח לאינטרס המפר להימנע מחשיפה לחילוט בתנאי ריפוי שצלח, יש להכיר בתנאי שלישי, תקשורת, לחילוט הבטוחה במצבי ריפוי. התנאי הוא שהנפגע ייתן למפר הודעה מראש על כוונתו לחלט את הבטוחה כדי שיתאפשר למפר להחליט אם בכוונתו לרפא את ההפרה אף בתנאי חילוט הבטוחה – או שהוא מוותר על הריפוי. משאיפשר הנפגע למפר להתחיל בפעולת הריפוי ללא התראה כאמור, שוב לא יוכל לחלט את הבטוחה אלא אם הריפוי לא יעלה יפה. זו מניעות מטעמי תום לב ברורים, שהרי המפר כבר נמצא בשלב זה בתוך הסתמכות על נכוניתו של הנפגע לקבל ריפוי ושינה מצבו לרעה בהסתמך על כך. יש לה גם ביטוי חקיקתי: סעיף 48(ב) לחוק המכר הבינ-לאומי קובע כי במהלך תקופת הריפוי, אם לא התנגד הנפגע לריפוי, הוא "אינו זכאי, בתוך התקופה האמורה, להיזקק לתרופה שאינה עולה בקנה אחד עם קיום על ידי המוכר". ברי שנפגע שלא התנגד לריפוי ואפשר את תחילת ביצועו אינו רשאי לבטל את החוזה במהלך תקופת הריפוי אף אם עמדה לו זכות לביטול החוזה עובר לריפוי. נראה שכלל זה צריך לחול גם על חילוט הבטוחה. אם לחזור לחשש שנידון לעיל, נפגע החושש שמא יכולתו לחלט את הבטוחה תיפגע במהלך תקופת הריפוי, רשאי לחלטה עובר לריפוי, ובלבד שהודיע על כך למפר שיוכל אז להחליט אם להסתכן בביצוע ריפוי בתנאי חילוט או לא.

שאלה שעדיין נותרה פתוחה היא אם הנפגע זכאי לחלט בטוחות, או חלקן, על חשבון פיצויים שיוריים שהריפוי האפקטיבי אינו פוגע בזכויות להם. המצב הוא זה: החוזה הופר, ההפרה רופאה באופן אפקטיבי (או הונחה דעתו של הנפגע שתרופא באופן אפקטיבי), אך ההפרה גרמה לנזקים שיוריים שיש בגינם זכויות לפיצויים תוצאתיים. לכאורה, עמדת הנפגע תהיה שלשם כך בדיוק ניתנו בטוחות – לאפשר חילוט של ערך במקרה הפרה, ללא צורך בתביעה משפטית. והרי החוזה הופר ונגרמו נזקים שהריפוי, בתנאי השאלה, אינו מפצה עליהם.

239 ראו חוק המכר הבינ-לאומי, ס' 48(ב).

240 הבסיס הרעיוני ל"חילוט מותנה" שכזה נובע מסמכות בית המשפט מכוח ס' 4 לחוק התרופות "להתנות את אכיפת החוזה... בתנאים אחרים המתחייבים... לפי נסיבות הענין". בהקשר דומה התנה בית המשפט ביצוע בקירוב (ריפוי תחליפי) בפרשת קדמת ערן שנדונה לעיל בה"ש 138. רעיונית, כפי שניתן להתנות אכיפה בתנאי, ניתן להתנות מימוש בטוחה בתנאי.

הזכאות לחלט בטוחות שיבטאו את אינטרס הפיצוי, נוסף על הריפוי האפקטיבי, מעלה קשיים לא פשוטים. תביעת פיצויים, כידוע לנו מהלכת **אניסימוב**, היא תביעה כספית לכל דבר ועניין, שיש להוכיח במסגרתה במידת ודאות נדרשת הן את הנזק והן את שיעור הפיצויים שיהיה בו כדי לפצות על הנזק.²⁴¹ הוכחת מרכיבים אלה מורכבת יותר וודאית פחות ונתונה לטענות הגנה באופן שעצם ההכרזה על הפרת החוזה – המפעילה את הבטוחה – אינה מסתכנת בו. השאלה הופכת להיות בעיקרה שאלה פרשנית, "אפרופימית": מהי תכלית הבטוחה הספציפית? לשם מה ניתנה? האם רק כדי להבטיח את הקיום העיקרי (שאז הבטוחה והריפוי חלים על אותו אינטרס, חופפים ומוציאים זה את זה) או גם כדי להבטיח את נזקי ההפרה והשלכותיה בנות-התביעה, שהריפוי האפקטיבי אינו בהכרח מכסה? למשל, אי-התאמה במכר או בביצוע חוזה בנייה אשר המוכר/קבלן מרפא באיחור: אף אם הקונה אינו זכאי לחילוט בטוחה המכסה את ההפרה עצמה, מדוע לא יהא זכאי לחילוט, ולו חלקי, של הבטוחה בגין נזקים שיוריים שנגרמו בשל הביצוע המאוחר? השאלה שבה להיות שאלה פרשנית: לאיזה צורך ניתנה הבטוחה, ואילו סיכונים היא נועדה לכסות. בלי לקבוע מסמרות בעניין בשלב זה נראה שהפתרון הנכון הוא שבהיעדר התניה שונה בחוזה, ריפוי נאות של ההפרה, אף כאשר נוצרת לנפגע זכאות לפיצויים שיוריים בשל נזקים מן ההפרה, מחסן את המפר מפני חילוט של הבטוחה ככל שהיא נועדה להבטיח את הביצוע העיקרי, אבל חושף אותו לחילוט, שלם או חלקי, של הבטוחה כשמדובר בהשלכות ההפרה שהריפוי האפקטיבי אינו מכסה אותן. קבלת בטוחה היא שיקול נכבד ביותר בניהול הסיכונים של הנפגע *ex ante*, וברירת המחדל צריכה להיות – לכבד אותה. אף יש מידה של אבסורד בכך שדווקא הפעלת מנגנון של ריפוי תייצר ליטיגציה פיצויית מקום שבו אם לא יתבצע ריפוי, הליטיגציה עשויה להתייטר באמצעות חילוט הבטוחה. עם זאת ברי שהפתרון האופטימלי צריך לבוא לא על דרך של ברירה מן הדין אלא באמצעות ניתוח פרשני של אומד דעת הצדדים באשר לתכלית הבטוחה. מקום שהבטוחה ניתנה כדי להבטיח את הביצוע העיקרי ומפרשת כי הנפגע יהא זכאי לסעדים במצטרף, הנטייה הפרשנית תהא שלא לאפשר חילוט בטוחה לצורך כיסוי נזקים שיוריים. מקום שהבטוחה ניתנה, במפורש או במשתמע, כדי לכסות גם את נזקי ההפרה, הרי שחילוטה מתבקש בהחלט. בתנאי ריפוי אפקטיבי החילוט יהיה בדרך כלל חלקי, היות שהבטוחה אינה צריכה לכסות על ההפרה עצמה (שרופאה) אלא רק על נזקים שיוריים.

