

הזכות לפירות ההפרה:
אנטומיה של חקיקה שיפוטית

מאת
חנוך דגן*

- א. מבוא
- ב. דחיית טעם היעילות
1. הרלוונטיות ההכרחית (כמעט) של טעם היעילות בחוזים מסחריים
2. תוצאת ההפעלה של טעם היעילות – דחייה של הלכת **אדרס**
3. האפשרות המוגבלת לסטות מהכלל היעיל בהקשרים חוזיים
- ג. מניעת התעשרות שלא כדין
1. מניעת התעשרות שלא כדין – מושג או ערך?
2. היתרון של זניחת השימוש ב"מניעת התעשרות שלא כדין" כבנימוק משפטי
- ד. הפרת חוזה כנטילת קניין
1. פרדיגמת הנטילה – הסעדים המתחרים
2. מסעדים לערכים – התשתית האידיאולוגית של פרדיגמת הנטילה
3. אופי המשאב
4. הפרת חוזה למכירת ברזל כנטילת זכות קניין במקרקעין?
- ה. קיום הבטחות
1. חוזה כהבטחה
2. אדישות הערך של קיום הבטחות לתוכן של ברירות המחדל
3. על פרשנות מילולית, הבנות מקובלות וחוזים פשוטים
- ו. תוס-לב
1. תוס-לב כדאגה לזולת
2. כלל **אדרס** ודאגה לזולת
- ז. קוהרנטיות
1. שני סוגים של קוהרנטיות
2. קוהרנטיות וכלל **אדרס**
- ח. סוף-דבר

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה למיכל אלברשטיין-דוידוביץ', לליאורה בילסקי, לעמרי ידלין, לגילי כהן, למני מאוטנר, לאריאל פורת, לרועי קרייטנר, לאיריס רבינוביץ', לאלן שוורץ ולתברי מערכת עיוני משפט על הערות חשובות שהעירו לי לטיוטות מוקדמות של המאמר. כמו-כן אני מודה לקרן המחקר של אוניברסיטת תל-אביב על סיועה במימון המחקר.

א. מבוא

יש הכרעות שיפוטיות שהשפעתן בשיטה חורגת בהרבה מפועלן התקדימי, רחב ככל שיוגדר.¹ כוונתי לאותן אבני-דרך המביאות לא רק לידי שינוי הדין הספציפי בסוגיה הנידונה בהן, אלא גם לידי שינוי, מיקוד או חידוד של תפיסת הקהילייה המשפטית את התחום הרחב יותר שהשאלה הספציפית נידונה בגדרו או את השדה המשפטי בכללותו. זהו כנראה המעמד שקנתה לה במשפטנו הלכת קול העם בתחום המשפט הציבורי.² המשפט הפרטי, שרשימה זו מתמקדת בו, מונחה בשנים האחרונות על-ידי ההלכה החשובה לפיה נפגע מהפרת חוזה זכאי, כסעד חלופי לסעדים הכספיים שחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970,³ מקנה לו, לתבוע את השבת הרווחים שהפיק המפר ("פירות ההפרה").⁴ הלכה זו – שנקבעה בפסק-הדין הידוע בעניין אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס⁵ ואושרה מאז לא-אחת⁶ – משנה את הדין החל באופן חסר תקדים

- 1 ראו: Kent Greenawalt "Reflections on Holding and Dictum" 39 *J. Legal Educ.* 431, 437 (1989).
- 2 בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871. לעניין מעמדה של הלכה זו ראו, למשל, אהרן ברק "הנשיא אגרנט – 'קול העם' – קולו של העם" גבוורות לשמעון אגרנט (תשמ"ח) 129.
- 3 ס"ח 16 (להלן: חוק החוזים (תרופות)).
- 4 דוגמה פשוטה תעזור בהבהרת ההלכה: מיכר וקינה נקשרו בהסכם למכר טובין תמורת 100. במועד ההתקשרות העריך הקונה את הממכר ב"110, ועלותו למוכר היתה 90. עובר למועד הביצוע איתר המוכר קונה פוטנציאלי אחר, שהיה מוכן לשלם בעד הממכר 125. המוכר מכר לו את הטובין והפר בכך את החוזה הראשון (משמע שלולא ההפרה, לא היה יכול להיכנס לעסקה החלופית); במועד ההפרה, הקונה המקורי אינו יכול לבצע עסקה חלופית במחיר השוק. לשם הפשטות אניח שהמחיר של החוזה הראשון שיקף את מחיר השוק הן במועד של כריתת החוזה והן במועד ההפרה. השאלה שרשימה זו מתמקדת בה היא אם הקונה זכאי לכל הרווח שהפיק המוכר מההפרה, קרי: 25 (זה הכלל שאת רציתו אני בוחן; להלן: כלל אדרס), או שמא הוא מוגבל לפיצויי הציפייה שלו בלבד, קרי: 10 (כפי שהיה הדין עובר לחידוש הפסיקתי שאני דן בו).
- 5 ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (להלן: הלכת אדרס או עניין אדרס).
- 6 ראו למשל ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297 (להלן: עניין כהן). בעניין אדרס היתה מחלוקת מסוימת בקרב שופטי הרוב באשר לשאלה אם ההלכה שנקבעה שם חלה רק במצב בו החוזה ממשיך לעמוד בתוקפו, או שמא גם כאשר הוא כבר בוטל. השוו שם, בע' 261, 272, 280 (השופט ברק) לע' 244, 281 (השופטים ש' לוין וברק). מעניין מאוחר יותר – ע"א 2702/92 גינוברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540, 557 – עולה שהגישה האחרונה, לפיה כלל אדרס חל גם כאשר החוזה מבוטל, היא הנוהגת כיום. ראו לעניין זה גם הערה 239 להלן.

בפרספקטיבה השוואתית,⁷ לפחות ככל שמדובר בחווים "רגילים", שאינם מתייחסים ל"נכסים מיוחדים" (unique goods).⁸ יתר על-כן, הלכת אדרס גם מציינת שינוי כיוון (שהחל אולי כבר לפני-כן, אך בא לידי ביטוי מובהק כלי-כך באותו עניין) בתורת המשפט של בית-המשפט העליון בישראל, לפחות ככל שהדברים אמורים במשפט הפרטי.⁹ דעת הרוב בעניין אדרס התעלמה כמעט לחלוטין מסוג של נימוקים שהיה מכריע – כמעט בלעדי – בתקופות קודמות.¹⁰ כך סירבו שופטי הרוב לייחס חשיבות לנימוקים דוקטרינריים קלאסיים, כמו השאיפה להפריד היטב בין תחומי המשפט השונים ולהימנע מלהחיל בתחום פלוני (דיני חוזים) נורמות שמקורן בתחום אלמוני (דיני עשיית עושר ולא במשפט).¹¹ מנגד, רבים מהנימוקים בהם דנו שופטי הרוב מתקשרים לזרמים חשובים במחשבה משפטית מסוג שונה, כזו שפרדריק שאואר מכנה "תורת משפט של טעמים" (Jurisprudence of Reasons). להבדיל מ"תורת משפט של כללים" (Jurisprudence of Rules), המתאפיינת בהיוקקות לסוג הנימוקים הדוקטרינריים שהוכרחי קודם, תורת משפט של טעמים אינה רואה עוד בפנייה לכלל פלוני או לתקדים אלמוני נימוק משפטי מספק, ועומדת על כך שהנמקה משפטית ראויה צריכה לענות על שאלת ה"למה?", קרי: לחרוג ממערכת הכללים והמושגים המשפטיים ולהתמקד בטעמים העומדים ביסודם.¹² ברוח זו, בית-המשפט שואל את עצמו מהי נפקותו של שיקול היעילות להכרעה בשאלת הזכות

- 7 לדחיית כלל אדרס במשפט האנגלו-אמריקאי ראו למשל: *Surrey County Council v. Bredero (c.a) Homes* [1993] 3 All E.R. 705 (Eng.) (להלן: עניין *Surrey*); *Coca-Cola Bottling v. Coca-Cola* 988 F.2d 386, 409 (3rd Cir. 1993); George E. Palmer *The Law of Restitution* (Boston, 1978 & Supp., 1995) § 4.9 (U.S.); Peter D. Maddaugh & John D. McCamus *The Law of Restitution* (Aurora, Ontario, 1990) 436 (Can.); *Hospital Products v. U.S. Surgical* (1984) 156 C.L.R. 41, 67–76, 118–119, 136–150 (Aust.).
- 8 לדיון ב"נכסים מיוחדים" ובכללים החלים לגביהם במשפט האנגלו-אמריקאי, ראו להלן טקסט סמוך להערה 148 והערה 189.
- 9 מנחם מאוטנר הציג לאחרונה את הלכת אדרס כ"דוגמא טובה למגמה של טשטוש קווי-הגבול המבחינים בין קטגוריות משפטיות שונות". מאוטנר מייחס מגמה זו ליציאתו של בית-המשפט העליון של שנות השמונים נגד חתירתו של הפורמליזם המשפטי ליצירת קטגוריות משפטיות טכניות המנותקות מהעקרונות התולשים על הסוגיה נשוא הדיון. ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993) 49–50.
- 10 ראו, כללי, מאוטנר, שם, בע' 40–44.
- 11 השוו בפרט את פסק-דינו של השופט ד' לוין (שהיה ברעת מיעוט; ראו עניין אדרס, לעיל הערה 5, בע' 237–239) עם פסק-דינו של השופט ברק (דעת רוב; ראו שם, בע' 262–266). ראו גם (כדעת המיעוט) גר טדסקי "היבטים לעשיית עושר" משפטים יא (תשמ"א) 385, 401–402, 407.
- 12 ראו: Frederick Schauer "The Jurisprudence of Reasons" 85 *Mich. L. Rev.* (1987) 847.

לפירות ההפרה (וקובע שלא ראוי ליתן לו משקל של ממש), ומנמק את בחירתו בכלל המקנה זכות זו לנפגע בעיקר בשיקולים ערכיים אחרים: קיום הבטחות, תוס'לב ומניעת התעשרות שלא כדין. נוסף על כך, בית המשפט מסרב למתוח קו דוקטרינרי – הנראה לו מלאכותי – בין הפרת תווה לבין נטילת קניין. לבסוף, בית המשפט מסביר את ההבדל בין הדין הישראלי שהוא מחוקק לבין המשפט המשווה בראשונות של סעד האכיפה אצלנו לעומת משניותו במדינות המשפט המקובל.¹³

נראה לי שניתן וראוי לדון באבן-דרך חשובה זו של המשפט הישראלי לפחות מארבעה כיווני מחשבה, אך רשימה זו תתמקד רק בשניים. ניתן לשאול אם רצוי ואם לגיטימי לעבור מתורת משפט של כללים לתורת משפט של טעמים. כיוון ניתוח זה מעלה שאלות קשות בתורת המשפט ובמשפט חוקי.¹⁴ נוסף על כך, ניתן ואף ראוי לברר אם הטעמים הערכיים הכלליים שבית המשפט מעלה – יעילות, קיום הבטחות, תוס'לב – הינם יעדים ראויים של המשפט הישראלי. בחינה כזו של פסק-הדין מחייבת דיון מעמיק בשאלות של דין רצוי או מדיניות ראויה. שני כיווני ניתוח אלה חשובים למשפטן; יחד עם זאת, שניהם חורגים מתוכניתו של מאמר זה.

העניין הנוכחי שלי בהלכת אדרס פונה לשני אפיקים אחרים, פחות שאפתניים במעט. ראשית, כמו לכותבים אחרים העוסקים במשפט הפרטי, נראה לי חשוב לברר את רציונות של התוצאה המהותית בה בחר הדין הישראלי בשאלת הזכות לפירות ההפרה, קרי: הענקתה לנפגע. כפי שנראה, לדיון בשאלה זו יש גם נפקויות רחבות ביחס לסוגי השיקולים שניתן להפעיל במשפט הפרטי ההסכמי ולדרך הפעלתם הראויה. שנית, נוסף לדיון המהותי, נראה לי חשוב – בהינתן המעבר לתורת משפט של טעמים, ובהנחה שהטעמים הערכיים הכלליים שבית המשפט פונה אליהם הינם ראויים (ואו למצער, שלגיטימי שהוא יראה אותם ככאלה) – להתמקד באופן הפעלתם של טעמים אלה לצורך גזירתם של כללים משפטיים קונקרטיים, דוגמת כלל אדרס.

משימתי הראשונה – והספציפית יותר – ממוקמת כמובן בתחום המשפט הפרטי המהותי. המשימה השנייה היא תורת משפטית: היא מניחה שראוי למשפטן (לפחות אם המדובר בשופט בערכאה העליונה בשיטה) לינוק את הנמקותיו מזרמים נורמטיביים נתונים, וחוקרת באופן ביקורתי את המעבר מציוויים מופשטים לכללים משפטיים קונקרטיים. אני מוצא שסוג זה של עיון תיאורטי במשפט הינו רבי-חשיבות, שכן הוא משרת, ובאורח ישיר ומייד, את העשייה המשפטית ואת השיח המשפטי. יתר על-כן, נראה לי ששתי המשימות שהצבתי לפני ברשימה זו קשורות זו בזו, במובן שהתעניינות באחת

13 שיקול אחרון זה עשוי להיתפס כדוקטרינרי גרידא, אך בפרק זה להלן אני מנסה לשבץ גם אותו בגדריה של תורת משפט של טעמים.

14 למשל: האם ניתן כלל לדבר על תורת משפט "טהורה" של כללים, או של טעמים, והאם הבחירה בתורת משפט זו או אחרת צריכה להיות אחידה, או שמא ראוי שהיא תשתנה דווקא על-פי סוג המוסד או הערכאה המשפטית שמדובר בהם ועל-פי מאפיינים נוספים של ההקשר שההכרעה השיפוטית מתבקשת בגדרו (כגון פרק-הזמן שחלף מאז נבחנו סוגיות ערכיות דומות)?

מחייבת עיסוק באחרת: כל מי שמתעניין במשפט המהותי (או שהמשפט המהותי מהווה את לחם חוקו) שואף להגיע להבנה טובה ככל האפשר של דרכי ההנמקה המשפטית (המצויות והרצויות); כל מי שעניינו התיאורטי במשפט מונע על-ידי השאיפה להשבית שית זה של עשיית משפט¹⁵ מתעניין ב"תרגום" הראוי של ציוויים חברתיים לנורמות משפטיות, ומעוניין להראות שהפנייה לטעמים (בנבדל מההיוקקות הבלעדית לכללים) מסוגלת להניב תוצאות של ממש בהקשרים משפטיים קונקרטיים; שתורת המשפט שהוא מציע – זו שקראתי לה כאן "תורת משפט של טעמים" – אינה רק אידיאל תיאורטי (וכאן הרי אני מניח שאומנם היא כזו), אלא היא גם אפשרות פרקטית (ואטרקטיבית), שיש לה נפקות אמיתית בכל צעד ושעל של העשייה המשפטית.¹⁶

נפנה אם-כן לשיקולים שנידונו בעניין אדרס, ונראה האומנם יש בהם כדי להצדיק את התוצאה אליה הגיע הדין הישראלי. אפתח דווקא בשיקול שנדחה שם: שיקול היעילות, ואטען כי אף-על-פי שקשה לדעת בוודאות באיזה כלל משפטי הוא תומך (אם כי סביר יותר שהניתוח הכלכלי מצביע דווקא על דחיית כלל אדרס), קשה עוד יותר לקבל את דחייתו של שיקול היעילות כשיקול רלוונטי על-ידי בית-המשפט העליון. אחר-כך אעבור לבחון את השיקולים שהנחו את שופטי הרוב. אטען שהשיקולים של מניעת התעשרות שלא כדין, אנלוגיה לנטילת קניין וקיום הבטחות אינם מסוגלים להניב את הכלל המקנה את פירות ההפרה לנפגע (או למצער, שנדרשת עבודה תיאורטית קשה בהרבה מזו שמגלה פסק-הדין על-מנת להצדיק גזירה כזו). מנגד, הטעמים של תום-לב וקוהרנטיות של השיטה הינם מועמדים טובים יותר לביסוס כלל זה, אך גם בקשר אליהם נדרש, לדעתי, ניתוח עדין יותר, המניב כלל משפטי מתון מזה שנקבע בעניין אדרס.

ב. דחיית טעם היעילות

אחת הסיבות לכך שעניין אדרס נחשב לנקודת-ציון במשפט הפרטי שלנו היא דחייתו את הניתוח הכלכלי של המשפט ככלי חשוב לפתרון שאלות דוקטרינריות:¹⁷ גם אם הכלל שהוא קובע מנוגד למה שממליצה "האסכולה הכלכלית של המשפט", מסביר בית-המשפט, אין בכך דבר; זאת באשר "תפיסתה של זו מתעלמת, לענייננו, מהעובדה, שמדובר בבני אדם בעלי תחושה מוסרית, ולא ברובוטים".¹⁸

15 ראו אוריאל פרוקצ'יה "בועות משפט" משפטים כ (תש"ן) 9; מנחם מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט" ספר השנה של המשפט בישראל (אריאל רוזן-צבי עורך, תשנ"ב-תשנ"ג) 1, 3-39.

16 ניתן לראות את המשימה הראשונה שהצבתי לפני כאן גם כמקרה פרטי של המשימה השנייה, המדגים, ככזה, את חשיבותה לצורכי העיסוק בדין המהותי.

17 ראו מאוטנר, לעיל הערה 9, בע' 61-62.

18 עניין אדרס, לעיל, הערה 5, בע' 237 (מפי השופט ש' לוי); דברים אלה צוטטו בהסכמה על-ידי השופט ברק, בע' 278; השופט ברק מוסיף להם שני נימוקים, שאתיהם אליהם בהמשך.

בפרק זה אטען שדחיייה זו של לקחי הניתוח הכלכלי - אשר הובנה בקהילייה המשפטית כקביעה שמסקנות הניתוח הכלכלי אינן רלוונטיות להכרעות משפטיות - מהירה מדי, וכי ראוי דווקא ששיקולי יעילות ימלאו תפקיד חשוב בהקשר של סוג החוזים שאני דן בהם כאן ואשר בהם עסק גם עניין אדרס: חוזים מסחריים בין גופים מתחכמים ויודעיידין, שהינם שווי-כוח פחות או יותר ואשר התקשרו ביניהם במשא-ומתן חופשי. (להלן אתייחס אליהם, לשם הקיצור, כאל "חוזים מסחריים"). אין בכוונתי להציע כאן הגנה רחבת-היקף לשיקול היעילות במשפט בכלל;¹⁹ כמו-כן איני מתיימר להגיע למסקנה חד-משמעית באשר לכלל המשפטי המתחייב מיישום של שיקול היעילות בענייננו, אם כי נראה לי, מסיבות שאבהיר מייד (בסעיף 2), ששיקול זה מצביע דווקא על הכלל המסורתי, המגביל את שיעור הפיצויים שהנפגע מהפרתו של חוזה "רגיל" זכאי לו בפיצויי הציפייה שלו. מטרתי העיקרית בפרק זה רחבה יותר משאלת יעילותו של כלל אדרס, אם כי היא שאפתנית פחות מבירור השאלה של רציות ההיזקקות לשיקול היעילות במשפט. עיקר הנטל של הדיון שלהלן הינו כפול: להסביר (בסעיף 1) מדוע - בהנחה שאנו יודעים מהו הכלל היעיל - קשה להתייחס אליו, כשמדובר בחוזים מסחריים, כאל כלל בלתי-רלוונטי; ולהגדיר (בסעיף 3) את האפשרות, המוגבלת למדי, לדעתי, לסטות מהכלל היעיל מבלי להיגרר (באופן פרדוקסלי) לקביעת כללים שיהיו חסרי רלוונטיות בעולם המסחר.

1. הרלוונטיות ההכרחית (כמעט) של טעם היעילות בחוזים מסחריים

על-מנת להבהיר את הטענה לפיה קשה - בהקשר של חוזים מסחריים - להתייחס לכלל היעיל כאל כלל בלתי-רלוונטי, נוח להתחיל בבירור התוצאה של קביעת כלל המקנה לנפגע את פירות ההפרה. לכאורה, פשיטא. משקבע בית-המשפט כי רווחי ההפרה יישללו מן המפר, הוא העלה בכך את עלות ההפרה ויצר בכך תמריץ חיובי לקיומם של חוזים; במילים אחרות, כלל אדרס מרתיע מפירים בכוח מלהפר את חוזהם, שכן ההפרה אינה כדאית עוד.²⁰ ברם, מסקנה לכאורית זו אינה נכונה בהכרח: ההלכה הפסוקה - שמייד אחזור אליה (על-מנת להצדיקה) - מכירה באפשרות ההתניה על סער ההשבה בחוזים מסחריים.²¹ בשורות הבאות אטען שבהינתן יכולתם זו של הצדדים לסרב לכלל

19 לסקירה ביקורתית של הטיעונים הכלליים באשר למעמדה של היעילות כיעד ראוי של המשפט, ראו עלי זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (תשנ"ב) 261, 279-290.

20 ראו עניין אדרס, לעיל הערה 5, בע' 237, 277, 283. לניתוח דומה ראו לדוגמה שירלי רנר "דיני חוזים - מגמות והערכה" משפטים כא (תשנ"א) 33, 59, 60, 77; מאוסנר, לעיל הערה 9, בע' 106.

21 ראו ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הוהב בע"מ, פ"ד (3) 85, 96-98 (חוות-דעתה של השופטת נתניהו); ראו גם דעתה החולקת של המשנה לנשיא בן-לפורת, בע' 101; השופט אלון נמנע מלחוות דעה בנידון (להלן: עניין ליפקין); עניין אדרס, שם, בע' 241, 262 (השופטים ש' לזין וברק); ע"א 187/87 לוי נ' דויטש, פ"ד מג(3) 309, 317 (הנשיא שמגר

שהמשפט מציע להם, קשה לדבר על עידוד קיומם של חוזים כעל יעד רלוונטי של דיני החוזים; מנגד, כל עוד אכן מדובר בדין דיספוזיטיבי (מרשה), מתחייבת - כמעט בהכרח²² - דווקא דרך הניתוח אותה דחה בית המשפט, דהיינו, זו שמציעה "האסכולה הכלכלית".

מרגע שאנו מכירים ביכולתם של הצדדים להתנות על כלל המסדיר סוגיה פלונית שביחסיהם החוזיים, נראה, לפחות על פני הדברים, שבחירת הכלל המשפטי צריכה להיעשות על-ידי איתור הנורמה שצדדים היו מעדיפים שתחול על החוזה שלהם (כלומר, הכלל שכל אימת שהדין יסטה ממנו, יתנו הצדדים על הוראות הדין). גישה זו - הרואה בכללים של דיני חוזים מעין "תווה לדוגמה", האמור להתאים לרוב הצדדים המתקשרים בשוק²³ - נראית ראויה: היא משרתת את אוטונומיית הרצון של השחקנים, משום שיש בה כדי להקל עליהם את ההתקשרות בחוזים,²⁴ דהיינו, לחסוך להם את העלויות הכרוכות בצפיית אפשרויות או מקרים עתידיים שונים ובהכרעה לכתחילית באשר לכלל שיסדיר מקרים אלה, אם אכן יקרו.²⁵

קובע כי "דומה, שכיום אין חולקים עוד על כך, שצדדים לחוזה רשאים - בכפוף לשיקולי תקנת הציבור - להתנות על דיני עשיית עושר ולא במשפט"; השופטים גולדברג ומלץ מסכימים; עניין כהן, לעיל הערה 6, בע' 317 (כנ"ל, מפי השופט מצא; השופטים ברק ושל' לויין מסכימים); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב ותוספות תשמ"ט) 66-67.

22 הסייג המובלע בטקסט אינו מקרי, כפי שיובהר בסעיף 33 להלן.

23 על הקשיים באיתור כללים כאלה במגוון העצום של התקשרויות חוזיות, ראו להלן הערה 36.

24 ודוק: בחירה כזו של כללי ברירת מחדל אינה יכולה להיות מעוגנת באופן ישיר ברצון או בהסכמה של הצדדים. ראו: Jules L. Coleman *Risks and Wrongs* (Cambridge, 1992) § 8.2. האמור בטקסט אינו מתיימר לבסס קשר חזק כזה, אלא לעמוד על הקשר העקיף (המכשירי) בין בחירת נורמות חוזיות על-סמך ההעדפות של רוב המתקשרים לבין הערך של אוטונומיית הרצון.

25 ראו, לדוגמה: Robert E. Scott & Douglas L. Leslie *Contract Law and Theory* 8 (Charlottesville, 1988). ראו גם אוריאל פרוקציה "זה חוזה? זה תפק? זה חוק? תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושג-היסוד במשפט" משפטים יח (תשמ"ח) 395, 401, 427 ("תפקידה של החקיקה המרשה [אם היא ממלאת כראוי את יעודה] הוא לחסוך בעלויות עסקה [transaction costs]. בלעדית הצדדים היו חייבים לטרוח הרבה על עיצוב רצונותיהם ולהעסיק מומחים ומסייעים לצורך גיבושם החוזי הנאות. אם המחוקק יכול לנחש מהם ההסדרים שהצדדים היו מגיעים אליהם מרצונם החופשי בעולם שיש בו אינפורמציה מלאה ואין בו עלויות עסקה, עליו לגבשם בהוראה סטטוטורית מרשה ובכך להווייל לצדדים את מה שהיו רוצים לעשות בלאו הכי. הוולה זו עשויה לאפשר עסקאות שלא היו מתבצעות בלעדית ולהוסיף נופך של אטרקטיביות לעסקאות שהיו אמנם מתבצעות גם בלעדית, אך בדמים מרובים. תפקידו של המחוקק במילוי

יתר עליכן, כל גישה אחרת, פרט לפנייה לכלל הרצוי למתקשרים בחוזים טיפוסיים, נראית בלתי־אפשרית כמעט, או ליתר דיוק, תמוהה. כך, אילו ערכנו מחקר־שדה וגילינו שמתקשרים בשוק מעדיפים דווקא את הכלל ההופכי לכלל אדרס (קרי: הכלל המקנה את רווחי ההפדה למפר), היתה הקביעה של כלל אדרס (המקנה את רווחי ההפדה לנפגע) נראית חסרת תועלת כמעט: אם צדדים טיפוסיים אכן מתנים על כלל אדרס, תוצאתו היחידה היא העלאת הנטל של הוצאות העסקה, בבחינת "הדין כמטרד".²⁶ יוצא שגם מי שאינו סבור ששירות האוטונומיה של הצדדים מהווה את המטרה היחידה (אם בכלל) של דיני החוזים, נגרר, בהקשר של חוזים מסחריים לפחות, לפנייה לתניות שמתקשרים טיפוסיים מעוניינים בהן.²⁷

הקושי טמון, כמובן, באיתור רצונותיהם המשותפים של צדדים טיפוסיים בהיעדר מחקר־שדה כזה, כלומר, באופן תיאורטי. דרך אחת לבירור כזה מציעה "האסכולה הכלכלית". על־פי הגישה המקובלת ביותר בקרב אסכולה זו, הדרך הראויה לבחירת כללים בנייהתניה בדיני חוזים היא באמצעות ניתוח תיאורטי שיברר בידי מי יעיל יותר ליתן את הזכאות או את החיוב שמדובר בהם (המבטיח או הנבטח; המפר או הנפגע).²⁸

פונקציה זו הוא תפקיד של חקיקה. אין הוא צריך להשליט את רצונו הוא על הזולת, אלא עליו לשקף כבראי את רצונו המשותף של הזולת ולעצבו בדבר חקיקה". לזיכרון שזוררו דברים אלה ראו גר טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו (תש"ן) 5; אוריאל פרוקציה "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופסור גר טדסקי" עיוני משפט טו (תש"ן) 385.

26 ראו: 3 Alan Schwartz "The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law" *S. Cal. Interdisciplinary L. J.* (1994) 389, 392, 399, 402–403, 416; David Charney "Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation" 89 *Mich. L. Rev.* (1991) 1815, 1846–1847, 1851, 1877–1878.
27 ראו בדומה: Michael J. Trebilcock *The Limits of Freedom of Contract* (Cambridge, 1993) 245–246.

28 בסכמו את הספרות הכלכלית העוסקת בנושא, אלן שוורץ מציין, נוסף לגישה הנזכרת בטקסט, שתי גישות נוספות לקביעת כללים של ברירת מחדל, אך אלה אינן נראות רלוונטיות במיוחד לענייננו. גישה אחת מכוונת לתמרץ – בנסיבות של פערי מידע בין הצדדים – את הצד המיועד יותר לגלות מידע לצד שכנגד. ברם, בהקשר לשאלה שחיבור זה עוסק בה, קשה לעמוד על קיומם של פערי מידע: אין זה סביר להניח שהמוכר יודע, כבר במועד של כריתת החוזה, על קיומה של עסקה חלופית, טובה יותר (שהרי אחרת, היה מתקשר בה מלכתחילה). הגישה הנוספת האחרת רואה את הכללים של ברירת המחדל כמכוונים למקד את תשומת־הלב של הצדדים בסוגיה הנידונה באופן שיניע אותם להגיע לפתרון האופטימלי של הקצאת הסיכונים ביניהם. דא עקא, למעצבי מדיניות קשה, כפי ששוורץ מראה, ליישם המלצה עקרונית זו בכללים משפטיים. ראו: Schwartz, *supra*, note 26, at pp. 406–410.

ההנחה שביסודה של דרך ניתוח זו היא שצדדים בשוק ייטו לבחור הקצאות יעילות של זכויות חוזיות (למשל, כאלה המטילות סיכון פלוני על אותו צד שמסוגל טוב יותר מרעהו להתגונן או לבטח את עצמו מפני התרחשותו). הנחה זו אינה נראית בעייתית במיוחד בהקשר הנידון כאן, שכן הקצאות כאלה משיאות (ממקסמות) את יתרונות שיתוף־הפעולה בין הצדדים, ובכך (לפחות בכוח) גם את הנחה שיקבל כל אחד מהם כתוצאה מההתקשרות המועילה.²⁹ אם, למשל, הכלל המסורתי, המקנה את רווחי ההפרה למפר, יעיל יותר מכלל אדרס, כי אז יעדיפו אותו שני הצדדים כאחד: הן המבטיח־המפר־בכוח והן הנבטח־הנפגע־בכוח. במיוחד חשוב להדגיש שגם נבטחים, ולא רק מבטיחים, אינם מעוניינים שהדין יכלול סעדים שאינם יעילים בדיני התרופות בשל הפרת חוזה. זאת מאחר שאם, לדוגמה, כלל אדרס יעיל פחות מן הכלל ההפוך לו, יהא המחיר שידרוש המבטיח מהנבטח בעד הכללתו בחוזה³⁰ גבוה מהיתרון שיצמח לנבטח מהכללת כלל כאמור. משמע: מבחינתו של הנבטח, תהא רכישת הזכאות לרווחי ההפרה – בין באמצעות תניה חוזית מפורשת ובין על־ידי ברירת מחדל שהדין "שותל" בהיעדר התניה סותרת – עסקה שאינה כדאית, שמחירה רב מתועלתה.³¹

בנקודה זו נעוצה, בעיני, גם הסיבה המכרעת לכך שאכן אין זה ראוי לקבוע את כלל אדרס ככלל כופה, ומכאן רציונליותה של ההלכה הפסוקה הקובעת שצדדים לחוזה יכולים להתנות עליו: משמעותו של איסור התניה היא כפייה על נבטחים לרכוש ממבטיחים את הזכאות לרווחים מעסקה חלופית גם כאשר אין הם רוצים לרכוש (למשל, משום שאין זה משתלם להם).³² בהיעדר חשש כי התניה על סעד ההשבה תפגע בצדדים שלישיים או בערך חשוב כלשהו של הקהילה, בהיעדר כשלי שוק ובהיעדר נימוק פטרנליסטי (שאינו נראה רלוונטי בהקשר של חוזים בין צדדים מסחריים מתוחכמים³³), ספק רב אם קיימת הצדקה כלשהי ל"עסקה כפויה" כזו.

29 להנחה זו ראו למשל: Alan Schwartz "Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies" 21 *J. Legal Stud.* (1992) 271, 277; Anthony T. Kronman "A New Champion for the Will Theory" 91 *Yale L. J.* (1981) 404, 416.

30 הזכאות לרווחים מעסקה חלופית שעשויה להודמן למוכר שווה כסף, ולפיכך יהיה חוזה הקובע שזכאות זו הינה בידי הנבטח יקר יותר מתווה הקובע שהזכאות תהא בידי המבטיח.

31 ראו למשל: Sidney W. DeLong "The Efficiency of a Disgorgement as a Remedy for the Breach of Contract" 22 *Ind. L. Rev.* (1989) 737, 740–742.

32 ראו בדומה: Charney, *supra* note 26, at p. 1855.

33 ראו בדומה דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 61 ("לא קל להצדיק פטרנליזם כופה בהקשר לדיני ממונות וכאשר מדובר באנשים בגירים המתקשרים בחוזה בנוגע לרכושם"). ראו גם עניין ליפקין, לעיל הערה 21, בע' 94–95.

2. תוצאת ההפעלה של טעם היעילות – דחייה של הלכת אדום

אם הכלל הראוי הוא אכן הכלל היעיל, עולה השאלה: איזהו הכלל היעיל? הנימוק המקובל לטענה שהכלל המסורתי יעיל יותר מכלל המוכח את הנפגע בפירות ההפרה הוא שהמוכר, ולא הקונה, הוא בדרך-כלל מי שצפוי לאתר קונים אחרים, המסוגלים להפיק מהנכס תועלת רבה יותר, ולכן מוכנים לשלם יותר בעדו. במקרים כאלה, אם תהא הזכאות בידיו, יתמיד המבטיח-המוכר בחיפושיו לאתר קונה כזה, ואילו אם הרווח הצפוי עתיד להשתלשל לכיסו של הנבטת, לא יטרח המבטיח-המוכר לעשות כן (או ליתר דיוק, יהא לו תמריץ נמוך בהרבה לעשות כן, שהרי עלימנת לממש עסקה חלופית כדאית במיוחד הוא יידרש לקנות בחזרה את הזכאות מהקונה הראשון).³⁴ במילים אחרות: יש להקצות את התמריץ למצוא קונים חלופיים, כלומר, את הרווח שיופק מאיתורם, למי שיש לו הכישורים העדיפים לעשות כן (למי שיבצע פעילות זו באופן יעיל יותר); והואיל והמבטיח הוא בעל הכישורים העדיפים – הואיל והוא "המוצא הוול ביותר" של קונה חלופי כאמור – ראוי שהדין יקצה לו את פירות ההפרה.

כרם, אין זה הכרחי שדווקא המוכר-המבטיח, ולא הקונה-הנבטת, יהא הצד שמצוי בעמדה הטובה יותר לאתר הזדמנויות למכירה שנייה בתנאים עדיפים.³⁵ בצד מקרים שהנחה זו שבבסיס הנימוק המקובל נראית בהם נכונה באופן מובהק כמעט – מקרים שהמוכר בהם הוא סוחר והקונה צרכן – ניתן להצביע גם על מקרים אחרים שהמסקנה בהם אינה נראית ברורה כל-כך: כאשר יצרן מוכר לסיטונאי, קשה לומר מיהו, במקרה הטיפוסי, "המוצא הוול ביותר" של עסקה חלופית; וכאשר צרכן מוכר לסוחר (לדוגמה: יורש המוכר נכסי עיזבון לסוחר בחפצים משומשים), נראה שדווקא הקונה הוא המוצא הוול ביותר (וכך שהשמת הזכאות לפירות העסקה החלופית בידיו נראית עדיפה).³⁶

34 ראו: E. Allan Farnsworth "Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract" 94 *Yale L. J.* (1985) 1339, 1381–1382; DeLong, *supra* note 31, at pp. 743–745.

35 ראו: Daniel Friedmann "The Efficient Breach Fallacy" 18 *J. Legal Stud.* (1989) 1, 1225, 1292–1304; George M. Cohen "The Fault Lines in Contract Damages" 80 *Va. L. Rev.* (1994) 5. ייתכן גם שמבחינת התמריץ לאתר הזדמנויות למכירה שנייה בתנאים עדיפים יעדיפו הצדדים (באופן טיפוסי) דווקא תניה שתקנה את פירות המכירה לראשון מביניהם שמאתר קונה כאמור (ומיידע את משנהו). לתניה כזו היגיון כלכלי אם (ורק אם) אין חפיפה בין השווקים שהצדדים באים עימם במגע; אחרת, היא מתמרצת אותם להשקיע מאמץ כפול לשם השגת אותה מטרה. ראו: Cohen, *ibid*, at pp. 1295–1297.

36 ראו בדומה: Alan Schwartz "The Case for Specific Performance" 89 *Yale L. J.* (1979) 271, 284–287. יתר על-כן, ניתן להכליל את האמור בטקסט ולטעון שספק אם ניתן כלל למצוא פתרונות אחידים שיהיו יעילים – ועליכן רצויים בעיני הצדדים – במגוון העצום של סוגי העסקות שדיני חוזים חלים עליהם. כך, אלן שוורץ טוען שפתרונות לבעיות חוזיות נוטים להיות ספציפיים להקשר העסקי, ולפיכך, על דיני

ערעור זה של הגימק המקובל להעדפת הכלל המסורתי עשוי להוביל למסקנות מספר, שאף לא אחת מהן נקייה מקשיים. ראשית, ניתן לכלול בפיצוי הנפגע על "אובדן הדמנויות" גם את פירות ההפרה כל אימת שהוא (לא המוכר שהפר) היה המוצא הזול יותר, בנסיבות העניין, של עסקה חלופית. פתרון זה מחייב קביעה אד-הוקית של המוצא הזול ביותר, מה שגורר עלויות התדיינות ויוצר חוסר ודאות שאינו רצוי לצדדים מסחריים. מן העבר האחר ניתן לבחור בין הכלל המסורתי לבין כלל אדרס על-סמך השוואה של מספר הצדדים המעדיפים את החלופות המתחרות.³⁷ גם חלופה זו הינה בעייתית. ההשוואה הנדרשת על-פיה אינה פשוטה כלל ועיקר. יתר על-כן, גם אם היא אפשרית, דרך זו אינה נקייה מקשיים, שכן היא מחייבת להעדיף את רצונותיהם הטיפוסיים של סוג מתקשרים אחד על אלה של סוג מתקשרים אחר, ולהטיל על האחרונים את הנטל של עלויות העסקה הנובע מהעיצוב של כלל ברירת המחדל בהתאם.³⁸ לבסוף ניתן לנקוט דרך-ביניים המחלקת את המצבים לקטיגוריות, באופן המנסה לאגד תחת הכלל המסורתי את המקרים בהם המוכר הוא המוצא הזול יותר, ולייחד את כלל אדרס למקרים בהם דווקא הקונה הוא המוצא הזול יותר. דרך זו – אם תצליח – תביא לידי מוצור הקשיים ששתי החלופות הראשונות מציבות. ברם, אין בה תשובה למקרים בהם קשה להצביע על צד שהינו המוצא הזול ביותר באופן מובהק. נוסף על כך, התוויית הקטיגוריות אינה פשוטה, והיא עלולה כשלעצמה לגרור התדיינות וחוסר ודאות.

כך או כך, לדעתי, קיים נימוק שונה, הנראה לי משכנע מקודמו, התומך במסקנה לפיה צדדים מסחריים טיפוסיים מעדיפים את הכלל המסורתי, המותיר את פירות ההפרה בידי של המפר. שיקול זה נעוץ בעלויות ההתדיינות הגבוהות שכלל אדרס מחייב, הנובעות בתורן מקשיי ההוכחה של פירות ההפרה. המידע הנדרש לשם הוכחתם של הסעדים החוזיים הרגילים – פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות או השבת התמורה העצמית – במידת הוודאות הדרושה³⁹ נוגע בנוזק של הנפגע, ועל-כן מצוי בחזקתו. מנגד, תחת כלל אדרס,

החוזים לוותר על היומרה לספק פתרונות אחידים יעילים. שוורץ אינו מכחיש שמציאת פתרונות כאלה בחוק עשויה להיות יעילה, ולפיכך רצויה לצדדים, אך מבהיר כי משום שהפתרונות שיעדיפו הצדדים הינם תלויי-הקשר, כך צריכים להיות גם הכללים שהדין מספק על-מנת לחסוך לצדדים את עלויות העסקה שיגרור משא-ומתן אינדיווידואלי. משמע שיש לצמצם את ההיקף של ברירות המחדל שדין החוזים הכללי מספק ולהרחיב את ההיקף של ברירות המחדל שדיני החוזים המיוחדים מספקים. ראו: Schwartz, *supra* note 26, at pp. 411–413.

