

התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים

חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים

מאת: יהודה אדר

הוגש לסינט האוניברסיטה העברית בחודש חשוון, תשס"ד, נובמבר 2003

עבודה זו נעשתה בהדרכתה של פרופ' גבריאלה שלו

"..the lack of logic [of this doctrine] is quite apparent. But it is a commonplace observation that illogical systems of government often achieve better results than those which are strictly logical. The law giving exemplary damages is an outgrowth of the English love of liberty regulated by law. It tends to elevate the jury as a responsible instrument of government, discourages private reprisals, restrains the strong, influential, and unscrupulous, vindicates the right of the weak, and encourages recourse to, and confidence in, the courts of law by those wronged or oppressed by acts or practices not cognizable in, or not sufficiently punished, by the criminal law."¹

* * *

¹ Luther v. Shaw 147 N.W. 18, 20 (Wis. S.C. 1914). דברים אלה הם בעיניי בבחינת "זוהי כל התורה כולה".
וחיבור זה הוא בבחינת: "ואידך - זיל גמור".

תוכן עניינים קצר

מבואות

- ת..... תוכן עניינים קצר
- ו..... תוכן עניינים מפורט
- י"ט..... הערות טכניות למעיין בחיבור
- כ"ב..... מבוא (וגם תקציר)

שער ראשון:

התשלום העונשי - רקע מושגי, רעיוני והיסטורי

- 2..... דוקטרינת התשלום העונשי: היכרות ראשונית - פרק א' -
- 17..... תולדות התשלום העונשי: התבססותו בדיני הנזיקין וצמיחת האיסור על פסיקתו בתביעות חוזיות - פרק ב' -

* * *

שער שני: הדין הנוהג

- 34..... מבוא: התשלום העונשי בדיני הנזיקין - פרק ג' -
- 49..... המשפט האנגלי והמשפט הקנדי - פרק ד' -
- 64..... המשפט האמריקאי - פרק ה' -
- 92..... המשפט הישראלי - פרק ו' -

* * *

שער שלישי:

התשלום העונשי כסנקציה במשפט האזרחי - הערכה ביקורתית

- 119..... השער השלישי: מטרתו, מבנהו ועיקרי התזה המועלית בו - פרק ז' -
- 121..... היש צידוק להטלת סנקציה לבר-מפצה כעונש על התנהגות מחפירה? - פרק ח' -
- 217..... היש מקום לענישה במסגרת המשפט האזרחי? - פרק ט' -
- 266..... הזכאי הנפגע מהתנהגות מחפירה לחלק ונחלה בתשלום העונשי? - פרק ט' -

* * *

שער רביעי:

התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים - הערכה ביקורתית

278	השער הרביעי: מטרתו, מבנהו ועיקרי התזה המועלית בו.
279	פרק י' - טיעונים נגד הכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים
316	פרק י"א - הטיעון העקרוני בזכות הכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים
363	פרק י"ב - התנהגות מחפירה בתחום החוזי - קטגוריות טיפוסיות ושיקולים עיקריים

* * *

397	דברי נעילה
-----------	------------

נספחים

נספח א'	הצעת חקיקה
נספח ב'	ביבליוגרפיה
נספח ג'	תוכן עניינים מפורט בשפה האנגלית
נספח ד'	תקציר בשפה האנגלית (Abstract)

* * *

תוכן עניינים מפורט

מבואות

- תוכן עניינים קצר ד
- תוכן עניינים מפורט ו
- הערות טכניות למעיין בחיבור י"ט
- מבוא (וגם תקציר) כ"ב**
- א. מושא המחקר, שאלת המחקר, מטרתו, רקעו ואופיו של המחקר כ"ב
- ב. התזה - תמצית עמדתי בשאלת המחקר כ"ז
- ג. המלצותיו האופרטיביות של המחקר - הרפורמה המוצעת בדין הנוהג כ"ט
- ד. מבנה הדין בחיבור וחידושו העיקריים של המחקר ל"א

שער ראשון:

התשלום העונשי - רקע מושגי, רעיוני והיסטורי פרק א' - דוקטרינת התשלום העונשי: היכרות ראשונית

- I. כינויים רווחים ומינוח מוצע 3
- II. דוקטרינת התשלום העונשי - הגדרה 4
- א. הערה מקדימה - הצורך במתן הגדרה 4
- ב. התשלום העונשי - הגדרה מוצעת 4
1. "מוסד משפטי שמכוחו רשאי בית משפט לחייב נתבע בהליך אזרחי" 5
2. "לשלם לתובע או לגוף ציבורי סכום כסף, שתכליתו המוצהרת היא להעניש את הנתבע על התנהגותו המחפירה" 6
3. "זאת בלא תלות בחיובים אחרים שהוטלו על הנתבע בפסק הדין, ככל שהוטלו" 7
- III. התשלום העונשי - ההצדקות המסורתיות 8
- א. גמול 8
- ב. הרתעה 9
- ג. פיצוי 9
- ד. ריצוי רגשות נקם 10
- ה. תמריץ לאכיפה פרטית של הדין 10
- IV. תיחום הדוקטרינה - דוקטרינות קרובות והיחס ביניהן לבין התשלום העונשי 10
- א. פיצויים מוגברים 10
- ב. תשלום עונשי מוסכם 12
- ג. תשלומי השבה 13
- ד. תשלומי בוז 15

פרק ב' - תולדות התשלום העונשי: התבססותו בדיני

הנזיקין וצמיחת האיסור על פסיקתו בתביעות חוזיות

- הערה למתווה הפרק ומטרתו 18
- I. תשלומים עונשיים בעולם העתיק 18
- א. המשפט הקדום 18
- ב. משפט ימי הביניים 20
- II. צמיחת הדוקטרינה המודרנית 21
- א. ראשיתה של הדוקטרינה - פסקי הדין הראשונים 21
- ב. הגורמים שהביאו לצמיחת התשלום העונשי כדוקטרינה שיפוטית מודרנית 22
1. צמיחת הדוקטרינה כעילה לאי-התערבות בפסקי פיצויים מופרזים של מושבעים 22
2. צמיחת הדוקטרינה כתחליף לפסיקת פיצוי בגין נזק לא-ממוני 24
3. צמיחת הדוקטרינה ככלי שיפוטי במאבק על הגנת חירויות הפרט 25

25	4. סיכום
25	III. רקע היסטורי ואידאולוגי לכלל האוסר
25	א. התפתחות הכלל האוסר - גדר הספקות ומטרת הדין
26	ב. ההסבר המסורתי
26	ג. מגבלות ההסבר המסורתי
27	ד. הסבר מוצע לצמיחת הכלל האוסר
27	1. התמורות הכלכליות והשפעתן
28	2. האידאולוגיות של התקופה והשפעתן
30	3. ההבדל בין תביעות נזיקין לתביעות חוזיות מבחינת טיב האינטרס המוגן
30	4. "עידן העקרונות"

שער שני: הדין הנוהג

הערה למטרת הדין בשער השני 33א

פרק ג' - מבוא: התשלום העונשי בדיני הנזיקין

35	הערה למטרת הפרק ולמקומו במסכת הכללית של השער השני
35	א. אנגליה
37	ב. ארצות הברית
39	ג. מדינות חבר העמים
41	ד. ישראל
44	ה. שיטות משפט נוספות המכירות בדוקטרינה
45	ו. שיטות משפט שאינן מכירות בדוקטרינה
45	1. המשפט הקונטיננטלי - כללי
45	2. צרפת
46	3. גרמניה
48	4. מדינות נוספות

