

תרופות בשל הפרת חיוב –

מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש

מאת

גבריאלה שלו* ויהודה אדר**

פרק התרופות בהצעת חוק דיני ממונות משקף ניסיון ליצירת דין תרופות אחיד שיחול על הפרת חיובים אזרחיים מכל סוג שהוא, ובכלל זה הפרות חוזים ועוולות נזיקין. רפורמה דרמטית זו צפויה להפוך את דיני התרופות מאוסף של דינים ספציפיים לענף משפטי אחד, אוטונומי ושיטתי. במאמר זה מבקשים המחברים לפרוש בפני המשפטן הישראלי את עיקרי החידושים הגלומים בפרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש. המאמר נפתח בדיון קצר במקומם של דיני התרופות בין ענפי המשפט בעידן המודרני, ובשאלת ההצדקה להאחדתם וקיבוצם בגדר מסגרת פורמלית אחת. בהמשך סוקרים המחברים את עיקרי החידושים שבפרק התרופות לגופם. בחלק ג' נבחנים מושגי המפתח ועקרונות היסוד שקובע פרק התרופות. חלק ד' מתמקד בתרופה האזרחית הראשונה שקובע פרק התרופות, תרופת האכיפה. כאן נבחנים מהות האכיפה, מעמדה בדין הנוהג ובדין החדש, ישימותה בהקשרים שמחוץ לדין החוזים, ומספר הסדרים חדשים שמציג הקודקס בהקשר לזכות לאכיפת חיוב. חלק ה' מוקדש לבחינת החידושים העיקריים בדיני הפיצויים. נסקרים בו החידושים המבניים המשתקפים בחלק הפיצויים בקודיפיקציה בהשוואה לדין הנוהג, כמו גם שינויים מהותיים הצפויים להתחולל בדיני הפיצויים על נזק גוף, רכוש, נזק לא-ממוני, ובתחום הפיצוי ללא הוכחת נזק. בחלק ו' מוצגות ונדונות בקצרה מספר תרופות חדשות הנכללות בהצעת הקודקס, ובפרט תרופת התשלום העונשי (פיצויים עונשיים), תרופת הניכוי ותרופת ההשעיה. המאמר נחתם בדיון קצר בהסדר הכללי שנקבע בסוגיית ההפרה הצפויה, ובשינויים הצפויים להיגזר ממנו אם וכאשר תקבל הצעת החוק תוקף של חוק.

* רקטור, הקריה האקדמית קרית אונו. פרופסור (אמריטוס) באוניברסיטה העברית בירושלים.
** מרצה, הקריה האקדמית קרית אונו.

- א. מבוא
- ב. שאלת ההצדקה להאחדת דיני התרופות
- ג. הוראות כלליות לפרק התרופות
 1. מושגי מפתח
 2. עקרונות יסוד
 - (א) הפרת חיוב מצמיחה זכות לתרופה
 - (ב) ברירת תרופות וצבירת תרופות
 - (ג) התנאה על תרופות
- ד. תרופת האכיפה
 1. טיבה של תרופת האכיפה
 2. ישימות האכיפה מחוץ לדיני החוזים
 3. האכיפה כתרופה ראשית – חוזים ונזיקין
 - (א) הדין הנוהג
 - (ב) הדין החדש
 4. סייגי האכיפה
 5. חידושים נוספים בדיני האכיפה
- ה. תרופת הפיצויים
 1. עקרונות כלליים
 2. פיצויים על נזק גוף
 - (א) מבוא – המבנה החדש של דיני הפיצויים
 - (ב) פיצויים בשל גרימת נזק גוף (למעט פטירה)
 - (ג) פיצויים בשל גרימת מוות
 3. פיצויים על נזק רכוש
 4. פיצויים על נזק לא-ממוני
 5. פיצויים ללא הוכחת נזק
- ו. תרופות נוספות
 1. תשלום עונשי ("פיצויים עונשיים")
 2. תרופות חוזיות
 - (א) ביטול חוזה
 - (ב) השבה בעקבות ביטול חוזה
 - (ג) ניכוי מהמחיר
 - (ד) השעיית קיום
 - ז. תרופות בשל הפרה צפויה
 - ח. סיכום

א. מבוא

חלק המשנה השישי בחלק החיובים שבהצעת חוק דיני ממונות, שכותרתו "תרופות בשל הפרת חיוב" (להלן: פרק התרופות), הוא אחד החידושים החשובים בהצעת הקודקס האזרחי החדש. מעבר לעובדה שפרק התרופות מעבה באופן משמעותי את הסדרי החקיקה הנוגעים לתרופות, עצם קיומו מבטא מהפכה מתודולוגית. הפרק

קובע דין אחיד לכל הפרת חיוב, ובכלל זה הפרת חיובים מדיני החוזים ודיני הנזיקין, שני תחומים שנתפסו עד כה במשפטנו כאוטונומיים (ונבדלים זה מזה) הן מבחינה עיונית, הן מבחינת התרופות המוענקות במסגרתם.

מטרת המאמר היא לפתוח בפני הקהילה המשפטית בישראל צוהר להכרת החידושים העיקריים – המהותיים והמבניים – העתידים להתחולל בדיני התרופות אם וכאשר תקבל ההצעה תוקף של חוק.

מאמרנו עוקב, מבחינת מבנהו, אחר מבנה פרק התרופות. לאחר דיון קצר ברעיון העומד מאחורי האחדת התרופות ייסקרו הנושאים השונים המוסדרים בפרק התרופות: עקרונות כלליים בפסיקת תרופות, תרופת האכיפה, תרופת הפיצויים, סוגיית התרופות בשל הפרה צפויה ותרופות נוספות, חלקן חדשות, המעוגנות בפרק. סקירתנו היא מטבעה חלקית. אין בכוונתנו למצות את הדיון בהוראות המגוונות של פרק התרופות, אלא אך לשרטט בקווים כלליים את דמותם העתידית של דיני התרופות בעידן הקודיפיקטיבי.

ב. שאלת ההצדקה לאחדת דיני התרופות

עצם ההכרה בענף משפטי נפרד של "תרופות אזרחיות" או "דיני תרופות" הוא בבחינת חידוש למשפטן הישראלי. העיסוק בתרופות, למרות חשיבותו המעשית הרבה, אינו תופס חלק משמעותי בתכניות הלימודים בפקולטות למשפטים. הדיון בשאלת הסעדים או התרופות בגין הפרתה של זכות אזרחית נתונה נערך בדרך כלל בשוליו של קורס יסוד כזה או אחר (חוזים, נזיקין, קניין רוחני, וכולי) ונתפס לעיתים כמשני מבחינת חשיבותו העיונית-אקדמית. יתר על כן, ההיכרות עם התרופות הניתנות במסגרת ענפי משפט שונים (חוזים, קניין, עשיית עושר ולא במשפט, נזיקין, משפט ציבורי) נעשית על פי רוב אגב הדיון בעקרונות היסוד החולשים על כל ענף וענף ולא מתוך ראיית המשותף (או המבדיל) בין התרופות הניתנות בתחומי המשפט השונים.

גישה זו לדיני התרופות היא תולדה של גורמים שונים שמביניהם נציין כאן אך את השפעתו של המשפט המקובל-האנגלי. במשפט האנגלי צמחו אמנם דיני החוזים ודיני הנזיקין ממקור אחד אך הם התפתחו ופותרו – הן בפסיקה המודרנית והן באקדמיה המשפטית – כשני תחומים נבדלים. אין זה מפתיע אפוא שגם בשיטת המשפט הישראלית, שהושפעה כידוע מהמשפט האנגלי, קבועות התרופות בגין הפרת חוזה ובגין מעשי עוולה בנזיקין במקורות שונים. מקורות אלה – חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות) ופקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין) קובעים הסדרים תרופתיים הנבדלים זה מזה מבחינת המבנה, ההמשגה, ובמידה רבה גם מבחינה תוכנית-מהותית.

שונה המצב בשיטות המשפט הקונטיננטליות המכירות בקרבה העיונית שבין ענפיו השונים של דין החיובים. בחלק חשוב של הקודיפיקציות האירופיות קיימת האחדה פורמלית של הסדרים תרופתיים החלים על הפרת חיובים אזרחיים – חוזיים ולבר-חוזיים¹. יחד עם זאת ראוי להדגיש שבתורת המשפט הקונטיננטלית טרם התבססה ההכרה בדיני התרופות כענף משפטי ייחודי ואוטונומי. למעשה, המושגים "תרופה" או "דיני תרופות" אינם מוכרים כלל, והדיון בתוצאות של הפרת חיובים נעשה על פי רוב במסגרת ענפיו השונים של דין החיובים².

1 הקוד הנפוליאוני משנת 1804 (Code Civil) אמנם אינו כולל פרק נפרד על תרופות ואינו מעיד על ניסיון ללכד את הדיון בהן (אפילו בתחום החוזי התרופות השונות אינן מופיעות יחד); יחד עם זאת, מבחינה מהותית מוחלטות לעיתים מכוח הפסיקה בצרפת הוראות מתחום אחד על מצבים מתחום אחר (דוגמה מובהקת היא סעיף 1382 לקודקס הקובע את עקרון השבת המצב לקדמותו, ואשר הוחל בפסיקה על חוזים ונזיקין גם יחד). בקודקסים מודרניים יותר ברורה יותר מגמת ההאחדה וניכר מאמץ לאחד, לפחות חלקית, את העקרונות החלים על הפרת חיובים בחוזים ובנזיקין. בעניין זה קיימים הבדלי סגנון בין הקודקסים במדינות השונות. מודל נפוץ יחסית הוא של הוראות יסוד החלות על שני התחומים, לצד הוראות מיוחדות המתייחסות לכל תחום בנפרד. לדוגמה, בקודקס האזרחי הגרמני (ה-B.G.B.) קבועה הזכות הבסיסית לאכיפת החיוב ולפיצויים על הפרתו בחלק הכללי של ספר החיובים (החל על כל החיובים). ניסיון מפורש יותר להאחדה נעשה בקודקס החיובים השוויצרי משנת 1911. כאן, חוברו להן יחדיו ארבע עשרה הוראות כלליות העוסקות בתרופות תחת תת-הפרק העוסק ב"תוצאות אי-קיום החיוב" (סעיפים 97–109). סעיף 99 לקודקס מוסיף וקובע במפורש כי העקרונות החלים על פיצויים בנזיקין (סעיפים 41–61) יחולו בשינויים המחויבים גם על הפרת חוזה. המהלך לעבר הרמוניזציה של דיני התרופות אומץ במידה מסוימת גם בקודקס האיטלקי משנת 1942 ובקודקס הפורטוגלי משנת 1967. קודקסים אלה מטפלים באחריות החוזית והנזיקית בנפרד, ואף על פי כן מאחדים חלק ניכר מכללי הפיצויים (ראו בהתאמה, הוראות סעיפים 2056, 1218–1229 בקודקס האיטלקי; 562–572 בקודקס הפורטוגלי). הניסיון המודרני הבולט ביותר להאחדת התרופות נעשה בקודיפיקציות החדשות של הולנד (1992) ושל קוובק (1994). ספר החיובים בקודקס ההולנדי מקדיש שני תתי-פרקים מפורטים לדיון בתרופות. תת-הפרק הראשון המכונה "תוצאות אי-קיום" כולל עשרים ואחת הוראות (סעיפים 79–97), ותת-הפרק השני עוסק ב"חיוב לתקן נזק, וכולל ארבע עשרה הוראות (סעיפים 95–108); ואילו הקודקס של קוובק כולל את מרבית דיני התרופות תחת תת-הפרק בחלק החיובים המכונה "הזכות לאכוף קיום" (סעיפים 1590–1645). חוק החיובים האסטוני החדש משנת 1992 אף הוא כולל פרק נרחב – ויחיד – העוסק בהפרת חיובים ובתרופות בנין הפרה. בשתי מדינות, צ'כיה וסנגל, אוחדה לחלוטין האחריות בחוזים ובנזיקין. לשיטות אלה ראו: A. Tunc "Introduction" XI *International Encyclopedia of Comparative Law – Torts* (New York, A. Tunc Chief ed., 1971) ch. 1 (para. 48); T. Weir "Complex Liabilities" XI *International Encyclopedia of Comparative Law – Torts* (New York, A. Tunc Chief ed., 1976) ch. 12, at p. 4 (notes 6 & 7) H. Stoll "Consequences of Liability: Remedies" XI *International Encyclopedia of Comparative Law – Torts* (New York, A. Tun Chief ed., 1971) ch. 8 (para. 7). ראו גם חוות דעתם של ר' בן-אוליאל ור' סנילביץ שהוגשה למשרד המשפטים עבור ועדת הקודיפיקציה: מחקר השוואתי בנושא תרופות בחוזים ובנזיקין (חוות דעת מס' 10807), 4–8.

2 על הקושי לערוך דיון אקדמי השוואתי בנושא ה"תרופות" (remedies) עמד Denis Tallon,

ההכרה בדיני התרופות כתחום ידע משפטי אוטונומי היא אפוא עדיין בראשיתה, לא רק בישראל אלא בעולם המערבי כולו. עם זאת, בעשורים האחרונים גוברת בעולם האנגלו-אמריקני ההכרה בכך שהמושגיות המסורתית מאפילה על קווי דמיון רבים בין תרופות מתחומים שונים, ושהדיון בתרופות ובעקרונות החולשים על פסיקתן אכן מצדיק לימוד שיטתי, יסודי ונפרד. הכרה זו באה לידי ביטוי בשפע של ספרים ומאמרים המוקדשים לתיאור ולביקורת של ההסדרים התרופתיים הנוהגים בתחומים שונים של המשפט האזרחי מתוך ראייה השוואתית. התפתחות זו לא פסחה על המשפט הישראלי. אף כי השאלה נתונה עדיין במחלוקת בין משפטני ישראל, כמה משפטנים הביעו בעבר את דעתם כי ראוי לשקול בחיוב האחדה של דיני התרופות³.

מלומד צרפתי בן זמננו התייחס לגישת המשפט הצרפתי לסוגיית התרופות בשל הפרת חוזה. הקושי הראשון שבו עוסק המלומד הוא לזהות את החומר המשפטי הקונטיננטלי המקביל למושג ה"תרופות" האנגלו-אמריקני: "[T]he French reporter is confronted with a terminological difficulty which, as always, reflects a more fundamental problem: what is a remedy?"; D. Tallon "Remedies" (French Report) in *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons* (Oxford, D. Harris & D. Tallon eds., 1989) 263. הנודע André Tunc, העומד אף הוא על הקושי הנזכר ומציע לאמץ אל תורת המשפט הצרפתי את המושג "remede" מקבילו של המושג האנגלי "remedy".

פרופ' פרידמן הציע לאמץ גישה כזו כבר בראשית שנות השבעים. ד' פרידמן "תרופות בשל הפרת חוזה" עיוני משפט ג (תשל"ג) 134, 146, 148: "מן הראוי לשאול, אם אמנם קיימת הצדקה עניינית או הגיונית להבחנות אלו [בין תרופות דיני החוזים לתרופות דיני הנוזיקין] — ג'ש' רי"א' או שמא נעוץ ההבדל בהתפתחות היסטורית מקרית... מקור הזכות איננו חייב להשפיע על הסעדים, הניתנים בשל פגיעה בה... השאלות המתעוררות בכל הקשור לשמירת הזכות, להגנתה בעין, וכן להערכת הפיצויים במקרה של נזק, הן, במקרים רבים, אנלוגיות או זהות"; דעה דומה הציג נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), מ' שמגר במאמרו "מגמות במשפט" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 5. ראו במיוחד דבריו שם, בע' 15, 21: "מן הראוי לשאוף להרמוניזציה ולהאחדה של דיני האחריות ודיני התרופות בגין הפגיעה בחיוב... העיקרון שעלינו להטמיע הוא, לטעמי, כי כנקודת-מוצא, דין הנפגע החוזי יהא כדין הנוזיקין לפי דיני הנוזיקין. מן הראוי להגיע לתורה כללית של תרופות... קרי-התפר בין דיני חוזים לדיני נוזיקין מטושטש... יש להבין את הקרבה הרעיונית הרבה בין דיני החוזים ודיני הנוזיקין. קרבה רעיונית זו היא העוגן למתן תשובה כללית, שיטתית ועקיבה לשאלות בדיני החיובים" (ההדגשות במקור). גישה זו הביע הנשיא שמגר גם בפסיקתו. ראו ע"א 3912/90 Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה, פ"ד מז(4) 64, 85: "יתרון נוסף קיים לקביעה זו [כי חלוקת אחריות אפשרית גם בדיני חוזים] — ג'ש' רי"א' בכך שיש בה כדי לאחד את עקרונות הפיצוי בין דיני הנוזיקין לדיני החוזים. הערעור שלפנינו הוא דוגמה למקרה הנע על קו תפר דק בין שני התחומים. קו תפר שלא מן הנמנע לטשטשו במקרה המתאים". גם השופט ברק עורר את השאלה "אם אין מקום למזג את דיני התרופות בנוזיקין עם דיני התרופות בחוזים? האם אין מקום לגבש דין חדש שעניינו תרופות בגין הפרת חיוב (חוזי, נוזיקי, סטטוטורי)? ... אכן, נראה כי ניטיב לעשות אם נאחד את דיני התרופות, ונעמיד חוק אחד כללי שיעניק תרופות בגין הפרת חיוב". א' ברק בהקדמה לספרו של ד' קציר תרופות בשל הפרת חוזה (תשנ"א, חלק א) ז. דעה שונה, המסתייגת מרעיון ההאחדה של תרופות דיני החוזים ודיני הנוזיקין או לפחות מזהה בו קשיים הביעו לאחרונה פרופסור ישראל גלעד ופרופסור חנוך דגן. ראו בהתאמה: י' גלעד, "הערות להסדרי הנוזיקין בקודקס — אחריות ותרופות", יראה אור בכתב העת משפטים לו (תשס"ו); ח' דגן, "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת-יתר ועל ריבוי סעדים",

ההנחה כי המשותף לתרופות האזרחיות השונות רב על המבדיל ולפיכך טוב יעשה המשפט האזרחי בישראל אם יבטא דמיון זה באופן ברור ומפורש, עומדת ברקע הצעת הקודקס לאחד את התשתית הפורמלית של דיני התרופות בישראל. בכך מסבה ההצעה את תשומת ליבם של משפטיים ושל שופטים לקרבה הרבה בין עקרונות היסוד החולשים על פסיקתן של תרופות אזרחיות בתגובה להפרות חוזים, לעוולות נזיקין ולשאר הפרות זכות שבין אדם לחברו.

ג. הוראות כלליות לפרק התרופות

בדומה לפרקים אחרים בקודקס נפתח גם פרק התרופות בכמה הוראות כלליות שעניינן הגדרות ועקרונות יסוד היפים לכלל התרופות המנויות בו. הוראות אלה מצדיקות דיון קצר בטרם נעבור לסקירת החידושים הקונקרטיים הנוגעים לתרופות השונות.

1. מושגי מפתח

סעיף 520 הפותח את הפרק הוא סעיף הגדרות המתייחס למושגים "אכיפה", "הפרה יסודית", "שכר" ו"תלויים". מושגים רלבנטיים נוספים להפעלת פרק התרופות כמו "הפרה", "נפגע" ו"מעשה" הוגדרו בסעיף 5 להצעה, סעיף ההגדרות הכללי של הצעת הקודקס. סעיף 521 אינו נכלל אמנם בסעיף ההגדרות, אולם למעשה הוא מספק הגדרה, לפחות חלקית, למושג ה"חייב". בשורות הבאות נתייחס למושגים הרלבנטיים לפרק התרופות כולו, הלא הם "הפרה", "נפגע", "מעשה" ו"חייב"⁴. הפרה, מעשה, נפגע. על פי סעיף 5 להצעה הפרה היא "מעשה בניגוד לחייב". מאחר שעל פי אותו סעיף "מעשה" הוא "לרבות מחדל", הרי שהפרה היא מעשה או מחדל בניגוד לחייב. הגדרה זו מבוססת על הגדרת המושג "הפרה" בסעיף 1 לחוק התרופות, אלא שבמקום הצירוף "בניגוד לחוזה" נוקטת ההצעה ניסוח מרחיב יותר – "בניגוד לחייב". ביטוי זה מתאים לתחולתו הרחבה של פרק התרופות על כל הפרת חייב, יהא אשר יהא מקורו המשפטי של החייב שהופר. הסעיף מוסיף וקובע – בשינוי מנוסחו של סעיף 1 לחוק התרופות – כי "נפגע" הוא "מי שהופר כלפיו חייב"⁵.

יראה אור בכתב העת משפטים לו (תשס"ו). במאמרו טוען פרופסור דגן כי קיים שוני איכותי בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין מבחינת מטרת הדין והאינטרסים המוגנים, וכי משוני זה אמור להיגזר הבודל משמעותי בתחום התרופות. תשובה לביקורתו של דגן וניסיון לספק תשתית עיונית רחבה להצדקת מהלכי ההאחדה המגולמים בפרק התרופות מופיעים במאמרו של י' אדר "מדוע נכון לאחד את דיני התרופות בחוזים ובנזיקין? – תשובה לפרופ' דגן", יראה אור בכתב העת משפטים לו (תשס"ו).

4 למושג האכיפה ולמושג הפרה היסודית נתייחס להלן בסעיפים 1 ו-2. א. בהתאמה.

5 בסעיף 1 לחוק התרופות מוגדר הנפגע כ"מי שזכאי לקיום החוזה שהופר". הגדרה זו מעוררת

בדומה להגדרת ההפרה בחוק התרופות מעוררת הגדרת ההפרה בקודקס כמה שאלות. ראשית, עולה השאלה אם כל מעשה או מחדל המנוגדים לחיוב משפטי מצמיחים זכות לתרופה משפטית או שמא הפרות פעוטות וקלות ערך אינן מצדיקות את החלת פרק התרופות. התשובה לשאלה זו קבועה בסעיף 4 להצעת הקודקס. הוראה זו מעגנת במפורש את עקרון זוטי הדברים (*de minimis*) בקובעה ש"לא תוגש תובענה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלין עליו"⁶.

שאלה קשה יותר היא שאלת טיב האחריות להפרה. האם תחולת פרק התרופות מותנית בהוכחת יסוד נפשי או אשם חברתי-מוסרי אצל המפר או שמא די באי התאמה עובדתית-חיצונית בין ההתנהגות שתובע החיוב לבין זו שנקט הנתבע ביחסו כלפי התובע? בדומה לחוק התרופות הקיים ולפקודת הנזיקין, פרק התרופות אינו מתייחס לשאלה⁷. לדעתנו מוצדקת שתיקה זו.

שאלת טיב ההתנהגות המקימה זכאות לתרופה שייכת מבחינה אנליטית לדין הקובע את מערך החובות והזכויות הראשוניות שבין הצדדים הנוגעים בדבר. שאלה זו אינה שייכת לדין התרופתי, הקובע את מערך החובות והזכויות השניוניות המופעל במקרה של הפרה. כך למשל, אם הטענה היא כי פלמוני הפר חיוב בכך שפעל בניגוד להסכם שבינו לבין אלמוני, תיקבע שאלת התקיימותה של הפרה על פי עקרונות האחריות החוזית, שהיא במקרים רבים אחריות חמורה; לעומת זאת, אם הטענה היא כי פלוני פגע באלמוני תוך ביצוע עוולה בנזיקין, תיקבע התשובה על פי עקרונות האחריות בנזיקין, המבוססת במקרים הטיפוסיים על אשמה; ואילו במקרים שבהם הופר חיוב שבדין — שאינו חוזי ואינו נזיקי — תיקבע שאלת האחריות על פי תנאי

קושי במצבים שבהם מתקיים אחד מסייגי האכיפה, שהרי במצבים אלה אין הנפגע מהפרת החוזה זכאי לקיומו (לפחות לא בעין). ההגדרה החדשה עוקפת קושי זה בהגדרה את הנפגע לא כמי שזכאי לקיום החיוב אלא כמי שזכותו המשפטית הופרה.

