

תרופת האכיפה בדיני הנזיקין

מאת

אלעד פלד*

הפיצוי הכספי נחשב לבררת המחדל התרופתית בדיני הנזיקין הישראליים, הפוסעים בעקבות מסורת המשפט המקובל, והוא הסעד השכיח ביותר הניתן לתובעים. הקודיפיקציה המוצעת של המשפט האזרחי, אשר מציבה את האכיפה כסעד הראשון במעלה במשפט האזרחי כולו, צפויה כך נראה לחולל בתחום הנדון שינוי חד המבטא מעבר אל הגישה הרווחת בקונטיננט. משמעות הדבר היא כי תובע בנזיקין יהיה זכאי, באופן עקרוני, לצו שיפוטי שימנע ביצועה של עוולה כלפיו או יפסיקה, או שירה על תיקון ממשי של תוצאות העוולה. לנוכח רפורמה זו מתעורר הצורך לבחון בחינה יסודית את מעמדו הראוי של סעד האכיפה בדיני הנזיקין ואת המדרג הרצוי בינו לבין הפיצויים (להבדיל מן השאלה, שכבר זכתה לטיפול מעמיק, בדבר ההצדקה להאחדת דין התרופות במשפט האזרחי בכללותו). הטענה המרכזית המועלית במאמר זה היא כי זניחת העמדה המסורתית הדוגלת בקדימותם של הפיצויים לטובת הכרה עקרונית במרכזיותו של סעד האכיפה במסגרת דיני הנזיקין – מוצדקת. זאת הן על סמך בחינת מקורה ההיסטורי של אותה עמדה מסורתית ודרך התפתחותה בישראל ומחוצה לה, והן בשל שיקולי מדיניות עקרוניים הנעוצים במהותה ובתכליתה של התרופה הנזיקית. נוסף על כך עוסק המאמר ברצייתו של סעד האכיפה בנזיקין מנקודת מבט מעשית יותר תוך התייחסות לתרחישים נזיקיים שונים שעמם מתמודדים בתי המשפט. מדיון זה עולים גם שיקולים היכולים לתמוך במקרים שונים בבחירתה של תרופת הפיצויים חרף הגישה העקרונית האמורה. כן מבהיר המאמר כיצד אפשר לשלב שיקולים אלה במסגרת יישומו השיפוטי של הקודקס המוצע. מתוך הטענות המובאים במאמר מתברר כי למעשה המהפך שצפויה לחולל הצעת הקודיפיקציה אינו כה דרמטי כפי שעשוי להידמות בתחילה, אך בד בבד מוסברות בו חשיבותה ומשמעותה המעשיות.

* דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה; מוסמך במשפטים, אוניברסיטת ניו יורק; בוגר במשפטים, אוניברסיטה העברית. הטיעון מושא חיבור זה מבוסס באופן חלקי על פרק מעבודת דוקטור בנושא "צווי עשה בדיני לשון הרע". תודתי העמוקה נתונה למנחיי בכתיבת העבודה, פרופ' אריאל בנדור וד"ר חאלד גנאים, על ההכוונה והעזרה שהעניקו לי. עוד ברצוני להודות לד"ר יהודה אדר וכן לחברי מערכת "דין ודברים", על הערותיהם החשובות.

מבוא. א. תורת התרופות השיפוטיות: מהותה ותכליותיה; 1. תורת התרופות כמכשיר להשבת המצב לקדמותו; 2. סעד הפיצויים; 3. סעד הציווי; ב. המדרג בין הפיצויים והציווי בדיני הנזיקין: המצוי והרצוי; 1. כלל ההעדפה המסורתי; 2. מדרג הסעדים במשפט הישראלי המודרני; 3. מדרג הסעדים במשפט האמריקני המודרני; 4. מדרג הסעדים במשפט הגרמני; 5. שיקולי מדיניות לקביעת המדרג העקרוני הראוי; (א) הכלל המסורתי – כלל ארכאי; (ב) ציווי מביא למימוש מיטבי של זכויות; (ג) ציווי גורר פגיעה קשה בנתבע; (ד) מתן ציווי כרוך בקשיים מנהלתיים; (ה) צו למניעת עוולה נוגד את מהותם של דיני הנזיקין; (ו) שיקולים תאורטיים נוספים; 6. סיכום ומסקנות ביניים. ג. שיקולי מדיניות פרטניים לבחירה בין תרופות; 1. מהותה ומשקלה של הזכות הפגועה; 2. האפשרות להמיר את הזכות למונחים כספיים; 3. מאזן הנוחות; 4. התנהגות התובע; 5. שיקולי יעילות מצרפית; (א) הניתוח הכלכלי של המשפט ויישומו בגדר דיני התרופות; (ב) משקלם המצוי והרצוי של השיקולים הכלכליים; 6. שיקולים נוספים; 7. מבט לעתיד: שיקולי המדיניות לבחירה בין תרופות לנוכח הצעת הקודיפיקציה. ד. סיכום.

מבוא

הפיצוי הכספי נחשב לבררת המחדל התרופתית בדיני הנזיקין הישראליים, והוא הסעד השכיח ביותר הניתן לתובעים.¹ גישה זו מאפיינת באורח מסורתי את שיטת המשפט המקובל בכללותה.² כפי שאירע גם בהקשרים רבים אחרים, המשפט הישראלי, שקיבל אותה בירושה מן המשפט האנגלי, אימצה ודבק בה במשך עשרות בשנים. הקודיפיקציה המוצעת של המשפט האזרחי צפויה כך נראה לחולל בתחום הנדון שינוי חד,³ המבטא מעבר אל הגישה הרווחת בקונטיננט. תזכיר חוק דיני ממונות, שבו כלול פרק המסדיר במאוחד את סוגיית התרופות בגין הפרת חיובים מסוגים שונים, לרבות

* כל אתרי האינטרנט המאוזכרים להלן נצפו לאחרונה ב-20.8.2011, אלא אם נכתב אחרת בגוף המאמר.

1 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, בעמ' 854 (להלן: עניין אבנרי); ישראל גלעד, "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות", משפטים לו (תשס"ז) 761, בעמ' 797.

2 William A. Schroeder, "Restoring the Status Quo Ante: The Fourth Amendment Exclusionary Rule as a Compensatory Device", 51 *Geo. Wash. L. Rev.* (1983) 633, pp. 653–654.

3 גלעד (לעיל, הערה 1) בעמ' 797.

החובה להימנע מביצוע עוולה,⁴ מציב את האכיפה כסעד הראשון במעלה במשפט האזרחי כולו. סעיף 448(א) לתזכיר קובע כדלקמן:

הנפגע זכאי לאכיפת החיוב, אלא אם כן התקיים אחד מאלה:

(1) לא ניתן לקיים את החיוב;

(2) החיוב הוא לבצע עבודה אישית או לתת שירות אישי או לקבל עבודה או שירות כאמור;

(3) קיום צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל;

(4) אכיפת החיוב היא בלתי צודקת בנסיבות העניין;

(5) תרופת הפיצויים היא התרופה המתאימה בשים לב לאופיו של החיוב.

משמעות הדבר היא כי תובע בנוזקין יהיה זכאי ברגיל, או לפחות במקרים רבים, לצו שיפוטי שימנע ביצועה של עוולה כלפיו או יפסיקה, או שיוורה על תיקון ממשי של נזקי העוולה.⁵ בכך יושווה מעמדו לזה של תובע בגין הפרת חוזה, אשר לפי הדין שכבר קיים ארבעים שנה רשאי לדרוש, ככלל, אכיפה בעין של החוזה.⁶

בשיח האקדמי מן השנים האחרונות נכללו כמה התייחסויות לתמורה המוצעת במערך הסעדים הנוזקי. למשל, בין חנוך דגן ויהודה אדר ניטש ויכוח באשר לרציונות האחדת התרופות בדיני הנוזקין ובדיני החוזים לנוכח המשותף והשווה בין שני ענפי המשפט הללו.⁷ ואילו מיגל דויטש וישראל גלעד, אשר נדרשו לנושא מנקודת הראות הספציפית של דיני הנוזקין, הביעו בקצרה תמיכה ברפורמה והסתייגות ממנה, בהתאמה.⁸ המאמר הנוכחי נועד להוסיף נדבך על אותו פולמוס. מטרתו אינה לבחון את עצם המיזוג של דיני התרופות בנוזקין ובחוזים, אלא להעריך באופן נפרד – ובצורה יסודית מכפי שנעשה עד כה – את מקומו הראוי של סעד האכיפה בדיני הנוזקין הישראליים.⁹

4 סעיף 445 לתזכיר חוק דיני ממונות, תשס"ו–2006, ראו באתר משרד המשפטים: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf

5 להגדרת המונח "אכיפה" ראו: בסעיף 444 לתזכיר חוק דיני ממונות ("בין בצו עשה ובין בצו לא תעשה, לרבות [...] צו לתיקון או לסילוק תוצאות ההפרה"); גבריאלה שלו ויהודה אדר, "תרופות בשל הפרת חיוב – מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש", קריית המשפט ו (תשס"ו) 185, בעמ' 199.

6 סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970, ס"ח 16.

7 חנוך דגן, "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת-יתר ועל ריבוי סעדים", משפטים לו (תשס"ז) 249; יהודה אדר, "מדוע נכון לאחד את התרופות בחוזים ובנוזקין? תשובה לפרופ' דגן", משפטים לו (תשס"ז) 357.

8 מיגל דויטש, פרשנות הקודקס האזרחי (כרך א, תשס"ה) בעמ' 302-305; גלעד (לעיל, הערה 1) בעמ' 797-801.

9 הכוונה היא אך ורק לסעד אכיפה קבוע הניתן בסיומו של ההליך לאחר הכרעה סופית בדבר זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים, להבדיל מצו זמני הניתן בראשית ההליך. במקרה השני

הטענה המרכזית שתועלה במאמר היא כי זניחת העמדה המסורתית הדוגלת בקדימותם של הפיצויים לטובת הכרה עקרונית במרכזיותו של סעד האכיפה במסגרת דיני הנזיקין – מוצדקת. תמורה זו, כך ייטען, מתבקשת על סמך בחינת טעמיה ההיסטוריים של העמדה המסורתית והבנת חוסר הרלוונטיות שלהם בימינו. היא אף משקפת את המשך התפתחותם הטבעית של דיני התרופות הישראליים, הן לאור השינויים שחלו עד כה בדינים אלה עצמם, הן לנוכח תמונת המצב במשפחת המשפט המקובל, והן בהתחשב בתזוזה העקיבה של השיטה הישראלית לכיוון התפיסות הקונטיננטליות. עוד יוסבר כי הרפורמה המוצעת מתיישבת עם שיקולי מדיניות הנעוצים במהותה ובתכליתה של התרופה הנזיקית. נוסף על כך יעסוק המאמר ברצינותו של סעד האכיפה בנזיקין מנקודת מבט מעשית יותר, תוך התייחסות לתרחישים נזיקיים שונים שעמם מתמודדים בתי המשפט. מדיון זה אף יעלו שיקולים היכולים לתמוך במקרים שונים בבחירתה של תרופת הפיצויים חרף הגישה העקרונית האמורה. מבין השיטין יתברר גם כי המהפך שצפויה לחולל הצעת הקודיפיקציה אינו כה דרמטי כפי שעשוי להידמות בתחילה, אך בד בבד תוסברנה חשיבותה ומשמעותה המעשיות.

חשוב להבהיר בראשית הדברים כי מרבית המשפטנים אינם מכירים בקיומו של ענף משפטי מובחן ועצמאי העוסק בתרופות נזיקיות. רבים משווים לנגד עיניהם דיני תרופות כוללים לצורך המשפט האזרחי, או למצער בגין עוולות נזיקין והפרות חוזים,¹⁰ ואחרים מתייחסים לתחום הנדון, כפי הנראה, כתת-ענף של דיני הנזיקין.¹¹ יתר על כן, כפי שנראה בהמשך, דמותו של מערך הסעדים בדיני הנזיקין היא במידה רבה תוצר של סיבות ותהליכים הנוגעים לתחום התרופות האזרחיות בכלל. אולם ההבדל הברור שבין דיני הנזיקין ודיני החוזים¹² – אשר גם אלו הממעיטים בערכו אינם מתכחשים לו כליל

נדרש בית המשפט לבצע ניהול סיכונים מורכב לאור הערכתו את סיכויי התביעה כבר בשלביה הראשוניים ואת ההשפעה העתידית של החלטתו על האינטרסים ההדדיים של הצדדים בעקבות פסק הדין הסופי; תחשיבים ייחודיים אלה – אשר אינם עולים בעת פסיקת הסעד הקבוע – חורגים מענייננו.

10 העדות הטובה ביותר לזה הם שמותיהם של ספרים העוסקים בנושא. ראו למשל: Dan B. Dobbs, *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution* (1993); Donald Harris, David Campbell & Roger Halson, *Remedies in Contract and Tort* (2002); Andrew Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (2004); Douglas Laycock, *Modern American Remedies: Cases and Materials* (2002). כן ראו עמדתו של אדר במאמרו: אדר (לעיל, הערה 7).

11 ראו למשל: ג' טדסקי, יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין, דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (תשל"ז); ספר זה כולל שיעור מקיף בנושא התרופות הנזיקיות. כן ראו: Yehuda Adar & Gabriela Shalev, "The Law of Remedies in a Mixed Jurisdiction: The Israeli Experience", 23 *Tul. Eur. & Civ. L.F.* (2008) 111, p.120.

12 דגן (לעיל, הערה 7) בעמ' 268-274.

ומכירים בצורך ליתן לו משקל בעת קביעת התרופה¹³ – וההבחנה המתבקשת בין מישור הגדרת העוולות הנזיקיות לבין מישור קביעת הסעדים בגינן מצדיקים הקדשת דיון נפרד לנושא התרופות הנזיקיות. זאת בייחוד מאחר שאותו תחום ספציפי הוא שעומד כאמור בפני רפורמה ניכרת מכוח הקודיפיקציה. תובנות אלה תקבענה אפוא את אופיו של הניתוח שיערך להלן: בחלקים לא מבוטלים של המאמר תידון תורת התרופות דיון כוללני, אך כל אימת שהדבר יהא רלוונטי, יודגשו התרופות בגין מעשי נזיקין, בעיקר תוך הבחנת מתרופות חוזיות.

המאמר מורכב משלושה חלקים: בחלקו הראשון אעמוד על מהותה ומטרותיה של תורת התרופות השיפוטיות ואראה כיצד הן באות לידי ביטוי בשתי קטגוריות הסעדים העיקריות המוכרות בדין, הלא הן הפיצויים מחד והאכיפה או הציווי¹⁴ מאידך.¹⁵ בחלק השני אסביר מניין נובעת גישתו של המשפט המקובל בדבר קדימותו של הפיצוי הכספי ואבחן מפרספקטיבה השוואתית ותאורטית אם יש מקום להוסיף ולהחזיק בה. מן הדיון יעלה כי התשובה לשאלה זו שלילית, וכי סעד האכיפה ראוי להיות התרופה העיקרית כל אימת שהפעלתו מעשית, או למצער לשמש תרופה שוות מעמד לפיצויים. בחלקו האחרון של המאמר יתוו קווים מנחים פרטניים יותר לבחירה בין תרופות, אשר ככלל יחזקו את העמדה התאורטית המייחסת עדיפות לציווי, אך בה בעת יצביעו על המקרים שבהם יש להכיר בחריגים לה. כן יובהר כיצד אפשר לשלב קווים מנחים אלה במסגרת יישומו השיפוטי של סעיף 448(א) לתזכיר חוק דיני ממונות.

13 אדר (לעיל, הערה 7) בעמ' 373-377, 383-385.

14 מושג האכיפה בהצעת הקודיפיקציה (כמו גם בדיני החוזים דהיום) אינו אלא מקבילתו של מושג הציווי בדיני הנויקין הקיימים, ראו: שלו ואדר (לעיל, הערה 5) בעמ' 199-200. בעת הנוכחית, שבה אנו עדיין כפופים לדין ההווה ולטרמינולוגיה שלו אך דין העתיד כבר נראה באופן, נחיר לעצמנו להשתמש לסירוגין בשני המונחים.

15 סוגיית מעמדו של הסעד ההצהרתי חורגת מן המסגרת הנוכחית, שכן עצם הדיון על אודות הבחירה בין סעדים יוצא מנקודת הנחה כי התובע מעוניין בסעד אופרטיבי אשר יגשים בדרך זו או אחרת את זכותו שהופרה. לעומת זאת התרחיש שבו התובע אך מעוניין בהצהרה שיפוטית בדבר קיומה של הזכות או בדבר הפרתה מעורר שאלות אחרות (המסוגלות בדרך כלל לתחום סדר הדין האזרחי), אשר מתמקדות בהצדקה לגייס את משאביה של מערכת המשפט לטובת הליך בעל מאפיינים תאורטיים לא מבוטלים, בפרט כאשר התובע יכול לעתור לסעד ממשי. ראו למשל: ע"א 6291/95 בן יקר גת חברה להנדסה ובנין בע"מ נ' הוועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה מודיעין, פ"ד נא(2) 825, בעמ' 871; ע"א 4076/00 נצחון צפורה בראשון בע"מ נ' מירם זמברובסקי בע"מ, פ"ד נו(3) 41, בעמ' 48; רע"א 1910/04 אילונית פרויקטים תיירותיים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 193, בעמ' 198. כן ראו: יהודה אדר, "על הדבש ועל העוקץ – הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי", משפט ועסקים ה (תשס"ו) 347, בעמ' 386-387, ובפרט הערה 130.

א. תורת התרופות השיפוטיות: מהותה ותכליותיה

1. תורת התרופות כמכשיר להשבת המצב לקדמותו

תורת התרופות השיפוטיות קובעת את טיבם והיקפם של הסעדים הניתנים לתובע לאחר שהוכיח בהליך משפטי זכות מהותית¹⁶ השייכת לו או מגיעה לו.¹⁷ תכליתה של התרופה להגן על הזכות המשפטית ולתת לה ביטוי מוחשי תוך העברתה מן הרמה המופשטת אל מישור המציאות העובדתית.¹⁸ לפי מתודולוגיית הניתוח המשפטי המקובלת כיום, השאלה הראשונית הנדונה בגדרה של כל מחלוקת משפטית היא אם מערך נתון של עובדות מקים לתובע זכות,¹⁹ ואילו בשלב השני נגזר מן הזכות המהותית הבסיס לקביעת טיב הסעד והיקפו.²⁰

הדרך שבה תורת התרופות נותנת תוקף מעשי לזכויות ולאינטרסים המעוגנים בדין המהותי כתגובה לפגיעה בהם היא השבת המצב לקדמותו באופן המבטל, למצער רעיונית, את הפגיעה ומעמיד את אותם זכויות ואינטרסים בחזרה על כנם.²¹ בכל הנוגע לדיני הנוזיקין, הפסיקה הישראלית ביטאה השקפה זו כך:

”תחילה נבחן מעשה נוזיקין, לפי מהותו ובעקבות זיהויו כמעשה עוולה, באה, בשלב שני, בחירתה של התרופה ההולמת והיעילה ביותר להחזרת המצב לקדמותו.”²²

16 בישראל המונח “דין מהותי”, על נגזרותיו השונות, נוגע לא אחת לכללים המסדירים את מכלול היחסים המשפטיים בין בעלי הדין – לרבות כך נראה סוגיות תרופתיות – במובחן מכללים פרוצדורליים שענינם למשל סמכויות בתי המשפט ואופן ניהול ההתדיינות בפניהם. ראו למשל: ע”א 2704/99 מילשטיין נ’ פקיד שומה תל-אביב 1, פ”ד נז(5) 869, בעמ’ 897-898. מנגד, הספרות האמריקנית הענפה העוסקת בתורת התרופות נוהגת לעיתים קרובות לראות בדין המהותי (substantive law) תחום המגדיר הסדרים ראשוניים בדבר זכויות וחובות עקרוניות ולהעמידו (אם כי לא בהכרח תוך דיכוטומיה מוחלטת) אל מול הדיון בהסדרים משניים – הסעדים – אשר נוגעים ליישומן ולאכיפתן של אותן זכויות וחובות ומקנים להן ממד מעשי. ראו למשל: Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ’ 1; Laycock (לעיל, הערה 10) בעמ’ 1. כך נוהגים גם כותבים ישראלים מסוימים; ראו למשל: דגן (לעיל, הערה 7). לשם הנוחות גישה טרמינולוגית זו תאומץ בחיבור הנוכחי, ובו ישמש הביטוי “הדין המהותי” לתיאור הסדרים משפטיים ראשוניים להבדיל ממישור הסעדים.

Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ’ 1.

17 18 Rofal Zakrzewski, *Remedies Reclassified* (2005) p.10; גבריאלה שלו ויהודה אדר, דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס”ט) בעמ’ 5.

Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ’ 1.

19 שם, בעמ’ 165; Adar & Shalev (לעיל, הערה 11), בעמ’ 114.

20 שלו ואדר (לעיל, הערה 18) בעמ’ 22.

21 ע”א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע”מ נ’ שורץ, פ”ד (3) 785, בעמ’ 811 (להלן: עניין אתא).

במילים אחרות, דיני הנוזקין המהותיים באים להגן על הפרט מפני פגיעות שונות בזכויותיו על ידי הגדרת הנסיבות שבהן פגיעות אלה אינן נחשבות למוצדקות מבחינה מוסרית או חברתית, ותחום התרופות הנוזקיות נועד לתת ביטוי פרקטי לדיני הנוזקין המהותיים תוך ניסיון לאיין את הפגיעות האמורות.

הטיעון המסורתי בעד הגישה החותרת להשבת מצבו של התובע לקדמותו מבוסס על רעיון הצדק המתקן, פרי הגותו של אריסטו,²³ שהוא עיקרון דומיננטי במשפט הפרטי המודרני.²⁴ הגדרה יפה למושג זה כפי שהוא נתפס כיום נתנה המלומדת ראדין (Radin):

“[C]orrective justice means to make required changes in an unjustified state of affairs between an injurer and a victim, when the injurer's activity has caused the injustice, so that such changes bring about a just state of affairs between them, and one that is related in a morally appropriate way to the status quo ante. A shorthand way of saying this is that corrective justice restores moral balance between the parties”.²⁵

משמע, הצדק המתקן דורש כי האיזון המוסרי והמעשי יושב על כנו כל אימת שמצבו של אדם השתנה לרעה בעקבות מעשה שלא כדין מצד אדם אחר.²⁶ אמנם אפשר לייחס לדיני התרופות רציונלים נוספים. מקום מרכזי בשיח האקדמי תופסות מטרות הנגזרות מן הגישה הכלכלית למשפט או הקרובות אליה רעיונית. שיטת ניתוח זו, הגורסת כי המשפט הוא כלי לקידום הרווחה המצרפית, בוחנת מפרספקטיבה חברתית את מכלול התועלות והעלויות הכרוכות בכל נורמה משפטית כדי להעריך את רציותה, ובגדר דיני הנוזקין היא מבקשת בראש ובראשונה להרתיע מעוולים פוטנציאליים מלהתנהג באופן לא ראוי. כמו כן מובאים לעתים בחשבון שיקולים אחרים שאינם מקושרים בהכרח לגישה הכלכלית. למשל, לעתים מושפע הדין מן הרצון לגמול לנתבע בגין מעשיו הפסולים, בעיקר באמצעות מכשיר הפיצויים העונשיים. מנגד האינטרסים של הנתבע כאינדיווידואל, ולא דווקא כפרט שרווחתו משפיעה על רווחת החברה, עשויים לזכות להתחשבות בעת בחירת הסעד המתאים. הפרמטרים הנזכרים ואחרים שכמותם רלוונטיים במיוחד לנוכח הגישה הנשמעת לא אחת שלפיה התרופות

23 Laycock ; Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* (1993) p.45. (לעיל, הערה 10) בעמ' 17; ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד (3) 13, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ריבלין (להלן: פסק הדין בעניין אבו חנא); אדר (לעיל, הערה 7) בעמ' 375-377.

24 אדר, "התרופות בחוזים ובנוזקין" (לעיל, הערה 7) בעמ' 375.

25 Margaret Jane Radin, "Compensation and Commensurability", 43 *Duke L.J.* (1993) 56, p. 60.

26 Ernest J. Harris, Campbell & Halson (לעיל, הערה 10) בעמ' 290. כן ראו באופן כללי: Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995).

אינן צריכות למלא תפקיד מכניסטי של מימוש זכויות אשר טיבן והיקפן נקבע בדין המהותי בלבד, אלא לשמש מכשיר נורמטיבי שהפעלתו מושפעת משיקולי מדיניות משפטית ואף עשויה להשליך על הגדרת הזכויות עצמן.²⁷

ואולם, רבים הם הסבורים, בעיקר בפסיקה ובאופן ספציפי בזו הישראלית, כי השיקולים האמורים נחותים במשקלם מעקרון השבת המצב לקדמותו. בית המשפט העליון שב והדגיש פעמים רבות כי השאיפה להשיב את המצב לקדמותו ולהעמיד את הנפגע במקום שבו היה אלמלא העוולה היא עקרון היסוד והמטרה הראשונה במעלה של תורת התרופות בכלל ושל התרופות הנזיקיות בפרט, וכי יתר השיקולים האפשריים משניים בחשיבותם.²⁸ הצהרה ברוח דומה מופיעה בתזכיר חוק דיני ממונות, הקובע בסעיף 456 כי "מטרת הפיצויים בשל הפרה היא להביא את הנפגע, ככל שניתן, למצב שהיה נמצא בו אלמלא ההפרה".²⁹ זו גם העמדה הרווחת בשיטת המשפט המקובל בכללותה.³⁰ אף במשפט הגרמני, המשקף דוגמה פרדיגמטית של השיטה הקונטיננטלית, העיקרון המנחה והראשוני של פסיקת התרופות הוא השבת המצב לקדמותו,³¹ וקיימת הייררכייה ברורה בין הפונקצייה המתקנת שהוא מבטא לתכליות התרופתיות האחרות.³² מבחינה אנליטית מוסבר כי "המקום הגאומטרי" לעריכת איזונים בין זכויות ואינטרסים פריטיים וציבוריים הוא הדין המהותי, ובהקשר הנזיקי – הגדרת העוללות השונות וגבולותיהן. כאשר הדין המהותי, על כל שיקוליו ואיזוניו, קובע כי לתובע יש זכות

27 ראו למשל: דגן (לעיל, הערה 7) בעמ' 282-284 Dobbs; (לעיל, הערה 10) בעמ' 23.

28 ראו למשל: עניין אתא (לעיל, הערה 22) בעמ' 810; ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, בעמ' 80-81; ע"פ 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 73, בעמ' 99 (להלן: עניין דבש); ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, בעמ' 506 (להלן: עניין אטינגר); ע"א 4431/05 "המגן" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(4) 486, סא(2) 771, בפסקה 8; ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(3) 310, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט ריבלין (להלן: עניין פלוני); ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פסקאות 65-66 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 4.8.2008). כן, ראו: טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין (לעיל, הערה 11) בעמ' 571; עמוס הרמן, מבוא לדיני נזיקין (2006) בעמ' 415; אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 379. לדיון נפרד במקומו של הניתוח הכלכלי במשפט הישראלי בכלל ובתורת התרופות הישראלית בפרט ראו להלן, סעיף ג.

29 אין זה מן הנמנע כי מנסחי התזכיר ראו במטרה זו מובנת מאליה בכל הנוגע לסעד האכיפה, ולכן איננה כלולה בסעיף 448 הנ"ל.

30 Bruce Chapman, "Wrongdoing, Welfare, and Damages: Recovery for Non-Pecuniary Loss in Corrective Justice", *Philosophical Foundations of Tort Law* (David G. Owen-ed., 1995) 409, p. 409.

31 Ulrich Magnus, "Damages for Non-Economic Loss: German Developments in a Comparative Perspective", 39 *I.C.L.Q.* (1990) 675, p. 676.

32 פסק; Walter Van Gerven, Jeremy Lever & Pierre Larouche, *Tort Law* (2000) p.753; Basil S. Markesinis & Hannes Unberath, 18 BGHZ 149 מספר, ראו בספר: *The German Law of Torts: A Comparative Treatise* (2002) pp. 984-985, 991.

האסורה לפגיעה, מתמקדת תורת התרופות בהגנתה של אותה זכות ובהגשמת איזון הערכים שהיא משקפת.³³

העמדה הרואה בהשבת המצב לקדמותו את תכליתה הראשית של תורת התרופות תשמש מכאן ואילך נקודת המוצא העקרונית לניתוח המשפטי. בחינה ביקורתית מעמיקה של עמדה זו אינה אפשרית במסגרת הנוכחית מאחר שהיא פותחת פתח לשאלות תורת-משפטיות סבוכות שהן נושא לכתיבה אקדמית רחבת היקף. די בכך שאותה עמדה זוכה להסכמה נרחבת, מבוססת מבחינה עיונית ותואמת תחושות צדק בסיסיות. יתר על כן, יש חשיבות מספקת בדיון על אודות הקוהרנטיות הפנימית של המשפט הישראלי, המתמקד בהתאמה שבין התכלית התרופתית שהציבו לנגד עיניהם מעצבי המשפט לבין הגשמתה בפועל.

הכלי הפרקטי שבאמצעותו מבקשת תורת התרופות לממש את עקרון השבת המצב לקדמותו נחלק לשני סוגים מרכזיים של סעדים, אשר על טיבם נעמוד כעת.

2. סעד הפיצויים

הסעד הראשון המוכר בדין הוא פיצויים, או ליתר דיוק – בהקשרנו הנוכחי – פיצויים מפצים (compensatory damages), שתכליתם לספק לתובע מזוור כלכלי המותאם להיקף נזקו.³⁴ בדיני הנוזקין משמעותם של הפיצויים המפצים היא הענקת סכום כסף לתובע שהוא שווה ערך לנזק שסבל.³⁵ מטרתם היא להעמיד את הניזוק, עד כמה שהדבר אפשרי באמצעות תשלום כסף, באותו מצב שבו היה נתון אלמלא מעשה הנוזקין:³⁶

”ככלל, זיהויו של נזק נעשה בדרך של השוואת מצבו של הניזוק לפני מעשה העוולה למצבו לאחר מעשה זה ובעקבותיו. הפער בין זה לבין זה משקף את החסר, את האבדן, שהם פועל יוצא של מעשה העוולה, ואת החסר הזה בא “להשלים” – ככל הניתן באמצעות כסף – הפיצויי.”³⁷

33 דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 303; רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, בעמ' 523.
34 Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' 29; Benjamin C. Zipursky, "Civil Recourse, not; 29 Corrective Justice", 91 *Geo. L.J.* (2003) 695, p. 749; *Restatement (Second) of Torts* § 944 comment a (1979).

35 Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' 29.

36 ע"א 1977/97 ברזני נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, בעמ' 618; ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא, פ"ד סא(3) 603, בפסקה 8 לפסק דינו של השופט ברק (להלן: עניין גדיש). לאותו עיקרון במשפט האמריקני ראו, למשל: *Laycock; United States v. Hatahley* 257 F.2d 920 (10th Cir. 1958) (לעיל, הערה 10) בעמ' 15.

37 עניין פלוני (לעיל, הערה 28) בפסקה 12.

3. סעד הציווי

ציווי הוא החלטה שיפוטית המורה לאדם לעשות מעשה או להימנע מלעשות מעשה.³⁸ יעילותו של הציווי טמונה בכך שהפרתו גוררת הליכים של ביזיון בית המשפט, העלולים להסתיים במאסרו של המפר.³⁹ יש הגורסים כי צורת אכיפה זו מקנה לסעד הציווי כוח מרתיע רב.⁴⁰

הציווי עשוי לבוא במגוון כמעט בלתי מוגבל של מאפיינים,⁴¹ ואין כל עיקרון כללי שמגביל אותו לסוגים מסוימים של מקרים או נסיבות.⁴² כך למשל הוא תואר בריסטייטמנט האמריקני:

"Injunction is a flexible remedy, capable of adjustment to the peculiar needs of the plaintiff in the particular situation. It is not stereotyped. Indeed, it is not a single remedy but an arsenal of remedies, affording both preventive and mandatory relief of an interlocutory or permanent character, as the situation may require".⁴³

ככלל, הציווי נועד להעמיד את הנפגע במציאות עובדתית שבה זכותו המהותית אינה נתונה להפרה,⁴⁴ וזאת על ידי סיכול ההפרה בטרם התרחשותה,⁴⁵ הפסקת ההפרה לאחר שהחלה, השבת הזכות לידי בעליה בעקבות הפרה שביצועה הסתיים או כינון מחדש של היכולת ליהנות מן הזכות.⁴⁶ במקרה של מניעה מראש ושל הפסקת הפגיעה מגשים הציווי את תכליתה של תורת התרופות בייתרו את הצורך לתקן אי-צדק; "השבת המצב

38 אליהו וינוגרד, צווי מניעה (כרך א, תשס"ט) בעמ' 9.
 39 שם, בעמ' 12 (המשפט הישראלי); Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 5 (המשפט האמריקני); Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' 3 (המשפט האנגלי). יצוין כי במסגרת הצעת הקודיפיקציה יוקנה לבית המשפט כלי נוסף להבטחת קיומו של צו האכיפה, הקרוי "צו מרתיע". לפי סעיף 499 לתזכיר חוק דיני ממונות, בית משפט הנותן צו אכיפה רשאי מראש "לחייב בצו את המפר לשלם סכום שיקבע בעד כל יום שבו לא יקיים המפר את צו האכיפה". סמכות זו תחזק עוד יותר את יעילותו של סעד האכיפה ותגביר את ההרתעה מפני הפרתו.
 40 וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 12; Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 5.
 41 Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 6.
 42 שם, בעמ' 166.
 43 *Restatement (Second) of Torts* § 938 comment b (1979).
 44 ראו: שלו ואדר (לעיל, הערה 5) בעמ' 198-199.
 45 צו כזה מותנה בהוכחה ברמה של ודאות קרובה כי פעילות הנתבע צפויה להפר את זכותו של התובע ולגרום לו נזק. ראו: דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 304; וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 42; סעיף 496 לתזכיר חוק דיני ממונות.
 46 Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 165; הרמן (לעיל, הערה 28) בעמ' 405.

לקדמותו" מתבטאת למעשה בהשאת המצב על כנו.⁴⁷ כאשר מדובר בציווי לעשות פעולה המבטלת, או מנטרלת, את תוצאות הפרתה של זכות מהותית שהושלמה בעבר, השבת המצב לקדמותו מתבטאת בהבאת הזכות המהותית לכדי מימוש מחדש הלכה למעשה.⁴⁸

ב. המדרג בין הפיצויים והציווי בדיני הנזיקין: המצוי והרצוי

במקרים רבים שבהם מוכיח התובע את טענותיו העובדתיות והמשפטיות ומשכנע את בית המשפט כי זכות מהותית המוקנית לו הופרה, מופרת, או עומדת להיות מופרת על ידי הנתבע, עומדות על הפרק כמה תרופות אפשריות למימוש הזכות, שכולן מצויות בסמכות בית המשפט. לעתים קרובות הדילמה היא החלטה בין שני סוגי התרופות שנמנו לעיל – הפיצויים והציווי – אשר כאמור משיבים את מצבו של התובע לקדמותו אך בדרכים שונות ובמובנים שונים. המציאות מחייבת את בתי המשפט לבחור בין תרופות אלה, אם באופן נקודתי ואם באופן עקרוני וכללי.

כפי שצוין לעיל, נטייתם המסורתית של בתי המשפט בישראל הדנים בתביעות נזיקין היא לבחור במקרים כגון דא בתרופת הפיצויים, ואילו הקודיפיקציה צפויה להעניק עדיפות דווקא לתרופת האכיפה. בחינתן והערכתן של גישות עקרוניות אלה זו מול זו תעמוד בלב הפרק שלהלן. פרק זה יפתח בסקירת שורשיה ההיסטוריים של העמדה המסורתית, שמקורה במשפט האנגלי, ובעקבות כך יידון ביתר פירוט מעמדה בפסיקה הישראלית בת זמננו. לצורך קבלת אמת מידה השוואתית יבחן המדרג בין הפיצויים והציווי הן בהקשרים החורגים מדיני הנזיקין והן בשיטות משפט זרות, הלא הן השיטה האמריקנית והשיטה הגרמנית. לבסוף ייערך ניתוח תאורטי וכללי באשר ליחס הראוי בין שני סוגי הסעדים.

1. כלל ההעדפה המסורתית

נהוג לחשוב כי המשפט האנגלו-אמריקני מכיר בהייררכייה בין קטגוריות של סעדים, שבגדרה מוקנית עדיפות עקרונית לפיצוי הכספי על פני הציווי.⁴⁹ עמדה זו מוצאת את

47 Gary T. Schwartz, "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice", 75 *Tex. L. Rev.* (1997) 1801, p. 1832. (שלו ואדר (לעיל, הערה 5) בעמ' 199-198; אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 381-380; וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 41.

48 ראו: וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 36; Owen Fiss, *The Civil Rights Injunction* (1978); Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' 537; Zakrzewski (לעיל, הערה 18) בעמ' 125. לסמכות ליתן סעד זה במשפט הגרמני ראו: Cees Van Dam, *European Tort Law* (2006) p.301.

49 Jeffrey Standen, "The Fallacy of Full Compensation", 73 *Wash. U. L. Q.* (1995) 145, p. 146. (לעיל, הערה 8) בעמ' 302.

ביטויה העיקרי בכלל שהוחל מסורתית על ידי בתי המשפט באנגליה ובארצות הברית, שלפיו לא יינתן ציווי אלא אם הפיצויים אינם תרופה מתאימה או מספיקה בנסיבות העניין⁵⁰ (להלן: הכלל המסורתי או כלל ההעדפה). דרך אחרת שבה מנוסח אותו עיקרון היא כי ציווי יינתן רק כדי להתמודד עם נזקים בלתי ניתנים לתיקון. מדובר בשני צדדים של אותה מטבע, שכן מה שעושה נזק לבלתי ניתן לתיקון הוא היעדרה של כל תרופה אחרת, פרט לציווי, המסוגלת להגן על התובע מפניו באופן הולם.⁵¹

מעמדו הנחות של הציווי לעומת הפיצוי נובע מסיבות הנוצרות בהיסטוריית המשפט האנגלי, שממנו צמחו כידוע הן המשפט הישראלי והן המשפט האמריקני. הפיצוי הכספי הוא סעד המזוהה עם המשפט המקובל.⁵² טעמים פוליטיים ומנהלתיים שונים, אשר אין זה המקום להיכנס אליהם, הביאו כפי הנראה לדחיקת רגליו של סעד הציווי מן הדין,⁵³ ודרך התפתחותו של המשפט המקובל – המבוססת על היצמדות לתקדימי העבר ועל פיתוחם הקוואיסיטי, להבדיל מההליכי חשיבה מוכוונים, שיטתיים ומערכתיים – הנציחה מציאות זו. זאת ועוד, החל מראשית ימיו הייתה האוריינטציה המושגית והמעשית של המשפט המקובל נתונה לסעדים ולא לזכויות מופשטות, והוא התמקד באפיון של העובדות שיניעו את בית המשפט ליתן לפלוני סעד נגד אלמוני. מהותו של הסעד לא הייתה אפוא רק פיצוי בגין נזק, אלא גם הכרה בזכות – שלא התקיימה באופן עצמאי בכל הקשר אחר – והגדרת היקפה.⁵⁴ ייתכן כי תפקידם יוצר הזכויות של הסעדים טשטש את השיח על אודות הפונקצייה המתקנת שלהם ודרך הגשמתה, ובכך תרם להתקבעות הפרדיגמה שלפיה מתן סכום כסף הוא ככלל הפעולה המבטאת קיומה של זכות, וממילא התגובה הראויה להפרתה.