סיכום לפרק ג' 48

פרק ד' - המשפט האנגלי והמשפט הקנדי

הערה למבנה הפרק 50

חלק ראשון: גישת המשפט האנגלי

50	I. הכלל האוסר
50	א. עיגונו הפורמלי של הכלל האוסר במשפט האנגלי - הלכת <i>Addis</i>
51	ב. מעמדו של הכלל האוסר באנגליה כיום
52	II. חריגים לכלל האוסר
54	א. הפרת הבטחת נישואין
54	ב. סרוב בנק לכבד המחאת לקוח
55	ג. הפרת חוזה המקימה עילה עצמאית בנזיקין
55	III. מדינות אחרות שאימצו את גישת המשפט האנגלי
55	א. אוסטרליה
55	ב. ניו-זילנד
56	ג. אירלנד
56	ד. סקוטלנד
56	ה. הודו

חלק שני: המשפט הקנדי

56	I. הכלל האוסר
57	II. מגמת הנסיגה מהכלל האוסר
59	III. הלכת <i>Vorvis</i>
59	א. הרקע העובדתי
59	ב. דעת הרוב
59	1. פיצויים מוגברים

60	2. תשלום עונשי
61	ג. זעת המיעוט
61	1. פיצויים מוגברים
61	2. תשלום עונשי
62	ד. הפסיקה שלאחר Vorvis
63	סיכום לפרק ד': גישת המשפט האנגלי מול גישת המשפט הקנדי

פרק ה' - המשפט האמריקאי

65	הערה למטרת הפרק ותכניו העיקריים
65	I. הכלל האוסר וחריגיו ההיסטוריים
65	א. הכלל האוסר
66	ב. חריגים היסטוריים לכלל האוסר
66	II. חריג "העוולה העצמאית"
66	א. החריגים המודרניים לכלל האוסר - כללי
67	ב. הגדרת החריג ומעמדו במשפט האמריקאי
68	ג. הגישה השמרנית לחריג העוולה העצמאית
68	ד. הגישה הליברלית לחריג העוולה העצמאית
68	1. טכניקה ראשונה: הפרה של חובה מן הדין כעוולה נזיקית
69	2. טכניקה שנייה: הכרה בעוולות נזיקין חדשות
70	3. טכניקה שלישית: הפרה "עוולתית" של חוזה כעוולה נזיקית
72	4. טכניקה רביעית: אי הקפדה על יישום הדרישה להוכחת עוולה עצמאית
72	ה. גורמים אובייקטיביים להרחבת תחולתה של הדוקטרינה באמצעות חריג העוולה העצמאית
73	1. הקושי הטבוע שבסימון הגבול בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין
73	2. התרחבות דיני הנזיקין במאה ה-20 והרחבת אזורי החפיפה ביניהם לבין דיני החוזים
74	74
74	ו. חריג העוולה העצמאית - סיכום
75	III. חריג השירות הציבורי
75	א. הגדרת החריג והטעם להכרה בו
76	ב. ההצדקה הפורמלית להכרה בחריג
77	IV. חריג המרמה
77	א. כללי
77	ב. הגישה השמרנית לחריג המרמה
78	ג. הגישה הליברלית לחריג המרמה
79	ד. הגישה הליברלית לחריג המרמה - גישה "נזיקית" או "אזרחית"?
80	V. חריג יחסי האמון
80	א. הגדרת החריג וביסוסו בפסיקה
80	ב. הרציונלים להכרה בחריג והיקף תחולתו
81	ג. ההצדקה הפורמלית להכרה בחריג
82	VI. חריג תום הלב
82	א. כללי
83	ב. לידתה של "עוולת תום הלב"
84	ג. לידתו של חריג תום הלב - פסק הדין בעניין Gruenberg
85	ד. הפסיקה המצמצמת שלאחר Gruenberg
85	ה. חריג תום הלב מחוץ להקשר הביטוחי - הלכת Seaman's ומבחן "היחסים המיוחדים"
86	ו. חריג תום הלב בהקשר המסחרי הרגיל - הלכת Seaman's וחריג ה"התכחשות לחוזה"
87	ז. הפסיקה שלאחר Seaman's - ריאקציה שמרנית לקראת סוף האלף
88	ח. חריג תום הלב - סיכום
88	VII. גישות "אזרחיות" לתשלום העונשי
88	א. הגישה ה"אזרחית" מול הגישה ה"נזיקית" - כללי
89	ב. איידהו
90	ג. ניו-מקסיקו
90	ד. דרום-קרולינה
90	ה. טנסי ורוד-איילנד

סיכום לפרק ה' 91

פרק ו' - המשפט הישראלי

93	מבוא	93
93	I. החקיקה	93
93	א. שתיקתו של חוק התרופות ומשמעותה	93
94	ב. סעיף 15(א) לחוק התרופות	94
95	ג. הסדרים חקיקתיים מיוחדים הקובעים תשלום עונשי בגין הפרת חוזה	95
96	ד. השלכות ההסדרים המיוחדים על שאלת ההכרה בדוקטרינה בתחום החוזי	96
97	II. הפסיקה - התייחסות ישירה	97
97	א. מבוא	97
97	ב. עניין שרם (1974)	97
97	ג. עניין גולדמן (1981)	97
98	ד. עניין צוקים (1992)	98
99	ה. עניין דדון (1995)	99
100	ו. עניין עוויסאת (1996)	100
101	III. הפסיקה - התייחסות עקיפה	101
101	א. מבוא	101
101	ב. תשלומי השבה	101
102	ג. פיצוי על אינטרס ההסתמכות בחוזה הפסד	102
102	ד. אשם תורם בדיני חוזים	102
103	ה. שיערוך חלקי למפר החוזה	103
104	ו. פיצוי בגין נזק לא-ממוני	104
106	ז. סיבתיות עובדתית	106
108	ח. הוצאות עונשיות והוצאות לדוגמה	108
109	ט. ענישה בגין חוסר תום לב	109
110	י. "הגישה העונשית" בפסיקה בתחום החוזי - סיכום	110
111	IV. דעות מלומדים	111
112	א. הדעה לפיה אין תחולה לדוקטרינה בתחום החוזי	112
112	ב. דעות ספקניות יותר באשר למצב המשפטי	112
113	V. השפעת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו	113
113	א. כללי	113
113	ב. התשלום העונשי - פגיעה בכבודו ובקניינו של הנתבע	113
114	ג. המכשול החוקתי הפורמלי - הצורך בהסמכה חקיקתית	114
114	ד. עקרון תום הלב - עיגון חקיקתי לדוקטרינה בתחום החוזי?	114
116	ה. הבעייה המהותית - התשלום העונשי במבחניה הערכיים של פסקת ההגבלה	116
117	ו. דוקטרינת התשלום העונשי - "דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד"?	117
117	סיכום לפרק ו' 117	117

שער שלישי:

התשלום העונשי כסנקציה במשפט האזרחי - הערכה ביקורתית

השער השלישי: מטרתו, מבנהו, ועיקרי התזה המועלית בו 119

פרק ז' - היש צידוק להטלת סנקציה לבר-מפצה כעונש על התנהגות מחפירה?

מטרת הפרק ומבנה הדיון 122

חלק ראשון: התנהגות מחפירה - מהי?