6 עקרון זוטי הדברים מעוגן כיום בדיני הנזיקין בסעיף 4 לפקודת הנזיקין הקובע כי "לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך." בתחום החוזי אין לעיקרון עיגון מפורש, אולם הדעת נותנת שתביעה חוזית קלת-ערך עשויה להידחות בהסתמך על עקרון תום הלב. לעניין זה ראו ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שניה, תשנ"ה) 465: "כאשר ההפרה פעוטה וחסרת-ערך, יוכל בית המשפט לעשות שימוש בהוראת תום הלב כדי לחסום את תביעתו של הנפגע". ראו גם רע"א 1233/91 ג'רבי נ' בן דוד, פ"ד מה(5) 661 כדוגמה למקרה שבו סירוב לקבל תשלום בשל איחור של יום אחד בלבד נחזה כבלתי הוגן ולכן כנטול תום לב וחסרת-תוקף משפטי. בית המשפט העליון קבע, כי "בית המשפט אינו צריך לסייע במקרה כגון זה לעמידה על קוצו של יוד" (שם, ב' 667). ראוי להוסיף כי נוסחו הנוכחי של סעיף 3 לקודקס ("לא תוגש תובענה") עשוי ללמד על כוונה לקבוע חסימה דיונית בלבד, כלומר התובע יהיה מנוע מהגשת תביעה אך לא מעשיית שימוש בזכותו המהותית במסגרת ניהול הגנה או הפעלה של תרופה עצמית (כגון ביטול, קיזוז, וכיו"ב).

7 חריג לכך היא ההכרה בתרופת התשלום העונשי, שפסקתה מותנית בהצעת הקודקס בהוכחת הפרה זדונית. ראו להלן הדיון בסעיף 1.1 למאמרנו, בטקסט שלאחר הערה 120.

האחריות הקבועים בדין המיוחד הקובע את החיוב הספציפי הנדון. הנחת המוצא לכל פניה לפרק התרופות חייבת אפוא להיות כי הופר הדין הראשוני הקובע את הזכות (ואת החיוב התואם שמולה). במילים אחרות, את השאלה אימתי תתרחש "הפרה" ואימתי "הפרה" מצמיחה זכאות לתרופות, אף כי היא נושקת לתחום התרופות, יש להפנות לא לדיני התרופות אלא לדין הראשוני המגדיר את מערך הזכויות והחיובים (הראשוניים) שבין הצדדים ואת ההתנהגויות העומדות בסתירה אליו⁸.

חיוב. בחקיקה האזרחית הקיימת אין למצוא הגדרה למושג ה"חיוב"⁹. מאחר שמושג זה הוא הבסיס לתחולתו של פרק התרופות כוללת הצעת הקודקס בסעיף 521 הגדרה שזה לשונה:

"לעניין חלק משנה זה דין חובה להימנע מביצוע עוולה כדין חיוב..."

הגדרה זו אינה מתייחסת לטיבו של החיוב ולמהותו אלא אך מבהירה על דרך ההדגמה כי לעניין פרק התרופות החובה להימנע מביצוע עוולה אף היא חיוב. כעולה מדברי ההסבר לסעיף זה, מטרתו של הסעיף היא להסיר ספק בדבר כוונת המחוקק להחיל את פרק התרופות על מעשי עוולה בנזיקין. החלה זו נעשתה על ידי יצירת הקבלה אנליטית בין מעשי עוולה בנזיקין לבין הפרות של חוזים (ושל חיובים אחרים שבדין). טיבה של ההקבלה הוא כזה: בעוד שבתחום החוזי הפרת החיוב באה לידי ביטוי בהתנהגות של צד המנוגדת לחובה משפטית שמקורה בחוזה, הרי שבתחום הנזיקין משתקפת ההפרה בהתנהגות המנוגדת לחובה משפטית שמקורה בדיני הנזיקין. בשני המקרים מוטלת על החייב חובה לנהוג או להימנע מלנהוג בדרך

8 כך למשל, נראה שראוי לדון בדוקטרינת הסיכול החוזי במסגרת הדיון באחריות החוזית ולא במסגרת סוגיית התרופות. על כך ראו ג' שלו דיני חוזים – החלק הכללי (תשס"ה) 626. הצעת הקודקס מסדירה את סוגיית הסיכול במסגרת חלק המשנה השני בחלק הרביעי, העוסק בחיובים חוזיים ולא במסגרת פרק התרופות. עם זאת, אין להכחיש שקו הגבול העיוני בין הדין הראשוני לבין דין התרופות עשוי להיטשטש במקרים מסוימים. כך למשל, בעוד שהדיון בהגנות מוחלטות (כגון הסתכנות מרצון או הגנה עצמית בנזיקין) שייך בבירור לדין הראשוני, הרי שהגנות חלקיות (כגון קטנת נזק או אשם תורם) ניתנות לסיווג הן כדוקטרינות המגדירות את עצם האחריות (על פי הדין הראשוני) והן כדוקטרינות תרופתיות (הקובעות את סוג הסנקציות והיקפן במקרה של הפרה). באופן דומה, דוקטרינות של ריחוק נזק יכולות להיתפס מחד גיסא כמטפלות בשאלות של עצם קיומה של חבות (לראש הנזק הנדון), ומאידך גיסא כמסדירות את שאלת היקף האחריות להפרת חיוב נתונה. טשטוש הגבולות צפוי במיוחד כאשר גרימת נזק היא יסוד בעילת התביעה (כמו בעוולת הרשלנות או הפרת חובה חקוקה) שאז טיב הנזק משפיע לא רק על היקף האחריות האזרחית, אלא גם על עצם קיומה (או אי קיומה).

9 מושג החיוב מוגדר בתורת המשפט הקונטיננטלית כקשר משפטי בין שני אנשים מסוימים, המחייב את האחד (החייב) לעשות מעשה מסוים עבור רעהו (הנושה). *J. Carbonnier Droit Civil, Les Obligations* (Paris, 19th ed., 1995, vol. IX) 17. ראו בדומה ג' טרסקי דיני חיובים: תורת החיובים הכללית ודיני חוזים (תשכ"ט) 15, המגדיר חיוב כ"קשר או יחס משפטי בין חייב לבעל-חוב לשם התנהגות מסוימת".

מסוימת כלפי הזכאי, ובשניהם פוגע אי־קיומה של חובה זו בזכותו של הזכאי, כלומר מהווה הפרת חיוב כלפיו. ההבדל אינו אלא בכך שבעוד שבתחום החוזי החובה הטיפוסית היא לפעול באורח אקטיבי לקידום עניינו של הצד השני, הרי שבנוזיקין החובה הטיפוסית היא לחדול, כלומר להימנע מנקיטת פעולה הפוגעת שלא כדין באינטרס הזולת. הוראת סעיף 521 נותנת אפוא ביטוי מפורש להנחת היסוד של פרק התרופות בהבהירה כי גם דיני הנוזיקין, ממש כמו דיני החוזים, מצמיחים חיובים, קרי חובות אישיות־אובליגטוריות שבין אדם לחברו¹⁰. הפרת חיובים אלה — בשני התחומים — מקימה זכאות של הנפגע לתרופה בהתאם לעקרונות ולכללים הקבועים בפרק התרופות.

10 לכאורה ניתן לגרוס כי החובה בנוזיקין נבדלת מזו שבחוזים בכך שאין היא מופנית כלפי אדם ספציפי או קבוצה מסוימת של אנשים, אלא כלפי "כולי עלמא". ואכן, פרופסור מיגל דויטש סבור שמכיוון שהמושג "חיוב" אינו תואם חובות הימנעות כלליות שקובעים דיני הנוזיקין, נדרשה בקודקס יצירה של פיקציה מושגית, שלפיה דין חובה נזיקית כדין חיוב. ראו מ' דויטש פרשנות הקודקס האזרחי (תשס"א, כרך א) 292. לדעתנו, מסקנה זו אינה מתחייבת. העובדה שזכות נזיקית נתונה (למשל, הזכות להחזיק בנכס שבבעלות התובע בלא הפרעה מצד הזולת) מופנית כלפי מספר בלתי מוגדר של אנשים, אינה שוללת בהכרח את אפשרות קיומו של חיוב המופנה כלפי כל אחד ואחד מאנשים אלה בנפרד. כידוע, לשם הטלת אחריות בנוזיקין בעולות הרשלנות אין די בקיומה של "חובת זהירות כללית" אלא יש צורך להצביע על "חובת זהירות קונקרטית" שחב התובע הספציפי לנתבע הספציפי מכוח היותו מצוי במצב של "קרבה" או "שכנות", שבו היה עליו לצפות כי התנהגותו תסכן את התובע. ראו ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, פ"ד לז(1) 113, 125; וכן ראו ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 67: "בית המשפט אשר אליו מוגשת תביעה בגין רשלנות עוסק תמיד בקביעת חובת זהירות בגין אירוע ספציפי. חובת זהירות כללית קיימת תמיד... בית המשפט אינו דן בחובת זהירות בעלמא, אלא בחובת זהירות בגין אותם אירועים ספציפיים שבהם מדובר ... [הוא] אינו עוסק בקביעה אם קיימת חובת זהירות, אלא שהשאלה היא, בדרך כלל, מהו היקפה של חובת הזהירות באותו מקרה... האם היא מתייחסת לניזוקים הספציפיים?" (ההדגשות במקור — ג'ש' וייא). יתרה מכך, הוגי דעות חשובים גרסו כי דווקא החובה הכללית המיוחסת לדיני הנוזיקין יסודה בפיקציה משפטית. כך, למשל, Hegel סבר שעצם ההבחנה בין זכויות גברא (*in personam*) לזכויות חפצא (*in rem*) היא חסרת שחר, משום ש: "[I]t is personality alone which can confer a right to things and therefore *jus ad personam* in its essence is *jus ad rem*, rem taken here in its general sense as anything external to my freedom, including even my body and my life. ... Objectively considered, a right arising from a contract is never a right over a person, but only a right over something external to a person or something which he can alienate, always a right over a thing": G.F. Hegel *Philosophy of Right* (London, trans. by T.M. Knox, 1952) note to para. 40 שכל זכות — לרבות זכות חפצא — מעמידה מולה חובה תואמת (קורלטיבית), ולפיכך גם זכות תביעה אישית של בעל הזכות כלפי אדם ספציפי: "[I]f X has a right against Y that he shall stay off the former's land, the correlative (and equivalent) is that Y is under a duty toward X to stay off the place": W.N. Hohfeld "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" 23 *Yale L.J.* (1913–1914) 16, 32 זכות חפצא (כזכותו של בעל מקרקעין כנגד כולי עלמא להימנע מהסגת גבולו) מצמיחה חובות אישיות, כלומר, חיובים.

2. עקרונות יסוד

(א) הפרת חיוב מצמיחה זכות לתרופה

מן המפורסמות בתורת המשפט כי מקום שבו קיימת זכות, קיימת גם זכות לסעד בשל הפרתה (*ubi ius ibi remedium*)¹¹. העיקרון המשפטי שלפיו הפרת זכות משפטית מצמיחה זכאות לתרופה מעוגן כיום באופן חלקי בלבד בשיטת המשפט הישראלית; בתחום החוזי יש לו ביטוי בהוראת סעיף 2 לחוק התרופות, ובתחום הנזיקי – בהוראת סעיף 3 לפקודת הנזיקין. הוראות אלה קובעות – כל אחת בתחומה – כי הנפגע מהפרת חוזה או מביצוע עוולה בנזיקין זכאי לתרופות הקבועות בחוק או בפקודה. פרק התרופות מעגן עיקרון זה בסעיף 522 הקובע בזו הלשון:

“הופר חיוב, זכאי הנפגע כלפי המפר לתרופות הנתונות לו על פי חלק משנה זה...”

הוראה זו מגדירה את היקף תחולתו של פרק התרופות. התנאי המקדמי לתחולתו של הפרק הוא התרחשותו של אירוע שיש בו משום הפרת חיוב, או במילים אחרות – הפרת זכות. בהיעדר הפרה של חיוב שחב בו הנתבע כלפי התובע (ושל זכות שיש לו כלפיו) לא תקום האחריות או החבות שעליה מבוססת הזכאות לתרופות הקבועות בפרק התרופות.

החידוש שבהוראה כללית זו הוא כפול: צורני ומהותי. במישור הצורני מקבצת ההוראה הנדונה את ההוראות המיוחדות הקבועות במקורות משפטיים שונים (בעיקר סעיף 2 לחוק התרופות וסעיף 3 לפקודת הנזיקין) והופכת אותן לעיקרון משפטי אחד, החל במידה שווה על הפרות חוזים ועל עוולות בנזיקין.

במישור המהותי קובעת הוראת סעיף 522 להצעה עיקרון רחב וכללי במשפט האזרחי בהחילה את פרק התרופות על כל הפרת חיוב ללא יוצא מן הכלל. משמעות הדבר היא כי כל חיוב משפטי שפלוגי חב בו כלפי אלמוני – ולא רק חיוב שמקורו בדיני הנזיקין או בדיני החוזים – יזכה להגנת הקודקס. לשון אחר, פרק התרופות פורש את הגנתו על כל זכות במשפט הפרטי, יהא אשר יהא הענף המשפטי או החיקוק אשר הצמיח אותה (ואת החיוב התואם שמול אותה זכות). להחלה מרחיבה וכוללת זו משמעות סמלית ומעשית גם יחד. במישור הסמלי מבהירה ההוראה בלשון מפורשת וברורה כי כל זכות משפטית במשפט האזרחי היא זכות מוגנת. כל חובה שמטיל הדין האזרחי על אדם היא חובה שיש לה גיבוי משפטי מעשי, גם אם חובה זו אינה מעוגנת בחוזה ואיננה נכללת ברשימת עוולות הנזיקין, שהיא בשיטתנו “רשימה סגורה”¹².

11 ראו למשל בע"א 700/89 חברת החשמל לישראל נ' מליבו ישראל, פ"ד מז(1) 667, 687 (“הלך הסעד אחר הזכות”); וכן בע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו, פ"ד מב(2) 278, 292 (“הסעד הוא פונקציה של הזכות”).

12 למגבלה זו ראו למשל ע"א 343/74 גרובנר נ' עירית חיפה, פ"ד ל(1) 141, 147: “התובע בעילת

מבחינה מעשית מוסיפה ההפניה לתרופות המנויות בפרק התרופות גוון חשוב להיבט הסמלי: היא מבהירה כי לא רק שהפרת חיוב גוררת זכאות לתרופה, אלא שהזכאות היא כמוגדר בפרק התרופות. להבהרה זו נודעת חשיבות באותם המקרים שבהם אין הדין מגדיר את התרופות בגין הפרתו של חיוב נתון שבדין. כך למשל קובע סעיף 39 לחוק החוזים את החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת בקיום חוזה אך אינו קובע אילו תרופות, אם בכלל, יכול בית המשפט לפסוק לטובת מי שנפגע מהפרתה. כיוון שהחובה לנהוג בתום לב איננה חובה המוטלת על הצדדים מכוח הסכמתם החוזית¹³ אלא מכוח הדין¹⁴, והפרתה איננה מוגדרת כעוולה נזיקית, התעוררה בפסיקה מעת לעת שאלת הזכות לתרופות בגין הפרתה. מכוח העיקרון הכללי שעליו עמדנו לעיל הגיעו הפסיקה למסקנה כי הפרת חובת תום הלב איננה חובה חסרת שיניים ותצמיח סעדים¹⁵, אולם בהיעדר הוראה מפורשת בדין לא הוגדרה באורח ממצה מהותם של אותם סעדים¹⁶. הוראת סעיף 522 להצעה מבהירה כי הסעדים בגין הפרת חובת תום הלב הם למצער כל הסעדים הניתנים בגין הפרת חיובים חוזיים ונזיקיים ובכלל זה אכיפה (של החובה), פיצויים (בגין נזקי הפרתה הצפויים) ותרופות נוספות הקבועות בפרק התרופות. דוגמה אחרת ניתן להביא מדיני עשיית עושר ולא במשפט, המטילים במגזרים השונים חובה להשיב נכסים או טובות הנאה המוחזקים שלא כדין. על אף שחובת ההשבה איננה חובה חוזית¹⁷ ואף

נזיקין חייב לבסס עצמו על אחת מן העולות שפורטו בפקודת הנזיקין; ראו גם ע"א 732/80 ארנס נ' בית אל-זכרון יעקב, פ"ד לח(2) 645, 654: "בידוע הוא, כי רשימת העולות בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] הינה רשימה סגורה".

13 אף כי יש הרואים בה חובה חוזית משתמעת, שתוכנה מוכתב על פי כוונת הצדדים לחוזה. ראו למשל דברי השופט אלון בע"א 391/80 לרסון נ' שיכון עובדים, פ"ד לח(2) 237, 262: "סעיף 39 הנ"ל מבחין וקובע במפורש, כי עקרון תום הלב יש לנהוג לפיו בקיום של חיוב ובשימוש בזכות, ומכאן אתה למד, שאין בכוחו של עיקרון זה כדי ליצור חיוב או זכות שלא באו, על פי הסכמת בעלי הדין, לעולמו של החוזה" (הדגשות במקור).

14 ראו למשל את דברי השופט ברק בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828, 836 (להלן: עניין שירותי תחבורה): "סעיף 39 לחוק החוזים עשוי להטיל על בעלי החוזה חובות נוספות, שזכרן אינו בא בחוזה עצמו... יש המנסים לראות בחובות אלה תניות מכללא בחוזה... אך דומה כי לאור גישתו של חוק החוזים, הקובע כי חובות אלה מקורן בדין, שוב אין לנו צורך בקונסטרוקציה זו"; והשוו לדברי השופט שמגר בד"נ 7/81 פנידר חברה להשקעות פיתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 688: "המקור הפורמאלי של האחריות המוגדרת בסעיף 12 הוא בחוק החרות, היינו בסעיף 12".

15 שלו, לעיל הערה 8, בע' 126. ראו גם הערה 16 להלן.

16 בעניין זה ראו דברי השופט ברק בעניין שירותי תחבורה, לעיל הערה 14, בע' 838-839.

17 זוהי לפחות הדעה המקובלת. ראו למשל דברי השופט ברק בע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין בע"מ נ' הורוביץ, פ"ד לה(3) 533, 541: "אכן, ההשבה קשורה בחוזה וביטולו, אך אין היא נובעת מהחוזה, ואין היא תנאי מכללא בחוזה. ההשבה היא לבר-חוזית, ואין היא יונקת את כוחה מהחוזה, אלא מעיקרון של התעשרות שלא כדין, אשר מצא עתה את מקומו בסעיף 9 לחוק התרופות, והשוו לדברי השופט מצא בע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297, 317: "חובת ההשבה איננה נובעת מן החוזה... אלא מן החוק".

איננה מעוגנת בדיני הנזיקין¹⁸, ניתן יהיה בעתיד לזכות בתרופות על הפרתה מכוח ההוראה הכללית שבסעיף 522.

(ב) ברירת תרופות וצבירת תרופות

עקרון היסוד השני שקובע החלק הכללי בפרק התרופות נועד לתת מענה לשאלת זכותו של הנפגע להעדיף תרופה אחת על פני רעותה (ברירת תרופות)¹⁹ או לתבוע כמה תרופות שונות בשל הפרת חיוב נתונה (צירוף תרופות)²⁰. בחוק החרות אין כיום מענה כללי לשאלות אלה, אם כי אפשרות צירופם של תרופות וסעדים שמקורם בענפי משפט שונים נזכרת בסעיף 77 לפקודת הנזיקין, שכותרתו "אין נפרעים אלא פעם אחת בלבד". סעיפים קטנים ב' ו-ג' להוראה זו שוללים בהתאמה את האפשרות לצרף תרופות נזיקיות בגין מעשה המהווה הפרת חיוב חוזי (או מעין-חוזי) ושנפסקו בגינו כבר פיצויים, או להפך. הפסיקה עסקה בשאלת הזכות לברור תרופות ולצוברן בעיקר בהקשר לתרופות בשל הפרת חוזה. כך פסק בית המשפט העליון בהסתמך על סעיף 2 לחוק התרופות, כי "...אין מניעה, שהנפגע יבור לו את האינטרס שעליו הוא מבקש להגן ואת התרופות הרצויות לו להגנתו..."²¹; ואילו בשאלת הצירוף או הצבירה של תרופות נפסקה כי הנפגע מהפרת חוזה יכול לצרף סעדים כאוות נפשו, כל עוד לא תתקיים סתירה בין התרופות הנדונות, וכל עוד לא יהיה בצירופן כדי להביא ל"כפל

18 שאלה מעניינת היא, אם ניתן לראות בהפרת חובת ההשבה עולה של "היפר חובה חקוקה". הקושי העיקרי בהחלה כזו נובע מכך שעולה נזיקית זו דורשת כי מטרת החיקוק הקובע את החובה תהיה להגן על התובע מפני הנזק שאותו גרמה העוולה. לעומת זאת, תכליתה העיקרית של חובת ההשבה היא לשלול את התעשרות הנתבע. לעניין זה ראו גם הדיון אצל דויטש, לעיל הערה 10, בע' 295–296.

19 בתורת המשפט האנגלו-אמריקנית זכתה הסוגייה של "ברירת תרופות" לדיונים נרחבים. ראו למשל M. J. Tilbury *Civil Remedies* (Sydney, vol. 1, 1990) 19–32 (ch. 2, "Choice of Remedies"); B. G. Fines "The Doctrine of Election of Remedies in Missouri" 63 *U.M.K.C. L. Rev.* (1995) 599 והשוו בעבר Charles P. Hine "Election of Remedies, A Criticism" 26 *Harv. L. Rev.* (1913) 707.

20 בפסק דינו של השופט ברק בד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 270 (להלן: עניין אדרס) הוכרה האפשרות לצרף סעדים מתחומי משפט שונים. לתיאור מאלף של אפשרויות החפיפה בין ענפים שונים של דין החיובים, ולדיון בצורך לקבוע כללי תיאום בין כללים ודוקטרינות מענפים שונים במצבים של תחולה מקבילה ראו את דברי השופט חשין ברע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים, פ"ד נב(4) 289, 317–319; וכן בפסק דינו בע"א 3666/90 מלון צוקים נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 69–72.

21 ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85, 96 (פסק דינה של השופטת נתניהו) (להלן: עניין ליפקין). ראו בדומה גם את דברי הנשיא שמגר בע"א 1846/92 לוי נ' מבט, פ"ד מז(4) 49, 55 (להלן: עניין מבט): "...מעמיד חוק התרופות שורה של סעדים לרשותו של הנפגע ונותן לו, בסעיף 2, את זכות הבחירה ביניהם. נפגע הבוחר בכך יכול לתבוע, מבין הסעדים העומדים לרשותו, כל סעד או צירוף של סעדים, המייצגים את אחד האינטרסים שעליהם בא להגן חוק התרופות."