(ג) תניות האצה

לריפוי עשויות להיות השלכות על חשיפת המפר לסיכונים חוזיים נוספים. חוזי הלוואה, משכנתאות וחוזים פיננסיים אחרים כוללים לעיתים תניות האצת תשלומים (acceleration clause) שמאפשרת למלווה, על פי שיקול דעת או אוטומטית, לדרוש פירעון מיידי של יתרת החוב בעקבות אי-עמידה של הלווה בתשלום עיתי, אחד או יותר (default).²⁴² בפרשת *In*

241 עניין **אניסימוב**, לעיל ה"ש 72, בעמ' 808.

242 חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1993 קובע כי לא ניתן לקבוע האצת תשלומים כאמור בגין פיגור בתשלום של שיעור אחד בלבד או בגין פיגור בתשלום של יותר משיעור אחד, אך שתקופתו

re Clark קבע בית המשפט הפדרלי לערעורים כי ריפוי של אי־תשלום בידי החייב במהלך תקופת הריפוי (באותו מקרה ניתנה ארכה של 30 יום לתשלום) מחסן את החייב מפני חלותה של תניית האצת תשלומים בנוגע לאותו חוב.²⁴³ כשמדובר בריפוי של אי־תשלום של חוב, מטעים בית המשפט, משמעותו של הריפוי היא השבת המצב המשפטי הטרום־הפרתי, ה־*status quo ante*, על כנו. הריפוי פועל כאן באופן נוגד מציאות (counterfactual) – כאילו ההפרה לא אירעה כלל, ולפיכך אין, ולא יכולות להיות לה כל השלכות תרופתיות. לפיכך ריפוי אפקטיבי של אי־תשלום ממקם את הצדדים במצב שבו היו ממוקמים לולא התרחשה ההפרה, ותניית ההאצה אינה נכנסת אז לפועל. כשלעצמי, איני משוכנע שהנימוק הזה נחוץ, או אף תקף: להבנת הריפוי מרפא את ההפרה, אך אינו מאיין אותה, ולכן אינו משיב על כנו את ה־*status quo ante* אלא מגדר את ההשלכות של ההפרה, מצמצמן ומכנסן ככל הניתן אל מתחם ההתחייבות החוזית המקורית. נודפת מפסק הדין סמנטיקה של "השבת המצב לקדמותו" בסיטואציה שבה הגישה הראויה אינה לצפות פני עבר ולשחזור, אלא לנסות לרפא את יחסי האמון והקיום כלפי עתיד תוך מניעת עוול באמצעות מנגנון הריפוי. הפסיקה עצמה בעניין *Clark* מוצדקת: הפעלת תניית האצה בתנאי ריפוי אפקטיבי היא חסרת היגיון לחלוטין, ובמקרה הפרדיגמטי היא בבחינת עוול ועשיית עושר ולא במשפט של הנפגע כלפי המפר־המרפא. תניית ההאצה היא אמצעי אגרסיבי במיוחד (בעיקר כשהוא מופעל עקב הפרה בודדת של החייב) המחסל את היחסים החוזיים התקינים, לעומת הריפוי, שמרפא ומשחזר אותם. הפעלתה אינה מוצדקת מרגע שהלווה הוכיח את יכולתו לעמוד בתשלום העיתי, אף אם בדחיה שאינה גורמת למלווה כל הפסד, ובכך להמשיך לקיים את היחסים. ריפוי אינו מתיישב עם הפעלת תניית האצה לא בשל "השבת המצב לקדמותו" או איון ההפרה אלא מניחות אינהרנטי־תכליתי של מנגנון הריפוי עצמו. על כן מורה סעיף 48(ב) לחוק המכר הבין־לאומי כי במהלך תקופת ריפוי "הקונה אינו זכאי, בתוך התקופה האמורה, להיזקק לתרופה, שאינה עולה בקנה אחד עם קיום על ידי המוכר". הוראה זו יפה גם לתניות האצה.

1. סיכום

זכותו של המפר לריפוי ההפרה החוזית לאחר התרחשותה על חשבוננו ובתנאי שאין נגרמים בכך נזק או אי־נוחות יתרה (ביחס להפרה) לנפגע, הוא מנגנון יסותי מובהק שנועד לתמוך ביחסים חוזיים, לשמרם ולשקמם גם במצבי הפרה. ריפוי ההפרה מקדם את הערך של קיום חוזים גם כשקיים סכסוך הפרתי ומפחית ניצול קוניונקטורלי של ההפרה בידי הנפגע. הריפוי החוזי מתיישב עם עקרון קיום החוזה בתום לב ועם דוקטרינת ה"ביצוע בקירוב" שנועדה לקיים ככל הניתן את הקצאת הערכים וההסכמה החוזית גם כאשר אכיפת החוזה כלשונו אינה אפשרית או נתונה לסייג אחר. הריפוי תומך ביחסי אמון בין הצדדים, ובגרסה שהועדפה במאמר זה – היינו המודל המותנה, המכפיף את הריפוי לכוח הביטול של הנפגע

המצטברת היא פחות מ-31 ימים (ס' 7 לחוק). לעת הזו אין בישראל חקיקה מקבילה המגבילה תניות האצה בהלוואות בנקאיות.

In re Clark, 738 F.2d 869, 872 (7th Cir. 1984) 243

– מקיים איזון ראוי בין האינטרס היחסותי ובין זכותו של הנפגע לבטל את החוזה בשל הפרה יסודית. עם זאת טענתי שהכפפה זו ראויה לא כשלעצמה, אלא בשילוב צמצום ניכר של דוקטרינת ה-*nachfrist* של דיני הביטול הישראליים כדי שזכות הביטול בשל הפרת חוזה תחול אך ורק כשמדובר בהפרות לא יסודיות שחלוף הזמן הוא מבחינתן נתון אופרטיבי קובע, ולא כשמדובר בכלל סוגי ההפרות הלא יסודיות. לפיכך בוקרה גם הלכת **מרגליות** הוותיקה, ונטען כי לא רק שההלכה שגויה כשלעצמה, אלא שבאותם מקרים שבהם הפעלתה נדמית למוצדקת, ההצדקה נסמכת למעשה על האינטרס בעידוד ריפוי חוזי, ואינה נסמכת כלל על נימוקים (מוטעים) התומכים בהארכה בפועל של תקופת הריפוי *ad infinitum*.