122	א. הערה למטרת הדיון	122
123	ב. המבחן האולטימטיבי לתחולת הדוקטרינה - סטייה משמעותית מסטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר	123
124	ג. התנאים המוקדמים להתקיימותה של התנהגות מחפירה	124

- ד. נסיבות העשויות לשלול את יסוד המחפירות מהתנהגות שנתקיימו בה התנאים המוקדמים 127
- ה. התנהגות מחפירה - הגדרה מוצעת 128

חלק שני: עקרון הגמול

- I. מבוא 128
- א. עקרון הגמול כהצדקה לדוקטרינת התשלום העונשי - ההסבר המסורתי 128
- ב. השאלות המתעוררות - מתווה הדיון 129
- II. עקרון האשמה 129
- א. רעיון הגמול כצידוק דאונטולוגי לענישה 129
- ב. מהות האשם המוסרי המשותף להתנהגויות מחפירות: זלזול בזכותו השווה של הזולת לחירות ולכבוד 130
- ג. ההתנהגות המחפירה כהתנהגות בעלת מאפיינים פליליים 131
- ד. החשש מפני טעות שיפוטית בזיהוי "מפרים מחפירים" 134
- III. עקרון המידתיות 134
- א. השאלות המתעוררות 134
- ב. מדוע אין די במשטר התרופות האזרחי המסורתי כדי להבטיח גמול הולם? 135
- ג. כיצד ניתן להתמודד עם החשש מפני ענישה מופרזת של הנתבע? 136
- IV. עקרון הזהרה 139
- א. הזהרה בדבר מהות ההתנהגות האסורה 139
- ב. הזהרה בדבר עוצמת הסנקציה העונשית 141
- סיכום לחלק השני: עקרון הגמול כרציונל מבאר של הדוקטרינה - חשיבותו ומגבלותיו 142

חלק שלישי: רציונל ההרתעה - ניתוח מסורתי

- I. מבוא 142
- א. הרתעה כצידוק תוצאתני לענישה 142
- ב. הרתעה תועלתנית (אמצעי להשאת תועלת) מול הרתעה מוסרנית (אמצעי למניעת עוול) 143
1. הרתעה תועלתנית 143
2. הרתעה מוסרנית 144
- ג. רציונל ההרתעה כצידוק לתשלום העונשי - ההסבר המסורתי והשאלות המתעוררות 145
- II. מדוע ראוי להרתיע מפני התנהגות מחפירה? 146
- א. הצורך בהרתעת התנהגות מחפירה - הסבר מוסרי 146
1. תיאוריות ליברליות-אינדיבידואליסטיות 146
2. תיאוריות קהילתניות-רפובליקניות 148
- ב. הצורך בהרתעת התנהגות מחפירה - הסבר תועלתני 148
1. התשובה השלילית 149
2. התשובה החיובית 149
- III. מדוע ואימתי נדרשת סנקציה לבר-מפצה לשם הרתעת התנהגויות מחפירות? 151
- א. הצגת הבעיה 151
- ב. ההסבר המסורתי 151
- ג. מגבלות ההסבר המסורתי 152
- ד. המבחן המוצע 153
1. התנאי הראשון: אי דיותן של סנקציות משפטיות אחרות 153
2. התנאי השני: יעילותן של התשלום העונשי בהגברת ההרתעה 154
- IV. רציונל ההרתעה - ביקורת נפוצות 155
- א. התשלום העונשי יוצר הרתעת-יתר 155
1. הצגת הטעון 155
2. ביקורת הטעון 155
- ב. התשלום העונשי איננו עונש מרתיע 157
1. הצגת הטעון 157
2. ביקורת הטעון 158
- סיכום לחלק השלישי: הסיכויים והסיכונים שבענישה לשם הרתעה 160

חלק רביעי: רציונל ההרתעה - ניתוח כלכלי

160	הרקע לדיון ותכליתו	
161	I. מבוא: מושגי יסוד והנחות יסוד בניתוח הכלכלי המסורתי	
161	א. יעילות כלכלית, הרתעה יעילה, הרתעה מוחלטת והרתעה אופטימלית	
162	ב. הנחת היסוד הראשונה: המשפט האזרחי שואף להרתעה אופטימלית באמצעות הפנמה	
163	ג. הנחת היסוד השנייה: סנקציות לבר-מפצות אינן יעילות	
163	II. הצדקות כלכליות מסורתיות להכרה בתשלומים עונשיים	
163	א. התשלום העונשי כפתרון לבעיית ההתחמקות מהדין	
163	1. ההסבר המוצע	
165	2. הערכה ביקורתית	
167	ב. התשלום העונשי כפתרון לבעיית תת-הפיצוי	
167	1. ההסבר המוצע	
168	2. הערכה ביקורתית	
168	ג. התשלום העונשי כפתרון לבעיית "הרווח המפוקפק" (illicit gain)	
168	1. ההסבר המוצע	
169	2. הערכה ביקורתית	
170	III. הסברים כלכליים אחרים	
170	א. Hirsch - התשלום העונשי כאמצעי להגנה על מנגנון השוק החופשי	
170	1. ההסבר המוצע	
170	2. הערכה ביקורתית	
171	ב. Posner - התשלום העונשי כאמצעי לריסון של "עוולות כוונה"	
171	1. ההסבר המוצע	
172	2. הערכה ביקורתית	
174	ג. Spiegel ו-McChesney, Haddock: התשלום העונשי כאמצעי לריסון העברות כפויות של משאבים ייחודיים	
174	1. ההסבר המוצע	
175	2. הערכה ביקורתית	
176	ד. Hylton - נזקייהן העקיפים של "גזילות" כהצדקה למיגורן באמצעות הרתעה ממגרת	
176	1. ההסבר המוצע	
177	2. הערכה ביקורתית	
178	ה. Friedman - גמישות הביקוש למעשי עוולה והשפעתה על יעילות הענישה	
178	1. ההסבר המוצע	
179	2. הערכה ביקורתית	
179	IV. ההסבר הכלכלי המוצע	
179	א. מבנה הדיון ומטרותיו	
180	ב. שיקולים ודגשים כלליים שבהם ראוי להתחשב בעת עיצובם של מנגנונים הרתעתיים	
180	1. שיקולים רלבנטיים לבחירה בין הרתעה ממגרת (כלל קניין) לבין הרתעה מפנימה (כלל אחריות)	
182	2. שיקולים נוספים	
183	ג. התשלום העונשי כמנגנון של הרתעה ממגרת (כלל קניין) - ההצדקה הכלכלית	
183	1. הוצאות עיסקה	
185	2. עלויות אומדן הנזק וטעות בהערכת הנזק	
185	3. חשש מטעות בקביעת סטנדרט ההתנהגות היעיל או ביישמו	
185	ד. התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה - הסבר כלכלי	
185	1. התנאים המוקדמים כמקימים "חזקת אי-יעילות"	
186	2. ההיגיון הכלכלי שבאי החלת הדוקטרינה על "גזילות" רשלניות	
187	ה. המבחן האולטימטיבי לתחולת הדוקטרינה - הסבר כלכלי	
188	1. ספק לגבי אי-היעילות שבהתנהגות הנתבע	
189	2. ספק לגבי ההצדקה הכלכלית להפעלת המנגנון ההרתעתי	
191	ו. מבחני העזר לזיהוי "התנהגות מחפירה" - הסבר כלכלי	
191	1. דפוס התנהגות פסול מול ארוע חד-פעמי	
193	2. התעלמות מהתובע מול התייחסות אנושית לפגיעה בו	
193	ז. עמימות מול בהירות במבחנים לתחולת הדוקטרינה	
194	סיכום לחלק הרביעי	