פיצוי בגין אותו נזק"²², או בניסוח אחר, כל עוד "בצירוף הסעדים אין משום התעשרות שלא כדין של הנפגע"²³.

הקודקס המוצע מעגן עקרונות הלכתיים אלה בקובעו בסעיף 522:

"הנפגע זכאי, עד לקיום מלוא זכותו, לבחור בין תרופות או לצבור אותן, במידה שאינן נוגדות זו את זו..."

בעוד שהסיפה מעגנת את הכלל האוסר על צירוף תרופות הסותרות זו את זו (כדוגמת אכיפת חוזה וביטולו), מבקשת הרישה לבטא — בצורה אלגנטית ומדויקת יותר — את העיקרון השולל צירוף תרופות שיש בהן משום הגנת יתר על אותו אינטרס²⁴. בהיותה קבועה בחלק הכללי של פרק התרופות מבהירה ההוראה כי העקרונות האמורים חולשים לא רק על הזכות לתרופות בגין הפרת חוזה אלא גם על שאלות של צירוף ובחירה בין תרופות שעילתן כמעשי נזיקין (ואף בהפרת חיובים אחרים שבדין). זאת ועוד: ניסוחה הרחב של ההוראה מאפשר לראות בה בסיס לצירופן של תרופות מעילה משפטית אחת לתרופות שמקורן בעילה משפטית אחרת (למשל, צירוף פיצוי חוזי לצו אכיפה של חיוב מדין הנזיקין; צירוף סעד של ביטול חוזה לסעד השבה מדיני עשיית עושר ולא במשפט). צירוף כזה הוא אפשרי ולגיטימי כל עוד אין בו משום הגנת-יתר על האינטרס שעליו בחר הנפגע לקבל תרופה.

(ג) התנאה על תרופות

שאלת האפשרות של צדדים לחוזה להתנות על דיני התרופות איננה מוסדרת בפרק התרופות, ולפיכך לא נרחיב את הדיון בה במאמר זה. עם זאת, כדאי להזכיר כי על פי הדעה הרווחת בפסיקה ובספרות בישראל, דיני התרופות הם בעיקרם דינים מרשים (דיספוזיטיביים), קרי, דינים אשר יחולו בהיעדר התנאה נוגדת של הצדדים²⁵. אין צריך לומר שעיקרון כללי זה כפוף לסייגים שונים הנובעים מהצורך להגביל את כוחם של הצדדים להטיל זה על זה סנקציות מרחיקות לכת מחד גיסא, ולפטור עצמם לחלוטין מעולו של דין התרופות מאידך גיסא²⁶.

22 כלשונו של הנשיא שמגר, בעניין מבט, שם, בע' 55.

23 כלשונו של השופט ברק בעניין אדרס, לעיל הערה 20, בע' 270.

24 הניסוח המוצע מדויק יותר מן העיקרון הכללי הן משום שהוא חל לא רק על צבירת תרופות שמטרתן לפצות בכסף על נזק שארע, והן משום שהוא מבהיר שהחשש איננו מפני פיצוי כפול דווקא אלא מפני כל מצב שבו הפגיעה באינטרס נתון תגרור הגנה תרופתית רחבה יותר מזו הדרושה לשם תיקונה של אותה פגיעה.

25 בניגוד לדעה שגורה, עיקרון הדיספוזיטיביות חל גם בתחום הנזיקין ולא רק בתחום התרופות החוזיות (ככפוף להגבלות הנוגדות את תקנת הציבור). ראו דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (מהדורה שנייה, ג' טרסקי עורך, תשל"ז) (להלן: דיני הנזיקין) 15.

26 לפסיקה רלבנטית ראו עניין ליפקין, לעיל הערה 22, בע' 93–95 (פסק דינה של השופטת נתניהו); ע"א 2454/98 לינדאור נ' רינגל, פ"ד נו(1) 225 (פסקאות 9–17 לפסק דינו של השופט ריבלין).

ד. תרופת האכיפה

התרופה הראשונה הנדונה בפרק התרופות היא תרופת האכיפה. סעיף 524 להצעת הקודקס מורה כי "הנפגע זכאי לאכיפת החיוב...". מהוראה זו אנו למדים כי מדובר בתרופה כללית שלה זכאי כל מי שנפגע מהפרת חיוב. אולם מה טיבה של תרופה כללית זו? האם היא ישימה גם מחוץ לדיני החוזים? האם קיימת מקבילה "נוזקית" לתרופת האכיפה החוזית? ומה בדבר מקבילות לאכיפה בענפים אחרים של דין החיובים? בדברי ההסבר לפרק התרופות לא ניתן מענה, אף לא ברמז, לקושיות יסודיות אלה.²⁷ בשורות הבאות ננסה להשלים חסר זה, וזאת בטרם נעבור לבחינת ההשלכות המעשיות של קביעת דין אכיפה אחיד לכלל דיני החיובים.

1. טיבה של תרופת האכיפה

המושג "אכיפה" משמש בלשון המשפט במוכנים שונים, בהקשרים שונים. במסגרת דיני התרופות מקורו של המושג בחוק התרופות, המעגן את זכותו של הנפגע מהפרת חוזה לאכיפת החוזה.²⁸ חוק התרופות, ובעקבותיו גם הצעת הקודקס, אינם מגדירים את האכיפה אלא מסתפקים בתיאור ארבעת מופעיה: (1) צו עשה; (2) צו לא תעשה; (3) צו לפירעון חוב כספי; (4) צו לתיקון או לסילוק תוצאות ההפרה.²⁹

האכיפה נועדה להגן על אינטרס הקיום או הציפייה (expectation interest) של הנפגע.³⁰ בניסוח אחר, מטרת האכיפה היא להשיב את מצב הנפגע לקדמותו במוכן זה שיש להעמידו, ככל שהדבר ניתן, במצב שבו היה נתון אלמלא ההפרה. לשם השגת מטרה זו די יהיה לעיתים לחייב את המפר לבצע את מה שעליו התחייב או להימנע

27 דברי ההסבר לסעיף 524 מסתפקים בציון העובדה שההוראה "מאחדת את ההוראות השונות המקנות הגנה בעין לנפגע. על פי החוק הקיים, זכותו של אדם להגנה בעין מוסדרת באופן שונה בדיני החוזים (סעד האכיפה) ובדיני הנוזקים (סעד הציוי: עשה ואל תעשה). הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (דברי הסבר לעיון הציבור, תשס"ד, כרך ב) 203. גם פרופסור דויטש בספרו, לעיל הערה 10, אינו דן בשאלה מקדמית זו, והדיון במעמדה הראוי של האכיפה נערך לאור ההנחה כי קיימת הקבלה אנליטית בין האכיפה החוזית לבין הציוי הנוזקי. ראו שם, בע' 301 ואילך.

28 סעיפים 2 ו-3 לחוק התרופות.

29 ראו סעיף 520 לפרק התרופות, והשוו לסעיף 1 לחוק התרופות. יש לציין, שהימנעות מניסיון להגדיר מושגי יסוד מאפיינת את החקיקה האזרחית בישראל, המותירה על פי רוב את מלאכת ההגדרה לבתי המשפט ולספרות המשפטית.

30 ראו למשל דברי הנשיא שמגר בעניין מבט, לעיל הערה 21, בע' 55: "במשפט הישראלי, שבו האכיפה היא התרופה הראשית, אין ספק כי האינטרס המוביל שעליו באים דיני התרופות להגן הוא אינטרס הצפיות...". נימוקים להעדפת מושג ה"קיום" על פני מושג ה"ציפייה" מובאים אצל ד' פרידמן במאמרו "אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה (א' ברק, נ' ליפשיץ, א' פרוקצ'יה ומ' ראבילו עורכים, תשנ"ז) 377, 383–386.

מפעולה בניגוד להתחייבותו. במקרים אחרים יהיה צורך לחייב את המפר לסלק את תוצאות ההפרה. בשני ההקשרים משרתת האכיפה, כאמור, את הצורך בהגנה על אינטרס הקיום של הנפגע, דהיינו, על זכותו להשבת מצב הדברים התקין לקדמותו.

2. ישימות האכיפה מחוץ לדיני החוזים

בדיני הנזיקין הישראליים אין זכר למושג "אכיפה" כסעד או כתרופה בשל מעשה עוולה. אולם מבט קל בפקודת הנזיקין מגלה תרופה המזכירה, לפחות מבחינת מאפייניה הצורניים, את האכיפה החוזית: זוהי תרופת הציווי.

סעיף 71 לפקודת הנזיקין מסמיך את בית המשפט האזרחי "ליתן ציווי בשל עוולה", בין כתרופה עצמאית ובין כתרופה נלווית לפיצויים. בדומה לחוק התרופות אין הפקודה מגדירה את טיבו של הציווי, למעט ההבהרה כי "ציווי יכול שיהיה צו עשה או צו לא-תעשה, לשעה או לתמיד"³¹.

מהי תכליתו של הציווי הנזיקי? העיון בפסיקה ובספרות מלמד כי ההנחה הרווחת לגבי הציווי היא כי תכליתו "למנוע את מעשה העוולה" ולא לתקנו בדיעבד³². ואמנם, במרבית המקרים שבהם נפסק ציווי נעשה הדבר כדי למנוע את המשך התקיימותו של מעשה עוולתי המתמשך לאורך זמן ("עוולה נמשכת") או כדי למנוע מראש ביצועה של עוולה (עוד בטרם התרחשה)³³. במקרים אלה מטרת הציווי היא לאכוף על המעוול בנזיקין לקיים את חיובו הנזיקי, כלומר לחייבו להימנע מביצוע עוולה כלפי הנפגע. עם זאת, כמו בתחום החוזי, גם בנזיקין עשוי הציווי לבוא בדמות צו שתכליתו איננה למנוע (מראש) את מעשה העוולה אלא לסלק (בדיעבד) את תוצאותיו השליליות³⁴.

31 סעיף 72 לפקודת הנזיקין. בדברינו להלן נתייחס אך ורק לתרופת הציווי הקבוע, ולא לציווי לשעה, המהווה סעד זמני שתכליתו שונה מזו של הציווי הקבוע.

32 "הציווי הוא צו שבו מצווה בית משפט על אדם להמנע מעשיית מעשה פלוני או לעשות מעשה אלמוני. ביסוד התרופה מונח רעיון 'המניעה', דהיינו, תכליתו לשים קץ למצב דברים אסור". דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל הערה 25, בע' 544. ראו גם ד' קרצ'מר מיטרדים (ג' טדסקי עורך, תש"מ, מסדרת דיני הנזיקין, העוללות השונות) 149: "תרופה זו... אין היא באה לתקן נזק שנגרם בעבר אלא למנוע המשכו של מצב קיים או גרימת נזק בעתיד."

33 צו זה ידוע בדרך כלל בכינוי צו *quia timet*, ראו ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 851 (להלן: עניין אבנרי).

34 השימוש בצוים מסוג זה הוא נדיר יחסית, בין היתר משום שבמצבים שבהם העוולה כבר התרחשה ניתן בדרך כלל לסלק את תוצאותיה ביעילות מבלי לחייב את המעוול לעשות זאת באופן אישי (למשל, באמצעות צו לפיצויים או צו לכיסוי הוצאות התיקון של תוצאות העוולה בידי צד שלישי). דוגמה טובה לצו אכיפה מסוג זה היא צו הניתן במסגרת תביעות על לשון הרע והמחייב את המעוול לפרסם התנצלות פומבית. התנצלות כזו יש בה כדי לסלק, ולו באופן חלקי, את נזקי העוולה, ומטבע הדברים היא יכולה לבוא רק מהמעוול עצמו. דוגמה אחרת היא צו המחייב נתבע לבצע עבודות במקרקעין שלו עצמו כדי לסלק את תוצאותיה של עוולת מניעת התמיכה ממקרקעין שביצע כלפי התובע. דוגמה קרובה ניתן להביא מרע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (להלן: עניין רוקר), שם ציווה בית המשפט העליון על דייר בבית משותף

עינינו הרואות שמטרת הציווי הנזיקי, ממש כאחותו האכיפה החוזית, היא להגן על אינטרס הקיום של הנפגע. אינטרס זה משמיע לנו כי על המעוול (או המעוול בכוח) לקיים מראש את חיובו (הנזיקי) כלפי הנפגע או בדיעבד, במקרה של הפרה, לפעול לסילוק תוצאות ההפרה ולהעמדת הנפגע, ככל שהדבר ניתן, במצב שבו היה עומד אלמלא הופר החיוב (הנזיקי).

על רקע האמור לעיל ניתן להבין מדוע המהלך הקודיפיקטיבי של האחדת דיני האכיפה החוזית עם דיני הציווי הנזיקי הינו אפשרי, אולי אף מתבקש, לפחות לכאורה. הטעם לכך הוא שטיבה של האכיפה – בחוזים, בנזיקין, וביתר ענפי דין החיובים – הוא זהה: בכל המקרים האכיפה אינה אלא צו שיפוטי המופנה למפר, והמורה לו לקיים (במעשה או במחדל) את חיובו (חיוב חוזי, נזיקי או אחר) או לפעול בדרך אחרת על מנת להעמיד את הנפגע במקום שבו היה עומד אלמלא הופר החיוב³⁵. זהות אנליטית זו בין האכיפה החוזית, הציווי הנזיקי וצווים שיפוטיים לאכיפתם של חיובים אחרים שבדין האזרחי היא העומדת ביסוד ההיתכנות של האחדת דיני האכיפה בהצעת הקודקס האזרחי החדש³⁶.

3. האכיפה כתרופה ראשית – חוזים ונזיקין

(א) הדין הנוהג

נראה כי הפער העיקרי בין דיני האכיפה החוזית לבין דין הציוויים בנזיקין נעוץ בגישתו השונה של המשפט הישראלי לשאלת מעמדן של תרופות אלה. בדיני החוזים אין עוררין על כך שתרופת האכיפה – לפחות להלכה – נתפסת כתרופה ראשית, ראשונה במעלה בחשיבותה, שהנפגע זכאי לקבלה כדבר שבשגרה בכפוף לחריגים ידועים³⁷. שונה המצב בדיני הנזיקין. כאן בהסתמך על המשפט האנגלי שבו מקורו של

לסלק מבנה שבנה שלא כחוק על הרכוש המשותף. בית המשפט ביסס את הציווי על דיני הקניין אך הכיר גם באפשרות לבססו על עילה נזיקית מקבילה של הסגת גבול במקרקעין.
 35 למעשה, גם תרופת הפיצויים באה להגן על אינטרס הקיום ולהשיב את מצב הנפגע לקדמותו אלמלא העוולה. אולם השבה זו איננה השבה "בעין" למצב המקורי אלא השבה מדומה בלבד המתבצעת באמצעות מתן תחליף כספי לקיום החיוב.
 36 היתכנות לכאורית זו איננה מלמדת שאין הצדקה לקיומם של הבדלים כלשהם בין דין האכיפה החוזית לבין דין האכיפה הנזיקית. אולם היא מצביעה על כך שהאחדה מושגית של התרופות ויצירת הקבלה אנליטית בין האכיפה החוזית לציווי הנזיקי היא אפשרית ואף מתבקשת. על הדמיון האנליטי בין האכיפה החוזית לציווי הנזיקי עמד הנשיא מ' שמגר בכתיבתו האקדמית: "צו לא תעשה קלסי – צו המניעה – הוא אחיה התאום של תרופת האכיפה. לשון אחר: צו המניעה הנזיקי הינו אותה גברת הקרויה אכיפה..." שמגר במאמרו, "מגמות במשפט", לעיל הערה 3, בע' 18.

37 "עם חקיקת חוק התרופות הפך סעד האכיפה מסעד משני לסעד הראשון במעלה והראשוני בעדיפות, הנבחנת והנבחרת על ידי בית המשפט" (הנשיא שמגר) בע"א 48/81 פומרניץ נ' ק.ד.ש., פ"ד לח(2) 813, 817; גישה זו אומצה במספר רב של פסקי דין, ראו למשל: ע"א 3380/97

הציווי (injunction) בדיני היושר (equity), השתרשה בפסיקה ובספרות בישראל התפיסה שלפיה תרופת הציווי היא תרופה משנית. תרופה זו כפופה לשיקול דעת רחב של בית המשפט ולשיקולי יושר, ותינתן רק במקרים שבהם הוכיח התובע כי תרופת הפיצויים לא תספק לו הגנה אפקטיבית על זכויותיו³⁸. אמת, תפיסה זו אינה מתיישבת לכאורה עם לשונם המפורשת של סעיפים 3 ו-74 לפקודת הנזיקין. מצירופם של סעיפים אלה עולה כי הנפגע ממעשה עוולה זכאי לקבל ציווי להגנה על זכויותיו, אלא אם כן נתמלאו ארבעת התנאים המצטברים הקבועים בסעיף 74³⁹. אלא שעובדה זו לא מנעה מבתי המשפט מלאמץ, לפחות בשנים הראשונות, גישה שמרנית ומצמצמת בסוגיה זו תוך הסתמכות על המסורת המשפטית האנגלית שבה היה מורגלים⁴⁰.

ציון דרך מרכזי המסמן כרסום משמעותי בגישה המסורתית הוא פסק הדין המפורסם בעניין אתא נ' שוורץ⁴¹. אגב דיון בעוולה של מטרד ליחיד ניתח בית המשפט העליון מפי השופט שמגר את סעיף 74 לפקודת הנזיקין ולאחר דיון מעמיק קבע חד משמעית כי הסייגים העיקריים למתן ציווי קבוע הם אלה הקבועים בסעיף 74 לפקודה. אם לא נתקיימו (במצטבר) ארבעת התנאים האמורים, זכאי הנפגע לציווי

תמגר חברה לבניה ופיתוח נ' גושן, פ"ד נב(4) 673, 688; ע"א 256/89 פרץ נ' כובס, פ"ד מו(3) 557, 565; ע"א 100/87 סלאמה נ' בשר, פ"ד מו(2) 409, 415. הזכות לקיום החוזה בעין קיבלה חיזוק משמעותי על ידי ההלכה שנפסקה בעניין אדרס, לעיל הערה 20, שלפיה הנפגע מהפרת חוזה עשוי בנסיבות מסוימות לתבוע לעצמו את פירות ההפרה.

38 ראו למשל דברי השופט ברק בעניין אבנרי, לעיל הערה 33, בע' 854: "בעוד שבדיני החוזים תרופת הציווי (או בצורה הכללית יותר "האכיפה") היא התרופה הראשונית, הרי בדיני הנזיקין תרופת הציווי היא תרופה משנית. משניות זו מתבטאת בכך, שהציווי יינתן, בדרך כלל, רק אם הפיצוי אינו נותן סעד מספיק להפרה."

39 התנאים הם: (1) הפגיעה בתובע קטנה; (2) ניתנת להערכה בכסף; (3) ניתנת לפיצוי מספיק בתשלום כסף; (4) במתן ציווי יהיה משום התעמרות בנתבע.

40 ראו למשל ע"א 123/50 באורנרוינד נ' דרזנר, פ"ד ה' 1559, 1579: "...כאשר תביעת פיצויים משמשת תרופה מתאימה... מותר לסרב מתן צו מניעה... ענינו של מתן הסעד האמור נתון תמיד בשיקול דעתו של השופט..." (פסק דינו של השופט אגרנט); ע"א 17/62 לטוביצקי נ' לפלר, פ"ד יז 87, 98: "מתן צו-מניעה הוא תמיד ענין לשיקול-דעתו של בית המשפט, ולצורך זה מותר לו להביא בחשבון גורמים שונים, נוסף על מידת הנזק הצפוי, כגון מידת הפגיעה בנתבע, אם יינתן הצו, והתנהגות הצדדים" (פסק דינו של השופט לנדוי). בית המשפט העליון הצדיק את גישתו השמרנית על ידי כך שפירש את סעיף 74 לפקודה באופן המתיר בידיו שיקול דעת לסרב למתן ציווי לא רק בנסיבות הקבועות בסעיף אלא גם משיקולי יושר או שיקולים אחרים. ראו למשל ע"א 354/61 פישר נ' סופר, פ"ד טז 410, 415, שם ציין השופט ברנזון כי לדעתו הסעיף "קובע באיזו נסיבות [כך]! — ג'ש'י"א] לא יוכל בית המשפט לתת צו מניעה, אך הוא אינו מורה באורח חיובי אימתי יש לתת צו כזה". עמדה פרשנית זו אומצה על ידי השופט ברק בעניין אבנרי, לעיל הערה 33, בע' 854. ראוי להזכיר כאן שראיית הביצוע בעין כמשני ביחס לתרופת הפיצויים רווחת במשפט המקובל גם לגבי תרופת האכיפה שבחוזים. גישה זו שלטה גם אצלנו לפני חקיקת חוק התרופות ואפילו כמה שנים לאחר כניסתו לתוקף.

41 ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3), 785 (להלן: עניין אתא).

הבא למנוע את המשך העוולה ואין בית המשפט מוסמך לשלול תרופה זאת ממנו, אפילו נוטה מאזן הנוחות בבירור לטובת הנתבע-המעוול⁴².

אולם דומה שגישתו הליברלית של בית המשפט בעניין אתא לא הכתה שורש בפסיקה ולא שינתה באורח משמעותי את מעמדו של הצייווי בניזיקין כסעד משני הנתון לשיקול דעת שיפוטי רחב. בעניין אבנרי שב השופט ברק והציג עמדה מסויגת למדי לגבי עוצמת הזכות לאכיפה בדיני הניזיקין בקובעו כי שיקול-דעתו של בית המשפט לשלול ציווי אינו מוגבל על ידי סעיף 74 לפקודה ומתבסס בעיקרו של דבר על איזון בין כל האינטרסים והערכים המעורבים בסכסוך הנדון. בכך השיב בית המשפט העליון על כנה, לפחות במידה מסוימת, את הגישה השמרנית הרואה בצייווי בניזיקין סעד משני שאינו עומד בשורה אחת עם תרופת הפיצויים⁴³.

הגישות השונות בסוגיה זו משתקפות גם בערכאות הנמוכות יותר, המסתמכות מעת לעת הן על הגישה המרחיבה שהובעה בעניין אתא והן על הגישה הצרה יותר שהובעה בעניין אבנרי⁴⁴. אמנם בהקשרים מסוימים משקפות הכרעותיו של בית

42 בית המשפט העליון התבסס לא רק על לשונו הברורה של החוק, אלא גם על תפיסתו העקרונית לגבי מהותם של דיני הניזיקין: "מגרעתה של התיזה בדבר מאזן הנוחות כשיקול מכריע היא בכך שעל-ידי יישומה כקריטריון ייחודי, נעלמת היחסיות הנכונה בין משקלו של האינטרס הכלכלי של המעוול לבין זכויותיו של מי שנפגע על-ידי מעשה העוולה. בכך יש כדי לרוקן את האיסור העולה מקיומה של העוולה שבפנינו, במידה רבה, מתוכנו ומייעודו. יש בכך כדי לסכל את מגמתו של המחוקק, אשר כלל את המטרד ליחיד בין אבות הניזיקין...מרכז הכובד בדיני הניזיקין בכלל ובדיני המטרד בפרט, הוא הנפגע והפגיעה אשר בה הוא נפגע ולנקודת ראות זו יש לתת ביטוי נאות... [זוהי — ג'ש' ר"א] נקודת המוצא לבחינתה של התרופה... ולא טיבו ומהותו של הנזק למעוול, שייצור אם ייאלץ להפסיק את מעשה העוולה" (שם, בע' 809–811).