השאלה מה נדרש לרפא שנויה במחלוקת מסוימת בין מלומדים. טענתי היא שמוטב להבין את הזכות במונחי ריפוי **אפקטיבי**, היינו ריפוי המרפא את ההפרה העיקרית (ובכך מעקר את היסודיות שלה), ולא ריפוי **מלא** החל על מכלול תוצאות ההפרה, העשויות להקים זכאות נפרדת לפיצויים שיוריים. המשמעות היא שלצורך פעולת הריפוי המרפא אינו נדרש גם לקיים וגם לפצות כדי שהריפוי ייחשב לתקף. לכאורה, ריפוי מלא רצוי יותר, היות שהוא מבטא בדיוק רב יותר – אף כי עדיין תחליפי – את מלוא אינטרס הציפייה החוזי. אך החשש הוא שגישה מקסימליסטית כזו תעקר את מנגנון הריפוי בפועל, וייעשה בו שימוש נדיר אם בכלל, היות שהיא מחייבת את המפר להסכים מראש לתשלום פיצויים או לביצועים אחרים שעל קיומם, תיחומם ושיעורם תיתכן מחלוקת חריפה. כדי שפעולות תרופתיות עצמיות (כביטול חוזה) יהיו שימושיות, על קווי הגבול שלהן להיצבע בקווים ברורים וחד-משמעיים, וזה אינו המצב הטיפוסי בדיני הפיצויים. הוראת סעיף 48 לחוק המכר הבין-לאומי והלכת *Volvo* שנותחו לעיל מבטאות אינטרס זה בהעדפת מנגנון מעשי על פני נקיין תאורטי במונחי ריפוי מלא של אינטרס הציפייה שנפגע.

עם זאת גרסתי כי משטר ריפויי המסתפק בהודעת המפר לנפגע על כוונתו לרפא כשהיא הצהרתית בלבד, אינו עושה די כדי להבטיח את אמונו של הנפגע ביכולתו של צד שכבר הפר את חיובו (או עומד להפרו) לרפא את ההפרה. הסתפקות הצהרתית זו היא פגם בכמה ממשטרי הריפוי שנותחו בפרקים במאמר. כדי שפנייה ריפויית תהיה אפקטיבית – היינו שתיצור אצל הנפגע מניעות לנקוט צעדים שאינם מתיישבים עם הריפוי (כגון ביטול החוזה, חילוט בטוחות והפעלת תניות האצה) – עליה לכל הפחות להצביע על היתכנותו המעשית של הריפוי המוצע וכן על היותו ריפוי אפקטיבי במובן שהוגדר לעיל.

הזכות לריפוי הופכת את ההפרה החוזית למסוכנת פחות, כי המפר יודע שבמקרה של הפרה יוכל לרפא. מרחב ההפרה מתרחב כי המפר חשוף פחות לסעדים מסוימים, כגון פיצויים מוסכמים, חילוט בטוחות או ביטול החוזה. לפיכך ניתן לטעון שהריפוי ירבה את מקרי ההפרה בתחום שבו יש דווקא לשריין יותר את הזכות לביצוע ולדקדק בה.²⁴⁴ הריפוי האפקטיבי מצמצם את מנעד הפעולות התרופתיות העומדות לנפגע (ובדין – כי הפגיעה באינטרס שאותו הן אמורות להחליף או לבטא, רופאה). כפי שצוין בהקדמה, ביקורת זו היא

244 ראו בעניין זה את מאמרו החשוב של פרופ' פרידמן על האקסקלוסיביות של אינטרס הקיום בחוזה (כביקורת למאמרם הידוע של פולר ופרידמן): Daniel Friedmann, *The Performance Interest in Contract Damages*, 111 L.Q. REV. 628, 628–629, 649–651 (1995).

למעשה איתגור סטנדרטי שכל נורמה המחלישה את החובה המוחלטת לקיים חוזה כלשונו צריכה להתמודד עימו. אכן, מרחב ההפרה מתרחב. אין להקל ראש בשיקול זה, אך כפי שניסיתי להראות בחלקי המאמר השונים, הוא אינו מכריע. מלבד השאלה הפורמלית של עמידה דווקנית על *pacta sunt servanda* הרי שבתנאי דוקטרינת ריפוי ראויה האינטרס החוזי העיקרי של הנפגע נשמר. בהקשר זה נדונה הרחבת דוקטרינת הביצוע בקירוב (cy près), שגם היא ריפויית באופייה ומעדיפה את ביצוע החיוב המהותי, גם אם לא כלשונו, על פני ויתור כולל על הביצוע החוזי במצבים שבהם חלים סייג או מניעות לאכיפה. לזכות לריפוי מבנה דיאלקטי: ככל שתגדיל את מספר ההפרות במובן של אי-ביצוע מושלם של החיוב החוזי, כך תגדיל בהתאמה את מספר הקיומים המהותיים. יהיו, אולי, הפרות רבות יותר, אך הן יהיו חמורות פחות, היות שהריפוי האפקטיבי יקיים את עיקר החיוב החוזי.

בהקשר של ביקורת זו ניתן להזכיר כי הרביזיה החשובה ביותר בתחום החוזי אשר בהצעת חוק דיני ממונות היא אימוץ דוקטרינת סיכול על פי מבחן הקצאת הסיכון וזניחת מבחן הצפיות הידוע והמושמץ – בצדק – של סעיף 18 לחוק התרופות.²⁴⁵ רביזיה זו פועלת אף היא בכיוון המקל עם מפירי חוזה, היות שבניגוד לראייה הדוקטרינרית של הגנת הסיכול כטענת הגנה מפני תביעת אכיפה או פיצויים, כקביעת הדין הקיים, הרביזיה קובעת תנאים לפקיעת החוזה מן הדין, וחיובי הצדדים עימו, בהתרחשות אירוע מסכל. כך נוצרת טענת הגנה מפני קיום רחבה בהרבה מזו של סעיף 18, המתבססת על מבחן הסיכון במקום על מבחן הצפיות.²⁴⁶ אף על פי שדוקטרינה זו תרחיב את מספר המקרים שבהם החיוב החוזי לא יקום בסופו של עניין, היא ראויה והיא בבחינת רפורמה חיונית בדיני הסיכול הצייקנים החלים כיום, בעיקר בשל ההכרה באי-ההתאמה של הדוקטרינה הקיימת לצורכי המשפט המודרני בהתמודדות עם שינויי נסיבות הגורמים לשיבושים ניכרים, כבמהלך סבבי לחימה אזוריים,²⁴⁷ קריסת שלשלות תעסוקה, ייצור, אספקה וצריכה כבעת משבר הקורונה ובמצבים בעלי מאפיינים דומים.²⁴⁸