חלק חמישי : הצדקות נוספות לענישת התנהגויות מחפירות

I. חינוך 195
א. חינוך כצידוק תוצאתני לענישה 195
ב. חינוך כרציונל לפסיקת תשלומים עונשיים 195
II. ריצוי רגש הנקמה 197
א. ריצוי רגש הנקם כצידוק למוסד הענישה 197
ב. ריצוי רגש הנקם כצידוק לפסיקת תשלום עונשי 198
III. מניעת התעשרות שלא כדין 199
IV. רציונל הפיצוי 200

חלק שישי : התנגדויות נוספות לענישת התנהגויות מחפירות

I. ביקורות במישור ההוגנות 201
א. הפרת עקרון החוקיות 201
ב. אכיפת מוסר על ידי המשפט 201
1. הגירסה החלשה : אכיפת מוסר נוהג איננה מתפקידו של בית המשפט 202
2. הגירסה החזקה : אכיפת מוסר נוהג על ידי המשפט איננה ראוייה בשום צורה 202
II. ביקורות במישור התוצאתני 203
א. חשש לפגיעה בתפקוד המערכת המשפטית 203
ב. חשש מהשפעות שליליות במישור הערכי 205
ג. קיומן של דוקטרינות עונשיות מוסוות מייתר את הצורך להכיר בדוקטרינה 206
ד. קיומן של סנקציות לבר-משפטיות מייתר את הצורך בתשלום העונשי 208

חלק שביעי : האם ענישה לבר-מפצה סותרת את עקרון הצדק המתקן?

הערה למטרת הדיון 209
I. הצגת הבעייה 209
א. רעיון הצדק המתקן - כללי 209
ב. צדק מתקן מול ענישה לבר-מפצה - השאלות המתעוררות 211
II. הניתן ליישב את ההכרה בתשלום העונשי עם עקרון הצדק המתקן? 211
א. צדק מתקן מול צדק גמולי - עקרונות סותרים או מתיישבים? 211
1. העמדה המסורתית 211
2. ביקורת העמדה המסורתית 212
ב. צדק מתקן מול צדק מרתיע - עקרונות סותרים או מתיישבים? 215
III. השלכות הסתירה האפשרית בין התשלום העונשי לבין עקרון הצדק המתקן 215
סיכום לפרק ז' 216

פרק ח' - היש מקום לענישה במסגרת המשפט האזרחי?

הצגת הבעייה ומטרת הדיון 218
חלק ראשון : הטיעון נגד ענישה אזרחית

I. הטיעון המושגי נגד ענישה אזרחית 218
א. הצגת הטיעון 218
ב. כוחם הנורמטיבי המוגבל של טיעונים מושגיים 220
ג. ביקורת הטיעון לגופו - הענישה כחלק בלתי נפרד ממשטר האחריות האזרחי 221
1. הכשל הבסיסי: התעלמות מהיסודות העונשיים של משטר התרופות האזרחי 221
2. החרפת השבר בפרדיגמה הקלסית: השפעת שיקולים עונשיים על היקף הסעד 224
3. סדקים נוספים בפרדיגמה הקלסית 226
ד. מודל אנליטי מוצע לביאור המורכבות העונשית של המשפט התרופתי האזרחי 227
ה. הטיעון המושגי בפרספקטיבה היסטורית - הערה מסכמת 229

- II. הטיעון הליברטני נגד ענישה אזרחית**
- 231..... א. הטיעון הליברטני הגורף: בספירה האזרחית הענישה היא "מחוץ לתחום"
- 231..... 1. הצגת הטיעון
- 231..... 2. ביקורת הטיעון
- 231..... ב. הטיעון הליברטני הממוקד: הענישה האזרחית אינה מבטיחה הגנה מספקת על חירות
- 232..... הנענש
- 232..... 1. הצגת הטיעון
- 233..... 2. ביקורת הטיעון
- III. טיעון 'המדרון החלקלק': התחשבות בשיקולי אשמה לחומרא תוביל להתחשבות**
- 234..... בשיקולי אשמה לקולא ולפגיעה בזכות לפיצוי מלא
- 234..... א. הצגת הטיעון
- 235..... ב. ביקורת הטיעון

חלק שני: הטיעון בזכות ענישה אזרחית

- 236..... הערה למטרת הדיון
- I. הצורך בריסון עבירות פליליות שאינן נאכפות על ידי מערכת האכיפה הפלילית**
- 236..... א. בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי
- 236..... 1. הגורמים לתת-האכיפה במשפט הפלילי
- 240..... 2. תת-אכיפה בתחום המוסדי-מסחרי
- 241..... 3. תת-אכיפה בתחום הציבורי
- 241..... 4. סיכום ביניים
- 241..... ב. הענישה האזרחית והתשלום העונשי בפרט כפתרון לבעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי
- 242..... 1. הענישה האזרחית לסוגיה: כללי
- 243..... 2. התשלום העונשי ותרומתו לצמצום בעיית תת-האכיפה
- 244..... ג. האין פתרון "פנימי" לבעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי?
- 245..... ד. הצורך בתיאום בין ערוצי הענישה השונים
- 245..... 1. החשש מפני ענישת כפל
- 249..... 2. החשש מעקיפת סמכותה של התביעה הכללית
- 250..... 3. סוגיית נטל הראייה בתביעות לתשלום עונשי
- 251..... 4. ערובות דיוניות נוספות
- II. הצורך בריסון התנהגויות מחפירות שאינן מהוות עבירות פליליות**
- 251..... א. תמצית הטיעון
- 252..... ב. ההגנה המוגבלת של המשפט הפלילי מפני פגיעה מחפירה באינטרסים מסויימים
- 253..... 1. פגיעות באינטרסים כלכליים ורגשיים
- 254..... 2. פגיעות עקיפות בגוף וברכוש
- 254..... ג. קוצר ידו של המשפט האזרחי בהגנה מפני פגיעה מחפירה בזכויות
- 254..... ד. סיכום ביניים: כשלונה השיטתי של שיטת המשפט במתן הגנה יעילה מפני פגיעה מחפירה בזכויות
- 255..... ה. התשלום העונשי כפתרון לבעיית תת-ההגנה על הזכות המשפטית מפני פגיעה מחפירה
- 256..... ו. הערה לתפקידו של התשלום העונשי בתחום המוסדי-מסחרי ובתחום הציבורי
- 256..... 1. התחום המוסדי-מסחרי
- 256..... 2. התחום הציבורי
- 258..... ז. הרחבת המשפט הפלילי - פתרון חלופי ראוי?
- III. יתרונות נוספים של הענישה האזרחית על פני הענישה הפלילית**
- 259..... א. מאפייניה הטיפוסיים של הענישה הפלילית והחסרונות הנובעים מהם
- 259..... 1. חומרתה ונוקשותה של הסנקציה הפלילית
- 260..... 2. ההגנה מרחיקת הלכת על הנאשם בפלילים פוגעת ברמת האכיפה
- 262..... 3. העלות הכספית הגבוהה הכרוכה בהפעלת מנגנון האכיפה הפלילי
- 262..... 4. הרחקה (alienation) של האזרח מעשיית משפט צדק
- 262..... ב. מאפייני הענישה האזרחית ויתרונותיה על פני הענישה הפלילית
- 262..... 1. גמישותה של הסנקציה האזרחית
- 263..... 2. השפעתו החיובית של סדר הדין האזרחי על רמת האכיפה
- 264..... 3. ההליך האזרחי-עונשי חסכוני יותר מההליך הפלילי
- 264..... 4. החשיבות שבקירוב האזרח למלאכת אכיפת החוק
- 265..... סיכום לפרק ח'

פרק ט' - הזכאי הנפגע מהתנהגות מחפירה לחלק ונחלה בתשלום העונשי?