43 ראו דברי השופט ברק בעניין אבנרי, לעיל הערה 33, בע' 854–856: "...זכותו של הנפגע לפיצויים אינה זהה, מבחינת "עוצמתה", לזכותו של נפגע לצייווי. חולשתו זו של הצייווי נובעת מאופיו. ציווי לפגוע לנהוג בדרך מסויימת עשוי לפגוע קשות בחופש האישי שלו ולהוות מעשה התעמרות כלפיו. הוא עשוי לפגוע באינטרס הציבורי. הוא עשוי להכביד על מערכת אכיפת החוק. מטעמים אלה, רוב השיטות המשפטיות, המכירות בזכותו של הנפגע לצייווי, מכירות גם בסייגים המוטלים על זכות זו... הנפגע זכאי לסעד של ציווי. עם זאת, זכותו זו אינה מוחלטת. הצייווי בדיני הניזיקין הוא סעד משני. הצייווי (בחוזים ובניזיקין) הוא סעד הנתון לשיקול דעת שיפוטי... במסגרת שיקול דעת זה, על בית המשפט להתחשב במהותם של האינטרסים הנאבקים על הבכורה ובאיזון ביניהם." ראו גם דבריו לעיל בהערה 38.

44 לתמיכה בגישה המרחיבה ראו למשל ת"א (ת"א) 2032/98 פסיפס אלוני נ' אסולין, תק"מח (2) 3790, 3794 (ניתן צו מניעה קבוע בעוולה של גניבת עין) שם נאמר, בהסתמך על עמדת השופט שמגר בעניין אתא, לעיל הערה 41: "משמצאתי כי המשיבים מעוולים בגניבת עין... וכי עקב מעשי המשיבים נגרמים למבקשת נזקים משמעותיים, הרי שנושא מאזן הנוחות במקרה זה מקבל חשיבות משנה"; והשוו לע"א (ת"א) 1004/89 נעים נ' יחזקאל, תק"מח (2) 830 (להלן: עניין נעים), שם ניתן בעוולת מטרד ציווי קבוע כנגד פעולתה של אוויה שהפיצה ריחות ורעש תוך שבית המשפט מבהיר כי: "...על המערער להוכיח כי נתקיימו התנאים האמורים בסעיף הנ"ל בכדי שתתקבל טענתו שיש לבטל את צו-המניעה שניתן כנגדו." (עם זאת, טענת המעוול ש"יש אינטרס ציבורי בקיום ענף פיתום האווזים" נדחתה לא מטעם עקרוני אלא בהיעדר הוכחה, וטענות להיעדר ניקיון כפיים ותום לב לא נדחו על הסף אלא לגופן). לתמיכה בגישה המצמצמת

המשפט העליון הכרה ברורה יותר בצורך להעניק הגנה בעין לזכויות בנוזיקין⁴⁵. עם זאת, עדיין קשה למצוא בבית המשפט העליון אמירה ברורה שלפיה מעמדו של הציווי הנוזיקי הינו – או למצער צריך שיהיה – זהה למעמדה של האכיפה בדיני החוזים. נהפוך הוא, האמירה הברורה האחרונה שהשמיע בית המשפט העליון בנושא זה בפרשת לוינ' לויין משקפת בבירור את ההנחה המסורתית כי אכן קיים פער של ממש בין מעמדה האיתן של תרופת האכיפה בחוזים לבין מעמדה הנחות יחסית של תרופה זו בדיני הנוזיקין⁴⁶.

(ב) הדין החדש

כאמור לעיל, פרק התרופות מאחד את דיני האכיפה וקובע בסעיף 524 להצעת הקודיפיקציה את העיקרון שלפיו כל מי שנפגע מהפרת חיוב זכאי לאכיפת החיוב, יהא מקורו או סיווגו המשפטי אשר יהא.

אין ספק שעצם ההכרה המפורשת בזכותו של הנפגע מהפרה להגנה בעין על זכותו לקיום החיוב מהווה חידוש משמעותי. החלת הסדר האכיפה החוזית על אכיפתם של חיובים אחרים (בכלל זה החיובים בנוזיקין) תשנה את מעמדה של תרופת האכיפה בנוזיקין ותהפוך אותה מסעד משני לסעד ראשי, הניתן לנפגע בזכות ולא בחסד. אכן,

השוו למשל: ת"א (י"ם) 1755/96 ל.נ.ע. סחר נ' הקק"ל, תק-מח 96(3) 2248, 2253 שם נדחתה בקשה לציווי זמני שיורה לקרן קיימת לישראל לערוך מכרז ולהימנע מלקבל שירותים ממתחרה ונקבע, מפי השופט אליקים רובינשטיין, כי: "מה שיש להכריע בו, בסופו של דבר, לעניין צווי המניעה הוא מאזן הנוחות. נחה דעתי, כי מאזן הנוחות נוטה לטובת המשיבות."⁴⁵ כך למשל, בעניין רוקר, לעיל הערה 34, הוחלט להעניק הגנה בעין לזכותם הקניינית של דיירים בבית משותף כי איש מביניהם לא יסיג גבול ויבנה על דעת עצמו ברכוש המשותף, וזאת למרות שהדבר היה כרוך בהכבדה ניכרת על הנתבעים. שופטי הרוב לא ביססו אמנם את סעד ההריסה שהעניקו לתובעים על העילה הנוזיקית אלא על עילה קניינית המעוגנת בסעיפים 16 ו-17 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. (השופט טירקל אף טרח להבהיר כי העילה המתאימה איננה העילה הנוזיקית, בין היתר כדי להתגבר על הטענה כי הציווי הוא סעד משני בנוזיקין). אולם מבחינה מעשית פסיקה זו שקולה למתן סעד של ציווי בעוולה של הסגת גבול בנסיבות שבהן מאזן הנוחות נוטה לכאורה לטובת המעוול. דוגמה נוספת ליישום הגישה המרחיבה ניתן להביא מע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג(3) 180. באותו מקרה הפך בית המשפט העליון (מפי השופט אנגלרד) החלטה של בית משפט מחוזי והעניק צווי מניעה בעילות של הפרת חוזה וגרם הפרת חוזה תוך שהוא מצייין כי "...השקפת המחוקק היא כי יש מקום לאכיפת חוזה ולצווי-מניעה בנוסף לתשלום פיצויים. כך עולה בבירור מסעיפים 2 ו-3 לחוק התרופות ומן המסורת המשפטית של עוולת גרם הפרת חוזה." (שם, בע' 191).

אלו הם דברי השופט זמיר בע"א 3833/93 לויין נ' לויין, פ"ד מח(2) 862, 877, 879: "...הציווי בדיני הנוזיקין הינו סעד משני, ואילו הציווי בדיני החוזים הינו, מכוח סעיף 3 לחוק התרופות, סעד ראשי או ראשוני. ובכך נבדל גם, במשפט ישראל, דין החוזים מדין הנוזיקין. בנוזיקין נדרש, בדרך כלל, טעם מיוחד כדי שבית המשפט לא יסתפק בסעד של פיצויים וייתן סעד של ציווי, ואילו בחוזים נדרש, בדרך כלל, טעם מיוחד כדי שבית המשפט יימנע מלתת סעד של ציווי."

כוונה כזו עולה במפורש מדברי ההסבר לסעיף 524 המציינים כי "מאחר שאין הצדקה לפיצול בין התחומים, קובעת ההוראה המוצעת דין אחד לחוזים ולנזיקין".⁴⁷ אמנם, שאלת ההצדקה להשוואת מעמדה של האכיפה בנזיקין למעמדה של האכיפה החוזית אינה נקייה מספקות, וניתן להטיל ספק בצדקתו של מהלך זה.⁴⁸ מנסחי ההצעה היו ערים לקשיים בהאחדת דין האכיפה וביקשו לרכך את השפעת ההאחדה על ידי הוספת סייג, השולל את הזכות לאכיפה כאשר "אכיפת החיוב נוגדת את אופיו של החיוב"⁴⁹. סייג זה עשוי לפתוח בעתיד פתח לשימור הגישה השמרנית לאכיפה בנזיקין ולקביעה שיפוטית כי אופי החיוב הנזיקי שונה מאופי החיוב החוזי בהיבטים המצדיקים גישה מצמצמת יותר למתן צווי אכיפה. עם זאת, עצם העמדתה של אפשרות זו כחריג לכלל שעל הנתבע מוטל לשכנע את בית המשפט בהתקיימותו, משנה את נקודת האיזון הנורמטיבית בין השיקולים בעד ונגד הענקת צו לאכיפה. אם בעבר נתפסה האכיפה בנזיקין כתרופה משנית שעל התובע להראות כי מן הראוי לזכותו בה, הרי שבדין החדש יעבור הנטל אל המפר להראות כי אופי החיוב הנזיקי שהופר מחייב הימנעות ממתן הצו. מעבר להכבדה הדיונית שיש בהעברת נטל זה, נראה לנו כי בהינתן האינטרסים והערכים החשובים שעליהם מגינים דיני הנזיקין (שלמות הגוף, שלמות הרכוש, חירות, כבוד, שם טוב ואף אינטרסים כלכליים ונפשיים) לא בנקל ישתכנע בית המשפט כי הוראה לקיים בעין חיוב נזיקי שהופר עומדת בסתירה לאופיו של אותו חיוב (ולאופייה של הזכות התואמת שמולו).

4. סייגי האכיפה

הזכות לאכיפה איננה זכות מוחלטת. בדין הנוהג כיום – הן בחוזים, הן בנזיקין, עשויה הזכות לאכיפת החיוב להישלל מהנפגע מטעמים שונים. בדיני החוזים מעוגנים טעמים אלה בארבעת סייגי האכיפה הקבועים בסעיף 3 לחוק התרופות: חריג הנבצרות, חריג השירות האישי, חריג הפיקוח וחריג הצדק.⁵⁰ לעומת זאת, בדיני הנזיקין לא קיימת תשתית נורמטיבית אחידה להכרעה בשאלת הזכות לאכיפה. כפי שראינו קיימת מחלוקת בשאלה זו, אולם הדעה הרווחת היא כי האכיפה היא סעד שבשיקול דעת הכפוף לאיזון אינטרסים גמיש ולמגוון רחב של שיקולים שלחלקם אין עיגון כלשהו בפקודת הנזיקין. גם בתחום זה מחולל הקודקס המוצע שינוי חשוב, בהחילו את סייגי האכיפה החוזית על כלל החיובים במשפט הפרטי.

47 ע' 203 לדברי ההסבר, לעיל, הערה 27.

48 העמדה התומכת בחיזוק מעמדה של תרופת האכיפה בנזיקין מוצגת, תוך התייחסות נרחבת לטיעוני הנגד האפשריים, על ידי פרופסור דויטש בספרו. ראו דויטש, לעיל הערה 10, בע' 301–307. לדעה שונה ראו לאחרונה מאמרו של גלעד, לעיל הערה 3.

49 סעיף קטן 524(5).

50 ראו בהתאמה סעיפים קטנים 3(1)–3(4) לחוק התרופות.

חשיבות השינוי היא בכמה מישורים. ראשית, מעתה לא רק בתחום החוזי אלא בכל תחום משפטי שבו תועלה תביעה לאכיפתו של חיוב יחויב בית המשפט — והצדדים המתדיינים לפניו — להתבסס על תשתית נורמטיבית אחידה, מוגדרת וידועה מראש. שינוי זה עשוי לשפר במידה לא מבוטלת את הוודאות המשפטית בתחום זה. שנית, האחדת התשתית המושגית של דיני האכיפה תיצור שפה משותפת, וכך תביא לפישוט ההתדיינות בשאלות הקשורות להענקת סעד האכיפה ולקיצורה. שלישית, האחדת התשתית הנורמטיבית תאלץ את בתי המשפט להפנות תשומת לב לקרבה הרעיונית, כמו גם להבדלים אפשריים, בין ענפיו השונים של דין החיובים. פיתוח דיני האכיפה צפוי להיעשות מעתה מתוך הבנה ששיקולים בעד מתן צו אכיפה או נגדו בתחום אחד של דין החיובים משפיעים בפועל — וראוי שישפיעו — גם בתחומים אחרים. ההנחה העומדת ביסוד פרק התרופות היא כי ענפיו השונים של דין החיובים חולקים מאפיינים משותפים חשובים ולכן ראוי עקרונית לאחד את דיני התרופות. אם אכן הנחה זו נכונה — ודיון בשאלה זו חורג ממסגרת מאמר זה — האחדת דין האכיפה עשויה להיות רצויה ומועילה להתפתחותו של הדין⁵¹.

לסיום, ראוי להזכיר שלוש הוראות חדשות הנכללות בסעיף 524 להצעת הקודקס ואשר אין למצוא להן הוראות מקבילות בנוסחו של סעיף 3 לחוק התרופות. ראשית, כפי שכבר הזכרנו, מוצע לעגן סייג נוסף לזכות לאכיפה במצבים שבהם נראה כי מתן צו אכיפה יעמוד בניגוד לאופיו של החיוב. סייג זה פותח בפני בית המשפט פתח לסרב לתביעת אכיפה במקרים שבהם פרשנותם הנכונה של החיוב ושל הזכות התואמת שמולו נראית כשוללת מלכתחילה את זכאותו של הנושה לאכיפה (להבדיל מפיצויים) במקרה של הפרה. כך למשל, כאשר תוכן החיוב הוא חובה לספק טובת הנאה בעלת אופי אישי ורוחני (כמו, חובתו של פסיכולוג לספק ייעוץ פסיכולוגי או חובתו של הורה לספק את צרכיו הרוחניים של ילדו) נראה כי מלכתחילה, מעיקרו של דין, אופי החיוב עומד בסתירה לאפשרות להורות על אכיפתו⁵². שנית, הסייג העיקרי לאכיפה, סייג הצדק, סויג בעצמו בהצעת הקודקס. בשני

51 היתרון שבהאחדת הסדרים דומים מתחומים שונים איננו ייחודי לפרק האכיפה דווקא והוא מאפיין את פרק התרופות כולו, ולמעשה כל מהלך קודיפיקטיבי של האחדה. לסכנות האפשריות הטמונות במהלכי ההאחדה של הצעת הקודקס ראו לאחרונה את מאמרו של דגן, לעיל, בהערה 3. לביקורת על טיעונו של דגן ראו מאמרו של אדר, לעיל, בהערה 3.

52 מקרים אלה נופלים ככל הנראה לגדר סייג השירות האישי המעוגן בסעיף 3(2) לחוק התרופות. עם זאת, אין לשלול את האפשרות שגם חיובים שאינם אישיים ייכללו בקטגוריה חדשה זו. מכל מקום, צפויה להתעורר השאלה אם קיומו של הסייג החדש מייתר את סייג השירות האישי (בהיותו רחב ממנו). לכאורה, נראה כי זו התוצאה המתחייבת מנוסחו המרחיב של הסייג, אם כי ספק אם זו הייתה כוונת מנסחי ההצעה. אגב, לדעתנו ההוראה שקובע הסייג החדש (כמו גם זו הקבועה בסייג השירות האישי) היא מעגלית במידת מה, שכן אם אופי החיוב שולל מלכתחילה, מעיקרא, את האפשרות למתן תרופה של ביצוע בעין, ניתן לגרוס שלמעשה (אם גם לא להלכה) מלכתחילה לא קיימת זכות (אלא רק ציפייה גרידא) לקיומה של ההתנהגות המצופה מהמפר.

מצבים לא יוכלו שיקולי צדק לעמוד כנגד זכותו של הנפגע לאכיפה. המצב הראשון נוגע לחיובים כספיים שמקורם בחוזה (ואשר החיוב השיפוטי לשלם נכלל בהגדרת האכיפה⁵³). הקודקס קובע כי סייג הצדק לא יחול על חיובים כאלה אם הגיע זמן פרעונם, ואם הנושה קיים את חלקו בחוזה בלא התנגדות מצידו של החייב⁵⁴. הוראה זו משנה מההלכה הקיימת כיום, שלפיה מוסמך בית המשפט לשלול את זכותו של נושה לפרעון חובו, אם כי במקרים חריגים בלבד⁵⁵. המצב השני מתייחס למצבים שבהם הזכות שבה פגע המפר היא זכות קניין במקרקעין או במיטלטלין. במקרים אלה, שבהם מגן החיוב על זכות קניין (בקרעקע או בנכס נד) תוחמר ההגנה על החיוב ותישלל סמכותו של בית המשפט להימנע מאכיפת הזכות הקניינית, למעט באותם מקרים שבהם מצא "טעמים מיוחדים לנהוג אחרת."⁵⁶

5. חידושים נוספים בדיני האכיפה

לסיום הדיון בתרופת האכיפה מן הראוי לציין בקצרה ארבעה חידושים נוספים שמביא עימו פרק התרופות.

ראשית, הפרק נותן עיגון חקיקתי לדוקטרינת ה"אכיפה בקירוב" ובכך מסיר את הספקות לגבי מעמדו של מוסד משפטי זה במשפט הישראלי. סעיף 525 קובע בהיעדר זכאות לאכיפה על פי סעיף 524 להצעת הקודקס, זכאי הנפגע לאכיפה מקורבת של החיוב, בהתקיים שני תנאים מצטברים: (1) האכיפה המקורבת אינה משנה ממהותו המקורית של החיוב; ו-2) האכיפה בקירוב אינה עלולה לגרום למפר עוול⁵⁷. התנאי הראשון משקף את ההלכה הפסוקה, ואילו התנאי השני מצרף מבחן שסתום של צדק, המקנה לבית המשפט שיקול-דעת רחב לסרב להורות על אכיפה בקירוב כאשר יש בכך

53 ראו לעיל, טקסט להערה 29.

54 תנאי אחרון זה בא להבטיח כי במצב שבו התנגד החייב לביצוע חיובי הנושה כלפיו (כלומר ביקש להימנע משלול החיוב הכספי לכלל חוב שיש לפרוע) לא תיחסם לחלוטין האפשרות לסרב למתן אכיפה מטעמי צדק.

55 ראו ע"א 3437/93 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל נ' אדלר, פ"ד נד(1) 817, 839. השינוי המוצע בקודקס מאמץ למעשה עמדה שהובעה בספרות המשפטית. ראו ר' סנילביץ "האם אכיפת חיוב כספי יכולה להיות בלתי צודקת?" ספר זיכרון לגד טדסקי: מסות במשפט אזרחי (י' אנגלרד ואח' עורכים, תשנ"ו) 563.

56 לטעמנו, סיפה זו של סעיף קטן 524(ב) (2) מייתרת במידה רבה את ההוראה כולה, שהרי לאור חיזוק מעמדה של הזכות לאכיפה בפרק התרופות ממילא חזקה על בית המשפט כי ישלול את הזכאות לאכיפה בכל מקרה — ולא רק בחיוב לכבד זכות קניין — אך ורק בהתקיים טעמים מיוחדים.

57 הוראה דומה נקבעה בסעיף 200 להצעת הקודקס בהקשר לאכיפה בקירוב במצב של סיכול חוזה. ההוראה קובעת שבמצב כזה לא יחול דין הסיכול אם ניתן לקיים את החוזה בקירוב. ראו לעניין זה, שלו, לעיל הערה 8, בע' 640–641.

משום הכבדה יתרה על המפר⁵⁸. יש לציין שגם הוראה זו, כמו מרבית ההוראות בפרק התרופות, מחילה את עצמה באופן רחב על כל סוגי החיובים ופירוש הדבר כי בדין החדש ניתן יהיה לאכוף במקורב לא רק חיובים חוזיים אלא גם חיובים שמקורם בדיני הנזיקין או בהוראות דין אחרות⁵⁹.

שנית, סעיף 526 להצעה מעגן את סמכותו של בית המשפט ליתן צו אכיפה דחוי, כלומר להורות כי המועד לאכיפת החיוב יהיה מאוחר ממועד פסק הדין. סמכות זו אינה מעוגנת כיום בחוק, למעט במקרים שבהם צו האכיפה ניתן בגין הפרה צפויה עוד בטרם הגיע מועד הקיום⁶⁰. אולם בפועל נעשה בה לעיתים שימוש, ככל הנראה על יסוד הנחה שמדובר בסמכות טבועה של בית המשפט לעכב ביצועם של החלטה או של פסק דין⁶¹. הסמכות ליתן צו אכיפה דחוי נועדה לאפשר לבית המשפט לשקול את האפשרות להיעתר לבקשות של מפריס ל"עכוב ביצוע" של חיוביהם. בקשות מסוג זה עשויות להיות מוצדקות כאשר נראה שעכוב מסוים בביצוע החיוב שהופר לא ירע באופן משמעותי את מצבו של הנפגע אך יחסוך נזק רב מהמפר. הוא הדין כאשר קיום מידי של צו האכיפה איננו אפשרי כלל, שאז עלול המפר להיחשף לסנקציות הקבועות בפקודת ביזיון בית המשפט על הפרת צו שיפוטי.

החידוש השלישי בדין האכיפה נוגע לסמכות להתנות את האכיפה בתנאים. סמכות זו מוכרת כיום בסעיף 4 לחוק התרופות, אולם על פי סעיף זה היא מותנית בכך שהתנאים "מתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין". ניסוח זה עורר קושי בעבר במצבים שבהם ביקש צד לחוזה להתנות את צו האכיפה בתנאי שנראה כמתבקש מנסיבות העניין אך לא דווקא כמתחייב מהחוזה עצמו⁶². על מנת למנוע קשיים

58 השיקול של הכבדה על המפר נשקל באופן מסורתי במסגרת סייג הצדק באכיפה (או במסגרת "מאזן הנוחות" בנוזיקין) אולם כפי שראינו הגישה המרחיבה למתן ציוויים אינה רואה בשיקול זה שיקול מכריע, ואף לא שיקול מרכזי במיוחד (ראו לעיל בטקסט הסמוך להערות 44, 46 והטקסט הסמוך להן). לעומת זאת, בהקשר דנן סביר להניח כי יינתן לשיקול זה משקל מכריע.

59 למשל, כאשר לא ניתן (או לא סביר) להסיר באופן מוחלט הפרעה למקרקעין, במקום להסתפק בתרופת הפיצויים בלבד יוכל הנפגע בנוזיקין לתבוע את סילוק ההפרעה בקירוב (בצירוף פיצויים על ההפרש בין הקיום המלא לקיום המקורב).

60 במצבים אלה למעשה אין מדובר בצו דחוי כלל, שכן הצו מחייב את המפר לקיים את החיוב החוזי במועד המקורי שנקבע לקיומו בחוזה. ה"דחייה" בביצוע היא אפוא למעשה מדומה בלבד – דחייה ביחס למועד פסק הדין להבדיל מדחייה ביחס למועד הקיום המקורי.

61 השוו לתקנות 467, 468 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984. צו אכיפה דחוי ניתן בפסק הדין בעניין אתא, לעיל הערה 41, שם הורה בית המשפט העליון למפעל הטכסטיל להפחית את דרגת הרעש עד לרמה המותרת בחוק אך קבע כי הצו ייכנס לתוקף בתוך 90 יום מיום פסק הדין, זאת על מנת לאפשר למפעל להתארגן ולבצע את השינויים הנדרשים על מנת לקיים את הצו. בית המשפט לא התייחס לשאלת מקור הסמכות לעכב את מועד כניסת הצו לתוקף.

62 סעיף 575 להצעה. דוגמה מובהקת ניתן להביא מע"א 288/80 וינקלר נ' ספיר סודרי, פ"ד לו(2) 365 שם נתגלעה מחלוקת בשאלה אם ניתן להתנות צו אכיפה בחיוב הנפגע לשלם למפר פיצויים על הפרה שבאה מצידו שלו.