אף שהמקור החרות ההיסטורי לזכות לריפוי ההפרה הוא בדיני המכר האמריקאיים, הזכות התפשטה מאז מאוד, ובמערכות משפט רבות היא חלה כיום על חוזים כלשהם – אם ישירות ואם בדרך של היקש. היא אומצה במידה נרחבת בחקיקה הקונטיננטלית, נכללה בעקרונות דיני החוזים האירופיים, בהצעת חוק המכר האירופי האחד ובאמנת האו"ם למכר בין-לאומי (CISG), שאומצה כאמור גם בישראל והפכה לחלק מן הדין הפנימי במסגרת חוק המכר הבין-לאומי. לזכות לריפוי ביטויים ישירים ועקיפים בדין הישראלי, הן בדין החרות והן בהלכות פסוקות אשר גם כאשר אינן מפרשות זאת מחילות למעשה את דוקטרינת הריפוי בשלל מצבים. כיום הזכות נתפסת בעיקרה כמעוגנת בעיקרון של חובת תום הלב

245 פרק שישי, ס' 131–137 לקודיפיקציה האזרחית, לעיל ה"ש 54.

246 ברק מדינה "הפרק בדבר סיכול חוזה בהצעה לחוק דיני ממונות: פוליטיקה ומשפט בניסוח קוד אזרחי" משפטים 453 (2005).

247 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1072/07 גרעון נ' פוקס, 13–12 (נבו 7.3.2010); ע"א 3531/10 גרעון נ' פוקס, 3 (נבו 3.6.2010).

248 ראו המלצות הצוות הבין-משרדי לבחינת השפעת הקורונה על חוזים (2020) <https://did.li/eXGx5>; לשכת עורכי הדין ההשלכות המשפטיות (החוזיות) של מגיפת ה-COVID-19 – (נייר עמדה, 2020) <https://did.li/kGv6q>.

בקיום חוזה ולא כעיקרון עצמאי בעל מבנה של כלל ויורספרודנצייה עצמאית. טענתי שאחד היתרונות של כללי ריפוי מתוחכמים הוא שהם מספקים לא רק דיוק בתוכן הנורמטיבי אלא גם מנגנון מדויק של תקשורת בין הצדדים, שהוא נחוץ במיוחד במצבי סעד עצמי.

ריפוי אפקטיבי מגן מפני חבות לא ראויה בפיוציים מוסכמים (היות שההפרה המפעילה את הפיוציים המוסכמים רופאה) וכן מפני חילוט בטוחות, המהווה אז עשיית עושר ולא במשפט של הנפגע כלפי המפר. עם זאת הריפוי אינו מחסן בפני חבות בפיוציים – ישירים, מוסכמים או תוצאתיים – בגין נזקים שיוריים פרי ההפרה, כגון פיצוי בגין נזקי האיחור בביצוע, אם הם חלים.

הריפוי משתלב במגמה הפרוגרסיבית לדחות ככל הניתן ביטולי חוזים במצבים שבהם ניתן לשקם את יחסי האמון בין הצדדים ולמצער לקדם את "אינטרס הביצוע" המהותי. הוא משתלב במארג התרופתי ובאמצעי הביניים של דיני החוזים המודרניים, שחלקם נסקרו לעיל ואשר תכליתם, לפחות חלקית, דומה: השעיית קיום, דרישת בטוחה, ביצוע בקירוב וכדומה.

כשהזכות לריפוי משפיעה על הקצאת הסיכונים החוזית בין הצדדים, יש להחיל עליה את העיקרון המזוהה עם פרשת ליפקין, היינו לראות בה זכות דיספוזיטיבית הניתנת להתניה.²⁴⁹ אם הזכות לריפוי נתפסת כנגזרת של החובה לנהוג בתום לב, הרי שבדיוע שאף שהמשפט הישראלי אינו מכיר בתוקפה של התניה על החובה הכללית לנהוג בתום לב, הוא מכיר בדרך כלל בתוקפן של התניות על יישומים שלה, כגון החובה לנהוג בשוויון בהקשרים מסוימים.²⁵⁰ עמידה דווקנית על זכות לא תהיה בהכרח הפרה של חובה קואופרטיבית אם המפר ידע מראש, והסכים, ליטול על עצמו את הסיכון שבהתחייבות דווקנית. גם מבחינה זו ייתכן שראוי לנסח את דוקטרינת הריפוי ככלל ולא כנביעה הקשרית מעקרון תום הלב הכללי בלבד. היות שמנגנון הריפוי – המופעל כזכות של המפר – הוא מעין תמונת מראה של סעדים עצמיים העומדים לנפגע (כביטול החוזה בשל הפרתו), קיים אינטרס, כדי למנוע את קריסתו פעם אחר פעם והידרשות לפסיקת בית משפט, להכיר בו לא רק כנובע ממושג שסתום אלא ככלל בעל רמת מובהקות גבוהה הן באשר לזכות עצמה והן באשר לטכניקה של יישומו במסגרת משטר מסודר של הודעות בין הצדדים ולוחות זמנים להודעה ולביצוע.

זו כאמור גם המגמה בעולם מאז קידוד הזכות לראשונה בקוד המסחרי האמריקאי. עם כל זאת איני מתיימר לטעון שעניתי על כל הביקורות האפשריות או שאימוץ המודל המותנה עדיף בכל המצבים. בסופו של דבר, מנגנון הריפוי מעצים מפירים ביחס לנפגעים לעומת הדין הקיים. ניסיתי להראות שעיצוב נכון של ההעצמה הזו מוצדק בהיבטים שנבחנו כאן. אך קיימות גם עמדות תשתיות, אידאולוגיות, שהן בחירות ערכיות בנוגע לעיצוב הפרופיל האתי של התנהגות בחברה נתונה באמצעות המשפט האזרחי. בפסיקתנו ניתן

249 כשהדברים אמורים בזכות לריפוי שבחוק המכר הבין-לאומי, ס' 6 לתוספת קובע כי הצדדים רשאים להתנות על כל אחת מהוראות ה-CISG, על חלופה או תוצאותיה, והזכות לריפוי בכלל זה.