- מבוא: הצגת הבעייה 267
- I. התנגדויות להעברת התשלום העונשי לתובע 267
- א. מישור ההוגנות - התעשרות התובע שלא כדין 267
- ב. המישור התוצאתני - היתרונות שבשלילת הזכות לתשלום העונשי מהתובע 267
- II. הצדקות מסורתיות להכרה בזכות התובע בתשלום העונשי 269
- א. מישור ההוגנות - פרס לתובע על הבאת הנתבע לדין 269
- ב. המישור התוצאתני - יצירת תמריץ לאכיפה פרטית של הדין 269
- III. הערכה ביקורתית..... 270
- א. מישור ההוגנות - דחיית רציונל הפיצוי 270
- ב. מישור ההוגנות: זכותו המוסרית של הנפגע מהתנהגות מחפירה לסעד לבר-מפצה 270
1. זיכוי הקורבן בתשלום העונשי כביטוי להכרה במעמדו הייחודי בהליך הענישה..... 271
2. זיכוי הקורבן בכספי העונש משרת את ריצוי רגשותיו הפגועים 272
3. זיכוי התובע בתשלום העונשי מבטיח הימנעות מתת-פיצוי גם במחיר של פיצוי-יתר 273
- ג. המישור התוצאתני: חלוקת התשלום העונשי בין התובע לבין הציבור מבטיחה תמריץ מאוזן לאכיפת הדין 274
- סיכום לפרק ט' 276

שער רביעי:

התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים - הערכה ביקורתית

- השער הרביעי: מטרתו, מבנהו, ועיקרי התזה המועלית בו 278
- פרק י' - טיעונים נגד הכרה בתשלום העונשי
כסנקציה בדיני החוזים

- מבנה הפרק ומטרת הדין 280
- חלק ראשון: טיעונים במישור המושגי

- מבוא 280
- I. הכרה בתשלום העונשי אינה מתיישבת עם אופי האחריות החוזית 280
- א. הצגת הטעון 280
- ב. ביקורת הטעון 281
- II. הכרה בתשלום העונשי סותרת את עקרון הפיצוי 282
- א. הצגת הטעון 282
- ב. ביקורת הטעון 283

חלק שני: טיעונים במישור ההוגנות

- I. הפרת חוזה אינה חמורה כעוולה נזיקית ולכן אינה מצדיקה תשלום עונשי 284
- א. הפרת חוזה, בניגוד לעוולה נזיקית, איננה מפירה נורמה ציבורית 284
1. הצגת הטעון 284
2. ביקורת הטעון 284
- ב. פגיעתה של הפרת חוזה חמורה פחות מפגיעתה של עוולה בנזיקין 285
1. הצגת הטעון 286
2. ביקורת הטעון 286
- II. הכרה בתשלום העונשי פוגעת באוטונומיית הרצון של הצדדים לחוזה 289
- א. הצגת הטעון 289
- ב. ביקורת הטעון 290
1. העדר עיגון מפורש לדוקטרינה בחוזה איננו משקף העדר רצון להחלתה 290

2. רצונם ההיפותטי של צדדים לחוזה עשוי להתיישב עם ההכרה בסנקציות לבר-מפצות. 291
3. ההבחנה בין סנקציות לבר-מפצות שתכליתן פיצוי לבין כאלה שתכליתן עונשית-הרתעתית. 293
4. רצונם ההיפותטי של צדדים לחוזה מתיישב באופן ספציפי עם ההכרה בתשלום עונשי. 294

חלק שלישי: טיעונים במישור התועלת

- I. הכרה בתשלום העונשי תמנע הפרות יעילות.** 295
- א. הצגת הטיעון. 295
- ב. ביקורת הטיעון: תהיות מקדמיות. 296
1. אי הבהירות בתורת ההפרה היעילה: יעילות פרטו או קלדור-היקס? 296
2. סמנטיקה, מתודולוגיה ומה שמאחוריהן. 297
- ג. ביקורת הטיעון: הכשלים בהנחות היסוד של תורת ההפרה היעילה. 298
1. התעלמות מבעיית ההתחמקות מהדין. 299
2. התעלמות מבעיית תת-הפיצוי. 300
3. התעלמות מעלות ההתדיינות המשפטית הנובעת מ"ההפרה היעילה". 302
4. התעלמות מנוקן חברתי ארוך הטווח של הפרות אופורטוניסטיות "יעילות". 304
- ד. טיעון ההפרה היעילה - סיכום. 306
- II. אי וודאות, פגיעה ביכולת ההסתמכות והרתעה מהתקשרויות חוזיות.** 307
- א. הצגת הטיעון. 307
- ב. ביקורת הטיעון. 308
1. וודאות ויעילות מול צדק ומניעת עוול. 308
2. פגיעה בוודאות החוזית - של המתקשר תם הלב או של המתקשר האופורטוניסט? 309
3. פרדוקס אי הוודאות: אי וודאות כמגבירה וודאות, ביטחון ויכולת הסתמכות על החוזה. 309
4. טיעון אי-הוודאות איננו מסביר את ההבחנה בין דיני החוזים לדיני הנזיקין. 310
5. טיעון אי-הוודאות - סיכום. 312

חלק רביעי: טיעונים נוספים

- א. הדוקטרינה בעייתית מיסודה וראוי להגביל את תחולתה ככל שניתן. 312
1. הצגת הטיעון. 312
2. ביקורת הטיעון. 312
- ב. בעיות שמעורר הקושי בהוכחת היסוד הנפשי של המפר. 312
1. הצגת הטיעון. 312
2. ביקורת הטיעון. 313
- ג. הדוקטרינה מיותרת לאור קיומן של דוקטרינות תרופתיות 'מעין עונשיות' בדיני החוזים. 313
1. הצגת הטיעון. 313
2. ביקורת הטיעון. 314
- ד. הדוקטרינה מיותרת לאור קיומן של סנקציות לבר-משפטיות. 314
1. הצגת הטיעון. 314
2. ביקורת הטיעון. 314
- סיכום לפרק י' 315

פרק י"א - הטיעון העקרוני בזכות הכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים

- הערה למטרת הפרק ולמתווה הדין. 317
- חלק ראשון: הגישה ה"אזרחית" מול הגישה ה"נזיקית" לתשלום העונשי
- א. הצגת החלופות: מבחן חומרת ההתנהגות מול מבחן עילת התביעה. 317
- ב. עדיפותה של הגישה האזרחית על פני הגישה הנזיקית. 317
- ג. מידת הרלבנטיות של סוג עילת התביעה להתקיימותה של התנהגות מחפירה. 318
- ד. בעייתיות הגישה הנזיקית בהקשר החוזי. 320
1. הקושי בסיווג עילת התביעה בסכסוך בין צדדים לחוזה. 320
2. הפרת חוזה "טהורה" שאינה מלווה בהתנהגויות "נזיקיות" אחרות. 320

321	הפרת חוזה "טהורה" המלווה בהתנהגויות "נזיקיות" אחרות	3.
321	הפרת חוזה "לא טהורה" המקימה עילת תביעה מקבילה בנזיקין	4.
	בעייתיות הגישה הנזיקית בהקשר הנזיקי: הפרת חיוב (נזיקי) שלא גרמה נזק בר-פיצוי	ה.
321		
322	המחשת האבסורד בגישה הנזיקית לתשלום העונשי	ו.
322	1. דוגמה מס' 1: הפרה מחפירה של חוזה שכירות	1.
323	2. דוגמה מס' 2: הפרה מחפירה של חוזה להספקת נכס, מוצר או שירות	2.
323	3. דוגמה מס' 3: התרשלות מחפירה בביצוע חוזה	3.
323	4. דוגמה מס' 4: הפרה מחפירה של התחייבות חוזית לשלם כסף	4.
324	5. דוגמה מס' 5: גרם הפרת חוזה	5.
324	6. ניתוח הדוגמות	6.
325	תימוכין לגישה האזרחית בפסיקה ובספרות	ז.
325	1. הפסיקה	1.
326	2. דעות מלומדים	2.