לעומת זאת מקורם של מרבית הסעדים הלא ממוניים, ובראשם סעד הציווי, הוא בדיני היושר (equity).⁵⁵ דיני היושר, שהם מכלול של כללים שמגלמים בתוכם עקרונות של צדק ומוסר, התגבשו במערכת של בתי משפט שנקראה Chancery. בתי משפט אלה שימשו באנגליה, ובעקבותיה בארצות הברית, כמסגרת מוסדית הפועלת לצדם של בתי המשפט הרגילים – אלו אשר יצרו והחילו את המשפט המקובל – ובנפרד מהם.⁵⁶ הצורך בדיני היושר התעורר לנוכח התוצאות הבעייתיות שנבעו לא אחת מן הכללים הנוקשים

50 טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין (לעיל, הערה 11) בעמ' 544; Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 6.
51 Douglas Laycock, "The Death of the Irreparable Injury Rule", 103 *Harv. L. Rev.* 687, p. 694; Doug Rendleman, "The Trial Judge's Equitable Discretion Following eBay v. MercExchange", 27 *Rev. Litig.* (2007) 63, p. 87.

52 Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' 11.
53 ראו, למשל: David W. Raack, "A History of Injunctions in England Before 1700", 61 *Ind. L.J.* (1986) 539, pp 551-552.

54 דגן (לעיל, הערה 7) בעמ' 283; England (לעיל, הערה 23) בעמ' 135; Adar & Shalev (לעיל, הערה 11) בעמ' 115.

55 טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין (לעיל, הערה 11) בעמ' 545.

56 וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 4.

של המשפט המקובל. לבתי המשפט של היושר ניתנה אפוא סמכות שיורית של הפעלת שיקול דעת לשם עשיית הצדק כשכללי המשפט המקובל לא אפשרו זאת.⁵⁷ עם זאת מאחר שבתי המשפט של היושר התפתחו על רקע המערכת המבוססת של בתי המשפט הרגילים, הופעלו עליהם לחצים פוליטיים לכבד את עליונות המשפט המקובל. מסיבה זו נקבע כי קיימת הצדקה להפעלת דיני היושר אך ורק כאשר הפרוצדורות והתרופות המשפטיות הרגילות לא יכלו להעניק לתובע סעד מספק.⁵⁸

בשנת 1873 אמנם אוחדו מערכות בתי המשפט באנגליה.⁵⁹ גם בארצות הברית חלה התפתחות דומה, אשר תעמוד במוקד הניתוח ההשוואתי שנערוך כאן: במאה העשרים התמזגו הדין והיושר במישור הפדרלי ובמרבית המדינות אל תוך מערכת משפטית אחת, שבתי המשפט שלה מפעילים את הסמכויות שהיו נתונות לשני סוגי בתי המשפט ורשאים להעניק את הסעדים שהם פסקו.⁶⁰ ואולם, ההיררכייה הבין-תרופתית שהתקיימה במשך מאות בשנים הייתה כה מושרשת, עד כי היא נותרה על כנה – בדמותו של הכלל המסורתי הנזכר – גם לאחר איחודן של המערכות המשפטיות. כפי שנראה מיד, למציאות זו היו השלכות מובהקות גם על המשפט הישראלי אף על פי שלא התקיימה בו מלכתחילה הפרדה מבנית בין בתי משפט של דין ושל יושר.⁶¹

2. מדרג הסעדים במשפט הישראלי המודרני

תורת התרופות הישראלית הושפעה, ועודנה מושפעת, במידה ניכרת ממקורותיה האנגליים, בעיקר בכל הנוגע לתביעות נזיקין. למרות קיומה של סמכות חוקית רחבה ליתן ציווי בנזיקין,⁶² הרי שבמישור שיקול הדעת אימץ המשפט הישראלי את העמדה כי הציווי אינו התרופה הרגילה, וכי הוא בעל מעמד נמוך מזה של הפיצויים. כך למשל קבע בית המשפט העליון כי באופן עקרוני, "בדיני הנוזיקין תרופת הציווי היא תרופה משנית. משניות זו מתבטאת בכך, שהציווי יינתן, בדרך כלל, רק אם הפיצוי אינו נותן סעד מספיק להפרה."⁶³ עוד נאמר בפסיקה כי "בנזיקין נדרש, בדרך כלל, טעם מיוחד כדי שבית

57 שם, בעמ' 61.

58 "Developments in the Law: Injunctions", 78 *Harv. L. Rev.* (1965) 994, p. 997 (להלן: "Developments"); *Restatement (Second) of Torts* § 938 comment c (1979).

59 וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 61.

60 Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 51.

61 למעט הליך הבג"ץ, שהוא גלגולה המודרני של הסמכות האקוויטבילית שכללו האנגלים במערכת המשפט המנדטורית.

62 סעיפים 71-74 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, נ"ח 266.

63 עניין אבנרי (לעיל, הערה 1) בעמ' 854.

המשפט לא יסתפק בסעד של פיצויים וייתן סעד של ציווי.⁶⁴ תיאור זה של הדין הקיים רווח גם בספרות המשפטית.⁶⁵

עם זאת בהקשרים מסוימים, בעיקר בעוללות הנוגעות לזכויות קניין, מגלה המשפט הישראלי נכונות לא מבוטלת להשתמש בצווים.⁶⁶ מעניינת במיוחד היא הערתו של השופט חשין בעניין דבש, שלפיה במקרה של פגיעה בזכות שלא כדין עושה המשפט כמיטבו כדי להשיב מצב לקדמתו בעין, ורק בהיעדר יכולת לעשות כך משתמשים בכסף בתורת תחליף. חשין הוסיף וטען כי מצב דברים זה מתקיים מקדמת דנא.⁶⁷ כן ראוי לציין כי מחוץ לדיני הנזיקין מעמדן של התרופות שביושר חזק עוד יותר, בהשפעת המשפט הקונטיננטלי. הדוגמה הבולטת ביותר למגמה זו מצויה בדיני החוזים, שם סטה המחוקק הישראלי ממסורת המשפט המקובל בקבעו כי הסעד הראשון במעלה בגין הפרת חוזה המוענק לתובע כעניין שבזכות, בכפוף לכמה חריגים, הוא צו לאכיפת החוזה.⁶⁸ בית המשפט העליון הצהיר בעניין זה כי לפי חוק התרופות:

“... הסעד של אכיפה אינו עוד סעד משני ונחות, אלא הוא סעד ראשוני ועיקרי [...] נקודת המוצא היא כי הנפגע זכאי לאכיפה, אלא אם כן המפר מרים את הנטל המוטל עליו, ומוכיח כי המקרה נופל לאחד מאותם חריגים המונעים אכיפה.”⁶⁹

מן הדברים הללו אין להשליך כמובן באשר לדין הנזיקי המצוי; הכלל האמור חל מכוח חקיקה ספציפית המסדירה את התרופות החוזיות, אשר אינה חלה בדיני הנזיקין.⁷⁰

3. מדרג הסעדים במשפט האמריקני המודרני

זה שנים לא מעטות מדובר בספרות המשפטית האמריקנית על שחיקה רבה בכלל המסורתי בדבר עדיפותם של הפיצויים על פני סעד הציווי.⁷¹ נטען כי ההכרעות

64 ע"א 3833/93 לוינ' נ' א' לוינ, פ"ד מח(2) 862, בעמ' 879.
 65 טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין (לעיל, הערה 11) בעמ' 544; גלעד (לעיל, הערה 1) בעמ' 797; דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 302; שלו ואדר (לעיל, הערה 5) בעמ' 201-202; אדר (לעיל, הערה 7) בעמ' 393.
 66 ראו דיון מפורט יותר, להלן בסעיף ג.
 67 עניין דבש (לעיל, הערה 28) בעמ' 99.
 68 סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).
 69 ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281, בעמ' 292, וראו: האסמכתאות הנוספות המופיעות שם.
 70 סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, אשר מחיל את הוראותיו בשינויים המחויבים על חיובים שאינם נובעים מחוזה, אינו מרחיב הוראה זו לגבי חוק התרופות.
 71 ראו, למשל: Doug Rendleman, "The Inadequate Remedy at Law Prerequisite for an Injunction", 33 U. Fla. L. Rev. (1981) 346, p. 347.

השיפוטיות בדבר נאותות הפיצויים מסוות למעשה תהליך אינטלקטואלי של זיהוי אינטרסים מהותיים ושקילתם.⁷² בגדר הריסטייטמנט השני של דיני הנוזקין, שיצא לאור בשנת 1979, ננטש הניסוח ההיסטורי של הכלל לטובת רשימה ארוכה ולא מובנית של שיקולים שיש להביאם בחשבון לשם בחירת התרופה המתאימה,⁷³ בהוספת ההערה הזאת:

“The availability of an injunction against a tort has traditionally been stated in terms of the ‘inadequacy of the remedy at law,’ ‘inadequacy of damages,’ and ‘irreparable injury’ [...] the elliptical, shorthand expressions quoted are misleading. They imply that an injunction will be refused unless other remedies are inadequate in the sense of being wholly unserviceable or worthless, that an injunction is extraordinary in the sense that it will be used only in an extremity, and that an injunction is too sacred for everyday situations. This is not the law”.⁷⁴

בעשור שלאחר מכן לא חל שינוי רב ברטוריקה שנקטו בתי המשפט, אך נראה כי מבחינה מהותית פסיקתם הוסיפה לצעוד באותו כיוון. בתחילת שנות התשעים כבר נאמר בחיבור מקיף על תורת התרופות כי לכלל ההעדפה אין עוד חשיבות פרקטית רבה,⁷⁵ ואילו המלומד לייקוק (Laycock) הביע במאמר שפרסם באותה תקופה את הגישה הנחרצת ביותר, בהכריזו על מותו של הכלל.⁷⁶

מחקרו של לייקוק התבסס על סקירה מקיפה של למעלה מ-1,400 פסקי דין שניתנו בערכאות השונות ברחבי ארצות הברית בסוף שנות השמונים שהתעוררה בהם הדילמה בין תרופה משפטית לתרופה אקוויטבילית. מן הממצאים עלה כי אף על פי שמרבית בתי המשפט הכירו בתוקפו של כלל ההעדפה והתיימרו להפעילו,⁷⁷ למעשה הם התחמקו מן ההשלכות שלו. הדרישה בדבר הולמות הפיצויים הוגדרה על ידיהם באופן דווקני מאוד, וכך בחלק נכבד מן המקרים התרופה לא עמדה בסטנדרט זה ונחזתה כתחליף בלתי מתאים להגנה הממשית על זכויות התובע.⁷⁸ לדברי לייקוק, בתי משפט המעוניינים לפסוק תרופה שביושר מיישמים את המונחים “הולמות” ו”נוזק בלתי ניתן לתיקון” בצורה מניפולטיבית ומתייגים באמצעותם את המסקנה הרצויה להם, שאליה הם מגיעים

72 שם, בעמ' 358.

73 (1979) 938, 936, § 933 *Restatement (Second) of Torts*; Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 690.74 (1979) *Restatement (Second) of Torts* § 933 comment a.

75 Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 6, 51.

76 Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 692.

77 שם, בעמ' 701.

78 שם, בעמ' 691.

על יסוד טעמים אחרים,⁷⁹ כפי שיפורט להלן בדיון על אודות השיקולים לבחירה בין תרופות. הלכה למעשה, בהקשרים רבים נעשה שימוש שגרתי בצווים, למשל למניעת הפרת זכויות בקניין רוחני, לאכיפת ביצוע חוזה, להשבת אדם לעבודתו, לעצירת מטרד או הסגת גבול ועוד.⁸⁰ אפילו צווי מניעה נגד ביטויים פוגעניים ניתנים לא אחת, אם כי בעיקר בהקשר המסחרי.⁸¹

המלומד לייקוק גורס כי רק בשיעור קטן מאוד מתוך פסקי הדין שנבדקו יושם כלל ההעדפה כפשוטו ובמובנו המסורתי, באופן שהביא לשלילת תרופה שביושר אך בשל עצם העליונות המוקנית לכאורה לתרופות שבדין ובהיעדר כל טעם אחר הנראה לעין.⁸² ביתרת המקרים שבהם בתי המשפט מצאו לנכון לפסוק פיצויים בלבד חרף דרישת התובע לסעד בעין, הם עשו זאת בשל סיבות מוגדרות אחרות לשלילת סעד זה בנסיבות העניין, אשר אין דבר בינן לבין הלימות תרופת הפיצויים. אף לשיקולים אלה נידרש בהמשך. הגם שאותן סיבות פורטו לא אחת בפסקי הדין, בתי המשפט בדרך כלל ציינו אותן לצד הכלל המסורתי, או כנגזרת שלו, וטרחו להסביר מדוע הפיצויים הם תרופה הולמת. אלא שלדעת לייקוק, התנסחות זו הייתה רק מסווה למניעים האמתיים להחלטה.⁸³ לדבריו, אף על פי שהכלל המסורתי, לפי ניסוחו, אמור להיות בעל תחולה כללית, אף לא אחד מטעמי המדיניות המגוונים שבעטיים מסורבות בפועל בקשות לסעד אקוויטבילי תקף בעניינם של כל המקרים או של חלק נכבד מהם. זאת ועוד, מסקירה כוללת של ההלכות אין מצטיירת כל העדפה עקיבה ועקרונית לתרופות כספיות אלא רק שאיפה להימנע מקשיים ובעיות המתעוררים בהקשרים קונקרטיים. העובדה שההצדקות לשלילת הצווים מתפצלות לרציונלים כה שונים שומטת את הבסיס מתחת לגישה המתייחסת אל כלל ההעדפה במונחים כוללניים.⁸⁴

למרות האמור התפיסה האינטואיטיבית בדבר מעמדו הבכיר של הפיצוי הכספי לא פסה מן העולם, והיא עדיין מקבלת ביטוי שכיח בשיח המשפטי. אחת הסיבות העיקריות לכך, לשיטתו של לייקוק, היא העובדה שמבחינה אמפירית בתי המשפט מעניקים פיצויים בתדירות רבה מזו שבה הם מעניקים צווים.⁸⁵ אלא שלאותה תופעה קיים הסבר אחר בתכלית: בחלק גדול מן הסכסוכים שנדונים בבתי המשפט אין כל דילמה אמיתית בין סוגים שונים של סעדים.⁸⁶ כך הם פני הדברים למשל בקטגוריה הנרחבת של

79 שם, בעמ' 692. ראו, גם: Rendleman (לעיל, הערה 71) בעמ' 358.
 80 Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 53-52; Rendleman (לעיל, הערה 51) בעמ' 86; Zipursky (לעיל, הערה 34) בעמ' 710-711.
 81 "Developments" (לעיל, הערה 58) בעמ' 1010.
 82 Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 723.
 83 שם, בעמ' 691-693, 726-727. ראו, גם: "Developments" (לעיל, הערה 58) בעמ' 1000.
 84 Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 726-728.
 85 שם, בעמ' 697.
 86 שם, בעמ' 697-699.

הנסיבות שבהן אין כל אפשרות מעשית לפסוק סעד אקוויטבילי לתיקון הנזק, הכוללת בין היתר את רוב התביעות בגין נזקי גוף.⁸⁷ בסוג אחר של מקרים אי אפשר להבחין בין התרופה הכספית לתרופה שביושר מאחר שהדבר הספציפי שהתובע איבד הוא סכום כסף קצוב שהנתבע חב לו. אמנם בסיטואציות אלה בתי המשפט נוהגים לפסוק פיצוי כספי ולא ליתן צו עשה לתשלום הכסף, אך זאת בשל אופן האכיפה השונה של הסעדים: צווים נאכפים באמצעות כללי ביזיון בית המשפט העלולים להביא, במקרה קיצוני, למאסרו של החייב, ואילו פיצויים נגבים על דרך של הוצאה לפועל ועיקולים. כאשר מכל בחינה אחרת הסעדים שקולים זה לזה, מבכר המשפט האמריקני את שיטת האכיפה השנייה, שהיא מתונה יותר.⁸⁸

סיכומו של דבר, המלומד לייקוק קובע כי הגמישות הבלתי נדלית שבה אפשר ליישם את הכלל המסורתי, שמאפשרת להצדיק כל תוצאה או מדיניות משפטית במונחיו, נוטלת ממנו את אפיונו כ"כלל".⁸⁹ לשיטתו אפוא בארצות הברית אין כיום כל חזקה נגד תרופות שביושר,⁹⁰ ונראה שגם מלומדים המצדדים במתן עדיפות לתרופת הפיצויים, כדוגמת סטנדרן (Standen), אינם חולקים על תיאורו זה של המצב בשטח.⁹¹ אליבא דלייקוק, הדין הקיים בפועל – אף כי אין לו כל ביטוי ברמה ההצהרתית – הוא היפוכו המוחלט של הכלל המסורתי: סעדים שביושר הם התרופה המועדפת, ובתי המשפט מעניקים אותם במרבית המקרים שבהם התובע מבקש זאת.⁹²

יוער כי למאמרו של לייקוק, שצוטט רבות בספרות המשפטית, לא הייתה כפי הנראה השפעה רבה על הרטוריקה הפסיקתית. דוגמה בולטת לכך מצויה בפסק דינו של בית המשפט העליון הפדרלי מן העת האחרונה העוסק בדיני פטנטים, אשר התעלם מן הביקורת האקדמית הנוקבת על הכלל המסורתי.⁹³ לשיטתו של בית המשפט העליון, יש מקום למתן ציווי קבוע בהתקיים התנאים המצטברים האלה: הנזק אינו ניתן לתיקון באמצעים ממוניים, הפיצוי הכספי אינו תרופה הולמת, מאזן הנוחות נוטה לטובת התובע, ואין צפויה פגיעה בלתי ראויה באינטרס ציבורי.⁹⁴

87 שם, בעמ' 697.

88 שם, בעמ' 698-699.

89 שם, בעמ' 694.

90 שם, בעמ' 692.

91 ראו: Standen (לעיל, הערה 49) בעמ' 155-156.

92 Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 691, 703.

93 Rendleman (לעיל, הערה 51) בעמ' 86-87.

94 *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.* 547 U.S. 388 (2006).