250 הלכת ד"נ 22/82 בית יולס נ' משה, פ"ד מג(1) 441 (1989). לביקורת ראו עלי בוקשפן "חופש החוזים, תום הלב ותקנת הציבור: מבט מחודש על משולש הגבולות של דיני החוזים" דין ודברים י (2) 267, 297-302 (2018).

ביטוי עיקרי לכך בפסק הדין המונומנטלי בפרשת אדרס.²⁵¹ בפסק דינו של הנשיא ברק באותו עניין, השאלה אם לאפשר למפר החוזה לאחוז בתמורה הנגדית תוך כדי תשלום פיצוי מושלם, במונחי אינטרס הציפייה של הנפגע, או שגם במצבים שבהם ההפרה יוצרת ערך מצרפי עודף ביחס לקיום ("הפרה יעילה") זכאי הנפגע לתמורה הנגדית נוסף על התמורה העצמית מטעמי מניעת עשיית עושר ולא במשפט – נתפסה כשאלה ערכית של הנדסה חברתית. איזו מן חברה אנו רוצים? האם אנו רוצים חברה שחוזים מקוימים בה והפרות חוזים הן בעיקר תאונות שקרו למפירים תמים, או לכל היותר רשלנים? או בחברה שבה צדדים יתייחסו לפורטפוליו של התחייבויותיהם החוזיות כפי שהם מתייחסים לתיק השקעות – ברצותם מקיימים וברצותם מפירים ומשלמים מחיר במונחי אינטרס הציפייה של הנפגע (אך שומרים בידיהם את הערך המוסף שיצרה ההפרה ביחס לקיום)?²⁵² בסוגיית הריפוי השאלה אינה כה דרמטית, מאחר שאף שהריפוי ממשטר את הקיום הבת-הפרתי, הוא אינו משנה את משמעות החיוב החוזי עצמו. עם זאת יהיו מקרים שבהם הריפוי אכן יאפשר למפר אסטרטגי להפר, לייצר רווחי הפרה ולרפא בדלתא נמוכה יותר מהערך המוסף שיצרה ההפרה המרופאת ביחס לביצוע המקורי. היות שהאיזונים הפנימיים של דוקטרינת הריפוי מגבילים את הריפוי למצבים שבהם אינטרס הציפייה המהותי (אף כי לא המושלם) של הנפגע נשמר, איני רואה הצדקה לשפוך את מי האמבט עם התינוק ולדחות את עקרון הריפוי כולו בשל החשש מהתעשרות המפר במצבים "קוניונקטורליים" כאלה (לשון אדרס) – בעיקר כשהלכת אדרס הלא חיה וקיימת כדי לענות על חששות כאלה. השריון היחסי שהלכת אדרס מעניקה ex ante לביצוע החוזי, מפחית, גם אם אינו מבטל, את החשש מניצול לרעה של הזכות לריפוי.

בפתח מאמר זה ציינתי את מקורה של דוקטרינת הריפוי ואת האישוש העיקרי לה בגישה היחסותית לדיני חוזים (relational contract theory), וספציפית, בהיסט היחסותי של ה-UCC ביחס לדיני המכר של המשפט המקובל. מאמר זה אינו המקום כמובן לבחינה ביקורתית כוללת של הגישה היחסותית, אך יש להכיר בכך שהמסגרת העיונית שהצגתי אינה חפה מקשיים. בספרות המחקרית המסקנות האופרטיביות העולות מן הגישה היחסותית אינן חד-משמעיות. ליסה ברנשטיין גורסת בסדרת מאמרים ביקורתיים שבפועל צדדים לסכסוכים חוזיים מעדיפים לעיתים קרובות הכרעות על פי כללים פורמליסטיים וחד-משמעיים, וכי הם נוטים לאמץ כללים המבטאים יעילות כלכלית על פני הערכים של סולידריות ושיתוף פעולה ארוך טווח או "נורמות קהילתיות" שהגישה היחסותית המסורתית מדגישה.²⁵³ איל זמיר מציין כי לשיטתם של מלומדים כברנשטיין וקידוול,²⁵⁴

251 עניין אדרס, לעיל ה"ש 110.

252 ברק "משחק" כאן גם על הלוח הערכי וגם על הלוח הכלכלי, היות שנוסף על קביעתו החד-משמעית האמורה הוא מספק שתי הצדקות כלכליות לשריון הביצוע החוזי באמצעות השבת התמורה הנגדית: 1. החשש מפני ירידה כללית בנפח הפעילות הכלכלית-חוזית בשל קלות ההפרה שאינה כרוכה בהשבה כזו; 2. העלויות של שריון חוזים מפני הפרות כאלה, אם הדין יאפשר אותן. לדיון בטעמים אלו ולביקורת עליהם ראו Daniel Markovits & Alan Schwartz, *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest*, 97 VA. L. REV. 1939 (2011).

253 Lisa Bernstein, *Beyond Relational Contracts: Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts*, 7 J. LEGAL ANALYSIS 561 (2016); Lisa Bernstein, *Merchant Law in a*

זהו בדיוק האפקט של הפרות: "כאשר היחסים עולים על שרטון, הצדדים מעוניינים שהמחלוקות ביניהם תוכרענה הכרעה דווקנית ופורמליסטית, לפי החוזה הכתוב ובהתעלם מהגמישות שגילו זה כלפי זה במהלך חיי החוזה".²⁵⁵ סולידריות וערכים קהילתיים הם חשובים, אך אין להעמיסם על המנגנונים של פתרון סכסוכים חוזיים. זו טענה חשובה, "אוטופואטית" באופייה (ולכן נתונה לביקורת אמפירית) בנוגע לאופן שבו קהילת המשתמשים בחוזים מבינים את הפונקציות והמשמעויות של דיני התרופות,²⁵⁶ אך היא אינה סותרת את הראייה בארגומנט של מאמר זה כניזונה מהגישה היחסותית.