37 ראו לדייק באמור בטקסט: על-מנת לאתר את ברירת המחדל שתחסוך לצדדים עלויות באופן המיטבי, אין די בהשוואת מספר הצדדים המעדיפים תנאי פלוני למספר הצדדים המעדיפים תנאי אלמוני; יש להתחשב גם בעלות היחסית של ההתניה על כל אחת מהתניות הללו. ראו: Charney, *supra* note 26, at p. 1842.

38 *Ibid*, at pp. 1864–1865, 1878.

39 למידת הוודאות הראויה בסוגיית הפיצויים בדיני חוזים ראו ע"א 355/80 אניסימוב נ' מלך טירת בת שבע, פ"ד לה(2) 800.

על הנפגע להוכיח את הרווח שהפיק המפר מן ההפרה. מטבע הדברים, המידע הנדרש לשם כך מצוי בחוקת הנתבע (ובחוקת הקונה החלופי), ולא בחוקתו של התובע. זאת ועוד, קיים קושי ראיתי נוסף הנובע מהצורך לבודד – מבין כלל רווחי המפר – את הרווח שניתן לייחס לעסקה החלופית.⁴⁰ בהינתן קשיים אלה, יחשוש נבטח טיפוסי, מן-הסתם, כי בדיעבד לא יוכל להוכיח את רווחי המפר במידת הוודאות הדרושה;⁴¹ חשש זה יחזק בתורו את רתיעתם של נבטחים טיפוסיים לשלם בעד זכאות – לפירות ההפרה – שספק אם יוכלו לממשה⁴² (וזאת אפילו באותם מקרים בהם דווקא הנבטח-הקונה הוא המוצא הזול

40 ראו: Farnsworth, *supra* note 34, at p. 1350; Jeffery Standen "The Fallacy of Full Compensation" 73 *Wash. U.L.Q.* (1995) 145, 171.

41 במילים אחרות: כלל אדרס מגביר את מידת אי-הוודאות (הקיימת תמיד) העומדת לפני צדדים מסחריים עקב הסיכוי של טעות משפטית בהפעלה של נוסחת הסיכויים והסיכונים שנקבעה בחוזה.

42 לדיון כללי בקשר בין קשיי הוכחה לבין בחירה של ברירות מחדל ראו: Schwartz, *supra* note 29, at pp. 279–280.

שיקול-נגד לשיקול שהובא בטקסט נעוץ בחשש הפוך, לפיו יתקשה הנפגע להוכיח את הנוק שגרמה לו הפרת החוזה (ובכלל זה הוצאות ההתריינות שגרמה לו ההפרה), מה שמוביל לכאורה למסקנה כי ראוי להעניק לו את פירות ההפרה כקירוב לנוק זה, או – מה שנראה לכאורה כניסוח שקול של אותה טענה – להרתיע את המפר בכוח באמצעות הקביעה שכל רווחיו יושבו לנפגע מפני יצירתו של "נוק ראיתי" כאמור. נימוק זה עלה גם בעניין אדרס, לעיל הערה 5. ראו דברי השופט כך, בע' 283, ודברי השופט ברק, בע' 278–279. ראו גם, לדוגמה: Gareth Jones Goff & Jones' *The Law of Restitution* (London, 4th ed., 1993) 414; Law Com. C.P. No. 132 on *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (1993) 168; Richard O'Dair "Restitutionary Damages for Breach of Contract and the Theory of Efficient Breach: Some Reflections" 46 *Cur. Legal Probs.* (1993) 113, 123–128; Richard O'Dair "Remedies for Breach of Contract: A Wrong Turn" (1993) *Restitution L. Rev.* 31, 37–38.

החשש מתת-פיצוי הינו אמיתי, אך יש, לדעתי, לדייק בהשלכותיו באופן הבא: ככל שרווחי המפר נראים, בנסיבות העניין, כקירוב טוב לנוקו של הנפגע, אין בכך כל בעייתיות, ובתי-המשפט במדינות המשפט המקובל – שהכלל ההופכי לכלל אדרס נוהג בהן – אינם מתקשים בפנייה לפירות הפרה. ראו, לדוגמה: Peter Birks "Restitutionary Damages for Breach of Contract: *Snepp* and the Fusion of Law and Equity" (1987) *Lloyd's Maritime & Comm. L. Q.* 421, 430–431; Samuel Stoljar "Restitutionary Relief for Breach of Contract" 2 *J. Contract L.* (1989) 1; DeLong, *supra* note 31, at pp. 747–748. מנגד, בכל המקרים בהם אין המדובר בהשבת רווח כקירוב לנוק, ספק אם ההשבה היא הסער המתאים לחשש מפני תת-פיצוי פיצויים מוסכמים – שהנבטח קובע את שיעורם ואת האירועים שהם עתידים להשתלם בגינם

ביותר של עסקה חלופית, קרי: המקרים בהם דווקא כלל אדרס עדיף מנקודת-הראות של הנימוק המקובל שנדון לעיל.⁴³ נראה לי ששיקול זה חזק דיו לבסס מסקנה לפיה ברגיל, דווקא הכלל המסורתי, ההפכי לכלל אדרס, הוא הכלל היעיל יותר.⁴⁴ בהנחה שמסקנה זו נכונה, ניתן להניח שזה

על-פי הנסיבות המיוחדות של המקרה, קרי: ההיבטים הספציפיים שעלולים להניב תת-פיצוי – נראים מתאימים הרבה יותר. ראו כללי: Alan Schwartz "The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Damages: An Analysis of Contracting for Damage Measures" 100 *Yale L. J.* (1990) 369.

43 לכאורה, ידיעת המבטיח בדבר חוסר השימוש הצפוי של הנבטח בכלל אדרס צריכה אף היא לפעול את פעולתה, קרי: להקטין את המחיר שהוא דורש תמורת הכללת תניה כזו בחוזה. אך גם אם כאלה הם פני הדברים, קיים עדיין סיכוי כלשהו שייעשה שימוש כזה, והמבטיח יגבה מחיר בגינו. (אם ההסתברות לכך היא 0, אין כל משמעות לוויכוח בין כלל אדרס לכלל ההפוך לו, שכן אז כל הכרעה בוויכוח זה היא בבחינת אות מתה). פרס למקרים שהנבטח מעוניין להמר בהם על האפשרות לגבות את פירות ההפרה, שאת שיעורם או את סיכוייו לגבות אותם אינו יודע, ספק אם יהיה מחיר מופחת זה כדאי לו. במילים אחרות: כלל אדרס הוא כלל שקשה לצדדים לצפות את תוצאותיו, והיעדר הצפיות שלו אינו נעוץ במאפיין שצדדים מסחריים סבירים נוהגים להמר עליו; ככזה, לא סביר שיהיה אהוד על צדדים מסחריים. אכן, ביחס לאפשרות להוכיח בבית-משפט מידע המצוי בחזקתם של צדדים שלישיים, צדדים טיפוסיים הם שוגאיי-סיכון. (וגם אם בחלק מהמקרים – שכלל אדרס יעיל בהם במיוחד וקשיי ההוכחה של פירות ההפרה בהם מתונים – יתברר הימור על כך כרציונלי, עדיין אין זה סביר, מבחינתם של נבטחים טיפוסיים, להמר על האפשרות שהמקרה שלהם ישתבץ בגדרם של מקרים אלה דווקא.) השוו: Richard Craswell "Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach" 61 *S. Cal. L. Rev.* (1988) 629, 633–636.

44 גם מלומדים הדוגלים בכלל ההופכי לזה של אדרס מכירים בכך שראוי לסייגו, קרי: להכיר – בנסיבות מוגבלות, בהן דווקא כלל אדרס הוא היעיל – בזכות הנפגע להשבת פירות ההפרה. כך אכן פרנסוורת' הציע להכיר בזכות הנפגע להשבת פירות ההפרה בנסיבות בהן השאירה אותו ההפרה עם ביצוע לקוי של החוזה ובלי כל אפשרות להשיג ביצוע חלופי. בדומה לו, ריצ'רד פוזנר סבור שכאשר הפרת החוזה היא אופורטוניסטית – קרי: נעשית רק על-מנת לנצל את פגיעותו של הנבטח למבטיח עקב העובדה שביצוע החוזה בין הצדדים הוא סדרתי, ולא ברי-זמני – כי אז ראוי להעניק לנפגע את פירות ההפרה על-מנת להרתיע את המפר מהפרה כזו, שאין לה כל הצדקה כלכלית (נהפוך הוא: הכרה בה תניב תוצאות בלתי-יעילות). ראו: Farnsworth, *supra* note 34, pt. IV. (כמו-כן ראו: DeLong, *supra* note 31, at pp. 748–750; גם פסקי-הדין הניו-זילנדי בעניין *Samson & Samson v. Proctor* [1975] 1 N.Z.L.R. 655, 656 נראה כמשתבץ יפה בהצעת פרנסוורת'.) Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (4th ed. 1992) 117–118; ראו גם: *Hickey & Co. v. Birks*, *supra* note 42, at pp. 440–442.

גם הכלל שיעדיפו מבטיחים ונבטחים כאחד, ולהגיע מהנחה זו, בתורה, לתוצאה שפסק' הדין בעניין אדרס קבע כלל שאינו ראוי, כלל החותר תחת מטרתם של הצדדים המסחריים להשאת התועלת מן ההתקשרות התזוית ביניהם.

דא עקא, המעבר מן ההנחה שכלל הינו יעיל למסקנת-הביניים לפיה זה הכלל שצדדים טיפוסיים רוצים בו, כמו גם המעבר ממסקנת-ביניים זו לטענה הסופית כי ראוי שהמשפט יאמץ (אלא אם-כן בדין כופה עסקינן) את הכלל היעיל, הינם מהירים מדי. עמידה על הקשיים שמעברים אלה מעלים תסייע לי להציג, כפי שרמזתי לעיל, שני סייגים חשובים לטענה שדווקא הניתוח הכלכלי, שנדחה כזכור בעניין אדרס, הוא המקור הנורמטיבי הראוי לדיני החווים המרשים.

3. האפשרות המוגבלת לסטות מהכלל היעיל בהקשרים חוזיים

הנימוק הראשון נגד הטענה המחייבת פנייה בלעדית בהקשרים חוזיים לכללים יעילים נוגע בשאלה אם צדדים טיפוסיים אכן מעדיפים כללים יעילים. בניסוחו המוכלל, נימוק זה חולק על סברת הענף הדוגמטי של הניתוח הכלכלי,⁴⁵ לפיה ניתן להסביר כל התנהגות אנושית, בכל הקשר חברתי ובהתייחס לכל סוג של החלטה, כמכוונת להשיא את התועלת העצמית של הפרט המחליט והמתנהג, וכי נכונותם של אנשים לשלם בעד דבר-מה מהווה מדד מספק של התועלת שיפיקו ממנו.⁴⁶ סברה זו – שאליה גם בית-המשפט העליון מכון, ככל הנראה, בעניין אדרס ב"נימוק הרובוטים" שהובא בראשית פרק זה – נראית בעייתית משום שהיא מציגה את כלל היחסים הבינאישיים שלנו כמנוכרים ומכשיריים: יחסינו עם אנשים אחרים נתפסים על-פיה כמכוונים לסיפוקם של רצונות שהינם חיצוניים למערכת היחסים הנידונה; האדם האחר נתפס כאמצעי להשגת מטרה זו, אמצעי שאם לא יאפשר לנו להשיגה באופן המיטבי, נחליפו באחר. ברם, רבים סבורים שיחסינו הבינאישיים אינם תמיד כאלה; שקיימים הקשרים חברתיים שהאחר אינו נתפס בהם כאמצעי גרידא; ש"שם המשחק" בהם אינו סיפוק רצונות, אלא דו-שיח רציונלי על ערכים משותפים, ושקבוצת הייחוס הנכונה בהם אינה הפרט, אלא קהילה של פרטים מספר.⁴⁷

Roches Stores (Dublin) (No. 1) (1976) [1993] Restitution L. Rev. 196, 208 (Ire. H.C.). דיון במצבים מיוחדים אלה חורג מעניינו של מאמר זה.

45 בנבדל מגרסות מתונות – וראויות יותר בעיני – שלו. ראו זלצברגר, לעיל הערה 19, בע' 268–270.

46 ראו למשל: Gary S. Becker *The Economic Approach to Human Behavior* (Chicago, 1976) 5, 8, 14. הכותב מציין שתי הנחות נוספות על אלה שנוכרות בסקסט: שהשחקנים אוספים את המידה המיטבית של מידע הנחון לפעולותיהם, ושהעדפותיהם יציבות. גם הנחות אלה אינן נקיות מקשיים, כמובן. המשך פרק זה, המתייחס לאפשרות של עיצוב ערכים באמצעות ברירות המחדל, קורא (במשתמע) תיגר על ההנחה השנייה.

47 ראו: Elizabeth Anderson *Value in Ethics and Economics* (Cambridge, 1993) 144–.

בפרט, ולענייננו, נטען שקיימים הקשרים חוזיים שהצדדים בהם מפתחים מערכות של מחויבויות וציפיות הדדיות החורגות מהיחס המכשירי האמור, ולפיכך אין הם מעדיפים בהכרח כללים יעילים.⁴⁸

איני חולק על הטענה בדבר רב־גוניות ההקשרים החברתיים ובדבר ההשלכה הנורמטיבית שראוי שתיגזר ממנה; להיפך: אני מסכים לה לחלוטין.⁴⁹ לפיכך, אין לי אלא להצטרף לאלה המציעים לנו להיזהר מפני אימוצן של מסקנות הניתוח הכלכלי באותם הקשרים חברתיים – ובפרט, ביחס לאותן התקשרויות חוזיות – הנראים כמוכונים להשגת מטרות התורגות מסיפוקם של רצונות עצמיים להשאת תועלת עצמית או אשר נקשרים בין צדדים שקיימות ביניהם מערכות חברתיות החורגות מתחום יחסי החליפין המסחריים.⁵⁰ יחד עם זאת, אני מסופק אם יש בסייג זה כדי לפגום במסקנת הרלוונטיות של הניתוח הכלכלי בהקשר המסחרי שאני דן בו כאן. הטענה בדבר גבולות כוחו של הניתוח הכלכלי מבליעה הכרה בכך שקיים בחיינו גם תחום שאנו אכן מתייחסים אליו במושגים מנוכרים ומכשיריים.⁵¹ תחום זה של "יחסים בינאישיים בין זרים" הוא שוק הסחורות, או למצער, ההקשר של חוזים מסחריים רגילים בין גופים מתוככמים ושווי־כוח.⁵² יחסים מסחריים כאלה נראים כממוקדים במטרה אחת: השאת רווחים ("שם המשחק" בהם הוא, אם תרצו, כסף); אין בהם אותו מארג רב־פני של יחסים שיתופיים שעשוי להניב אוסף עשיר של נורמות קהילתיות החורגות ממטרה זו. עליכן, קשיבות להקשר החברתי מניבה במקרה זה דווקא את הפנייה לניתוח הכלכלי, ולא את דחייתו.⁵³

146, 164, 219–220; James Boyd White *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism* (Chicago, 1990) 51–52, 57–59, 62

48 האיש שגישה זו מתקשרת עם שמו הוא איאן מקנל. לניסוח מאוחר של גישתו ראו: Ian R. Macneil "Values in Contract: Internal and External" 78 *Nw. U. L. Rev.* (1983) 340. ראו גם: William C. Whitford "Ian Macneil's Contribution to Contract Scholarship" (1985) *Wisc. L. Rev.* 545, 549–555

49 עמדתי על כך בהרחבה במקום אחר. ראו חנוך דגן "פרשנות דיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 45, סעיף בנג.

50 נראה שזה גם המסר העיקרי של טוד רקוף שקרא לאחרונה להחייאת המתודולוגיה של "Situation Sense" מבית־מדרשו של קארל לוולין (Karl Llewellyn). ראו: Todd D. Rakoff "The Implied Terms of Contracts: Of 'Default Rules' and 'Situation Sense'" *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford, Jack Beatson & Daniel Friedman eds., 1995) 191

51 אין בדברים אלה כדי לומר בהכרח שגם ראוי להתייחס אליו במושגים כאלה. ראו לעניין זה פרק ו' להלן, הבוחן את הטענה שיש מקום לערכים אלטרואיסטיים גם בתחום המסחרי.

52 ראו בדומה: Anderson, *supra* note 47, at pp. 18–21; Trebilcock, *supra* note 27, at pp. 166–167, 219; Michael Walzer *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality* (New York, 1983) 103–110

53 ראו בדומה: Schwartz, *supra* note 29, at pp. 276–277. ג'יימס בויד ווייט טוען

עד כאן הגנתי על המעבר מן ההנחה שכלל הינו יעיל לסברה שזהו הכלל שצדדים טיפוסיים רוצים בו בהקשר המסחרי, ובמהלך הדיון הצבתי סייג "גיאוגרפי" חשוב לכוחו של הניתוח הכלכלי כמקור הבלעדי לזיהוי רצונותיהם של נמעני המשפט: ככל שאנו מתרחקים מן ההקשר המסחרי, כן אין די בהנחת השאיפה להשאת תועלת עצמית כבסיס לזיהוי שאיפותיהם של השחקנים. מנגד טענתי שבתחום המסחרי, התמקדות בהנחה זו נראית מספקת, ולכאורה, מדברים אלה עולה שגם המשפט צריך להסתפק בה, כלומר, שלפחות כאשר מדובר בכללים חוזיים בני-התניה המתייחסים לשדה המסחרי, על המשפט לאמץ בדיוק אותן נורמות התואמות את שאיפות נמעניו. בפסקית הבאות אמתן גם טענה זו, ובכך אציג את הסייג השני לטענה שדווקא הניתוח הכלכלי הוא המקור הנורמטיבי הראוי לדיני החוזים.

בתמצית, ברצוני לטעון שבנסיבות מסוימות, גם דיני החוזים יכולים לקדם מטרות ערכיות שהינן חיצוניות לרצונם של הצדדים. כזכור, בעניין אדרס פנה בית-המשפט העליון לערכים של מניעת התעשרות שלא כדין, קיום הבטחות ותום-לב כבסיס להכרעתו, ובפרקים הבאים ברצוני לבחון ערכים "חיצוניים" אלה ביתר פירוט. אך תנאי מקדמי לבירור זה הוא להראות שפנייה לערכים חיצוניים אינה חסרת תוחלת כפי שהיא הצטיירה עד כה, וזאת אף-על-פי שמדובר בכללים שצדדים יכולים להשתחרר מהם. במילים אחרות: מטרתי הנוכחית היא להראות שבהתמלא תנאים מסוימים, גם חריגה משיקולי היעילות (דהיינו, בהקשר המסחרי, מהעדפותיהם הטיפוסיות של נמעני המשפט) עשויה להניב תוצאה כלשהי; שלמרות אופיים המרשה של רוב הכללים בדיני חוזים, ובפרט של כלל אדרס, ניתן לקדם באמצעותם לא רק את הערך של שירות האוטונומיה של הצדדים (המפנה אותנו, בהקשר המסחרי, לניתוח הכלכלי), אלא גם ערכים אחרים. הנחת-המוצא של מי שסבור שתוצאה כזו תיתכן היא שלמשפט יש מידה כלשהי של השפעה מחנכת על נמעניו; שהכפופים למשפט אינם רואים באמור בו רק תחזית בדבר הסנקציות שיושתו עליהם אם לא יצייתו, ואפילו לא רק בבחינת סיבה לפעולה

שהניתוח הכלכלי הוא "תרבות כוללנית" (*Total Culture*), ומצביע על הסכנות האורבות לנו אם נניח לתרבות זו לעצב את הבנתנו את החיים (ראו: White, *supra*, note 47, at pp. 48–49, 55–58, 77–78). לדעתי, ניתן להיזקק לניתוח הכלכלי באותם תחומי חיים שהוא "מתאים" להם מבלי להיחשף לסכנה זו, ובטקסט אני מנסה לתאר בקווים כלליים כיצד. למעשה, ניתן לפרש את דברי כצוערים בעקבות המלצותיו של ווייס להכיר בכך שניתן להצדיק את הניתוח הכלכלי במונחיו הוא, ושיש להציבו באותם הקשרים חברתיים מוגבלים – בענייננו, ההקשר המסחרי – שהנחותיו של הניתוח הכלכלי מתאימות להם (Ibid., at pp. 61, 70, 79). במילים אחרות, אני מציע להיזקק לניתוח הכלכלי רק כאשר ובמידה ששיקולי מדיניות שהם חיצוניים לו – שיקולים שהם קודמים לו ובסיסיים ממנו – מחייבים פנייה כזו. (הצעה זו מניחה, כמובן, "יכולת הפרדה" בין האופן בו בני-אדם מתייחסים זה לזה בשדות השונים של החיים. ראו כללי: Waltzer, *supra* note 52).

(ולהערכתן של פעולות), אלא גם כמקור של מסרים ערכיים שיש לו חשיבות מסוימת בעיצוב הערכים של בני הקהילה שהם מופנים אליה.⁵⁴ משמעותה של סברה זו בהקשרנו היא שהערכים של מתקשרים חוזיים, ולפיכך, העדפותיהם לסוג זה או אחר של ברירות מחדל, אינם חיצוניים לדיני החוזים, בבחינת קלט הנדרש לשם בחירת הכללים הראויים, כפי שהתייחסתי אליהם עד כה. נהפוך הוא, העדפות ערכיות אלה הינן פנימיות להפעלתם של הכללים; הן מעוצבות, במידת-מה, על-פיהם.⁵⁵

לכאורה, סברה זו, שדיני החוזים מסוגלים לחנך, נראית בעייתית עת בכללים מרשים עסקינן, שכן – כפי שהדגשתי בפרק זה – הצדדים יכולים תמיד לסטות מכללים אלה, ובכך להתנער מהמסר החינוכי שהדין מנסה לשדר.⁵⁶ אך תשובה זו נכונה רק בחלקה. גם

54 ראו חנוך דגן "הסועל לשמירת עניין הזולת" משפטים כד (תשנ"ה) 463, 480–483 וההפניות שם.

55 ראו, לדוגמה: Jay M. Feinman "Critical Approaches to Contract Law" 30 *UCLA L. Rev.* (1983) 829, 837; Whitford, *supra* note 48, at p. 559; See also, generally, Roberto Mangabeira Unger "The Critical Legal Studies Movement" 96 *Harv. L. Rev.* (1983) 561.

הפנייה לפונקציה המעצבת של המשפט כהצדקה להתערבות ברצונותיהם של בני-אדם בכלל, וצדדים לחוזה בפרט, אינה נקייה מקשיים. ראש וראשון להם הוא החשש ממדרון חלקלק של התעלמות מהעדפות קיימות. ראו לדוגמה: Trebilcock, *supra* note 27, at p. 251. כפי שהסקסט והערה 58 להלן מבהירים, נראה לי שחשש זה מופרז, שכן כוחו של המשפט בעיצוב ערכים ביחס להעדפות הערכיות הקיימות הינו מוגבל (ומכאן שהמדרון אינו כה חלקלק). חשוב מכך, ככל שהטענה לפיה העדפות הצדדים מעוצבות על-ידי כללי הדין הינה נכונה, כן כיבודן האוטומטי של העדפות קיימות נהפך אף הוא לשנוי במחלוקת: הוא משרת גישה שמרנית המשרישה את ערכי הסטטוס-קוו. לנוכח הקשיים בהתערבות בהעדפות הקיימות מזה וברתיעה ממנה מזה, נראה לי שעל המשפט (בפרט בתחומים ההסכמיים) להתערב ברמה של קביעת עקרונות מינימום בסיסיים של יחסי אדם עם חברו; ובמגבלות כללי משחק בינאישיים אלה, לכבד את הערפותיהם של הצדדים. ממסקנה זו עולה גם שכאשר מדובר ב"כללים מעצבי ערכים", הצורך בפרטיקולריות הפתרונות, הנזכר בסיפא של הערה 36 לעיל, מתמתן (אם אינו נעלם). הסיבה לכך היא שהערכים שבהשרשתם נרצה יהיו ערכי הקהילה הרחבה, או למצער, "קהיליית הסוחרים", ולא דווקא אלה של קהילייה מסחרית ספציפית זו או אחרת.

56 ראו: Schwartz, *supra* note 26, at pp. 396, 413–415. טענה נוספת ששוורץ טוען שם היא שיש לשימוש בדיני החוזים כמכשיר חינוכי גם עלויות חברתיות ניכרות, וכי – בפרט לנוכח עלויות אלה – ראוי "לחלק עבודה" בין שדות מתנכים (משפחה, מערכת החינוך, הדת וכיוצא באלה) לבין השדה המשפטי אשר לגישתו (לפחות בתחום המסחרי), צריך להתמקד בהקלה של מאמצי התיאום בין פרטים. דיון באפשרויות וברצינותה של חלוקת עבודה כזו חורג מתחומי של מאמר זה.

אם נפקפק בכוח הסימבולי של עצם ההכרה המשפטית בערך זה או אחר במסגרתו של הדין המרשה, עדיין אין גובע מכך שדין זה אינו יכול לשמש כמקור לעיצוב ערכים. הסיבה לכך נעוצה בעובדה ששינוי של ברירות המחדל שהדין המרשה מציע על-ידי צדדים מתקשרים כרוך בעלויות.⁵⁷ מכאן, שאם האמור בכללים אינו חורג במידה גדולה מדי מהעדפותיהם הראשוניות של הצדדים, הם עשויים לא לשנותם.⁵⁸ בנסיבות כאלה, גם כללים מרשים של דיני חוזים, שנבחרו לא על-סמך היותם התניות המועדפות על הצדדים, כי אם על-סמך תוכנם הערכי, עשויים להשפיע,⁵⁹ כלומר, להיות רלוונטיים. השפעתם במקרה כזה היא לא רק בהסדרת היחסים החוזיים הבילטרליים הספציפיים, אלא גם (ואולי בעיקר) בעיצוב הדרגתי של ההעדפות הערכיות של בני הקהילה – במקרה שלנו: הקהילייה המסחרית – אליה הם מופנים.⁶⁰

57 בהקשרנו, עצם הצורך לדון באפשרות של הפרה עתידית, שעשוי להיות לא-נוח לצדדים או למי מהם. השוו: Duncan Kennedy "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power" 41 *Md. L. Rev.* (1982) 563, 595–596. לדיון כללי בעלויות ההתנאה (מסוגים שונים) על הדין המרשה, ראו איל זמיר מירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו) פרק ד, סעיפים 2, 4 ו-5.

58 לריכוז אסמכתאות המעידות כי בנסיבות מסוימות, צדדים מתקשרים אינם מתנים על כללי ברירת המחדל, בלי קשר לתוכנם, ראו: Charney, *supra* note 26, at pp. 1867–1868. ראו גם: *Ibid*, at pp. 1878–1879.

בשולי הדברים אציין: גם בהקשרים שאינם חוזיים נראה לי, שאם המשפט מעוניין לעצב ערכים, עליו לעשות כן באופן "מעודן" יחסית. הסיבה לכך נעוצה במתח שבין הפונקציות הנורמטיביות של המשפט לבין אפיונו כמוסד חברתי כופה. כוחניותו של המשפט עלולה לנטרל את פועלו החינוכי, ואולי אף ליצור התנגדות לערכים שהוא מנסה לשרר לגמעניו, אם אלה מקוממים אותם (קרי: רחוקים יתר על המידה מהערכים הרווחים בקהילייה שהם מופנים אליה), או אם האמצעים שהמשפט מעמיד לקידום נראים בעיניהם של גמעני הנורמה המחנכת כבלתי-סבירים.

59 מעבר להשפעתם בהעלאה של הוצאות העסקה של אותם צדדים שדעתם מהם אינה נוחה "במידה מספקת".

60 השוו טדסקי, לעיל הערה 25, בע' 22 (עבודתו של הדין המרשה משפיעה על ההסדרים החלים במקרים קונקרטיים אם תימצא לו "השפעה 'חינוכית' והנוגעים בדבר ישתכנעו שזהו הדין הצודק", או "שהם לא ישתכנעו אך ימצאו שההתנאה על הדין 'יקרה' מדי", או "שלא יתנו דעתם על העניין"); זמיר, לעיל הערה 57, סעיף 33 (הדין המרשה נתפס על-ידי צדדים כסביר, מאוזן וצודק).

ג. מניעת התעשרות שלא כדין

האפשרות המוגבלת לעיצוב ערכים עליידי כללים מרשים בהקשרים הוויים, שעמדתי עליה זה עתה, היא הפתח להעלאתם של הנימוקים הערכיים שכלל אדרס נסמך עליהם, ואשר ברצוני לפנות אליהם כעת. נימוק אחד, בו יתמקד פרק זה, הוא מניעת התעשרותו של המפר שלא כדין. חשיבותו של הדיון בנימוק זה – כמו של הדיון בדחייה של שיקול היעילות – אינה מתמצה בבירור רציותו של הדין הנוהג אצלנו באשר לזכאות לפירות ההפרה. השימוש (הרטורי, לסענתי) במושג של "מניעת התעשרות שלא כדין" נעשה שכיח לאחרונה, וההיזקקות לו חוזרת ונשנית, בבחינת מצוות אנשים מלומדה, כל אימת שבת־המשפט או הכותבים נזקקים לכלל זה או אחר של הדוקטרינה, או ליתר דיוק, של אוסף הדוקטרינות שהשדה המשפטי הקרוי "דיני עשיית עושר ולא במשפט" מורכב מהן. הקושי הוא, כפי שאנסה להראות בפרק זה, ש"מניעת התעשרות שלא כדין" הוא מושג שסתום, ולא ערך שיש לו כוח הסברי משל עצמו, כפי שהשיח המשפטי בתחומנו נוטה להניח. הפנייה למושג זה היא רק ראשיתו של ניתוח, הזמנה לפנות לשיקולים ערכיים; אין לו כשלעצמו כוח להסביר או להצדיק את ההכרעות הערכיות המתחייבות מהמצבים המגוונים המוסדרים עליידי דיני עשיית עושר ולא במשפט (להלן אכנה אותם "פרדיגמות").⁶¹

61 נראה לי כי ניתן לדבר על חמישה מצבים בסיסיים שדיני עשיית עושר ולא במשפט מסדירים אותם (קיימים ביניהם כמובן גוונים וגוויגוונים): (א) פרדיגמת ה"נטילה" כוללת מצבים בהם הפיק הנתבע־הזוכה רווח ממשאב שהיה מוחזק, עובר לאירוע נשוא ההתדיינות, עליידי התובע־המוכה (פרדיגמה זו נידונה בהרחבה בפרק ד להלן); (ב) ה"רעפה" היא פרדיגמה עובדתית הופכית לקודמתה: היא כוללת מצבים בהם הביאה פעולה חד־צדדית ורצונית של התובע־המוכה תועלת לנתבע־הזוכה (בחלקם נעשתה ההרעפה לשם קידום אינטרס ה"מורעף"; במצבים אחרים השייכים לפרדיגמה עובדתית זו, מטרתה היא דווקא קידום עניינו של ה"מרעף"); (ג) פרדיגמת ה"העברה" מכילה מקרים בהם לא היה אף צד פעיל במובן משמעותי: המוכה לא התכוון להיטיב עם הזוכה, אך בה במידה לא נבע היתרון של הזוכה מכל פעולה מצידו; מדובר במקרים – הדוגמה המובהקת היא טעות – בהם הוענקה טובת־ההנאה עקב פגם ברצון של המוכה שמקורו אינו בפעולת הזוכה; (ד) פרדיגמת ה"מסירה" – שהסוגיה הנידונה ברשימה זו משתייכת אליה באופן ישיר – כוללת מצבים בהם הוענקה טובת־ההנאה במסגרת התקשרות חוזית, קרי: בהקשר בו היו שני הצדדים כאחד פעילים; (ה) פרדיגמת ה"תחרות", המכילה מצבים בהם לא נטל אף צד מ־, או הרעיף על, משנהו במועד; הצדדים המתחרים על זכות קניינית במשאב כלשהו אינם אותם צדדים ישירים שהיו שותפים לאירוע המקורי בו הועבר המשאב נשוא ההתדיינות; הנתבע בפרדיגמת התחרות אינו הזוכה (ה"נוטל", ה"מורעף", ה"נעבר" או ה"נמסר"), אלא צד ג – נעברו של אותו זוכה או נאמנו של הזוכה בפשיטת־רגל.

במילים אחרות, השימוש במושג של "עשיית עושר ולא במשפט", כ"מסגרת ארגונית" שמקילה, אנליטית, את הדיון השיטתי בדוקטרינות השונות המאגדות תחתיה, הינו שימוש נוח בעיני. הקושי מתעורר כאשר מושג זה צובר לעצמו – לעיתים בצד ההכרה בתפקיד המוגבל שלו כ"כלי קיבול" לשורה של נורמות משפטיות המעוגנות בהכרעות ערכיות – מעמד ערכי עצמאי; כאשר הוא נתפס כעיקרון, כתכלית או כתפיסת-יסוד.⁶² הואיל והמושג של "מניעת התעשרות שלא כדין" אינו מסוגל, לטענתי, למלא תפקיד כזה, הפנייה אליו כאל עוגן להצדקתן של נורמות מסתירה את ההכרעות הערכיות החשובות שבבסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט.

1. מניעת התעשרות שלא כדין – מושג או ערך?

הדיון בשאלת הזכאות לפירות ההפרה עמוס בהיזקקות למושג השסתום של מניעת התעשרות שלא כדין. כך, בית-המשפט מסביר כי "כעניין של מדיניות שיפוטית", יש להשתדל לא "לצמצם את תחומי התחולה של הדוקטרינה הכללית של עשיית העושר [כך שלא] תקצר ידו של המשפט להושיט לפלוני סעד המתחייב מהתעשרותו של אלמוני על חשבוננו". בדומה לכך אנו למדים כי "עיקר מטרתם" של דיני עשיית עושר ולא במשפט היא "למנוע התעשרות שלא כדין". "הקטיגוריות של עשיית עושר ולא במשפט", מוסיף בית-המשפט, "לעולם אינן סגורות ולעולם אינן שוקטות על השמרים", שכן בכוחה של "תפיסת-היסוד", או "תכלית החקיקה", של "מניעת התעשרות שלא כדין" להקרין "מתוכה דינים חדשים, הבאים להתמודד עם סיטואציות חדשות, אשר לא שיערון ראשונים, במגמה לעשות יושר בין בני אדם, וכדי למנוע את האחד מהתעשר שלא כדין על חשבון חברו". לשם כך, על בית-המשפט "להורות על השבה, מקום שתחושת המצפון והיושר (*ex aequo et bono*) מחייבת השבה. 'יושר' זה איננו 'יושר' טכני. הוא אף אינו עניין סובייקטיבי של השופט... אמת הצדק המדריכה אותנו היא תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל". מכאן עולה המסקנה כי ניתן להחיל את דיני עשיית עושר "כל אימת שהדבר דרוש כדי למנוע את התעשרותו הבלתי צודקת של צד לתווה מהפרתו"; "לשם מניעת התעשרות שלא כדין מכיר המשפט הישראלי בעיקרון כללי של מניעת עשיית עושר ולא במשפט... מכוחו של עקרון זה זכאי הצד הנפגע לקבלת טובת ההנאה שצמחה למפר מהפרת התווה".⁶³

62 מעבר מהיר (מדי) כזה בין שתי הנגות אלה של "עשיית עושר ולא במשפט" קורה, תדירות, כאשר הכותב מכיר בערפולו של המושג ובצורך למלאו בתוכן – תפקיד שהוא מותיר לדיון הפוזיטיבי – ובכל זאת עומד על כך שיש בו חשיבות להבנת הדין, בהיותו "עיקרון מנחה" שלו. ראו לדוגמה: Andrew S. Burrows "Contract, Tort and Restitution – A Satisfactory Division or Not?" 99 L. Q. Rev. (1983) 217, 233–234.

63 עניין אדרס, לעיל הערה 5, בע' 240 (השופט ש' לוי), בע' 267–268, 272–273 (השופט ברק), בע' 281 (השופט כהן). ראו בדומה לכך, לאחרונה, עניין כהן, לעיל הערה 6, בע' 620.

ועדיין נותר הקורא עם שאלה אחת פשוטה: מה הופך את התעשרותו של המפר – קרי: הזכייה בפירות ההפרה – לבלתי־צודקת? כיצד בדיוק מתחייב כלל אדרס מ־העקרון הכללי של מניעת עשיית עושר ולא במשפט?

לטענתי, כלל אדרס אינו יכול לנבוע מ־"עיקרון" זה. על־מנת לבסס את כלל אדרס על ה־"עיקרון" של מניעת עשיית עושר ולא במשפט, יש לזהות תחילה מיהו הצד הזכאי לפירות ההפרה (האם התעשר המוכר על־חשבון הקונה?).⁶⁴ לפיכך, מהלך הגזר את כלל אדרס מהעיקרון של מניעת עשיית עושר ולא במשפט חייב להניח שהזכאות לפירות ההפרה היא של הנפגע, כלומר, להניח את המבוקש, לרתום את העגלה לפני הסוסים.⁶⁵ במילים אחרות: אם אכן ברור לנו שהזכאות לפירות ההפרה הוקנתה לנפגע – או שיש סיבה טובה להניח שצדדים סבירים היו מעוניינים באופן כזה של הקצאת זכויות ביניהם, או שיש נימוק טוב להקצאה כזו שהינו חיצוני להעדפותיהם – כי אז פשיטא שהמפר שגרף לכיסו את פירות ההפרה התעשר על־חשבוןו של הנפגע. דא עקא, במקרה כזה אין כל צורך לפנות ל־"עיקרון" של מניעת התעשרות שלא כדין. מנגד, אם קיימים – כמו שסברתי בפרק ב – טעמים טובים לסברה שצדדים סבירים היו מעדיפים להקצות זכאות זו דווקא למפר, אוי שוב, פשיטא, שאין בפנייה ליתפסת־היסוד של מניעת עשיית עושר ולא במשפט כדי לכפות עליהם דרך שונה של הקצאת זכויות, אלא אם־כן קיים נימוק

316, 329 (התייחסות למניעת התעשרות בלתי־צודקת כ־עיקרון היסודי המייחד את דיני עשיית עושר ולא במשפט); ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 71–73 (להלן: עניין מלון צוקים) (התייחסות ל־עשיית עושר ולא במשפט (גם) כאל "שיקול לבר־משפטי" וכמטרה חברתית).

64 אם נקבע כי המפר הוא הזכאי לפירות ההפרה, כי אז אין בקבלתו אותם בעקבות ההפרה כדי התעשרות שלא כדין (קביעה כאמור עשויה להיות מעוגנת, למשל, בסברה שהרווח העודף אינו "על־חשבון הנפגע", שכן הוא פרי כישוריו ויוזמתו של המפר. מנגד, פסיקת פירות ההפרה לנפגע תהווה, מבחינתו, windfall בלתי־ראוי. ראו למשל: Law Com. 165, 168–170 (C.P., *supra* note 42, at pp. 165, 168–170). השוו עניין כהן, לעיל הערה 6, בע' 320–321 (התנאי "שלא על־פי זכות שבדין" הנוכח בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט–1979, ס"ח 42 (להלן: חוק עשיית עושר) מוסב על עצם ההתעשרות; על־כן, בכך שהעשייה שהגיבה לנתבע את התעשרותו היא כדין אין די להראות שגם התעשרותו היא כדין; בהתאמה, אני טוען, בכך שהעשייה שהגיבה לנתבע את התעשרותו אינה כדין אין די להראות שגם התעשרותו אינה כדין; גם אם נאמר שההפרה, אשר בעקבותיה התעשר המפר, אינה כדין, הרי ששמירת פירות ההפרה בידי המפר – בהנחה שהוא הצד הזכאי להם – אינה יכולה להיחשב להתעשרות שלא כדין. במילים אחרות: משהכרנו בכך שהזכאות לפירות ההפרה היא למעשה תניה חוזית (או תניה של ברירת מחדל שהדין מספק), אין די בהתייחסות כללית לזכות החוזית לקבלת הנכס כאל האינטרס המוגן.