חלק שני: ישימותם בתחום החוזי של הרציונלים הכלליים של הדוקטרינה

327	הערה למטרת הדין	
327	I. הצידוקים להטלת סנקציה עונשית לבר-מפצה על התנהגות מחפירה בתחום החוזי	I.
327	א. גמול	א.
328	ב. הרתעה מוסרנית	ב.
329	ג. הרתעה יעילה (או "תועלתנית")	ג.
329	1. נקודת המוצא לדין, השאלות הקונקרטיות הטעונות בירור ומתווה הדין	1.
329	2. מודל א': סנקציה לבר-מפצה בגין כל הפרת חוזה	2.
330	3. מודל ב': תשלום עונשי בגין הפרות חוזים אופורטוניסטיות בלבד	3.
331	4. מודל ג': תשלום עונשי בגין כל הפרת חוזה מודעת	4.
334	5. מודל ד' (המודל המוצע): תשלום עונשי בגין התנהגות מחפירה	5.
337	ד. חינוך	ד.
339	ה. ריצוי רגש הנקם	ה.
339	II. צידוקים לענישה אזרחית בתחום החוזי	II.
339	א. הצורך בצמצום בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי	א.
340	ב. הצורך בריסון התנהגויות מחפירות שאינן בגדר עבירות פליליות	ב.
340	III. צידוקים לזיכוי התובע החוזי בכספי התשלום העונשי	III.

חלק שלישי: שימוש בטכניקות "נזיקיות" - תחליף לגישה האזרחית?

340	הצגת השאלה ומטרת הדין	
341	I. עוולת הרשלנות - תחליף אפשרי להכרה בדוקטרינה בתחום החוזי?	I.
341	א. הטכניקה המוצעת - התנהגות מחפירה של צד לחוזה כרשלנות	א.
341	ב. המגבלות על היקף תחולתה של עוולת הרשלנות בדין הנוהג	ב.
341	1. עוולת הרשלנות טעונה הוכחת נזק	1.
342	2. ההכרה המוגבלת בנזק נפשי (לא-ממוני) טהור במסגרת עוולת הרשלנות	2.
343	3. ההכרה המוגבלת בנזק כלכלי טהור במסגרת עוולת הרשלנות	3.
345	4. העדר הכרה באחריות נזיקית להפרת חוזה במחדל גמור	4.
345	ג. מגבלות עוולת הרשלנות כתחליף לגישה האזרחית - סיכום	ג.
346	II. "מתיחת" דיני הנזיקין - תחליף ראוי להכרה מפורשת בתשלום העונשי כסנקציה חוזית?	II.
346	א. כללי - הצגת השאלה	א.
346	ב. הטלת אחריות נזיקית ברשלנות בגין הפרת חוזה היא מלאכותית	ב.
346	ג. הטכניקות ה"נזיקיות" שוברות את הגבולות המושגיים בין דיני הנזיקין לבין יתר ענפי דין החיובים	ג.
346	ד. מתיחה מגמתית של דיני הנזיקין אינה מתיישבת עם הדרישה ליושרה שיפוטית	ד.
348	ה. הטכניקות ה"נזיקיות" מקשות על מימוש מטרת הדוקטרינה וכרוכות בבזבוז חברתי	ה.
348	ו. סיכום - יתרון הגישה האזרחית על פני תחליפיה ה"נזיקיים"	ו.

חלק רביעי: השתלבות התשלום העונשי בתיאוריות של דיני החוזים ובמגמות כלליות בדיני החוזים

349	הערה למטרת הדין	
-----	-----------------	--

- I. השתלבות התשלום העונשי בתיאוריות של דיני החוזים
- 349..... א. תיאוריית הרצון - דיני החוזים כמבוססים על אוטונומיית הרצון הפרטי
- 349..... ב. התיאורייה הכלכלית - דיני החוזים כמקדמים יעילות כלכלית
- 349..... ג. תיאוריות של הוגנות וצדק - דיני החוזים כמקדמים ערכי צדק ומוסר
- 351..... ד. תיאוריית ההבטחה - דיני החוזים כמבוססים על הערך המוסרי של קיום הבטחות
- ה. צדק מתקן; תיאוריית ההסתמכות ותיאוריית ההתעשרות - דיני החוזים כחלק מדיני החיובים
- 351..... ו. דיני החוזים כחלק מהמשפט הציבורי
- 352..... ז. צדק מחלק בדיני חוזים
- 352..... ח. תיאוריית חוזה היחס - דיני החוזים ככלי להסדרת יחסים ארוכי טווח
- 354..... ט. הגישה הביקורתית לדיני החוזים
- 355..... II. השתלבות התשלום העונשי במגמות כלליות בדיני החוזים
- 356..... א. המעבר מאינדיווידואליזם לקהילתנות
- 356..... ב. המעבר מנייטרליות מוסרית לתובענות מוסרית
- 357..... ג. פורמליזם מול מהות בדיני החוזים
- 359..... ד. ההכרה המתרחבת בזיקה בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין
- 360..... 1. כללי - הגבול המטושטש בין דיני הנזיקין לבין דיני החוזים
- 360..... 2. מגמת מיזוגם ואיחודם של דיני התרופות בחוזים ובנזיקין
- 361.....

פרק י"ב - התנהגות מחפירה בתחום החוזי - קטגוריות טיפוסיות ושיקולים עיקריים

- א. הערה למטרת הדיון ולמבנה הפרק 364
- ב. התנהגות מחפירה בתחום החוזי - המבחן לזיהוייה 364

חלק ראשון: התנהגות מחפירה בשלב הטרום-חוזי

- א. מבוא: השלב הטרום-חוזי כחלק מהתחום החוזי במובן הרחב 365
- ב. המקורות המשפטיים העיקריים החולשים על התנהגות הצדדים בשלב הטרום-חוזי:
- דיני הנזיקין וחובת תום הלב במשא ומתן 366
1. דיני הנזיקין - הגישה האזרחית ונפקותה 366
2. חובת תום הלב במשא ומתן - הגישה האזרחית ונפקותה 366
- ג. דוגמות טיפוסיות להתנהגות מחפירה בשלב הטרום-חוזי 367
1. יצירה מודעת של מצג כוזב ופוגעני 368
2. ניצול לרעה של פערי כוחות משמעותיים 368
3. הפעלת לחץ פסול ביודעין 369
4. הפרה מחפירה של חובת תום הלב במשא ומתן 370