אני סבור שבאופן פרדיגמטי, במצבי מסך הבערות הרולסיאני, היינו כאשר צדדים אינם יודעים בסבירות גבוהה, *ex ante*, אם הם יהיו מפירים או נפגעים, הם ייטו להעדיף את קיומה של הזכות לריפוי על פני היעדרה. הטעם לכך הוא שכל כניסה לחוזה היא גידור של סיכון, ודוקטרינת הריפוי האפקטיבי תורמת לגידור הסיכון הנוגע לחיוב העיקרי.²⁵⁷ הריפוי אינו "הכרעה" בסכסוך, ולכן אינו נופל בהעדפה שברנשטיין וקידוול מתארים; הריפוי מעצב את הסכסוך מבחינה זו שמרגע שניתן ריפוי אפקטיבי, העניינים הנתונים במחלוקת הטעונה הכרעה פחותים בהרבה. אין סתירה בין מערכת תרופתית המקדמת ריפוי מצד אחד, והמעדיפה כללים *clear cut* להכרעה בסכסוך שיורי או בעקבות כשל הריפוי, מצד אחר. למעשה, זה הוא המצב בדיוק במודל הביטול המותנה שתואר לעיל (שהדוגמאות העיקריות לו הן בקוד האזרחי הצרפתי והגרמני): קביעת תקופת ריפוי כדי שלא להיזקק להכרעה בסכסוך, ואז – כללי הכרעה ברורים הן למצבי כישלון הריפוי והן באשר לנזקים שיוריים, כדי מלוא אינטרס הציפייה. ניתן לדמות זאת למערכת המציעה לצדדים ניצים הליך של גישור שנועד לבצע טרנספורמציה של הסכסוך ביניהם כדי שלא תידרש בו הכרעה, ואז – כללים חד-משמעיים למקרה שבו תידרש הכרעה כזו.

Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms, 144 U. PA. L. REV. 1765 (1996).

John Kidwell, *A Caveat*, 1985 WIS. L. REV. 615 254

255 איל זמיר "פירוש חוזים: תאוריה, דין, עובדות וערכים" משפטים נא 81, 101 (2021). ראו גם Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, 97 COLUM.

L. REV. 1710 (1997).

256 עיגון אינטלקטואלי לראיה זו ניתן למצוא בתאוריית המערכות (systems theory) של ניקלס לואמן (Niklas Luhmann). לואמן גרס כי למערכות חברתיות יש היבט "אוטופואטי" שלפיו הפועלים במערכת יוצרים משמעויות שאף שהן ניונות מתכנים ומהיסטוריות שמחוץ למערכת, הן אינן זהות להן ומקבלות את משמעותן המערכתית מהקשר הפעילות הספציפי. לדיון ראו Hubert Rottleuthner, *A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System*, 23 L. & SOCIETY REV. 779 (1989).

257 שוב, זה אינו המקום להיזקק לתאוריה ביקורתית שלמה של היחסים בין חוזה לסיכון, וניתן בהחלט להגדיר את גישתי כאן כפיקציה שמרנית – הפעלת כלל *maximin* בנוגע לסיכון כאשר ברור שכל אינטראקציה חוזית היא גם קניית סיכון, וכי יחסם של פועלים שונים לסיכון שונה רדיקלית מהקשר להקשר. לסקירה אנליטית-היסטורית-תרבותית מאירת עיניים ביחסי חוזה וסיכון ראו Roy Kreitner, *Speculations of Contract, or How Contract Law Stopped Worrying and Learned to Love Risk*, 100 COLUM. L. REV. 1096 (2000).

הגישה היחסותית אינה דוגמה. עם כל העדפותיה לשיתוף פעולה, לסולידריות ולשיקום יחסים ארוכי טווח, היא מקיימת פלורליזם ואמביוולנטיות נורמטיביים בתוך הפרמטרים של מחויבותה להבנה אמפירית מורכבת של יצירה, ניהול, מניפולציה ואיון של יחסי חליפין. טענתי אינה שדוקטרינת הריפוי ראויה מכיוון שהיא נגזרת מהיבט כלשהו של הגישה היחסותית; היא ראויה על רגליה שלה, ואם הערכים שהיא מקדמת מזוהים כערכים יחסותיים, הרי זה לשבחה של התאוריה.

לסיום, בעולם של פלורליזם ערכי ושל מתודולוגיות שונות בעיצוב משפטי הנגזרות מכך (למשל, ניתוח כלכלי לעומת ניתוח סוציולוגי) אי אפשר, ואולי גם לא צריך, לנסות לתת תשובות לכל השאלות. זה אולי יתרונה הפרגמטי של הגישה היחסותית:²⁵⁸ היא מנתחת יחסי חליפין פחות באספקלריה של הכתבה חיצונית, אם כזו המתיימרת לייצג רציונליות מכשירית אוניברסלית (כגישה הכלכלית) ואם כזו המתיימרת לבטא אתיקה א-פרוירית (כדאונטולוגיה הקאנטית), ומנסה לעגן הסדרים משפטיים בהבנות וביחסים אינטרסובייקטיביים שבין השחקנים לבין עצמם, בהתחשב בהתייחסויות ובציפיות העצמיות שלהם (שהמשפט כמובן לא רק מגיב להן אלא גם מעצב). אני סבור שבמגבלות מסוימות עקרון הריפוי הוא הן אתי הן יעיל בשחזור ובשיקום של יחסי חליפין שהופרו או קרסו, אף שהוא מרחיב את מרחב ההפרה החוזית. בעיקר אני סבור שהוא אנושי, מבטא אהדה לחווייתו של המתקשר הכושל לקבל הזדמנות שניה לקיים את התחייבותו, ומבטא הבנה גמישה ולא דוגמטית של מושג החיוב החוזי, או אף מושג החיוב בכלל. ייתכן שמי שגמישות זו נראית לו כמסכנת בלא הצדקה הבנה קפידה יותר של *pacta sunt servanda* לא ישתכנע מהנימוקים המובאים במאמר זה ובמקורות שהוא נסמך עליהם, וגם בכך – הצפתם וסרטוט קווי המחלוקת האידאולוגית והבנה טובה יותר שלהם – יש ערך לא מבוטל.

נספח א: הצעות וניסוחים

להלן מובאות כמה חלופות ניסוחיות המבהירות את המתחים בין האינטרסים השונים של הצדדים בסיטואציה של הפרה, ומבחינה זו הם עזר לטיעונים העיקריים שהובאו במאמר זה. ראיתי לנכון להביא את החלופות השונות שתלמודי העלה ולנתח שתי חלופות הקיימות בדין הפוזיטיבי בלי להביא המלצות קונקרטיות יותר לחלופות עצמן. ההצעות המובאות להלן משתדלות למזער את רמת ההפרות הטקטיות שייגרמו משימוש *ex ante* באפשרות הריפוי ולכוון את המנגנון לקטגוריות המקרים הראויים, בעיקר באמצעות שימוש פורה בחובת הפעולה כתום לב. ניתן כמובן לשלב ביניהן.

לשון המובאת [בסוגריים מרובעים] היא תוספת אפשרית או חלופה לטקסט העיקרי.

258 "פרגמטי" מלשון העמדה הפילוסופית האנטי-דוגמטית הידועה כפרגמטיזם, שמייצגה העיקריים בדורות האחרונים הם ריצ'רד וורטי, ריצ'רד ברנשטיין ורוברט ברנדום. ראו RICHARD J. BERNSTEIN, *THE PRAGMATIC TURN* (2010).