65 ראו בדומה לכך: I.M. Jackman "Restitution for Wrongs" 48 *Cambridge L. J.* 87 (1989) 302, 302; Cf. e.g., John P. Dawson "The Self-Serving Intermeddler" 87 *Harv. L. Rev.* (1974) 1409, 1415.

טוב אחר המצדיק כלל התורג מהעדפות הצדדים. גם במקרה כזה אין בהוספת הכותרת של "מניעת התעשרות שלא כדין" כל תרומה להצדקת קביעה משפטית זו או אחרת.⁶⁶ נמצא שזיהויים של מקרים כ"התעשרות שלא במשפט" מהווה מסקנה של דיון ערכי, ואין הוא יכול לשמש כטיעון המובא במסגרתו של דיון כזה.⁶⁷ השאלות העיקריות שמושג השסתום של מניעת התעשרות בלתי-צודקת מעלה - מה הופך התעשרות ל"בלתי-צודקת" ומהו הסעד הנדרש לשם הסרת אי-צדק זה? - אינן יכולות להיפתר על-ידי חזרה על אותו מושג עצמו, וגם אם נפנה ונחזור ונפנה ל"שיקול" של מניעת התעשרות בלתי-צודקת, לא נמצא בו את מה שאין בו.⁶⁸ המושג מניעת התעשרות שלא כדין הוא מושג משפטי מלאכותי. ככזה, הוא מחייב תיאוריה הצדקתית (או כמה תיאוריות הצדקתיות) שתטעין אותו בתוכן, תסביר מתי התעשרויות אינן צודקות ותצביע על סוג הסעד הראוי על-מנת לרפא את הפגם - שכן, משלו אין לו דבר.⁶⁹

- 66 ביקורת זהה ניתן למתוח על הניסיון להגביע מסקנה של חבות זוכה שנטל או השתמש במשאבים אחרים. ראו, לדוגמה, ע"א 290/80 שג"מ חניוניס כע"מ נ' מ"י, פ"ד (2) 633, 639-640 (להלן: עניין שג"מ). ראו, כללי, מדסקי, לעיל הערה 11, בע' 389 ("כדי לבדוק אם קיימת זכייה המתקבלת לזוכה מאת פלוני (המוזכה), לא הנוק שנגרם או שלא נגרם למוזכה הוא שמכריע בעיני החוק הישראלי אלא דבר מוצא של זכיית המוזכה. הרעיון הוא כי כיוון שהיתרון בו זכה המוזכה נתקבל מאת המוזכה, כלומר נבע ממשאבים השייכים (בפועל או בכוח) למוזכה, עצם היתרון מגיע לו, ולכן ראוייה עקרונית הזכייה לשוב אליו, בעין או בתחליף כספי") וראו ברומה לכך לאחרונה: Nicholas J. McBride & Paul McGrath "The Nature of Restitution" 15 *Ox. J. Legal Stud.* (1995) 33 הצורך להיוקק להצדקות חיצוניות, קודמות למסקנה של "התעשרות שלא כדין", בולט כאשר המשאב שנפגע אינו מוגדר כזכות קניינית או חוית. ראו רע"א 371/89 ליבוביץ' נ' א. א. אליהו בע"מ, פ"ד (2) 309, 323, 331-325 (להלן: עניין ליבוביץ'); ע"א 347/90 סודהגל בע"מ נ' ספילמן, פ"ד (3) 459, 476-480. אך כפי שהדגשתי בטקסט לעיל, גם במקרים הקלים לכאורה שמדובר בהם בזכות קניין (כבעניין שג"מ הנ"ל) או בזכות חוית (כבעניין אדרס), השימוש במונח של התעשרות שלא כדין רותם את העגלה לפני הסוסים, וחמור מכך - מייתר (ואולי מסתיר), כפי שיובהר להלן, את הניתוח הערכי, שרק הוא יכול להצמיח הכרעות דוקטרינריות. השוו: Andrew Kull "Rationalizing Restitution" 83 *Calif. L. Rev.* (1995) 1196, 1197, 1200, 1209 & n. 54 (המנסה להגביל את טענת המעגליות של טיעון ההתעשרות להקשר התזו).
67 ראו ברומה לכך יצחק אנגלרד "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט" ספר זכרון לגד טרסקי (תשנ"ו) 37, 49 (לעקרון עשיית העושר אופי צורני בלבד; נוסחתו נעדרת תוכן); Stewart Macaulay "Restitution in Context" 107 *U. Pa. L. Rev.* (1959) 1133, 1139-1140.
68 ראו ברומה לכך: Steve Hedley "Unjust Enrichment" 54 *Cambridge L. J.* (1995) 578, 592.
69 ג'ון פיניס סבור אחרת. במסגרת נסיונו להתוות משפט טבעי מינימליסטי (ועל-כן

2. היתרון של זניחת השימוש ב"מניעת התעשרות שלא כדין" כבנימוק משפטי

עד כאן ניסיתי להצביע על השימוש הרטורי שנעשה במושג "מניעת התעשרות שלא כדין", ולעמוד על כך שהפנייה אליו אינה פוטרת את הדובר מהשאלה שהוא מתיימר לענות עליה באמצעותו. לחשיפת הריקנות של מושג משפטי זה יש בעיני חשיבות (מעבר לפלפול האנליטי שבהצבעה על סוג כזה של נימוקים), שכן היא מדגישה את הצורך בניתוח נורמטיבי "של ממש", דהיינו, באיתור הערכים המעצבים (ואלה היכולים לעצב) את הדוקטרינות השונות של דיני עשיית עושר ולא במשפט, ובחירה ביניהם כאשר הם מתנגשים.⁷⁰ יתרון נוסף של ניתוח הסיסמה המאחדת דוקטרינות אלה מצוי בעמידה על ההבדלים בין הפרדיגמות העובדתיות שדיני עשיית עושר מסדירים, והכרה בהשלכות הנורמטיביות החשובות שיש להבדלים אלה (ושראו שיהיו להם) על הדוקטרינה. מקריאת פסקי-הדין נדמה לנו כאילו המושג של "מניעת התעשרות שלא כדין" קיבל בהם חיים ומשמעות משל עצמו;⁷¹ כאילו ברור (לכותב, לפחות) מהי התעשרות שלא כדין; כאילו ניתן לזהות התעשרות כזו במנותק מהכרעות ערכיות;⁷² כאילו אין צורך לפרט את הערכים המעצבים את התוכן של דיני עשיית עושר ולא במשפט ולהגן עליהם.⁷³ משום כך,

בלתי-שנוי במחלוקת) הוא מציין - כאחד מבין סדרה של "עקרונות מדרג-שני" הנובעים מעיקרי המשפט הטבעי - את העיקרון לפיו "יש להשיב רוחים שהושגו ללא הצדקה ועל חשבונם של אחר". ראו: John Finnis *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, 1980), 288. בכל שהטעון המובא בסעיף זה משכנע, יש בו כדי לחזק אותם מבקרים של פינים שטענו כי אותם עקרונות, מבין אלה שמוכר פינים, שאכן אינם שנויים במחלוקת, הינם כה מעורפלים וריקים מתוכן, עד שאין בהם תועלת רבה בעיצוב הדין. ראו למשל: Lloyd Weinreb *Natural Law and Justice* (Cambridge, 1987), 111-115.

70 ראו בדומה לכך: Kit Barker "Unjust Enrichment: Containing the Beast" 15 *Ox. J. Legal Stud.* (1995) 457, 463.

71 דוגמה בולטת לכך מצויה בנסיונות "לפרק" את סעיף 1 לחוק עשיית עושר ל"יסודותיו": "א) קבלה של טובת הנאה; (ב) שלא על-פי זכות שבדין; (ג) שבאה מאדם אחר". ראו עניין אדרס, לעיל הערה 5, בע' 275. ראו בדומה לכך למשל: Jones, *supra* note 42, at p. 16. יש אף מחברים התופסים גישה "מדעית" (ינקייה מערכים) זו לתחום ברצינות כה רבה, שהם כוללים בספריהם פרקים שלמים המנסים לבאר את משמעויותיהם של "יסודות" העילה, לכאורה במנותק מהפרדיגמה שהשאלה עולה בגדרה ומשיקולי המדיניות הרלוונטיים לגביה. ראו למשל: George Klippert *Unjust Enrichment* (Toronto, 1983) chs. 3, 6. (פרקים המוקדשים ל-"Benefit" ול-"Unjust Retention").

72 או, לחלופין, שהכותב סבור בכנות שאימוץ ה"עיקרון" של מניעת התעשרות שלא כדין מהווה כשלעצמו הכרעה ערכית, ולא רק פנייה רטורית למושג ריק מתוכן, כפי שאני טוען.

73 ראו בדומה: Hedley, *supra* note 68, at pp. 580, 593.

מושגים כמו "מניעת עשיית עושר ולא במשפט" הינם מושגים בעייתיים; פליקס כהן כינה מושגים כאלה *Transcendental Nonsense*.⁷⁴ מושגים כמו "מניעת עשיית עושר ולא במשפט" נוטים להיתפס כמחייבים מסקנות שהינן "הכרחיות", "טבעיות", "מובנות מאליהן" או "הגיוניות" (ועל-כן גם "ניטרליות" ו"אובייקטיביות"). בכך הם מסתירים מהקורא (ולעיתים גם מאפשרים לכותב להרחיק) את החלופות הדוקטרינריות הפתוחות לפני מקבלי ההחלטות,⁷⁵ ואת ההכרעות הערכיות הקשות שהבחירה ביניהם

74 ראו: Felix S. Cohen "Transcendental Nonsense and the Functional Approach" 35 *Colum. L. Rev.* (1935) 809, 812, 820 ("Valuable as is the language of transcendental nonsense for many practical legal purposes, it is entirely useless when we come to study, describe, predict and criticize legal phenomena... When the vivid fictions and metaphors of traditional jurisprudence are thought of as reasons for decisions, rather than poetical or mnemonic devices for formulating decisions reached on other grounds, then the author, as well as the reader, of the opinion or argument, is apt to forget the social forces which mold the law and the social ideals by which the law is to be judged... [Therefore,] we should find [and expose these] peculiar concepts which are not defined either in terms of empirical fact or in terms of ethics but which are used to answer empirical and ethical questions alike, and thus bar the way to intelligent investigation of Oliver W. Holmes "Law in Science and social fact and social policy") *Science in Law* "Collected Legal Papers" (New York, 1920) 210, 230, 232, 238–239 (first published in 1889).

75 דוגמה יפה לכך – החושפת את גמישותו של המושג "מניעת התעשרות שלא כדין", כלומר, את יכולתו "לבסס" נורמות הפוכות זו לזו – נמצאת באופנים בהם אנשי המשפט הבינלאומי משתמשים במושג זה. במסגרת דיונם בזכות הפיצוי של משקיע זר שרכשו הולאם, משפטנים אלה פונים, בין היתר, ל"עקרונות משפטיים כלליים שהוכרו על-ידי האומות בנות-התרבות" (ראו: Statute of the International Court of Justice, Art. 38(1)(c) (1945) (T.S. No. 993 (at p. 25)) ובכלל זה ל"עיקרון" בדבר מניעת עשיית עושר ולא במשפט. מחד גיסא, יש המוצאים במושג זה עוגן לטענה כי נדרש פיצוי מלא, שהרי אין זה צורך לשלול מהתובע חלק מרכושו. אך מאידך גיסא, משפטנים אחרים מדגישים את המימד האקוויטבילי של אותו מושג עצמו, וגורסים כי עולה ממנו דווקא כלל מרוכך, של פיצוי מופחת המביא בחשבון את מכלול נסיבות המקרה (כגון המצב הכלכלי היחסי של המשקיע והמדינה, והצורך של המדינה לממש את ההפקעה – שלא תוכל להתבצע אם תחוב בפיצוי מלא – כחלק ממדיניות הפיתוח שלה). אין זה מפתיע שחסידי הגישה הראשונה נמנים עם המדינות המפותחות, ואילו המשפטנים הנמנים עם האסכולה השנייה הם בני המדינות המתפתחות. לדיון וריכוז אסמכתאות ראו: Detlev Chr. Dicke "Unjust Enrichment and Compensation" *Foreign Debt in the Present and a New International Economic Order* (Boulder, Colo., Detlev, Chr.

מחייבת.⁷⁶

כמו בכל שדה של מחשבה אנושית, גם למשפט אין מנוס מהיזקקות למושגים ולקטיגוריות. הקושי טמון, כרגיל, בהקפדה על בדיקה מתמדת של השאלה אם המושגים והקטיגוריות שאנו משתמשים בהם משרתים אותנו כהלכה.⁷⁷ בתחום המשפט, עלינו לבדוק אם המושגים שאנו פונים אליהם מספקים אותה אנרגיה הצדקתית העומדת בבסיס הפעילות המשפטית.⁷⁸ כפי שראינו, המושג של מניעת עשיית עושר ולא במשפט אינו עומד במבחן זה. אך נראה שגם מושגים "מוצלחים" ממנו (קרי: כאלה שיש בהם תוכן, ולא רק מסגרת) לא יעמדו במשימה. הסיבה לכך נעוצה בריבוי הפרדיגמות העובדתיות שחוסות תחת כנפי השדה של "עשיית עושר ולא במשפט"; כפי שכבר רמזתי בפרק ב, לרב-גוניות ההקשרים החברתיים יש השפעה נורמטיבית מכרעת.⁷⁹

Dicke ed., 1987) 268; Rudlof Dolzer "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property" 75 *Am. J. Int'l L.* (1981) 553, 580–581; Karl M. Meessen "Domestic Law Concepts in International Expropriation Law" *The Valuation of Nationalized Property in International Law* (Charlottesville, Richard B. Lillich ed., 1987, Vol. IV) 157, 161–165

מעניין להזכיר בהקשר זה גם את האופן בו המשפט הקנוני פונה לעיקרון של מניעת התעשרות שלא כדין לשם ביסוס הדוקטרינה של "מחיר הוגן", המגבילה את זכות האכיפה של מוכר לעלות או למחיר-השוק (קיימת מחלוקת פוסקים בין שתי אסכולות אלה), ורואה ביתרת המחיר התעשרות שאינה צודקת. ראו: David R. Wingfield "The Prevention of Unjust Enrichment: Or How Shylock Get His Comeuppance" 13 *Qu. L. J.* (1988) 126

76 סטיב הדלי טוען שתחת המעטה של "מניעת התעשרות שלא כדין", הכותבים האנגליים בתחום מסתירים הסיה ערכית אינדוידואליסטית. ראו: Hedley, *supra* note 68, at p. 592, וראו בדומה לכך (בהקשר אחר) דגן, לעיל הערה 49, בסעיף ב1. לדיון כללי בהסתרת ערכים במשפט באמצעות הפיכתם של מושגים משפטיים ל"דברים" שהינם בעלי תכונות "טבעיות", ועל-כן גוררים מסקנות משפטיות מתחייבות, ראו: James Boyle "Introduction" *Critical Legal Studies* (New York, James Boyle ed., 1992) xiii, xvii–xviii

77 ראו: Walter W. Cook "Scientific Method and the Law" *American Legal Realism* (William W. Fisher III et al. eds., 1993) 242, 246. השוו אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475, 479–480.

78 השוו, בהקשר של מידת החשיבות שראוי לתת לחלוקת המשפט לקטיגוריות: Ronald Dworkin *Law's Empire* (Cambridge, 1986) 250–254 (ראוי לכבד את ההפרדה בין השדות השונים של המשפט, ולהחיל את דוקטרינת "העדיפות המקומית" – המקנה להתאמה של פרשנות מוצעת לשדה שהיא שייכת אליו משקל גבוה מזה הניתן להתאמתה לשדה משפטי מרוחק [או כללי יותר] – אם, ורק אם, קיימות סיבות ערכיות טובות לחלוקת השדות המשפטיים באופן זה).

79 ראו בדומה לכך: Macaulay, *supra* note 67, at pp. 1138, 1145–1146; Heldley,

אין זה המקום לפרט את מגוון המצבים השונים הנידונים במסגרת המשפטית של דיני עשיית עושר ולא במשפט.⁶⁰ לענייננו, די להדגים את השוני בין סוגי השיקולים המבארים את הכללים המשפטיים המסדירים את הפרדיגמות השונות. כך, למשל, דיון במקרים של שמירה על עניין הוולת מזה ושל תשלום בטעות מזה במושגים של "מניעת התעשרות שלא כדין" מסתיר את שיקולי המדיניות החשובים, והשונים, המנחים תחומים מרכזיים אלה של דיני עשיית עושר ולא במשפט: דין הפועל לשמירת עניין הוולת מוסדר, לסברתי, על-סמך האיזון בין מידת החשיבות שהמשפט מקנה לרצונותיהם (ההיפותטיים) של זוכים פוטנציאליים; לקידום ולהשרשת הערך של דאגה לוולת; ולשמירתם של אינטרסים חיוניים של בני-אדם (אפילו למורת-רוחם).⁶¹ מנגד, נראה כי הדין העוסק בתביעות השבה הנובעות מהענקה חד-צדדית של טובת-הנאה עקב טעות מבוסס על השיקול של מועור העלויות החברתיות של "התאונה המשפטית" (שינוי מצבו של הזוכה לרעה כתוצאה מהסתמכותו על אותה הענקה), כלומר, עלות התאונה, עלות מניעתה ועלות ההתדיינות.⁶²

אכן, אחד היתרונות החשובים של זניחת השימוש ב"מניעת התעשרות שלא כדין" כבנימק משפטי המתיימר לגרור מסקנות נורמטיביות בדיני עשיית עושר הוא ההכרה במורכבות התחום המשפטי ובצורך להפריד את הדיון במצבים העובדתיים השונים הנידונים בו. פיצול השדה המשפטי לדוקטרינות השונות המאוגדות תחתיו מלמד כי המצבים העובדתיים שהן עוסקות בהם מעוררים בעיות מטיפוסים שונים, ועל-כן מחייבים הפעלתם של שיקולים שונים. גם אם יתברר לבסוף כי ניתן לאתר מכנים-משותפים בין שיקולים אלה,⁶³ ראוי בעיני לבחון תחילה את השיקולים המפורטים המסדירים את

⁶⁰ *supra* note 68, at pp. 589, 594, 599; אנגלרד, לעיל הערה 67, בע' 48, 49, 54. ראוי לציין שגם כותבים מסורתיים בדיני עשיית עושר, המתייחסים לקיומו (ולתוכנו) של עיקרון של מניעת התעשרות שלא כדין כאל דברים המובנים מאליהם, מכירים בהשלכות הדרמטיות של גיוון ההקשרים שהדוקטרינה חלה עליהם ביחס לתוכנו של הדין. ראו למשל: Brice Dickson "Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview" 54 *Cambridge L. J.* (1995) 100, 101.

⁶¹ ראו לעיל הערה 61.

⁶² ראו דגן, לעיל הערה 54.

⁶³ ראו: Jack Beatson "Mistaken Payments in the Law of Restitution" *The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution* (Oxford, 1991) 137; Peter K. Huber "Mistaken Transfers and Profitable Infringement on Property Rights: an Economic Analysis" 49 *La. L. Rev.* (1988) 71, 78-90.

⁶⁴ על פני הדברים, דיני עשיית עושר נראים בעיני כמסגרת מתוחכמת, רגישה וגמישה, המאזנת טענות סותרות ביחס למשאבים שונים, וזאת בהתחשב בנסיבות העובדתיות הפרטיקולריות של הפרדיגמה הספציפית שמדובר בה ובישקולים ערכיים שכולם פרי של בחירה חברתית (מודעת או נסתרת), ואף לא אחד מהם נובע מהמילים "מניעת התעשרות שלא כדין". יתרה מזאת: אני סבור כי ניתן להראות שהשאלות השונות שמציגות

הפרדיגמות השונות, לאתר את ההכרעות הערכיות הגלומות בהם, ובדרך זו להעריך (או לבקר) את הכללים הנוהגים בשיטה ולגבש הנחיות ראויות לפרשנותם. מהם אם כן השיקולים המנחים את דיני עשיית עושר במצב העובדתי שמאמר זה מתמקד בו, דהיינו, התעשרות במסגרתה של התקשרות חוזית? מוקדם לענות על כך בשלב זה, שהרי טרם דנו בכל ה"מועמדים" שהציב עניין אדרס. אך שיקול חשוב אחד, הנראה מרכזי לסוג זה של מצבים – למצער, בהקשר המסחרי, שאני מתמקד בו כאן – כבר הוזכר.⁸⁴ כאשר שאלת ההתעשרות עולה בהקשר חוזי, יש חשיבות רבה לאיתור

הפרדיגמות העובדתיות מיושבות לבסוף על-סמך נקודת האיוון של השיטה בין הערכים הבסיסיים של חירות שלילית או אוטונומיית הרצון מזה וקידום של שיתוף ודאגה לזולת מזה, וזאת תוך שימת-לב לסוג המשאב שבקשר אליו התעוררה השאלה ולסוג מערכת היחסים שבין הצדדים. ברמה כזו של הכללה קיים אם כן מכנה-משותף בין הדוקטרינות השונות. (נשוו לגישתו הקיצונית של סטיב הדלי, המביע ספק אם ניתן להצביע, ביחס לדיני עשיית עושר ולא במשפט, על עיקרון מנחה המגדיר את התחום ומצדיק את כלליו ומושגיו הבסיסיים. ראו: Steve Hedley "Unjust Enrichment as a Basis for Restitution – An Overworked Concept" 5 *Legal Stud.* (1985) 56, 58–60. ברם, ספק בעיני אם מכנה-משותף זה מסוגל "לגאול" את המושג של "מניעת התעשרות שלא כדין" מחוסר הרלוונטיות ההצדקתית שאני טוען לה בטקסט. זאת באשר מכנה-משותף זה חובק, להערכתי, את המשפט הפרטי כולו (נשוו: Duncan Kennedy "The Structure of Blackstone's Commentaries" *Buff. L. Rev.* (1979) 209, 213; עיקר תשומת-הלב שלנו בלימוד המשפט הפרטי מתמקדת בבירור נקודת האיוון הראויה בהקשר נתון, קרי: ביחס למערכת יחסים פלוגית, בהקשר למשאב אלמוני ובשיטה עם אתוס נורמטיבי נתון (ראו דגן, לעיל הערה 49, בסעיף 22).

84 לעיתים נמצא בהקשרים חוזיים גם את השיקול של מועור העלויות החברתיות של טעות הנובעת מפערי מידע בין הצדדים. במקרים אלה יעדיף המשפט תדירות כלל המכוון להמריץ את הצד המידוע יותר לגלות מידע זה לצד שכנגד. ראו לעיל הערה 28. נראה שזה האופן בו היה ראוי לדון בע"א 499/89 רמת אביבים בע"מ נ' מירון, בן-ציון ופריבס, עורכי דין, פ"ד מו(4) 586, 593–594, בו נידונה השאלה: האם – בהיעדר סיכום מפורש בין עורך-דין ללקוחו – יחול התעריף המינימלי של לשכת עורכי-הדין, או שמא יינתן שכר ראוי בהתחשב בשווי העניין ובמוניטין המקצועיים של עורך-הדין הנוגע בדבר? בית-המשפט העדיף את החלופה השנייה, תוך פנייה לנהוג בשוק, קרי: על-סמך נתונים אמפיריים באשר להעדפותיהם המשוערות של צדדים טיפוסיים (ותמך דבריו בקביעה – הרטורית, לטענתי – כי "אם לא תאמר כן, יימצא מקבל השירות מתעשר שלא כדין, בהזקקו לשירותי עורך-דין מומחה לדבר, בנושא בעל שווי כלכלי נכבד, בלא לשלם תמורת השירות את השכר המקובל"). דניאל פרידמן מתת ביקורת על הלכה זו, בקובעו, בין היתר, כי "מן הראוי שעורך-הדין יגלה מראש מהו השכר שיידרש... [שהרי] מבין השניים, עורך-הדין הוא איש המקצוע; הוא הבקיא בנושא; הוא המכיר את טווח המחירים האפשרי, והוא זה שצריך לדאוג ולהסדיר את הנושא מראש... אם עורך-הדין לא דאג

ההעדפות הטיפוסיות של צדדים מתקשרים;⁸⁵ משמע: להעדפות הצדדים באשר לאופן הקצאת הסיכונים ביניהם יש - או לפחות צריך להיות - משקל לא־מבוטל בהכרעה בשאלה אם זכייתו של צד פלוני ביתרון אלמוני צודקת אם לאו.⁸⁶

לעריכת הסכם בעניין שכרו, ואם מדובר בנושא שקיים לגביו טווח מחירים, יש להניח לזכות הלקוח כי ציפה שיחוייב בשכר הנמוך ביותר האפשרי ולפסוק בהתאם. ראו דניאל פרידמן "שכר טרחה ראוי לעורך־דין" המשפט ב (תשנ"ה) 103, 111-113. מהסיבה שצויינה בראשית הערה זו, גם אני מצטרף, בכל הכבוד, לדברים אלה.

85 ודוק: איני מתעקש בכך על סיווגו של סעד ההשבה - כאשר הוא ניתן בהקשר חוזי - לדיני החוזים דווקא. כזכור, הלכת אדרס מהווה נקודת ציון במגמת הדין הישראלי לטשטש את קווי הגבול בין קטיגוריות משפטיות שונות ולהתמקד, במקום בסיווג, בניתוח ערכי (בפרט זכורה המספורה של השופט ברק, המדמה את דיני עשיית עושר ולא במשפט ל"נשר גדול הפורש כנפיו על כל הדינים השונים". ראו עניין אדרס, לעיל הערה 5, בע' 266). מגמה זו של פריצת קטיגוריות נראית לי ראויה, שכן, בהיצמדות לקטיגוריזציה המשפטית המלאכותית טמונה אותה סכנה כמו בהיוקקות למושגים משפטיים כאילו הנביעו מסקנות "הכרחיות", דהיינו, הסכנה של הסתרת ההכרעות הערכיות. לפיכך, אין לי עניין רב בויהי "מקור הזכות המשפטית ממנה צומחת עילת ההשבה": בדיני חוזים או בדיני עשיית עושר. השוו עניין כהן, לעיל הערה 6, בע' 317-318 (שם נידונה השאלה הסיווגית לצרכים דיוניים). מה שחשוב בעיני אינו סיווגם של המקרים של "הפרות חוזים ריווחיות", אלא איתור השיקולים שצריכים להנחות אותנו בעיצוב הדין שיסדיר את פתרונם. בהקשר זה יפים בעיני דברי השופט חשין, לאמור: "חובת ההשבה בענייננו לא נולדה אלא על רקע חוזה שנכרת, והמשקע החוזי חייב מטבע הדברים להשפיע - וראוי הדבר שתהיה לו השפעה, בין במישורין בין בעקיפין - על חובת ההשבה ועל מידת ההשבה... בבדיקת סעד ההשבה בדיני חוזים, קיומו של חוזה אינו רק אירוע היסטורי ואחת הנסיבות שעשויות להשפיע על קיומו של הסעד ועל שיעורו, והרי הוא מעיקרי הדברים מלכתחילה." ראו עניין מלון צוקים, לעיל הערה 63, בע' 71. הטענה בדבר חשיבותו של הרקע החוזי אינה אס־כן טענה "תחומית ומבנית", אלא "עניינית". השוו מיגל דויטש "על 'גנים' משפטיים והתחרות דינים: לסוגיית היחס בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 557, 563-565.

86 מעניין לציין שקו חשיבה כזה יושם על־ידי הרוב באחד מפסקי־הדין החשובים שניתנו, בהרכב של חמישה שופטים, בהקשר תביעה להשבת טובת־הנאה שהוענקה במסגרתה של התקשרות חוזית: ע"א 442/83 משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרכנול (ישראל) בע"מ, פ"ד מד(3) 661 (להלן: עניין זוהר). באותו עניין נידונה שאלת זכותו של מפין על־פי חוזה הפצה לזמן בלתי־מוגבל למתן הודעה מוקדמת עובר לביטול חוזה ההפצה עימו על־ידי היצרן שאת מוצריו הפיץ. שופטי המיעוט (השופטת נתניהו והנשיא שמגר) סברו כי יש להבחין בין הכלל החוזי בדבר הזמן הסביר למתן הודעה על ביטול החוזה (או פיצוי תחתיו) לבין כלל מדיני עשיית עושר ולא במשפט, העשוי לחול במקביל לכלל החוזי,

לפיו – לגישתם – המפיץ זכאי להשבת שוויה של טובת־ההנאה שבאה ליצרון מהשימוש בשוק הקניות והמוניטין שבנה המפיץ.

דעתם של שופטי הרוב – השופטים ברק, בייסקי ואור – היתה שונה, והיא תואמת כאמור, לדעתו, את קו החשיבה שהוזכר בטקסט (ושנידון בפירוט בפרק ב). כך קבע השופט ברק (שם, בע' 704): "לעתים, מה שנראה כהתעשרות שלא כדין של אחד הצדדים, אינו אלא סיכון שהצדדים לחוזה נטלו על עצמם, ועליכן 'התעשרותו' של אותו צד הינה 'כדין'... אכן, מה שנראה לחברתי, השופט נתניהו, התעשרות שלא כדין של היצרן, אינו אלא הכנסה שבאה ליצרון ושעל־פי החוזה צריכה היתה ליפול לידי המפיץ. הציפייה הסבירה של המפיץ הייתה, שהחוזה יימשך זמן נוסף, שיאפשר לו למצות את פרי מאמציו. הביטוי הפורמלי לציפייה סבירה זו הוא בתקופת הזמן שבין מתן ההודעה על הפסקת החוזה לבין הפסקתו בפועל." בדומה לכך הוסיף השופט אור (שם, בע' 706, 708): "התקופה הסבירה של הודעה מראש באה לענות על הציפיות שאם יבוטל החוזה – הוא יבוטל תוך מתן זמן סביר לקיומו, עד שייכנס הביטול לתוקף. כך, יש להניח, ראו זאת הצדדים בעת קשירת הקשר החוזי, כשלא התנו מראש על תקופת קיום החוזה... אכן, עם תום ההסכם... המפיץ לא יוכל עוד להינות מאותו 'שוק' שנוצר, והיצרן עשוי להינות מ'שוק' זה. אך תוצאה זו צפו הצדדים בעת כריתת ההסכם כשהסכימו על תנאיו."

נראה לי כי מדעת הרוב עולה שהדרך הראויה לקביעת כללים בדיני חוזים היא זיהוי הכללים המועדפים על־ידי הצדדים. אין ספק שבמקרה כעניין זוהר יבחרו צדדים כלל שיעניק למפיץ זמן סביר בין הודעה לבין ביטול. חוזה הפצה הוא מקרה מובהק של חוזה המחייב צד אחד (המפיץ) להשקיע השקעה מיוחדת (Specific Investment), קרי: השקעה שרק הנבטח (היצרן) עשוי ליהנות ממנה (פיתוח השוק למוצרי הייחודיים; ראו פסק־דינה של השופטת נתניהו, בפרט שם, בע' 687). חוזים כאלה "מזמינים" התנהגות אופורטוניסטית של נבטחים, שינסו ל"כופף את ידי המבטיח" מרגע שנעשתה השקעתו המיוחדת, ולשנות את התנאים של חוזה ההפצה לטובתם. מבטיחים יחששו מכך, ולפיכך יימנעו מלהיכנס לחוזים המחייבים אותם להשקעה מיוחדת מבלי שתובטח להם בחוזה הגנה כלשהי מפני "סחטנות" כאמור. הגנה כזו עשויה להיות בדמות גמול גבוה יותר (ו/או מוקדם יותר), או בדמות תקופת הודעה סבירה שתאפשר למבטיח – במקרנו, המפיץ – "לכסות את הוצאותיו, להפיק רווח סביר מהעסקה"), [להתארגן לסיום ההסכם תוך חיפוש עסק אחר תחתיו (וכן) לקטוף את פרי מאמציו בביסוס שוק, ולמצות מאמצים אלה" (השופט ברק, שם, בע' 704). לריכוז וסיכום של הספרות הרלוונטית ראו: G. Richard Shell "Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Toward a New Cause of Action" 44 *Vand. L. Rev.* (1991) 221, 223, 228–232. להלכה דומה – המוכה מפיץ בלעדי ברווחי המכירות שנעשו בשטח ההפצה שלו תוך הפרת בלעדיותו – ראו: *Uinta Oil Ref. v. Ledford* 244 P. 2d 881 (Colo. 1952). לגילוי נוסף של התמודדות דיני החוזים שלנו (באותו עניין בהקשר של מכר דירות) עם בעיית ההשקעה המיוחדת, ראו ע"א 213/80 שמענוף נ' ברוכים, פ"ד לו(3) 813–814, 808.

ד. הפרת חוזה כנטילת קניין

אחד הנימוקים החשובים של שופטי הרוב בעניין אדרס היה ההיקש שעשו בין הפרת חוזה לבין נטילת קניין: נקבע שם, אומנם, כי לא "לכל דבר ועניין בתחומי עשיית עושר ולא במשפט רין זכות חוזית כדין זכות קניינית", אך "לעניין זכותו של הנפגע לקבל את טובת ההנאה של המפר אין להבחנה זו חשיבות". הסיבה לכך היא ש"גם זכות חוזית היא חלק מרכושו של אדם, ועל-כן חלק מ'חשבונו', באופן שפגיעה בה עשויה להביא להתעשרות על חשבונו". לפיכך, בית-המשפט קובע כי ראוי ללמוד מהדין המקנה לבעל זכות קניינית במקרקעין כל רווח שנבע מהפרת זכותו, ולהקנות לנפגע מהפרת חוזה את פירותיה.⁸⁷

במילים אחרות, בית-המשפט מציע להתנתק מן ההקשר החוזי שלרקעו אירעה נטילת הזכות החוזית, ולשבץ את המקרה של הפרת-חוזה-מניבת-רווח בפרדיגמה עובדתית שונה, שגם אותה מסדירים דיני עשיית עושר ולא במשפט, היא פרדיגמת הנטילה. פרדיגמת הנטילה עוסקת במצבים בהם הגתבע-החובה (א) נוטל אינטרס של המזכה (ב) ביחס למשאב כלשהו שלו, מבלי שקיבל ממנו הסכמה, מפורשת או משתמעת. א מפיץ באמצעות אינטרס זה רווח, ויב תובע ומבקש סעד כספי נגד רווחי א, שהופקו לטענתו "שלא על-פי זכות שבדין". במקרה הפשוט, בו אעסוק בפרק זה, אין א מציג כל טענת הגנה פוזיטיבית, אך מתירס נגד זכותו של ב לרווחים העולים בהרבה על הנזקים שנגרמו לו מהנטילה ואפילו על שווי-השוק של המשאב (או שווי השימוש בו בתקופת הנטילה).⁸⁸ כמו בית-המשפט העליון בעניין אדרס, אף אני אניח כאן שאין קושי בשיבוץ מקרה של הפרת חוזה בפרדיגמת הנטילה. יתר על-כן, נראית לי גישת בית-המשפט העליון – שבאה לידי ביטוי בעניין אדרס ובמקרים נוספים בהם נידונה נטילת אינטרס מסוג של "ציפייה"⁸⁹ – לא להתייחס לרשימת המשאבים המהווים נשוא לזכות להגנה בפרדיגמת הנטילה כאל רשימה סגורה.⁹⁰ ובכל-זאת, לא אצטרף לדעה הגוזרת משיבוץ הפרת חוזה

בשולי הדברים אציין שגם דעת הרוב בעניין זוהר אינה נקייה מקשיים. בפרט כוונתי לכך שאם אכן זו הדרך הראויה לפתרון הסוגיה, קשה להבין מדוע בחרו שופטי הרוב להתעלם מהראיות בדבר תקופת ההודעה הסבירה הנהוגה בענף, האמורה לשקף את העדפות הצדדים הטיפוסיים בו. השוו: Charny, *supra* note 26, at pp. 1858–1859.

87 ראו עניין אדרס, לעיל הערה 5, בע' 274–276 (השופט ברק), ובדומה בע' 236 (השופט ש' לוין). ראו בדומה, למשל, עניין כהן, לעיל הערה 6, בע' 321. לתמיכה חזקה בהשוואה בין הפרת חוזה לבין נטילת קניין ראו פרידמן, לעיל הערה 33, בע' 4–8, 13–14.

88 הדוגמה המובהקת, בעולם המשפט האנגלו-אמריקאי, למקרה זה היא פסק-הדין הנודע בעניין *Edwards v. Lee* 96 S.W.2d 1028 (Ky. 1936) (להלן: עניין Edwards).

89 ראו למשל עניין ליבוביץ', לעיל הערה 66, בע' 325.

90 על-מנת להתאים את הדיון בפרדיגמת הנטילה למגמה הרצויה של היעדר סגירה א-פריורית של רשימת האינטרסים המוגנים, אני מכנה אותם משאבים. משאב הוא כל אמצעי להפקת יתרונות כלכליים או לסיפוק צרכים או מימוש רצונות: "נכס, שירות או

בפרדיגמת הנטילה את המסקנה של הקניית רווחי ההפרה לנפגע. סיבה אחת לקושי בהסקת מסקנה כאמור עולה כבר מהדיון בפרק ב: ההקשר החוזי נבדל ומיוחד משאר מצבי הנטילה (בהם היו הצדדים זרים זה לזה עובר לנטילה); זאת באשר בהקשר חוזי, כל החמרה ביחס המשפט לזוכים-בכוח (מפירי חוזה בהקשר זה) מתבטאת בעליית המחיר שמשלמים מזוכים-בכוח (הנפגעים-בכוח מאותה הפרה).⁹¹ בפרק זה ברצוני לפנות לנימוק נוסף, המערער על האופן בו גזר בית-המשפט מדיני הנטילה את המסקנה לפיה הנפגע זכאי לרווחי ההפרה. ברצוני להראות שקיימים שיקולים פנימיים לפרדיגמת הנטילה המצדיקים ליתן למשאבים מסוגים שונים רמות הגנה שונות.⁹² בפרט, משיקולים אלה עולה

טובת הנאה אחרת" (על-פי סעיף 1 לחוק עשיית עושר). הוא יכול להיות מה שמוגדר במסגרת ענפי משפט אחרים כקניין מוחשי (מקרקעין או מיטלטלין) או ערטילאי (זכויות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים); הוא יכול להתייחס לאינטרס של אדם בעצמו או במאפיינים מסוימים שלו (כמו איברי גופו או שמו הטוב); והוא יכול גם להתייחס לאינטרס שיש לאדם בסוד מסחר, יחסים חוזיים (עם צדדים אחרים מהנוטל) ואפילו ציפיות והודמנויות. משאב אינו עושר (השוו: Jack Beatson "Benefit, Reliance, and the Structure of Unjust Enrichment" *The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution* (Oxford, 1991) 21, 29–31; זהו סוג מסוים של אינטרס שיכול להגיב עושר. מנגד, משאב אינו בהכרח קניין; יש הקושרים את המונח "קניין" עם תכונות מסוימות – כגון זכות העבירות (ראו יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי (תשנ"ג) 55–59) – שאינן מתקיימות בהכרח בכל רשימת האינטרסים דלעיל. גישה הנזהרת מחסימה אפריורית של ההגנה על אינטרסים מפני נטילה לרשימה סגורה של אינטרסים תיזהר, לפיכך, מהגבלת ההגנה של דיני הנטילה לאינטרסים קנייניים (בדיוק כמו שגישה הנזהרת מהגבלת הגנות אחרות, הקבועות בדיני הקניין, על אינטרסים של בני-אדם לסוג מסוים בלבד של אינטרסים תיזהר מתחילת המושג קניין לרשימת אינטרסים סגורה. השוו: Charles A. Reich "The New Property" 73 *Yale L. J.* (1964) 733; Joseph William Singer "The Reliance Interest in Property" 40 *Stan. L. Rev.* 614 (1988)). אך ראו גישתו של סמואל סטולגר, הרואה בדיני ההשבה אמצעי לאכיפתן של זכויות קניין: Samuel J. Stoljar *The Law of Quasi-Contract* (Sydney, 2nd ed., 1989) 5–7, 93, 100; G.H.L. Fridman & James G. McLeod *Restitution* (Scarborough, Ont., 1982) 32–34. והשוו גם להצעתו של דניאל פרידמן להרחיב את מושג הקניין על-מנת שיכיל את רשימת המשאבים שיידונו בפרק זה: Daniel Friedmann "Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong" 80 *Colum. L. Rev.* 504, 506, 509 (1980).