4. מדרג הסעדים במשפט הגרמני

אכיפה בעין של חיובים היא תרופה מרכזית ושכיחה במשפט הפרטי הגרמני, לרבות בדיני הנזיקין. הבחנה זו תקפה, ראשית, באשר למניעה מוקדמת של עוולות.⁹⁵ סעיף 241(1) ל-BGB,⁹⁶ הפותח את פרק דיני החיובים הכללי אשר נוגע בין היתר לנזיקין,⁹⁷ מקנה לנפגע את הזכות העקרונית לדרוש את ביצוע החיוב, לרבות על ידי הימנעות מפעולה.⁹⁸ החריג העיקרי לכלל זה מתקיים כאשר ביצוע החיוב אינו אפשרי או כרוך בעלות שאינה פרופורציונלית לתועלת.⁹⁹ הזכאות לצו מניעה נגד הפרעה לשימוש או לחזקה במקרקעין מנויה במפורש בפרק העוסק בקניין.¹⁰⁰ בתי המשפט אף מעניקים צווי מניעה לסיכול פגיעות ב"זכות לאישיות", קרי בשם הטוב ובפרטיות, בתדירות גבוהה.¹⁰¹ בהקשרים אחרים מפעילים בתי המשפט שיקול דעת רחב בשאלה אם להעניק צו מניעה תוך התחשבות בשיקולים כגון טיבה של הזכות המוגנת, הגדרת אופייה והיקפה של העוולה המגנה עליה ויתר נסיבות המקרה.¹⁰²

הדין הגרמני נבדל מעמדתו המסורתית של המשפט המקובל הבדל מובהק עוד יותר בכל הנוגע לתרופות הניתנות בדיעבד. ההוראה העקרונית החולשת על סוגיה זו מצויה בסעיף 249(1) ל-BGB, אשר קובע, בתרגומו לאנגלית, כדלקמן:

-
- 95 Markus Lenenbach, "Antitrust Injunctions in England, Germany and the United States: Their Treatment under European Civil Procedure and the Hague Convention", 20 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* (1998) 257, p. 292; Willem H. Van Boom, "Comparative Notes on Injunction and Wrongful Risk: Taking", 17 *Maastricht J. Euro. & Comp. L.* (2010) 10, pp. 21-26
- 96 ראו תרגומו של הקוד לאנגלית באתר משרד המשפטים הגרמני: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/
- 97 הפרק עוסק בחיובים ("obligations"), ובהמשך הקודקס נמנות עוולות נזיקין כאחת הקטגוריות הפרטניות של החיובים (Division 8, Title 27). כן ראו: Eric C. Schneider, "Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions", 16 *U. Pa. J. Int'l Bus. L.* (1995) 615
- 98 "By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance"
- 99 סעיף 275 ל-BGB, תרגום לאנגלית (לעיל, הערה 96).
- 100 Oliver Gerstenberg, "What Constitutions Can Do (but Courts Sometimes Don't): Property, Speech, and the Influence of Constitutional Norms on Private Law", 17 *Can. J.L. & Juris.* (2004) 61, p. 66.
- 101 Van Boom (לעיל, הערה 95) בעמ' 23; David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (1994) pp. 198-201 (לעיל, הערה 32) בעמ' 475; Ronald J. Krotoszynski, Jr., "A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, and the Primacy of Dignity as a Preferred Constitutional Value in Germany", 78 *Tul. L. Rev.* 1549, 1563 (2004)
- 102 Van Boom (לעיל, הערה 95) בעמ' 21-26.

"A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred".¹⁰³

מן הסעיף עולה כי תיקון הנזק בעין הוא הסעד הראשון במעלה והוא בררת המחדל החוקית.¹⁰⁴ חיזוק משמעותי לכך מצוי בסעיף 251 לקודקס, הקובע כדלקמן:

"(1) To the extent that restoration is not possible or is not sufficient to compensate the obligee, the person liable in damages must compensate the obligee in money.

(2) The person liable in damages may compensate the obligee in money if restoration is only possible with disproportionate expenses ..."

אפשר לפסוק פיצוי כספי אפוא רק כאשר השבת המצב לקדמותו בעין אינה אפשרית או אינה מספקת לשם הטבת מלוא נזקיו של התובע, או כאשר עלות התיקון בלתי פרופורציונלית לתועלתו. גם בהקשר הנוכחי נעשה בתרופת האכיפה שימוש נפוץ במיוחד לשם הגנת "הזכות לאישיות". למשל, התרופה שהיא בררת המחדל בתביעות דיבה היא צו עשה המורה לנתבע לפרסם תיקון או הבהרה של דבריו באותה בולטות שלה זכה הפרסום המקורי.¹⁰⁵

103 לעיל, הערה 96. נראה, בכל הכבוד, כי התרגום אינו מדויק בכל הנוגע לשימוש במונח damages. אילו סעיף זה אכן היה מתייחס לפיצוי כספי – כמשמעות המונח damages באנגלית משפטית – כי אז הייתה נוצרת סתירה בתוך הסעיף עצמו, אשר הוראתו האופרטיבית דנה בתיקון הנזק בעין. חשוב מכך, במקרה כזה היה מתייחס סעיף 251, שיידון להלן, אשר מגדיר את הנסיבות שבהן יש לשלם פיצוי כספי כתחליף לתיקון הנזק בעין. המונח המופיע בנוסח הגרמני המקורי הוא schadenersatz, אשר אמנם יכול להתפרש כפיצוי כספי, אך משמעות נוספת שלו (שהיא למעשה המשמעות המילולית) היא תיקון של נזק. משמע, התרגום הנכון של רישת הסעיף הוא "אדם האחראי לתיקון נזק". הסבר זה ניתן לח"מ על ידי ד"ר אנגליקה גונצל (Angelika Günzel) מן המכון למשפט חוקתי אירופי באוניברסיטת טרייר, גרמניה (תכתובת דוא"ל מתאריך 22.11.2010).

104 Ulrich Magnus & Jörg Fedtke, "Non-Pecuniary Loss under German Law", *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (W.V. Horton Rogers – ed., 2001) 109, p. 109; Edward J. Eberle, "Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law", 1997 *Utah L. Rev.* (1997) 963, p. 1015; Peter E. Quint, "Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory", 48 *Carol D. Van Dam ;Md. L. Rev.* (1989) 247, p. 280 (לעיל, הערה 48) בעמ' 309; Rasnic, "Making the Criminal Defendant's Punishment Fit the Crime: The Contrast between German and U.S. Laws of Sentencing", 7 *N.Y. Int'l L. Rev.* (1994) 62, p. 70 (לעיל, הערה 104) בעמ' 109; Markesinis & Unberath; Friedrich Kübler, "How Much Freedom for a Racist Speech?"; 930 (32) בעמ' 930

בדומה לתמונה העולה מניתוח גישתו של המשפט המקובל, גם במשפט הקונטיננטלי אפשר לקשר את הייררכיית הסעדים הנוהגת לתפיסה הרווחת על אודות מהות הסעד, או ליתר דיוק – להיעדרה. מושג התרופה, כמו גם ההבחנה בין תרופות וזכויות, אינם מושרשים בחשיבה המשפטית של מרבית שיטות המשפט האירופיות.¹⁰⁶ אלו ממקדות את מבטן בזכויות, מדגישות את השאיפה להגנת נושאייהן¹⁰⁷ ומתייחסות אל התרופות בגין הפרתן כסוגיה בלתי נפרדת מן הדין המהותי או קרובה מאוד אליו.¹⁰⁸ זוהי, כך אפשר לשער, הסיבה שבררת המחלל התרופתית היא אכיפה, שהיא אמצעי מתבקש להכרה בזכות ולמימושה ומשקפת תגובה טבעית להפרתה.

5. שיקולי מדיניות לקביעת המדרג העקרוני הראוי

משמצאנו כי שיטות משפט שונות חלוקות ביניהן באשר למדרג הסעדים במשפט האזרחי בכלל ובדיני הנזיקין בפרט, וכי בתוך השיטות עצמן קיימת לעתים מידה ניכרת של אי-בהירות וחוסר עקיבות, נפנה כעת לבחינתם ולהערכתם של הטעונונים הענייניים השונים המועלים בפסיקה ובספרות בנוגע לאופיו הרצוי של אותו מדרג.

(א) הכלל המסורתי – כלל ארכאי

הביקורת המרכזית, והמתבקשת, על כלל ההעדפה המסורתי מצביעה על היותו אנכרוניסטי.¹⁰⁹ הדיכוטומיה שבין הדין לבין כללי היושר, כך נאמר לעתים קרובות, היא היסטורית ולא פונקציונלית,¹¹⁰ שהרי הסיבה היחידה לה היא ההפרדה בין מערכות בתי המשפט שפעלו בתקופות מוקדמות. כלל ההעדפה שהתפתח במסגרת אותה דיכוטומיה לא נועד אלא למנוע התנגשות סמכויות בין שתי המערכות, שאחת מהן הוכתרה כראשית והשנייה כמשנית ומשלימה. בעקבות מיזוגן של מערכות אלה הפכו דיני היושר לקבוצה

Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights", 27 *Hofstra L. Rev.* (1998) 335, p. 340; Matthias Prinz, "Germany", *International Media Liability* (Christian Campbell- ed., 1997) 199, p. 205; Alexander Bruns, "Access to Media Sources in Defamation Litigation in the United States and Germany", 10 *Duke J. Comp. & Int'l L.* (2000) 283, pp. 289-290.

Adar & Shalev (לעיל, הערה 11) בעמ' 121.

Van Dam (לעיל, הערה 48) בעמ' 128-130 (לגבי המשפט הגרמני).

Adar & Shalev (לעיל, הערה 11) בעמ' 122-123. כן, ראו: England (לעיל, הערה 23) בעמ' 135.

R. Grant Hammond, "Interlocutory Injunctions: Time for a New Model?" 30 *U. 109 Estella* ; 347 *Rendleman* ; *Toronto L. J.* (1980) 240, p. 276

Gold, "Does Equity Still Lack Jurisdiction to Enjoin a Libel or Slander?", 48 *Brook.*

L. Rev. (1982) 231, pp. 237-238

Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 693.

"רגילה" של כללים,¹¹¹ וממילא התפוגגה ההצדקה להנציח את מעמד הנמוך. לפיכך גורס המלומד לייקוק כי יש לנטוש את הכלל המסורתי, מאחר שהוא מכשול בפני הכרעות ערכיות ראויות ולא מורה דרך אליהן.¹¹² ואילו המלומד האנגלי בורוז (Burrows), בהידרשו ליחס שבין שני סוגי התרופות ולעצם ההבחנה ביניהם, כותב כך:

"[I]t is submitted that the similarities far outweigh the differences; that the differences are relatively minor; that rationally there is no good reason for the differences; and that nothing would be lost, and some simplicity and rationality would be gained, if one took the small steps necessary to move to a fully-fused system of remedies where it would be unnecessary to use the labels common law or equitable".¹¹³

הדברים יפים ביתר שאת בכל הנוגע למשפט הישראלי, אשר עובר תהליך מתמשך ומתמיד של התנתקות מכבלי המשפט האנגלי.¹¹⁴ הקודיפיקציה המוצעת היא שיאו של תהליך זה, בבצעה ארגון מחדש של המשפט האזרחי כולו על יסוד טכניקה קונטיננטלית מובהקת. במציאות שכזו אין עוד כל טעם לדבוק בכללים שמקורם במשפט האנגלי אך ורק מטעמי עקיבות ושימור המסורת המשפטית.

(ב) ציווי מביא למימוש מיטבי של זכויות

קו טיעון נוסף העולה בשיח המשפטי אינו מסתפק בשלילת הכלל המסורתי, אלא מצדד בהגדרת מדרג סעדים הפוך לו המקנה את מעמד הבכורה לצייווי. באופן עקרוני נאמר כי הכללים החולשים על בחירת התרופה צריכים להיקבע בזיקה לשיקולי הצדק הכרוכים בזכות המהותית,¹¹⁵ וכי ברגיל חייב הסעד לשקף ולהגשים את הזכות המהותית או את המדיניות העומדת מאחוריה במידת הדיוק המרבית שמתאפשרת.¹¹⁶ אכיפה בעין של זכות חוקית, כך נטען, היא היא המגשימה את הזכות, את האינטרס הבסיסי של הנפגע מהפרתה ואת תכלית הדין המהותי,¹¹⁷ ואילו פיצוי כספי לעתים קרובות אינו מאפשר את מימושה המלא והאמתי של הזכות.¹¹⁸ אשר על כן יש הגורסים במפורש כי

Rendleman 111 (לעיל, הערה 71) בעמ' 347.

Laycock 112 (לעיל, הערה 51) בעמ' 693.

Burrows 113 (לעיל, הערה 10) בעמ' 11-12.

114 ראו: אריאל בנדור, "חופש לשון-הרע", משפטים כ (תשנ"א) 561, בעמ' 571.

Fiss 115 (לעיל, הערה 48) בעמ' 91.

Lucila I. van Dam, "Long Live the Lie Bill!", 41 *U. Mich. J.L. Reform* (2008) 525, p. 116

Dobbs; 528 (לעיל, הערה 10) בעמ' 22; Gold (לעיל, הערה 109) בעמ' 238.

117 ראו: בנדור (לעיל, הערה 114) בעמ' 571; דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 303; אדר, (לעיל,

הערה 15) בעמ' 381-380.

118 Laycock 118 (לעיל, הערה 51) בעמ' 691; ר"ע 62/83 בעל טכסא נ' גונן, פ"ד לח (1) 281,

בעמ' 287 (ראו דבריו של בית המשפט המחוזי המצוטטים בהסכמה).

תכליתו העיקרית של עקרון הצדק המתקן היא השבת הסטטוס קוו הממשי על כנו,¹¹⁹ וכי ככלל ראוי להכיר בציווי כסעד הראשוני המגיע לתובע שמעוניין בו.¹²⁰

(ג) ציווי גורר פגיעה קשה בנתבע

הטיעון המרכזי מבית מדרשם של אלו התומכים בשימורו של כלל ההעדפה המסורתית הוא החשש מפגיעתו המוגזמת של הציווי באוטונומיה של הנתבע. כך למשל בפסיקה הישראלית צוין, מפי השופט ברק, כי זכותו של הנפגע לציווי פחותה בעצמתה מזכותו לפיצויים, בין היתר מאחר שציווי למעוול לנהוג בדרך מסוימת עשוי לפגוע קשות בחופש האישי שלו ולהיות מעשה התעמרות כלפיו.¹²¹ זאת ועוד, חריפותן של סנקציות ביזיון בית המשפט אשר מוטלות על נתבע המפר ציווי תורמת אף היא לרתיעה מפני השימוש בתרופה זו.¹²² קו הטיעון האמור תקף באופן בולט בכל הנוגע לדיני הנזיקין, ודרך טובה להמחיש זאת היא באמצעות השוואתם לדיני החוזים. לדבריו של ישראל גלעד:

“עניינם של דיני החוזים הוא באדם שנטל על עצמו מרצונו חיוב מסוים כלפי אדם אחר (in personam), לרוב כנגד קבלת תמורה ומתוך ידיעה שהאחר הסתמך על התחייבות זו. בהתאם, נקודת המוצא היא שמי שנטל על עצמו חיוב כאמור מן הראוי שיקיים את התחייבותו, כשביצוע החיוב אפשרי, וכי מי שאינו עושה כן ביודעין מתנהג שלא כשורה. אכיפתו של חיוב חוזי מסוג זה היא לכן ברירת מחדל טבעית ולא ניתן לומר שיש עמה פגיעה באוטונומיה של החייב, שהרי זה ויתר על אוטונומיה זו מרצונו. כמו כן, החשיפה לתביעת אכיפה מוגבלת לזכאי שכלפיו נעשתה ההתחייבות הרצונית, מה גם שבדרך כלל קווי של החיוב החוזי ידועים וברורים שהרי הם מעוגנים בחוזה, כך שמושא האכיפה ידוע לרוב ומוגדר [...] שונים הם פני הדברים בהקשר הנזיקי: כאן מדובר בחובות ובחיובים מן הדין, שהטלתם פוגעת באוטונומיה של הפרט, שקווייהם אינם תמיד ברורים, והם מוטלים לרוב על כולי עלמא כלפי כולי עלמא.”¹²³

ההכבדה שסובל הנתבע מתוארת כרבה, אם כי מסיבות שונות, הן באשר לצווי מניעה והן באשר לצווי עשה. צו מניעה, לפי הנטען, מביא להתערבות בשלב מוקדם של

119 Radin (לעיל, הערה 25) בעמ' 60-61.

120 Rendleman (לעיל, הערה 51) בעמ' 87; דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 303, 310.

121 עניין אבנרי (לעיל, הערה 1) בעמ' 854.

122 “Developments” (לעיל, הערה 58) בעמ' 1004; Gene R. Shreve, “Federal Injunctions; and the Public Interest”, 51 *Geo. Wash. L. Rev.* (1982) 382, p. 389.

123 גלעד (לעיל, הערה 1) בעמ' 797-798 (ההדגשה במקור – א"פ).

האירועים, בניגוד לתביעת פיצויים טיפוסית, המתנהלת לאחר שהתנהגות מושא ההתדיינות הושלמה, ולכן בית המשפט יכול לבחון אותה בחינה יסודית ומלאה ולהעריך את משמעויותיה המשפטיות. במנעו מן הנתבע את האפשרות להחליט במודע אם לבצע את ההתנהגות הרלוונטית תוך נשיאה בסיכון לחבות אזרחית, שולל ממנו צו המניעה את חופש הבחירה.¹²⁴ מלבד זאת, מאחר שהחלטה אם להעניק את הצו כרוכה בתחזית בדבר הסבירות להתרחשותו של הנזק העתידי הנטען ובדבר טיבו והיקפו, קשה "לכיייל" את הצו במדויק באופן שיגן על התובע מפני הפעולות הלא חוקיות מבלי שיתפוס ברשתו גם פעולות חוקיות או בלתי מזיקות.¹²⁵ ובאשר לצווי העשה, עמדה רווחת היא כי אלה מטילים על הנתבע חובות תובעניות ופולשניות במיוחד, העשויות לעתים להיות קשות מאוד לביצוע.¹²⁶

אך מנגד אפשר לומר כי מאחר שהתובע הוא הנפגע והנתבע הוא המעוול, צרכיו של הראשון הם בעלי משקל נורמטיבי רב ממשקל קשייו של האחרון.¹²⁷ עמדה זו מתבקשת מכיוון ששאלת הסעד מתעוררת בהכרח כשכבר נקבע על פי הדין המהותי כי בנסיבות העניין לאינטרס הנפגע עדיפות עקרונית על פני אינטרס המעוול.¹²⁸ במיוחד אין להביא בחשבון את ההכבדה הצפויה בעקבות הסנקצייה שתוטל על הנתבע במקרה של אי-ציות להוראות השיפוטיות בעת קביעת היחס בין הסעדים; הנחת המוצא לכל דיון ברצינותם של צוים חייבת להיות כי הנתבע יכבדם.¹²⁹

מן האמור אין נובע כמובן שהפגיעה בנתבע ראויה להתעלמותו של הדין. אולם קשה לראות מדוע צריך הדין להקנות באופן גורף יתרונות לא מבוטלים – בדמותו של הכלל המסורתי – דווקא לצד שזכאי לכך פחות.

124 "Developments" (לעיל, הערה 58) בעמ' 1005.

125 שם, שם; Shreve (לעיל, הערה 122) בעמ' 389.

126 Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' 538; Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 163; 42 Am. Jur. ; 2d Injunctions § 5; בנדור (לעיל, הערה 114) בעמ' 570.

127 ראו: עניין אתא (לעיל, הערה 22) בעמ' 813; ע"א 273/80 מדינה נ' כהן, פ"ד לז(2) 29, בעמ' 49; רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, בעמ' 244 (להלן: עניין רוקר);

רע"א 1272/05 כרמי נ' סבג, פסקה מ' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2.12.2007); דנ"א 4693/05 בית החולים כרמל – חיפה נ' מלול, בפסקאות 50-53 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 29.8.2010); אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 401;

Restatement (Second) of Torts § 936 comment c (1979).

128 דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 304.

129 אפשר להעלות על הדעת שני תרחישים חריגים שבהם ראוי להתחשב בחומרת הסנקצייה של ביזיון בית המשפט בעת בחירת הסעד. ראשית, כאשר מתעורר החשש שהצו העומד על הפרק הוא דרקוני עד כדי כך שהנתבע לא יהיה מסוגל למלאו; שנית, כאשר התרופה הכספית – הנאכפת באמצעים מתונים יותר – והתרופה האקוויטבילית מביאות לאותה תוצאה מעשית. ראו: Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 698-699.