1. חלופה א

[כפוף לסעיף 7 לחוק התרופות / סעיף 528 לחוק דיני ממונות]

צד לחוזה שלא קיים חיוב מחויביו רשאי, אף לאחר שעבר מועד הקיום, לרפא [בתוך זמן סביר] [מיידי] ועל חשבונו את ההפרה, ובלבד שהצד השני לא ייפגע מכך; זכותו של הצד הנפגע לפיצויים לפי סעיפים 10–14 לחוק זה לא תיגרע.

סעיף עזר:

הודיע הצד המפר לצד הנפגע כי בכוונתו לרפא את ההפרה בתוך זמן [נקוב] [סביר] [מיידי] מן המועד שבו נודע לו על ההפרה והציג לצד המפר ראייה סבירה ליכולתו לרפא כאמור, והצד הנפגע לא הודיע לצד המפר [בתוך זמן סביר] לאחר שקיבל את ההודעה [מיידי] על סירובו לקבל ריפוי, לא יהיה הצד הנפגע רשאי במשך אותו זמן להיזקק לתרופה שאינה עולה בקנה אחד עם ריפוי בידי הצד המפר.

הסבר: הכפיות לכוח הביטול הכללי פירושה שהזכאות לריפוי תלויה בכך שהחוזה לא בוטל עקב הפרתו (כי שוב אין מה לרפא). סעיף העזר מסדיר את היחס בין ביטול ובין ריפוי מבחינה זו שמרגע שהצד הנפגע לא התנגד להצעת הריפוי, הוא מנוע מלבטל את החוזה עד תום תקופת הריפוי הנקובה/הסבירה/המיידי. או אז יחול אחד משני המקרים האלה: או שהריפוי יצלח, וההפרה תרופא לפחות מבחינה זו שהיא שוב אינה יסודית ולא ניתן לבטל בגינה את החוזה; או שהריפוי ייכשל, וההפרה תהפוך למוחלטת. מניעות דומה תחול על צעדים תרופתיים כחילוט בטוחות, הפעלת תניות האצה או תביעה לתשלום פיצויים מוסכמים שהזכאות להם עשויה להפוך למותנית בהצלחת הריפוי.

מכל מקום, אין הריפוי מאיין או פותר את עצם ההפרה (הקיום יהיה מאוחר ביחס להתחייבות החוזית), וייתכן שלצד הנפגע עדיין ייגרם נזק במסגרת הקיום המאוחר. לפיכך נשמרת לנפגע הזכאות לפיצוי שיורי, כפוף כמובן לעיקרון הכללי של מניעת כפל פיצוי. קיימים סעדים עולים בקנה אחד עם עיקרון הריפוי, כפיצויים מוסכמים.²⁵⁹

2. חלופה ב

צד לחוזה אשר הפר חיוב חוזי [בתום לב] רשאי, אף לאחר שעבר מועד הקיום של חיוב כלשהו, לרפא בתוך זמן [סביר] [המועד המוקדם ביותר האפשרי] [מיידי] ועל חשבונו את ההפרה, ובלבד שהצד השני לא ייפגע

259 ס' 48 לחוק המכר הבין-לאומי (CISG) אינו מפרש את ההבחנה הזו רק בגלל שהחוק אינו חל על פיצויים מוסכמים כלל.

מכך; זכותו של הצד הנפגע לפיצויים לפי סעיפים 10–14 לחוק זה לא תיגרע.²⁶⁰

הסבר: האטרקטיביות של נוסח זה היא שהיא מעניקה את הזכות לריפוי רק למפירים ללא אשם. כלומר, מפר פוטנציאלי לא יוכל להפר באופן טקטי ומכוון ביודעו שזכות הריפוי תעמוד לו. מבחינת מדיניות משפטית ראויה אלו הם המצבים שבהם ראוי להעניק את זכות הריפוי. הבעיה, כמובן, היא יצירת הבחנה שדיני החוזים הכלליים, ודיני התרופות בעיקר, אינם מקיימים. דיני התרופות אדישים בדרך כלל לשאלת האשם. המבנה הפרדיגמטי של הפרה הוא ביטוחי: קרות ההפרה ("מקרה ביטוח") מפעיל את הזכאות לתרופות, כלשון השקילות שבסעיף 2 לחוק התרופות: "הופר החוזה/ זכאי הנפגע, וגו'". הנרטיב החוזי הבסיסי עדיין רואה בהפרה סוג של תאונה שהחבות בגינה מוגבלת על ידי קריטריון צפיות הנזק במועד כריתת החוזה. אף שלטעמי ההבחנה ראויה ויש לה מקום בדיני התרופות הכלליים, נראה שלא ראוי להכניסה דווקא ב"הדלת האחורית" של דוקטרינת הריפוי, ללא החלה כללית יותר. ייתכן שהתנהגות טקטית בתנאי ריפוי כמתואר להלן תיתפס כהתנהגות שבחוסר תום לב, ונמצא שבתאי המשפט יעצבו את הדוקטרינה בכפיפותה לעקרון תום הלב הכללי (כמובן ניתן לטעון שבהינתן כוונה לרפא את ההפרה אין התנהגות טקטית כזאת עולה כדי הפרת חובות תום לב, ויש בטענה זו ממש).

3. חלופה ג

לא קיים צד לחוזה אחד או יותר מחיוביו על פי החוזה, יהיה רשאי לקיימם אף לאחר שעבר המועד לקיומם, ובלבד שהאיחור בקיום לא יעלה כדי הפרה יסודית [זכותו של הצד הנפגע לפיצויים לפי סעיפים 10–14 לחוק זה לא תיגרע].

הסבר: גרסה זו מגינה על הנפגע מפני מצב שבו עצם הקיום באיחור מהווה הפרה יסודית (כלומר ההפרה עצמה אינה יסודית, אך הדחייה בקיום הופכת אותה ליסודית). בעניין זה יש לדון בנפרד מתזת ה-nachfrist שנדונה לעיל. היא נועדה להגן על הצד הנפגע ממצב שבו אף בהפרה יסודית הסעד היחיד העומד לו הוא פיצוי שיורי. הנחתי היא כי סעיף זה הוא בדרך כלל מיותר. הטעם לכך הוא כי כאשר ההפרה בתנאי הריפוי היא יסודית, הרי שהפיצוי השיורי יעלה כדי אינטרס הציפייה [קיום] כולו או מרביתו. המפר מסתכן אז בכך שישלם ממילא את הפיצוי שהיה מתחייב בו לו הפר ללא ריפוי.