חלק שני: התנהגות מחפירה בשלב החוזי

- I. המסגרת האנליטית 370
- א. המקורות המשפטיים העיקריים החולשים על התנהגות הצדדים בשלב החוזי: דיני החוזים, דיני הנזיקין וחובת תום הלב בקיום החוזה 370
- ב. התנהגות מחפירה בשלב החוזי - הגישה הנזיקית מול הגישה האזרחית 371
- ג. הערה לעניין קשיי ההבחנה בשלב החוזי בין הפרה מחפירה של החוזה לבין הפרה מחפירה של חובת תום הלב בקיומו 371
- II. הפרת חוזה - אימתי התנהגות מחפירה? 372
- א. הפרת חוזה כהתנהגות מחפירה - הצגת השאלה ומטרת הדיון 372
- ב. הפרת חוזה כהתנהגות מחפירה - הפסיקה והספרות 373
- ג. הפרות שאינן עומדות בתנאים המוקדמים לפסיקת תשלום עונשי 374
- ד. הפרות העומדות בתנאים המוקדמים - השיקולים המבחניים בין הפרות נסלחות לבין הפרות מחפירות - כללי 375
- ה. קבוצת השיקולים הראשונה: מסוכנות ההפרה (היסוד העובדתי) 375
1. סוג האינטרס ואופי הסיכון או הפגיעה: אינטרס אישי (לא-ממוני) מול אינטרס רכושי (ממוני) 376
2. היקף הפגיעה הפוטנציאלית באינטרס 377
3. רמת ההסתברות כי הפגיעה אכן תתממש 377
4. יסודיות ההפרה כמבחן עזר לקביעת מסוכנות ההפרה 377

378	קבוצת השיקולים השנייה: מאזן הנזק - נזקי ההפרה מול נזקי הקיום	ו.
378	קבוצת השיקולים השלישית: מסוכנות המפר (היסוד הנפשי)	ז.
379	1. היסוד ההכרתי	
380	2. היסוד החפצי	
380	3. המניע להפרה	
	קבוצת השיקולים הרביעית: ניצול לרעה של פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים	ח.
381	לחוזה	
381	1. כללי	
381	2. פערי כוחות מיוחדים הנובעים ממבנה העיסקה	
382	3. פערי כוחות הנובעים מפערי מידע ומומחיות	
382	4. פערי כוחות הנובעים ממצוקה או חולשה כלכלית	
382	5. פערי כוחות הנובעים ממצוקה או חולשה גופנית, נפשית או שכלית	
383	6. ניצול לרעה של פערי כוחות בשלב החוזי - מסקנות	
384	קבוצת השיקולים החמישית: התייחסות המפר אל הנפגע לפני ההפרה	ט.
384	1. הודעה מוקדמת על הכוונה שלא לקיים את החוזה - שיקול לקולא	
384	2. הצעת פשרה כנה וסבירה - הגנה מוחלטת מפני חיוב בתשלום עונשי	
385	"הפרה מחפירה" לעומת "התנהגות מחפירה" - השיקולים הרלבנטיים	י.
386	1. דפוס התנהגות פסול לעומת כשל התנהגותי חד-פעמי	
386	2. התנצלות או הבעת חרטה כנה לאחר ההפרה	
387	3. פעולה לתיקון נזקי ההפרה או לפיצוי הנפגע עליהם	
387	קטגוריות נוספות של התנהגות מחפירה בשלב החוזי	III.
387	א. "הפרה מחפירה" מול קטגוריות אחרות של "התנהגות מחפירה" בשלב החוזי	
387	ב. התעמרות בצד השני לחוזה	
389	ג. יצירה מודעת של מצג כוזב ופוגעני	
389	ד. ניצול לרעה של פערי כוחות משמעותיים	
389	ה. הפעלת לחץ פסול בשלב החוזי	
390	ו. התחמקות מודעת מאחריות חוזית	
390	סיכום לחלק השני	

חלק שלישי: התנהגות מחפירה בשלב הבתר-חוזי

	א. קטגוריית ההתנהגות המחפירה האופיינית לשלב הבתר-חוזי: התחמקות מחפירה	
390	מנשיאה באחריות לכשלון החוזה	
391	ב. המקורות המשפטיים החולשים על התנהגות הצדדים בשלב הבתר-חוזי	
391	ג. הצורך בפסיקת תשלום עונשי כסנקציה על התחמקות מחפירה מאחריות	
393	ד. התכשורת מודעת לעצם קיומה של הזכות הראשונית או להפרתה	
393	1. התכשורת לעצם קיומה של הזכות החוזית (הראשונית)	
393	2. התכשורת להפרתו של החיוב הראשוני	
394	ה. התנערות מוחלטת מחובת המפר לתקן את ההפרה או לפצות בגינה	
394	ו. ניסיון פסול להניא את הנפגע מנקיטת הליך משפטי	
394	ז. הבטחות סרק לתיקון נזקי ההפרה	
394	ח. ניצול לרעה של ההליך המשפטי	
396	סיכום לפרק י"ב	
398	דברי נעילה: התשלום העונשי - מקסם שווה או כלי משפטי אפקטיבי?	
398	א. בעיית הגישה לערכאות (access to justice)	
399	ב. חוסר אפקטיביות בהגנה על אינטרסים ציבוריים?	
399	ג. מגבלות הספקנות	
401	ד. אחרית דבר - מבט אל העבר ואל העתיד	

נספחים

נספח א'	הצעת חקיקה
נספח ב'	ביבליוגרפיה
נספח ג'	תוכן עניינים בשפה האנגלית
נספח ד'	תקציר בשפה האנגלית (abstract)

הערות טכניות למעיון בחיבור

א. ראשי תיבות

- ככלל, השתדלתי להימנע משימוש בראשי תיבות. חריגים לכך הם:
1. מ"י - מדינת ישראל (רק כאשר השם מופיע בהערת שוליים).
 2. ארה"ב - ארצות הברית (רק כאשר השם מופיע בהערת שוליים).
 3. כיו"ב (כיוצא בזה/באלה, לפי העניין).

ב. רשימת קיצורים לדברי חקיקה הנזכרים בחיבור פעמים רבות

- חוק החוזים** - חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973
חוק העונשין - חוק העונשין, תשל"ז-1977
חוק התרופות - חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970
פקודת הנזיקין - פקודת הנזיקין [נוסח חדש]

ג. קיצורים וסימנים נוספים

1. ר' ראו
2. סעי' סעיף או סעיפים, לפי העניין
3. s. section, article (סעיף בחוק או בספר המחולק לסעיפים)
4. קיצורים ביבליוגרפיים לשמות פסקי דין מובלטים באמצעות גופן מודגש ואיטלי (*bold italic*).
5. קיצורים ביבליוגרפיים לשמות של מקורות אחרים מובלטים באמצעות גופן מודגש (**bold**).
6. טקסט (עיקרי או בהערת שוליים) המופיע בגופן מודגש (**bold**) ואיננו חלק מכותרת או כותרת משנה, הוא אחד מאלה:
(א) קיצור ביבליוגרפי לשמו המלא של מקור שאינו פסק דין (ר' סעי' 4 ו-5 לעיל);
(א) מובאה²;
(ב) שם חוק, ספר, כתב עת, דו"ח וכל מקור אחר, לרבות שמות הצדדים בפסקי דין.
(ד) משפט, ביטוי או מילה שהודגשו מפאת חשיבותם היחסית.
7. שנות ה-60, שנות ה-80, שנות ה-30, וכו' - בהעדר ציון אחר הכוונה היא לעשורים במאה ה-20.
8. למען האחידות והקיצור ציון שם כתב עת באנגלית הכולל את המילה **Review** נעשה בכל המקרים באמצעות שימוש בסימן **R.** כקיצור למילה **Review** (במקום הסימן **Rev.** המקובל בחלק מהמדינות).
9. השימוש בסוגריים מרובעים [] נעשה במקרים הבאים:
(א) לציון מילות קישור שהוספו בתוך מובאה לצורך הבהרה. הטקסט המופיע בתוך הסוגריים המרובעים יופיע בגופן לא מודגש (regular), על מנת להבחינו מהטקסט המקורי (שהוא מודגש);
(ב) לציון שנת פרסום של פסק דין ממדינות חבר העמים הבריטי (למעט קנדה ואוסטרליה), כמתחייב מכללי הציטוט המקובלים במדינות אלה.