(ד) מתן ציווי כרוך בקשיים מנהלתיים

קו טיעון אחר שנוקטים המתנגדים לשימוש נרחב בצווים עניינו ההכבדה המנהלתית והפרוצדורלית שהם יוצרים. לפיו, צווים מחייבים השקעת משאבים שיפוטיים רבים, שכן בהחלטה אם להעניקם ובשיקול הדעת בקביעת תוכנם כרוכה מערכת מורכבת של תחזיות וספקולציות בדבר התנהגותו הצפויה של הנתבע, השלכותיה על התובע והאופן שבו אלה תושפעה מניסוחים אפשריים של הצו.¹³⁰ גם קיים קושי רב יותר לפקח על ביצוע הצווים – בעיקר צווי עשה – ולאכפם בהשוואה לפיצויים הכספיים.¹³¹ עלויות אלה נופלות בסופו של דבר על כתפיהם של משלמי המסים, המממנים את פעולת מערכת המשפט.¹³²

לעומת זאת נטען כי ההנחה בדבר עלויות מערכת גבוהות יותר במתן צווים אינה מבוססת,¹³³ וכי הבעייתיות העודפת המיוחדת לצווי עשה רלוונטית, לכל היותר, לצווים אשר ביצועם כרוך בסדרת פעולות מתמשכות.¹³⁴ בפרט נאמר כי לקשיי האכיפה הטמונים לכאורה בחוסר יכולתו של בית המשפט לגלות הפרות של הוראותיו אין להתייחס בחומרה יתרה, בעיקר משום שלתובע יש תמריצים ויכולת לספק לו ראיות בדבר מידת הציות לצו.¹³⁵ זאת ועוד, במקרים מסובכים אפשר לחשוב על פתרונות יצירתיים להבטחת ביצועו של הצו תוך הקלת נטל הפיקוח הרובץ על כתפי בית המשפט ולשכת ההוצאה לפועל, כדוגמת מינוי כונס נכסים.¹³⁶ על כל פנים, בספרות המשפטית הובעה הדעה כי הנוחיות המנהלתית ושיקולי העומס של בתי המשפט פחותים בחשיבותם מן המשימה השיפוטית להעניק לתובעים הזכאים לכך את הסעד המעשי המלא והיעיל ביותר.¹³⁷ במיוחד הוטעם כי אין זה ראוי שקשיים מסוג זה ימנעו את אכיפתן של זכויות כבדות משקל.¹³⁸

130 Standen (לעיל, הערה 49) בעמ' 158-159. כן, ראו: Shreve (לעיל, הערה 122) בעמ' 390-389; הרמן (לעיל, הערה 28) בעמ' 409.
 131 Rendleman (לעיל, הערה 71) בעמ' 354; Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 163-164; בנדור (לעיל, הערה 114) בעמ' 571.
 132 Rendleman (לעיל, הערה 71) בעמ' 354; Standen (לעיל, הערה 49) בעמ' 162.
 133 Anthony T. Kronman, "Specific Performance", 45 *U. Chi. L. Rev.* (1978) 351, pp. 373-374.
 134 וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 37; Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' 540-541.
 135 "Developments" (לעיל, הערה 58) בעמ' 1012.
 136 ראו: ע"א 846/75 עוניסון – חברה לבניין בע"מ נ' דויטש, פ"ד ל(2) 398 (1976); דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 310.
 137 *Restatement (Second) of Torts* § 936 comment c (1979); Zechariah Chafee, Jr., 137 *Government and Mass Communications* (1965) p. 183.
 138 "Developments" (לעיל, הערה 58) בעמ' 1012-1013.

(ה) צו למניעת עוולה נוגד את מהותם של דיני הנזיקין

על פי טענה אפשרית, דיני הנזיקין לא נועדו כלל לאסור פעילויות מסוכנות העלולות לפגוע בזכויות ולגרום לנזקים. תחת זאת מעצם טיבם הם מותירים למעוולים פוטנציאליים חופש בחירה ומעניקים סעד רק בדיעבד, משנתברר כי נגרם בפועל נזק אשר אינו מוצדק בהתחשב בתועלתה של הפעילות המזיקה, ולאחר בחינה מושכלת ומלאה של נסיבות העניין.¹³⁹

אף לטענה זו ראוי לייחס בענייננו משקל מוגבל, בשל טעמים מספר: ראשית, דומה כי לפי הגיונה היא אינה נוגעת לצווי עשה הניתנים לאחר קביעה שיפוטית – הנסמכת על שיקולי הדין המהותי ועל בחינת מכלול נסיבות המקרה – שלפיה בוצעה עוולה בעבר, ומורים על תיקון תוצאותיה. אלו הם פני הדברים כך נראה גם באשר לצו להפסקת ביצועה של עוולה הניתן כאשר הפגיעה העתידית בתובע (שהוודאות להתרחשותה כמעט מוחלטת) היא המשך ישיר למצב הדברים בהווה ובעבר, אשר כבר הוכר כעוולתי. שנית, הגישה הנדונה אינה משקפת את תפיסתה התאורטית המושרשת של שיטת המשפט הישראלית באשר למהות דיני הנזיקין. ההוראה האופרטיבית המרכזית והכללית של פקודת הנזיקין משנת 1968 מצהירה כי אדם הנפגע מעוולה זכאי לתרופה המפורשת בפקודה,¹⁴⁰ ובפרק העוסק במאוחד בתרופות בגין מעשי העוולה השונים מונה הפקודה זה לצד זה את הפיצוי הכספי ואת הציווי, לרבות צו המניעה.¹⁴¹ זאת ועוד, הסמכות ליתן ציווי מוגדרת בהרחבה¹⁴² ונשללת כליל רק בנסיבות חריגות.¹⁴³ גם הפסיקה רואה בצו המניעה תרופה נזיקית לגיטימית,¹⁴⁴ אפילו במקרים שבהם היא מסורבת בסופו של דבר.¹⁴⁵ עריכת מהפך מושגי בדיני הנזיקין דווקא בעת הנוכחית, שבה המשפט הפרטי הישראלי מתקרב יותר ויותר לשיטה הקונטיננטלית, ושבה אפילו המשפט האנגלו-אמריקני מגביר את נכונותו להשתמש בציווי, נראית אפוא בלתי טבעית. ושלישית, נראה כי גם מחוץ לישראל אין לעמדה הנזכרת אחיזה של ממש בשיח המשפטי, שכן בעבר מעמדו הנמוך של הציווי לא נבע אלא מן הכלל המסורתי שחל במשפט הפרטי בכללותו, ואילו הנימוקים הנשמעים בהווה בעד שימור הכלל הם פרקטיים בעיקרם. יתרה מכך, קשה לפשר בין ניסוחה הגורף של אותה עמדה לבין

139 ראו: גלעד (לעיל, הערה 1) בעמ' 797-799 Van Boom; (לעיל, הערה 95) בעמ' 18.

140 סעיף 3 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

141 סעיפים 71-76 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

142 סעיף 72 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] ("ציווי יכול שיהיה צו עשה או צו לא-תעשה, לשעה או לתמיד").

143 סעיף 74 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] ("בית המשפט לא יתן ציווי, אם הוא סבור שהפגיעה או הנזק שנגרמו לתובע הם קטנים וניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף, ומתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנתבע...").

144 וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 41.

145 ראו: עניין אבנרי (לעיל, הערה 1) בעמ' 851-854.

העובדה שבפועל ניתנים בכל שיטות המשפט הנחקרות צווים למניעת עוולות עוד בטרם התרחשותן.¹⁴⁶

(ו) שיקולים תאורטיים נוספים

יצוין לבסוף כי קיימים טיעונים נוספים המועלים בספרות בעד השימוש בתרופות הפיצויים מחד והציווי מאידך, אלא שהם אינם רלוונטיים לחלק זה של הדיון, או לחיבור הנוכחי בכלל, מסיבות שונות. למשל, טיעונים מסוימים נסמכים באופן בולט על גישות מתודולוגיות שהן שיקול שולי בלבד בפסיקת הסעדים בדין הישראלי המצוי והרצוי, ובראשן הניתוח הכלכלי של המשפט. טיעונים אחרים נוגעים במובהק לסוגים קונקרטיים של מקרים ואינם צריכים להשפיע על היחס העקרוני הכללי שבין התרופות. סוגיות אלה תטופלנה בחלקו האחרון של המאמר, אשר יעסוק בשיקול הדעת הפרטני בבחירת הסעדים.

קבוצה גדולה וחשובה במיוחד של טיעונים, החורגת כליל מענייננו, עוסקת באופן בלעדי ומוצהר בדיני החוזים ומתייחסת במובהק למציאות חוזית של עסקאות וולונטריות. השיקולים הנמנים במסגרת זו עוסקים למשל בהשפעת התרופות על התמריצים ליצירת התקשרויות עסקיות ועל תוכנן,¹⁴⁷ כמו גם על עלויות העסקה הכרוכות במשא ומתן הטרם-חוזי;¹⁴⁸ ב"הפרה יעילה" של חוזים המעוררת מתח בין שיקול הרווחה המצרפית לבין עקרון היסוד בדבר כיבוד התחייבויות;¹⁴⁹ באופן ובמידת ההגנה שיש לספק לצדדים שלישיים תמי לב שהתקשרו עם המפר בעקבות ההפרה;¹⁵⁰ בקושי להצמיד ערך כספי לעלות הכרוכה בחיפוש אחר עסקה חלופית הזוהה בתוכנה, בתנאיה ובעיתויה לזו שהופרה;¹⁵¹ בתמריציו של התובע לפעול לאיתור מהיר של חוזה חלופי;¹⁵² בהשפעת אינטרס הנתבע למוניטין מסחרי טוב על האופן שבו הוא צפוי

146 ניסיון אחד להסביר פער זה הוא לטעון כי הפיצויים הם תוצר לוואי אוטומטי של העוולה ומשתייכים אתה יחד לדיני הנזיקין המהותיים, ולעומת זאת הציווי מקורו במשפט הפרוצדורלי והוא מופעל על יסוד מערכת נפרדת של כללים ושיקולים. ראו: Van Boom (לעיל, הערה 95) בעמ' 13. על פי טיעון אחר, אשר לזכויות מסוימות – שטיבן אינו מוגדר בבירור ואינו קבוע – דיני הנזיקין מכירים בחריג לכלל העקרוני ומקנים זכות אכיפה שלא להיפגע מעוולה. ראו: שם, שם. בכל הכבוד, טיעונים אלה נשמעים מאולצים ולא משכנעים.

147 Thomas S. Ulen, "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", 83 *Mich. L. Rev.* (1984) 341, pp. 343-344.

148 Alan Schwartz, "The Case for Specific Performance", 89 *Yale L.J.* (1979) 271, pp. 279, 291.

149 Peter Linzer, "On the Amoralty of Specific Performance", 81 *Colum. L. Rev.* (1981) 111.

150 Kronman (לעיל, הערה 133) בעמ' 382-377.

151 Schwartz (לעיל, הערה 148) בעמ' 276.

152 שם, בעמ' 277.

לבצע חוזה מכורה צו שיפוטי¹⁵³ ועוד. לעתים קרובות כולל הדיון ניתוח כלכלי ועסקי מורכב של התנאים השוררים בשוק (כגון היצעים, ביקושים, רמות אינפלציה ועוד), נגישות השוק לגורמים הרלוונטיים, זמינותו של המידע על מצב השוק וכו'.¹⁵⁴ כמו כן מעורבים שיקולים פרטיקולריים יותר הקשורים לסוגים שונים של מיזמים כלכליים, לדרכים שונות שבהן יכולה להתבטא הפרת חוזה, לנסיבות שונות העשויות לאפוף את ההפרה, לאינטרסים הכלכליים השונים שעשויים להיות לנפגע מן ההפרה ועוד.¹⁵⁵ כל הטיעונים הללו אינם נוגעים למציאות נזיקית של אינטראקציות בלתי רצונית, שבה הצדדים אינם מונעים בהכרח מאוריינטציה עסקית ואינם תרים אחר אינטראקציות עתידיות מאותו סוג.

6. סיכום ומסקנות ביניים

הכלל המסורתי בדבר עדיפותה העקרונית של תרופת הפיצויים על פני תרופת הציווי הוא שריד אנכרוניסטי להסדר משפטי עתיק יומין, אשר נולד מכוח נסיבות פוליטיות ואדמיניסטרטיביות שזה מכבר פסו מן העולם. אחיזתו בדיני התרופות הכלליים בישראל, כמו גם בארצות הברית, הולכת ונחלשת, המשפט הגרמני דחה אותו מכול וכול, ואף בספרות האקדמית הוא זוכה להתנגדות רצינית.¹⁵⁶ גם מבחינה עניינית הטיעונים בעד שימורו בתורת עיקרון כללי וגורף אינם משכנעים דיים. דומה אפוא כי אין עוד כל טעם של ממש להוסיף ולהכיר בכלל המסורתי במסגרת דיני הנזיקין הישראליים, וכי ההצעה לסטות ממנו בתזכיר חוק דיני ממונות ראויה. התקרבות זו לגישה הקונטיננטלית אף עולה בקנה אחד עם עצם המעבר לקודקס אזרחי, הנעשה כזכור בהשראת שיטות המשפט האירופיות.

השאלה הנשאלת כעת היא מהו התחליף ההולם לכלל המסורתי. המשפט הגרמני קובע, כמצוין לעיל, כלל העדפה הפוך המקנה את מעמד הבכורה לציווי. הצעת הקודיפיקציה פוסעת, כך נראה, בנתיב דומה בגדר סעיף 448. גישה זו נשענת כאמור על הצדקה חזקה במיוחד: אכיפת זכות בדרך של ציווי מביאה למימושה בפועל, ובכך מגשימה טוב יותר מן הפיצויים את תכליתה של תורת התרופות. עם זאת קיימת גם עמדה אחרת, אשר חרף דחייתה את הכלל המסורתי ממליצה לקבוע במקומו כלל מתון ומאוזן מזה הגרמני. למשל, במאמר מערכת מצוטט ומשפיע של Harvard Law Review משנת 1965 נאמר כי אין מקום לכל חזקה לטובת סעד כזה או אחר, וכי בחינת נסיבותיו של כל

Ulen (לעיל, הערה 147) בעמ' 349.

Schwartz (לעיל, הערה 148) בעמ' 291-284.

Edward Yorio, "In Defense of Money Damages for Breach of Contract", 82 *Colum. L. Rev.* (1982) 1365, pp. 1405-1424.

Standen (לעיל, הערה 49) בעמ' 146.

מקרה ומקרה היא שצריכה לקבוע את בחירת הסעד.¹⁵⁷ בדומה, המלומד דובס (Dobbs), גורס בחיבורו המקיף על תורת התרופות כי תחת הכלל המסורתי יש להעניק את תרופת הציווי כל אימת שהיא מסוגלת להביא ליתרונות הגדולים מעלויותיה או חסרונותיה.¹⁵⁸ ואכן, דומה כי קיימת בעייתיות במתן קדימות גורפת לסעד הציווי על סמך נימוקים תאורטיים ומופשטים, בדיוק כשם שקיימת בעייתיות בהעדפה הגורפת של הפיצוי הכספי על סמך נימוקים דומים. מכיוון שטווח התרחישים הנזיקיים שבהם נתקלים בתי המשפט ואשר בגינם הם נדרשים ליתן סעד הוא רחב, אפשר להעלות על הדעת שיקולי מדיניות מגוונים אשר עשויים לתרום להכרעה שיפוטית נכונה וצודקת בכל מקרה ומקרה.¹⁵⁹ הגדרת היחס הראוי שבין סעד הציווי לבין סעד הפיצויים לא תהא שלמה ללא סקירת אותם שיקולים, ולכך נפנה כעת. נקדים ונאמר כי ההתחשבות באותם שיקולים אינה סותרת בהכרח את תזכיר חוק דיני ממונות; אדרבה, כפי שיוסבר בהמשך, אפשר לשלבם בנקל במסגרת פרשנותו.

ג. שיקולי מדיניות פרטניים לבחירה בין תרופות

שיקולים משיקולים שונים נמנים בשיח המשפטי כמשפיעים על בחירת הסעד השיפוטי הניתן לתובע בהתחשב בנסיבות המקרה העומד לדיון. השיקולים הללו נובעים ממקורות שונים: הפסיקה הישראלית, פסיקה וחקיקה זרות, הספרות האקדמית או פרשנותה של הספרות את הפסיקה. הם אף מופיעים בצורות שונות: חלקם נמנים כשיקולים בעלי רלוונטיות עצמאית ומצוינים באופן מפורש, וחלקם מובאים תוך כפיפות לכלל המסורתי או מוסוים על ידיו. עם זאת, קיימים מספר שיקולים מרכזיים החוזרים על עצמם בעקיבות, ומבחינה עניינית נראים חשובים במיוחד. בפרק שלהלן ננסה לעמוד על טיבם בצורה מסודרת ושיטתית יותר.

ראוי להעיר כי מבחינה היסטורית, כמה מן השיקולים שיימנו כאן הם חלק מדיני היושר ומהם בלבד. טענה רווחת היא כי בניגוד לדיון, המקנה תרופה בגין פגיעה בתובע כעניין שבזכות, כללי היושר – החותרים מעצם טיבם להגשים תוצאה צודקת ועל כן מתאפיינים בגמישות רבה – רואים בזכאות לסעד מעין פריבילגיה שהענקתה כפופה לשיקול דעת שיפוטי רחב. במסגרת זו התפתחה מערכת של שיקולים אשר בצוותא עם כלל ההעדפה המסורתית קיבעה את מעמדם המשני של הסעדים שביושר והביאה לצמצום מידת ההיזקקות להם.¹⁶⁰ אף משפטה של מדינת ישראל הכיר בהיותו של הציווי,

157 "Developments" (לעיל, הערה 58) בעמ' 1020-1021.

158 Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 6, 166.

159 ראו: גלעד (לעיל, הערה 1) בעמ' 800; אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 396.