פרשניים מסוג זה מרחיבה ההצעה את סמכותו של בית המשפט בהקנותה לו סמכות רחבה להתנות את האכיפה – בכל תחום של דיני החיובים – בכל תנאי שייראה לו כמתחייב בנסיבות העניין.

אחרון, ואולי הבולט מבין החידושים בתחום האכיפה, משתף בהצעת הקודקס לאמץ אל המשפט האזרחי בישראל את תרופת ה-*astreinte* שמקורה במשפט הצרפתי⁶³. תרופה זו, המכונה בפרק התרופות "צו מרתיע", מסמיכה את בית המשפט הנותן צו אכיפה לצרף אליו צו נוסף – מרתיע – שתכליתו לחזק את תמריצי המפר לקיום צו האכיפה. ב"צו המרתיע" רשאי בית המשפט לקבוע כי המפר ישלם סכום כסף בשיעור שייקבע בגין כל יום של איחור במילוי אחר צו האכיפה. אם תיושם באופן ליברלי על ידי בתי המשפט האזרחיים, צפויה הוראה חדשה זו לחזק באופן דרמטי את האפקטיביות של צווי אכיפה שיפוטיים. זאת משום שנוסף לסיכון להרשעה בהליך פלילי של ביזיון בית המשפט חשוף המפר לסכנה שיוטל עליו קנס אזרחי משמעותי⁶⁴. לבסוף, ראוי להדגיש שהצעת הקודקס מעגנת את הצו המרתיע כתרופה אפשרית על הפרת כל חיוב אזרחי, יהא אשר יהא מקורו.

ה. תרופת הפיצויים

החלק המוקדש להסדרת דיני הפיצויים הוא המקיף והנרחב ביותר בפרק התרופות. חלק זה נחלק לתשעה סימנים הכוללים יחד לא פחות משלושים ותשעה סעיפים, חלקם הגדול מפורט למדי ומורכב מכמה סעיפי משנה. כיום מוסדרת תרופת הפיצויים בשל הפרת חוזה בסימן ג' לפרק ב' לחוק התרופות, הכולל שבעה סעיפים בלבד (סעיפים 10–16). בפקודת הנוזיקין מוסדרת תרופת הפיצויים הכללית במסגרת פרק ה' בארבעה סעיפים בלבד (71, 76, 77 ו-86) ובכמה סעיפים נוספים, המסדירים היבטים דיוניים או תביעות פיצוי מיוחדות. פרק הפיצויים החדש מחולל אפוא שינוי חשוב,

63 לדיון במוסד ה-*astreinte* ראו למשל, G.H. Treitel *Remedies for Breach of Contract* (Oxford, 1988) 59–62; P.D.V. Marsh *Comparative Contract Law England, France, Germany* (Aldershot, 1994) 331–332. ראו גם ר' סנילביץ תרופות בשל הפרת חוזה במשפט הקונטיננטלי (תשנ"ז) 22–25.

64 נוסח הסעיף ודברי ההסבר לו אינם מספקים מענה לשאלת זהותו של הנמען שאליו יופנה הסכום שישולם במקרה של הפרת הצו המרתיע. במשפט הצרפתי משולמים כספי ה-*astreinte* לידי התובע-הנפגע (שלא כמקובל לגבי קנסות פליליים המשולמים לאוצר המדינה). הסדר כזה מעורר קשיים מסוימים מבחינה תורתית-עיונית, אך אין ספק כי יש בו כדי לתמרץ נפגעים לעמוד על משמר זכויותיהם ולפעול להבאתם לדין של מי שהפרו צווי אכיפה שיפוטיים. להסבר על אודות הצו המרתיע ראו דויטש, לעיל הערה 10, בע' 367–368, המניח כי כספי הצו המרתיע אכן ישולמו לכיסו של הנפגע.

אולי אפילו דרמטי, ולו רק מנקודת המבט של הפיכתם של דיני הפיצויים בישראל מדינים הלכתיים בעיקרם, לדינים המושגתיים על בסיס חקיקתי רחב. חלק הפיצויים בפרק התרופות מצדיק דיון נרחב ונפרד, שמסגרתו המצומצמת של מאמר זה אינה מתאימה לו. בחרנו לפיכך למקד את סקירתנו בחידושים המבניים והרעיוניים של הפרק. עם זאת השתדלנו להסב את תשומת לב הקורא גם אל החידושים העיקריים של הפרק במישור המהותי.

1. עקרונות כלליים

הפרק נפתח בסימן א' שכותרתו "מטרת הפיצויים ומבחן ריחוק הנזק". סימן זה כולל ארבע הוראות בעלות אופי כללי-עקרוני. ההוראה הראשונה קובעת את זכאותו של הנפגע מהפרת חיוב לפיצויים בשל הנזק שנגרם לו עקב ההפרה⁶⁵. ההוראות השלישית והרביעית קובעות, בסעיפים 533 ו-534 בהתאמה, את מבחני ריחוק הנזק בחוזים ובנזיקין. בניגוד למרבית ההוראות בפרק התרופות משמרות הוראות אלה – ומקבעות – את ההבחנה הקיימת כיום בחוק בין מבחן ריחוק הנזק החל על עילות חוזיות (מבחן הצפיות) לבין זה החל על עילות נזיקין – מבחן המעוגן בסעיף 76 לפקודת הנזיקין⁶⁶. ההוראה השנייה הקבועה בסעיף 532 להצעה היא הוראה חדשה המגדירה את מטרת הפיצויים. וזה לשון ההוראה:

"מטרת הפיצויים בשל הפרה היא להביא את הנפגע, ככל שניתן, למצב שהיה נמצא בו אלמלא ההפרה..."

65 סעיף 531 להצעה. הסעיף אימץ בשינויים קלים את נוסחו של סעיף 10 לחוק התרופות אך השמיט ממנו את החלק הנוגע למבחן ריחוק הנזק, הלא הוא מבחן היצפיות.

66 שאלת תוכן המבחן העולה מסעיף 76 שנויה עד היום במחלוקת וטרם זכתה להכרעה ברורה בפסיקתו של בית המשפט העליון. עם זאת, ההנחה הרווחת בפסיקה היא כי לפחות במסגרת עולת הרשלנות המבחן הקובע בשאלת ריחוק הנזק הוא מבחן הצפיות. עובדה זו מעוררת את השאלה, אשר דיון בה חורג ממסגרת מאמר זה, אם אין הצדקה להאחדה – לפחות חלקית – של מבחני ריחוק הנזק בחוזים ובנזיקין. לאימוץ מבחן הצפיות בפסיקת הנזיקין ראו למשל ע"א 8109/95 קרנית נ' גינת, פ"ד נב(5) 637, 642 (השופט אור): "על שאלת ריחוק הנזק בתביעה לפי חוק הפיצויים חלה הוראת סעיף 76 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (סעיף 4א) לחוק הפיצויים). כאשר מדובר בתביעה בעילת הרשלנות, התפרשה הוראה זו כקובעת את מבחן הצפיות." לביסוס מרשים של הטענה כי בניגוד להנחה הרווחת שאלת המבחן לריחוק הנזק בעולת הרשלנות למעשה מעולם לא הוכרעה בפסיקתו של בית המשפט העליון ראו לאחרונה מאמרו של ר' פרי "הכל צפוי והרשלנות נתונה: עוד על דנ"א 7794/94 רביד נ' קליפורד" משפטים לה (תשס"ה) 359, 406–417. מעניין לציין, שפירוש מבחני ריחוק הנזק בחוזים ובנזיקין מעורר את השאלה מהו מבחן ריחוק הנזק שיחול על תביעות לפיצויים בגין הפרת חיוב מן הדין שאיננו ניתן לסיווג כחיוב חוזי או נזיקי. דא עקא, שאלה זו נותרה בלא התייחסות כלשהי בפרק התרופות. יש לקוות כי היא תזכה להתייחסות בטרם תיכנס ההצעה לתוקף.

סעיף זה הינו בעל חשיבות רבה משני טעמים. ראשית, הוא מעגן עיקרון הלכתי יסודי שלא זכה עד כה לעיגון חקיקתי מפורש. בתחום החוזי קבועה תרופת הפיצויים בסעיף 10 לחוק התרופות. סעיף זה מעגן אמנם את זכותו של הנפגע מהפרת חוזה לפיצוי על הנזק הצפוי שנגרם לו עקב ההפרה, אולם אין הוא מגדיר בלשון ברורה את מטרת הפיצויים. בפקודת הנזיקין לא קיימת הוראה מקבילה לזו הקבועה בסעיף 10 לחוק התרופות אולם הפסיקה קבעה כי מטרת הפיצויים בנזיקין היא להעמיד את הנפגע במצב שבו היה עומד אלמלא העוולה.⁶⁷

שנית וחשוב לא פחות, הסעיף משקף את עמדת הקודקס כי עקרונות היסוד החולשים על פסיקת פיצויים בדיני חוזים ובדיני נזיקין (ולמעשה בדיני החיובים כולם) הם למעשה זהים. בעמדה זו יש משום חידוש, שכן בקרב משפטנים רבים רווחת הנחה שונה, לפיה מטרת הפיצויים בחוזים ובנזיקין שונות הן. בנזיקין, כך מקובל לתאר, מטרת הפיצויים להשיב את מצבו של הנפגע לקדמותו, ולהעמידו במקום שבו היה נתון ערב העוולה. הפיצויים נועדו כביכול להחזיר את הנפגע אחורה בזמן ולהגן על אינטרס ההסתמכות שלו. לעומת זאת, כך רווחת הסברה, מטרת הפיצויים בדיני החוזים שונה היא: תכליתם של אלה היא להגן על אינטרס הציפייה, כלומר להצמיד את הנפגע כביכול קדימה בזמן ולהעמידו במצב שבו היה עתיד להימצא לו קיים החוזה כהלכתו.⁶⁸

67 ראו למשל ע"א 70/52 גרוסמן ואח' נ' רוט, פ"ד ו 1242, 1248 (השופט חשין): "...העיקרון הוא *restitutio in integrum* כלומר, יש להעמיד את הנזיק במידת האפשר במצב שבו היה יכול להישאר אלמלא התאונה"; ע"א 413/64 אברהמי נ' עירית ת"א, פ"ד יט"ד (1) 114, 120 (השופט לנדוי): "העיקרון שעליו מושתתת חובת הפיצוי בנזיקין הוא החזרת המצב לקדמותו, ככל שאפשר להשיג מטרה זו על ידי תשלום כסף..."; ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 772: "העיקרון, שעל-פיו נפסקים פיצויים בנזיקין, ידוע ומקובל. זהו העיקרון של השבת המצב לקדמותו." כמובהר בהמשך הדברים, סעיף 564 המסמיך את בית המשפט לפסוק "פיצויים מוגברים" במקרה של הפרה זדונית עשוי להתפרש כמשקף חריגה מעיקרון בסיסי זה. לדין בתרופה זו ראו להלן סעיף 1.1 למאמרנו.

68 תיאורים מסורתיים מעין אלה, המייחסים לפיצויים בנזיקין את המטרה של הגנה על אינטרס ההסתמכות (לעומת הפיצויים בחוזים המפצים על אינטרס הציפייה) ניתן למצוא בפסקי דין לא מעטים, בהם פסקי דין של בית המשפט העליון, ואף בכתיבה אקדמית. ראו למשל ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, פ"ד נא(1) 68, 81 (להלן: עניין זלסקי) שם מסביר השופט אור כי: "...נועד הפיצוי הנזיקי להחזיר על כנו את הסטטוס קוו אלמלא מעשה העוולה... הוא לא נועד להגשים ציפיות של הנזוק שלא הוגשמו בעקבות מעשה העוולה. מנקודת מבטם של האינטרסים המוגנים על-ידי דיני החיובים השונים... משקף כלל זה הגנה על אינטרס ההסתמכות של הנזוק." בפסק הדין נזכרת בהסכמה דעה דומה שהביע השופט בן-יאיר בע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 118, ושל כותבת ישראלית שהסבירה כי: "לפי הכללים המסורתיים של דיני הנזיקין, הערכת הפיצויים נעשית באופן שמיועד להחזיר את הנזוק למצב בו היה אלמלא בוצעה כלפיו העוולה. פיצויים אלו מכונים פיצויי הסתמכות, להבדיל מפיצויי קיום." ע' בר-שירה התרמית (מהדורה שנייה, בעריכת 'הולצמן-גזית, תשנ"ה) 38. והשוו לדברי השופט ברק בעניין אדרס, לעיל הערה 20, בע' 267: "סעד זה עצמו [ההגנה על אינטרס ההסתמכות — ג'ש ו-יא] עשוי לעיתים להימצא בפיצויים שבדיני הנזיקין... שנועדו

והנה, בניגוד לתפיסה רווחת זו בא הקודקס ומלמדנו כי לאמיתו של דבר עקרון היסוד החולש על פסיקת פיצויים, הן בחוזים, הן בנזיקין, הוא אחד ויחיד: עקרון השבת המצב לקדמותו⁶⁹. עמד על כך באחת הפרשות השופט חשין בלשונו היפה:

"בתשתיתה של שיטת המשפט – של כל שיטת משפט – מונחים עקרונות-יסוד ודוקטרינות השליטים על כל השיטה או על ענפים מסוימים בה; ... אחד מן החשובים בעקרונות אלה הוא העיקרון של השבת מצב הדברים לקדמתו – *restitutio in integrum* בלשונו של המשפט הרומי. עקרון ההשבה לקדמות עיקרון שליט הוא במשפט הפרטי במקרים שבהם מתחוללת הפרת איזון שהמשפט רואה בה הפרת איזון הראויה להתערבותו של המשפט. כך בדיני נזיקין וכך בדיני חוזים, בדיני עשיית עושר ולא במשפט, בדיני הקניין ועוד. אכן, דרכי יישומו של העיקרון שונות הן בענפי משפט שונים... ואולם, עקרון-האב אותו עיקרון הוא"⁷⁰.

אכן, יישומו של עיקרון זה בדיני החוזים שונה מיישומו בדיני הנזיקין, שהרי תוכנו הטיפוסי של החיוב החוזי (קידומה של רווחת הזולת ושיפורו) שונה מתוכנו הטיפוסי

להעמיד את הנזיזוק במצב בו היה נתון ללא מעשה הנזיקין שבוצע בו. "ובהמשך: 'נדיני עשיית עושר ולא במשפט – ג' ש' ו-יא' לא נועדו, כשלעצמם, להשיב את המצב לקדמותו, ובכך להגן על אינטרס ההסתמכות." ההבחנה בין אינטרס ההסתמכות לבין אינטרס הקיום (או הציפייה) מקורה כידוע במאמר המונומנטלי של L.L. Fuller & W.R. Perdue "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L.J.* (1936–1937) 52, 373. לביקורת על הניתוח של מלומדים אלה ראו למשל מאמרו של פרידמן, לעיל הערה 30. והשוו למאמרו של R. Cnaswell "Against Fuller and Perdue" 67 *U.Chi. L. Rev.* (2000) 99.

69 העיקרון של השבת המצב לקדמותו קשור הדוק לרעיון המוסרי בדבר "צדק מתקן". בתיאוריה המודרנית שפותחה על ידי פרופסור Ernest Weinrib מאוניברסיטת טורונטו, תשלום פיצויים בגין עוולה אזרחית אינו אלא אמצעי לסילוק העוול הנורמטיבי שיצרה העוולה ולהשבת שיווי המשקל המוסרי שבין המפר לנפגע על כנו. לא למותר לציין, כי גם לדעת פרופסור Weinrib עקרון הצדק המתקן (ועקרון השבת המצב לקדמותו הנגזר ממנו) הוא עקרון-על במשפט הפרטי, החל הן בדיני נזיקין, הן בדיני חוזים. עמדותיו של Weinrib נפרשו בהרחבה בספרו E.J. Weinrib *The Idea of Private Law* (London, 1995). לבחינת תחולתו ומשמעותו של העיקרון בתחום החוזי ראו למשל: E.J. Weinrib "Punishment and Disgorgement as Contract Remedies" 78 *Chi-Kent L. Rev.* (2003) 55.

70 ע"פ 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 73, 98–99. על כך שמטרת הפיצויים, הן בנזיקין, הן בחוזים, היא למעשה אחת, עמד גם השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 355/80 אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע, פ"ד לה(2) 800, 808 (להלן: עניין אניסימוב), שם הוא מזכיר את: "...העיקרון הידוע של 'החזרת המצב לקדמותו' (*restitutio in integrum*), החל לא רק בדיני החוזים, אלא גם בדיני הנזיקין." והשוו לדברי פרופסור גלעד: "The aim of the law of compensation, in Israeli as well as English law, is *restitutio in integrum*, putting the injured party in the position he was in, or would have been in, had the tort not been committed": I. Gilead "Tort Law" in *The Law of Israel General Surveys* (Jerusalem, I. Zamir & S. Colombo eds., 1995) 275, 475–476.

של החיוב הנזיקי (מניעת פגיעה ברווחת הזולת). אולם אמת המידה שעל פיה פועל הדין למימוש ציפייתו של הנפגע מהמפר היא אחת בחוזים ובנזיקין: זוהי הציפייה (המוגנת בדין) כי החייב יקיים (מראש) את חיובו כלפי הזכאי, וכי במקרה של הפרה יפצה אותו (בדיעבד) ויעמיד אותו, מבחינה כלכלית, במקום שבו היה נתון לו קיים החיוב ולו נתגשמה הציפייה (החוזית או הנזיקית לפי העניין). אמרו מעתה: מטרת הפיצויים בנזיקין ובחוזים היא זהה, והיא אחת: הגנה על אינטרס הקיום.

סימן ב' לפרק הפיצויים, שכותרתו "הוראות נוספות לפיצויים", מוסיף וקובע כמה עקרונות כלליים החלים על כל תביעת פיצויים במשפט הפרטי. העיקרון הראשון, המעוגן בסעיפים 535 ו-536 להצעה, הוא עקרון הקטנת הנזק. בתחום החוזי מעוגן עקרון זה כיום בסעיף 14 לחוק התרופות, ואילו בנזיקין אומץ העיקרון בפסיקה בלא שעוגן פורמלית בפקודת הנזיקין⁷¹. סעיפים אלה מורים כי המפר חיוב (בחוזים, בנזיקין או בדין אחר) יהיה פטור מחבות בפיצויים לגבי נזק שהנפגע יכול היה למנוע או להקטין במאמץ סביר. לעומת זאת, אם עמד הנפגע בנטל הקטנת הנזק, זכאי הוא לשיפוי על הוצאותיו הסבירות, בין אם נשאו מאמציו פרי ובין אם לאו (ואפילו הוחמר הנזק עקב הניסיון להקטנת הנזק)⁷².

העיקרון השני הוא עקרון ההתרשלות התורמת, או האשם התורם. גם עיקרון זה, כאשר יש לו תחולה, פועל להגבלת חבותו של המפר בפיצויים ואף הוא יחול על פי ההצעה הן בחוזים והן בנזיקין⁷³.

סעיף 538 מעגן את העיקרון ההלכתי שלפיו בחישוב הפיצויים בגין נזקו של הנפגע ראוי להתחשב בטובות הנאה שצמחו לנפגע כתוצאה ישירה מהעוולה, ולקזוז מסכום

71 לעקרון הקטנת הנזק בנזיקין ראו למשל: ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45 (פסקאות 5-16 לפסק דינו של השופט ברק).

72 ראו סעיף 536, המבהיר עניין אחרון זה במפורש בקובעו: "נקט הנפגע פעולות סבירות למניעת הנזק או להקטנתו, ופעולות אלה החמירו את נזקו של הנפגע לעומת נזקו אלמלא ננקטו הפעולות, יהיה המפר חייב בפיצויים גם בשל נזק זה."

73 סעיף 537 להצעת הקודקס. הגנת האשם התורם קבועה במפורש בפקודת הנזיקין, בסעיפים 65-68. בדיני החוזים לא הוכרה ההגנה באופן מסורתי, אולם בישראל הכיר בית המשפט העליון באפשרות לעשות בה שימוש גם בתחום החוזי מכוח עקרון תום-הלב. ראו עניין *Eximin*, לעיל הערה 3. ההבדל המדויק בין מוסד האשם התורם למוסד הקטנת הנזק איננו תמיד חד וברור. נראה כי ההבדלים העיקריים בין הדוקטרינות נוגעים הן לאופן שבו פועלת ההגנה על הנזק שלגביו פטור המפר מחובת פיצוי והן למישור התחולה בזמן, דהיינו פרק הזמן שלגביו ניתן יהיה להעלות כלפי הנפגע את הטענה. דיון ביחס בין האשם התורם לבין הקטנת הנזק ניתן למצוא אצל א' פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (תשנ"ז) 18-21. ראו גם דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל הערה 25, בע' 252-255. ראוי לציין כי אף שהגנת האשם התורם חלה במישורין רק בתביעת פיצויים, הרי שאשם תורם מצידו של הנפגע עשוי להשפיע בעקיפין גם על מידת זכאותו לתרופות אחרות, כגון אכיפה, ביטול והשבה (למשל, במסגרת שקילת שיקולי צדק על ידי בית המשפט).

הפיצויים⁷⁴. עיקרון זה נועד למנוע מצב שבו יפוצה הנפגע בסכום כסף שאינו משקף נאמנה את גובה הפגיעה שנגרמה לו. כך יקרה אם גובה הפיצויים יחושב רק בהסתמך על ההשלכות השליליות של ההפרה על רווחתו של הנפגע, תוך התעלמות מהשלכותיה החיוביות. עם זאת, ממש כשם שלעניין קביעת שיעור הנזק ברהפיצוי נדרש הנפגע להצביע על קשר סיבתי ברור בין נזקו לבין מעשה ההפרה, כך יידרש המפר להצביע על קשר סיבתי ברור וישיר בין טובת ההנאה שצמחה לנפגע ושאותה הוא מבקש לקזז מסכום הפיצויים לבין מעשה ההפרה המיוחס לו.

סעיף 541 קובע חריג לכלל ההלכתי הידוע, שלפיו על הנפגע להוכיח לא רק את קיום הנזק אלא גם להביא ראיות על היקפו ועל שיעורו⁷⁵. ההוראה מסמיכה את בית המשפט לפטור את הנפגע מחובת ההוכחה של שיעור הנזק ולקבוע את גובה הפיצויים בדרך של אומדן, כאשר הוא סבור כי הנזק אכן נגרם, אלא שאין אפשרות סבירה להמציא ראיות באשר לשיעורו⁷⁶.

פרק משנה זה מסתיים בהוראות סעיפים 539 ו-540 הקובעות בהתאמה הסדרים לעניין היוון ומיסוי של פסקי פיצויים.