91 ראו בדומה לכך: Richard Craswell & Alan Schwartz *Foundations of Contract Law* (New York, 1994) 54–55.

92 על שונות ההגנה על משאבים שונים בדיני עשיית עושר ולא במשפט, ועל רצף המשאבים המוגנים העולה ממנה, עמד לראשונה דניאל פרידמן. ראו פרידמן, לעיל הערה

שזכויות חוזיות המתייחסות למשאבים "רגילים" (להבדיל מנכסים "מיוחדים", כגון מקרקעין) שניטלו מבעליהן ראויות להגנה חלשה יחסית. ספק אם קביעת הלכה גורפת לפיה (כל) נפגע מהפרת חוזה זכאי לפירות ההפרה תואמת מסקנה זו.

1. פרדיגמת הנטילה – הסעדים המתחרים

על-מנת להסביר את הבעייתיות שבהשוואת הסעד הניתן בגין נטילת אינטרס קנייני במקרקעין לנטילת אינטרס חוזי בממכר טובין מסחרי רגיל (ברזל בעניין אדרס), נדרש דיון תיאורטי בפרדיגמת הנטילה. איני יכול לערוך במסגרת מצומצמת זו דיון מקיף כזה – שאני מנסה לעשותו במקום אחר⁹⁰ – אך לענייננו, אין בו גם צורך. על-מנת לעמוד על הקושי בהיקש האמור, די בהצגת הסעדים האפשריים בפרדיגמת הנטילה, בבחינת הקשר בין סעדים אלה לבין ערכים מתחרים ובניתוח האופן בו אופי המשאב משפיע על המינון הראוי בין ערכים אלה (ועליכן על הסעד הנפסק). בסעיף זה אפתח בהצגת הסעדים הכספיים שבית-משפט יכול לפסוק במקרים של נטילה. ההבחנה הראשונה שאעשה הינה בין "דמי-נזק" מזה לבין "שווי הזכייה" מזה. המונח שווי הזכייה מתייחס לערך שהשיג הזוכה באמצעות השימוש במשאב שנטל, והוא עשוי להתפרש, כפי שנראה מיד, בכמה אופנים שונים (במילים אחרות, יש נוסחות שונות לחישוב שווי הזכייה). המונח דמי-נזק מתייחס לערך הפגיעה שנגרמה למזכה עקב הנטילה. ביתר דיוק, נזק – כמשמעו לעניין מאמר זה – קורה כאשר הנטילה פוגעת במצבו הכספי של המזכה, כלומר, כשהיא מפחיתה את שווי המשאב שבחזקתו או מסיטה (או מונעת) קבלת רווחים מצדדים שלישיים, אשר לולא התערבות הנוטל, היה המזכה משיג. כך, דמי-נזק כוללים "רווחים שאבדו", אך אינם כוללים את הנזק ההיפותטי שבעצם הנטילה, הפלישה או ההפרה של האינטרס של המזכה במשאב הנידון. חשוב לשים-לב כי נזק אינו היפותטי אם היה הזוכה יכול ומעוניין להשתמש בנכס למטרות מניבות רווחים. במקרה כזה, אי-תשלום מצד הזוכה ייכלל בגדר הקטיגוריה של "רווחים שאבדו". רק אם לא היה המזכה מסוגל או מעוניין במועדים הרלוונטיים להפיק מהמשאב רווח, נגדיר את עצם הנטילה כנזק היפותטי, ונאמר שסעד של דמי-נזק לא יתיימר לכסות אותה.

90, בע' 512–513, 556–557. פריצת-דרך זו בתחום מנחה פרק זה. ויחד עם זאת, הניתוח המוצע כאן נבדל מזה של פרופסור פרידמן – אם כי איני סבור שאין הוא מתיישב איתו – בשתיים. ראשית, פרופסור פרידמן מדגים את השונות בהתייחס למימד של אשם הנדרש לגבי משאבים "חלשים" בלבד, ואילו הדגש שלי מושם בקיומה של שונות כבר ברמה של מידת הסעד. שנית, פרופסור פרידמן מסביר את ההבדל במונחים של ההבדל בין זכויות קניין לזכויות "מעין-קנייניות"; ההסבר שלי שונה (ראו להלן בסעיף ד).

93 ראו: Hanoch Dagan *Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values* (Cambridge University Press, forthcoming). פרק זה מבוסס, אלא אם-כן נאמר אחרת, על האמור שם.

נזק של המזכה יכול להיות גדול מ-, שווה ל- או קטן משווי הזכייה. אך דיני עשיית עושר מתמקרים בעיקר במצבים מהסוג האחרון,⁹⁴ בהם עתיד המזכה – אם תיענה תביעתו – להפיק יתרון מהותי בבחירת דינים אלה כבסיס המשפטי לעילת-התביעה שלו.⁹⁵ לפיכך אניח כאן ששווי הזכייה אכן עולה על דמי-נזק.

ברם, כפי שרמזתי, המונח שווי הזכייה הינו רב-משמעי, ועל-מנת שלא לבלבל בין הסעדים הכספיים השונים שכל אחד מהם עשוי להיחשב, בהקשר מתאים, לשווי הזכייה, אני מציע לכוונתם בשמות נפרדים. כך, ניתן לכאורה לפרש את המונח "שווי הזכייה" כמתייחס לכלל התקבולים שהפיק הזוכה מהשימוש שעשה באינטרס שנטל. פירוש כזה יהיה, ככל הנראה, נדיר במשפט הישראלי,⁹⁶ לנוכח הוראת סעיף 3 לחוק עשיית עושר, לפיה הזוכה רשאי "לנכות ממה שעליו להשיב את מה שהוציא או התחייב להוציא או השקיע באופן סביר להשגת הזכייה".⁹⁷ מכאן הפירוש השני – הסביר יותר – של המונח שווי הזכייה, דהיינו, הרווח שהפיק הזוכה מהנטילה, כלומר, התקבולים שהפיק בניכוי ההוצאות שהוציא בהפקתם.

סעד כספי שלישי שבתי-המשפט פונים אליו לעיתים בדברם על שווי הזכייה או על התעשרותו של הזוכה הוא שווי-השוק של האינטרס שניטל או של השימוש בו בתקופת הנטילה. הסעד של שווי-שוק שונה במהותו משני קודמיו: הוא אינו מודד את התעשרותו של הזוכה על-פי מה שקרה במקרה הספציפי, אלא על-פי השוק. שווי-שוק הוא המחיר שהיה משתלם בעד המשאב (או השימוש העתידי בו) בעסקה רצונית בין צדדים עלומי-שם תמיילב ומיודעים; זה המחיר שנסגר בשוק החופשי בעסקות דומות.

נוסחת הישוב רביעית, ואחרונה בשלב זה, לכימות של שווי הזכייה מיוצגת על-ידי סעד כספי שאכנה רווח יחסי. כשבית-משפט מפעיל נוסחת זו, הוא מתיר לזוכה לנכות לא

94 קטיגוריית המצבים ששווי הזכייה עולה בהם על נזק של המזכה כוללת מקרים שהזוכה יעיל בהם יותר (בקשר לשימוש במשאב שניטל) מהמזכה או פועל בשוק אחר, וכן מצבים בהם לא הפסיד המזכה דבר (קרי: מקרים בהם לא ירד ערך המשאב בעקבות השימוש בו בתקופת הנטילה, ונוסף על כך מתברר שהמזכה לא היה יכול להפיק את הרווח או לא התכוון – או לא היה מעוניין – להשתמש במשאב על-מנת להפיקו).

95 ראו למשל: Douglas Laycock "The Scope and Significance of Restitution" 67 Tex. L. Rev. (1989) 1277, 1285, 1287-1288.

96 ראו בדומה לכך פרידמן, לעיל הערה 21, בע' 379. השוו, בדיני המס, אמנון רפאל מס הכנסה (מהדורה שלישית בהשתתפות ירון מהולל, תשנ"ה, כרך א) 427-430.

97 ברי שסעיף זה יתפרש כמכוון לניכוי הוצאות שהוצאו לשם הפקת אותם תקבולים, להבדיל מן ההוצאות שהוציא הזוכה על-מנת להעבירם מהמזכה אליו. ראו פרידמן, שם, בע' 705-706. סייג זה אומץ גם בעניין אדרס, לעיל הערה 5, בע' 245. ראו גם עניין כהן, לעיל הערה 6, בע' 332 (אך ספק אם צדק בית-המשפט כאשר קבע באותו עניין שהסייג חל, ותעיד העובדה כי לאחר שלא התיר בית-המשפט את ניכוי ההוצאה שנידונה שם דרך סעיף 3 לחוק עשיית עושר, הוא קבע שההוצאה גרעה משיעור ההתעשרות, קרי: הכיר בה "דרך" סעיף 1 לחוק).

רק את הוצאותיו בהשגת ההכנסה שהפיק מהאינטרס שנטל, אלא גם חלק יחסי מהרווח שהופק כתוצאה מהתרומה המשותפת של האינטרס שניטל והוצאות הנוטל. כך, כאשר רווח עולה של שווי-שוק, הסעד של רווח יחסי מחלק את ההפרש בין הצדדים על-פי התרומה היחסית של משאביהם להפקת הרווח.⁹⁸

2. מסעדים לערכים – התשתית האידיאולוגית של פרדיגמת הנטילה

ברצוני להראות כי הבחירה בין הסעדים הכספיים השונים שהצגתי אינה בחירה טכנית, כפי שהדבר עשוי להיראות במבט ראשון. נהפוך הוא: הבחירה המשפטית של סעד כספי מגלמת הכרעה ערכית בין השקפות-עולם מתחרות; בין תפיסות שונות באשר ליחס שבין אדם לחברו. על-מנת לעשות כן, אני נדרש לפתוח בסטייה מסוימת מרצף הדיון, ולדון בהבחנה המפורסמת של גוידו קלברזי ודגלס מלמד בין כללים של קניין (property rules) לבין כללים של אחריות (liability rules).⁹⁹ הבחנה חשובה זו משמשת תשתית לניתוח התיאורטי המובא להלן.

קלברזי ומלמד הפרידו בין שני שלבים של הקצאת משאבים בחברה. ראשית, על החברה להחליט למי מבין הצדדים יוקנה המשאב; זה השלב של הקצאת הזכויות (entitlements). בשלב השני על החברה להחליט "החלטות מדרג שני" ביחס לאופן בו יוגנו אותן זכויות. בפרט, קלברזי ומלמד מציגים את האפשרות לבחור מבין שני סוגי כללים: כלל של קניין וכלל על אחריות.¹⁰⁰ כלל של קניין מחייב את מי שמעוניין להעביר זכאות לבעלותו לרכוש אותה מבעליה בעסקה רצונית, במסגרתה יוסכם בין הצדדים הערך של אותה זכאות. אף אחד אינו רשאי ליטול את הזכאות מבלי להשיג עובר לנטילה את הסכמת בעליה. מנגד, כאשר חל כלל של אחריות, רשאי כל אדם לקחת את הזכות, ובלבד שישלם בדיעבד סכום שגוף חיצוני (בית-משפט) יחליט עליו כעל מחיר ראוי אובייקטיבי. כך, כללי אחריות מיועדים לעודד העברות כפויות של משאבים מהמחזיקים בהם (ומכאן יעילותם בנסיבות שקיימות בהן עלויות עסקה כבדות).

נראה לי מועיל לחשוב על ההבחנה בין כללים של קניין לבין כללים של אחריות במונחים של הערך שהם באו לקדם (הרציונל שלהם).¹⁰¹ כפי שקלברזי ומלמד מגדירים

98 כך, כאשר התקבולים שהפיק זוכה מהשימוש במשאב מסתכמים, לשם דוגמה, ב־60; שווי-השוק של השימוש הוא 20; והוצאות המזכה – 10 – יקנה סעד של רווח למזכה 50; סעד של שווי-שוק 20; וסעד של רווח יחסי 40.

99 ראו: Guido Calabresi & A. Douglas Melamed "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089, 1090, 1092, 1105–1106.

100 סוג נוסף של כללים שהם מזכירים הוא כללים של אי-עבירות. כללים אלה אינם לענייננו, ועל-כן לא יידונו.

101 ראו בדומה לכך: Jules L. Coleman & Jody Kraus "Rethinking the Theory of Legal Rights" *Markerts, Morals and the Law* (Cambridge, 1988) 28; Robert Nozick

בדיונם המקורי, כלל של אחריות מגן על הערך ה"אובייקטיבי"¹⁰² של הזכאות, קרי: על הרמה (האובייקטיבית) של רווחה או תועלת הגלומה בה.¹⁰³ ברם, כלל של אחריות "מכשיר" את עצם ההעברה הכפויה של המשאב; כאשר הוא חל, הפיצוי הניתן בדיעבד נתפס כתחליף להסכמה הלכתחילית. מנגד, כאשר משאב מסוים מוגן על-ידי כלל של קניין, נוטל-בכוח נדרש להשיג את הסכמת בעל המשאב עובר לנטילה. כך מגדיר כלל של קניין לגבי אותם בעלים תחום של שליטה סביב המשאב שלו. כאשר כלל כזה חל, לא ניתן לומר שהאינטרס של בעל המשאב מתמצה ברווחה הגלומה במשאבו.¹⁰⁴

אינטרסים אלה – רווחה ושליטה – הניצבים בבסיסה של מסגרת הדיון שהציעו קלברוי ומלמד, מייצגים ערכים חשובים במחשבה הליברלית. הערך שהליברל מוצא בשמירת הרווחה החומרית של הפרט הוא מובן מאליו כמעט. רווחתו של כל אחד מאיתנו מגלמת את האמצעים שהוא מגשים בעזרתם את רצונותיו ומממש את מה שהוא מבין כאושר.¹⁰⁵ כל גריעה מרווחתו שלא על דעתי פוגעת באפשרותי להגשים את רצונותי ומהווה מכשול לאושרי. כלל המשיב את הסטוס-קוו הכלכלי על כנו בא לרפא תוצאות אלה.

גם הגנה על שליטתם של אנשים במשאבים שלהם מהווה אידיאל ליברלי מוכר. הגנה כזו מבטיחה שבעליו של כל משאב יהיה בעל המלה האחרונה באשר לקורות אותו, שהסכמתו תהיה תנאי בל יעבור להעברה תקפה של המשאב (או לשימוש לגיטימי בו). כך, כלל משפטי המגן על שליטתם של מזכים-בכוח מבטא את השאיפה להבטיח לבני-אדם את

57–73 *Anarchy, State, and Utopia* (Oxford, 1974) אציין כי התייחסותי לערכים של שליטה ורווחה כאל הערכים האולטימטיביים שכללי הקניין וכללי האחריות באים לקדם סוטה מהדיון המקובל בהם, החותר לבאר את בחירותיו של הדין ביניהם במונחים מכשיריים, דהיינו, לבחון אותן לאור השאלה באילו נסיבות תקדם הבחירה בכלל של קניין (או של אחריות, לפי העניין) את יעד היעילות.

102 אף-על-פי שאני מודע לבעייתיות של ההיוזקות למונח "אובייקטיבי" בהקשר זה, אני משתמש בו, אך זאת רק על-מנת להדגיש את הפנייה – במסגרת רציונלה כזו – לערך כפי שהוא נמדד בשוק.

103 רווחה זו אינה כוללת את התועלת הפסיכולוגית המופקת מעצם השליטה במשאב. (אם נאמר אחרת, יתלכדו המושגים של רווחה ושליטה.)

104 אם כי ברי שבנסיבות רבות, כלל של קניין גם ישמר באופן המיטבי את רווחתו של בעל האינטרס המוגן והסיבה לכך היא שברגיל, גילוי רצון אמיתי של פרטים הוא האמצעי המהימן ביותר לחשיפת השווי שהם מייחסים למשאבים שבחזקתם. כל שנטען בטקסט הוא שרווחה זו אינה ממצה את האינטרס המוגן בכלל של קניין. לשון אחרת: כאשר מטרת הדין היא שליטה, יחול כלל של קניין – ותידרש הסכמתו האקטואלית של בעל המשאב כתנאי לתקפות של העברת המשאב ממנו – גם אם ניתן להגן על רווחתו על-ידי כלל של אחריות בלבד.

105 השוו: James Griffin *Well Being: Its Meaning, Measurement and Moral Importance* (Oxford, 1986) 14, 22; Joseph Raz *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986) 289.

חירותם השלילית, משמע, את האפשרות של כל אחד מהם להיות אדון לעצמו בתחום הכפוף לשליטתו ואת החופש שלו מפני התערבותם של אחרים. ערך זה של חירות שלילית מייצג פן חשוב בהבנתנו את מושג החופש, ומקובל לומר – לפחות לפי התיאוריה הליברלית – שתחום מינימלי של חירות שלילית הוא תנאי הכרחי להתפתחות עצמיותנו וייחודנו כבני-אדם נפרדים; בני-אדם המסוגלים לבחור באופן אוטונומי מטרות ואמצעים ולהיות אחראים לבחירתנו זו.¹⁰⁶ מערכת משפטית המחויבת לערך של חירות שלילית כערך הבלעדי שעל המדינה לקדם – קרי: שיטת משפט ליברטריאנית – תעמוד לפיכך על אימוצו הרחב בשיטה של כלל המגן על שליטתם של אנשים על המשאבים שבבעלותם, שכן רק כלל כזה מותח גבול קשיח סביב בני-אדם, מגן עליהם זה מפני התערבותו של זה במידה המירבית.¹⁰⁷

פנייה לערכים של רווחה ושליטה, כפי שבוארו בקצרה לעיל, מניבה ארבע רציונלות אפשריות המגדירות את טיב הזכויות שהדין מקנה לבעליהם של משאבים.¹⁰⁸ רציונלה ראשונה – אכנה אותה *רווחה* – מכוונת להגן על רווחתו של המזכה, אך לא על שליטתו במשאב שברשותו; רציונלה שנייה (*שליטה*) מיועדת לשמור על שליטת המזכה במשאב, אך אינה מתעניינת כלל ברווחתו; רציונלה שלישית – שאני מסמן אותה *רווחה ושליטה* – משלבת את שתי הרציונלות הקודמות; ורציונלה אחרונה (*רווחה או שליטה*) מכוונת להגן על רווחת המזכה או על שליטתו על-פי הדרישה הפחות מחמירה בנסיבות העניין. הבחירה בין הרציונלות האמורות אינה תרגיל תיאורטי גרידא; כל אחת מהרציונלות מכתובה סוג שונה של סעדים.¹⁰⁹ דוגמה פשוטה לכך היא הסעד המגיע. פשיטא, סעד כזה לא יינתן אם (ורק אם) הזכויות שמדובר בה מכוונת לשמור רק על רווחתו של

106 ראו לדוגמה ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות של חירות (תרגום יעקב שרת, 1969) 170, 174–175; *Liberty, Equality*, 170–174; Charles Fried "Is Liberty Possible?" *Liberty, Equality, and Law: Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy* (Salt Lake City, Charles Taylor "What's at Stake?" ed., Sterling M. McMurrin ed., 1987) 89, 94–95; *Wrong with Negative Liberty* *Philosophy and the Human Sciences* (Philosophical Papers 2, Cambridge, 1985) 211.

107 ראו למשל: F.A. Hayek *The Fatal Conceit – The Errors of Socialism* (London, W.W. Bartley ed., 1988) 63; Nozick, *supra* note 101, at pp. 33, 57, 71–73.

108 כפי שנרמז בסקסט, ראוי בעיני להתייחס להבחנה בין כלל של קניין לבין כלל של אחריות לא כאל הבחנה בין אמצעים שונים להגנה על זכויות, כי אם כאל רכיבים חלופיים שונים מתוך המשמעות המהותית של הזכויות עצמן. השווה: Jeremy Bentham *The Theory of Legislation* (New York, Richard Hildreth trans., C.K. Ogden ed., 1931) 111–113.

109 הרציונלות אינן בהכרח הגורם היחיד שמעצב את הסעד הניתן. שיקולים נוספים – בפרט מוסדיים – עשויים אף הם להשפיע בבחירת הסעדים. אך מכך לא נובע שאין קשר בין רציונלות וסעדים; המסקנה הנובעת היא רק שהתאמת סעדים ורציונלות היא משימה סבוכה יותר מכפי שהיא נראית במבט ראשון.

בעל המשאב, ולא על שליטתו בו.¹¹⁰ בדומה לכך, אם נחזור לשאלת הסעדים הכספיים האפשריים בפרדיגמת הנטילה, נראה סביר לטעון שגם סעדים אלה נובעים מאותן רציונלות ממש. כך, בעוד ההגנה על רווחתו של המזכה יכולה להיות מושגת על-ידי פיצויו על נזקיו, רק סעד כספי שיכול להרתיע נוטלים-בכוח מגן כהלכה על שליטתו במשאב שמדובר בו.¹¹¹ יתר על-כן, ניתן להבין את הכללים המשפטיים המסדירים את פרדיגמת הנטילה (קרי: את הבחירה של מידת הסעד המתאימה לכל נטילה) על-ידי התאמת הסעדים הכספיים לרציונלות המנחות אותם. שאריתו של סעיף זה מוקדשת לפיתוחה של טבלת המרה כזו.

אני מעוניין להתחיל בדיון בסעד של דמי-נזק משום שלטענתי, הוא שונה באורח מהותי משאר הסעדים בכך שהוא חורג מהרציונלות שהוצגו עד כה. טענה זו נראית שגויה על פניה: האם פיצוי המזכה על דמי-נזק אינו הסעד המתאים להגנה על רווחתו, ולפיכך משתבץ היטב בגדר הרציונלות דלעיל? הרי אם המזכה מפוצה על נזקו, מצבו לאחר הנטילה זהה למצבו לפניו. איזו עוד קיבלנה – שכלל משפטי המכוון להגן על רווחתו עשוי לקבל – נותרה לו?¹¹²

אך תפיסה פשטנית כזו של מושג הנזק מעוותת את הפרמטרים הכלכליים. הרווחה (האובייקטיבית) המגולמת במשאב נמדדת – בהיעדר דרך קירוב טובה יותר – על-ידי ערכו הכלכלי,¹¹³ קרי: סכום ההכנסות שניתן להפיק ממנו (כשהוא מהוון לערך נוכחי).¹¹⁴ מכאן שכאשר אנו מחשבים את מידת הרווחה הגלומה במשאב, אין כל הצדקה – אם אכן ברצוננו להגן על רווחתו של המזכה – שנוציא מכלל העסקות נושאות הרווחים שהנכס עשוי להניב שום עסקה שהיא, ובכלל זה לא את העסקה הפוטנציאלית עם הווכה. הגנה על רווחת המזכה מחייבת אם-כן שהווכה ישיב לו את מה שהיה יכול לקבל לו נדרשה הסכמתו.¹¹⁵ שווי-שוק הוא הסכום המשוער שהיה משתלם לו בעד המשאב (או השימוש בו) בעסקה רצונית במועד הנטילה. על-כן, סכום זה מייצג את אובדן הרווחה שנגרם למזכה עקב הנטילה, דהיינו, את השווי של אובדן ההודמנות להגיע עימו לעסקה. במילים אחרות, שווי-שוק הוא הסכום שהיה על הווכה לשלם למזכה לולא עקף את שולחן המשאומתן גם

110 ראו פרידמן, לעיל הערה 35, בע' 15–17.

111 ראו: Jeremy Waldron "Criticizing the Economic Analysis of Law" 99 *Yale L. J.* 1441, 1149–1444 (1990).

112 טענה כזו עולה למשל אצל: David Stevens "Restitution, Property, and the Cause of Action in Unjust Enrichment: Getting by with Fewer Things" 39 *U. Toronto L. J.* (1989) 258, 259.

113 ראו למשל: Robert C. Ellickson *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, 1991) 170–172.

114 ראו למשל: Richard A. Brealey & Stewart C. Myers *Principles of Corporate Finance* (New York, 4th ed., 1991) 73, 96.

115 ראו: Waldron, *supra* note 111, at p. 1446; Nozick, *supra* note 101, at pp. 63–65.

אם נתייחס להסכמת המזכה להעברת המשאב לזוכה כמוכנת מאליה.¹¹⁶ שוויי-שוק, ולא דמיי-נזק, הוא הסעד המתאים לרציונלה של רווחה.

הגבלת הסעד לדמיי-נזק שנגרם למזכה מלמדת אס-כן על רציונלה אחרת – אני מכנה אותה *שיתוף* – המתמקדת (לפחות גם) באינטרסים של הזוכה, ולא רק באלה של המזכה. כאשר הדין מגביל את הסעד לדמיי-נזק, הוא שולל מבעל המשאב את היתרון שהיה עשוי להפיק מעסקה עם הזוכה; הוא נוגס בזכויותיהם של בני-אדם (מזכים) בקנייניהם, ויוצר מאגר משותף, שבני-אדם אחרים (זוכים) בקהיליה (המשפטית) שלהם – אנשים שהם זרים להם במקרה שאנו עוסקים בו – זכאים ליהנות ממנו בנסיבות מסוימות ובחינם.¹¹⁷ כך, כלל כזה נותן תוקף לטענותיהם של אותם זרים לחלוק עם המזכה את אפשרות ההנאה מהמשאב שבבעלותו (כל עוד יפצו אותו על נזקיו).

בשלושה סעדים כספיים – תקבולים, רווח ורווח יחסי – טרם דנתי; איזה מבין סעדים אלה מתאים לרציונלה הבאה להגן על שליטת המזכה במשאב נשוא המחלוקת?

הסעד הכספי המתאים ביותר להשגת מטרה זו הוא הסעד של השבת רווח. סעד כזה מרתיע נוטלים בכוח מלעקוף את שולחן המשאומתן, מליטול תר-צדדית את אינטרס התובע מבלי להשיג קודם לכן את הסכמתו לכך; זאת באשר קביעתו של הדין שהזכאות לכל הרווחים שיופקו מנטילת משאב פלוני נתונה לבעליו הופכת את התערבותם של נוטלים כאמור באותו משאב לחסרת כל טעם מבחינתם. במילים אחרות: לו ידע הזוכה, עובר לנטילה, שזו תהא תוצאתה, לא היה סורח ליטול, שכן פסיקת סעד של רווח הופכת כל נטילה כזו לבלתי-כדאית. כך מרתיע סעד של רווח נוטלים בכוח ונותן תוקף לשליטת מזכים בכוח במשאביהם.¹¹⁸

116 ראו: Robert J. Sharpe & S.W. Waddams "Damages for Lost Opportunity to Bargain" 2 *Oxford J. Legal Stud.* (1982) 290 (המחברים אף משתמשים בהסבר זה על-מנת לבאר את הסעד של רווח, אך הרחבה זו שלו מגזימה בכוחו המבאר; ראו: (Andrew Burrows *The Law of Restitution* (London, 1993) 393).

117 השוו: Duncan Kennedy "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1685, 1717.

118 ראו בדומה לכך: John P. Dawson "Restitution or Damages" 20 *Ohio St. L. J.* (1959) 175, 181; Huber, *supra* note 82, at p. 105; David D. Haddock et al. "An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions" 78 *Cal. L. Rev.* (1990) 1, 13; *Taylor v. Meirick* 712 F.2d 1112, 1120 (7th Cir. 1983). על-מנת לדייק באמור בטקסט, יש להוסיף שתי הערות: (א) שליטה לא תושג על-ידי סעד של שווי-שוק, שכן רווח הנוטל עשוי לעלות על שווי-השוק, ועל-כן נוטל-בכוח שצופה שימוש רווחי במיוחד עלול להעדיף לא להתדיין כלל עם המזכה, לקחת ולשלם בריעבד (ראו למשל: Klippert, *supra* note 71, at p. 88); (ב) לכאורה, על-מנת להרתיע, נדרש פיצוי בשיעור העולה על רווח, משום שנוטלים בכוח מתחשבים, מן-הסתם, גם בסיכוי שנטילתם לא תתגלה או שהמזכה לא יסרח לתבוע אותם בגינה, ובהינתן הסתברות חיובית לכך, תוחלת היתרון שהם עתידים להפיק מהנטילה נהפכת לחיובית גם

אומנם, גם שימוש בסעד של תקבולים יצליח (ואף ביתר שאת) להרתיע פולשים-בכוח, אך אי-התרה של ניכוי ההוצאות שהוצאו בהפקת הרווח עושה יותר מכך. בעוד סעד של רווח מרתיע נטילות בלתי-מורשות, אך אינו פוגע בהונו העצמי של המזכה, סעד של תקבולים מפקיע למעשה חלק מהונו של המזכה (אותו חלק ששימש בייצור ההכנסה שהלכה כעת כולה למזכה).¹¹⁹ מכאן שסעד של תקבולים לא רק בא לתת תוקף לשליטת המזכה במשאביו; הוא אף מיועד להעניש את המזכה, לבטא גינוי חברתי לנטילה. מכאן שסעד זה מתאים לרציונלה של שליטה וגינוי. רציונלה עונשית זו חורגת מהמטרות הקלסיות של דיני התרופות במשפט הפרטי, דהיינו, פיצוי והרתעה; כפי שציינתי בסעיף הקודם, היא תופעל בדין הישראלי במקרים נדירים בלבד.

הסעד הכספי החמישי הוא הרווח היחסי שניתן לייחס למשאב שניטל. חשוב לשים-לב לנקודות הדמיון והשוני בין סעד זה לבין הסעדים של רווח מזה ושווי-שוק מזה. כמו רווח, כך גם רווח יחסי מחושב על-פי מידע המתייחס למאורעות כפי שקרו בפועל, ולא על-פי מחירי-השוק. מנגד, לרווח יחסי יש מכנה-משותף חשוב גם עם שווי-שוק. בדומה לשווי-שוק, רווח יחסי מצריך "שחזור" של עסקה שהצדדים לא כרתו. אך בעוד ששווי-שוק משחזר את המחיר החוזי, רווח יחסי משחזר את האופן בו היו הצדדים מחלקים ביניהם את העודף החוזי בתנאים של ידע מושלם (נבואי) וכוח מיקוח שווה. הנחה סמויה של פסיקת סעד כזה היא, שלו הציע המזכה עסקה זו למזכה, ולו היה האחרון מצויד בידע על אודות הרווחיות הטמונה בהעברת המשאב למזכה, היה המזכה מסכים לחלק את העודף החוזי בין הצדדים באופן רציונלי, קרי: על-פי תרומתם היחסית של משאבי הצדדים להשגתו.

ובכל-זאת, בפועל, לא הושגה עדיין הסכמת המזכה, ולפיכך אין לומר על הסעד של רווח יחסי שהוא נותן תוקף לשליטת המזכה במשאבו. מצד אחר, אין להכחיש כי ביחס לסעד של שווי-שוק, רווח יחסי הוא סעד שמשקף מידת-מה של דאגה לשליטת מזכים במשאביהם, ולא רק לרווחה החומרית הגלומה בהם. אף-על-פי שהסכמת המזכה להעברת הנכס תמורת רווח יחסי הינה היפותטית, אין היא מנוגדת לעובדות כפי שהיא כאשר בשווי-שוק עסקינן; ההנחה היא שהמזכה היה יכול להשיג את הסכום של שווי-שוק בעד משאבו, והעובדה שלא התקשר בעסקה כזו מרצונו מעידה – לפחות לכאורה – שלא היה מעוניין בכך; מנגד, נראה סביר יותר, או לפחות לא מנוגד למאורעות בפועל, לומר

בהינתן סעד של רווח. עם-זאת, בהינתן ההנחה שנוקו של המזכה נמוך מרווח המזכה, הרי שהסיכוי שלו (של המזכה) לגרוף את הרווח העודף עשוי לשמש תמריץ מספק לאתר נטילות ולתבוע בגינו. על-כן, ההנחה שנוטל-בכוח לא יטרח לעקוף את הסכמת המזכה בהינתן סעד של נטילה נראית בכל-זאת סבירה. ראו: Huber, *ibid*. (ואם הסיבה לכך שתובעים אינם תובעים נעוצה בכך שאין הם משופים כראוי על הוצאותיהם, הרי שקושי זה הינו חיצוני לתחום הדיון הנוכחי, ופתרונו צריך להיות במסגרת פתרון כללי של בעיה זו בשיטה כולה).

119 ראו: John P. Dawson "Restitution Without Enrichment" 61 *B. U. L. Rev.* (1981) 563, 617; Huber, *ibid*, at pp. 105–107, 119.

שהמוכה היה מסכים לעסקה שהיתה מקנה לו רווח יחסי מפעילות רווחית (קרי: כאשר רווח יחסי עולה על שווי־שוק).¹²⁰ מכאן שכאשר נפסק רווח יחסי (ושיעורו עולה על שווי־שוק), הדין נותן תוקף הן לרווחת המזכה והן להסכמתו ההיפותטית להשתתף בפעילות רווחית. לפיכך אני מכנה את הרציונלה המתאימה לסעד זה *רווחה והסכמה היפותטית*. להשלמת התמונה, יש להזכיר עוד שתי רציונלות: *רווחה ושליטה ורווחה או שליטה*. הרציונלה הראשונה מיועדת, כזכור, לתת תוקף הן לרווחתו (האובייקטיבית) של בעל המשאב (וככל שהיא גלומה כמשאב) והן לשליטתו בו. הואיל ופסיקת סעד של שווי־שוק משמרת את רווחת המזכה, ואילו שליטתו תושג אם ייפסק רווח, רציונלה של *רווחה ושליטה* מכתיבה סעד של הסכום הגדול מבין שווי־שוק ורווח. בדומה לכך, הסעד המתאים לרציונלה של *רווחה או שליטה* הוא הסכום הנמוך מבין שני ערכים אלה. ניתן לסכם את ההתאמות בין סעדים כספיים לבין רציונלות ערכיות בטבלה הבאה:

	סעד כספי	רציונלה	המיועד לתת תוקף ל...
1	דמי־גזק	שיתוף	תביעת הוזכה לחלוק עם המזכה את ההנאה בנכס שבידו מבלי שייפגע יתר על המידה
2	מינימום (שווי־שוק, רווח)	רווחה או שליטה	התביעה הפחות תובענית מבין זו הנדרשת להגנה על שליטת המזכה וזו הנדרשת להגנה על רווחתו
3	שווי־שוק	רווחה	רווחתו של המזכה
4	רווח יחסי (כשהוא גדול משווי־שוק)	רווחה והסכמה היפותטית	רווחתו של המזכה והסכמתו ההיפותטית להשתתף בפעילות רווחית
5	רווח	שליטה	שליטת המזכה במשאבים שברשותו
6	מקסימום (שווי־שוק, רווח)	רווחה ושליטה	רווחתו של המזכה ושליטתו במשאבים שברשותו
7	תקבולים	שליטה וגינוי	שליטת המזכה במשאבים שברשותו וגינוי החברה למעשי הוזכה

3. אופי המשאב

הבחירה בין הסעדים הכספיים השונים מחייבת בחירה בין הערכים המתחרים, ובהינתן לשונו הפתוחה של חוק עשיית עושר – אשר מחד גיסא, קובע כלל לפיו הוזכה חייב לשלם למזכה את שוויה של הזכייה, ומאידך גיסא, מסמיך את בית־המשפט לפטור את

120 הנחות העסקה שהסעד של רווח יחסי משחזר – מידע מלא, רציונליות וכות מיקוח שווה – עשויות להיות שגויות במקרה נתון, אך המשפט צריך לפעול ברמה מסוימת של הכללה, ובהינתן הצורך לפעול כך, בחירת הנסיבות החוזיות ההוגנות ביותר נראית ראויה. ראו: Charney, *supra* note 26, Ch. B.II.

הזוכה מחובה זו (או מחלקה) "אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה"¹²¹ - בחירה זו מסורה לבתי המשפט. במקום אחר עמדתי בהרחבה על חשיבותה של ההכרעה בין הקטבים שהדין החרות מותיר, וטענתי שהבחירה הטכנית לכאורה של סעדים מחייבת הכרעה - שעשויות להיות לה השלכות גם מחוץ לפרדיגמת הנטילה שפרק זה עוסק בה - בין המורשת הליברלית המערבית לבין המורשת הקהילתית יותר שמציעה היהדות.¹²² בסעיף זה ברצוני לבסס טיעון המעיד טענה זו. אני מעוניין להראות שפרט להכרעה הערכית הרחבה, עיצוב הדין בפרדיגמת הנטילה מצריך התייחסות למרכיב נוסף: אופי המשאב שמדובר בו. מרכיב זה הוא החשוב לענייננו, שכן, כפי שנראה בסעיף הבא, הוא ההופך את ההיקש בין הפרת חוזה (נטילת אינטרס חוזי) למכירת ברזל לבין נטילת אינטרס קנייני במקרקעין לבעייתית.

ביתר פירוט, ברצוני לטעון כי משאבים שונים זוכים - וראוי שכך יהיה הדבר - בהגנות קשיות יותר או פחות מפני נטילה על-פי אופיים. אך מהו "אופי" זה? מה גורם שמשאב פלוני ייחשב לראוי להגנת-יתר ביחס למשאב אלמוני בשורות הבאות אטען כי המפתח להבנת השונות בהגנה על סוגי האינטרסים השונים נעוץ בגיוון הוויקיות בין אנשים לבין סוגי המשאבים השונים שבבעלותם.

קיים מימד אישי ביחסים שבין בני-אדם לבין משאביהם. לעיתים אנו מרגישים שמשאב מסוים קשור לעצמיותנו במידה כה רבה, שהוא נהפך לחלק מה-"אני" שלנו. שלילת משאב כזה מאיתנו אינה נתפסת רק כפגיעה ברווחתנו, אלא כהפרה של גבולות ה-"אני".¹²³ תפיסה כזו של משאבים כהמשך סימבולי של ה-"אני" של בעליהם אינה פטישיסטית בהכרח;¹²⁴ עשויה להיות לה חשיבות מוסרית. כך מתייחס ג'רמי וולדרון, למשל, למצבים בהם פלוני עובר על-מנת לשנות חפץ מסוים, לעצבו מחדש. שינוי חפץ, מתן צורה חדשה לדבר-מה חיצוני לנו, טוען וולדרון, מקבע את זהותנו בנקודת-זמן מסוימת; וזהותנו העצמית משתקפת ("נרשמת") בו. בכך, העבודה על החפץ מחייבת אותנו לעקבות

121 ראו, בהתאמה, סעיפים 1 ו-2 לחוק עשיית עושר.

122 ראו חנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" משפט והסטוריה (מנחם מאוטנר ודניאל גוטווין עורכים, עתיד להתפרסם בהוצאת מרכז זלמן שז"ר לתולדות ישראל).

123 ראו למשל: Karl Olivecrona "Locke's Theory on Appropriation" 24 *Phil. Q.* 220, (1974). תיאור זה של הקשר בין אנשים למשאבים זכה באישוש אמפירי. הלגה דיטמר כינסה וגיבשה את המחקרים הרלוונטיים שנעשו על-ידי פסיכולוגים ואנשי מדעי החברה. ממצאיה מאשרים שאנשים רואים בחפצים שבחזקתם כממשיכים באופן סימבולי את זהותם מעבר לגבולות הפיסיים של גופם: אנו אכן מבטאים מי אנחנו - הן לעצמנו והן לאנשים אחרים - באמצעות משאבים חיצוניים; לפיכך אנו אכן מתקשים למתוח קו ברור בין ה-"אני" לבין ה-"שלי". ראו: Helga Dittmar *The Social Psychology of Material Possessions: To Have is To Be* (New York, 1992) chs. 3-5.