4. תוספות אפשריות:

גירסה 1: הודיע המפר לנפגע על כוונתו לרפא, רשאי הנפגע לדרוש ראייה סבירה ליכולתו לעשות כן.

260 כאמור, המדובר בפיצויים לפי חוק, ולא פיצויים מוסכמים שלאחר ריפוי נאות, שוב אין זכאות להם ככל שהם חלים בגין ההפרה שנרפאה (ייתכן שהם חלים בגין הפרה שלא נרפאה).

גירסה 2: הודיע המפר לנפגע על כוונתו לרפא, רשאי הנפגע לדרוש הפקדה של בטוחה סבירה.

גירסה 3: בית המשפט רשאי להתנות ריפוי כאמור בהמצאת בטוחה סבירה או בתנאים אחרים שימצא לנכון.

הסבר: מחד גיסא תוספת זו תוסיף עלות לריפוי, והיות שכך תמעיט את מספר הריפויים בעולם. לעיתים יתקשה מאוד הצד המפר להמציא ראייה להנחת דעתו של הנפגע. הפקדת בטוחה הופכת את עניין הריפוי למורכב יותר ולאטרקטיבי פחות. גם עירוב בית המשפט באינטראקציה שאמורה להיות על טוהרת הסעד העצמי, הוא פגם.

מאידך גיסא התוספת עשויה להניח את דעתם של נפגעים (בכוח ובפועל) שלא לחשוש מן הריפוי יתר על המידה. תוספת העלות אף תבטיח שמפירים ינקטו את הריפוי המובטח כאשר הם משוכנעים ביכולתם להוציאו אל הפועל.

בדרך כלל ענייני ביטול פרואקטיבי אינם עניין לבית המשפט בהיות הביטול והריפוי פעולות עצמיות; זו האטרקטיביות שלהן. אך יש מצבים שבהם בית המשפט נקרא להתערב ביחסים שבין הצדדים במקרים אנלוגיים. לטעמי, יש להמעיט את התערבות בית המשפט בקביעת הזכויות המהותיות של הצדדים, ולפיכך חלופה 3 בדרך כלל אינה ראויה, מלבד במצבי אי־אמון קשים במיוחד שהטיפול בהם מצדיק עלויות וסרבולל ביוורקרטי.

נספח ב: סעיפי ריפוי בחקיקה השוואתית שאוזכרו במאמר אך לא הובאו במלואם

Uniform Commercial Code

§2-508. Cure by Seller of Improper Tender or Delivery; Replacement.

- (1) Where any tender or delivery by the seller is rejected because non-conforming and the time for performance has not yet expired, the seller may seasonably notify the buyer of his intention to cure and may then within the contract time make a conforming delivery.
- (2) Where the buyer rejects a non-conforming tender which the seller had reasonable grounds to believe would be acceptable with or without money allowance the seller may if he seasonably notifies the buyer have a further reasonable time to substitute a conforming tender.

§ 2-614. Substituted Performance.

Where without fault of either party the agreed berthing, loading, or unloading facilities fail or an agreed type of carrier becomes unavailable or the agreed manner of delivery otherwise becomes commercially impracticable but a commercially reasonable substitute is available, such substitute performance must be tendered and accepted.

BGB Section 323: Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract

- (1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure.
- (2) The specification of a period of time can be dispensed with if
 1. the obligor seriously and definitively refuses performance,
 2. the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a period specified in the contract, in spite of the fact that, according to a notice given by the obligee to the obligor prior to conclusion of the contract or based on other circumstances attending at the time of its conclusion, the performance as per the date specified or within the period specified is of essential importance to the obligee, or
 3. in the case of work not having been carried out in accordance with the contract, special circumstances exist which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate revocation.
- (3) If the nature of the breach of duty is such that setting a period of time is out of the question, a warning notice is given instead.

UNIDROT Principles Article 7.1.4 (Cure by non-performing party)

- (1) The non-performing party may, at its own expense, cure any non-performance, provided that
 - (a) without undue delay, it gives notice indicating the proposed manner and timing of the cure;
 - (b) cure is appropriate in the circumstances;
 - (c) the aggrieved party has no legitimate interest in refusing cure; and
 - (d) cure is effected promptly.
- (2) The right to cure is not precluded by notice of termination.
- (3) Upon effective notice of cure, rights of the aggrieved party that are inconsistent with the non-performing party's performance are suspended until the time for cure has expired.
- (4) The aggrieved party may withhold performance pending cure.
- (5) Notwithstanding cure, the aggrieved party retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure.

Common European Sales Law, CESL (proposed) ²⁶¹**Article 106: Overview of buyer's remedies**

2. If the buyer is a trader:
 - (a) the buyer's rights to exercise any remedy except withholding of performance are subject to cure by the seller as set out in Section 2 of this Chapter [...]
3. If the buyer is a consumer:
[T]he buyer's rights are not subject to cure by the seller [...]

Article 109: Cure by the seller

1. A seller who has tendered performance early and who has been notified that the performance is not in conformity with the contract may make a new and conforming tender if that can be done within the time allowed for performance.
2. In cases not covered by paragraph 1 a seller who has tendered a performance which is not in conformity with the contract may, without undue delay on being notified of the lack of conformity, offer to cure it at its own expense.
3. An offer to cure is not precluded by notice of termination.
4. The buyer may refuse an offer to cure only if:
 - (a) cure cannot be effected promptly and without significant inconvenience to the buyer;
 - (b) the buyer has reason to believe that the seller's future performance cannot be relied on; or
 - (c) delay in performance would amount to a fundamental non-performance.
5. The seller has a reasonable period of time to effect cure.
6. The buyer may withhold performance pending cure, but the rights of the buyer which are inconsistent with allowing the seller a period of time to effect cure are suspended until that period has expired.
7. Notwithstanding cure, the buyer retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure.

Article 155: Remedies of the customer

1. In the case of non-performance of an obligation by the service provider, the customer has, with the adaptations set out in this Article, the same remedies as are provided for the buyer [...]
2. Without prejudice to paragraph 3, the customer's remedies are subject to a right of the service provider to cure whether or not the customer is a consumer.

261 לסטטוס ההצעה ראו לעיל ה"ש 39.

3. In the case of incorrect installation under a consumer sales contract as referred to in Article 101 the consumer's remedies are not subject to a right of the service provider to cure.
[...]
5. Chapter 11 applies with the necessary adaptations, in particular: in relation to the right of the service provider to cure, in contracts between a trader and a consumer, the reasonable period under Article 109 (5) must not exceed 30 days[.]