2. פיצויים על נזק גוף

(א) מבוא – המבנה החדש של דיני הפיצויים

בהשראת התפיסה כי ראוי להחיל דין אחד לפיצויים, יהא אשר יהא מקורו המשפטי של החיוב הראשוני שהופר, נמנעו מנסחי חלק הפיצויים מלייחד חלקי-משנה נפרדים לדיון בפיצויים חוזיים, נזיקיים או אחרים. במקום זאת נבחרה חלוקה אחרת: סיווג הדינים על פי מאפיין רלבנטי לצורך הערכת הפיצויים, הלא הוא סוג הנזק או סוג האינטרס שבו פגעה ההפרה. ההצדקה לנקיטתו של סיווג זה ולזניחתה של ההבחנה המסורתית בין "אינטרסים חוזיים" ל"אינטרסים נזיקיים" נדונה במקום אחר⁷⁷. בהקשר זה די להזכיר שבעידן המודרני מגינים בפועל הן דיני החוזים והן דיני הנזיקין על מגוון רחב של אינטרסים ובכלל זה אינטרסים גופניים, רכושיים, כלכליים ונפשיים. לפיכך

74 שאלה זו התעוררה בפסק הדין בעניין זלסקי, לעיל הערה 68. בית המשפט קבע שם, בע' 94, כי: "רק התפתחויות, אשר ניתן לומר כי הן נובעות במישרין מן העוולה... יובאו בחשבון בקביעה אם העוולה גרמה לניזוק נזק."

75 ההלכה נקבעה בעניין אניסימוב, לעיל הערה 70. יצוין, כי לדעתנו יש מקום לעגן כלל הלכתי זה בפרק התרופות, בסמוך להוראה הנדונה המהווה חריג לו.

76 למעשה, חריג זה מעוגן אף הוא בהלכת אניסימוב. ראו דברי השופט ברק שם, בע' 809: "ידועים מקרים, שבהם אין כל אפשרות להעריך את הפיצוי והנזק במידת ודאות מרובה... מקום שהוכח קיומו של נזק, אין באי-האפשרות לחשב אותו בדיוק כדי לדחות את תביעת הפיצויים... כל שנדרש הוא, כי הנפגע-התובע יוכיח את נזקו ואת הפיצוי המגיע לו במידת ודאות סבירה (reasonable certainty), כלומר, באותה מידת ודאות, המתבקשת מנסיבות העניין."

77 ראו אדר, לעיל הערה 3, פרק ב.4 למאמרו.

אין מקום ליצירת הבחנה חדה וגורפת בין דין הפיצוי שיחול על עילות תביעה בניזקין לבין זה שיחול על עילות תביעה חוזיות.

יתרונה של החלוקה המוצעת בקודקס הוא אפוא כפול: ראשית, חלוקה זו מפנה את תשומת הלב לכך שעל הערכת ראש נזק מסוג פלוני בתביעה אזרחית נתונה יחול בדרך כלל דין שונה מזה שיחול על ראש נזק המשתייך לקטגוריית נזקים שונה. שנית, הסיווג החדש צפוי לחדד בקרב שופטים ועורכי-דין את ההבנה שדין הפיצוי החל על תביעת ניזקין אינו שונה, ולמצער אינו צריך להיות שונה מהדין שיחול על תביעה חוזית, כאשר עניינן של התביעות בנזק בעל מאפיינים עובדתיים דומים.

(ב) פיצויים בשל גרימת נזק גוף (למעט פטירה)

נאמן לתוכנה האמורה בדבר הצורך ליצור הבחנות בדיני הפיצויים על פי טיב הנזק או הפגיעה ולא על פי מקור החיוב, מבחין הקודקס בין פיצויים במקרה של פטירה, המוסדרים בנפרד במסגרת סימן ד', לבין פיצויים במקרים אחרים שבהם נגרם נזק גוף, המוסדרים בסימן ג'. נפתח תחילה בקטגוריה אחרונה זו.

ההוראה הראשונה בסימן ג' – הוראת סעיף 542 להצעת הקודקס – קובעת את ארבעת ראשי הנזק הטיפוסיים שבגינם זכאי הנפגע מפגיעת גוף לפיצוי: (1) פיצוי על אובדן כושר השתכרות⁷⁸; (2) פיצוי על הוצאות לריפוי הפגיעה או להקטנת השפעותיה (לרבות הוצאות טיפול רפואי, שיקום, סיעוד, רכישת מכשור מיוחד, וכיו"ב); (3) פיצוי על קיצור תוחלת חייו של הנפגע; ו-4) פיצוי על נזק לא-ממוני שגרמה הפגיעה, ובכלל זה (א) פיצוי על כאב וסבל שגרמה הפגיעה (או גרם תהליך הריפוי המתחייב ממנה), ו-ב) פיצוי על הנאות החיים שנשללו מהנפגע בעקבות הפגיעה הגופנית. יצוין, כי הקודקס אינו קובע את זכותו של הנפגע לפיצוי על נזק תוצאתי אחר (ממוני או לא-ממוני) שנגרם כתוצאה מפגיעת גוף, אך הדעת נותנת כי בכפוף לכללי הסיבתיות וריחוק הנזק אין הנפגע מנוע מלזכות בפיצוי גם על נזקים כאלה, ככל שיעלה בידו להוכיחם⁷⁹.

ההוראה המהותית הנוספת הקבועה בסימן ג' מעגנת את זכותו של מי שנתקצרו

78 הוראת סעיף 543 להצעה מבהירה את טיבו של ראש הנזק של אובדן כושר השתכרות, בקובעה כי המדובר בראש נזק ממוני הכולל הן את הפסד ההשתכרות של הנפגע בפועל (עד למועד שבו מוערך הפיצוי) והן את הפסד ההשתכרות הצפוי להתרחש בעתיד עקב ההפרה.

79 נזק גוף תוצאתי (או עקיף) הוא נזק שבינו לבין פגיעת הגוף הראשונית חוצץ אירוע עובדתי נפרד. לשם הדגמה, נזק ישיר לידו של הנפגע עלול לגרום לו בעתיד לשינוי באורחות חייו (למשל, שינוי מקצוע, שינוי מקום מגורים). שינוי באורח החיים עשוי לגרום אחריו נזק תוצאתי כגון אובדן של פוטנציאל כלכלי שהיה בידי הנפגע בטרם הפגיעה (למשל, היכולת לפתח קרקע שבבעלותו ושנמכרה עקב הפגיעה) או אובדן הזדמנויות ליצירת קשרים עם מוסדות ואנשים, שאיננו ניתן לכימות כהפסד השתכרות. יתרה מכך, השינוי באורחות החיים עשוי מעצם טיבו לגרום נזק תוצאתי של עגמת נפש (זו אינה נכללת בראש הנזק על כאב וסבל וספק אם ניתן לכלול אותה ב"אובדן הנאות חיים").

חייו עקב פגיעת גוף שגרמה הפרת חיוב (והוא לא נפטר עקב כך)⁸⁰ לפיצוי על הפסד הכנסה שיכול היה להפיק אלמלא ההפרה באותן השנים שבהן יכול היה להמשיך לחיות ולעבוד אלמלא נתקצרה תוחלת חייו ("השנים האבודות")⁸¹. על אף שזכאות זו של הנפגע נובעת לכאורה במישורין מהזכות הכללית לפיצוי בגין הפסד כושר השתכרות, לא הכירו בה בעבר דיני הנזיקין במשך שנים רבות ועד לאחרונה⁸². מצב זה השתנה בפסק הדין בפרשת עזבון אטינגר⁸³, שבה בוטלה "הלכת השנים האבודות" ונפסק, לאחר דיון מעמיק בשיקולים הרלבנטיים, כי אין זה ראוי לשלול את הזכות לפיצוי על הפגיעה בכושר השתכרות בשנים האבודות — לא מהנפגע-החי ואף לא מעזבונו⁸⁴. סוגיה נוספת הקשורה לפיצויים על פגיעת גוף (שלא גרמה לפטירת הנזוק) היא סוגיית התשלומים העיתיים. סוגיה זו מטופלת כיום במסגרת הפסיקה בדיני הנזיקין⁸⁵ ותזכה בקודקס להסדרה מקיפה בסימן ה'. הסימן כולל שבע הוראות המעגנות את סמכותו של בית המשפט לבחור לפי שיקול דעתו בין תשלום פיצוי חד-פעמי לבין פיצוי שישולם בדרך של תשלומים תקופתיים ("עיתיים"). שיעור התשלום העיתי ייקבע על-ידי בית המשפט, המוסמך אף לשנות את השיעור מעת לעת, לבקשת כל אחד מהצדדים הנוגעים בדבר⁸⁶.

סוגיה אחרונה שראוי להזכיר בהקשר זה נוגעת לזכות לשיפוי על הטבת נזקי גוף.

- 80 המצב החל במקרה של פטירה מוסדר בסימן ה' לפרק הפיצויים וידון בסעיף הבא.
- 81 סעיף 544 להצעה. הסיפה לסעיף קובעת תנאי מתבקש, והוא שהוצאות שהנפגע היה צפוי להוציא בשנים האבודות ינוכו מסכום הפיצויים.
- 82 ההלכה נקבעה בדעת רוב בע"א 295/81 עזבון גבריאל נ' גבריאל, פ"ד לו(4) 533. יצוין, כי הלכת גבריאל שללה את הזכות לפיצוי על השנים האבודות הן מהנפגע-החי והן מעזבונו (במקרה שהעוולה גרמה למותו).
- 83 ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי, פ"ד נח(4) 486. (להלן: עניין אטינגר).
- 84 לסקירה מקיפה של הלכות הפיצוי בשנים האבודות, לרבות דיון ביקורתי בפסק הדין בעניין אטינגר ראו א' פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר מנשה שאוה — מחקרים במשפט לזכרו (א' ברק וד' פרידמן עורכים, תשס"ו) 143; י' גלעד "בעקבות פסק-דין עזבון אטינגר — לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי 'השנים האבודות'" עלי משפט ד (תשס"ה) 47; ד' מור "הילכת אטינגר — אנטומיה של פסק-דין שנוי במחלוקת" עלי משפט ד (תשס"ה) 101. להצגה תמציתית של השיקולים לכאן ולכאן בסוגייה זו ראו דויטש, לעיל הערה 10, בע' 332-335.
- 85 פסק הדין המנחה המעגן את הסמכות לפסוק תשלום עיתי בתביעות נזיקין ניתן בעניין נעים, לעיל הערה 44, בע' 779-782 (פסק דינו של השופט ברק), ובע' 811 (פסק דינו של השופט שמגר). העיקרון נקלט ומיושם בפועל במקרים רבים. ראו למשל ע"א 2300/92 רחמים נ' גנדלר, תק-על 95(2) 1855, פסקה 11; ע"א 960/02 סביחי נ' הפניקס, תק-על 2003(1) 578. בתחום תאונות הדרכים הוסדר נושא התשלומים העיתיים בחקיקה. ראו סעיף 6 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975 (להלן: חוק הפיצויים), וכן תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עיתיים), תשל"ח-1978.
- 86 מטעמי יעילות וסופיות הדיון קובע סעיף 552(ב) להצעה כי בקשה כזו לא תוגש בטרם חלפה שנה ממועד החלטה קודמת בנושא.

סוגיה זו מוסדרת בסימן ו' לפרק הפיצויים אשר מעגן בתוספות ושינויים קלים את הוראות החוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד–1964 (להלן: חוק הטבת נזקי גוף). חוק זה עוסק במצבים שבהם פעל אדם שלישי לריפוי נזקו של הנפגע, ובכך הפחית לכאורה את סכום הפיצויים הנדרש לתיקון הנזק. החוק הקיים קובע כי בתביעת תיחלוף (סוברוגציה) זכאי המיטיב לבוא בנעליו של הנפגע ולתבוע מאת המפר את הפיצוי אשר לו היה זכאי הנפגע עצמו בגין אותו נזק, אלמלא הוטב⁸⁷. הנקודה העיקרית שבה נבדל ההסדר המוצע מהדין הנוהג היא זו: בניגוד לדין הקיים, זכות המיטיב בדין החדש איננה בהכרח לכל סכום הפיצויים שבו היה מחוייב המזיק אלמלא הוטב הנזק, ואף לא בהכרח לסכום ההטבה עצמה (כלומר סך ההוצאות הסבירות שהוצאו בפועל) אלא רק לסכום המשקף את זכותו של הנפגע לפיצוי. כלומר, המיטיב זכאי לסכום שהיחס בינו לבין סכום ההטבה הוא כיחס בין סך הפיצויים שלהם זכאי היה הנפגע (לו תבע בעצמו את הפיצוי) לבין הסכום המשקף את גובה הנזק שנחסך⁸⁸. חידוש נוסף מתבטא בהטלת חובה על הנפגע להודיע למיטיב על תובענה שהגיש נגד המפר, וזאת על מנת לאפשר לו מבעוד מועד להצטרף כצד מעוניין בתביעה כנגד המפר וכך להשפיע על גובה הפיצויים שייפסקו לטובת הנפגע⁸⁹. הסימן כולל כמה חידושים נוספים, הנוגעים לסייגים לתביעות הטבה ולזכותו של המיטיב לתבוע במישרין את מבטחו של המזיק, זכות הנשללת בהצעה⁹⁰.

(ג) פיצויים בשל גרימת מוות

כאמור לעיל, בעניין עזבון אטינגר הכיר בית המשפט העליון לא רק בזכות הנפגע-החי, כי אם גם בזכותו של העיזבון לפיצוי על אובדן השתכרות בשנים שאבדו לנפגע עקב קיצור תוחלת חייו⁹¹. על החלטה זו נמתחה ביקורת נוקבת ונשמעה הדעה כי לא הטעם של הגנת היורשים, לא הטעם של הגנה על התלויים בנפטר ואף לא טעמים אחרים (כגון הצורך בהרתעת מעוולים) מצדיקים הכרה בזכות העיזבון לפיצוי כאמור

87 ראו סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף.

88 ראו סעיף 557(א) להצעה. על מנת לסבר את העין ניעזר בדוגמה: אם למשל הוטב נזק בסך 100 ש"ח, אולם מטעמים שונים היה הנפגע זכאי בגין אותו נזק לפיצוי של 80 שקלים בלבד (למשל בשל העובדה שחלק מהנזק רחוק מדי או שהיה עליו להקטינו), הרי בהנחה שהמיטיב הוציא 50 ש"ח כדי להיטיב את הנזק האמור (של 100 ש"ח), אין המיטיב זכאי ל-80 ש"ח (כפי שקובע הדין הנוהג) ואף לא ל-50 ש"ח אלא ל-40 ש"ח בלבד (80/100). יש להודות כי נתייגענו לא מעט בירידה לסוף דעתם של מנסחי הוראה זו. נראה שלשון ההוראה איננה מעבירה את כוונת המחוקק בצורה מוצלחת, ודברי ההסבר אף הם אינם תורמים די להבהרת ההבדל בין ההסדר החדש לקודמו.

89 סעיף 559 להצעה. חובה זו היא דוגמה נוספת ל"חיוב מן הדין", שהפרתו עשויה לגרור את כל קשת התרופות בפרק התרופות.

90 לדיון בחידושים אלה ראו ע' 215 לדברי ההסבר, לעיל הערה ??.

91 הערות 85–86 לעיל והטקסט הסמוך להן.

(להבדיל מהכרה בזכות הנפגע-החי לאותו פיצוי)⁹². דעה זו נתקבלה ככל הנראה על דעת רוב חברי ועדת הקודיפיקציה, והיא מעוגנת בסעיף 545. הסעיף הזה קובע את זכאותו הכללית של העיזבון לתבוע בשם הנפגע כל פיצוי שהנפגע זכאי היה לתבוע בשם עצמו על פי כל דין אלמלא נפטר, אך שולל מפורשות את זכות העיזבון לתבוע פיצוי על ה"פגיעה בכושר השתכרותו של הנפטר בעד התקופה שלאחר פטירתו."⁹³ בנוסף לזכות העיזבון לפיצוי במקרה פטירה יעגן הקודקס את זכות התלויים בנפטר לפיצוי על נזק ממון שנגרם או שייגרם להם בשל מותו, ובשיעור שנגרם. על פי ההצעה, בקביעת הפיצוי, הנפסק כיום מכוח סעיפים 78 ו-79 לפקודת הנזיקין, אין להתחשב באפשרות כי בן-זוגו של הנפטר שנותר בחיים ימצא לעצמו בן-זוג אחר בעתיד⁹⁴. חידוש נוסף של הקודקס הוא ההכרה ב"פיצויי שכול", שמטרתם לפצות את קרובי הנפטר (בן זוג, הורים או ילדים) בשל הנזק הלא-ממוני שנגרם להם עקב מות יקירם. שיעור הפיצוי המרבי לכל קרוב מוגבל לפי ההצעה לשליש מתקרת הפיצוי הלא-ממוני הנהוגה בתביעות לפי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ואילו הפיצוי המרבי שבו עשוי המפר להיות מחויב כלפי כל קרובי הנפטר מוגבל עד פי שניים מסכום התקרה האמורה.

לסיכום הדיון בנושא זה יש לומר כי פרט להצגה הבהירה של ראשי הנזק בתביעות נזקי גוף ולחידוש בנושא הפיצוי על הפסד השתכרות ב"שנים האבודות" אין בהסדר המוצע בקודקס משום חידוש מהותי בדיני הפיצויים על נזקי גוף. הצעת הקודקס אף אינה מסדירה שאלות מרכזיות שהתעוררו בפסיקה בנוגע להערכת נזקי גוף, כגון שאלת המתח בין אמת מידה של "פיצוי הוגן" לעומת זו של "פיצוי מלא"⁹⁵; שאלת הזכות לפיצוי על נזק נפשי "ריקושיטי" שנגרם לצד שלישי עקב הידיעה על פגיעת גוף של אדם אחר או הצפייה בה⁹⁶; ושאלת הזכות לפיצוי על "פגיעה באוטונומיה" הכרוכה בנגיעה בלתי מורשית בגופו של אדם⁹⁷ או בגרימת תחושות גופניות שליליות שאינן מלוות במגע גופני כלשהו⁹⁸. עם זאת, כעולה מהדיון שלעיל אין ספק שהצעת הקודקס תורמת רבות לארגון ההסדרים הבסיסיים החולשים על פסיקת פיצויים בשל נזק גוף, ובמקומות לא מעטים אף פועלת לשיפור הדין הקיים, לתיקונו ולעדכונו.

92 גלעד, לעיל הערה 84 בע' 86-87; והשוו גם למאמריהם של פורת ושל מור, לעיל הערה 84.

93 להערכה ביקורתית של ההסדר המוצע בקודקס ראו גלעד, שם, בע' 94-99.

94 סעיף 547 להצעה.

95 למחלוקת בפסיקה בנושא זה ראו עניין נעים, לעיל הערה 44; ע"א 2934/93 סורוקה נ' הבאבו, פ"ד נ(1) 675.

96 ראו בעניין זה את ההלכה המצמצמת שנפסקה בע"א 444/87 אלסוחה נ' עזבון דהאן, פ"ד מד(3) 297.

97 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל חיפה, פ"ד נג(4) 526 (להלן: עניין דעקה).

98 ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק נ' ראבי תופיק, תק-על 2003(2) 1522, 1525 (להלן: עניין תנובה); וראו לאחרונה ע"א 1279/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1), 443, פסקות 18-22 (להלן: עניין אבנעל).

3. פיצויים על נזק רכוש

הערכת הפיצויים בגין גרימתם של נזקי רכוש מעוררת שאלות שונות שהדיון בהן מצדיק התייחסות נרחבת במאמר נפרד⁹⁹. עם זאת, מתחייבת הבהרה קצרה של דילמת היסוד שסוגיה זו מעוררת בטרם ניתן יהיה להבין את תכלית ההסדרים המוצעים בסימן ז' לפרק הפיצויים.

בניגוד למקרה הטיפוסי של פגיעת גוף, פגיעה ברכוש ניתנת לתיקון במקרים רבים. בכך מוגשם עקרון השבת המצב לקדמותו במדויק או לפחות במידה מקורבת. פיצוי הנפגע על מלוא עלויות התיקון מתבקש אפוא לכאורה מעקרון-העל של השבת המצב לקדמותו, בפרט כאשר לנכס משמעות רגשית מבחינת הנפגע¹⁰⁰.

אולם לפיצוי על עלויות התיקון ישנם גם חסרונות. כאשר עלויות התיקון גבוהות מהסכום הדרוש לפיצוי הנפגע על ההפרש בין שווי הנכס לפני הפגיעה לבין שוויו לאחריה, עשויים להיות טעמים להעדיף פסיקת פיצוי בשל הפרש זה על פני פיצוי בשל עלויות התיקון.

ראשית, כאשר התיקון משפר את מצבו של הנכס בהשוואה למצבו טרם הפגיעה, פיצוי על עלות התיקון עשוי להעמיד את הנפגע במצב טוב מזה שבו היה נתון אלמלא ההפרה. מקובל לחשוב כי הנפגע אינו זכאי לכך. פיצוי הנפגע לפי אמת מידה של הפרשי השווי מונע אפשרות זו. בכך מגשימה אמת מידה חלופית זו את עקרון השבת המצב לקדמותו ומונעת מהנפגע להתעשר באופן מופרז על חשבון המפר.

שנית, כאשר עלות התיקון גבוהה במיוחד בהשוואה לשיעור שבו פחת ערכו של הנכס שניזוק, והנכס שנפגע אינו בעל חשיבות רגשית יוצאת דופן, ניתן לטעון שפיצוי בשיעור עלות התיקון מהווה הכבדה מופרזת על המפר, וכרוך גם בבזבוז משאבים חברתיים (אף אם הם משאביו של המפר). כנגד שיקולים אלה ניתן כמובן לטעון, כי תיקון הנכס (ככל שהדבר אפשרי) הוא בגדר זכות מוקנית של הנפגע גם כאשר הדבר יביא לשיפור ברווחתו (שנכפה עליו בניגוד לרצונו), ויקשה על המפר.

אמת מידה שלישית אפשרית להערכת הפיצויים בנזקי רכוש היא זו של פיצוי הנפגע על עלויות רכישת תחליף זהה או קרוב לנכס שנפגע. כאשר תחליף כזה הוא בנמצא ורכישתו זולה יותר מתיקון הנכס, ראוי לאפשר לנפגע – אולי אף ראוי לחייבו – להסתפק בפיצוי על עלות רכישתו של התחליף¹⁰¹.

בית המשפט העליון נתן את דעתו בכמה הזדמנויות לשיקולים שהזכרנו לעיל

99 לדיון אקדמי באחת השאלות שסוגיה זו מעוררת ראו: ע' רוטמן "על שומת הפיצויים בגין מיטלטלין שהושמדו" הפרקליט לט (תש"ן) 435.

100 במצבים אלה עלול פיצוי כספי גרידא שלא להספיק לשם ריפוי הפגיעה הלא-מונית בנפגע, מה גם שהגישה השיפוטית הרווחת כלפי פסיקת פיצוי כזה היא באופן מסורתי מצמצמת למדי.

101 כאשר התחליף טוב יותר בהשוואה לנכס המקורי, שבות ומתעוררות הבעיות שעמדנו עליהן לעיל בהקשר לפיצוי על עלויות תיקון הנכס.