124 ראו: Margaret Jane Radin "Property and Personhood" 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 957, 985-987.

וליציות ומסייעת להתפתחותו המוסרית: היא מחייבת אותנו ליטול אחריות לפעולותינו המתועדות באופן האמור, מה שמצריך מאיתנו בשלות ומשמעת עצמית.¹²⁵

וולדרון מגביל את דיונו בקשר זה של שיקוף ה"אני" בחפץ למצבים בהם אדם משנה ממש את החפץ שמדובר בו.¹²⁶ אך תופעה דומה קורית גם במצבים נוספים – ואולי שכחים יותר – ביחסינו עם עולם החפצים: גם חפצים שאנו פשוט מחזיקים בהם, כגון ספרים, רהיטים או דירת-מגורים, עשויים להיות מושפעים על-ידינו – ולפיכך לשקף את זהותנו, להיות גילוי חיצוני של אישיותנו – במספר רב של דרכים. הם עשויים להיות משולבים בחיינו, מאורגנים על-פי תפיסתנו את עצמנו ואת צרכינו, נטיותינו ורצונותינו. כך, על-ידי עצם החיים עם משאב פלוני במשך תקופת זמן מסוימת, בעל המשאב (המוכנה בכוח) נקשר למשאב, שכן, עם הזמן הוא משקף את זהותו העצמית; הוא נהפך בהדרגה, במילים אחרות, למדיום שהמוכנה בכוח מזהה באמצעותו את עצמו, ועל-כן למרכיב חשוב בתודעתו ובהגדרתו העצמית.¹²⁷

שימת דגש כזה בהתקשרות של בני-אדם למשאביהם נמצאת בליבה של תיאוריית הקניין של מרגרט רדין, הרואה בבני-אדם פרטים שמיקומם בסביבה נתונה של משאבים ואנשים אחרים מכוננים את זהותם. רדין עומדת בפרט על כך שעצמיות מצריכה "המשכיות של זיכרון וציפייה", ושיחסינו עם משאבים חיצוניים לנו חשובים בשמירתה של תחושת המשכיות כזו: הואיל והם מייצגים תדירות את התנסויות העבר שלנו, משאבינו יכולים לשמש "תזכורות מאששות" לזהותנו העצמית.¹²⁸ מכאן שמשאבים חיצוניים הם חלק מהאופן שאנו מכוננים בו את עצמנו.¹²⁹

אכן, הקשר שלנו למשאבינו מוסבר (ומוצדק) במידה שהם משקפים בה את זהותנו. המשאבים שלנו יכולים להיות שיקוף של העבר וההווה שלנו; גילויים חיצוניים של אישיותנו;¹³⁰ סמלים של המקום המיוחד שרכשנו לעצמנו בקהילה שאנו חיים בה.¹³¹ ככל

125 ראו: Jeremy Waldron *The Right to Private Property* (Oxford, 1988) 353, 364–

Peter G. Stillman "Property, and גם: 365, 369–370, 372–373, 378, 385

Freedom, and Individuality in Hegel's and Marx's Political Thought" 22 *NOMOS* (1980) 130, 135

126 Waldron, *ibid*, at p. 374

127 Dudley Knowles "Hegel on Property and Personality" 33 *Phil. Q.* (1983) 45, ראו:

52, 56–57; C. Edwin Baker "Property and its Relation to Constitutionally Protected Liberty" 134 *U. Pa. L. Rev.* (1986) 741, 746–747

128 Russell W. Belk "Possessions and the Extended Self" 15 *J. Consumer Res.* ראו גם:

(1988) 139, 148, 160; E. Doyle McCarthy "Toward a Sociology of the Physical World: George Herbert Mead on Physical Objects" 5 *Stud. Symbolic Interaction* (1984) 105, 116–117

129 Radin, *supra* note 124, at pp. 959, 977; Margaret J. Radin "Residential ראו:

Rent Control" 15 *Phil. & Pub. Aff.* (1986) 350, 362–363

130 Stephen R. Munzer *A Theory of Property* (Cambridge, 1990) § 4.3 ראו:

131 Waldron, *supra* note 125, at p. 378 ראו:

מהבנה כזו של היחס שבין אדם למשאב עולה שניתן לסווג משאבים על פני רצף או מדרג. השקעת ה"אני" במשאב נוטה להיות עניין של דרגה, ולא שאלה של כן או לא. במילים אחרות, הויקה של השתקפות ה"אני" במשאב, הגוררת התקשרות של אותו "אני" לאותו משאב, אינה אחידה; היא משתנה על-פי הנסיבות, ובמיוחד על-פי היחס הטיפוסי בין ה"אני" לבין המשאב שבנידון. משאבים שונים משקפים את זהות בעליהם במידה שונה, ולפיכך קיים גם שוני במידת ההתקשרות שלנו אליהם ובמידת החשיבות שאנו מייחסים לשליטתנו בהם. מכאן שקיים רצף של משאבים, הנע ממשאבים הנתפסים כמכוננים את זהות בעליהם ועד משאבים שהחזקה בהם היא מכשירית גרידא, וכל ערכם לבעליהם טמון ברווחה הגלומה בהם.

ודוק: איני טוען שרצף המשאבים הפרוש בין הקטבים האלה הינו אוניורסלי. נהפוך הוא: נראה לי שמדרג זה של מידת השתקפות והתקשרות נובע בעיקרו מתהליכים חברתיים, משמע, שהמשמעות החברתית של המשאבים השונים היא שמנחה אותנו באילו משאבים "להשקיע" את זהותנו, ולפיכך היא גם שקובעת, במידה משמעותית, את מידת ההתקשרות שלנו למשאבים השונים. אני מודה שקיימת מידת-מה של זהות אוניורסלית (ייתכן שהקשר החזק לבית-המגורים משתבץ כאן); ובה במידה אני מודה בקיומה של שונות אינדיבידואלית מסוימת בין הפרטים המרכיבים חברה נתונה (השוו, למשל, את האופן שסותר תכשיטים מתייחס בו לסבעת נישואים לאופן שהיא נתפסת עליידי בן-זוג העונד אותה). ועדיין, חשיבותם של משאבים כסמלים של ה"אני" מעוגנת במידה רבה (אולי אפילו מכרעת, אם כי בשום אופן לא בלעדית) במשמעויות החברתיות של המשאבים. לאלה יש, במילים אחרות, השפעה ניכרת על אוסף המשאבים שאנשים משקפים בהם את זהותם ברגיל ונקשרים אליהם בגינה של השתקפות זו. המשמעויות החברתיות מרכיבות היררכיה של משאבים המשקפת את דירוג ההעדפות של מירב האנשים בחברה הנידונה.¹³⁴

Walzer, *supra* note 52, at pp. 6-10 ;■

מכיוון שהקשר שלנו למשאבים שונים מדורג, התערבות של זר בשליטתנו בשני משאבים שונים אינה בעייתית בעינינו באותה מידה. במילים אחרות: אם אכן האדם הטיפוסי בחברה פלונית קשור למשאבים שונים במידות שונות, אזי סביר שאנשים יהיו חרדים יותר לשלוט במשאבים ה"קרובים" אליהם ביותר, דהיינו, לשמור על חירותם השלילית ביחס למשאבים אלה.¹³⁵ מנגד, סביר שאנשים יהיו נכונים יותר לחלוק משאב שלהם עם אחרים, לפחות כל עוד נשמרת בידם הרווחה הגלומה בו, כשמדובר במשאבים רחוקים יחסית ממרכז זהותם; שהחזקתם בהם הינה תועלתית יחסית; שאין הם רואים בהם פן חשוב של עצמיותם. זו הסיבה לסברתי כי היחס שבין אדם למשאב הוא מרכיב חשוב (אם כי בשום מקרה לא בלעדי) בקביעה של רמת ההגנה הראויה מפני נטילתו של אותו משאב. אנשים מזהים עצמם עם משאבים מסוימים יותר מאשר עם אחרים; לפיכך, שיטת משפט המכבדת את הקשר שלהם למשאבים שבחזקתם תקנה להם, בהתאמה, דרגות הגנה שונות על המשאבים השונים המוחזקים בידיהם.¹³⁶

4. הפרת חוזה למכירת ברזל כנטילת זכות קניין במקרקעין?

במקום אחר אני עורך ניתוח מפורט של הדין האנגלו-אמריקאי המסדיר את פרדיגמת הנטילה בהתייחס לשנים-עשר סוגים שונים של משאבים, ומראה כי הסברה התיאורטית שנידונה בסעיפים הקודמים מבארת את שונות ההגנה הניתנת בדין זה למשאבים השונים. במילים אחרות, המשאבים הזוכים בהגנה החזקה ביותר – כאלה שהסעד הכספי החל על מי שנטל אותם תואם רציונלה של שליטה ורווחה – הם אכן המשאבים הנתפסים בחברה המערבית כמשאבים מכוננים, כאלה המשקפים במידה הגבוהה ביותר את ה"אני"; וככל שמדובר במשאבים שהחזקה בהם נתפסת בתרבות המערב כתועלתית גרידא, חסרת סממן אישי, הרי שגם הסעד תואם, בהתאמה, רציונלה "נמוכה" יותר, מגן על רווחתו של הבעלים בלבד, ולעיתים אף מותנה בכך שהנטילה בוצעה באמצעים בלתי-ראויים, באופן שנטילה "סתם" כשרה היא.¹³⁷ מגמה זו של מתן הגנה שונה למשאבים שונים על-פי מעמדם ברצף ההשתקפות וההתקשרות נראית בעיני ראווה מהטעמים שנידונו בסעיף הקודם.

135 למעשה, הוויקה בין קשר למשאב ושליטה בו סבוכה עוד יותר: אין זה רק שקשר למשאב מצדיק יתר שליטה; היחס הוא גם הפוך: ככל שאנו שולטים יותר במשאבים, כן אנו מתקשים אליהם יותר. ראו: Dittmar, *ibid*, at pp. 58–59.

136 השוו: Radin, *supra* note 124, at p. 960. למעשה, נראה שמרגרט רדין מעדיפה משטר משפטי פרטיקולריסטי יותר מזה המתואר בטקסט; משטר שיבחן (בהקשר הנידון כאן) את היחסים הספציפיים שבין כל מוכה לבין המשאב שבבעלותו בכל מקרה ומקרה. ראו: Radin, *supra* note 129; Radin, *ibid*, at p. 987. נוסף לשיקולים שהובעו בטקסט (בפסקה הקודמת), ניתן להצביע על קשיים נוספים בגישה כזו, ובפרט הצורך של המשפט לפעול ברמה גבוהה יחסית של כלליות.

137 Dagan, *supra* note 93, at ch. 4.

לענייננו, אין צורך לחזור כאן על שחזור המתאם בין מדרג ההגנה הניתנת בפרדיגמת הנטילה למשאבים השונים לבין רצף המשמעויות החברתיות של אותם משאבים.¹³⁸ מה

138 ניתן להדגים מתאם זה על-ידי התייחסות לשני משאבים "קרובים" דוקטרינרית – זכות יוצרים ופטנט – שמשמעותם החברתית, במונחים של מידת ההשתקפות וההתקשרות אליהם, הינה שונה, שונות המשתקפת במידת הסעד בגין שימוש בלתי-מורשה במשאבים אלה.

ג'סטין יו עמד על הגיוון באופיים של נשואים אלה של הקניין הרוחני (ראו: Hughes, *supra* note 133, at pp. 330, 339–343, 351–353). למרות קיומן של דוגמות סותרות – כגון מפות וליקוטי מידע שונים – זכות יוצרים מגינה בדרך-כלל על עבודות אישיות, כגון שיר, סיפור, יצירה מוסיקלית, פסל או ציור; עבודות שניתן לאפיין אותן כביטוי ל"תגובת האדם על הטבע והסביבה בגדרה הוא יוצר" (כדברי השופט הולמס בעניין *Bleistein v. Danaldson Lithographic Co.* 188 U.S. 239, 250 (1903)). מנגד, פטנטים מתייחסים לקטיגוריות טכנולוגיות של קניין רוחני, ועל-כן מייצגים בעיקרם חידושים מועילים. אין אנו נוטים לראות בהם גילויים של עצמיותנו, אלא "מספיק צרכים" חסרי צבע אישי מיוחד (ומייחד).

ראוי לציין כי ההבדל בין שני הז'נרים אינו בלתי מסויג. כך, אף-על-פי שאין ספק שיצירות אמנות מכילות ביטוי עצמי, ביטוי זה מוגבל במידת-מה עליידי מגבלות פיסיות ושיקולים כלכליים. מצד אחר, אף-על-פי שפטנט הינו תועלתני בעיקרו, אין הוא חסר כל אופי: עדיין יש בו ביטוי ליצירתיות אישית, ולעיתים אף מקום לסגנון אישי בין חלופות מועילות במידה שווה. יתר על-כן, בעל זכות היוצרים אינו תמיד היוצר עצמו, ולעיתים מדובר בנעכרו בלבד. אומנם, נעבר של יצירת אמנות עשוי עדיין לקשור בה את אופיו, לראות בה השתקפות של "האני" שלו ולהיות לפיכך קשור אליה במובן העמוק של המלה (עבודות אמנות הן אולי המשאבים האופייניים ביותר שתהליך החדות כזה מתרחש לגביהם). ובכל זאת, כרי שהקשר של נעבר לחפץ קטן מהקשר של יוצרו אליו, לפחות במקרה האופייני.

ועדיין, ההבדל המהותי עליו עמד יו נראה חשוב מספיק על-מנת להצדיק את הצבת זכות היוצרים במעמד גבוה מזה של הפטנט ברצף האינטרסים המוגנים בפרדיגמת הנטילה. כפי שרמזתי, יחס זה משתקף במידת הסעד (הנוחה יותר) הניתנת בגין שימוש בלתי-מורשה בזכות יוצרים ביחס לזו המוענקת בגין שימוש דומה בפטנט. נתבע בהפרת זכות יוצרים חייב – נוסף לפיצוי הנפגע-המוכה בגין נזקיו – גם במתן חשבונות על הרווח שהפיק בפועל מן ההעתקות המפירות, ובתשלום הסכום המגיע לפי חשבון כאמור. ראו סעיף 6 לחוק זכויות יוצרים, 1911, הא"י, כרך ג, (ע) 2633, (א) 2475; ע"א 241/55 דפוס ניאוגרפיקה ג' מסדה בע"מ, פ"ד יא 890, 893. מנגד, במקרה של הפרת פטנט, יש לבית-המשפט שיקול-דעת רחב לבחור, למעשה, בין כל המגוון של נוסחות הסעד שנידונו בפרק זה. ראו סעיף 183(ב) לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, ס"ח 48, הקובע כי בבואו לפסוק פיצויים, בית-משפט רשאי להביא בחשבון, בין היתר, את הנזק הישיר שנגרם לתובע, את היקף ההפרה, את הרווחים שהפיק המפר ממעשה ההפרה ואת דמי-התגמולים

שחשוב בהקשר הנוכחי הוא שמגמה ראויה בעיניי זו של דיני הנטילה מציבה סימן-שאלה על ההיקש (המהיר מדי לטעמי) שערך בית-המשפט העליון בעניין אדרס בין הפרת חוזה המתייחס לטובין מסחריים לבין נטילת זכות קניין במקרקעין.¹³⁹ כך, מסגרת הניתוח הנוכחי תתקשה לקבל את השוואת היחס הניתן לטובין מסחריים רגילים לזה הניתן למקרקעין. טובין מסחריים (כגון ברזל) מוחזקים, בהגדרה, מסיבות מכשיריות, ואינם נתפסים כשיקוף אישיותו של המחזיק בהם.¹⁴⁰ מנגד, מקרקעין הם אחד המשאבים הוותיקים ביותר להוות נשוא לזכות קניין פרטי.¹⁴¹ יתר על-כן, תרבות המערב – ודומני שגם התרבות הישראלית דומה בהקשר זה¹⁴² – מעניקה לקרקע מעמד

הסבירים שהיה על המפר לשלם אילו ניתן לו רשיון לנצל את הפטנט בהיקף בו נעשתה הפרה.

עדיפות ההגנה הניתנת מפני נטילת זכות יוצרים ביחס לזו המתייחסת לפטנט אינה ייחודית למשפט הישראלי. היא קיימת, לנישל, גם במשפט האמריקאי, המקנה לנפגע מהפרת זכות יוצרים סעד של מקסימום (שווי-שוק, רווח יחסי), קרי: מגן על רווחה והסכמה היפותטית; ואילו במקרה של הפרת פטנט – שווי-שוק בלבד (קרי: הגנה רק על האינטרס החומרי הגלום במשאב). ראו, לעניין זכות יוצרים: The Copyright Act of 1976, 15 U.S.C. § 504; *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.* 309 U.S. 390 (1940); ולעניין פטנטים: *Aro Mfg. v. Convertible Top Replacement Co.* 377 U.S. 476, 502–513 (1964).¹³⁹ וזאת, כאמור, נוסף להתעלמותו של בית-המשפט העליון מההקשר החזוי אשר לרקעו הנטילה משתבצת במקרה כמו עניין אדרס. ראו טקסט סמוך להערות 85–86 (והאמור באותן הערות), וכן טקסט הסמוך להערה 91.

¹⁴⁰ ראו: Menachem Mautner "The Eternal Triangles of the Law: Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties" 90 *Mich. L. Rev.* (1991) 95, 123–124.

¹⁴¹ ראו למשל: Donald W. Large "This Land Is Whose Land? Changing Concepts of Land as Property" (1973) *Wisc. L. Rev.* 1039, 1040.

¹⁴² ראו לעניין זה את התפקיד המרכזי של "כיבוש הקרקע" באתוס הציוני. ראו ירון בשן חוק ההתיישבות החקלאית (סייגים לשימוש בקרקע חקלאית ובמים), תשכ"ז–1967: בחינה ביקורתית (עבודת-גמר לקבלת תואר מוסמך למשפטים בהדרכת פרופסור סמדר אוטולנגי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 1994) פרקים א–ב.

גם במשפט הישראלי ניתן למצוא רמזים למעמד המיוחד שמקרקעין זוכים בו ביחס למשאבים אחרים. דוגמה יפה לכך היא השוני בין האופן שהמשפט מתייחס בו למשפרם של מקרקעין לבין התייחסותו (הנוחה יותר) למי שהשבית נכס מיטלטלין של הוולת. השוו סעיפים 4 ו-6 לחוק המיטלטלין, תשל"א–1971, ס"ח 184, לפרק ד לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין). ראו גם פרידמן, לעיל הערה 21, פרק 8; ויסמן, לעיל הערה 90, בע' 154–176.

מיוחד כסמל של ה"אני", כמרכיב מרכזי של הזהות העצמית, החופש והעצמאות.¹⁴³ ניתן כמובן לעמוד בהקשר זה על ההבחנה בין המקרים של מקרקעין אישיים, כגון בית או דירת-מגורים או קרקע חקלאית של חקלאי, שתפיסת המקרקעין כמשאב "חזק" צופה אותם, לבין מקרקעין המשמשים לייעוד מסחרי, אשר החזקתם – בדומה לטובין מסחריים – היא מכשירית גרידא.¹⁴⁴

זאת ועוד, הקושי בהיקש שערך בית-המשפט בעניין אדרס אינו מתמצה בהעלמת ההבחנה בין מקרקעין לבין טובין מסחריים; גם השוואת היחס הניתן לזכות חוזית לזה הניתן לזכות קניין נראית בעייתית מנקודת-המבט של פרדיגמת הנטילה. אף-על-פי שהזכות החוזית היא אחת מצורות העושר המרכזיות בחברה המערבית המודרנית, הרי באספקלריה של משאב-כנסוא-להשתקפות-והתקשרות, זכות כזו היא אחת הדוגמות המובהקות למשאב "חסר אופי". (עסקינן בנטילה או בשימוש בהבטחה שניתנה למזכה ממבטיח – שהוא, במקרה שלנו, גם הנוכח; לפיכך, אם ניתן לומר כלל שהאינטרס המוגן, קרי: הזכות החוזית, קשור לזהותו של מישור, תהא זו זהותו של המבטיח-הזוכה, ולא של הנבטח-המזכה.) לכל היותר, ניתן לדבר בהקשר הזכות החוזית על ציפייה שפיתח הנבטח להתקשרות אישית, וברי שציפייה כזו אינה עולה למדרגת זיקה קיימת של השתקפות והתקשרות.

נמצא שמנקודת-המבט של מידת ההשתקפות וההתקשרות, הזכות החוזית שנשואה הוא טובין מסחריים חלשה מזכות הקניין במקרקעין בשניים: לא הרי זכות במקרקעין כהרי זכות בטובין מסחריים; ולא הרי זכות (קניין) קיימת במשאב כהרי זכות (חוזית) עתידית בו. מכאן אין עולה כמובן המסקנה כי לא מוצדק להגן על מחזיקי זכויות בחוזים מסחריים מפני נטילתן. אך הניתוח שהוצע בפרק זה מסביר מדוע אין ללמוד על הצדקה כזו מן ההגנה הניתנת למשאבים שונים במהותם, קרי: משאבים שהמשמעות החברתית שלהם – המנחה אותנו באיזו מידה "נשקיע" בהם את זהותנו ומה תהא מידת ההתקשרות שלנו

143 ראו: Herbert McClosky & John Zaller *The American Ethos: Public Attitudes toward Capitalism and Democracy* (Cambridge, 1984) 138; Lynton K. Caldwell "Land and the Law: Problems in Legal Philosophy" (1986) *U. Ill. L. Rev.* 319, 320; Belk, *supra* note 128, at p. 153; Clare Cooper "The House as a Symbol of the Self" *Environmental Psychology: People and Their Physical Settings* (New York, Harold M. Proshansky et al. eds., 2nd ed., 1976) 435, 437–438; McCarthy, *supra* note 128, at pp. 116–117; Radin, *supra* note 124, at pp. 992, 1013.

144 להבחנה כאמור ראו: [1994] 7 W.W.R. 709, *Hawkes Estate v. Silver Campsites Ltd.* [B.C.] 720. עם זאת הלשון המסויגת שבטקסט אינה מקרית. אף-על-פי שההבחנה המצוינת בו אכן ראויה גורמטיבית על-פי הדיון בפרק זה, אין זה ברור שראוי גם ליישמה בדין. מעבר לאפשרויות של עקיפה קלה יחסית שהבחנה כזו מעלה, קיים גם קושי בכך שהפחתת ההגנה שהדיון מקנה למקרקעין כשהם נמצאים בבעלותו של סוחר במקרקעין מפחיתה מהערך הכלכלי שלהם בידיו, ולכן – בעקיפין – גם מערכם בידיו של בעלים פרטי.

אליהם – היא שונה. יתר על-כן, נראה לי שקבלת ההבחנות שהוצעו לעיל תוליך להעדפת הגישה המסורתית של המשפט האנגלו-אמריקאי על גישת בית-המשפט העליון בעניין אדרס.

הגישה המסורתית מקפידה מאוד בהגנה על שליטת מזכים במקרקעין שלהם ועל הרווחה הגלומה בהם, ולפיכך קובעת שזוכה שנטל אינטרס במקרקעין חב למזכה את הסכום הגדול מבין שווי-שוק ורווח.¹⁴⁵ מנגד, כאשר מדובר במשאבים חלשים יחסית מנקודת-המבט של השתקפות והתקשרות, דוגמת אינטרסים חזויים, הגישה המסורתית נוהרת מאימוץ עמדה ליברטריאנית, המותחת גבולות קשיחים בין בני-אדם במטרה למנוע כל התערבות של אדם אחד בענייני רעהו.¹⁴⁶ במקומה, הדין האנגלו-אמריקאי המסורתי בוחר לקבוע כי הכלל הוא שהמשפט מאפשר נטילות של אינטרסים חזויים כנגד פיצוי על הרווחה הגלומה באינטרס שניטל,¹⁴⁷ אך לסייג כלל זה ולהכיר בזכותו של הנפגע לפירות

145 ראו בעיקר עניין *Edwards*, לעיל הערה 88. כן ראו: *Restatement of Restitution* (1937) § 129 (3) & cmt. d; 2 *Restatement (Second) of Restitution* (Tentative Draft, 1983–84) § 45(4) & cmt. i; Annotation "Measure of Damages for Destruction of or Injury to Trees and Shrubbery" 69 *A.L.R. 2d* (1960) 1335, §§ 5–8; *Monarch Accounting Supplies, Inc. v. Prezioso* 368 *A.2d* 6, 10 (Conn. 1976); *King County v. Odman* 111 *P.2d* 228, 230 (Wash. 1941). Cf. *Granchelli v. Walters S. Johnson Bldg. Co.* 446 *N.Y.S. 2d* 755, 756 (App. Div. 1981); *Mederacke v. Becker* 205 *N.E. 2d* 519, 524 (Ill. App. Ct. 1965); 2 *Restatement (Second) of Restitution* (Tentative Draft, 1983–84) § 46(1) & cmt. a; *Raven Red Ash Coal Co. v. Ball* 39 *S.E. 2d* 231, 236–238 (Va. 1946); *Palmer, supra* note 7, at § 2.5. אולם ראו: *Phillips Petroleum Co. v. Cowden* 241 *F.2d* 586, 594 (5th Cir. 1957).

146 לניתוח הקשר בין אדם לבין משאב באופן המנביע גישה כזו, ראו: Ernest J. Weinrib, "Right and Advantage in Private Law" 10 *Cardozo L. Rev.* (1989) 1283.

147 הדקשר המובהק שנידונה בו נטילת זכות חזוית הוא זה של גרם (רווחי) של הפרת חוזה. לשלילת הסעד של השבת פירות הנטילה בהקשר זה, ראו: *Marcus, Stowell & Beye Gov't Sec., INC. v. Jefferson Inv. Corp.* 797 *F.2d* 227, 231–232 (5th Cir. 1986) (להלן: עניין *Marcus*); *Gonzales v. Ky. Derby Co.* 189 *N.Y.S.* 783, 786 (App. Div. 1921), *aff'd*, 135 *N.E.* 938 (1922); *Am. Air Filter Co. v. Michael McNichol & John F. Scanlan, Inc.* 527 *F.2d* 1297, 1300 (3d Cir. 1975); *McRoberts Protective Agency, Inc. v. Lansdell Protective Agency Inc.* 403 *N.Y.S. 2d* 511, 513–514 (App. Div. 1978); *Ramona Manor Convalescent Hosp. v. Care Enterprises* 225 *Cal. Rptr.* 120, 130 (Ct. App. 1986); *Dorsett Carpet Mills, Inc. v. Whitt Tile & Marble Distributing Co.* 734 *S.W. 2d* 322, 325 (Tenn. 1987); *Developers Three, A Partnership v. Nationwide Ins. Co.* 582 *N.E. 2d* 1130, 1136 (Ohio App. 1990). יתר עם זאת, קיימים כמה פסקי-דין המצוטטים תדיר כתימוכין לכלל הפוך, המתיר

למזכה סעד המחושב לפי רווחי הנוטל. כמה מפסקי-דין אלה אינם סותרים את הכלל הנזכר בטקסט, שכן רווחי הזוכה משמשים בהם כראיה גרידא לנזק של המזכה (לרווחים שאיבד עקב הסטתם לווכה, למשל כאשר האחרון הוא המתחרה העיקרי שלו בשוק). בקטיגוריה זו ראו את: *Automatic Laundry Serv. Inc. v. Demas* 141 A.2d 497 (Md. 1958); *Ramona Manor Convalescent Hosp. v. Care Enterprises* 225 Cal. Rptr. 120, 130 (Ct. App. 1986); *Fleer Corp. v. Topps Chewing Gum, Inc.* 539 A.2d 1060 (Del. 1988); *Sandare Chem. v. Wako Int'l Co.* 820 S.W. 2d 21, 23-24 (Tex. App. 1991). ראו גם: *Caskie v. Phila. Rapid Transit Co.* 184 A. 17 (Pa. 1936); *Second Nat'l Bank of Toledo v. M. Samuel & Sons, Inc.* 12 F.2d 963 (1926), *cert. denied*, 273 U.S. 720 (1926). פסקי-דין הידוע בעניין *Nat'l Merchandising Corp. v. Leyden* 348 N.E. 2d 771 (Mass. 1976) הינו בעייתי יותר, מחד גיסא, הדגיש בית-המשפט באותו עניין (בע' 776) את האפשרות לפסוק רווח כבסיס חלופי לפסיקתם של "רווחים שאבדו" (שהם, כאמור, סוג של נזק). אך מאידך גיסא, ספק אם עלו רווחי הזוכה באותו מקרה על נזקו של המזכה, ולפחות במקרה מאוחר אחד נקבע שהפנייה אליהם נעשתה כאמצעי ראיתי גרידא. ראו: עניין *Marcus*, שם, בע' 231, הערה 5.

מקרים מעניינים יותר, המסייגים – אך לא הופכים – את הטענה שזכאותו של מזכה שניטלה זכות חווית שלו מוגבלת לפיצוי של שווייהשוק שלה, כוללים רכיב כלשהו של התנהגות בלתי-ראויה מצד הזוכה, כך, אם – ורק אם – השתמש צד שגרם להפרת חווה (ונטל כך מהנבטח את זכותו החווית) באמצעים כגון הפחדה, שוחד או "מצגי שווא שנעשו תוך שמוש לרעה בסמכויות שלטוניות", הורשה הזוכה לתבוע, כסעד חלופי לרווחיו שאבדו, את הרווחים שהשיג הנוטל על-ידי השימוש באמצעים כאמור. נראה אם-כן שמקרים אלה – החריג לכלל שהטקסט מציג – מתמקדים בהתנהגותו של הנוטל, ולא בעצם הנטילה; פסיקת רווחי הנטילה נעשית, במילים אחרות, על-מנת להרתיע התנהגויות בלתי-ראויות כאלה, ולא רק על-מנת להגן על זכויות המזכה. לקבוצת מקרים אלה ראו: *Schechter v. Friedman* 57 A.2d 251, 253 (N.J. 1948); *Phillips Chem. Co. v. Morgan* 440 So. 2d 1292 (Fla. App. 1983), *appeal denied*, 450 So. 2d 486 (Fla. 1984); *Fed. Sugar Refining Co. v. U.S. Sugar Equalization* 268 F.575 (S.D.N.Y. 1920); *Am. Air Filter Co. v. Michael J. McNichol & John F. Scanlan, Inc.* 527 F.2d 1297, 1300 n. 8 (3d Cir. 1975) (*distinguishing Certified Lab. of Tex., Dan B. Dobbs*); *Jnc. v. Robinson* 303 F. Supp. 1014 (E.D. Pa. 1969) (ע' 1014). ראו גם: *Handbook on the Law of Remedies: Damages – Equity – Restitution* (2nd ed. 1993) § 6.6(3); *Graham Douthwaite Attorney Guide to Restitution* (1977) §5.8, at pp. 237-238. כמו-כן ראו עניין *Marcus*, שם, בע' 232; *Developers Three, A*; *Partnership v. Nationwide Ins. Co.* 582 N.E.2d 1130, 1136 (Ohio App. 1990).

מעניין שגם בהקשר שמאמר זה מתמקד בו – תביעת הנבטח לפירות ההפרה – הובעה דעה דומה, לפיה ראוי לזכות את הנבטח ברווחים אלה אם (ורק אם) לוותה ההפרה בהתנהגות הנתפסת כפסולה. ראו לעיל הערה 44.

ההפרה ביחס לחוזים המתייחסים ל"נכסים מיוחדים" (*unique goods*), כגון (וזה הדוגמה הבולטת למקרים הנכללים בסייג) נכסי מקרקעין.¹⁴⁸ ככל שסייג זה מתייחס לחוזים לרכישת קניינים אישיים – שבהתייחס אליהם יוצר המזכה (אם גם בעיני רוחו) זיקה של השתקפות והתקשרות – אף הוא עולה בקנה אחד עם המסגרת ההצדקתית שדנתי בה בפרק זה.¹⁴⁹

הלכת אדרס ממשילה הפרת חוזה מסחרי – המתייחס ככזה לטובין חסרי כל ייחודיות, חסרי מימד אישי (ברזלו) – לנטילת זכות במקרקעין. עליכן נפסק במקרה הראשון, כמו בשני, סעד של רווח. מובן שככל שהגישה המסורתית הינה ראויה, כפי שניסיתי להראות כאן, כן הלכת אדרס נראית מוקשה.¹⁵⁰

ה. קיום הבטחות

אחד הטעמים החשובים הנוכחים תדירות כעיון נורמטיבי לכלל המזכה את הנפגע בפירות ההפרה הוא החשיבות שעלינו לייחס לכיבודן של הבטחות. (חשוב לציין כי הפנייה לטעם זה כאל בסיס ליצירה שיפוטית של ברירות מחול אינה מיוחדת לכלל זה בלבד, והיא מופיעה גם בהקשרים חוזיים אחרים.¹⁵¹) הטעם של עידוד קיומן של הבטחות הודגש עליידי שופטי הרוב בעניין אדרס. הם הסבירו כי "תחושת הצדק הרווחת בחברה הישראלית, שעליה לא יצא החוטא נשכר" מחייבת "להרתיע צד לחוזה מלהפר את התחייבויותיו על-פיו". "הפתרון של מתן אפשרות לתבוע את רווחו של המפר" הינו ראוי; הוא משרת את "המדיניות המשפטית של עידוד כיבודם של חוזים והחלשת הפיתוי להפרתם"; הוא מונע את התוצאה הבלתי-נסבלת – שהכלל ההפוך לו גורר – לפיה המפר יכול "לטפוח לעצמו על השכם וליהנות מהתחושה, שההפרה הייתה כדאית; ומה שעוד גרוע מזה: שהחברה הסובבת את הצדדים עלולה להיווכח, שהפרת הסכמים אכן משתלמת". אכן, בית-המשפט קובע כי "דיני החוזים לא באו אך להגביר את היעילות הכלכלית. הם באו לאפשר חיי חברה תקינים. חוזה יש לקיים – ולא רק לשלם פיצוי בגין

148 ראו: Palmer, *supra* note 7, at §4.9(a); Law Com. C.P., *supra* note 42, at p. 159; Maddaugh & McCamus, *supra* note 7, at pp. 434–435.

149 אם כי קיים כמובן הבדל (של מידה) בין ציפייה לזיקה עתידית של השתקפות והתקשרות לבין קיומה של זיקה כזו ביחס לנכס מקרקעין שכבר נמצא בבעלות התובע.

150 צדקו אס"כן, לדעתי, בית-המשפט לערעורים וה-Law Commission באנגליה אשר סירבו להפעיל היקש כאמור. ראו: עניין Surrey, לעיל הערה 7, בע' 710–712, 714–715; Law Com. C.P., *supra* note 42, at p. 169. לביקורת היבט זה של פסק-הדין בעניין Surrey, ראו: Lionel D. Smith "Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and 'Efficient Breach'" 24 *Can. Bus. L. J.* (1994–1995) 121, 129–132.

151 ראו לדוגמה עניין מלון צוקים, לעיל הערה 63, בע' 76–78.

הפרתו - כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם".¹⁵²

בעמודים הבאים ברצוני לחלוק על טיעון זה. ביתר דיוק, בכוונתי לטעון כי אף אם נקבל כנתון את הערך המוסרי של קיום הבטחות ונעניק לו משקל נורמטיבי גבוה, אין ביכולתו של ערך זה להיות, כפי שעולה מדברים אלה, "ציר עליו נסובים דיני החוזים".¹⁵³ איני חולק על כך שקיום הבטחות הוא ערך מוסרי. (בכך הפנייה אליו שונה מהפנייה לשיקול של מניעת התעשרות שלא כדין, אותו תיארתי כאמצעי רטורי ריק מתוכן). וככל זאת, אני סבור שאין לערך זה כשלעצמו את הכוח להצמיח כל מסקנה שהיא בשאלה למי הזכאות לרווחי ההפרה. יתר עלי-כן, טענתי אינה מתמקדת בכלל אדרס בלבד; היא רחבה בהרבה. לסברתי, לפחות ככל שאנו עוסקים בהקשר של חוזים מסחריים בין צדדים מתוחכמים ויודעי-דין, שחיבור זה ממוקד בו,¹⁵⁴ ספק אם יש בכוחו של הערך המוסרי של קיום הבטחות כדי לסייע לנו בעיצוב התוכן הראוי של אותן נורמות (כופות או מרשות) המגדירות את התוכן וההיקף של החיובים החוזיים ואת התוצאות של אי-קיומם; לשון אחרת, ספק אם יש בכוחו לשמש בסיס נורמטיבי לדוקטרינות המשפטיות השונות המסדירות מצבים חוזיים כאלה.

עלימנא לבסס טענה זו נדרש פירוט עשיר יותר במעט של הערך של קיום הבטחות והאופן שהוא תומך בו בקיום חוזים. אין באפשרותי לסקור כאן את כל התיאוריות המקשרות קיום חוזה עם הערך של קיום הבטחות, אך פירוט כזה גם אינו נדרש לצורך הטיעון שפרק זה מבקש לבסס. די בהתייחסות לתיאוריה אחת מבין משפחת עמדות זו - תיאוריה הנחשבת גם לדוגמה המודרנית הבולטת והחשובה ביותר שלה - היא התיאוריה של צ'רלס פריד בדבר "חוזה כהבטחה".¹⁵⁵ לאחר תיאור קצר של עמדתו של פריד (ומבלי

152 עניין אדרס, לעיל הערה 5, בע' 237, 278, 283. נימוק זה הודגש גם על-ידי פרידמן, לעיל הערה 90, בע' 315; Gareth Jones "The Recovery of Benefits Gained From a Breach of Contract" 99 L. Q. Rev. (1983) 443, 454. נראה שאותו נימוק עומד גם בבסיס ביקורתו של פיטר בירקס על דחיית כלל אדרס במשפט האנגלי. ראו: Peter Birks "Profits of Breach of Contract" 109 L. Q. Rev. (1993) 518.

153 כטענתה של שירלי רנר. ראו רנר, לעיל הערה 20, בע' 68-69.

154 בעייתי גם הניסיון לבסס את הצדקתן של נורמות משפטיות המסדירות את הפעילות בין גופים מאוגדים על הערך של קיום הבטחות, כפי שיפורט להלן. דיון בצורך ברגישות למיהות של נמעני הנורמה - בני-אדם או גופים מאוגדים - חורג מחיבור זה. ראו כללי: Meir Dan-Cohen *Rights, Persons, and Organizations: A Legal Theory for Bureaucratic Society* (Berkeley, 1986).

155 ראו: Charles Fried *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Cambridge, 1981). התיאור הקצר המובא בסעיף ה' להלן מבוסס על ע' 7-17, שם. הקטעים המובאים כציטטות הם תרגומים שלי. לסקירה של תיאוריות דומות המקשרות קיום חוזים לערך של קיום הבטחות או לערך (הקרוב לו) של אמירת אמת, וכפופות לאותה ביקורת המפורטת בפרק זה, ראו: Richard Craswell "Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising" 88 Mich. L. Rev. (1989) 489, 495-503.

להעלות כל השגה או קושי באשר לתיאוריה לגופה, אסביר מדוע – אף אם נאמץ אותה (או תיאוריה דומה לה המקשרת קיום חוזה לערך המוסרי של קיום הבטחות) ככתבה וכלשונה – אין בכוחה לשרת את הדיון בתוכנן של הנורמות המגדירות את התוכן והתיקף של החיובים התזויים ואת התוצאות של אי-קיומם. לבסוף אציג תשובות אפשריות לסענה זו ואעמוד על הקשיים שהן מעוררות.