160 13 160 *Am Jur 2d Injunctions* § 42; Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 50; Rendleman (לעיל, הערה 51) בעמ' 72-74; Robert N. Leavell, Jean C. Love, Grant S. Nelson & Candace

להבדיל מן הפיצויים, סעד שבשיקול דעת והחיל בעניינו את הכללים האקוויטביליים המסורתיים, בפרט במסגרת דיני הנוקין.¹⁶¹ ואולם עם השנים, לצד השחיקה במעמדו של הכלל המסורתי בדבר עליונותם של הפיצויים, ננטשה בהדרגה בפסיקה ובספרות בישראל ומחוצה לה הגישה כי השיקולים הנדונים רלוונטיים לצייוי בלבד, וכי מתן סעד זה צריך להיות מותנה בתנאים מחמירים יותר.¹⁶² ואכן, בבואנו לעצב דין תרופות מודרני אל לנו לכבול עצמנו לקונצפציות היסטוריות, וודאי שאל לנו להניח כי סוגים שונים של סעדים נבדלים אלה מאלה במידה שבה הם אמורים להגשים תוצאה צודקת. השאלה שעל הפרק אינה אפוא מהם השיקולים שבגינם יש לדחות עתירה למתן ציווי אלא מהם השיקולים המסייעים לבחור בתרופה המתאימה והצודקת בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

1. מהותה ומשקלה של הזכות הפגועה

מאז המאה התשע-עשרה, בעקבות אמרת אגב בפסק דין אנגלי משנת 1818,¹⁶³ השתרשה במשפט האנגלר-אמריקני העמדה כי זכויות בעלות חשיבות מיוחדת ראויות להגנה בעין באמצעות דיני היושר, בבחינת חריג לכלל ההעדפה המסורתית. במקורה נגעה עמדה זו לאינטרסים קנייניים תוך הבחנה מפורשת בינם לבין זכויות אישיות.¹⁶⁴ בהלכה אנגלית נודעת משנת 1895 למשל נפסק כי יש מקום ליתן צוים ביד רחבה מהרגיל בתביעות למניעת מטרדים והסגות גבול.¹⁶⁵

אותה עמדה חלחלה גם אל המשפט הישראלי. ככלל, נכונים בתי המשפט בארץ ליתן צו מניעה במקרה של הפרת זכות קניינית, לרבות בגין מעשים הנכנסים בגדר עוולות נזיקיות של פגיעה בקניין,¹⁶⁶ כדוגמת הסגת גבול¹⁶⁷ ומטרד.¹⁶⁸ זאת כדי לסכל ככל

S. Kovacic-Fleischer, *Cases and Materials on Equitable Remedies, Restitution and Damages* (1994), p. 12; וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 5.
 161 ע"א 17/62 לטוביזקי נ' לפלר, פ"ד יז 87, בעמ' 98; עניין אבנרי (לעיל, הערה 1) בעמ' 854; טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין (לעיל, הערה 11) בעמ' 545; אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 403, 397.
 162 עניין אבנרי (לעיל, הערה 1) בעמ' 854-853; טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין (לעיל, הערה 11) בעמ' 546; וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 5-6; Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' 11; David L. Shapiro, "Jurisdiction and Discretion", 60 *N.Y.U. L. Rev.* (1985) 543, p. Rendleman (לעיל, הערה 51) בעמ' 97.
 163 *Gee v. Pritchard* [1918] 2 *Swanst.* 402, 36 *Eng. Rep.* 670.
 164 (1979) § 937 comment a (1979) *Restatement (Second) of Torts*; "Developments" (לעיל, הערה 58) בעמ' 998.
 165 *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.* [1895] 1 *Ch.* 287.
 166 דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 302. כן ראו: וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 108-110.
 167 סעיף 29 לפקודת הנוקין [נוסח חדש].

האפשר את ההפרעה לתובע עוד בטרם התרחשותה, או לכל הפחות לעצרה בעודה באבה. כך למשל נפסק כי "בדרך-כלל מחובת בית-המשפט להגן על זכות הקניין בדרך יעילה של מתן צו-מניעה",¹⁶⁹ אם כי "עדיין נשארת בידי בית-המשפט מטעמים בעלי-משקל מכריע הזכות שלא לתת צו-מניעה".¹⁷⁰ בפסק דין אתא תיאר בית המשפט העליון את הדין תוך התמקדות בעוולה הקניינית של המטרד, שעמדה על הפרק באותו עניין:

"הציווי הוא על-פי-רוב המחסום היעיל ביותר לעוולה נמשכת וכאשר המטרד הינו מהותי – ייחשב הציווי בדרך-כלל לתרופה ההולמת ביותר [...] מקובל הוא כי כאשר הוכח קיומו של מטרד מהותי הגורם לפגיעה, אשר לא ניתן לרפאה כיאות על-ידי תרופה הולמת אחרת, הרי יזכה הנפגע בציווי".¹⁷¹

גישה זו מצאה ביטוי גם בהקשר של צווי עשה לתיקון עוולה קניינית לאחר התרחשותה. למשל, בעניין רוקר נפסק כי התובעים, דיירי בית משותף שנפגעו מהקמת מבנה על הרכוש המשותף ללא הסכמתם, זכאים לסעד של החזרת המצב לקדמותו באמצעות צו להריסת המבנה שיאפשר את השימוש ברכוש המשותף.¹⁷² לעומת המשפט הישראלי, שנשאר ממוקד בהקשר הנדון בזכויות קניין, מעבר לים חלו התפתחויות ניכרות. כבר בתחילת המאה העשרים נמתחה בספרות המשפטית האמריקנית ביקורת על הגישה הפוסלת סעדים שביושר להגנה על זכויות אישיות בטענה כי היא פחות ופחות משקפת את הדין המצוי, וכי היא אינה מוצדקת מבחינה עניינית.¹⁷³ ואכן, בהדרגה החלה הפסיקה להכניס באמצעות פרשנות דחוקה עוד ועוד אינטרסים וזכויות שהם אישיים באופיים לתוך הקטגוריה הקניינית, עד שלבסוף מרבית בתי המשפט הכירו בגלוי כי באופן עקרוני זכויות אישיות ראויות להגנה על ידי צוים באותה מידה כמו קניין.¹⁷⁴

168 סעיף 44 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

169 ע"א 749/76 יוסף נ' בכר, פ"ד לב(3) 617, בעמ' 622.

170 שם, בעמ' 624.

171 עניין אתא (לעיל, הערה 22) בעמ' 799.

172 עניין רוקר (לעיל, הערה 127). פסיקה זו התבססה בעיקרה על ניתוח קנייני, אך ישנם הממעיטים בערכו של ההבדל בין עילה הנסמכת על דיני הקניין לבין עילה הנסמכת על העוולות הקנייניות שבדיני הנזיקין. ראו: דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 315; שלו ואדר (לעיל, הערה 5) בעמ' 200-199, ובפרט הערה 34.

173 Joseph R. Long, "Equitable Jurisdiction to Protect Personal Rights", 33 *Yale L.J.* 173 (1923) 115.

174 "Developments" (לעיל, הערה 58) בעמ' 999; § 937 *Restatement (Second) of Torts* (1979) comment a.

הרטוריקה המקובלת כיום בספרות ובפסיקה בארצות הברית, אשר מעידה על התמורה שעבר הכלל הנדון, היא כי האינטרסים החשובים ביותר ראויים להגנה שתאפשר הנאה ממשית מהם ולא תתיר לאחרים "לרכוש" את היכולת לפגוע בהם.¹⁷⁵ זוהי הגישה בעיקר בנוגע לזכויות אזרח בסיסיות.¹⁷⁶ בספרות האקדמית הישראלית הובעה הדעה כי גם במשפטנו זכויות יסוד ראויות ככלל להגנה בעין, לרבות מפני עוולות נזיקיות.¹⁷⁷

2. האפשרות להמיר את הזכות למונחים כספיים

פסיקת פיצוי כספי לטובת תובע שסבל נזק כלכלי אינה מעוררת דילמות מושגיות מיוחדות. כאשר פיצויים בגין נזק ממוני מתבססים על חישובים נכונים, הם משחזרים את נתוניו הכלכליים של התובע כפי שהיו אלמלא העוולה ומסירים מעל כתפיו את השלכותיה, לדוגמה על ידי הקניית אפשרות כספית לתקן נזק שניזוק או לרכוש אחר במקומו, שיפוי עבור הוצאות רפואיות ואבדן הכנסות וכדומה.¹⁷⁸ הגם שלעתים קרובות הערכת נזקי ממוני אינה פשוטה כלל ועיקר – למשל כאשר יש לחשב במסגרתה אבדן השתכרות עתידית או לקבוע את ערך השוק של נזק מסוים¹⁷⁹ – אין מנוס מלבצע, שאם לא כן תוטלנה מלוא עלויות העוולה על שכם הניזוק.¹⁸⁰ הסיכון לטעות בקביעת גובה הפיצוי הוא קושי פרקטי ולא קונצפטואלי, ומאחר שממילא הסדר משפטי שהוא כליל השלמות אינו בגדר האפשר, אין הדבר גורע מן ההצדקה להעניק את הפיצוי או משנה את תכליתו ומהותו הבסיסית.

שונים הם פני הדברים כאשר הפיצוי בא להגן על זכות פגועה שאינה ממונית באופייה, וזאת בשל תופעה המכונה היעדר המירות (incommensurability). היעדר המירות הוגדרה בספרות כחוסר יכולת לבטא שני ערכים (או יותר) במונחים של עקרון-על אחד או להציבם על גבי סקאלה אחת, ושבאמצעות עולם המושגים שלהם

175 Rendleman (לעיל, הערה 71) בעמ' 352. כן ראו: Val H. Stieglitz, "The 'Inadequacy of Legal Remedy' Requirement for Equitable Relief: The Development of the Rule and Its Application in South Carolina", 35 *S.C.L.Rev.* (1984) 677, 688.

176 Rendleman (לעיל, הערה 71) בעמ' 352; Fiss (לעיל, הערה 48) בעמ' 75; Ken Cooper-Stephenson, "Developments" (לעיל, הערה 58) בעמ' 1007. כן ראו: "Principle and Pragmatism in the Law of Remedies", *Remedies: Issues and Perspectives* (Jeffrey Berryman ed., 1991) 1, p. 9.

177 דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 303. כן, ראו: שלו ואדר (לעיל, הערה 5) בעמ' 204; גלעד (לעיל, הערה 1) בעמ' 798.

178 Daniel W. Shuman, "The Role of Apology in Tort Law", 83 *Judicature* (2000) 180, p. 182; Stanley Ingber, "Rethinking Intangible Injuries: A Focus on Remedy", 73 *Calif. L. Rev.* (1985) 772, p. 780.

179 Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' 30.

180 Ingber (לעיל, הערה 178) בעמ' 780.

אפשר לשקף או למדוד את אותם ערכים בלא שהם יאבדו במידה ניכרת ממהותם העמוקה.¹⁸¹ בעיות רבות של היעדר המירות נוצרות בשל ההבדל המהותי בין שני אבות־טיפוס של טובין: הסוג האחד הוא טובין – בהגדרה הרחבה ביותר האפשרית של המונח הכוללת חפצים, זכויות, אירועים, מערכות יחסים ועוד – שהם בעלי משמעות פנימית, ואשר מיוחסות להם תכלית וערכיות כשהם עומדים בפני עצמם; הסוג השני הוא טובין אינסטרומנטליים שנתפסים בעיקר כאמצעי להשגת מטרה חיצונית, לרבות מטרה כוללנית כדוגמת עושר או תועלת.¹⁸² אחת הדוגמאות הקלאסיות לתופעה הנדונה היא היעדר ההמירות שבין אינטרסים אישיים ובלתי ממוניים כדוגמת חיי אדם, שלמות ונוחות גופנית, פרטיות, שם טוב, חירות ושלווה רגשית מחד, וכסף מאידך. ערכים מן הסוג הראשון אינם סחירים במובן הרגיל של המילה, שהרי קשה להעלות על הדעת עסקה רצונית שבה יוותר אדם על זכותו ליהנות מהם אפילו בתמורה להון עתק.¹⁸³ הטענה נגד הניסיון לבטאם במונחים כספיים אינה כי זכאות מסוימת מוערכת ביותר מדי כסף או בפחות מדי, אלא כי היא מוערכת לפי מדדים שונים מכסף, כלומר שכסף הוא דרך שגויה ובלתי מתאימה מדעיקרא להעריכה.¹⁸⁴

מאחר שפגיעה בערכים הנזכרים והזכות שלא לסבול פגיעה כזו אינן ניתנות להמרה לערכים כלכליים, הרי תשלום של סכום כסף כתגובה משפטית לפגיעה אינו משיב בכל דרך שהיא את המצב לקדמותו.¹⁸⁵ לדוגמה, שום סכום אינו יכול לשים קץ ליגונו של תובע שאיבד בן משפחה ולהשיבו למצבו הפסיכולוגי כפי שהיה לפני העוולה,¹⁸⁶ או לבטל בדיעבד את הכאבים הפיזיים שסבל (להבדיל ממימון הוצאות כספיות בגין טיפולי כאב שעשויים לשפר את מצבו בעתיד).¹⁸⁷ אף בריסטייטמנט הוער כי ככל שמדובר באינטרסים הנוגעים לאישיות, כסף הוא תרופה שיכולתה למלא את הפונקצייה המפצה מוגבלת במיוחד.¹⁸⁸

בחשיבה המשפטית אמנם נעשה מאמץ ניכר להתמודד עם בעיה זו. על פי הדעה הדומיננטית, מהותו ותכליתו של הפיצוי הכספי במצבים של היעדר המירות הן לספק

181 שם, בעמ' 784; Radin (לעיל, הערה 25) בעמ' 64-65; Cass R. Sunstein, "Incommensurability and Valuation in Law", 92 *Mich. L. Rev.* (1994) 779, p. 796.

182 שם, בעמ' 782-783, 803.

183 ראו: Ariel L. Bendor, "Prior Restraint, Incommensurability, and the Constitutionalism of Means", 68 *Fordham L. Rev.* (1999) 289, pp. 320-321.

184 Sunstein (לעיל, הערה 181) בעמ' 789.

185 טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין (לעיל, הערה 11) בעמ' 574; Radin (לעיל, הערה 25) בעמ' 68; Shuman (לעיל, הערה 178) בעמ' 182; Joseph H. King, Jr., "Pain and Suffering, Noneconomic Damages, and the Goals of Tort Law", 57 *SMU L. Rev.* (2004) 163, pp. 180, 195.

186 Shuman (לעיל, הערה 178) בעמ' 182.

187 King (לעיל, הערה 185) בעמ' 165.

188 *Restatement (Second) of Torts* § 944 comment k (1977)

לנפגע הנאה חלופית במקום הרווחה שאבדה לו. משמע, כפתרון שני במעלה לפתרון האידאלי, הנפגע אמור לרכוש לעצמו באמצעות כספי הפיצויים טובין מסוימים לפי בחירתו, אשר במובן מסוים יפצו אותו, אם כי במישור אחר, על הנזק.¹⁸⁹ דרך מקובלת לבטא את האופן שבו פועלת תאוריית ההנאה החלופית היא לומר (אם כמטפורה מעט נמלצת ואם מתוך כוונה לפשוטם של דברים) כי קל יותר לשאת את הנזק בחופשה במקום אקזוטי.¹⁹⁰ גם בישראל נאמר כי הפיצוי מאפשר לנפגע "לרכוש בעתיד אושר ושמחה שיהיו משקל נגד לסבל ולייסורים שעבר בעבר, באופן שהאיזון בין השניים יעמיד אותו, ככל האפשר, במצב בו היה נתון לולא העוולה".¹⁹¹

ואולם, על גישה זו נאמר כי היא מסתמכת על הבנה פשטנית של טבע האדם.¹⁹² בבסיסה, לפי הביקורת, עומד ניסיון מלאכותי לצמצם את מלוא מורכבותה העשירה של החוויה האנושית לכדי משוואה נפשית פשוטה, הנוצרת מן היחס שבין שתי קטגוריות חובקות-כול של הנאה (או אושר) וכאב (או צער). כאשר עוולה מחוללת גידול בצדה השלילי של המשוואה, אפשר כביכול לשחזר את האיזון על ידי הוספת רגשות חיוביים שיהיו משקל נגד לכך. אלא שתופעת היעדר ההמירות קיימת לא רק בין הנאה וכאב לבין כסף, אלא גם בינם לבין עצמם; כל אחד מערכים אלה לובש צורות כה רבות ומגוונות עד שאין כל אפשרות לבחון אותם לפי אמת מידה אחידה כלשהי.¹⁹³ זאת ועוד, ככל שתאוריית ההנאה החלופית מתימרת לטעון להקלה ממשית במצוקת התובע ולא רק להשבת האיזון הרעיוני בין הנאה וכאב, היא אינה נתמכת בכל מחקר פסיכולוגי מעמיק המוכיח אמפירית שהפיצוי אמנם מקטין את סבלו של התובע או מסיח את דעתו מנזקו.¹⁹⁴ כן נאמר כי מבחינה מעשית הגישה הנדונה מותירה על כנה את השרירותיות המוחלטת שבהערכת גובה הפיצוי, שהרי אין כל אפשרות למדוד ולכמת באופן רציונלי וצפוי את ההטבות הפסיכולוגיות הנדרשות לשיפור הרגשותו של הנפגע.¹⁹⁵ יצוין כי גם

Burrows 189 (לעיל, הערה 10) בעמ' 32; Radin (לעיל, הערה 25) בעמ' 62; Shuman (לעיל, הערה 178) בעמ' 182; King (לעיל, הערה 185) בעמ' 173-174, וראו: האסמכתאות הנוספות המצויינות שם, בהערות 64-65.

Richard N. Pearson, "Liability To Bystanders for Negligently Inflicted Emotional Harm: A Comment on the Nature of Arbitrary Rules", 34 *U. Fla. L. Rev.* (1982) 477, p. 502.

191 טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין (לעיל, הערה 11) בעמ' 574.

Daniel W. Shuman, "The Psychology of Compensation in Tort Law", 43 *Kan. L. Rev.* 192 (1994) 39, p. 47 n.37.

Steven D. Smith, "The Critics and the 'Crisis': A Reassessment of Current Conceptions of Tort Law", 72 *Cornell L. Rev.* (1987) 765, p. 771 (לעיל, הערה 185) בעמ' 174.

194 Shuman (לעיל, הערה 192) בעמ' 47.

195 King (לעיל, הערה 185) בעמ' 174-175.

גישות אלטרנטיביות בדבר טיבו, תכליתו ודרך קביעתו של הפיצוי בגין נזק בלתי ממוני זכו לביקורות נוקבות.¹⁹⁶

הספקות המתעוררים באשר ליכולתו של עקרון הצדק המתקן להסביר את הקורלציה שבין נזק בלתי ממוני לבין פיצוי כספי הניתן בגינו הם כה עמוקים, עד כי יש השוללים את ההצדקה להעניק פיצוי בנסיבות אלה.¹⁹⁷ זוהי גם עמדתו המסורתית של המשפט הגרמני.¹⁹⁸ גישה זו אמנם נראית קיצונית יתר על המידה, וככלל היא לא התקבלה על ידי הפסיקה והספרות האקדמית; לנפגע נזק בלתי ממוני הוא בר-ממשות, ותחושת הצדק אינה יכולה להסכין עם מצב דברים שבו המשפט מתעלם מסבלו בשל טיב הפגיעה שספג, אשר כמובן אינו נמצא בשליטתו.¹⁹⁹ אולם לנוכח הקושי העיוני הניכר העולה מן הניתוח דלעיל ראוי לשקול בכובד ראש בכל מקרה, או באשר לכל סוג של מקרים, אם אמנם אין מנוס מלהיזקק לסעד הפיצויים, או שמא קיימת תרופה אופציונלית אחרת הקרובה יותר מבחינה רעיונית לזכות הפגועה ואשר מסוגלת לשקם אותה בצורה ישירה ומוחשית יותר. על כן באותם מקרים שבהם אמנם קיימת תרופה מעשית העומדת על

196 לביקורת על גישה המבססת את הפיצוי על פיקציה לפיה הנפגע רכש ביטוח בגין נזקיו ראו, למשל: King (לעיל, הערה 185) בעמ' 183-184; Chapman (לעיל, הערה 30) בעמ' 410. לביקורת על גישות המייחסות לפיצוי פונקציות סמליות והצהרתיות בלבד, ראו: King (לעיל, הערה 185) בעמ' 195. לביקורת על גישה המסתפקת בהבטחת שוויון אופקי וקהרנטיות פנימית במערך הפיצויים ראו, למשל: Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' Mark Geistfeld, "Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping 31 Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries", 83 *Calif. L. Rev.* (1995) 773, p. 792.

197 King (לעיל, הערה 185); "The Nature and Impact of the 'Tort Reform' Movement", 35 *Hofstra L. Rev.* (2006) 437, p. 493 Richard L. Abel; ; Chapman (לעיל, הערה 30); "Critique of Torts", 37 *UCLA L. Rev.* (1990) 785, p. 823.

198 ראו: סעיף 253 ל-BGB, תרגום לאנגלית (לעיל, הערה 96) (Money may be demanded in compensation for any damage that is not pecuniary loss only in the cases stipulated by law), בצירוף סעיף 823(1) לקודקס – המהווה את ההוראה הנויקית המרכזית הקבועה בו – אשר מתעלם כמעט לחלוטין מאינטרסים בלתי ממוניים. כן ראו: Unberath (לעיל, הערה 32) בעמ' 74.