והבהיר כי הבחירה בין אמות המידה הנדונות נתונה לשיקול-דעתו של בית המשפט. על בית המשפט להתחשב בשיקולים שפורטו לעיל תוך הבחנה בין מקרה של אובדן טוטאלי (או כמעט טוטאלי) של הנכס – שאז תיקון הנכס כרוך על פי רוב בעלות גבוהה מזו הדרושה לשם רכישת תחליף דומה – לבין מקרה של פגיעה חלקית הניתנת לתיקון בעלות שהיא סבירה בהתחשב בשווי המקורי של הנכס¹⁰². במקרה האחרון – של פגיעה חלקית הניתנת לתיקון בעלות סבירה – הובהר כי הנפגע זכאי לתקן את הנכס גם אם הדבר כרוך בהעמדתו במצב טוב מזה שבו היה נתון אלמלא העוולה. כל זאת מבלי שהנפגע יהא חייב בקיזוז התועלת שצמחה לו בעל כורחו (ככל שצמחה) אגב המהלכים לתיקון העוולה. במקרה של אובדן טוטאלי של הנכס, לעומת זאת, אין הנפגע זכאי לפיצוי על עלויות התיקון אולם זכאי הוא לפיצוי על עלויות רכישתו של תחליף דומה, וזאת גם אם הדבר יעמידו במצב של פיצוי-יתר. ובלשונו של בית המשפט:

”... יש להשתדל להגיע לתוצאה, אשר אינה פוגעת בנתבע באופן בלתי פרופורציונאלי ואשר אינה מאפשרת התעשרות בלתי סבירה של התובע. אולם, נראה לי, כי אם צריך משהו לסבול כתוצאה מן הנזק שאירע, סביר יותר שהנזק יפול על שכם הנתבע, האחראי למעשה העוולה, מאשר על התובע, קורבן העוולה”¹⁰³.

על רקע דברים כלליים אלה נוכל לפנות עתה לבחינת ההסדר החדש המוצע בקודקס. נקדים ונאמר, כי אף שבית המשפט העליון התווה את הכיוון הכללי לפתרונות שיש לנקוט בתחום הערכת נזקי הרכוש, הרי שככלל הדיון בסוגיה אינו שכיח, ומכל מקום עד כה טרם זכתה השאלה להסדרה חקיקתית. יתר על כן, בעוד שהפסיקה דנה בסוגיה בהקשר לדיני הנזיקין בלבד, יחולו הסדרי הקודקס על כל תביעה אזרחית שעניינה נזק רכוש שנגרם עקב הפרת חיוב.

ברוח הפסיקה שעסקה בסוגיה מבחין הקודקס בין שני מצבים בסיסיים: מצב שבו ניתן לתקן את הנכס שניזוק בעלות סבירה, ומצב שבו הדבר אינו אפשרי. במצב הראשון זכאי הנפגע מכוח סעיף 562 להצעה לפיצוי על עלות התיקון של הנכס ועלות התאמתו לשימוש חוזר¹⁰⁴. בנוסף, כאשר אין בתיקון כדי לבטל לחלוטין את

102 פסק הדין המנחה הוא עדיין ע"א 273/80 מדינה נ' כהן, פ"ד לז(2) 29 (פסק דינו של השופט בך) (להלן: עניין מדינה). לניתוח מאיר עיניים ראו גם רע"א 2672/96 מדינת ישראל נ' קיבוץ חפץ חיים ואח', פ"ד נב(2) 247 (פסק דינו של השופט ש' לוי).

103 דברי השופט בך בעניין מדינה, שם, בע' 49. עם זאת, בית המשפט הדגיש בסמוך לדבריו אלה, כי זכותו של הנפגע לתיקון או לרכישת תחליף אינה בלתי מסויגת, וכאשר ההוצאה הכרוכה ברכישת תחליף אינה מידתית לערך הנכס שנהרס מן הראוי לשקול אמת-מידה של פיצוי על ירידת ערך הנכס.

104 סעיף קטן 562(א)(1).

פחיתת שווי הנכס, זכאי הנפגע בנוסף לעלות התיקון גם לפיצוי בשיעור ההפרש שבין שווי הנכס המקורי לבין שווי לאחר התיקון¹⁰⁵. כאשר הפגיעה ברכוש פגעה ביכולתו של הנפגע להפיק תועלת חומרית (ואולי אף רוחנית) מהנכס בתקופה שעד להחזרתו לתקינות (או אף לאחר התיקון) יהיה הנפגע זכאי לצרף לשני ראשי הנזק הישירים הנזכרים לעיל גם תביעה לפיצויים בגין נזק תוצאתי זה¹⁰⁶.

במצב השני, שבו עלות התיקון של הנכס אינה סבירה, קובע סעיף 561 להצעה כי הנפגע זכאי לפיצוי שיאפשר לו לרכוש תחליף זהה או דומה לנכס שאבד או ניזוק, ולהתאימו לשימוש שנעשה בנכס שניזוק¹⁰⁷. בנוסף, כמו במצב הראשון שבו עלות התיקון סבירה, זכאי הנפגע לפיצוי על ההפסד העקיף שבאובדן האפשרות להפיק תועלת מהנכס שניזוק.

עם זאת, הצעת הקודקס נבדלת מהדין הנוהג בשתי נקודות חשובות. ראשית, הקודקס מגביל את סך הפיצויים הכולל שניתן לפסוק במצב של נזק שניתן לתקנו בעלות סבירה, וקובע כי סך זה לא יעלה בשום מקרה על סך הפיצויים שניתן היה לפסוק לנפגע אילו העדיף (ואילו רשאי היה) לרכוש נכס חלופי במקום לתקן את הנכס המקורי שניזוק¹⁰⁸. הטעם להגבלה זו הוא הטעם העומד בבסיס ההכרה בנטל הקטנת הנזק: אין מקום לפצות את הנפגע על הוצאות שהוציא להטבת נזקו אם יכול היה להיטיב נזק זה בהוצאה קטנה יותר¹⁰⁹.

שנית, הקודקס קובע כי במצבים שבהם תיקון הנכס הוא אפשרי וסביר, ראש הנזק הבסיסי של עלות התיקון "לא יעלה על פחיתת הערך שנמנעה כתוצאה מהתיקון"¹¹⁰. בכך מטילה הוראת הקודקס מגבלה נוספת, חמורה אף יותר, על זכותו של מי שרכשו נפגע לפיצויים בגין עלות התיקון: פיצוי כזה יינתן לאותו אדם אם ורק אם אין הוא עולה בשיעורו על התועלת הכלכלית שבתיקון, הנמדדת בתורה על פי ההפרש בין שווי הנכס לפני התיקון לבין שווי לאחר השלמתו. לשם הדגמה, אם ערכו של נכס השווה 100 שקלים פחת ל-80 שקלים עקב ההפרה, וניתן לתקנו תיקון מלא בהוצאה של 50 שקלים, לא יהיה הנפגע זכאי אלא לפיצוי בסך של 20 שקלים. הגבלה זו שמציע הקודקס היא מרחיקת לכת, שכן היא מרוקנת למעשה מכל תוכן את זכותו של הנפגע לפיצוי על עלויות התיקון, בהכפיפה אותה הלכה למעשה לאמת המידה של פיצוי לפי הפרשי

105 סעיף קטן 562(א)(2).

106 סעיף קטן 562(א)(3).

107 סעיף קטן 561(1).

108 סעיף קטן 562(ב).

109 הנחת המנסחים הייתה ככל הנראה שרכישת תחליף זהה או דומה הינה בהכרח שקולה או עדיפה על תיקון הנכס המקורי, ומכאן שאין היגיון לאפשר לנפגע לבחור בדרך יקרה יותר להשגתה של תוצאה שקולה או גרועה יותר. לדעתנו, הנחה זו איננה משקפת בהכרח את המציאות, בפרט במצבים שבהם לנכס המקורי יש ערך רגשי או שבהם למרות הדמיון בין הנכס המקורי לנכס התחליפי, קיים ביניהם עדיין הבדל איכותי.

110 סעיף קטן 562(א)(1) סיפה.

שווי¹¹¹. ספק רב בעינינו אם הגבלה כזו היא ראויה, בפרט במתכונת הנוקשה והגורפת שבה היא מנוסחת בהצעת החוק. מכל מקום, נראה שההסדר המוצע אינו מתיישב עם התפיסה השלטת כיום במשפט הישראלי, שלפיה אין בתשלום פיצויים משום תחליף לקיום חיובים ולפיה אם נדרש כי מישהו ישלם מחיר על-מנת שניתן יהיה להשיב את מצב הנפגע לקדמותו ביעילות, הרי זה המפר ולא הנפגע¹¹². סיכומו של דבר, אם יאומץ הסדר זה כלשונו יהיה בכך כדי לחולל שינוי משמעותי בדין הנוהג כיום לעניין הערכתם של נזקי רכוש.

4. פיצויים על נזק לא-ממוני

עקבי השיטת הסיווג שתוארה לעיל מסדיר הקודקס את נושא הפיצויים בגין נזק נפשי או רוחני ("לא-ממוני") בסימן נפרד, הלא הוא סימן ח'. בסימן זה קבועה הוראה אחת ויחידה. הוראה זו מאחדת את הדין החל במשפט האזרחי כולו על פסיקת פיצויים בשל נזקים לא-ממוניים שאינם תוצאה של פגיעת גוף¹¹³. ביחס לנזקים מסוג זה קובעת ההוראה הנדונה כי ההחלטה אם לפסוק פיצוי ובאיזה שיעור נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. מכאן אנו למדים כי בניגוד לסבל הנגרם כתוצאה מפגיעת גוף, אין לנפגע זכות מוקנית לפיצוי בגין נזקים לא-ממוניים, אלא שעליו לשכנע את בית המשפט כי ראוי בנסיבות העניין לפסוק לו פיצוי בגינם. בדומה למצב הקיים כיום, אין ההצעה קובעת שיקולים מנחים להכוננת שיקול-הדעת השיפוטי. בכך מאמץ הקודקס את גישתו של סעיף 13 לחוק התרופות ומחיל אותה על כלל החיובים במשפט הפרטי¹¹⁴.

111 פגיעת ההסדר המוצע בנפגע תהיה חמורה במיוחד אם ה"תועלת" המיוחסת בסעיף לתיקון תתפרש באורח מצמצם כתועלת חומרית בלבד, הנמדדת על פי אמות מידה אובייקטיביות, להבדיל מתועלת רוחנית העשויה לנבוע מתיקון נכס בעל ערך רגשי, סובייקטיבי.

112 ראו דברי השופט בך המצוטטים לעיל בטקסט להערה 103.

113 כפי שראינו, על נזק נפשי שנגרם כתוצאה מנזק גוף זכאי הנפגע לפיצוי מכוח סעיף קטן 542(3)(א). ראו לעיל הטקסט העוקב להערה 78.

114 בדיני הנזיקין קיימים הסדרים שונים בנושא זה, בהתאם לסוג העוולה. כך למשל בעוולות של פגיעה בפרטיות ולשון הרע פסיקת פיצוי בגין נזק לא-ממוני טהור (שאינו נספח לפגיעת גוף או רכוש) נעשית כדבר שבשגרה. מעבר לכך, הנושא אינו מוסדר בפקודת הנזיקין, למעט קביעתו של סעיף 2 לפקודה כי בהגדרת נזק נכללים בנוסף לאובדן חיים, נכסים, נוחות ורווחה גופנית, גם פגיעה בשם הטוב ו"וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה". בית המשפט העליון פירש מושג זה באופן מרחיב וקבע כי במסגרת עוולת הרשלנות זכאי הנזוק עקרונית גם לפיצוי על נזק לא-ממוני טהור. עם זאת, הובהר שלא כל נזק לא-ממוני הנגרם כתוצאה מהתרשלות הוא בר פיצוי, וכי הדבר תלוי בקיומם של חובות זהירות מושגית וקונקרטיה במקרה הנדון, ובהתקיימות מבחני הסיבתיים המשפטית בין התרשלות לבין הנזק הלא-ממוני. ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 140-142. פסיקה חדשה של בית המשפט העליון מלמדת על מגמה להרחיב את קשת המצבים שבהם יוכר נזק לא-ממוני טהור כבר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות. ראו את פסקי הדין בעניין דעקה, לעיל הערה 97, עניין תנובה, ועניין אבנעל, לעיל הערה 98.

5. פיצויים ללא הוכחת נזק

גם בתחום הפיצוי ללא הוכחת נזק אין למצוא חידושים מהותיים בפרק התרופות. סימן ט' מאמץ לעניין זה בלא שינוי של ממש את הוראות חוק התרופות המכירות בזכותו של הנפגע מהפרת חוזה לפיצויים מוסכמים ולפיצויים בלא הוכחת נזק מכוח הדין. פיצויים מוסכמים הם פיצויים ללא הוכחת נזק ששיעורם נקבע בחוזה בהסכמת הצדדים, זאת בכפוף לסמכותו של בית המשפט על פי סעיף 15(ב) לחוק התרופות להפחיתם, אם מצא ששיעורם מופרז (בהתחשב בשיעור הנזק שהיה צפוי באופן סביר בעת הכריתה). אשר לפיצויים בלא הוכחת נזק מכוח הדין, מבחין סעיף 11 לחוק התרופות בין פיצוי הניתן בגין הפרת חיוב כספי לבין פיצוי הנפסק בגין הפרת חיוב לספק או לקבל נכס או שירות. במקרה הראשון יינתנו פיצויים בשיעור הריבית על סכום החוב; במקרה השני ייפסקו פיצויים רק אם החוזה בוטל כדין בעקבות ההפרה, ובשיעור ההפרש בין שווי השוק של הנכס או השירות לבין התמורה שנקבעה עבורו בחוזה¹¹⁵. סעיף 12 לחוק התרופות מעגן את זכותו של הנפגע להעדיף תביעת פיצויים בהוכחת נזק (לפי סעיף 10 לחוק התרופות) אולם במקרה שבו התמורה הנגדית קלושה (או שאין תמורה בגין החיוב שהופר) רשאי בית המשפט להגביל את סכום הפיצויים באופן שאלה לא יעלו על שיעור הפיצוי המתחייב מסעיף 11 לחוק. סעיפים 565–569 להצעת הקודקס מאמצים את הסדרי הפיצוי האמורים בלא כל שינוי מהותי. יש לזכור שסימן ח', כמו מרבית הסימנים בפרק התרופות, חל על כלל החיובים במשפט הפרטי. משמעות הדבר היא כי בדין החדש ניתן יהיה לזכות בפיצוי ללא הוכחת נזק בגין הפרת חיוב כספי גם אם חיוב זה איננו נובע מחוזה (למשל, חיוב על פי פסק דין או על פי חיקוק). לעומת זאת, ההוראה הנוגעת להפרת חיוב לספק נכס או שירות לא הוחלה על חיובים שמקורם אינו בחוזה (למשל, הוראת דין המחייבת גוף מסוים לספק או לקבל נכס). בדומה, ניתן יהיה לפסוק לנפגע מהפרת חיוב פיצויים מוסכמים גם כשהחיוב שהופר איננו חיוב חוזי, ובלבד שעל פי פרשנותו הנכונה של החוזה הוראת הפיצוי המוסכם חלה במקרה כזה¹¹⁶.

1. תרופות נוספות

התרופות העיקריות במשפט האזרחי הן ללא ספק תרופות האכיפה והפיצויים, המגינות על אינטרס הקיום של הנפגע. לפי פקודת הנזיקין, אלו הן למעשה התרופות היחידות

115 ראו בהתאמה סעיפים 11(א) ו-11(ב) לחוק התרופות.

116 למשל, הצדדים יכולים לקבוע כי במקרה שתבוצע עוולה נזיקית כנגד אחד מהם (הסגת גבול, לשון הרע וכיו"ב) יהיה הפיצוי בשיעור מוסכם שנקבע מראש בחוזה. הוראה כזו יכולה להיאכף גם כיום מכוח היקש מסעיף 15 לחוק התרופות.

שלהן זכאי הנפגע ממעשה עוולה¹¹⁷. אולם בצידין של תרופות אלה מכיר המשפט האזרחי בישראל בתרופות נוספות העשויות לעמוד לרשות הנפגע במקרה של ביצוע עוולה או הפרת חוזה. פרק התרופות בקודקס האזרחי המוצע מעגן שתיים מתרופות אלה – תרופת הצו המרתיע ותרופת התשלום העונשי ("פיצויים עונשיים") – וקובע את תחולתן האפשרית על הפרת חיובים בכל ענפי דיין החיובים¹¹⁸. כמו כן קובע הפרק ארבע תרופות, הישימות בעיקר בהקשרים חוזיים. אלה הן תרופות הביטול, ההשבה הבאה בעקבותיו, תרופת הניכוי מהמחיר ותרופה חדשה – תרופת ההשעיה. הצו המרתיע נדון על ידינו לעיל. בפרק זה נדון בתרופות הנותרות.

1. תשלום עונשי ("פיצויים עונשיים")

בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות דוקטרינת התשלומים העונשיים (punitive damages) – המכונה בישראל "פיצויים עונשיים" – היא מוסד מוכר ומבוסס במשפט הפרטי¹¹⁹. התשלום העונשי הוא סכום כסף שבית המשפט האזרחי מוסמך להורות לנתבע לשלם לתובע מתוך מטרה מוצהרת להעניש ולגנות את הראשון על התנהגותו המחפירה כלפי האחרון. מוסד זה התפתח במשפט המקובל החל במאה ה-18, והוא מהווה חריג מובהק לעיקרון הידוע שעל פיו מטרת התרופות במשפט האזרחי איננה להעניש את המפר אלא לפצות את הנפגע ולתקן את מעשה העוולה¹²⁰.

117 כמפורט בפרק ה' לפקודת הנזיקין.

118 הדיון בתרופת הצו המרתיע נערך במאמרנו בהקשר לתרופת האכיפה, ראו לעיל טקסט להערות 63–64.

119 המושג הרווח בישראל לתיאור דוקטרינה זו הוא "פיצויים עונשיים" (או "פיצויים לדוגמה"), אולם מושג זה משקף טעות לשונית מובהקת: ראשית, מבחינה לשונית המושג "damages" משמעו בשפה האנגלית בהקשר זה תשלום כספי ולא פיצוי על נזק; שנית, כיום קיים קונצנזוס שה"פיצויים" העונשי איננו פיצוי כלל, ומטרתו להעניש את המפר להבדיל ממטרה של פיצוי הנפגע. עניין זה מובהר בחיבורו של י' אדר "התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים" (חיבור לתואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ד) 2. המונח המתאים בעינינו הוא אפוא לא "פיצויים עונשיים" אלא "תשלום עונשי" (או תשלומים עונשיים). לדיון מפורט בהגדרת התשלום העונשי, ובהבחנה בין מוסד משפטי זה לדוקטרינות אחרות בעלות היבטים עונשיים ראו פרק א' בחיבורו של אדר.

120 בית המשפט העליון שב ומדגיש עיקרון זה מעת לעת בדונו בעקרונות היסוד של הפיצויים בחוזים ובנזיקין. בנזיקין ראו למשל עניין נעים, לעיל הערה 44, בע' 775 (פסק דינו של השופט ברק): "מטרת הפיצוי היא השבת המצב לקדמותו. אין הפיצוי בא להעניש את המזיק, ואין הוא בא ליתן ביטוי לרגשי הזדהות או סימפאטיה והבנה לניזוק." עניין עזבון גבריאלי, לעיל הערה 82, בע' 548 (פסק דינו של השופט ברק): "...נקודת המוצא העקרונית, כי מטרתם של הפיצויים בדיני הנזיקין היא תרופתית ולא עונשית...". ראו גם ג' קלינג "אכיפת הוראות ענשיות באמצעות דיני הנזיקין" הפרקליט לא (תשל"ז) 431, 431: "פיצויים עונשיים הינם דבר חריג באשר יש בהם משום ערבוב התחומים בין המשפט האזרחי שתפקידו לפצות לבין תפקידו של המשפט הפלילי להעניש ולהרתיע." בחוזים ראו שלו לעיל הערה 6, בע' 576: "מטרת הפיצויים היא

הקודקס האזרחי מבקש ככל הנראה להכיר בתשלום העונשי כתרופה אזרחית שבית המשפט יהיה מוסמך עקרונית לפסוק בכל תביעה אזרחית שבה תגלה הפרת זכויות מקוממת במיוחד. סעיף 564(א) לפרק התרופות קובע בזו הלשון:

”בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון, כשעיקר כוונתו של המפר היתה הפגיעה בנפגע.”

אם אמנם ביקשה הוועדה לעגן בשיטתנו את מוסד התשלומים העונשיים – ודומה שכך עולה בבירור מתוכן ההוראה¹²¹ – תמוה הדבר שהוראה זו מוקמה בסימן ט' שכותרתו "פיצויים ללא הוכחת נזק", שהרי תשלומים עונשיים אינם פיצויים כלל¹²². כך או כך, אם אכן זו הכוונה, מדובר בשינוי חשוב בדין הקיים, וזאת מכמה טעמים. ראשית, מוסד התשלומים העונשיים מוכר כיום בשיטתנו בדיני הנזיקין בלבד, וההוראה תרחיב את תחולתו למשפט האזרחי כולו. שנית, פסיקת תשלום עונשי בלא הוראת חוק מפורשת מעוררת קושי במישור החוקתי, שכן יש בה משום פגיעה בקניינו (ואולי אף בכבודו) של המפר ובתור שכזו עליה להיעשות בחוק או על-פי הסמכה מפורשת בחוק¹²³. מתן עיגון חקיקתי לדוקטרינה זו יש בו אפוא כדי לחזק את מעמדה ולחסנה, לפחות חלקית, מפני תקיפה חוקתית¹²⁴. שלישית, לא למותר להדגיש כי ההוראה הקיימת מטילה מגבלה שאיננה מוכרת במרבית שיטות המשפט המכירות בתשלומים עונשיים, בקובעה כי ניתן לפסוק תשלום עונשי רק כאשר מטרתו העיקרית של המפר הייתה לגרום סבל לנפגע. מגבלה זו מצמצמת באופן משמעותי ביותר את היקף תחולתה של הדוקטרינה, ומונעת את האפשרות להיזקק לה כאשר מטרתה העיקרית של ההפרה הזדונית הייתה להפיק רווח כלכלי (ולאו דווקא להתעמר בנפגע)¹²⁵. מגבלה

לפחות את הנפגע על נזק שנגרם או פוטנציאל שאבד... ולא להעניש על עוול שנעשה...". כן ראו ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי ואח', פ"ד לה (4) 31, 41 (פסק דינו של השופט ברק): "...מטרת הפיצוי היא החזרת המצב לקדמותו, ואין מטרתו הענשת המפר. בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת סעיף 13 לחוק התרופות על בית המשפט לשאוף לפיצוי הנפגע, ולא להענשת המפר." מסקנה דומה עולה בבירור מדברי הפרשנות של דויטש לסעיף זה בספרו הנ"ל בהערה 10, בע' 363–359.

122 ראו לעיל הערות 119–120 והטקסט הסמוך להן. תמוהה לא פחות היא העובדה שכותרת הסעיף ואף דברי ההסבר לו מבהירים כי המדובר ב"פיצויים מוגברים". המושג "פיצויים מוגברים" הוא תרגום של המושג האנגלי aggravated damages. מושג זה לקוח מהמשפט המקובל ומתאר מוסד משפטי שתכליתו העיקרית הינה פיצוי ולא ענישה (וזאת במובחן ממוסד התשלומים העונשיים). לדיון במוסד זה ראו אדר, לעיל הערה 119, בע' 8–10. מכל מקום, פיצויים מוגברים אינם פיצויים ללא הוכחת נזק אלא פיצויים בגין נזק שיש להוכיח את קיומו ואת שיעורו.

123 כמצוותו של סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

124 לדיון באפשרויות תקיפה אלה ובתשובות אפשריות להן ראו אדר, לעיל הערה 119, בע' 103–107.

125 המבחנים המקובלים מסתפקים על פי רוב בהתנהגות מקוממת, המשקפת זלזול או התעלמות מזכויות התובע. הרסטייטמנט האמריקאי למשל אינו דורש זדון ומסתפק בחלופה של "אדישות חסרת אחריות כלפי זכויות הזולת" ("reckless indifference to the rights of others"). *Restatement (Second) of Torts* (St. Paul, 1977) s. 908(2). עמדה זו מקובלת גם בפסיקה

משמעותית נוספת טמונה בקביעה שסכום התשלום העונשי שייפסק לא יעלה בכל מקרה על 100,000 ש"ח¹²⁶.