1. חוזה כהבטחה

על פני הדברים, ניתן להעמיד את ההצדקה המוסרית של תוקפן המחייב של הבטחות על הערך של אמירת אמת: הפרת הבטחה שקולה לכאורה לשקר על אודות כוונותיו של המבטית. אך דימוי זה אינו מדויק דיו, ועליכן אין די בו להצדיק קיומן של הבטחות (וזאת אף אם לא נערער על הערך של אמירת אמת). הסיבה לכך היא ש"להבטיח זה יותר מאשר לדווח בכנות על כוונותי הנוכחיות, שהרי אני עשוי להיות רשאי לשנות את דעתי, בעוד שאין אני חופשי להפר הבטחה שנתתי".¹⁵⁶ אכן, הבטחה נבדלת מאמירה המתייחסת להווה (או לכוונותי בהווה למה שאעשה בעתיד):¹⁵⁶ "הבטחה מעוררת אמון בפעולותי העתידיות, ולא רק בכנותי הנוכחית." מכאן שעל-מנת לבסס את ההצדקה המוסרית לקיום הבטחות יש להסביר מדוע די במרכיב נוסף זה לשלול את חירותי לחזור בי מן ההבטחה שנתתי (כפי שאני רשאי מוסרית לחזור בי מאמירות שאינן הבטחות). הסבר זה מעוגן, כפי שנראה מייד, באופן שמוסד ההבטחה משרת בו את האוטונומיה האישית של הפרטים שאת ההצדקה לכפיפותם לו אנו מנסים לברר.

הקונוונציה של הבטחה, מסביר פריד, מאפשרת לנו להרחיב את המגוון של חלופות פעולה שמתוכו נבחר; היא מרחיבה את כוחותינו לפעול בעולם: ליצור ולצרוך, ליהנות ולהנות. מוסד ההבטחה מצליח להשיג מטרה זו בכך שהוא מאפשר לנו לקדם עניינים ולהשיג מטרות שללא עזרתם של אחרים, לא היה באפשרותנו לקדם. בהיעדרו של מוסד זה היינו משיגים עזרה כזו רק ממי שחפץ בטובתנו ממניעים אלטרואיסטיים. מוסד ההבטחה מקנה לבני-אדם את היכולת לחייב את עצמם בהווה לפעולה עתידית באופן שאנשים אחרים יידעו על כבילה-עצמית זו ויוכלו לסמוך על מימושה. בכך הוא מאפשר לנו להיעזר בקידום מטרותינו בקבוצה רחבה בהרבה של אנשים: בכל מי שמה שאני מוכן לתת (או להבטיח) לו כנגד עזרתו הופך עזרה זו, מנקודת-הראות של האינטרס העצמי שלו, לכדאית. בנקודה זו ממש נעוץ, אליבא דפריד, הערך של מוסד ההבטחה: בזכותו, אנשים חופשיים – המכבדים זה את זה, ולפיכך מנועים מוסרית מלהשתמש באדם אחר לקידום מטרותיהם העצמיות – יכולים לשרת זה את זה מבלי שהדבר ייחשב לניצול (אסור מוסרית) של האחר.

יחד עם זאת, כמי שמחויב לאוטונומיה של הפרט, פריד סבור כי התועלת הכללית בקיומה של קונוונציה של הבטחות אינה מראה עדיין מדוע אין זה מוצדק שאפר הבטחה

156 אין זאת אומרת שלא תיתכן הבטחה המתייחסת למצב המציאות בהווה, אלא שזו אינה מצריכה את המרכיב הנוסף שפריד פונה אליו בהמשך טיעונו.

ספציפית במקרה קונקרטי; וגם הטענה שמוסד מועיל זה יקרוס אם אני אפר את הבטחתי היום ואת ואתה מחר אינה מספקת אותו כעוגן נורמטיבי לחובה האינדיווידואלית לקיים הבטחה (שהרי ייתכן שהיתרון שאפיק מהפרתה עולה, מבחינתי, על הנזק שייגרם לי מהפגיעה של הפרתי במוסד ההבטחה). מכאן שחובתו הפרטית של המבטיח לקיים קשורה לערך החברתי הכולל של מוסד ההבטחה, אך אינה נגזרת ממנה במישרין. פריד טוען שהחובה המוסרית לקיים הבטחות מתקשרת לערך החברתי של מוסד זה באמצעות הערכים של כבוד לאוטונומיה של האחר ואמון הדדי.

מוסד ההבטחה מושתת על אמון הדדי בין מבטיח לבין נבטח, אמון שהוא המפתח לעצם האפשרות של פעולה משותפת בעולם של יותר מאדם אחד. יתר עלי-כן, הבחירה בין קיום הבטחה לבין הפרתה מעמידה למבחן, באופן החד ביותר, את האמון בין בני-אדם: כאשר אדם מבטיח, הוא משתמש מרצונו החופשי בקונוונציה שמטרתה היא לספק לנבטחים טעם טוב¹⁵⁷ לצפות שההבטחה תקיים, שהביצוע המובטח אומנם יסופק להם. מבטיח שהשתמש כך בקונוונציה ויצר ציפיות מוצדקות כאמור, אך לבסוף נסוג ולא קיים את הבטחתו, ניצל לרעה את האמון שנתן בו הנבטח (אמון שהוא עצמו עורר מרצונו החופשי). ניצול כזה לרעה דומה לשקר, במובן זה שהשקרן ומפר ההבטחה מנצלים מוסד חברתי שמטרתו לעורר אמון בין בני-אדם; שניהם משתמשים באדם אחר: הם מזמינים אותו לתת בהם אמון, ליהפך לפגיע, ולאחר-מכן מפירים אמון זה.

לסיכום, החובה המוסרית לא לנצל לרעה את אמונם של אנשים אחרים בנו היא, לדעת פריד, המקור של החובה הכללית לקיום הבטחות; ומכיוון שחווה הוא הבטחה, גם של החובה לקיים חושים. הערך של אמון הדדי גורר חובה כזו ביחס להבטחות משום שהקונוונציה של הבטחות מרחיבה את האוטונומיה האישית, ולפיכך, היוקקות המבטית לה מצדיקה את ציפיות הנבטח שההבטחה תקיים. מכאן שהפרת הבטחה שקולה כנגד ניצול אמון לרעה, כנגד שימוש פסול באדם אחר.

2. אדישות הערך של קיום הבטחות לתוכנן של ברירות המחדל

כפי שציינתי בראשית פרק זה, מטרתי בהצגת התיאוריה של פריד הינה מצומצמת: איני מתכוון לבחון כאן בפירוט כלשהו את טענותיו, אלא רק להשתמש בהן על-מנת להראות מדוע - בהקשר המסחרי שאני דן בו כאן - עמדה כמו זו של פריד, או זו שאומצה בעניין אדרס, המוצאת ערך מוסרי בקיומן של הבטחות, אינה מסוגלת לייצר המלצות באשר לנורמות המגדירות את התוכן וההיקף של החיובים החוזיים, את הנסיבות שמבטיחים פטורים בהן מביצועם ואת התוצאות של אי-קיומם. הערך של קיום הבטחה, בין שהוא מעוגן בתיאוריה של פריד ובין שנבחר לו ביסוס נורמטיבי בתיאוריה אחרת - אדיש, לסברתי, לפרטים דוקטרינריים (חשובים) אלה.¹⁵⁸ לפיכך, תיאוריות המבססות את הערך המוסרי של קיום הבטחות פשוט אינן רלוונטיות לדיון בהם.

157 הוא התועלת שמוסד ההבטחה מביא לאוטונומיה של כלל הפרטים, כפי שבוארה לעיל.

158 פריד עצמו מכיר במגבלות כוחו של עקרון ההבטחה בדוקטרינה החוזית. בפרט, הוא

לכאורה, טענה זו נראית מופרכת, לפחות בהקשר של הכללים המסדירים את הסעדים בגין הפרת חוזים: אם חשוב לקיים הבטחות, הרי אם הבטחתי, חובה עלי לקיים מה שהבטחתי,¹⁵⁹ ורק אם קיום כזה אינו אפשרי, עלי לפצות את הצד שכנגד כמידת ציפיותיו שהכובתי, קרי: להעמידו במצב בו היה עומד לו הייתי מקיים את הבטחתי (מכאן ההגנה המסורתית בדיני הפיצויים על אינטרס הציפייה).¹⁶⁰ במילים אחרות, אם אנו מקבלים את הערך של קיום הבטחות, עלינו להגן על האינטרס של נבטחים בקיומם של חוזים.¹⁶¹ מכאן נגזרות, לכאורה, מסקנות דוקטרינריות ברורות לעניין דיני הסעדים: ראוי לאכוף חוזים עד כמה שניתן; בה במידה ראוי לעקר כל תמריץ אפשרי להפרתם של חוזים על-ידי הקניית פירות ההפרה לנפגע.¹⁶²

אך מהלך זה – שגראה קל ומשכנע על פני הדברים – הינו בעייתי; למעשה, אני מעוניין לטעון שאין הוא משכנע כלל. ניתן למצות את הסיבה לכך בדברים הבאים של אנתוני קרונמן: "פשיטא שאין זה ראוי שהמבטיח יכזיב את ציפיותיו הסבירות של הנבטח בכך שיפר את הבטחתו רק משום שנוח לו יותר לא לקיימה. אך מהן ציפיות סבירות אלה?"¹⁶³ במילים אחרות, האמירה שפלוגי הבטיח אינה מלמדת אותנו דבר באשר לתוכן ההבטחה וגבולותיה, ולפיכך אינה יכולה לבסס טיעון באשר לתוכן הרצוי של אותן נורמות משפטיות המגדירות תוכן זה.¹⁶⁴

מציין מפורשות (בע' 69) שאין בכוחו של עיקרון זה למלא חללים בחוזה, ומציע (בע' 70-73) להשתמש במקרה כזה בעיקרון של שיתוף. סעיף זה מרחיב למעשה מגבלה זו של עקרון ההבטחה עד שהיא מסכנת את כוחו לייצר המלצה נורמטיבית כלשהי. מנגד, בפרק הבא, העוסק בעקרון תוס-הלכ, אני דן בכוחו של עקרון השיתוף (אשר לטעמי, מבאר אותו) לפתור את הבעיה של פירות ההפרה. כפי שנראה, מעקרון השיתוף, להבדיל מעקרון ההסכמה, אכן נובעות מסקנות דוקטרינריות קונקרטיות.

159 והעובדה שבדיעבד החוזה אליו נכנסתי כבר אינו גראה לי מוצלת כל-כך מבחינתי (למשל, משום שמצאתי קונה המוכן לשלם יותר בעד הטובין שמכרתי, כמו בעניין אדרס) אינה צריכה לשנות. האחריות לבחירה שהבעתי בעת שהבטחתי צריכה להיות שלי; זו המשמעות של היותי אדם חופשי ורציונלי הנוטל אחריות לבחירותיו. גישה הסבורה שיש לשחרר אנשים מאחריותם לבחירות שהם עושים בשביל עצמם אינה מכבדת אותם כבני-אדם.

160 ראו בדומה: Fried, *supra* note 155, at pp. 17-21.

161 ראו: Daniel Friedmann "The Performance Interest in Contract Damages" 111 *L. Q. Rev.* (1995) 628; פרידמן וכהן, לעיל הערה 33, בע' 102.

162 ראו בדומה רנר, לעיל הערה 20, בע' 59.

163 Kronman, *supra* note 29, at p. 412 (התרגום שלי).

164 ראו: Patrick S. Atiyah, Charney, *supra* note 26, at p. 1818. וראו בדומה לכך: *Promises, Morals, and Law* (Oxford, 1981) 127-129.

ריצ'רד קרסוול,¹⁶⁵ שפרק זה חב רבות לטיעונו, מסביר שבירות המחדל שהמשפט קובע אינן יכולות להיות מוסקות מהערך של קיום הבטחות, משום שערך זה עולה בקנה אחד (ובמידה שווה) עם (כמעט) כל כלל שיקבע הדין. אדישות זו של הערך של קיום הבטחות לברירת המחדל שהמשפט קובע גובעת מכך שכללים אלה רק ממלאים את הפרטים של אותה הבטחה, אשר הערך של קיום הבטחות עומד על חובת הנאמנות שחב לה המבטיח: הערך של קיום הבטחות מבסס את חובתו המוסרית של המבטיח למלא את החיובים המוטלים עליו מכוח השילוב של לשון ההבטחה וכללי ברירת המחדל שאימץ הדין; מנגד, אין בכוחו של ערך זה להדריך את מעצביו של הדין (מחוקקים או שופטים) באשר לאוסף הכללים שרצוי שיאמצו; הערך של קיום הבטחות פשוט אינו מתיימר להנחות את הצדדים המתקשרים (או את מעצבי המדיניות) באשר לסוגי ההבטחות שרצוי שיבטיחו או באשר לתוכנן ולגבולותיהן.

במילים אחרות: גם מי שמכיר בחובה לקיים הבטחות חייב להכיר בכך שנדרשות נורמות משפטיות שיגדירו את התוכן וההיקף של החיובים החוזיים ואת התוצאות של אי-קיומם. אומנם, כלל של ברירת מחדל הפוטר חייב בכל נסיבה שהיא מקיום חיובו ייפסל עליידי חסידי הערך של קיום הבטחות, שכן יש בו כדי לעקר את הקונוונציה של הבטחה מכל תוכן;¹⁶⁶ אך כל כלל אחר, הקובע סייגים לקיום או מגדיר את הסעדים המדויקים שיעמדו לנפגע בגין אי-קיום צריך להיחשב, גם עליידי אנשים כפריד, לכלל המפרט מה בדיוק על המבטיח לעשות, מה תוכן ההבטחה שלקיומה יש לייחס ערך מוסרי.¹⁶⁷

ניתן ליישם טענה זו גם ביחס לסעד המובהק ביותר הנובע, לכאורה, מהערך של קיום הבטחות, דהיינו, סעד האכיפה. על פני הדברים, אימוץ סעד זה כברירת המחדל של הדין מתחייב מהערך של קיום הבטחות, שכן יש בו כדי מתן הגנה מיטבית לאינטרס הקיום של הנבטח. אך מסקנה כזו הפוזה מדי. כך, אילו קבע הדין שבהיעדר התניה סותרת, נבטח זכאי לביצוע החווי או לשווי של אינטרס הציפייה שלו, לפי בחירת המבטיח,¹⁶⁸ לא היה ניתן לומר על מבטיח שבחר בחלופה האחרונה כי הפר הבטחה כלשהי. לשון אחרת: הקביעה שהופרה זכאותו של הנבטח יכולה להיעשות רק לאחר הקביעה מהו בדיוק תוכן התחייבותו של המבטיח. אם החוזה קובע מפורשות שלנבטח יש זכות מוחלטת שהחוזה עימו יבוצע, או אם נקבע בו במפורש שהברירה בין ביצוע לבין תשלום פיצויי ציפייה

165 ראו: Craswell, *supra* note 155, at pp. 489–490, 503–505, 511–513, 518–520, 528–529; Craswell & Schwartz, *supra* note 91, at p. 55.

166 השוו: John Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971) 344–345; Joseph Raz "Promises and Obligations" *Law, Morality, and Society* (Oxford, P.M.S. Hacker & J. Raz eds., 1977) 210, 222–223.

167 ראו בדומה לכך: Thomas Scanlon "Promises and Practices" 19 *Phil. & Pub. Aff.* 199, 217 (1990).

168 השוו: Oliver Wendell Holmes "The Path of the Law" *Collected Legal Papers* (New York, 1920) 167, 175.

נתונה למבטית, כי אז ניתן לדייק בתוכן ההתחייבות על-פי האמור בחוזה. אך בהיעדר הכרעה מפורשת בין שתי חלופות אלה, הדין נדרש לבחור כלל של ברירת מחדל שיכריע מהי בדיוק זכאותו של הנבטח, ואילו בחר הדין דווקא בחלופה השנייה, המקנה למבטיחים ברירה בין כיצוע לבין תשלום פיצוי ציפייה, לא היה ניתן לומר על מבטית שלא קיים ושילם כי הפר הבטחה כלשהי.¹⁶⁹

מכאן שהערך של קיום הבטחות מחייב שקיום החיוב העיקרי (לספק את הממכר, לשם דוגמה) לא יהיה אופציונלי למבטית; אך אין עולה ממנו מה צריכה להיות הסנקציה המדויקת – פיצויים עונשיים, השבת פירות ההפרה, אכיפה, פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות או כל סעד אחר שהדין קובע – שתהפוך את החיוב לבלתי-אופציונלי. הערך של קיום הבטחות מחייב לעצב את הדין באופן שיאפשר לבני-אדם לככול את עצמם בהווה במידה הנראית להם ראויה לפעולה עתידית מסוימת; אין הוא מלמד על אודות מידת הכבילה העצמית הרצויה. לכן, הערך של קיום הבטחה אינו פוסל כל סייג שהצדדים קובעים בהסכמה לחיובו של המבטית או לסעדים שיעמדו לנבטח אם לא יקיים. בה במידה אין נובעת ממנו כשלעצמו כל עדיפות לכללים המקשים מאוד על מבטיחים השוקלים אי-ביצוע (כגון כללים המקנים לנבטח סעד של פיצויים עונשיים, השבת פירות ההפרה או אכיפה) על כללים ההופכים את האפשרות של אי-ביצוע לבלתי-נוחה מבחינתו במידה חמורה פחות (כגון הכללים שאימצו בדין האנגלו-אמריקאי המסורתי, שהגבילו את סעדו של הנבטח, במקרים הרגילים, לפיצויי ציפייה). כל עוד קיים סעד כלשהו בגין אי-קיומו של החוזה – כל עוד הקונוונציה של הבטחה אינה מרוקנת מתוכן – הערך של קיום הבטחות אדיש לסעד המדויק שהדין בוחר (בפרט כאשר הצדדים יכולים להתנות על סעד זה).

אין בדברים אלה כדי להשיג על חשיבות הערך של קיום הבטחות בכלל וחוזים בפרט (ובוודאי שאין הם מכוונים להמעט בחשיבות הקונוונציה של הבטחה). כל מטרתם היא לערער על האפשרות לגזור מהציווי המוסרי לקיים חוזים כללים ספציפיים של ברירת מחדל, שיהיה עם לשון ההבטחה, מפרטים את תוכן החיוב שעל המבטיח לקיים. על-מנת לספק ביסוס ערכי לברירות המחדל שהדין קובע נדרשת תיאוריה שונה, כזו שאינה אדישה לבחירה בין הדרכים השונות למילוי החללים בחוזה.¹⁷⁰ נראה לי שבית-המשפט

169 ראו בדומה לכך: Standen, *supra* note 40, at p. 213. שאלה נפרדת היא אם סטיית הדין הישראלי מהמשפט האנגלו-אמריקאי, בהעלותו את סעד האכיפה למעלת סעד ראשוני הניתן לנבטח – כפוף לסייגים מסוימים – כעניין שבזכות, מלמדת כשלעצמה על קיומה של ברירת מחדל המקנה לנבטחים זכות מוחלטת לקיום, שכלל אדרס נגזר ממנה. אדון בשאלה זו בפרק 2 להלן.

170 ודוק: ייתכן – אך אין זה הכרחי – שתיאוריה כזו תספק גם הצדקה לעצם החובה לקיים הבטחות. כך, למשל, יש הטוענים שראוי לעצב את ברירות המחדל על-סמך שיקולי יעילות, ומעגנים בשיקולים אלה ממש גם את הערך של קיום הבטחות. אך במקרה כזה, הערך היסודי – יעילות, בדוגמה דלעיל – עשוי להכתיב במקרים מסוימים דווקא הפחתה של מידת חוסר האופציונליות של החיוב העיקרי. מנגד, כפי שמובהר בטקסט,

העליון רמז בעניין אדרס גם על תיאוריה אפשרית כזו, ובפרק הבא אדון בה. אך בטרם אעשה כן, ברצוני להעלות שלוש טענות נגד אפשריות לטיעון כפי שהובא עד כאן, ולנסות לענות עליהן.

3. על פרשנות מילולית, הבנות מקובלות וחוזים פשוטים

מסקנת הסעיף הקודם – לפיה הערך של קיום הבטחות אדיש לברירות המחדל שהמשפט קובע ועליכן אינו יכול לתרום לדיון הנורמטיבי בהן – נראית מפתיעה, ולפיכך אנסה לנגח אותה בסעיף זה. נראה לי שתקיפתה יכולה להתבסס על שלושה טיעונים; דא עקא, אף לא אחד מהם נראה בעיני משכנע.

טיעון-הנגד הראשון הינו פשוט: הנתבע בעניין אדרס, לשם דוגמה, הבטיח לספק ממכר מסוים (באותו עניין – ברזל); מכאן שקיום ההבטחה מחייב שיספק את הממכר. כל עוד לא סייגו הצדדים חיוב זה מפורשות, הערך של קיום הבטחות מחייב שהחווה יקיים ככתבו וכלשונו. עליכן, כל סעד המגדיל את הסיכוי שמה שנכתב אכן יתבצע – אכיפה, השבת פירות ההפרה ואולי גם פיצויים עונשיים – נתמך על-ידי הערך של קיום הבטחות. במילים אחרות: בהיעדר התניה סותרת, עולה מהלשון הפשוטה של החווה שהצדדים התחייבו לקיום בלתי-מותנה ובלתי-מסויג של התחייבויותיהם ההדדיות; ואם כך, הרי שאימוץ הערך של קיום הבטחות על-ידי הדין מחייב להעדיף אותן ברירות מחדל שיתמצו אותם באופן המיטבי לעמוד בהתחייבותם זו. בפרט ראוי כלל אדרס, המעקף כאמור את התמריץ לא לקיים.

הקושי בטיעון זה כפשוטו – דהיינו, כאשר הוא נסמך על "הלשון הפשוטה של החווה", במנותק מהאופן בו הצדדים משתמשים בה בהקשר התרבותי שהם פועלים בו (אליו אפנה בהמשך) – נעוץ בהנחה המובלעת בו, כי ניתן לזהות בנקל את תוכן ההבטחה על-ידי התבוננות במילים המפורשות שהוחלפו בין הצדדים: הבטחה לספק ממכר X במועד Y משמעה הבטחה לספק; נקודה;¹⁷¹ לשון החווה הרי ברורה אך האם תיתכן כלל לשון "ברורה"? הניתן לאתר את כוונתם (את אומד-דעתם) של הצדדים – ולחייב אותם לממשה על-סמך הערך של קיום הבטחות – רק על-ידי פנייה למילים? האם כללי הלשון כשלעצמם מחייבים להשלים את המשפט "אספק X ביום Y" על-ידי הסיפא "בכל מקרה",

אם הערך של קיום הבטחות מעוגן בערכים כגון אמירת אמת או אוטונומיה אישית (כפי שהוא מעוגן אצל פריד), לא ניתן להשתמש בערכים אלה גם לצורך התוויה של כללי דקע המשפטיים. ראו בהקשר זה גם: Duncan Kennedy "The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities" 34 *Am. U. L. Rev.* 939, 951 (1985) (בכל סכסוך חווי, שני הצדדים מעלים טענות של חירות, ולא ניתן להצביע על אוסף מסוים של כללים חוזיים המיישב טענות סותרות אלה באופן "טבעי" יותר מהאחרים).

171 ראו בדומה לכך: Friedmann, *supra* note 161, at p. 632.

ולא על-ידי הסיפא "אלא אם-כן יקרו מאורעות A, B או C, שאו לא אקיים, אך אשלם פיצויי ציפיה"¹⁷²

ספק אם ניתן לענות על שאלות אלה מבלי לפנות לנסיבות הייצוגיות ללשון החוזה, קרי: על-סמך "כללי הלשון כשלעצמם". גם חסידיה של שיטת הפרשנות המילולית אינם סבורים – אף-על-פי שהם מתפרשים כך (בטעות) לעיתים – כי ניתן לפרש מילים (או לענייננו, הצהרות בדבר חיובים) במנותק מן ההקשר שלהם.¹⁷³ יתר על-כן, הרעה המקובלת כיום היא כי הטענה של לשון ברורה (או בהירה) היא כשלעצמה תוצאה של הליך פרשני;¹⁷⁴ כי אין בעולמנו כל טקסט שהוא "קדם-פרשני", שיש לו רק משמעות אחת, "חוץ-הקשרית".¹⁷⁵ ככל שדעה זו – שהדיון בה חורג מהמסגרת הנוכחית – נכונה (ואני סבור כי הנימוקים שהובאו בתמיכה לה אכן משכנעים), כן גם טקסט חוזי (כמו טקסטים משפטיים אחרים, כגון חוקה, חוק או צוואה) אינו יכול להתפרש "מתוכו", מהמילים המפורשות שהוחלפו בין הצדדים בלבד; רק בהינתן הקשר יצירתו (וההקשר שהוא מתפרש בו) ניתן לצקת בו משמעות.¹⁷⁶

טיעון-נגד שני, הנראה על פניו מבטיח מקודמו, אינו מנסה לחלוק על מסקנה זו. כך, ההנחה (הניתנת לסתירה) של מוחלטות חיובו של הנבטח אינה, על-פי טיעון זה, תוצאה הפרשנות ה"טבעית" של המילים "אספק X ביום Y" (או של מושג ההבטחה), אלא

172 ראו בדומה לכך: Atiyah, *supra* note 164, at p. 89.

173 השוו: Andrei Marmor *Interpretation and Legal Theory* (Oxford, 1992) 130–131; William N. Eskridge, Jr. "The New Textualism" 37 *UCLA L. Rev.* (1990) 621, 655.

174 על-פי גישה זו, המקרים ה"קלים" הם אותם מקרים בהם ההליך הפרשני הנדרש הוא פשוט במיוחד, ולעיתים הוא אף נעשה באופן אינסטינקטיבי.

175 ראו למשל: Owen M. Fiss "Objectivity and Interpretation" 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 739, 739–740; Stanley Fish "Fish v. Fiss" *Doing What Comes Naturally* (Durham, 1989) 120; Owen M. Fiss "Conventionalism" 58 *S. Cal. L. Rev.* (1985) 177, 184–186.

176 השופט ברק הציע לאחרונה להפנים מסקנה חשובה העולה מגישה פרשנית זו בדוקטרינה שלנו של פרשנות החוים. מכיוון שבהירות הלשון היא מסקנה – ולא הנחה – פרשנית, לא ניתן, פסק השופט ברק, לפרש חוים ב"גישה דו-שלבית", לפיה רק אם לשון החוזה אינה ברורה, אלא משתמעת לשני פנים, ניתן לפנות לצורך פרשנות החוזה לנסיבות הייצוגיות. ראו ע"א 4628/93 מ"י ג' אפרופים שיכון ויוזם (1991) בע"מ, פ"ד (מס(2) 265, 297–299, 308–312. ודוק: הפנייה להקשר עשויה להבהיר לעיתים שהצדדים מעוניינים דווקא שהסכמתם תפורש באופן מילולי, או ליתר דיוק – על-סמך פנייה לקבוצת ציפיות לשוניות כלליות ותוך התעלמות מן ההקשר המיוחד בו ניתנה ההבטחה. הדוגמה הטיפוסית למקרה כזה היא של חוזה מסחרי מפורס שערכו עורכי-דין מיומנים תוך משאומתן מדוקדק על כל מלה ומלה (ראו בדומה לכך: Charney, *supra* note 26, at p. 1852. פשיטא, שגם במקרה כזה ההקשר הוא שמנביע את ההתעלמות (משאר) מאפייניו.

תוצאתה של פנייה להבנות ולציפיות המקובלות בקרב קהיליית השיח הרלוונטית.¹⁷⁷ בפועל, יאמר טיעון-הנגד השני, מניחים רוב הצדדים המתקשרים בחוזים קיום בלתי-מותנה ובלתי-מסויג, אלא אם-כן קרה מאורע הנחשב למסכל.¹⁷⁸ מכאן שאייקיום שקול – לפחות כאשר לא סייג המבטיח את הבטחתו ולא אמר דבר באשר לגורל רווחי ההפרה, אם תאדע – להפרת הבטחה, המחייבת (כל עוד אנו דבקים בערך של קיום הבטחות) תגובה משפטית חריפה, דוגמת זו הקבועה בכלל אדרס.

גם בהנחה שהסברה האמפירית שבבסיס טיעון זה נכונה,¹⁷⁹ איני סבור שיש בכוחו לפגוע בטענה השוללת את הרלוונטיות של הערך של קיום הבטחות לדיון בברירות המחול שרצוי לקבוע (מכאן ולהבא) בשיטה, לפחות ככל שהמדובר בצדדים מתוככמים ויודעיים, שמאמר זה עוסק בהם. הסיבה לכך היא שלגבי אוכלוסיית-יעד זו, ספק אם ניתן להפריד – כפי שמנסה לעשות טיעון-הנגד השני – בין ההבנות המקובלות של הצדדים המתקשרים לבין ברירות המחול שהדין קובע.¹⁸⁰ במילים אחרות, ספק אם ניתן לדבר על הבנה (או ציפייה) מוגדרת באשר לתוכן המדויק של חוביהם ההדדיים במנותק ממה שהמשפט אומר. ההבנות או הציפיות המקובלות בקהיליית נמעני-הדין המודעים לתכניו אינן קודמות לדין; במידה מסוימת לפחות, הן תוצריהם של התכנים הנורמטיביים שהדין מאמץ. על-כן, פנייה אליהן כאל בסיס נורמטיבי להם הינה מעגלית,¹⁸¹ וכל שבכותה (כשלעצמה) לעשות הוא לחזק באופן מלאכותי את המשקל הנורמטיבי של ההכרעות הקיימות של הדין.¹⁸²

177 השוו לגישתו הכללית של רנדי ברנט, הדוגל בשימוש בציפיות המקובלות לצורך בחירתן של ברירות מחול, וסבור שניתן לעגן נורמטיבית בהסכמת הצדדים: Randy E. Barnett "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent" 78 *Va. L. Rev.* (1992) 821, Pt. III.

178 ראו בדומה לכך: Friedmann, *supra* note 161, at pp. 629, 635, 637–638. ובהקשר המסחרי נראה כי ניתן להעלות לגביה ספקות, שהרי חוזים מסחריים מכילים פעמים רבות אוסף מורכב של תניות המרחיבות בהרבה את רשימת המצבים שהדין קובע כמצבים שהמבטיח פטור בהם מקיום חיובו.

180 ראו בדומה לכך: Feinman, *supra* note 55, at p. 835. 181 ראו בדומה לכך: Atiyah, *supra* note 164, at p. 68. *Ibid*, at Alan Schwartz "Karl Llewelyn and the Origins of Contract Theory" (Unpublished Manuscript) 47; וראו גם בהקשר לניסיון הפופולרי לעגן את ההצדקה של פרקטיקת התקדים בציפיות מקובלות שהכרעה משפטית קודמת מעוררת: Gerald J. Postema "On the Moral Presence of Our Past" 36 *McGill L. J.* (1991) 1153, 1168.

182 במילים אחרות, ייתכן שניתן להצביע על טעמים טובים – לדוגמה, כאלה המעוגנים בשיקולי יעילות – התומכים ברציון הנורמטיבית של ההבנות המקובלות גם אם הן מהוות תוצר של הדין, ולא הוויה "אותנטית" קדם-משפטית. אך במקרה כזה, הפנייה

איני טוען שבקביעת הכללים של ברירת מחדל שיחולו ביחס לחוזה פלוני או הבטחה אלמונית אין להעניק כל חשיבות להבנות המקובלות של נמעני־הדין הרלוונטיים במועד בו נכרת החוזה או ניתנה ההבטחה.¹⁸³ לפחות מי שמכבד את הערך של קיום הבטחות – ופרק זה מניח שרציתו הנורמטיבית אינה שנויה במחלוקת – יתמוך בהפנמתן של ההבנות המקובלות לכללי הדין.¹⁸⁴ ביחס לתקופה שעד לקביעת ברירת מחדל הסותרת הבנות אלה (או סוטה מהן); כלומר, בגישה זהירה לקביעה רטרואקטיבית של כלל חדשני של ברירת מחדל. במילים אחרות: כל שניתן לגזור מהפעלתו של הערך של קיום הבטחות ביחס להבנות המקובלות הוא הטיה שמרנית בקביעת ברירות המחדל שיחולו ביחס למקרי העבר (ורק ביחס אליהם).¹⁸⁵ פשיטא שמסקנה כזו עומדת בניגוד לשינוי כה מובהק בהלכה משפטית מושרשת, כפי שהיה בעניין אדרס.¹⁸⁶

אבל האם שינוי כזה אינו יכול לסייע בהשרשת הערך של קיום הבטחות בקרב קהילות חיצוניות למתדיינים המסחריים? שאלה זו – הממקדת את טיעון־הנגד השלישי (והאחרון) שאעלה כאן – מסיטה את הקשר בין החובה לקיים הבטחות לבין ברירות המחדל שהמשפט קובע מיחסי הצדדים הישירים למחלוקת לכלל הצדדים המתקשרים. כלומר, גישה זו מפרשת את הטענה הנזכרת בעניין אדרס, לפיה תעודת השבה של רווחי ההפרה קיומם של חוזים בפרט והבטחות בכלל באופן הבא: הטלת נטל כבד יותר על צד שחרג מהתחייבותו העיקרית בחוזה (לספק את הממכר) תיצור מצב בו יקוימו חיובים עיקריים רבים יותר כאמור; מצב זה יבהיר לכלל נמעני־הדין את חשיבותו של הערך של קיום הבטחות, ויביא בכך לידי השרשתו.¹⁸⁷

גם טיעון־נגד זה נראה בעיני בעייתי. הטיעון מניח שצדדים זרים לחוזה אינם טורחים להתעניין בפרטיו (המפורשים או אלה המשלימים אותו מכוח כללי הדין), ומסיקים מסקנת ביצוע או הפרה על־סמך התשובה לשאלה הפשוטה: "האם בוצע החיוב העיקרי?" קרי: הם מניחים שחובת הביצוע של חיוב זה היא מוחלטת (בלתי־מוותנית ובלתי־מסויגת). ספק

להבנות המקובלות אינה גובעת מהערך של קיום הבטחות. ראו בדומה לכך: Craswell,

supra note 155, at p. 514.

183 לטענה זו ראו למשל: Rakoff, *supra* note 50, at p. 199.

184 שאינם – בהגדרה – סותרים הבנות אלה (בקהילייה שחבריה הם יודעי־דין).

185 אכן, חשוב להדגיש (שוב) כי תחולתו של כלל חדשני הינה בעייתית מנקודת־המבט של הערך של קיום הבטחות רק ביחס לעבר; אין בסטייה מן ההבנות המקובלות בעבר כל קושי ככל שהכלל חל מכאן ולהבא. זאת באשר משקבע כלל חדשני של ברירת מחדל כאמור, הוא מביא לידי שינוי אותן הבנות, ועל־כן לידי שינוי תוכנן של הבטחות שהערך של קיום הבטחות עומד על מימושו.

186 ראו בדומה לכך: Standen, *supra* note 40, at pp. 164–165 (אם בכלל קיימות הבנות מקובלות של צדדים לחוזה באשר לסעדים בגין אי־קיומו, הרי שהן מכוסות על הדין הקיים, ולפיכך מוגבלות – בסביבה משפטית אנגלו־אמריקאית – לסעד של פיצוי כספי על הנזק שנגרם).

187 בהנחה, כמובן, שבכוחו של הדין להשריש בנמעני ערכים. ראו לעיל סעיף ב3.

בעיני אם תפיסה (פשטנית) זו של מוסד החוזה אכן משקפת את ההבנה הפופולרית שלו;¹⁸⁸ ספק אם מוצדק להניח שאנשים (אף אם אינם יודעי-דין) אינם מסוגלים להבחין בין הבטחות פשוטות (בהן, אכן, ההנחה היא, תדירות, של ביצוע מוחלט) לבין חוזים מסחריים מורכבים, העשויים להיות כפופים לתנאים ולסייגים מכוח הסכמת הצדדים או מכוח הדין; לכן ספק אם צדדים זרים לחוזים מסחריים גוזרים מסקנות (נמהרות) של חוסר כבוד לערך של קיום הבטחות מכל מקרה בו החוזה או הדין מסייג את חיובו העיקרי של המבטיח או מתנה אותו בתנאים.¹⁸⁹

חשוב מזה, גם אם נמענים מסוימים של הדין אכן מבינים כך את מושג החוזה, ספק אם ראוי להעניק להבנה זו משקל נורמטיבי מכריע, כפי שדורש טיעון-הנגד השלישי. הסיבה לכך היא שעיצובו של הדין על-פי תפיסה זו של מוסד החוזה חותר תחת הטעמים התומכים בערך של קיום הבטחות (כהצגתם עליידי פריד). שהרי אם אכן קיים ערך מוסף לכך שצדדים שלישיים יבינו בקלות אם חוזה קיים או לאו – קרי: אם אומנם יש חשיבות להתוויית חיובי הצדדים בחוזה במונחים מוחלטים – כי אז ייפסלו, או למצער יפורשו בצמצום רב, לא רק כללים של ברירת מחדל המרככים או מסייגים את חיובי הצדדים;¹⁹⁰

188 השוו לביקורתו הנוקבת של פטריק עטייה על התפיסה הדלה של מושג החוזה העולה מכתביהם של פילוסופים של המוסר שעסקו בחובה לקיים חוזים: Atiyah, *supra* note 164, at pp. 108, 137–138, 142.

189 ראוי לסייג את האמור בטקסט. כאשר החוזה מתייחס לנכס "מיוחד" – הדוגמה הבולטת לכך היא כוכור נכסי מקרקעין – מתקשרים (ומן הסתם, גם צדדים שלישיים) נוטים להבחין בין גרעין ההתחייבות (הספקת הנכס) לבין חיובים (או פטורים) נלווים, הנתפסים כמשניים. ראו למשל: Jeff Sovern "Toward a Theory of Warranties in the Sales of New Homes: Housing the Implied Warranty Advocates, Law and Economics Mavens, and Consumer Psychologists Under One Roof" (1993) *Wisc. L. Rev.* 13, 36–37. אך במקרים כאלה, בהם הממכר הוא מסוג המשאבים ה"מיוחדים", נותן גם הדין האנגלו-אמריקאי המסורתי מעמד מועדף (מוחלט) לחיוב העיקרי, בהקנתו לנפגע הן את סעד האכיפה והן את פירות ההפרה. ראו למשל: Anthony T. Kronman "Specific Performance" 45 *U. Chi. L. Rev.* (1978) 351, Pts. I & II המצוטטים בהערה 148. כוכור, לא אלה הם המקרים הטיפוסיים בחיי המסחר. הדברים האמורים בטקסט מכוונים למקרים שאין מדובר בהם בנכס "מיוחד", שהם כאמור המאפיינים את התחום המסחרי.

190 כגון הכלל הפוטר במצבי סיכול, או הכלל – שאומץ לאחרונה במשפטנו – המכיר בהגנה של אשם תורם גם במצבים חוזיים. כללים מרככים כאלה, המעבירים סיכונים מסוימים מהמבטיח לנבטח, מאפיינים במידה רבה את דיני החוזים המודרניים. לדיון כללי בירידה של תפיסת האחריות החוזית כאחריות מוחלטת ולהתייחסות מיוחדת להגנת האשם התורם, ראו אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (טרם פורסם). הטקסט הקלסי שהצביע על מגמת הריכוך של האחריות החוזית במאה העשרים הוא: Patrick S. Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979) Pt. III.