ד. אופן ההפנייה בחיבור לפסקי דין ולמקורות ספרותיים

1. כל מקור הנזכר בחיבור מצוטט באופן מלא במקום בו הוא נזכר לראשונה. בפעמים הבאות שבהן הוא מוזכר, נעשית ההפנייה אליו על באמצעות הקיצור שנקבע לו ברשימה הביבליוגרפית.³ קורא המבקש לראות את שמו המלא של מקור המופיע באופן מקוצר, יפנה אפוא לרשימה הביבליוגרפית.
2. הרשימה הביבליוגרפית המצורפת לחיבור זה משמשת גם כרשימת קיצורים. למעט דברי חקיקה, כל מקור הנזכר בחיבור מופיע ברשימה הביבליוגרפית כשלפניו הקיצור שנקבע לו. כל הקיצורים מופיעים בגופן מודגש (**bold**).

ה. אופן האזכור של פסקי דין

1. הקיצורים לפסקי דין נקבעו לפי שם הצד הראשון להליך. לדוגמה: **מף** הוא קיצורו של פסק הדין ע"א 802/87 נוף נ. **אבנרי** פ"ד מה (2) 489; *Alcorn*; הוא הקיצור לפסק הדין *Alcorn v. Mitchell* 63 Ill. 553 (1872).
2. כאשר נזכרו בחיבור מספר פסקי דין ששם הצד הראשון בהם זהה, משמש שם זה כקיצור לאחד מפסקי הדין (על פי רוב החשוב יותר, לצורך החיבור). ליתר פסקי הדין ניתן קיצור זהה, פרט לעובדה שבצידו מופיע מספר סידורי. לדוגמה: אם קיימים מספר פסקי דין שבהם שם הצד הראשון למשפט הוא **Brown**, יינתן הקיצור **Brown** רק לאחד מהם, ואילו האחרים יצוינו **Brown (2)**, **Brown (3)** וכן הלאה.
3. פסקי דין שבהם המדינה היתה צד במשפט מוזכרים ברשימת הקיצורים לפי שם הצד השני, וזאת גם כאשר המדינה היתה התובעת או המערערת.

ו. אופן האזכור של מקורות אחרים

1. הקיצורים למקורות שאינם פסקי דין ניתנו לפי שם המשפחה של המחבר (או של העורך, כאשר מדובר באסופת מאמרים). כאשר ישנם יותר ממחבר או עורך אחד, נקבע הקיצור לפי שמו של המחבר ששמו מופיעה ראשונה. לדוחות רשמיים, מילונים, אנציקלופדיות, סימפוזיונים וכיו"ב, נקבעו קיצורים מיוחדים. למשל: (2) *Rest. Conts.* הוא הקיצור למקור *Restatement (Second) of Contracts* (St. Paul, 1981).
2. כאשר נזכרו בחיבור מספר מקורות ספרותיים שנכתבו על ידי מחברים שונים בעלי שם משפחה זהה, יוחד שם המשפחה כקיצור רק לאחד מבין המחברים. אבחון יתר המחברים נעשה על ידי הוספת האות הראשונה בשמו הפרטי של המחבר לצד שם המשפחה. לדוגמה: מבין המחברים ששם משפחתם *Cohen* ניתן הקיצור **Cohen** רק לאחד, ואילו האחרים מופיעים באופן הבא: **Cohen, F.**, **Cohen M.** וכן הלאה.
3. כאשר מספר מקורות ספרותיים שונים נכתבו על ידי אותו מחבר, נעשה האיבחון בין המקורות על ידי הוספת מספר סידורי בסמוך לאחר שם המחבר. לדוגמה: לאחד המקורות מפרי עטו של המחבר **Cohen** ניתן הקיצור **Cohen**. יתר המקורות מפרי עטו צוינו **Cohen (2)**, **Cohen (3)**, וכן הלאה.

³ במקרים חריגים, שבהם נראה הדבר בעיניי כמתבקש מטעמים של נוחות הקריאה וחיובות המקור, עשוי השם המלא להופיע פעם נוספת.

4. כאשר חיבור משפטי כולל שני כרכים או יותר, תציין ההפנייה את מספר הכרך רק מהכרך השני ואילך (לחיבורים עבריים - בעברית; לחיבורים לועזיים - בלטינית). לדוגמה: הכרך הראשון בספרו של קציר יצוין **קציר**, ואילו הכרך השני בספרו יצוין **קציר(ב)**; הכרך הראשון בספרו של Dobbs יצוין **Dobbs**, ואילו הכרך השלישי בספרו יצוין **Dobbs(III)**.

ז. אופן ההפנייה למספרי עמודים במקורות הנזכרים בחיבור

1. ההפנייה למספרי עמודים בפסקי דין ומקורות ספרותיים אחרים נעשתה בחיבור על דרך ציון מספרי העמודים מייד בסמוך לאחר הקיצור, בלא תוספות כלשהן (כגון: בעמוד, בעמ', at page, pp. וכדומה). לדוגמה: **אדרס**, 35; **קציר(ב)** 33-35; 360-69 **Redden(II)**. כאשר המקור ערוך באופן שההפנייה לעמודים איננה אפשרית או איננה נוחה, נעשתה ההפנייה למספרי סעיפים. למשל: **English Report**, s. 6.13; **Rest. Torts.**, s. 301.
2. ההפנייה להערות שוליים המופיעות במאמרים נעשית בלא הפנייה למספרי העמודים שבהם ההערה מופיעה. לדוגמה: **Ellis**, n. 55. רק כאשר ההפנייה היא לטקסט העיקרי ולהערות השוליים המלוות אותו גם יחד, יופיע בהפנייה גם מספר העמוד. לדוגמה: **Ellis**, 455 & n. 55.

ח. אופן ההפנייה לטקסט רלבנטי בחיבור עצמו (cross-reference)

1. החיבור מחולק לסעיפים. ספרור ניתן לכל יחידת טקסט המלווה בכותרת (לרבות כותרות משנה), ובמקרים בודדים גם לפסקות שונות המופיעות תחת אותה כותרת, אך העוסקות בנושא שונה. מספר הסעיף מורכב מספרות המציינות תחילה את מספרו הסידורי של הפרק, ולאחר מכן את מספרו הסידורי של הסעיף בתוך הפרק. לדוגמה: ההפנייה סעי' 11.23 להלן משמעותה הפנייה לטקסט המצוי בסעיף 23 לפרק י"א (שהוא הפרק ה-11 בחיבור).
2. כאשר ההפנייה היא לטקסט או מקור הנזכרים בהערות שוליים או לטקסט עיקרי ולהערות השוליים המלווה אותו גם יחד, תכלול ההפנייה הן את מספר הסעיף והן את מספר ההערה. מספר ההערה יופיע בסוגריים משמאל למספר הסעיף. לדוגמה: ההפנייה ר' לעיל סעי' 11.23(15) משמעותה כי הטקסט או המקור הרלבנטי מופיעים בפרק י"א בסעיף 23 בהערות השוליים 15 (ו/או בטקסט העיקרי הסמוך להערה 15).

* * *