2. תרופות חוזיות

(א) ביטול חוזה

אחת מהתרופות שמעניק המשפט למי שהתקשר בקשר משפטי רצוני עם אחר היא הזכות לביטול קשר זה במצבים מסוימים המוגדרים בחוק. הביטול הוא פעולה משפטית חד-צדדית¹²⁷. פעולה זו מביאה לשינוי במצב המשפטי של שני הצדדים לחוזה בכך שהיא משחררת את שניהם – במידה כזאת או אחרת – מכבלי הקשר המשפטי ששרר ביניהם עד לביטול. בניגוד למרבית התרופות בפרק התרופות לא נקבעה הזכות לביטול כתרופה כללית, שכן מטבע הדברים אין היא ישימה אלא בהינתן קשר רצוני בין הצדדים¹²⁸. בהצעת הקודקס יוחד לתרופת הביטול פרק משנה נפרד בתוך פרק התרופות. פרק משנה זה מעגן בתוכו בלא שינוי של ממש את הזכות לביטול חוזה בשל הפרה יסודית¹²⁹, ואת יתר ההוראות החלות כיום על תרופת הביטול מכוח חוק התרופות¹³⁰. עם זאת, בתחום אחד מציע הקודקס שינוי חשוב. כוונתנו להגדרה המוצעת של "הפרה יסודית" מסתברת¹³¹.

בסעיף 6 לחוק התרופות מוגדרת הפרה יסודית מסתברת כ"הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה". מבחן זה מחמיר עם המפר, שכן הוא בוחן לכאורה אך ורק את חומרתה

בישראל: "פיצויים עונשיים ייפסקו – ג'ש' ו'יא' [...] במקרים מקוממים בהם היסוד הנפשי של המזיק הינו של כוונה מיוחדת, זדון או אדישות המתבטאת בחוסר איכפתיות." ת"א (י"ם) 2424/00 קורמן נ' וורצל, תק"מח 2001(2) 15108, פסקה 8 (השופט צבן).

126 ראו סעיף קטן 564(ב). ההוראה מאפשרת שינוי של התקרה בעתיד על ידי שר המשפטים באישור ועדת החוקה של הכנסת.

127 דיני הפעולה המשפטית יוסדרו בחלק השלישי של הקודקס האזרחי. הקודקס אינו מגדיר את המושג "פעולה משפטית". על פי המסורת הקונטיננטלית, שבה מקורו של המושג, פעולה משפטית היא הבעת רצון המשנה את מצבו המשפטי של אדם. ראו י' אנגלרד חוק הכשרות והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962 (מהדורה שנייה, תשנ"ה), ס' 1–13, בע' 44. סעיף 75 להצעה מבהיר שפעולה משפטית יכול שתהא חד-צדדית או רב-צדדית.

128 לפחות לכאורה ישימה תרופת הביטול גם לגבי הצעה וקיבול.

129 ראו סעיפים 2 ו-7(א) לחוק התרופות.

130 אלה הן ההוראות המתייחסות לביטול במקרה של הפרה לא-יסודית ולביטול חלקי. ראו סעיפים 7(ב) ו-7(ג) לחוק התרופות. סעיף 8 לחוק התרופות, העוסק במועד למתן הודעת ביטול, הועתק בהצעת הקודקס אל החלק העוסק בפעולות משפטיות חד-צדדיות. ראו במיוחד סעיף 83 להצעה (פעולה משפטית חד-צדדית תיעשה "בתוך זמן סביר מהמועד שבו נודע לאדם על זכותו לעשיית הפעולה").

131 להבדיל מהפרה יסודית מוסכמת, שלגביה אין בהצעת הקודקס כל שינוי בהשוואה להסדר הקבוע בסעיף 6 לחוק התרופות.

של הפרה, תוך התעלמות משאלת ההסתברות להתרחשותה בעת הכריתה. המבחן משמיע לכאורה שגם הפרה שמלכתחילה היו סיכויי התרחשותה קלושים, ושלא הייתה צריכה להיצפות על ידי המפר במעמד הכריתה, מזכה את הנפגע בזכות לביטול החוזה, אם פגיעתה בנפגע חמורה דיה מבחינה אובייקטיבית.

בית המשפט העליון ריכך קושי זה בפסיקתו וקבע שהתוצאות שאותן ניתן להביא בחשבון לצורך שקילת חומרתה ויסודיותה של הפרה נדונה הן רק אותן תוצאות שאת דבר התרחשותן צפה המפר או יכול היה לצפות במעמד הכריתה¹³². הצעת הקודקס מעגנת הלכה פסוקה זו בהגדירה הפרה יסודית מסתברת כך:

"הפרה השוללת באופן מהותי מהנפגע את אשר הוא היה זכאי לצפות לו על פי החוזה, אלא אם כן המפר לא צפה ולא היה עליו לצפות במועד כריתת החוזה ובנסיבות ההתקשרות תוצאה כאמור."¹³³

עינינו הרואות כי ההגדרה מציבה מבחן משולב – אובייקטיבי וסובייקטיבי – לקיומה של הפרה יסודית. המבחן האובייקטיבי בוחן בדיעבד את חומרת הפגיעה בציפיות הנפגע מקיום החוזה ואילו המבחן הסובייקטיבי בוחן את שאלת ציפיותה של הפרה שהתרחשה מנקודת ראותו של המפר כאדם סביר בעת הכריתה. בנוסף, שונה מעט ניסוחו של מבחן חומרת הפרה. במקום המבחן ההיפותטי המבקש לדעת כיצד היה נוהג אדם סביר (בנעלי הנפגע) לו ידע מראש על הפרה ותוצאותיה, מצביעה ההגדרה במישרין על הצורך בעריכת השוואה בין הציפייה החוזית המקורית של הנפגע לבין עוצמת הפגיעה בה בפועל.

(ב) השבה בעקבות ביטול חוזה

הקודקס האזרחי אינו מכיר בתרופת ההשבה כתרופה כללית בגין הפרת חיובים, ומסדיר את דיני ההשבה (ובכלל זה תרופת ההשבה) בחלק החיובים, בפרק העוסק בחיובים שמקורם בעשיית עושר ולא במשפט¹³⁴. עם זאת, נמצא לנכון להותיר בפרק התרופות התייחסות נפרדת לזכות הנפגע מהפרת חוזה להשבה בעקבות ביטול החוזה,

132 ההלכה נקבעה בע"א 91/75 פרץ נ' ביטון, פ"ד ל(1) 367, 370, מפי השופט ברנזון: "הדברים המובאים בחשבון בבחינת התוצאה של הפרה אפשרית, כדי שזו תיחשב להפרה יסודית של החוזה, קיומם צריך להיות ידוע או מודע לצד השני. דברים שבלב ומעשים שהצד האחד מתכוון לעשותם בעתיד על סמך החוזה או בקשר עימו ושאינם נובעים באורח סביר ממנו, אין להביאם בחשבון בבחינת תוצאות הפרה, אלא אם הובאו לתשומת לבו של הצד השני בעת ההתקשרות, או שהם מן המפורסמות או מובנים מאליהם במהלך הרגיל של העניינים." דעתו של השופט ברנזון אומצה ואושרה בד"נ 44/75 ביטון נ' פרץ, פ"ד ל(3) 581.

133 סעיף 520(א) להצעה.

134 ראו סעיפים 487–496 להצעת הקודקס. לדיון בשאלה אם ראוי להכיר בתרופה כללית של השבה ראו י' אדר "על הדבש ועל העוקץ – הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" יראה אור בכתב העת משפט ועסקים ה (תשס"ו) פרק ג.2(ג) במאמר.

זכות הקבועה כיום בסעיף 9 לחוק התרופות. על פי דברי ההסבר להצעת הקודקס ההצדקה להפרדת הסדר השבה ספציפי זה מכלל הסדרי ההשבה שבפרק עשיית עושר ולא במשפט נעוצה בכך שבניגוד לעיקרון הקובע כי השבה תהא בעין אלא אם כן הינה בלתי אפשרית או בלתי סבירה, עומדת לנפגע בהקשר המיוחד דנן הזכות, המעווגת גם בדין הקיים, להעדיף השבת שווי גם כאשר השבה בעין היא אפשרית וסבירה¹³⁵. עם זאת, הקודקס מסיר אי בהירות שהתגלתה בדין הקיים בהבהירו במפורש כי פרט להסדר מיוחד זה יחולו על הזכות להשבה מכוח פרק התרופות כל העקרונות הקבועים בפרק עשיית עושר ולא במשפט¹³⁶.

(ג) ניכוי מהמחיר

בדין הקיים תרופת הניכוי מהמחיר היא תרופה מיוחדת העומדת למי שנפגע מהפרת חיוב התאמה שמקורו בחוזה מכר, שכירות או קבלנות¹³⁷. תרופת הניכוי, כשמה, מאפשרת לנפגע שקיבל נכס, שירות או זכות פגומים לנכות מהתמורה החוזית שטרם שולמה את אותו סכום המשקף את שווי הפגם שנפל כמושא החוזה, כאשר המפר לא תיקן את אי-ההתאמה תוך זמן סביר מדרישה. בכך מגנה התרופה על אינטרס ההשבה של הנפגע, דהיינו על האינטרס שלו כי המפר לא יתעשר על חשבוננו עקב הספקת נכס או שירות בשווי פחות מזה שאותו חייב היה לספק על-פי החוזה¹³⁸.

בקודקס המוצע תורחב הזכות לניכוי ותוכר כתרופה כללית על כל חיוב של אי-התאמה. המשמעות המעשית היא כפולה: ראשית, תרופת הניכוי תעמוד בדין

135 ראו בע' 218 לדברי ההסבר, לעיל הערה ???.

136 ראו סעיף 571 להצעה. הוראה זו מיותרת לכאורה, שכן סעיף 488 להצעה הנכלל בפרק האמור מבהיר במפורש כי "הוראות פרק זה יחולו גם על חיובי השבה הקבועים בפרקים אחרים בחוק זה, בכפוף להוראות שבאותם פרקים". על פי דברי ההסבר להוראה 571 מטרתה להסיר כל ספק אפשרי ולהבהיר שעצם קיומה של הוראת סעיף 570 אינה מכוונת לשלול את תחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט על ההשבה הבאה בעקבות ביטול חוזה. להחלת דין עשיית עושר ולא במשפט עשויות להיות השלכות חשובות על שאלת האפשרות ליתן פטור מהשבה, על שאלת אמת-המידה לקביעת היקף ההשבה, על שאלת האפשרות לצרף לתביעת השבה בעקבות ביטול חוזה תביעת השבה בעקבות הפרת החוזה ועל שאלות נוספות. ככלל, ניתן לומר שעד היום הביע בית המשפט העליון גישה אוהדת כלפי האפשרות להחיל את דיני עשיית עושר ולא במשפט בתחום החוזה. ראו בעיקר עניין אדרס, לעיל הערה 20; ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540; ע"א 3666/90 מלון צוקים נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 67-64 (פסקות 15-19 לפסק דינו של השופט מלץ), 67-73 (פסקות 1-14 לפסק דינו של השופט חשין).

137 ראו בהתאמה סעיפים 28 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 4(א)(2) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974; סעיף 9(א)(2) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971. לדיון שיפוטי בתרופת הניכוי בהקשר לעסקת מכר ראו רע"א 7642/97 שטרית נ' נוסבאום, פ"ד נג(3) 516. לדיון במהותם של חיובי התאמה ראו א' זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים (חיבור לתואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשמ"ט) 125-143.

138 לדיון בתרופת הניכוי ראו זמיר, שם, בע' 410-428; א' זמיר, חוק חוזה קבלנות, תשל"ב-1974 (תשנ"ה) 533-548.

החדש גם לרשות מי שחיוב ההתאמה שהופר כלפיהם לא עוגן בחוזה מכר, שכירות או קבלנות (למשל, התחייבות להקנות זיקת הנאה בנכס, זכות שימוש שאיננה שכירות, או זכות מכוח חוזה עבודה). זאת, במישורין וללא צורך בהיזקקות להיקש או להוראות חוק מיוחדות אחרות. שנית, במקום ההסדרים הקיימים כיום בחוקי החוזים המיוחדים – הסדרים הנבדלים זה מזה בניסוחם – ייקבע הסדר אחיד לכל חיובי ההתאמה, יהא מקורם אשר יהא¹³⁹.

ההסדר הבסיסי לתרופת הניכוי קבוע בסעיף 574 להצעת הקודקס ולפיו אם הופר חיוב ההתאמה בנכס או במלאכה זכאי הנפגע לנכות מהתמורה סכום המתאים לשיעור שבו פחת שווי הנכס או המלאכה בשל אי-ההתאמה¹⁴⁰. הסעיף מוסיף ומבהיר את שאינו עולה במפורש מההסדר החקיקתי הנוהג, כי במקרה שבו שולמה כבר התמורה על ידי הנפגע בטרם התגלה לו הפגם, זכאי הוא לתבוע השבה על הסכום שאותו זכאי היה לנכות אלמלא שילם כבר את התמורה¹⁴¹. יש להדגיש כי בהתאם לדיני הניכוי הנוהגים כיום השיעור היחסי שבו פחת שווי האובייקט מושא החוזה מחושב לצורך הניכוי במועד כריתת החוזה ולא במועד קיומו (מועד מסירת הנכס או ביצוע המלאכה)¹⁴².

(ד) השעיית קיום

על פי סעיף 43 לחוק החוזים הכללי עשוי צד לחוזה להיות זכאי לעכב ביצוע של חיוב מחיוביו כאשר אותו חיוב מותנה או שלוב ביחס לחיוב נגדי של הצד שכנגד. זאת כאשר הצד שכנגד לא קיים או אינו נכון לקיים את החיוב הנגדי (המותנה או השלוב, לפי העניין)¹⁴³. אולם הסדר זה אינו חל על חיובים עצמאיים. כאשר בחיוב עצמאי עסקינן, קרי חיוב שאינו קשור עניינית לביצוע חיוב נגדי מסוים של הצד השני, דחייה או עיכוב בביצוע החיוב תהווה לכאורה הפרת חוזה¹⁴⁴.

הפסיקה הישראלית הכירה בחוסר הצדק שעלול להיגרם לצד לחוזה אם יסרב לקיים חיוב עצמאי אל מול הפרה בוטה של הצד שכנגד. בהתאם לכך נקבע, במספר מקרים, כי חיוב עצמאי לכאורה הפך מכוח עקרון תום הלב לשלוב או למותנה, או כי פרשנות מרחיבה מאפשרת ומצדיקה לראות בו חיוב שכזה. "דין שילוב" זה מגן על הנפגע מפני כניסה למצב שבו ייחשב כמפר, ומאפשר לו לעכב את ביצוע חיוביו עד לקבלת ערובה סבירה לביצוע חיוביו של הצד השני¹⁴⁵.

139 לפערים בין ההסדרים החקיקתיים הנוהגים כיום ראו זמיר, לעיל, הערה 137, בע' 414–415.

140 סעיפים קטנים 574(א) ו-574(ג).

141 סעיף 574(ב).

142 גם עניין זה אינו מוסדר כיום בחוק אולם הוא מתחייב ממטרתו של הניכוי. ראו זמיר, לעיל הערה 137, בע' 415–416.

143 ראו בהתאמה סעיפים 43(א)(2), 43(א)(3) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג–1973.

144 ראו למשל ע"א 765/82 אלתר נ' אלעני, פ"ד לח(2) 701, 708–709. וכן ראו שלו, לעיל הערה 8, בע' 455.

145 ראו למשל ע"א 674/83 דניאלסה נ' גדישט, פ"ד מא(4) 113 שם נכרתו שתי עסקאות נפרדות

הצעת הקודקס מבקשת לעגן בחקיקה פרקטיקה שיפוטית זו, ועושה זאת בשני מישורים מקבילים. במישור הראשון נקבע בחלק העוסק בחיובים חוזיים כי קיומו של חשש סביר לאי-קיום של חיוב עיקרי (בכלל זה חיוב עצמאי) משנה את מערך הזכויות והחובות הראשוניות, ומזכה את הצד המקיים בזכות לדרוש ערובה סבירה לקיום בטרם יקיים את חיוביו שלו¹⁴⁶. במקביל, במישור התרופתי קובע סעיף 573 בפרק התרופות כי הפרה יסודית של חיוב חוזי מזכה את הנפגע בזכות להשעות את קיום חיוביו עד שהמפר יקיים את חיוביו שלו. למרות הכפילות הלכאורית בין שתי ההוראות ייתכן הבדל ביניהן, שכן הראשונה מדברת במצב של חשש סביר מפני הפרה של כל חיוב מרכזי בחוזה, תהא חומרתה אשר תהא, בעוד שהאחרונה מתנה את דין ההשעיה בהתרחשות הפרה יסודית (לאו דווקא של חיוב שהוא מתחילתו מעיקרי החוזה). זאת ועוד, בעוד שעל-פי הוראת סעיף 573 ההשעיה היא עד למועד קיום החיוב הנגדי בפועל, הרי שעל-פי ההסדר הראשוני שבחלק הכללי הזכות להשעיה קיימת רק עד להמצאת בטוחה סבירה לקיום¹⁴⁷.

ז. תרופות בשל הפרה צפויה

דוקטרינת ההפרה הצפויה מעוגנת כיום בסעיף 17 לחוק התרופות, הקובע את זכאותו של נפגע בכוח מהפרת חוזה לכל התרופות הקבועות בחוק התרופות גם בטרם הגיע מועד הקיום. זאת כאשר נסיבות העניין מלמדות שאין בכוונת הצד השני לקיים את חיוביו או שאין ביכולתו לעשות כן¹⁴⁸.

אחד החידושים החשובים בפרק התרופות הוא ההצעה להחיל את תורת ההפרה הצפויה באופן נרחב על הפרה צפויה של חיובים במשפט הפרטי, חוזיים ושאינם

לכאורה, האחת להלוואה והשנייה לרכישת נכס מקרקעין. משהפר המוכר את חיובו ומכר את הנכס לצד שלישי חדל הנפגע מפירעון החוב והואשם בהפרה. בית המשפט הצביע על הקשר שבין העסקות וקבע שלמרות שהשילוב אינו עולה במפורש מהחוזה, הרי "ניתן, לדעתי, לקבוע, כי קיום ההתחייבות לשלם את מלוא התמורה עבור הנכס היה מותנה בקיומם המתמשך של נכונות ורצון הבעלים לפעול על פי החוזה ולהשלים את מכירת האולם למערערת."; והשוו לע"א 701/79 שוחט נ' לוביאניקר, פ"ד לו(2) 113, 121, שם נפסק שכאשר צד נוהג שלא בתום לב ונעלם במהלך ביצועו של החוזה, הרי שמותר לצד השני "לסטות בתום-לב... מהקיום המדויק והמושלם..." ולעמוד על שינוי בזמני הביצוע ובאופניו, כפי שנקבעו לכאורה בעת כריתת החוזה. וראו גם: שלו, שם, בע' 457-460.

146 ראו סעיף 192(ב) להצעה; וראו שלו, שם, בע' 460-462.

147 בדברי ההסבר לא מצינו הסבר לפער זה בין דין ההשעיה הראשוני לבין דין ההשעיה המשני (או התרופתי). ייתכן כי הפער נעוץ ברצון המחוקק להעניק למי שכבר נפגע בפועל מהפרה יסודית הגנה מוגברת בהשוואה לזו הניתנת לנפגע בכוח החושש מפני הפרה של חיוב שמועד קיומו טרם הגיע, אף אם מדובר בחיוב מרכזי בחוזה.

148 לדיון בהפרה צפויה ראו שלו, לעיל הערה 6, בע' 475-490. למחקר מקיף שבחן את הדוקטרינה על מגוון היבטיה ראו מ' גלברד הפרה-צפויה (חיבור לתואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"א).

חוזיים גם יחד¹⁴⁹. אכן, בדיני הנזיקין קיים כיום מופע מקביל לתורת ההפרה הצפויה בדמות הדוקטרינה הידועה בשם *quia timet*, המתירה לבית המשפט ליתן צו מניעה למניעת התרחשותה של עוולה עתידית שטרם התרחשה¹⁵⁰. זאת ועוד, הן בחוזים והן בנזיקין נדרשת מידה גבוהה של הסתברות להתרחשותה העתידית של ההפרה (הפרת החוזה או העוולה בנזיקין, לפי העניין)¹⁵¹. הקודקס ידגיש עניין זה תוך העמדת דרישה אחידה של הסתברות קרובה לוודאי להתרחשות ההפרה הצפויה.

עם זאת, בשני מובנים מרחיקה לכת הצעת הקודקס לעומת הדין הנוהג כיום. ראשית, החלת הדוקטרינה בנזיקין משמעותה כי במקרה של עוולה צפויה רשאי יהיה בית המשפט לפסוק לנפגע בכוח לא רק ציווי למניעת התרחשות העוולה אלא אף פיצויים, שייפסקו מתוך ההנחה כי ההפרה אכן תתרחש. שנית, כדרכו של פרק התרופות, עילת התביעה בגין הפרה צפויה מוחלת בהצעת הקודקס באופן גורף על כלל החיובים שבמשפט הפרטי. המשמעות היא כי ניתן יהיה לזכות עקרונית באכיפה או בפיצויים גם בגין הפרה של חיובים מן הדין, אף אם אלה אינם עולים כדי הפרת חוזה או עוולה בנזיקין¹⁵².

ח. סיכום

דיני התרופות של העידן הקודיפיקטיבי אינם עוד דיני התרופות שהכרנו מימים ימימה. את מגוון ההסדרים החקיקתיים וההלכתיים המרכיבים כיום את המסגרת המשפטית לפסיקת תרופות מבקשת הצעת חוק דיני ממונות להחליף בהסדר חקיקתי אחד, אחיד, רחב ומקיף אשר ישמש תשתית להכרעה בשאלת התרופה שלה זכאי אדם שזכותו האזרחית הופרה – יהא סיווגה המשפטי אשר יהא. יתרה מכך, כפי שביקשנו להראות במאמרנו, בנקודות רבות משקפת ההצעה יוזמה לשינוי, תיקון, עיבוי ורענון של ההסדרים המהותיים הנוהגים כיום. במציאות החדשה שתיווצר עם כניסתה של ההצעה לתוקף יידרשו אפוא בתי המשפט האזרחיים בישראל ונידרש אנו, אנשי המשפט האזרחי, לעכל את השינויים התפיסתיים, המבניים והתוכניים הצפויים להתחולל בדיני התרופות ולהפנימם. אנו מקווים כי מאמרנו יהיה למשפטן הישראלי לעזר בהגשמתה של משימה זו.

149 ראו סעיף 572 להצעה.

150 להכרה בסמכות זו ראו למשל עניין אבנרי, לעיל הערה 33, בע' 851–852.

151 לדרישה זו בחוזים ראו שלו, לעיל הערה 6, בע' 477; בנזיקין ראו דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל הערה 25, בע' 547.

152 למשל, הפרה צפויה של חיוב על פי פסק דין (לאכיפה או לתשלום פיצויים) עשויה לזכות את הנפגע בכוח בזכות לאכיפת הצו (או לפיצויים בגין הפרתו) וזאת עוד בטרם הופר.