199 ראו, למשל: עניין גדיש (לעיל, הערה 36) בפסקה 10, והאסמכתאות הנוספות המצוינות JoEllen Lind, "The End of Trial on Damages? Intangible Losses and Comparability Review", 51 *Buffalo L. Rev.* (2003) 251, p. 321; Jean C. Love, "Presumed General Compensatory Damages in Constitutional Tort Litigation: A Corrective Justice Perspective", 49 *Wash. & Lee L. Rev.* (1992) 67, p. 80. גם בתי המשפט הגרמניים מצאו לנכון לעקוף בדרך של פרשנות חוקתית את המגבלה הסטטוטורית על פסיקת פיצויים בגין נזקים בלתי ממוניים, אם כי הם עדיין עושים בסעד זה שימוש מוגבל ומרוסן. ראו: Magnus (לעיל, הערה 31) בעמ' 677, 682.

הפרק פרט לפיצויים, יש להביא בחשבון את היעדר ההמירות בין הזכות שלה טוען התובע לבין כסף כשיקול מרכזי בעת קביעת הסעד.²⁰⁰ הפסיקה האמריקנית, כך לפחות לפי ניתוחים אקדמיים שלה, אכן פועלת בדרך המתוארת.²⁰¹ דוגמאות לנזקים שלדברי בתי המשפט אי אפשר לתקנם באמת באמצעות כסף הן אבדן נכס בעל חשיבות סנטימנטלית,²⁰² הפרת זכויות אזרח כגון חירות אישית, שוויון וחופש דת, ופגיעה באיכות הסביבה, כגון זיהום מים או אוויר.²⁰³

3. מאזן הנוחות

שיקול מרכזי נוסף שלפי הדין הפוזיטיבי בישראל, בארצות הברית ובגרמניה יש להביא בחשבון בעת קביעת הסעד הוא מאזן הנוחות בין התובע והנתבע. משמע, יש להעמיד את התועלת שתצמח לתובע מפסיקת הסעד המבוקש על ידיו (או את הנזק מאיפסיקתו) אל מול ההכבדה שיגרם לנתבע, לשקלל לתוך התחשיב את ההסתברות להיווצרותם של אותם נזקים ולהשוות היבטים אלה לסעדים חלופיים. למשל, כאשר מתן ציווי המחייב את הנתבע לתקן תיקון של ממש את נזקו של התובע או אסור עליו לבצע פעילות החיונית לו מטיל עליו נטל שאינו פרופורציונלי למידת התועלת שיפיק התובע מן הציווי, זהו טעם שלא ליתן אותו. במקרה כזה ראוי להסתפק בפיצוי כספי המשקף, למצער באופן רעיוני, את חומרת הנזק.²⁰⁴ עם זאת לפי הגישה המקנה בשלב קביעת הסעד עדיפות עקרונית לאינטרס התובע על פני אינטרס הנתבע,²⁰⁵ יש מקום לשלול את תרופת הציווי רק כאשר קיים פער גדול בין נזקה לנתבע לבין תועלתה לתובע.

4. התנהגות הצדדים

אחד השיקולים המרכזיים למתן ציווי שנכללו בדיני היושר המסורתיים הוא התנהגותו של התובע, ובעיקר השאלה אם פעל בניקיון כפיים ובהיעדר שיהוי.²⁰⁶ שיקול

200 Sunstein (לעיל, הערה 181) בעמ' 844.

201 Rendleman; 27A Am. Jur. 2d Equity § 45 (לעיל, הערה 71) בעמ' 346, 350.

202 Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 703-706.

203 שם, בעמ' 707-709.

204 ראו: עניין גדיש (לעיל, הערה 36) בפסקאות 13-14; אדר (לעיל, הערה 7) בעמ' 390; וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 43; Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' 539; Restatement (1979) 936, 944 comment a, § 933 (Second) of Torts; 102 § 102; 27A Am Jur 2d Equity § 102; Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 749-750; סעיפים 251(2), 275(2) ל-BGB, תרגום לאנגלית (לעיל, הערה 96).

205 ראו: סעיף ב(5)(ג) לעיל.

206 Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 50; Edward D. Re & Joseph R. Re, *Cases and Materials on Remedies* (4th ed. 1996) pp. 3-4. שיהוי הוא בעל חשיבות רבה במיוחד כאשר הוא יוצר

זה השתרש גם במשפט הישראלי.²⁰⁷ בפסיקה הישראלית המודרנית, אשר לפחות ברמה הרטורית העבירה את האוריינטציה שלה מן המשפט המקובל אל המשפט הגרמני, ביטוי של אותו שיקול נעשה בעיקר במסגרת עקרון תום הלב. מי שייחד מקום בולט במיוחד לשיקול תום הלב היה הנשיא (בדימוס) ברק, אשר כתב באחד מפסקי דינו את הדברים האלה:

”עקרון תום הלב דורש, בין השאר, כי מבין החלופות השונות, אשר כל אחת מהן יש בה כדי להשיב את מצב הדברים של הניזוק לקדמותו, לא יבחר הניזוק בחלופה המטילה מעמסה כספית בלתי סבירה על המזיק. דרישת הניזוק, במצב דברים זה, לבחור דווקא באותה חלופה שיש בה כדי להטיל על המזיק את המעמסה הכספית הגבוהה ביותר, אינה בתום לב.”²⁰⁸

דרישת תום הלב בבחירת הסעד יכולה להתבטא במגוון דרכים, והיא תקפה כאשר לפיצויים באותה מידה שבה היא תקפה כאשר לציווי. סוגיה זו זכתה לדגש בניתוח השיפוטי גם בנסיבות שבהן הסעד הרלוונטי היחיד היה פיצוי כספי, אלא שהתנהגות התובע או דרישותיו השפיעו על אופן חישובו ועל גובהו. לדוגמה, העדפת התובע לקבל פיצוי בגין הוצאות הנחוצות לתיקון נכס שבבעלותו על פני פיצוי המשקף את ירידת ערך הנכס בגין העוולה נבחנה במשקפי תום הלב.²⁰⁹ כן נפסק כי תובע הנמנע מלקבל טיפול רפואי שהוא זכאי לו בחינם מן המוסד לביטוח לאומי או מקופת חולים, אינו זכאי להחזר הוצאות בגין קבלת טיפול או עזרה ממקור אחר, בין היתר בשל הפרת חובת תום הלב.²¹⁰ תום הלב עשוי להשפיע אף על עניינינו אנו, הלא הוא הבחירה בין פיצויים לציווי. למשל, בפסק דין רוקר הוקדש חלק נכבד מן הדיון לשאלה אם ומתי עתירה לסילוק מבנה שנבנה על מקרקעין שלא כדין, תוך סירוב מצד התובע להסתפק בפיצויים, היא שימוש לרעה בזכות.²¹¹ היבטים נוספים של התנהגות התובע העשויים להיות רלוונטיים הם אשם תורם, הימנעות מהקטנת הנזק או ביצוע עוולה נפרדת נגד הנתבע.²¹²

מצג כי הנפגע ויתר על זכותו או אינו מעוניין באכיפתה, והמזיק מסתמך על מצג זה. ראו: אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 400.
 207 טדסקי, אנגלרד, ברק וחשין (לעיל, הערה 11) בעמ' 545–546; וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 86–89, 94–98; אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 400.
 208 עניין גדיש (לעיל, הערה 36) בפסקה 18.
 209 שם, בפסקה 22.
 210 ע"א 2801/96 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' יפרח, פ"ד נה(1) 817, בעמ' 824–826, 829.
 211 עניין רוקר (לעיל, הערה 127).
 212 אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 400.

בד בבד יש מקום לבחון גם את התנהגותו של הצד השני לסכסוך. אמנם נקודת המוצא לדיון כולו היא כי הנתבע פעל שלא כדין. ברם מידת הפסול שבהתנהלותו – למשל חומרת התרשלותו, מניעיו, היקף מאמציו למזעור הנזק וכדומה – צריכה להשפיע על מידת ההתחשבות השיפוטית באינטרסים שלו.²¹³

5. שיקולי יעילות מצרפית

(א) הניתוח הכלכלי של המשפט ויישומו בגדר דיני התרופות

הגישה הכלכלית למשפט היא אחת מדרכי הניתוח הבולטות והחשובות ביותר בכתיבה המשפטית בעשורים האחרונים. גישה זו גורסת כי ראוי שהמשפט יקדם הקצאה יעילה של משאבי החברה,²¹⁴ כלומר הקצאה שתגדיל את "עוגת" הרווחה המצרפית,²¹⁵ ואומדת את רציונותו של כל כלל לפי מידת יעילותו.²¹⁶ כל פעילות או אינטראקציה חברתית מוערכת תוך השוואת תועלתה לעלויותיה – הן ברמה הנקודתית והן במישור המערכתי וארוך הטווח – מן הפרספקטיבה של כלל הציבור, על יסוד ההשקפה כי הכללים המשפטיים שמסדירים אותה חייבים למקסם את היחס שייווצר בסופו של דבר לטובת התועלת.

נקודת המוצא האמורה תקפה גם לתרופות שיפוטיות. מאחר שפסיקת תרופה נתונה משמעה לא רק הבאת תועלת לתובע אלא אף הטלת עלויות על הנתבע, וכן גרימת השפעות חיוביות או שליליות על צדדים שלישיים או על החברה כולה, תיתכן הטענה כי בעת קביעת הסעד יש להביא בחשבון את כל הרכיבים הללו גם יחד.²¹⁷ לפי אותה

213 ראו: אדר (לעיל, הערה 7) בעמ' 390; אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 399-400; וינוגרד (לעיל, הערה 38) בעמ' 44; דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 313 (המונה כשיקול רלוונטי את התנהגות הצדדים). כידוע, התנהגות זדונית מצד הנתבע יכולה להביא גם להטלת פיצויים מוגברים או עונשיים (ראו למשל: אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 391-393). הדעת נותנת כי השאיפה להטיל פיצוי מוגבר או עונשי אינה צריכה להשפיע על עצם הבחירה בין פיצויים לבין ציווי, וודאי שאינה אמורה להביא לדחיית בקשתו של התובע למתן ציווי. ככל שקיים אינטרס ליתן ביטוי ממוני לפסול המיוחד שבהתנהגות הנתבע, אפשר לפסוק לטובת התובע, נוסף על הציווי, רק את מרכיב הפיצוי המוגבר או העונשי שהיה מיתוסף לפיצויים המפצים אילו היה הפיצוי הכספי הסעד היחיד.

214 Van Gerven, Lever & Larouche (לעיל, הערה 32) בעמ' 17.

215 ישראל גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנויקין", משפטים כב (תשנ"ג) 421, בעמ' 427.

216 Jules Coleman, "The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's The Economics of Justice", 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 1105, p. 1105.

217 Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 29.

עמדה, יש לבחור את הסעד המתאים על ידי השוואת העלויות והתועלות של כל תרופה רלוונטית בפני עצמה ולעומת תרופות אחרות העומדות על הפרק.²¹⁸

יישום שיקולי היעילות בבחירת הסעדים יכול להתבטא בדרכים אחדות: ראשית, בהיבט הפשוט ביותר, הגישה הכלכלית תעדיף סעד שעלות ביצועו נמוכה על פני סעד שעלות ביצועו גבוהה. כל עוד פער האפקטיביות בין הסעדים, לטובת הסעד היקר יותר, קטן מן החיסכון שיושג על ידי אימוץ הסעד היקר פחות, תרופה זו תיחשב לראויה.²¹⁹ הדעת נותנת כי השיקול האמור יפעל לא אחת נגד מתן צווים. לדברי ישראל גלעד, שימוש רחב בצווי מניעה לסיכול נזקים בטרם התרחשותם צפוי לשבש פעילויות הרצויות לחברה שיבוש ניכר, ובכך ליצור יחס שלילי בין עלויותיהם ותועלותיהם. זאת במיוחד בהקשרים שבהם החוק מחיל אחריות חמורה לנוכח התפיסה כי הנזק הוא מחיר בלתי נמנע של פעילות מסוכנת מטבעה אך רצויה. גלעד מוסיף כי עצם החשיפה לדרישות להפסקת פעילות מצד נפגעים פוטנציאליים, המלוות באיום לעתור לצו מניעה, עלולה ליצור הרעת-יתר בשל חוסר הוודאות באשר לתוצאותיו העתידיות של המשפט, בעיקר כאשר אותן דרישות ותביעות מתבססות על עוולת הרשלנות.²²⁰

שנית, הגישה הכלכלית מייחסת לדיני הנזיקין תפקיד מרכזי של הרתעה.²²¹ הניתוח הכלכלי הקלאסי מקדיש תשומת לב מועטה להשלכותיה של עוולה שכבר אירעה על הצדדים הישירים לה ומתמקד תחת זאת במסר שתשרד ההכרעה המשפטית במחלוקת שביניהם למעוולים פוטנציאליים.²²² האחריות הנזיקית, כך נטען, מחייבת מזיקים העוסקים בפעילויות מסוכנות להפנים את העלויות שהם יוצרים אשר היו נופלות, אלמלא קיומם של הכללים המשפטיים, על כתפיהם של אחרים, והופכת פעילויות אלה ליקרות יותר. הפנמה זו אמורה להובילם להימנע מביצוע אותן פעילויות או לנקוט דרכים בטוחות יותר לביצוען, וכך נזקים בלתי רצויים מבחינה חברתית יימנעו מלכתחילה.²²³ המכשיר העיקרי שבאמצעותו מבקשת הגישה הכלכלית לכפות על אלו הפועלים שלא כדין להביא בחשבון את הנזק שהם גורמים, הוא הפיצויים המפצים. לפי הנטען, כדי להביא לידי כך שמזיקים אכן ישוו השוואה מושכלת בין העלות לתועלת ויסיקו ממנה את המסקנה החברתית הנכונה (לרבות, לעתים, המשך הפעילות וגרימה מודעת של הנזק), יש לקבוע את שיעור הפיצויים בסכום הכספי המשקף במדויק את הנזק שנגרם –

218 שם, שם.

219 שם, שם.

220 גלעד (לעיל, הערה 1) בעמ' 798-799. כן, ראו: Van Boom (לעיל, הערה 95) בעמ' 30-31.

221 Ingber (לעיל, הערה 178) בעמ' 796.

222 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (2007) p. 25223 Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970) p.

Harris, Campbell & Halson (לעיל, הערה 10) בעמ' 291.

לא יותר ולא פחות.²²⁴ על כן נטען למשל כי שימוש רחב בצווי מניעה, האוסרים על פעילויות עוד בטרם עשייתן ומסכלים נזקים עוד בטרם התרחשותם, שולל את יכולתם של הפרטים בחברה ושל החברה בכללותה לנהל בשום שכל וביעילות סיכונים ותועלות.²²⁵ כמו כן נראה כי הגישה הכלכלית תסתייג מציווי המורה על תיקון הנזק בעין, שהרי אין כל יסוד להניח כי ערכו של הנזק שווה לסכום הדרוש לשם התיקון. פונקצייה נוספת שהניתוח הכלכלי נוהג לייחס לדיני הנוקין הוא פיזור הנזק. לפי תאוריה זו, יש למנוע מצב שבו הנזקים שנגרמים מפעילויות עסקיות הרצויות לחברה נופלים במלואם על כתפיהם של פרטים מעטים יחסית, על ידי העברת האחריות בגינם אל יוצרי הנזק, שמסוגלים לגלגל את עלות אמצעי הזהירות והפיצויים המשולמים אל צרכניהם, ובכך לפזרה על פני ציבור רחב. טענה העשויה לעלות בהקשר זה היא למשל כי צווי מניעה המטילים איסור על פעילויות תעשייה וייצור מביאים לריכוז עלויות אצל היצרנים ובכך מקעקעים את רציונל פיזור הנזק.²²⁶

לבסוף, מתודולוגיה חשובה לבחירת סעדים לפי אמות מידה של יעילות כלכלית מצויה במאמרם הנודע והמשפיע של קלברזי (Calabresi) ומלמד (Melamed). לשיטתם, יש לסווג את הדרכים שבהן תרופות מגשימות זכויות מהותיות לכללים של קניין וכללים של אחריות. כלל של קניין מגן על זכות באופן שכל המעוניין לשלול אותה מבעליה אינו יכול לעשות זאת אלא בהסכמתו של האחרון, בגדר עסקה וולונטרית שבה הלה קובע את מחירה של הזכות.²²⁷ בהסדר שכזה המדינה רק מקצה את הזכות, ואיננה מעורבת בקביעת ערכה.²²⁸ לעומת זאת כאשר זכות מוגנת באמצעות כלל של אחריות בלבד, אפשר לרכוש אותה מבעליה בניגוד לרצונו במחיר שנקבע על ידי המדינה.²²⁹ בשלב השני של ניתוחם גורסים קלברזי ומלמד כי יש להצמיד לכל זכות את סוג ההגנה שימקסם את התועלת הכלכלית. זו נקבעת בעיקר לפי העלויות הכרוכות בהגעה לעסקה יעילה בין בעל הזכות לבין גורם אחר, שהזכות עצמה או האפשרות לפגוע בה מקנה לו תועלת רבה, ושכגדרה יותר לו לבצע את הפעילות שבה הוא חפץ בתמורה לתשלום כספי. כאשר עלויות העסקה גבוהות, המשטר המתאים, לדברי קלברזי ומלמד, הוא כללי אחריות המקלים את ההגעה לפתרון היעיל בהיעדר דרישה להסכמת בעל הזכות, ולעומת

224 Laycock (לעיל, הערה 10) בעמ' 17-18; Posner (לעיל, הערה 222) בעמ' 168; Radin (לעיל, הערה 25) בעמ' 58; Harris, Campbell & Halson (לעיל, הערה 10) בעמ' 291; עניין אטינגר (לעיל, הערה 28) בעמ' 515.

225 Standen (לעיל, הערה 49).

226 Gregory C. Keating, "The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability", 54 *Vand. L. Rev.* (2001) 1285, pp. 1311-1312 (לעיל, הערה 1) בעמ' 799-798.

227 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089, p. 1092.

228 Bendor (לעיל, הערה 183) בעמ' 312.

229 Calabresi & Melamed (לעיל, הערה 227) בעמ' 1092.

זאת במצבים שבהם עלויות העסקה נמוכות הולם יותר להחיל כללי קניין הפותחים פתח למשא ומתן רצוני.²³⁰

(ב) משקלם המצוי והרצוי של השיקולים הכלכליים

מערכת השיקולים הכלכלית היא במובהק משנית בחשיבותה במשפט הפרטי הישראלי.²³¹ בעשורים הראשונים שלאחר צמיחתה של הגישה הכלכלית במחקר האקדמי, בשנות השבעים והשמונים, הדיון שיוחד לה בפסיקה הישראלית היה נדיר ביותר, ותוצאתו הייתה דחייה כמעט מוחלטת של גישה זו ככלי פרשני.²³² למשל, בעניין אתא נפסק כי נקודת המוצא לבחירת סעד שיפוטי בגין מטרה היא הצורך לרפא את נזקו של הנפגע לפי טיבו ומהותו, וכי גם תרופה "בלתי יעילה", אשר תועלתה לתובע נופלת מעלותה לנתבע, לגיטימית בהחלט.²³³ החל משנות התשעים אפשר למצוא בפסקי דינו של בית המשפט העליון אזכורים רבים יותר של הניתוח הכלכלי, אך גם זאת תוך הבעת עמדה מסויגת כלפי השימוש בו.²³⁴ לדוגמה, בפרשת צוק אור הכיר בית המשפט בהיותם של שיקולי היעילות הכלכלית חלק ממטרות דיני הנזיקין, אך הבהיר כי הבכורה נתונה למטרות הצדק וההגינות.²³⁵ בעניין אבו זייד צומצמה חשיבותה של הרווחה המצרפית לכדי שיקול ש"אין להתעלם [ממנו] לחלוטין".²³⁶ בפסק דין בסט ביי צוין כי "גם אם יש משקל לשיקולים הכלכליים, אין הם בבחינת חזות הכל במסגרת המשפט הפרטי שבמרכזו רעיון הצדק המתקן", ועל סמך זה נדחתה הטענה כי ראוי להתיר הפרת חוזה מפאת יעילותה ולהסתפק בסעד הפיצויים.²³⁷ בפרשת שוהם נאמר כי אין הכרח לבחור "סעד פשוט והגיוני מבחינה כלכלית" מאחר ש"הניתוח הכלכלי אינו המסד היחיד לברירת הסעד".²³⁸ ובעניין גני דולינגר נקבע כי "בשיטת המשפט הישראלית ביסודה אין שיקולי היעילות הכלכלית עומדים בפני שיקולים אחרים של מדיניות משפטית [...] ומכל מקום בוודאי אינם עומדים מעליהם".²³⁹

230 שם, בעמ' 1106-1110.