גם סייגים ותנאים הנקבעים בהסכמת הצדדים עצמם ייבחנו (לכל הפחות) בקפדנות. במילים אחרות: שיקול-נגד זה פוגע בצדדים הישירים לחוזה – בכך שהוא קובע חזקה בדבר מוחלטות חיוביהם שאינה בהכרח לטעמם, ואשר הסתייה ממנה (אם היא תתאפשר כלל) מחייבת אותם לעלויות נוספות – וכל זאת בשם אי-ההבנה של צדדים שלישיים. פגיעה זו פסולה כאמור מנקודת-המבט של הטעמים שבבסיס הערך של קיום ההבטחה עצמו: בגרסתה הקיצונית, היא מאפשרת לפרטים להיכנס ביניהם רק לחושים של כבילה עצמית מוחלטת, משמע, היא מותירה להם רק את חלופות הפעולה של היעדר חיוב או של חיוב מוחלט, ושוללת את מגוון החלופות העצום הקיים בין שני קטבים אלה; בגרסה מתונה יותר, היא מייקרת את רוב החלופות (כולן פרט לשתי אפשרויות הקצה דלעיל), ובכך מצמצמת את המגוון של חלופות הפעולה האפקטיביות העומדות לפני הפרטים בחברה, תוך פגיעה בערך המוסרי הבסיסי הטבוע במוסד ההבטחה, דהיינו, היותו אמצעי להרחבת האוטונומיה האישית. זאת ועוד, גם אם נתמקד בעניינם של אלה המבינים כיום את מוסד החוזה באופן דיכוטומי, אין זה ראוי ליתן להבנתם זו משקל מכריע; נהפוך הוא: ראוי דווקא שהדין יתנער מהבנה (דלה) זו של מושג החוזה, וימריץ בכך את אלה הלוקים בה להבין את המורכבות הפוטנציאלית של חלוקת הסיכונים והסיכויים בחוזה;¹⁹¹ גישה כזו תביא לידי כך שגם הם יוכלו להרחיב את המגוון של חלופות הפעולה שתפיסה מורכבת של מוסד החוזה מאפשרת, ובכך היא תשרת את הטעמים שבבסיס תפיסת ההבטחה כחוזה.

לסיכום, למרות הנסיונות לקשר את הערך של קיום הבטחות עם הכללים הראויים של ברירת מחדל, איני סבור שניתן לבסס קשר כזה. בעיני, אין בערך של קיום הבטחות כל הנחיה באשר לתוכן ההבטחה; כפוף לכלל הפוטר את המבטיח בכל מצב שהוא, אותו ישלול הערך של קיום הבטחות, ערך זה אדיש לברירות המחדל שהדין קובע. כל כלל אחר מתאים לערך של קיום הבטחות באותה מידה, שהרי כל שמכתיב ערך זה הוא קיום קפדני של הצירוף של לשון ההבטחה ואותם כללים משפטיים שהם חלק מהקונוונציה של קיום הבטחות.

ו. תוס'לב

גם הנורמה המלכותית של דיני החוזה – החובה לקיים חוזה בתוס'לב¹⁹² – הועלתה על-ידי חסידי הכלל המקנה לנפגע את פירות ההפרה כתשתית ערכית להלכה זו. ההלכה החדשנית שנקבעה בעניין אדרס מעוגנת, בין השאר, בחובת תוס'הלב. "הכלל הוא שיש

191 האמור בטקסט מניח שההבנה הדיכוטומית של מושג החוזה אינה טבעית יותר מן ההבנה המורכבת יותר שלו, וכי לפיכך, אין כל קושי מיוחד בהשרשת הבנה מורכבת כאמור. למלאכותיות של מושג ההבטחה ראו למשל: Atiyah, *supra* note 164, at p. 27; Schwartz, *supra* note 181, at pp. 49–50.

192 ראו סעיף 39 לחוק החוזה (חלק כללי), תשל"ג–1973, ס"ח 118.

לבצע חוזה בתום-לב, מסביר בית-המשפט, "כאשר הדגש הוא על התנהגותו הראויה של בעל דין לחוזה, למען ינהג ב'אמונה' עם רעהו שעמו התקשר". מכאן עולה כי "מי שדורש מצד לחוזה להתנהג בתום-לב לא יתייחס בסלחנות לצד אשר יפר חוזה ממניעים של רצון קוניוקטורלי להתעשר על חשבון הצד האחר".¹⁹³ בפרק זה ברצוני לברר את המעבר, המשתמע מדברים אלה, מחובת תום-הלב לסעד הכספי הראוי בגין הפרת חוזה.¹⁹⁴

1. תום-לב כדאגה לזולת

מנחם מאוטנר הציע לאחרונה להבין את חובת תום-הלב כחובת אלטרואיסטית. ביסוד פעולתה של נורמת תום-הלב, מציין מאוטנר, מצויה הנחה כי היחס המשפטי שבין שני בני-אדם נשלט על-ידי נורמה מסוימת – בהקשר שלנו, נורמה חוזית – היוצרת יחסי חובה וזכות בין הצדדים. חובת תום-הלב חלה על נורמה זו בהגדילה את היקף החיוב המוטל על החייב או בצמצמה את היקף הזכות העומדת לנושה. לשון אחרת: נורמת תום-הלב מחייבת את הצד שכנגד "לפעול להגנת אינטרס של הצד האחר מעבר למה שקבוע בנורמה המסדירה את יחסו עם אותו צד. משמע: בהפעילם את חובת תום-הלב, מחילים בתי-המשפט חובה של התנהגות אלטרואיסטית".¹⁹⁵

גישה זו, המהווה את נקודת-המוצא לדיון שלהלן, מפרשת את המטרה (והמשמעות) של חובת תום-הלב במונחים של "אלטרואיזם ממוסד".¹⁹⁶ במילים אחרות: המושג המשפטי של

193 עניין אדרס, לעיל הערה 5, בע' 237 (דברי השופט ש' לוי). ראו גם דברי השופט ברק, שם, בע' 279, והשופט בך, שם, בע' 283.

194 וואת כוכור בהנחה – שנידונה בסעיף 33 – לפיה, אף-על-פי שדיני התרופות בגין הפרת חוזה ניתנים להתניה, יש בכוחם למלא את תפקידם החינוכי, שכן התניה עליהם כריכה בעלויות, ועליכן לא בהכרח תתבצע אף בנסיבות בהן הכלל בו עסקינן חורג – אך לא במידה גדולה מדי – מהעדפותיהם הראשוניות של הצדדים.

195 מאוטנר, לעיל הערה 9, בע' 58–59. מאוטנר מציע גם פרשנות נוספת – לא בהכרח חופפת – לחובת תום-הלב, ומציין שפרשנות אחרונה זו תואמת את האופן בו הבינו בתי-המשפט בישראל (ובמדינות אחרות) מושג זה. לפי פרשנות זו, "תום-לב פירושו התנהגות האמורה להביא להגשמת הציפיות הסבירות של הצד האחר מן היחס המשפטי שבו נתונים הצדדים, תוך נקיטה בהתנהגות החורגת מן הלשון, כפשוטה, של הנורמה המשפטית החולשת על קשר זה". שם, בע' 57–58. הבנת הדוקטרינה של תום-הלב כמעניקה מעמד נורמטיבי להבנות מקובלות (בלתי-כתובות) כפופה לאותם קשיים עליהם הצבעתי עת דנתי (בסעיף 3) בפנייה להבנות אלה כאל בסיס לפעילותו הנורמטיבית של בית-משפט. השוו אהרון ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 473–474 (תום-לב אינו מוגבל לציפייה הסבירה של הצדדים לחוזה, אלא נקבע על-פי תחושת הצדק של צדדים, שאינם פועלים ממניעים אלטרואיסטיים באשר לראוי ולהוגן ביחסי חוזה בין בני-אדם, דהיינו, מה שנתפס כ"משחק הוגן" בין "יריבים").

196 היומרה, שאני מייחס אותה למשפט, לטפת בנו אלטרואיזם – ולא רק לעודד התנהגויות

תוס'לב נתפס לפיה כאמצעי המיועד לעודד אנשים להכיר בחשיבותו של האחר (במקרה זה: הצד האחר ליחס החוזי), להביא בחשבון את האינטרסים שלו ולדאוג לו הלכה למעשה.¹⁹⁷ ודוק: הכרה בחשיבותו של האחר אינה שקולה בהכרח לביטול העדיפות של ה"אני", ודאגה לאחר אינה שקולה להקדמה גורפת של ענייני אותו "אני". חובת תוס'הלב כאלטרואיזם ממוסד מכוונת למתן משקל כלשהו לענייניו של האחר, מעבר למידה המועילה מנקודת מבטו של החייב, אך לא במידה המעלימה את העדיפות שכל פרט מקנה לענייניו על אלה של האחר.¹⁹⁸

ועדיין, פרשנות זו מעמידה את חובת תוס'הלב כעוגן הנורמטיבי להבנה של היחס החוזי שהינה שונה בתכלית מן ההבנה המכשירית שלו, שהנחתה הכלכלי (למשל) מתבסס עליה.¹⁹⁹ על-פי הבנה זו – על-פי סיפור נגדי זה של דיני החוזים המודרניים – הקשר

של התחשבות בעניין הוולת – עשויה להיראות בעייתית: האם ניתן כלל לקדם אלטרואיזם – מושג המוגדר תוך שימת דגש במניע הפועל דווקא, ולא (או לא רק) בעצם ההתנהגות המיטיבה – באמצעי הכופה של המשפט? האם התערבות המשפט אינה מרוקנת התנהגויות מיטיבות כאלה – לפחות ככל שהן מונעות על-ידיה – מכל סממן אלטרואיסטי? ואם כך, מה בדיוק אלטרואיסטי בדיון האין לומר שלא תיתכן כלל חקיקה שהינה אלטרואיסטית? שהביטוי "חקיקה אלטרואיסטית" הינו דבר והיפוכו? לדיון בשאלות אלה ראו דגן, לעיל הערה 54, בע' 478-484.

197 פילוסופים התחבטו רבות בויהוי ההסברים האפשריים לחשיבות שאנו מייחסים לאלטרואיזם, ואין זה המקום להרחיב בסוגיה זו. לענייננו די להזכיר שתי דעות. דעה אחת מעגנת את הערך של אלטרואיזם ביכולתו של כל אחד מאיתנו (וואולי הצורך שלו) לבחון דברים מנקודת-מבט אובייקטיבית, חסרת משוא-פנים, קרי: להתנתק מה"אני" שלו ולראות את עצמו כאחד מבין רבים, שכולם – בדיוק כמוהו – הם בני-אדם במובן העמוק ביותר של המלה. דעה אחרת מסבירה ערך זה במושגים קומוניטריים: יש לנו צורך (קיומי) לראות את עצמנו כחלק ממכלול, להשתייך לקהילה סולידרית, להיות במובן העמוק ביותר "ביחד" עם בני-אדם אחרים; מכאן נובעת נטייתנו הטבעית לתרום לקהילה, שהיא, על-פי הגישה הקומוניטרית, חלק מאיתנו. הסברים אלה שונים מבחינות רבות; ובכל זאת, יש להם מכנה-משותף חשוב – אם גם לא-מפתיע – אחד, קרי: ההכרה בחשיבות שאנו מייחסים (או שעלינו לייחס) לאחר. ראו דגן, שם, בע' 475-476 והאסמכתאות שם.

198 ראו למשל ברק, לעיל הערה 195, בע' 473-475; Daniel Friedmann "Good Faith and Remedies for Breach of Contract" *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford, Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., 1995) 399, 400.

199 מהפכניותה של ההבנה החלופית של היחס החוזי מתבטאת בכך שהיא אינה מסתפקת בהכרה בקיומם של חיובים אלטרואיסטיים (שאנשים לא נטלו על עצמם מרצונם), אלא עומדת על-כך שחיובים כאלה נמצאים בליבו של הקשר החוזי (ולא בחיובים נזיקיים או אחרים הסובבים אותו). בכך ההבנה החלופית מאיימת על המסר האידיאולוגי (השמרני) של דיני החוזים המקובלים. ראו: Hugh Collins "The Transformation Thesis and the

החוזי נתפס (גם בהקשר המסחרי) לא רק כתחרות או כאמצעי להקצאת סיכונים ולהפקה חסרת רגשות של עושר; המסגרת החוזית מובנת (במידה מסוימת) גם כאתר של שיתוף-פעולה והרמוניה (כמעין קהילייה פרטית), שהצדדים לו מחויבים להגן זה על זה ולדאוג זה לזה, ושחובותיהם ההדדיות גובעות מהסולידריות (היחסית) ומהאמון ההדדי שראוי כי ישררו ביניהם, ותורגות לפיכך מאותם חייבים שהם נטלו על עצמם כמפורש.²⁰⁰ תפיסה כזו של הקשר החוזי מציבה בליבם של דיני החוזים את הערך של דאגה לזולת, אשר נראה זר להטיה האינדיווידואליסטית שהתבנה המכשירית של היחס החוזי מעוגנת עליה, סביבה נסב הדיון בפרקים הקודמים. תפיסה זו מצדיקה, באופן קונקרטי יותר, את המסקנות הנגזרות מהטלת התובה לדאוג לבן-הזוג החוזי, קרי: שיתופו ביתרונות (הבלתי-צפויים) והשתתפות עימו בקשיים (הבלתי-צפויים) שמתגלים במהלך חייו של הקשר החוזי איתו.²⁰¹

Ascription of Contractual Responsibility" Perspectives of Critical Contract Law (Thomas Wilhelmsson ed., 1993) 293, 302. ייתכן שזו הסיבה להתנגדות הנחרצת להפעלה כזו של חובת תום-הלב מצד אלה התופסים את היחס החוזי כמושגים מכשיריים גרידא. (ראו למשל: Mark Snyderman "What's So Good About Good Faith? The Good Faith Performance Obligation in Commercial Lending" 55 *U. Chi. L. Rev.* 1335 (1988)). גם כאשר ערכים של שיתוף ודאגה לאינטרסים של הצד האחר לחוזה מופיעים בכתובה המסורתית על דיני חוזים, הם מופעלים רק אם (וככל ש-) הם משרתים את האינטרסים העצמיים של השחקנים הבודדים, ברומה לאופן בו הוצגו ערכים אלה לעיל, טקסט ליד הערות 50-53 (ראו למשל: Clayton P. Gillette "Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks" 19 *J. Legal Stud.* (1990) 535).

200 במילים אחרות, הסיפור הנגדי מנסה לעמעם את ההבחנה החדה בין חוזה (תחרותי) לבין קהילה (סולידרית). לשם כך עליו לפתח אמות-מידה שיעזרו במיקום היחסים החוזיים שמדובר בהם על-פני הרצף האמור. בהקשר זה ניתן לפנות להבנה העצמית (המפורשת או המשתמעת) של הצדדים המעורבים, ליחסי הכוח, האמון, התלות והפגיעות ביניהם, ולאופי המתמשך של היחסים שמדובר בהם.

201 אין זה מפתיע למצוא את הסיפור הנגדי השיתופי של דיני החוזים בכתביהם של כותבים ביקורתיים בעלי הטיה קומוניטרית. ראו למשל: Unger, *supra* note 55, at pp. 632, 639, 641-642, 644; Collins, *supra* note 199, at pp. 306-307; Feinman, *supra* note 55, at pp. 842-843. אך הדגשת השיתוף כערך ראוי - אם כי בעל היקף פעולה מוגבל בהרבה מזה הנזכר בטקסט - בדיני חוזים, והצבעה על האפשרות להצדיק את כוחן הכופה של הכטחות ביחסים המיוחדים הנוצרים בין מבטיח לנבטח, אינן נעדרות גם מכתביהם של כותבים ליברליים. ראו למשל: Fried, *supra* note 155, at pp. 70-73, 88-91; Raz, *supra* note 166, at pp. 227-228. חובת צד לחוזה לשותף-פעולה עם הצד שכנגד כבסיס להגנה של אשם תורם בדיני חוזים, ראו אריאל פורת "הגנת אשם תורם למפר חוזה - אימתי?" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 103, 118-121.

2. כלל אדרס ודאגה לזולת

יש הגורסים כי הבנה כזו של חובת תום-הלב מהווה עוגן ראוי לכלל אדרס. לטענתם, כאשר ההודמנות נקריית למבטיח למכור את המשאב נשוא החוזה לצד שלישי המוכן לשלם בעדו יותר מהנבטח, ראוי שהמבטיח ייצור קשר עם הנבטח, יברר אם יתרונות המכירה לצד השלישי אכן עולים על הנזקים הצפויים מכך לנבטח, ואם אכן מדובר בשינוי יעיל של תוכניתם המקורית של הצדדים (כפי שהותוותה בחוזה), יחלוק עם הנבטח את העודף שעתיד לנבוע מההעברה לצד השלישי בניגוד לחוזה עימו.²⁰² אכן, אם ברצוננו להתנתק מן ההבנה המכשירית של היחס החוזי לטובת ראייתו כקשר של שיתוף-פעולה בינאישית, שכל צד מביא בו בחשבון גם את ענייניו של האחר ומשתף אותו ביתרונות הבלתי-צפויים שעתידים ליפול לידיו בקשר עם נשוא החוזה, כי אז איננו יכולים לקבל נורמה של "יותר להפך, ורק אחר-כך (אם בכלל) לדבר";²⁰³ במילים אחרות, איננו יכולים לקבל את הכלל המסורתי, שבניגוד לכלל אדרס, מכשיר (במשתמע) פעולה חד-צדדית של המבטיח ומאפשר לו להתעלם מהנבטח ולקדם את ענייניו כאילו לא יצר עימו – עובר לגילוי ההודמנות – יחסים משפטיים מיוחדים. כלל המכשיר את ניצול ההודמנות שנקרתה למבטיח מבלי לחלוק את פירותיה עם הנבטח סותר את התפיסה לפיה פרוץ הקשר החוזי מסמל את שינוי היחס בין הצדדים מ"זרים" ל"מעין-שותפים". מנגד, התנהגות חוזית ראויה מחייבת בירור בטרם הפרה ושיתוף הצד השני ברווחים המופקים מאי-קיום החוזה; כלל אדרס, המונע את המבטיח מלנתק באופן חד-צדדי את המחויבות החוזית, וממריץ את המבטיח שמצא הודמנות לשאת-זולתת עם הנבטח על-מנת להגיע להסדר שישיב את רצון שניהם, נתפס לפיכך ככלל מקדם-תום-לב.²⁰⁴

בשולי הדברים כדאי לציין כי ההבנה ההלופית של היחס החוזי הנזכרת בטקסט אינה הסיפור הנגדי היחיד שכותבים ביקורתיים מקדמים. קיימים שני סיפורים נגדיים נוספים (שאינם רלוונטיים לענייננו): על-פי האחד, על דיני החוזים להפסיק לחשוב על נשואיהם במונחים מופשטים, למקם אותם כפרטים בקטיגוריות החברתיות המיוחדות שהם משתייכים אליהן ולקבוע את הנורמות שיחולו עליהם על-סמך אפיוניהם המיוחדים כעובדים, צרכנים או דיירים. על-פי האחר, על דיני החוזים לקדם במוצהר מטרות של צדק חלוקתי. ראו: Collins, *supra* note 199, at p. 294. לסקירת המגמות הלא-אינדיווידואליסטיות בריני החוזים המודרניים, ראו זמיר, לעיל הערה 57, בסעיף 3.

202 ראו בדומה לכך: Kennedy, *supra* note 117, at p. 1734 (התפיסה הרואה בפיצוי חלופה לביצוע היא תפיסה אינדיווידואליסטית, המציבה גבולות בפני יכולתה של המערכת המשפטית לאכוף חובות אלטרואיטיות. לפי תפיסה זו, למפר אין כל חובה לחלוק עם הנפגע את הסכום העודף שהפיק מן ההפרה מעל לסכום הפיצוי שעליו לשלם לנפגע; מרגע ששילם את פיצויי הציפייה, כל הרווחים העודפים הולכים לכיסו).

203 ראו: Ian R. Macneil "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky" 68 *Va. L. Rev.* (1982) 947, 968–969.

204 ראו: Trebilcock, *supra* note 27, at p. 142.

אך נראה שניתן – לפחות על פני הדברים – לפתח גם נימוק הפוך, קרי: סיעון המסביר מדוע תפיסת הקשר החוזי כאתר של התחשבות הדדית מחייבת דווקא את דחייתו של כלל אדרס. הבנה כזו של החוזה צריכה לראות בהתנהגות נבטח העומד בעקשנות על קיום החוזה כלפיו אף-על-פי שלא יפגע מאי-קיומו, בעוד שהמבטיח יפסיד מביצוע החוזה את ההודמנות שנקרתה לו, עמידה בלתי-ראויה על זכויות,²⁰⁵ אשר הינה בתורה התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם חובת תום-הלב, המחייבת לדאוג לאינטרס של הצד האחר גם במחיר פגיעה מסוימת בזכויות קיימות.²⁰⁶ לפי גישה זו, כל פועלם של כלל אדרס ושל אמצעים דומים המהדקים את הקשר החוזי הוא חלוקתי.²⁰⁷ הם אינם מקדמים שיתוף בין הצדדים; נהפוך הוא: כללים כאלה מקנים לנבטח כוח מיקוח מול המבטיח המנסה להשתחרר מהחוזה על-מנת לנצל את ההודמנות שאיתר.²⁰⁸ בכך הם מעודדים נבטחים לסחוט ממבטיחים "דמיי-שחרור" גבוהים ככל האפשר כתנאי לכך שיבצעו את מה שמייטיב עימם מבלי שהוא פוגע באתר (שיפוצה, הרי, כגובה אינטרס הציפייה שלו).²⁰⁹ האומנם

205 השוו רע"א 1233/91 ג'רבי נ' בן-דוד, פ"ד מה(5) 661. ודוק: אפילו בהקשר של זכויות במקרקעין, הדין הישראלי קובע שאין בקיומה של זכות כשלעצמה כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחר. ראו סעיף 14 לחוק המקרקעין.

206 ראו: Robert W. Gordon "Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law" (1985) *Wisc. L. Rev.* 565, 569. גם דניאל פרידמן מכיר בכך שבנסיבות מסוימות, דרישת הנבטח להשבת פירות ההפרה (או לאכיפת ההבטחה), שתוצאתה היא שלילת יתרון בלתי-צפוי בו יזכה המבטיח אם יופטר מקיום חיוביו, אינה עומדת בדרישות החובה לקיום חוזים בתום-לב. ראו: Friedmann, *supra* note 90, at pp. 525–526.

207 ראו בדומה לכך: S.M. Waddams "The Choice of Remedy for Breach of Contract" *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford, Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., 1995) 471, 481. חשוב עם-זאת להזכיר שגם ההשפעה החלוקתית קיימת רק מנקודת-מבט בדיעבדית; מלכתחילה, כללים כאלה פשוט מייקרים את הביצוע החוזי (כמבואר בסעיף בו); מכאן שמלכתחילה, השאלה אינה אם לתת לנבטחים זכות לפירות ההפרה, אלא אם למכור להם אותה. ראו: Craswell, *supra* note 43, at pp. 633–636.

208 המור מכך, כפייתם (למעשה) של הצדדים להישאר ביחסים שכבר אינם מועילים לשניהם, ובנסיבות בהן אבד מנייהסתם האמון ביניהם, עלולה אף להסלים את העוינות ביניהם. השוו: Waddams, *ibid*, at p. 479.

209 ראו: Waddams, *ibid*, at p. 474; Kronman, *supra* note 189, at p. 367. וראו בדומה לכך: Charles J. Goetz & Robert E. Scott "The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation" 69 *Va. L. Rev.* (1983) 967, 982. מקרה קיצוני המדגים את הבעייתיות הנדונה בטקסט הוא המצב בו ההודמנות שנקרתה למבטיח היא כזו (למשל, בשל הזמן המצומצם שנתן לו הצד השלישי) שאין סיפק בידו ליצור עם הנבטח קשר ולפתוח עימו במשאומתן מחודש (renegotiation) בדבר האופן בו יחלקו

ניתן לעגן כלל המאפשר לנבטח לעמוד בעקשנות על קיום החוזה כלפיו, בבחינת "אני לא חסר, אך בכל-זאת, אתה לא תהנה", בערכים של שיתוף-פעולה ודאגה לזולת?²¹⁰ ככל ששני קווי הטיעון דלעיל נראים משכנעים, הגענו, לכאורה, למבוי-סתום. מחד גיסא, חובת תום-הלב סולדת מהתנערות חד-צדדית של מבטיח מהקשר החוזי הקיים לטובת הודמנות עדיפה בלי לשתף את הנבטח (תרתי משמע, כלומר, בלי להיוועץ עימו עובר להפרה ובלי לשתף אותו ברווחיה). מאידך גיסא, אין זה סביר לבסס על חובת תום-הלב נורמה משפטית המעודדת נבטחים להתנהג באופן סחטני, לעמוד על זכות הקיום גם בנסיבות בהן הפרה משמעה "זה (המבטיח) נהנה, וזה (הנבטח) לא חסר". האומנם (גם) הערך של תום-לב, כביאורו כאן, מעורפל מכדי להנביע מסקנות דוקטרינריות? נראה לי שניתן בכל-זאת להגיע למסקנה כלשהי מחובת תום-הלב, אך מסקנה זו מחייבת אותנו להתנתק במידת-מה מהתבניות המוכרות בדיני תרופות. במילים אחרות: הטיעונים עד כאן הניחו שעל הדין למקם את הזכאות לפירות ההפרה אצל המבטיח או אצל הנבטח, והצביעו על הקשיים שמעלה כל השמה חדה כזו מנקודת-המבט של תום-לב-כשיתוף. (במחשבה שנייה, קשה להיות מופתע מכך שכל השמה חדה של פירות ההפרה הינה בעייתית מנקודת-המבט של תום-לב כשיתוף בין הצדדים לחוזה: קביעה של "הכל או לא כלום" היא אנטי-יתויה לגורמה שיתופית.) אך אלה אינן הדרכים היחידות להשמת פירות ההפרה;²¹¹ יש גם דרכים נוספות. חישבו, למשל, על נורמה משפטית

ביניהם את הרווחים שיצמחו מהעברת הנכס לצד השלישי. במקרה כזה, הטלת החובה להתדיין עם הנבטח באשר לאופן החלוקה של פירות ההפרה ביניהם עלולה לגרום שההודמנות להפקת רווחים אלה תיעלם מן העולם.

210 כפי שראינו בסעיף ד', כלל של "שליטה" (או "שליטה-ורוחה-כלכלית"), לפיו "זה נהנה וזה לא חסר" - חייב, הוא כלל אינדיוידואליסטי, המקדם את חירותו השלילית של בעל הזכאות ומתעלם מטענותיהם של צדדים אחרים (כאן - הנבטח) לחלוק עימו כל עוד אין בשיתופם כדי פגיעה באינטרס שלו. ראו בהקשר זה גם: Kronman, *supra* note 29, at p. 412 ("Is it clear that I use another person, in a way inconsistent with his moral status, by failing to keep a promise on which he has not relied? Or is he using *me* in an impermissible fashion if he insists that I have a duty to keep my promise, instead of recognizing that under the circumstances he owes me a 'duty of release'?")

לכאורה היה ניתן לטעון שהתשובה לשאלה אם הנבטח חסר תלויה בדרך ההקצאה של הזכויות על-פי דין, כך שאם הדין מוכה אותו בפירות ההפרה, אין בעמידה שלו על זכות הקיום כל מימד סחטני. אך דוק בדבר: הקצאת הזכויות אינה, בהקשר זה, "משחק-סכום" אפס: מבטיח שיידע שהזכות לפירות ההפרה שייכת לנבטח עלול לא לטרוח לאתר עסקה חלופית. לכן, כמצוין בטקסט, אימוץ כלל כזה שקול להכשרת העמדה לפיה "גם לי גם לך לא יהיה".

211 ראו בדומה לכך: Robert Cooter "Prices and Sanctions" 84 *Colum. L. Rev.* (1984) 1523, 1544.

המחלקת בדרך כלשהי (למשל, שווה בשווה) את פירות ההפרה בין המבטית לבין הנבטת.²¹² נורמה כזו אינה מקנה לנבטת זכות וטו, ועל-כן אינה חוטאת בעידוד התנהגויות סחטניות; אך בה במידה אין בה אותה התעלמות מהמחויבות שקמה לצדדים זה כלפי זה עם כניסתם לחוזה. מנגד, נורמה זו, המחלקת את פירות ההפרה בין מבטית ונבטת, משקפת את מגמת הדין – אם וככל שזו אכן מגמתו – לחייב את המבטית לדאוג לנבטת (לשתף אותו ביתרונות הבלתי-צפויים שהתגלו במהלך חייו של הקשר החוזי איתו) מבלי לפגוע במבטית יתר על המידה (מבלי לחשוף אותו לסחיטה מתבקשת כמעט מצד נבטת שחל עליו כלל אדרס).²¹³

212 הצעות לפיצול של פירות ההפרה בין הצדדים נזכרות אצל כותבים קודמים שעסקו בשאלות הזכות לפירות ההפרה. ראו: Friedmann, *supra* note 198, at pp. 411–412; Farnsworth, *supra* note 34, at p. 1366; William Goodhart "Restitutionary Damages for Breach of Contract: The Remedy that Dare Not Speak Its Name" 3 *Restitution L. Rev.* (1995) 12–13, כמו-כן ראו, כללי, לעניין הקשר בין נורמות המפצלות אחריות בין הצדדים לחוזה לבין הערכים של שיתוף-פעולה וסולידריות חוזית, פורת, לעיל הערה 190, חלק ב.

ריצ'רד או'דייר מציין שצדדים טיפוסיים לא יהיו מעוניינים (מסיבות דומות לאלה שנידונו בסעיף 22 לעיל) בכלל המחלק את פירות ההפרה ביניהם. ראו: O'Dair, *supra* note 42, at pp. 132–133. ייתכן מאוד שמסקנתו נכונה, אך פרק זה אינו מתעניין בהעדפותיהם הטיפוסיות של צדדים חוזיים, אלא באפשרות להטיל עליהם נורמות התנהגות ראויות אף אם אינן לטעמם.

213 הנורמה המוצעת בטקסט מנוסחת ככלל מדויק, להבדיל מסטנדרט עמום. עם זאת ייתכן שמבחינת השיקול של קידום הערך של תום-לב, עדיף כאן דווקא סטנדרט שיחלק את פירות ההפרה בין הצדדים על-סמך קביעה אדי-הוקית בדיעבדית של הערכאה הדנה באשר למידת התחשבותם ההדדית של הצדדים זה בזה (קרי: התנהגותם בעת המשאומתן משתגלה דבר קיומה של העסקה החלופית ומידת תרומתם לה). על פני הדברים, נורמה כזו תסייע עוד יותר מהכלל המוצע בטקסט במשומעם העצמי של הצדדים. יחד עם זאת, כמו כל סטנדרט עמום, גם הבחירה בה כרוכה בעלויות, אשר המשמעותית שביניהן בהקשרנו היא חוסר הצפיות הלכתחילית, שהצדדים המסחריים שמאמר זה עוסק בהם חרדים לה במיוחד. (דיון מקיף ביתרונות ובחסרונות של כללים וסטנדרטים חורג מהמסגרת הנוכחית; לסקירת השיקולים שהוצעו בספרות ראו חנוך דגן "דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות: לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל (אריאל רוזן-צבי עורך, תשנ"ז) 673, 723–724). יתר על-כן, גם מנקודת-המבט של קידום הדאגה לזולת ניתן לטעון שכלל ברור עדיף בהקשר הנוכחי על סטנדרט עמום. סטנדרט כזה מביא לידי כך שבמקרי מחלוקת תידרש הכרעה שיפוטית באשר לחיובי הצדדים, מה שעלול להביא במקרים רבים לידי כך שיגבר הצד שאורך הנשימה (הכלכלי) שלו ארוך יותר. מנגד ניתן לטעון שהכלל המוצע בטקסט מיועד להסיר מהצדדים פיתויים לפגוע במערכת היחסים המיוחדת אליה נכנסו (באופנים שנידונו עת נבחנו

לסיכום: אם מטרתנו היא לעודד בין צדדים לחוזה התנהגות של שיתוף-פעולה ודאגה לזולת, כי אז – להבדיל מהאמור לעיל ביחס למטרת של השרשת הערך של קיום הבטחות – יש נפקא מנה לכלל שייבחר. לשון אחר: ערכים אלה אינם אדישים לתוכן ההבטחה,²¹⁴ ועל-כן יש בהם כדי להנחותנו בעיצובן של ברירות מחדל. אך גם כאן יש להיזהר במעבר מערך מוסרי לכלל משפטי. הן כלל אדרס והן הכלל המסורתי שהוא החליף בעייתיים מנקודת-המבט של חובת תום-הלב, ודווקא נורמה שלישית – המחלקת את פירות ההפרה בין הצדדים – נראית מתאימה יותר.

ז. קוהרנטיות

על פני הדברים, הטעם האחרון בזכות הלכת אדרס – התאמתה למערך הסעדים האחרים בשיטה – הוא הפחות-תיאורטי, אך היותר-מוצק, מבין כל הטעמים שנידונו עד כאן. בפרק זה ברצוני להתמודד עם שתי הנחות לכאוריות אלה, קרי: לעמוד על חשיבותו התיאורטית של טעם זה (שאכנה אותו "טעם הקוהרנטיות"), ולערער במידה מסוימת את כוחו בהצדקת הלכת אדרס.

הכלל המסורתי המזכה את המבטיח בפירות ההפרה, מסביר בית-המשפט העליון בעניין אדרס, נובע מ"התפיסה האנגלית המסורתית, כי צד לחוזה אינו זכאי לביצוע החוזה אלא אך לפיצויים על הפרתו". ברם, "תפיסה זו אינה מקובלת עלינו בישראל"; סעד האכיפה – כפיית ביצועו של החוזה עלידי הנבטח – אינו "סעד משני ונחות", אלא "סעד ראשוני ועיקרי". מכאן, ובן מהגנת המשפט הישראלי על זכות הנבטח מפני גרם הפרת החוזה עלידי צד שלישי,²¹⁵ עולה ש"עליפי תפיסת היסוד שלנו, וכותו של הנפגע אינה רק לפיצוי על הפרת חוזה, אלא זכותו היא לאכיפת החוזה". תפיסת-יסוד זו צריכה לבוא לכלל ביטוי גם בבחירת הכלל הראוי באשר לגורלם של פירות ההפרה, והכלל שמשקף אותה הוא זה שנקבע בעניין אדרס.²¹⁶ במילים אחרות: זכותו המוחלטת של הנבטח לביצוע החוזה נלמדת מקביעת המחוקק באשר לזכותו לאכיפת החוזה, ופסיקת

הכלל המסורתי מזה וכלל אדרס מזה; למתן את ניגוד האינטרסים המתגלע ביניהם משעולה דבר קיומה של עסקה חלופית טובה יותר. בכך הכלל המוצע בטקסט מייצב את יחסיהם של הצדדים; מאפשר להם להמשיך לדאוג זה לזה, לסמוך זה על זה ולהסתמך זה על זה מבלי לחשוש מפני ניצול לרעה עלידי הצד האחר. השוו: Jeremy Waldron "When Justice Replaces Affection: The Need for Rights" *Liberal Rights* (Cambridge, 1993) 370, 373–374, 376, 385, 387; Carol M. Rose "Trust in the Mirror of Betrayal" 75 *B.U.L. Rev.* (1995) 531, 537–538, 540–541, 546, 550.

214 שכן אין הם מסתפקים בשירות רצונותיהם האינדיווידואליים של הצדדים, יהיו אשר יהיו.

215 ראו סעיף 62(א) לפקודת הנויקין [נוסח חדש], ג"ח 421.

216 ראו עניין אדרס, לעיל הערה 5, בע' 237, 276, 279.

בית-המשפט בעניין אדרס מהווה רק שיקוף או גילוי נוסף של הקצאה סטטוטורית זו של זכויות הצדדים; היא נובעת – אולי אפילו מתחייבת – מקביעותיו של המחוקק.²¹⁷ עלי-מנת לבחון מהלך זה ולברר את כוח השכנוע שלו, אפתח פרק זה בהצגה בסיסית של הטעמים שמציעה הספרות העיונית לשאיפה לקוהרנטיות במשפט. אתמקד בשני טעמים עיקריים: שאיפת המשפט לדבר בקול נורמטיבי אחד, או למצער, תוך התבססות על טעם נורמטיבי ראוי המנחה את התחום שמדובר בו; והצורך בתיאום (או לפחות בהיעדר סתירה) בין הכללים המשפטיים השונים החלים על אותו מצב עובדתי. (כמו בפרקים קודמים, אציג גם כאן טעמים אלה מבלי לנסות לערער על רציותם, על-מנת להתמקד בסוגיית ההפעלה הראויה של טעם הקוהרנטיות.) שני הטעמים האמורים מחייבים, כפי שנראה, לבחון את השאלה אם ראוי לגזור את הכלל המקנה לנבטח את פירות ההפרה ממעמדה המועדף של תרופת האכיפה, בדרכים שונות. דרכים אלה, בתורן, מציעות תשובות שונות – ולא בהכרח חיוביות – לשאלה שזה עתה הצגתי.

1. שני סוגים של קוהרנטיות

אלון הראל הכליל לאחרונה את האופן שפילוסופים של המשפט מתייחסים בו למושג הקוהרנטיות.²¹⁸ יחס של קוהרנטיות (או התאמה), מסביר הראל, הוא יחס של "תמיכה הדדית";²¹⁹ הטוען שיש לאמץ כלל או עיקרון מסוים מטעמי קוהרנטיות מתכוון אם-כן לומר כי הנורמה שהוא מציע ראויה מפני (ובכלל) שהיא זוכה בתמיכה (על דרך הדדוקציה, האינדוקציה, האנלוגיה וכיוצא בהם) מכללים או עקרונות אחרים בשיטה המשפטית. עלי-מנת שיוכה טעם הקוהרנטיות בכוח שכנועי, על חסירי ההיזקקות לו להראות מדוע בחירה בטענה משפטית הזוכה בתמיכה רבה יחסית ממרכיבים אחרים בשיטה עדיפה על בחירה בטענה מתחרה לה שמידת התמיכה שהיא זוכה בה נמוכה יותר.²²⁰ התומך החשוב

217 טיעון דומה לכאורה יצדיק את הלכת אדרס בכך שהצדדים לה לא התנו על סעד האכיפה, ואי-התניה זו עשויה ללמד על רצונם שהזכאות לפירות ההפרה תהיה שייכת לנבטח. טיעון זה אינו משכנע הואיל וייתכן בהחלט, כפי שאסביר בסעיף 21, שצדדים טיפוסיים מעוניינים בראשוניות של סעד האכיפה, אך אינם מעוניינים בכלל אדרס.

218 ראו אלון הראל "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 387, פרק ב. ראוי לשים-לב לכך שאני משתמש בהגדרתו של הראל לצורך אפיונה של חשיבה משפטית וטיעון משפטי קוהרנטיסטיים, ואיני מתייחס כאן למעמדן של טענות קוהרנטיסטיות בהקשר של טבע המשפט או של טבעה של תקפות משפטית. כמו-כן, אני מציג את מה שהוא מכנה "תיאוריה חלשה" של קוהרנטיות, קרי: כזו הרואה בקוהרנטיות גורם אחד – לאו דווקא היחיד – בהכרעה המשפטית.

219 לגרסות נוקשות יותר וגמישות יותר לאפיון של יחס הקוהרנטיות ראו למשל: J.M. Balkin "Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence" 103 Yale L. J. (1993) 105, 116–117.

220 בהיעדר הסבר משכנע כזה, מתחזקות טענות – כמו זו של ג'ק בלקין – המסבירות את

ביותר בהיזקקות לטעם הקוהרנטיות הוא רונלד דבורקין,²²¹ והביקורת החשובה ביותר שהוטחה בהישענות חזקה מדי על טעם הקוהרנטיות היא של יוסף רו.²²² התיאוריה של דבורקין והביקורת של רו היגן מתוחכמות ורבות-פנים, ואין באפשרותי לבחון אותן כאן בפירוט כלשהו. מטרתי בהתייחסות (החלקית מאוד) אליהן בשורות הבאות מצומצמת בהרבה: לנצל אותן כדי להציג שני סוגים של תשובות לשאלת המעמד הנורמטיבי של טעם הקוהרנטיות.²²³

דבורקין מכנה את התיאוריה שלו על המשפט *Law as Integrity*.²²⁴ כפל המשמעות של הביטוי Integrity הינו מכוון. באמצעותו, שמה של התיאוריה מייצג הן את המאפיין הבולט בעיניו של דבורקין בפעילות המשפטית והן את האידאל הפוליטי שמשפט המתאפיין כך ניהן בו. המשפט מתאפיין, על-פי דבורקין, בכך שכל הכרעה משפטית קונקרטית מושפעת ממכלול החומר המשפטי הקיים במועד נתינתה, אפיון שמכיל בחובו, כפי שנראה מייד, מרכיב חשוב של קוהרנטיות. פעילות שיפוטית המנוהלת כך הינה ראויה – יותר מכך: היא מציגה את הפרקטיקה המשפטית במיטבה²²⁵ – משום שהיא מספקת את ההצדקה הטובה ביותר לכוח הכופה שהמשפט מפעיל כלפי הכפופים לו; משום שהיא תורמת להפיכתה של המדינה לסוג מיוחד של קהילה, אשר "מדברת בקול אחד" (כיושר אישי), ועל-כן ראויה מוסרית לנאמנות (דהיינו, לציות) של נמעניה.

דבורקין סבור שהנימוק המשכנע ביותר לחובת הנאמנות שלנו למשפט מצוי במושגים של אחווה וקהילה ובחובות הנגזרות ממושגים אלה. אך אזרחים בחברת ההמונים

היזקקותם של משפטים לטעם הקוהרנטיות בפסיכולוגיה של הסובייקט והשופט, עורך-הדין, איש-האקדמיה. ראו: Balkin, *ibid.*, at chs. IV, VI.

221 ראו: Dworkin, *supra* note 78. אעיר כי הגדרות נוקשות יותר של יחס הקוהרנטיות וכן פרשנויות שונות לתיאוריית המשפט של דבורקין לא יתארו אותה כלל כתיאוריה של קוהרנטיות. ראו: Joseph Raz "The Relevance of Coherence" *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (1994) 261, at App. לא ישרתו את הדיון הנוכחי, ועל-כן איני בוחן אותן כאן.

222 Raz, *ibid.*

223 כפי שנרמז בטקסט, הצגת הביקורת של רו על היזקקות רחבה לטעם הקוהרנטיות אינה מכוונת לפתח דיון ביקורתי ברציותו של טעם זה, אלא רק להוביל את הדיון לביאור הנורמטיבי השני של טעם הקוהרנטיות. דיון ביקורתי בטעם הקוהרנטיות, כמו בטעמים הקודמים שנידונו בפרקים הקודמים, חורג ממסגרת הדיון הנוכחי.

224 ראו: Dworkin, *supra* note 78, at pp. 164–258.

225 לגישתו של דבורקין, שחקן המפרש פרקטיקה חברתית שהוא שותף לה עושה כן על-ידי כפיית מטרה על פרקטיקה זו, באופן שיעמיד אותה באור הטיב ביותר האפשרי, שיציג אותה כדוגמה הטובה ביותר של הווי-היה שייכת לו. ודוק: אין לפרשן החברתי "כרטיס פתוח" באופן הבנתו את הפרקטיקה המתפרשת. הפרשן מנסה לאתר את הפרשנות שתציג אותה במיטבה בהתחשב בהיסטוריה של אותה פרקטיקה ובאופן שהיא מתנהלת בו הלכה למעשה. ראו: Dworkin, *ibid.*, at pp. 52–53.

המודרנית הינם זרים זה לזה, ועליכן יכולים לראות עצמם כבני אותה קהילה, החבים זה לזה חובות של אחווה, רק אם גורלותיהם קשורים זה לזה בהיותם נשלטים על-ידי עקרונות משותפים.²²⁶ במילים אחרות: מחויבותנו למשפט נובעת, לגישתו, מהיותו המערכת הנורמטיבית שלנו, מרכיב מכונן של הקהילה הפוליטית שאנו משתייכים אליה; וכדי שהמשפט אכן ייחשב אצלנו לכוזה, עליו לפעול על-סמך אוסף קוהרנטי אחד של טעמים,²²⁷ שהכללים המשפטיים החלים על כולנו נובעים ממנו.

הפעילות השיפוטית הנגזרת מהשקפה זו מפרשת פרקטיקות משפטיות קיימות כאילו היו חלק מסיפור פוליטי מתמשך, שנכתב על-ידי יוצר אחד – הקהילה המואנשת – ומבטא תפיסה קוהרנטית של צדק והגינות. עליכן, טענות משפטיות ייחשבו לפיה לנכונות אם ורק אם הן נובעות מאותו אוסף של טעמים המפרש באופן המיטבי – כלומר, הצודק או הראוי ביותר – את הפרקטיקה המשפטית הנוהגת בכללותה. במילים אחרות: כל אימת ששופט ניגש להכריע – קרי: לכתוב את הפרק הכא בסיפור המשפטי הקולקטיבי שהוא משתתף ביצירתו – עליו לגזור את הכרעתו מאותו אוסף של ערכים העומד באופן המיטבי בשתי אמות-מידה:²²⁸ (א) קוהרנטיות או התאמה (*fit*) של הערכים לאוסף הרחב של הכרעות נורמטיביות קודמות – חקוקות או פסוקות – הנאכפות בשיטה;²²⁹

226 דבורקין עומד על-כך שגם כאשר אנו חלוקים בסוגיה פלוגית – ואורחים בחברה המודרנית חלוקים ביניהם בשאלות ערכיות רבות – אנו מעדיפים גישה המוצאת נקודת איוון עקרונית כלשהי בין העמדות השונות בחברה ומחילה אותה ביחס לכלל פרטיה, ולא פשרות בסגנון "משפט שלמה", לפיהן כל עבדה מקבלת באופן שרירותי נתח מהעוגה, קרי: מופעלת על מגזר שרירותי של האזרחים או הפעילויות בחברה.

227 דבורקין מבהין בהקשר זה בין עקרונות (*principles*) לבין קווי מדיניות (*policies*), כאשר לגישתו, בדיקת הקוהרנטיות נעשית בהתייחס לעקרונות השיטה בלבד, בעוד שעיקרי המדיניות ממלאים תפקיד מצומצם בהרבה בפעילות השיפוטית (בפרשנות חוקים). ההבחנה המושגית והנורמטיבית בין עקרונות ועיקרי מדיניות אינה נקייה מקשיים, ולצורך הטיעון הנוכחי, אתעלם ממנה. ראו בדומה: Balkin, *supra* note 219, at pp. 116–117, n. 23.

228 נראה שדבורקין אינו רואה באמות-המידה שהוא מציג שני שלבים פרשניים, אלא שני היבטים של השאלה הפרשנית, דהיינו, שאוסף הערכים הנבחר צריך להגיע ל"ציון משוקלל" מידבי בשתי החזיתות. דבורקין אינו מתיימר לומר מהו השקלול הראוי, אך הוא מציין מפורשות כי דרישת ההתאמה מהווה "מבחן-סף", שאי-עמידה בו פוסלת חלופה מניה וביה. (ניתן להתווכח על גובה הסף, אך אי-ההכרה בקיומו אינה לגיטימית לגבי מי שמתיימר לפרש את הפרקטיקה המשפטית.) על חוסר היכולת בהסתפקות במימד ההתאמה, קרי: על הכרחיות הפנייה לדיון נורמטיבי, בכל תיאורית קוהרנטיסטית ראו: Balkin, *ibid*, at ch. II.C.

229 עם זאת, דבורקין אינו דורש שעובר לכל הכרעה והכרעה, יערוך השופט ניתוח ערכי כזה לגבי המערכת המשפטית בכללותה; הוא מכיר בכך שהפרקטיקה השיפוטית כוללת דוקטרינה שהוא מכנה "עריפות מקומית" (*Local Priority*): הכרעות השופט באשר

(ב) הצדקה (*justification*), דהיינו, שיפוט ערכי של אותן פרשנויות מתחרות שכולן מתאימות פחות או יותר ל"סיפור המשפטי" הקיים, ובחירה באותה פרשנות המציגה סיפור זה באור הנורמטיבי המיטבי.²³⁰

יוסף רו חולק על האטרקטיביות הנורמטיבית של שיפוט השואף לקוהרנטיות.²³¹ רו מעמת את הפנייה לקוהרנטיות עם רגישות פלורליסטית, ומעדיף את האחרונה. מחד גיסא, אין זה חשוב שהמשפט שלנו יהיה קוהרנטי, שכן, לגישת רו, אין זה ברור כלל ועיקר שהמשפט הינו מרכיב מכונן של הקהילה, ועל-כן, משפט שאינו דובר בקול אחד אינו פוגם בערך של תברותנו בקהילה (וחובת הציות שלנו לחוק מעוגנת לגישתו בטעמים אחרים). מאידך גיסא, נראה שבחברה המודרנית, אנשים מעדיפים דווקא מערכות נורמות בדרגת קוהרנטיות פחותה מזו שדבורקין צופה. הסיבה להעדפה זו נעוצה בכך שמערכת ערכינו המוסריים אינה מוניסטית, כלומר, אינה מבוססת על ערך מוסרי אחד שכל שאר ערכינו וה"טובים" שבחיינו נגזרים ממנו. נהפוך הוא, רו סבור שהמוסר מכיל אוסף של ערכים שאינם גובעים זה מזה או תומכים זה בזה או אפילו ניתנים להשוואה – ועל-כן, לאיוון אחד שהוא "נכון" – זה ביחס לזה.²³² לפיכך, אין זה בלתי-סביר לאמץ גם במשפט אוסף כזה של עקרונות, ודוקטרינות משפטיות הנגזרות מהם.

למימד ההתאמה מתייחסות לסדרה של מעגלים קו-צנטריים מתרחבים, שבמרכזם המקרה שלפניו, כאשר המשקל הניתן להתאמה (או לאי-התאמה) במעגל פנימי גבוה מזה הניתן לתופעה דומה במעגל חיצוני. דבורקין מכיר במתח שבין הקטיגוריוזיה המשפטית הנובעת מדוקטרינת העדיפות המקומית – המעגלים שהוא מתאר מוכתבים על-ידי האופן של חלוקת המשפט לתחומים ולתתי-תחומים – מזה לבין הגישה הבסיסית של *Law as Integrity*, השואפת לקוהרנטיות גלובלית, מזה. יחד עם זאת, לגישתו, כל עוד קיימות סיבות ערכיות לפיצול תחומי המשפט – כל עוד, למשל, ההבחנה בין סוגי האחריות השונים המוטלים על בני-אדם בענפי המשפט השונים אינה מכנית ושרירותית, אלא היא מעוגנת בתפיסות מוסר רווחות בחברה – ראוי שגם השופט יכבד אותה, ומכאן הטעם שבבסיס הדוקטרינה של העדיפות המקומית.

230 בגדרה של אמת-המידה של הצדקה, דבורקין מבחין בין שני סוגי שיקולים: שיקולי "צדק מהותי" ושיקולי "הגינות", קרי: היזקקות – המונעת על-ידי כבוד לתיאוריה הדמוקרטית – לדעות הנורמטיביות של רוב נמעני המשפט. דבורקין אינו מכריע בין שני "מבחנים" אלה, ומציין (בצדק) שגם ההכרעה או הבחירה של נקודת האיוון הראויה ביניהם כרוכה בהכרעה ערכית. (אעיר כי דבורקין מוסיף ומציין שהאיוון עשוי להיות שונה בין תחומי המשפט השונים: בתחומי המשפט החוקתי יועדף "צדק"; בתחומי המשפט הפרטי – "הגינות". כשלעצמי, אני מסופק אם ניתן כזה בין ערכי-היסוד של תחומים בסיסיים אלה אכן אפשרי או רצוי. ראו דגן, לעיל הערה 122, בסעיף ב3).

231 ראו: Raz, *supra* note 221, at pp. 281–282, 291–304.

232 אין זה רק שעמדותינו באשר לשאלות מוסר הינן חלוקות בנקודות רבות; חלק ממחלוקות אלה נובעות מכך שלא קיימת "תשובה אחת נכונה", שאנו מאמינים כי ייתכנו תשובות אחדות שלא ניתן להכריע ביניהן, אלא רק להעדיף את האחת על האחרת.

יתרה מזאת, בעולמנו הבלתי־מושלם – שערכים רבים בו מתחרים ואינם בני־השוואה – דיבור בקול אחד מניב עריצות, שכן הוא מעצים את כוחו של איוון מסוים בין אותם ערכים; מנגד, דווקא פשרות פוליטיות שאינן מעוגנות בשיקולים שבעיקרון, ואשר נחשבות לפיכך למגונות על־ידי חסידי דיבור המשפט בקול אחד, הן תדירות המפתח לחיינו הקיבוציים (ולפיכך אין צורך לנסות להמעיט מחשיבותן או ליפות את השפעת הפוליטיקה על המשפט). אומנם, שופטים אינם צריכים לעסוק בסוג זה של פשרות פוליטיות; ברם, לגישתו של רו, בעולם שהמוסר בו הוא פלורליסטי, אין בעצם העובדה שפתרון משפטי פלוני אינו קוהרנטי עם המערכת כמכלול כדי להוות נימוק בעל משקל חזק כנגדו (כלומר, אין בו כשלעצמו כדי להצדיק אימוץ אותו פתרון אם פתרון זה אינו ראוי לגופו של עניין).

ועם זאת, רו אינו סבור שלקוהרנטיות אין כל תפקיד במשפט, אלא שהקוהרנטיות שהוא מדבר עליה אינה גלובלית, אלא מקומית ומוגבלת. לענייננו, חשוב להזכיר את שתי קטיגוריות המקרים בהן יש, לגישתו של רו, ערך בקיומה של קוהרנטיות מקומית. ראשית, רו מכיר בכך שסביר כי במערכת המשפטית ימצאו "כיסים של קוהרנטיות" הנובעים מקיומם של תחומי משפט (או דוקטרינות משפטיות) שעיקרון מוסרי מסוים דווקא (או איוון מסוים בין עקרונות כאמור) זכאי בהם לתחולה בלעדית (כלומר: מצבים שקיימת בהם תשובה מוסרית נכונה אחת). שנית, רו מציין כי יש מקרים שקיימים בהם פתרונות אחרים שכולם עולים בקנה אחד עם מערכת מוסר ראויה, ואשר הבחירה ביניהם היא עניין של תיאום חברתי גרידא, דהיינו, בחירה שאינה מונחת על־ידי שיקולים ערכיים. (תופעה זו היא תוצאה של היות המוסר פלורליסטי.) במקרים כאלה יש חשיבות לדבוק בפתרון פלוני מרגע שאומץ פתרון כזה, וזאת עקב היתרונות של ודאות, יציבות ויעילות בהפעלה. בדומה לכך, ראוי לעיתים לאמץ פתרון שהינו קוהרנטי עם שאר ההסדרים בתחום, אף אם קיים פתרון אחר שהינו עדיף עליו נורמטיבית, בשל המגבלות המוסדיות של הרשות השופטת, שאינה יכולה לבצע רפורמות מקיפות בשיטה.

שתי קטיגוריות אלה שונות מאוד זו מזו. הקטיגוריה האחרונה פונה, ככל הנראה, לקוהרנטיות בין הכללים המשפטיים; ניתן להציג אותה כהרחבה של הרעיון המוכר – שלון פולר ראה בו את אחד המאפיינים החשובים של שלטון־החוק – המוצא ערך בהיעדרה של סתירה, או ליתר דיוק, בהיעדרה של אי־התאמה, בין כללים משפטיים שונים החלים על אותה מטריה.²³³ בהמשך אתייחס לקוהרנטיות כזו בשם "קוהרנטיות של כללים".

מנגד, הקטיגוריה הראשונה שרו מצביע עליה רואה בקוהרנטיות המשפטית סוג של קוהרנטיות נורמטיבית; מאפיין של הטעמים שבבסיס הכללים המשפטיים, ולא של הכללים עצמם. קוהרנטיות משפטית במובן האחר היא הקוהרנטיות הנורמטיבית של הטעמים שבבסיס הכללים; לא של הכללים עצמם.²³⁴ במובן חשוב זה, קטיגוריה זו דומה לקוהרנטיות שדבורקין דוגל בה: שתיהן פונות ל"קוהרנטיות של טעמים".

233 ראו: Lon L. Fuller *The Morality of Law* (New York, rev. ed., 1969) 65–70.

234 השוו: Balkin, *supra* note 219, at p. 115.

ברי שקיימים גם הבדלים חשובים בין קוהרנטיות של טעמים על-פי רז לבין קוהרנטיות הטעמים שדבורקין מציע: על-פי רז, קוהרנטיות הטעמים אינה מעלה בפני עצמה, אלא רק תוצאת-לוואי של ההפעלה העקבית של עיקרון מוסרי ראוי בתחום נתון ומוגדר היטב, שיש סיבות טובות לעגן בו כך את הדיון; נוסף על כך, הסבר זה של רז לתפקידה של קוהרנטיות נורמטיבית במשפט אינו מחייב קוהרנטיות גלובלית (שהשופט האידיאלי לגישת דבורקין שואף אליה²³⁵), שכן, לגישת רז, אין כל סיבה להניח שבמערכת חברתית המכירה בפלורליזם ערכי תהא נקודת איוון ערכית אחת ויחידה בכל עניין ועניין. (נהפוך הוא: מצב כזה אף אינו רצוי.) ויחד עם זאת, כפי שנראה, הבדלים אלה – שהם חשובים כל-כך בהקשרים אחרים – אינם מהותיים לצורך מסגרת הדיון המצומצמת בטעם הקוהרנטיות בהקשר הנוכחי.

2. קוהרנטיות וכלל אדרס

מצויד בהבחנה הבסיסית בין קוהרנטיות של כללים לבין קוהרנטיות של טעמים, ברצוני לבחון בשלב זה את כוחו של טעם הקוהרנטיות בביסוס הלכת אדרס, כלומר, לברר אם ניתן לגזור כלל זה מסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות), הקובע את זכותו של הנפגע מהפרת חוזה לאכיפה.²³⁶ אפתח בבירור מהלך זה מנקודת-המבט של קוהרנטיות הכללים; בהמשך אדון בו מנקודת-המבט של קוהרנטיות הטעמים. האם הערך של תיאום כללי השיטה אכן מחייב להציב – בצידו של סעד האכיפה – את כלל אדרס? לכאורה, כן: ככל שקיימת הנבטח זכות לאכיפת החוזה, קשה לחשוב על נימוק טוב שיצדיק את שלילתה של זכות זו על-ידי צעד חד-צדדי של המבטיח. במילים אחרות: קשה להסביר מדוע ייטב מצבו של מי ש"הציב עובדות בשטח" (הפר) מבלי שנתפס, כלומר, הספיק להשלים את המכירה החלופית לפני שפנה הנבטח לערכאות בבקשה לצו-אכיפה, משל מי שהיה זריו פחות בהפרתו את הדיון, ועליכן נמצא כפוף לצו אכיפה כאמור.²³⁷

²³⁵ כפוף לדוקטרינת העדיפות המקומית. ראו לעיל הערה 229.

²³⁶ הצגה זו של השאלה רומזת על ההיקף המוגבל של הבירור הנוכחי: איני מתכוון להתייחס כאן לכלל הנורמות החלות על הקשרים חוזיים, או אפילו לאוסף הכללים שקבעה ההלכה הפסוקה בקשר לסעד האכיפה. כוונתי מצומצמת בהרבה: לבחון את התאמתו של כלל אדרס לסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות). (הפנייה להגנת הנבטח מפני גרם הפרת חוזה נגדרת מסעיף זה.)

²³⁷ שירלי רנר מציינת שהלכת אדרס "מאפשרת לנפגע סעד רחב בהיקפו מתרופת האכיפה ומתרופת הפיצויים גם יחד. ייתכנו נסיבות בהן גם על-פי תרופת האכיפה ודיניי-הפיצויים המשלימים אותה, עשויה ההפרה להיות כדאית למפר. נסיבות אלה נוגעות למצב בו ירוויח המפר מביצוע מאוחר של החוזה, ואילו הנפגע לא ייזק מן ההפרה הטמונה בכך או שזקוק קטן מן הרווח למפר". ראו רנר, לעיל הערה 20, בע' 59–60.

דא עקא, לטענה זו ניתן לענות בשתיים. ראשית, כל שעולה ממנה הוא שסעד ההשבה של פירות ההפרה הוא הסעד הקוהרנטי עם סעד האכיפה מנקודת־מבטו של המפר. אך אם נחליף את נקודת־המבט ונתמקד דווקא בנפגע, נמצא שפיצויי ציפייה, ולא השבה של פירות ההפרה, הם הסעד הכספי המתאים לאכיפה: פיצויי הציפייה מעמידים את הנפגע במצב בו היה עומד לו היה המפר מקיים.²³⁸

ואת ועוד, גם אם נקבל את קו הטיעון המבקש להקיש מסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות) על הסעד של פירות ההפרה, אין תוצאת אדרס מתחייבת. המסקנה היחידה העולה מהיקש כזה היא שככל שקיימת לנבטת זכות לאכיפה, מן הראוי להקנות לו גם את הזכויות לפירות ההפרה.²³⁹ ברם, הצגה כזו של טענת הקוהרנטיות עשויה להנביע בחירה בנקודות שונות על פני הרצף שבין חיוב מוחלט לבין היעדר חיוב, ובלבד שזו תהיה אחידה בין הסעדים של אכיפה והשבה.²⁴⁰ העוגן הדוקטרינרי לאי־מוחלטותו של סעד האכיפה מצוי

האמור בטקסט מבהיר מדוע הבחנה חשובה זו בין הסעדים של אכיפה והשבה של פירות ההפרה אינה יכולה לשמש בסיס לשלילת הקוהרנטיות של הכללים בין סעד האכיפה לבין כלל אדרס.

238 יודגש כי עסקינן במצב שהשבת פירות ההפרה אינה מהווה בו קירוב טוב של ההזדמנויות העסקיות ששללה ההפרה מהנפגע, שאחרת פשיטא שגם על־פי הכלל המסורתי, המגביל את סעדו של הנפגע לפיצויי הציפייה שלו, הוא זכאי להם (ראו לעיל הערה 42). כמו־כן ראוי להבהיר כי האמור בטקסט מניח שההפרה כבר אירעה. במבט לכתחילי ניתן לטעון שהשבה של פירות ההפרה נתמכת על־ידי סעד האכיפה משום ששניהם משיגים אותה מטרה: מניעת ההפרה. ויהי מטרה משותפת כזו ממקס טענה זו בגדר קוהרנטיות הטעמים, ולפיכך אני אכן דן בה בהמשך הדברים.

239 טענה כזו ניתן למצוא גם בספרות. ראו: S.M. Waddams "Restitution as Part of Contract Law" *Essays on the Law of Restitution* (Oxford, Andrew S. Burrows ed., Jack Beatson "What Can Restitution Do For You" 197, 208–209 (1991); ראו גם: *The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution* (Oxford, 1991) 1, 16–17; Friedmann, *supra* note 90, at p. 517. פרידמן ונילי כהן חוזים (תשנ"ג, כרך ב) 1148 והערה 12, אשר מסבירים כי אף־על־פי שזכות הנפגע להשבת התמורה הנגדית או תחליפיה (בהתאם להלכת אדרס) אינה נשללת אפילו בוטל החוזה מחמת הפרתו (ראו לעיל הערה 46, ביטול כזה עשוי לעיתים לסייגה. כך יהיה הדין אם "הביטול" (ולו מחמת הפרה) כרוך בויתור על קיום החוזה [שאז] מאבד הצד המבטל את זכותו לתמורה הנגדית שעדיין לא סופקה לו". (לדוגמה: אם נעשה הביטול לפני העברת הנכס לצד ג, כאשר התובע היה יכול עדיין "לשים את ידו" על התמורה הנגדית בתביעה אכיפה). אכן, אם ביטול משמיט את זכותו של הנפגע כנגד המפר (ולא רק כנגד אותו צד ג) לאכיפת החוזה, הרי – בהנחה שזכויותו של הנפגע לרווחי ההפרה נגדרת מזכויותו לאכיפה – יש בביטול כזה גם כדי ויתור על הזכויות לרווחי ההפרה.

240 אחדות זו קיימת גם על־פי הדוקטרינה המסורתית. ראו למשל: Farnsworth, *supra*

בסעיף 3 עצמו, אשר קובע, כאחד הסייגים לזכות האכיפה של הנבטת, את המצב בו "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין".²⁴¹ ברי כי במסגרתו של סייג עמום זה ניתן להכיל, למשל, את תוצאות הדיון בפרק הקודם, ולומר, שכאשר המבטיח עתיד להפיק רווח ניכר מאי-קיום חיובו, גם לאחר שיפצה את הנבטת כמירת אינטרס הציפייה שלו, כי אז אכיפת החוזה אינה צודקת, אם כי הנבטת זכאי לחלק מסוים (למשל, מחצית) מפירות ההפרה.²⁴²

איני טוען שפרשנות רחבה (יחסית) כזו של סייג הצדק לזכות האכיפה תתקבל בישראל: בית-המשפט העליון אינו מודרו לקבל את הטענה שאכיפת החוזה אינה צודקת,²⁴³ והפסיקה אף עמדה על כך שיש לנקוט גישה מצמצמת להחלת התריגים לסעד האכיפה.²⁴⁴ אך אין בכך עדיין כדי לתמוך בטענה שקוהרנטיות הכללים היא המחייבת לגזור את כלל אדרס מסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות). כמו בכל מקרה שאנו בוחנים בו את התאמתו של כלל פלוני לאוסף של כללים אחרים, עלינו לשים לב לחשיבות של קביעת המשקלות היחסיים שבין הכללים והתריגים המצויים באותו אוסף.²⁴⁵ ברי ששיטה המקצה משקל מועט לתריגים לסעד האכיפה – קרי: שיטה המפרשת את דיני אכיפת חוזים שלה כקובעים חיוב שהוא מוחלט (כמעט) לקיום חוזים – תמצא את כלל אדרס כקוהרנטי עם דינים אלה. אך מסקנה זו אינה נובעת מלשונו של סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות), אלא נשענת על בחירה קודמת – אשר בתורה נשענת באופן ישיר על ערכים; שאותה כבר

240 note 34, at pp. 1378–1379; Goodhart, *supra* note 212, at pp. 9, 14 לאחרונה את המלצת ה-Law Commission באנגליה; *supra* note 42, Law Com. C.P., at pp. 159, 170–171. עם זאת, מצינו לאחרונה גם קולות הדוחים את טענת הקוהרנטיות המתונה האמורה. מחד גיסא, נפסק באנגליה שגם במצב שאכיפה ניתנת בו, אין זכאותו של הנפגע לפירות ההפרה נובעת מכך. ראו עניין *Surrey*, לעיל הערה 7, בע' 713, 715. מאידך גיסא, אחד ממבקרי הלכה אנגלית זו – שדחתה את כלל אדרס לטובת הגישה המסורתית – הצטרף לעמדה השוללת כל קשר בין אכיפה לבין הזכות לפירות ההפרה על-מנת להצדיק את עמדתו הגורסת כי נבטת זכאי לפירות ההפרה גם בנסיבות שאינו זכאי בהן לאכיפה. ראו: Goodhart, *ibid*, at p. 11.

241 ראו סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות).

242 ניתן למצוא את העוגן הדוקטרינרי לכך בעקרון תוס-הלב או בדיני עשיית עושר כפרשנותם כאן.

243 ראו רנר, לעיל הערה 20, בע' 61, והערה 117.

244 ראו למשל ע"א 435/82 מאיר נ' מזרחי, פ"ד לו(3) 579, 583. דניאל פרידמן טוען שגם המשפט האנגלו-אמריקאי מעניק יותר ויותר סעדים (ומסיר יותר ויותר מגבלות מסעדים מוכרים) באופן התואם תפיסה לפיה אינטרס הקיום הוא האינטרס העיקרי שדיני החוזים מגנים עליו. ראו: Friedmann, *supra* note 161, at pp. 648–651.

245 השוו למשל: Frederick Schauer *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford, 1991) 45, n. 7.

לא ניתן לבסס בטעם קוהרנטיות – בדבר היחס בין הכלל הקבוע ברישא של הסעיף לבין החריגים המנויים בו.²⁴⁶

עליכן אין בכוחה של קוהרנטיות הכללים כדי לאיים על הדעת, העולה מהפרקים הקודמים, לפיה כלל אדרס הלך רחוק מדי, על פני רצף החלופות שבין היעדר חיוב לבין חיוב מוחלט, לכיוון הקוטב האחרון. גם אם נסכים שיש להתאים את הכלל המסדיר את הזכאות לפירות ההפרה לנורמות הקבועות בסעיף 3, לא נלמד מכך בלבד כי כלל אדרס עדיף על הכלל המסורתי ועל הכלל העולה לטענתי מעקרון תוס'־הלב. למעשה, נוכל להסיק (למשל) בדיוק את המסקנה ההפוכה: שהואיל והכלל הקובע כי פירות ההפרה יתחלקו בין הצדדים הינו ראוי יותר (על־פי אמות־המידה שנידונו בפרק ו), ראוי להתאים את הפרשנות של סייג הצדק לזכות האכיפה באופן שיהלום אותו.

אך מה בדבר קוהרנטיות הטעמים? האין בה כדי לתמוך בהלכת אדרס? שאלה זו קשה, וראוי להודות כבר בראשית הדברים שלא אוכל להגיע כאן לתשובה מספקת עליה. הסיבה לכך נעוצה במגבלות הדיון הנוכחי. בניגוד למה שנדרש על־פי גישותיהם של דבורקין ושל רו, איני מתיימר לבחון את ההתאמה של הלכת אדרס לכלל "עקרונות דיני החוזים" (ובוודאי שלא ל"ערכי־היסוד" של המשפט הישראלי בכללותו), אלא רק לערכים העשויים לעמוד בבסיס של הוראת סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות), אליה פנה בית־המשפט העליון בעניין אדרס. כמו־כן, בהתאם למטרה הכללית שהצבתי לעצמי בראשית מאמר זה, אני מתמקד באופן שגורמות משפטיות נגזרות בו מטעמים ערכיים; עליכן איני מתיימר לברר כאן איזה עוגן נורמטיבי מציג את סעיף 3 באור המיטבי (כדרישת גישתו של דבורקין), או מעגן אותו באותו עיקרון (או איוון בין עקרונות) אשר זכאי לתחולה בלעדית בתחומנו, אם קיים כזה (ולפיכך משבץ אותו בקטיגוריית המקרים במסגרתה גם רו מכיר בקוהרנטיות של טעמים). במקום זאת, אני מניח בהקשר הנוכחי כי הטעמים שנידונו בפרקים הקודמים – תוס'לב, יעילות ושליטה²⁴⁷ – ממצים את מגוון הערכים המתחרים על הבכורה בתחומנו, ומסתפק בבירור השאלה אם הצגתם כעוגן הנורמטיבי של דיני אכיפת חוזה תומכת בכלל אדרס.

ועדיין, למרות הסתייגות זו, נראה שהפעלה (מצומצמת) כזו של קוהרנטיות נורמטיבית עשויה להוביל למסקנה כלשהי (אם גם חלקית) לענייננו: מבין החלופות הדוקטרינריות שעשויות להסדיר את שאלת הזכאות לפירות ההפרה שנידונו במאמר זה – כלל אדרס, הכלל המסורתי (המקצה זכאות זו למבטיח), וכלל המחלק את פירות ההפרה בין מבטיח ונבטח – דווקא כלל אדרס אינו יכול להסתייע בקוהרנטיות של טעמים. קל להגיע למסקנה זו ביחס לשני הטעמים הראשונים. כפי שראינו, הערך של תוס'לב אינו יכול לבסס את הלכת אדרס; אם ניתן ללמוד מערך זה תוצאה כלשהי בשאלת הזכות

246 השוו: Balkin, *supra* note 219, at pp. 126–127.

247 ראו, בהתאמה, פרקים ו, ב, ד. מניעת התעשרות שלא כדין אינה מוזכרת כאן, שכן הדיון בה (בפרק ג) חשף את ריקנותה; הערך של קיום הבטחות אינו מוזכר לנוכח אדישותו בהקשר זה (ראו פרק ט).

לפירות ההפרה, תהא זו דווקא עמדת הביניים המחלקת אותם בין הצדדים (ומהייבט גם פרשנות מתאימה של סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות)).²⁴⁸ אומנם, לא דנתי כאן בשאלה (השנויה במחלוקת) של רציותו של סעד האכיפה מנקודת-המבט של טעם היעילות, אך ברור שגם מי שמקבל את מסקנת הדיון דלעיל,²⁴⁹ לפיה כלל אדרס, ומן-הסתם גם הכלל המקנה לנבטח מחצית מפירות ההפרה, אינם יעילים, עשוי עדיין לתמוך בכלל של אכיפה:²⁵⁰ הסיבה המכרעת, לדעתי, לחוסר יעילותו של כלל אדרס נעוצה בהתבססותו על מידע המצוי בחוקתו של הנבטע; אך סעד האכיפה אינו לוקה בפגם זה; למעשה, מהיבט זה, סעד האכיפה נראה אף עדיף על הסעד של פיצויי ציפיה, שכן אין הוא מחייב את הנבטח להציג אפילו מידע הנוגע בענייניו הוא. מנגד, ביסוס סעד האכיפה על הערך של שליטת הנבטח בהבטחה נראה לכאורה מבטיח יותר. סעד של אכיפה שקול – בטרמינולוגיה של קלברוי ומלמד²⁵¹ – לכלל של קניין, שכן הוא מחייב את הנוטל-בכוח להשיג את הסכמתו של בעל הזכויות כתנאי לתקפות המשפטית של העברתה ממנו.²⁵² ואם כך, האם אין ללמוד מהכרתו של המחוקק בחשיבותה של שליטת הנבטח בהבטחתו, כפי שהיא משתמעת מסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות), ולהקנות לו גם סעד כספי (בדיעבד) התואם סוג כזה של זכויות,²⁵³ קרי: סעד של "רווח"?²⁵⁴ במילים אחרות, האם כלל אדרס אינו נובע מהפעלתה של קוהרנטיות ערכית על סעיף 3, כאשר זה מוסבר במונחי שימור של שליטת הנבטח בהבטחה?

אילו קבע סעיף 3 את סעד האכיפה כזכות מוחלטת של הנבטח, היתה התשובה לכך חיובית ככל הנראה; אך כפי שכבר הדגשתי, לא זה מצב הדין החרות בישראל. זכות האכיפה כפופה לסייגים, ובכללם לסייג רחב של צדק; בדומה לכך, גם זכותו של מזכה להשבה כפופה, מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, לשיקולים של צדק. על-כן, קביעת היקפה של הזכות לאכיפה (או להשבה), והקביעה הנגזרת ממנה, על-פי מהלך הטיעון הנוכחי, של היקף זכותו של הנבטח לשליטה בהבטחה, ועל-כן לפירות ההפרה, כרוכות בהכרעות ערכיות. במילים אחרות: התשובה לשאלה של מידת השליטה הראויה של נבטח בהבטחתו אינה נגזרת על השופט-הפרשן מפיו של המחוקק, אלא מחייבת הכרעה שיפוטית ערכית. דנתי בשאלה זו בהרחבה כאשר תקפתי את ההיקש שעשה בית-המשפט העליון בעניין אדרס בין זכות חוזית המתייחסת לטובין מסחריים רגילים

248 ראו, בהתאמה, סעיף 21 והרישא לסעיף זה.

249 ראו לעיל, סעיף ב2.

250 ראו: Schwartz, *supra* note 29, at pp. 279–280; Schwartz, *supra* note 36.

251 ראו לעיל, סעיף ד2.

252 ראו: Kronman, *supra* note 189, at pp. 352–353, 376–377. ראו בדומה לכך נילי כהן גרם הפרת חוזה (תשמ"ז) 308 (משפיעות של הנכונות לתת צו אכיפה היא הכרה בזכותו הבלתי-אמצעית של הנפגע לנשיא החוזה).

253 ראו לעיל, סעיף ד2.

254 או של הסכום הגבוה מבין שווי-שוק ורווח (שהרי ההנחה היא שהמשפט מעוניין להגן על הרווחה הכלכלית של הנבטח ככל שהיא מגולמת בהבטחה).

לבין זכות קניין המתייחסת למקרקעין, ודעתי היתה (ועודנה) שספק אם מוצדק להקנות לבעליה של זכות מהטיפוס הראשון מידת שליטה גבוהה מדי במשאב שנבעלותו.²⁵⁵ ככל שמסקנה זו נראית ראויה – היא יפה גם כאן; כלומר: היא מצדיקה את הצרת הכלל (המעניק את זכות האכיפה ובהתאמה גם את הזכות לפירות ההפרה) ואת הרחבת החריגים לו (הפוטרים מפירי חוזים מסעדים אלה), וכן את עיצוב הכלל והחריגים לו בהתחשב בדיון בסיווגו של המשאב העומד על הפרק על פני רצף ההשתקפות וההתקשרות.²⁵⁶

ח. סוף־דבר

אין בעיני ספק כי המעמד המיוחד של פסק־הדין בעניין אדרס – ההלכה הישראלית שזכתה ככל הנראה בתהודה החוקה ביותר מחוץ לישראל²⁵⁷ – הינו ראוי. הלכת אדרס היוותה נקודת־ציון מרכזית באחד התהליכים החשובים ביותר שהמשפט הישראלי עובר: המעבר מתורת משפט של כללים לתורת משפט של טעמים. פסק־הדין חידש הלכה בשאלת הזכאות לפירות ההפרה תוך התנערות מהמגבלות הדוקטרינריות שאפיינו את השיט המשפטית עד אז, ותוך התבססות כמעט בלעדית על טעמים ערכיים.

אך גם מי שסבור, כמוני, כי זה הכיוון היוריספרודנטלי שכדאי שהמשפט הישראלי יפנה אליו, חייב לראות בהתפתחות זו צעד ראשון בלבד, ולא להסתפק בו. פנייתו של בית־המשפט העליון לתורת משפט חדשה – או באופן מתון (ומדויק) יותר, שינוי הדגשים שלו בין התבססות על כללים ועל טעמים – כמוה בשינוי השפה המשפטית;²⁵⁸ וכמו בכל מקרה בו קבוצת אנשים מעוניינת לאמץ לה שפה חדשה, תהליך כזה מחייב את הקהילייה המשפטית בכללותה ללימוד ולביקורת. כאשר מדובר בשפתו של המשפט – פרקטיקה שהיא בעיקרה הליך מתמיד של נסיונות לשכנוע הדדי²⁵⁹ – מדובר בלימוד הדרך החדשה לשכנוע, ובעיון ביקורתי באופן שהשופטים שהצהירו (במשתמע) על השפה החדשה גוזרים בו את מסקנותיהם מהטעמים שהם פונים אליהם. רק חידוד כזה של דרכי ההנמקה ה"חדשות" יאפשר להן לתפקד, הלכה למעשה, כבסיס להכרעותיהם של שופטים (ועל־כן

255 ראו לעיל, סעיף 41.

256 ראו לעיל, סעיף 33. האם ייתכן שהדוקטרינה המסורתית – שהעניקה לנכס את הסעדים מקנייה־שליטה של אכיפה ושל השבת פירות ההפרה אם, ורק אם, דובר בנכס ייחודי (ראו לעיל הערה 189) – משקפת מסקנה זו?

257 פסק־דין אדרס תורגם לאנגלית ופורסם ב־235 (1995) 3 *Restitution L. Rev.* כבר לפני פרסומו, הוא זכה בהתייחסות בכל ספר כמעט על דיני עשיית עושר או מאמר שעסק בשאלת הזכות לפירות ההפרה שפורסמו באנגלית.

258 שינוי זה – המאפיין את שנות השמונים – יתחזק, להערכתו, עם תהליך הקונסטיטוציונליזציה של המשפט שלנו בשנות התשעים. ראו דגן, לעיל הערה 213, פרק 1.

259 השוו: 71–72 (1992) *Stephen Guest Ronald Dworkin* (Edinburgh).

כמרכז הוויכוח המשפטי בין עורכי־דין, ולא כ"קישוט" המיתוסף בשוליה של כל הכרעה
(וכל סיעון) מבלי שניכר בו שהוא מועל פעולה של ממש.²⁶⁰

260 השו"י: Bruce A. Ackerman *Private Property and the Constitution* (New Haven, 1977).
("analysts must become philosophers if they wish to remain lawyers") 5 (1977).