231 דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 313.

232 אורן גזל-אייל, "הערות על העבר והעתיד של הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל", מחקרי משפט כג (תשס"ח) 661, בעמ' 680-681.

233 עניין אתא (לעיל, הערה 22) בעמ' 809-813.

234 גזל-אייל (לעיל, הערה 232) בעמ' 681-682.

235 ע"א 407/89 צוק אור בע"מ נ' קאר סקיריטי בע"מ, פ"ד מח(5) 661, בעמ' 698.

236 ע"א 2825/97 אבו זייד נ' מקל, פ"ד נג(1) 402, בעמ' 413.

237 ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג(3) 180, בעמ' 191.

238 ע"א 2287/00 שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרר, בפסקה 16 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 5.12.2005).

239 רע"א 2180/06 גני דולינגר חברה לבנין והשקעות (1986) בע"מ נ' חברת הנכסים של שופרסל בע"מ, בפסקה ח(1) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.9.2006).

דיון מעניין בשאלת מקומם של תחשיבי היעילות בדיני הנוזיקין בישראל נערך על ידי בית המשפט העליון בפרשת חמד, בפני הרכב מורחב של תשעה שופטים. הנשיא ברק, שלפסק דינו הסכימו כל השופטים, התייחס בחוות דעתו לנוסחה המקובלת במשפט האמריקני לבחינת קיומה של התרשלות נזיקית ("נוסחת האנד"), שהיא בעלת ממד כלכלי ניכר, וסירב לראות בה קריטריון מרכזי להכרעה על חשבון ערכי הצדק, ההגינות והמוסר.²⁴⁰ השופט ריבלין, ואליו הצטרף השופט טירקל, הסתייג מהערה זו והביע תמיכה ביישומה של נוסחת האנד במשפט הישראלי. אך הפרשנות שהוא נתן לה הפכה אותה לאמת מידה רעיונית מופשטת, הכוללת כשיקול מרכזי אפילו את עקרון הצדק המתקן, ועיקרה אותה מצביונה המתמטי-כלכלי.²⁴¹ בפסק דין מאוחר יותר חזר בית המשפט על אותה השקפה. השופט ריבלין, בהסכמת שני חבריו להרכב, כתב כי מבחן העלות והתועלת אינו בהכרח מבחן של משוואה פיננסית. הוא הוסיף כי תפיסת המשפט בישראל אינה כלכלית-צרה, אלא היא מאגדת בתוכה שיקולים מגוונים, ובהם צדק, על היבטיו השונים, כמו גם את השאיפה להשיג תוצאה יעילה במובן הרחב.²⁴² חשובה לענייננו היא גם התבטאות מפיו של השופט טירקל, מחבר דעת הרוב בפרשת רוקר, שבה נפסק כי זכות קניינית עשויה לזכות להגנה בעין אף אם יש בכך משום הטלת עלויות כבדות על הנתבע:

"בבואנו לבחון את השימוש שעושה פלוני בזכויות הקניין שלו או את ההגנה שלו עליהן במבחנים של תום-לב, יש להיזהר מאוד כאשר באים לשקול נזק מול תועלת. מאזן כזה אינו עולה בקנה אחד עם מהותה של זכות הקניין, שבעליה רשאי, בדרך-כלל, לעשות או שלא לעשות בה כאוות נפשו, בלי שהתועלת הכלכלית המופקת מהשימוש תעמוד לביקורת. מאזן כזה גם עלול להביא לתוצאות מרחיקות לכת ובלתי רצויות: אם ימצא בית-המשפט שזנקה של הפוגע בזכות גדול מהתועלת שיפיק בעל הזכות מהסרתה של הפגיעה, יהיה רשאי לאשר את הפגיעה וכך לשלול מן הבעלים את זכותו. משמעות הדבר היא הפקעה של זכות הקניין מכוח שיקולים הזרים למהותה. אין זה מתקבל על הדעת".²⁴³

על כל האמור יש להוסיף את עמדתה המפורשת והעקיבה של הפסיקה בהקשרנו הקונקרטי – תורת התרופות – שעליה עמדנו לעיל, ושלפיה השבת המצב לקדמותו היא העיקרון הראשון במעלה של ענף משפט זה. חשוב להעיר, לסיום, כי קיימים הסדרי

240 ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, בעמ' 511 (להלן: עניין חמד).

241 שם, בעמ' 519.

242 עניין אבו חנא (לעיל, הערה 23) בפסקה 42.

243 עניין רוקר (לעיל, הערה 127) בעמ' 246.

נזיקין חקיקתיים שאפשר לייחס להם מטרה כלכלית של פיזור הנזק, אך אלה מתוחמים בהקשרים נקודתיים.²⁴⁴

בירור מעמדה הראוי של הגישה הכלכלית בדיני התרופות הישראליים דורש בהכרח דיון ביקורתי על אודות מעמדה הראוי בשיטת המשפט הישראלית בכלל, וזה חורג באורח ניכר ממסגרת הדיון הנוכחית. די לנו אם נאמר כי הבחירה הערכית ליתן משקל מצומצם לגישה הכלכלית היא לכל הפחות סבירה, וזאת מכמה טעמים:

ראשית, המציאות המתוארת תואמת את מצב הדברים במשפט הקונטיננטלי (אשר ממנו, נזכיר פעם נוספת, שאוב רעיון הקודיפיקציה), שם השפעת הגישה הכלכלית מועטה וזניחה.²⁴⁵ הבחנה זו נכונה בפרט באשר למשפט הגרמני.²⁴⁶ הדעה המקובלת היא כי תיקון הנזק הוא המטרה היסודית של תורת התרופות הגרמנית, וכי כל מעלה אחרת שאפשר לייחס לסעדים, כגון הרתעת מעולים פוטנציאליים ותגמול על מעשיהם של מעוולים אקטואליים, אינה אלא תוצר לוואי שולי של התיקון שאיננו משפיע כשלעצמו על ההכרעה השיפוטית.²⁴⁷

שנית, גם אשר למשפט האמריקני, אשר מושפע השפעה לא מבוטלת מן הגישה הכלכלית, נאמר כי הקריטריון המרכזי המנחה את בתי המשפט בבואם לבחור את הסעד המתאים, עניינו המידה שבה האלטרנטיבות התרופתיות השונות מגשימות את זכותו הרלוונטית של התובע, וכי לעתים קרובות שיקולי הצדק גוברים על שיקולי היעילות ומובילים לפסיקת סעד יקר אך אפקטיבי.²⁴⁸

ושלישית, הגישה הישראלית עולה בקנה אחד עם כתיבה אקדמית רבה המבקשת לערער על צידוקיו של הניתוח הכלכלי ולקעקע את ישימותו ככלי מרכזי בעיצוב הדין. כתיבה זו מעלה טיעונים רבים, ובהם אי-ההתאמה של שיקולי היעילות למסגרת

244 ראו: חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234; חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980, ס"ח 86.

245 Kenneth G. Dau-Schmidt & Carmen L. Brun, "Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe", 44 *Colum. J. Transnat'l L.* (2006) 602; Nuno Garoupa & Thomas S. Ulen, "The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States", 59 *Ala. L. Rev.* (2008) 1555, pp. 1568-1576 (לעיל, הערה 32) בעמ' 18.

246 Kristoffel Grechenig & Martin Gelter, "The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism", 31 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* (2008) 295, pp. 295-302; Christian Kirchner, "The Difficult Reception of Law and Economics in Germany", 11 *Int'l Rev. L. & Econ.* (1991) 277, pp. 279-280.

247 Volker Behr, "Myth and Reality of Punitive Damages in Germany", 24 *J.L. & Com.* (2005) 197, p. 199 (לעיל, הערה 32) בעמ' 753-754; Van Gerven, Lever & Larouche (2005) 197, p. 199 (לעיל, הערה 32) בעמ' 984.

248 Dobbs (לעיל, הערה 10) בעמ' 29-31.

המושגית של המשפט הפרטי;²⁴⁹ היעדרו של בסיס נורמטיבי לקידוש ערך היעילות;²⁵⁰ העיוות המוסרי הנובע מהעדפת אינטרס הכלל על פני אינטרס הפרט;²⁵¹ חוסר היכולת להשיג מידע מבוסס ומדויק על העלויות והתועלות הכרוכות בפעילויות חברתיות ועל ההרתעה שמגשימים הסדרים משפטיים שונים, אשר לאורו אפשר ליישם את הניתוח הכלכלי במציאות;²⁵² הספקות המדעיים באשר להנחות הגישה הכלכלית לעניין המידה והאופן שבהם נורמות משפטיות מכווינות התנהגות,²⁵³ בפרט לאור תופעת ביטוח האחריות שבגינה לעתים קרובות המעוול אינו נושא בעלות הישירה של הנזקים שגרם²⁵⁴ ועוד. אין זה המקום להתעמק באותן השקפות, מטבע הדברים, אך הן מלמדות שעמדתו העקרונית של המשפט הישראלי לגיטימית.

חרף האמור אפשר לנסות ולגבש תפיסות שונות המשלבות את הצדק המתקן עם היעילות הכלכלית,²⁵⁵ תוך שמירה על מעמד הבכורה של העיקרון הראשון. דוגמה אחת לכך מצויה בגישתו הנזכרת של השופט ריבלין שלפיה נוסחת האנדר, שאינה אלא מסגרת רעיונית לאיזון בין שיקולים ערכיים מתחרים, יכולה לאגד בתוכה שיקולי יעילות וצדק גם יחד.²⁵⁶ המלומד האנגלי בורוז מתאר את שיטת המשפט המקובל כמערכת קוהרנטית של עקרונות המשקפת עירוב מורכב של רציונליזציה המבוססת על "זכויות מוסריות" עם יעדים חברתיים ארוכי טווח אשר ממתנים אותה ומסגלים אותה לצרכים שונים. לדבריו, אף על פי שאחד מן החשובים שביעדים החברתיים הללו הוא היעילות, הרי שיש לה מקום לצדה של החשיבה המוסרית, ולא על חשבונה.²⁵⁷ לפי ניסוח אחר של היחס בין האסכולות, היעילות היא תמיד שיקול רלוונטי, אך מאחר שזכויות נתפסות בדרך כלל

Englard (לעיל, הערה 23) בעמ' 45; Zipursky (לעיל, הערה 34) בעמ' 697.
 Ronald M. Dworkin, "Is Wealth a Value?", 9 *J. Legal Stud.* (1980) 191; 1116 בעמ' 9.
 Anthony T. Kronman, "Wealth Maximization as a Normative Principle", 9 *J. Legal Stud.* (1980) 227, pp. 239, 243; Arthur Ripstein, "As If It Had Never Happened", 48 *Wm. and Mary L. Rev.* (2007) 1957, p. 1973; Zipursky (לעיל, הערה 34) בעמ' 702-701; Englard (לעיל, הערה 23) בעמ' 43-42.
 שם, בעמ' 35-31, 44, 139.
 Shuman (לעיל, הערה 192) בעמ' 43, 49.
 Gary T. Schwartz, "The Ethics and the Economics of Tort Liability Insurance", 75 *Cornell L. Rev.* (1990) 313, p. 66-65; Englard (לעיל, הערה 23) בעמ' 41.
 King (לעיל, הערה 185) בעמ' 196.
 Englard (לעיל, הערה 23) בעמ' 30.
 עניין חמד (לעיל, הערה 240) בעמ' 521-519.
 Burrows (לעיל, הערה 10) בעמ' 20.

כחשובות יותר,²⁵⁸ שיקולי צדק כגון ההגנה על חירויות בסיסיות עשויים לגבור עליה ולהביא לאימוץ פתרון משפטי שהוא אמנם הוגן אך בלתי יעיל.²⁵⁹ במסגרת גישות אינטגרטיביות אלו, ולנוכח הסקפטיות באשר לצידוקיה ולישימותה של הגישה הכלכלית בצורתה הנוקשה, אפשר ורצוי לערוך ניתוח שאינו מתמטי, פרטני ומדויק באופיו, אלא מופשט, כללי ועקרוני.²⁶⁰ לפיכך בעת גיבוש משטר סעדים אפשר לשאוף שהוא ישרת את מטרת היעילות בצורה כוללנית ומשוערת²⁶¹ ובכפוף לשיקולי הצדק, ולקבוע למשל כי רק חוסר יעילות בולט ומובהק של תרופה מסוימת יביא להעדפת תרופה אחרת ואפקטיבית פחות על פניה.²⁶² לבסוף יש מקום להתייחס באופן ספציפי יותר לדברי הביקורת שהשמיע ישראל גלעד על הרפורמה התרופתית המוצעת בישראל, ואשר נסמכו ביסודם על נימוקים של יעילות כלכלית. ראשית, הדוגמאות שנתן גלעד לצווים בלתי יעילים משקפות מקרים קיצוניים שבהם הנזק החברתי ממתן הצו – הפסקה מוחלטת של ייצור במפעלים או איסור על נהיגה בכלי רכב – עולה באופן מובהק וברור על התועלת שבמתן הצו.²⁶³ על כן נראה כי מעשית גישתו אינה שונה מהותית מן העמדה שהובעה כאן. שנית, יש לזכור כי מניעת הנזק מראש אינה חייבת להתבצע בהכרח על ידי הטלת איסור על עצם הפעילות, וכי לעתים אפשר להגשימה תוך חיוב המעוול הפוטנציאלי לנקוט אמצעי בטיחות מתאימים. שלישיית, חרף מרכזיותה של עוולת הרשלנות מרבית העוולות הנזיקיות כוללות תנאים מוגדרים וברורים יותר שמקנים למעוולים פוטנציאליים אפשרות סבירה לצפות את תוצאותיה של תביעה שתוגש נגדם ועל פי זה לכלכל צעדיהם בתבונה וביעילות יחסיים. התנייתם של צווי מניעה בוודאות קרובה לגרימת נזק²⁶⁴ מצמצמת גם היא את אלמנט חוסר הוודאות, ואף מונעת פנייה מופרזת לערכאות משפטיות מצד נפגעים פוטנציאליים. רביעית, אין יסוד להניח כי עצם החשש מצווי מניעה עתידיים יביא לעתים קרובות להפסקת פעילויות ייצור; כל עוד לא ניתן הצו יש ליצרן תמריץ להמשיך בפעילותו, שכן היא מניבה לו רווחים, ואילו הפסקה וולונטרית של הפעילות עוד בטרם ניתן הצו אינה מקנה לו כל יתרון משפטי או כלכלי (מלבד חסכון הוצאות המשפט). אדרבה, התמריץ העיקרי "להיכנע ללא קרב" מתקיים דווקא כאשר האיום הוא בתביעה כספית, שכן במקרה כזה יודע היצרן כי ככל שיחדל מפעילותו במועד מאוחר יותר, כך יושת עליו פיצוי גבוה יותר, כנגזרת של הנזקים שייגרמו בפועל.

Dobbs 258 (לעיל, הערה 10) בעמ' 31.

259 ראו: שם, בעמ' 29; 27 *Oxford J.*; John Murphy, "Rethinking Injunctions in Tort Law", *Legal Stud.* (2007) 509, pp. 525-526; Calabresi (לעיל, הערה 223) בעמ' 26.

Burrows 260 (לעיל, הערה 10) בעמ' 21.

261 Ingber: (לעיל, הערה 178) בעמ' 798-799.

262 השוו: אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 399.

263 גלעד (לעיל, הערה 1) בעמ' 799-800.

264 לעיל, הערה 45.

6. שיקולים נוספים

מלבד השיקולים המרכזיים שנדונו לעיל אפשר לציין לסיום שיקולים נוספים שבכוחם להשפיע במקרים מתאימים על בחירת הסעד השיפוטי. למשל, אינטרסים כלל-חברתיים (שאינם בהכרח כלכליים) או ערכי יסוד רמי מעלה הנכנסים בגדר תקנת הציבור יכולים לפעול נגד מתן ציווי.²⁶⁵ דוגמה בולטת לאינטרסים כאלה היא עקרון חופש הביטוי, המשמש בראש ובראשונה לשלילת מניעה מוקדמת של ביטוי על יסוד ההנחה המסורתית שתרופה זו מסוכנת לחופש הביטוי יותר מסנקציות שבדיעבד.²⁶⁶ עוד נימוק אפשרי נגד תרופות שביושר הוא קשיים מיוחדים בפיקוח שיפוטי על ביצועם.²⁶⁷ בנוסף, כאשר התובע עצמו יכול לתקן את נזקו ביעילות, יש טעם להסתפק בשיפוי כספי בגין הוצאות התיקון, במיוחד לנוכח ההנחה שהתיקון ייעשה על ידיו מתוך מוטיבציה גבוהה יותר ובהתאמה רבה יותר לאופיו המדויק של התיקון הנדרש.²⁶⁸ לבסוף, כאשר תיקון הנזק על ידי הנתבע כרוך במתן שירות אישי לתובע – קרי בפעילות המחייבת קרבה ואינטראקציה רבות במיוחד, ומידה גבוהה במיוחד של מחויבות ושל יחסי אמון – לא יהיה זה יעיל אם הוא ייעשה בכפייה.²⁶⁹

מנגד, טעמים לשלילת סעד הפיצויים ולהעדפת הציווי על פניו הם למשל החשש שהתובע יאלץ לתבוע שוב ושוב בגין נזקים שיוסיפו ויצטברו עם הזמן אם לא יינתן צו שימנע כליל את העוולה;²⁷⁰ ההנחה שהנתבע יהיה מסוגל לבצע את הצו אך לא יוכל לשלם פיצויים בשל היותו חדל פירעון;²⁷¹ קושי רב בכימות ערכו הכספי של הנזק (להבדיל מתופעת היעדר ההמירות המושגית שנדונה לעיל).²⁷² למותר לציין כי אין מדובר ברשימה סגורה, וכי בנסיבות מוגדרות עשויים בהחלט לעלות שיקולים רלוונטיים נוספים.

265 Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 742-743; אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 398-399.

266 Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 743-744.

267 שם, בעמ' 762; 27A Am. Jur. 2d Equity § 101.

268 שלו ואדר (לעיל, הערה 5) בעמ' 199, הערה 34; Markesinis & Unberath (לעיל, הערה 32) בעמ' 931. כזה הוא מצב הדברים למשל כאשר התיקון נדרש במקרקעי התובע אשר ניוזקו במעשה העוולה. לעומת זאת ברי כי האפשרות הנדונה אינה רלוונטית כאשר השבת המצב לקדמותו מחייבת ביצוע עבודות במקרקעי הנתבע, למשל לשם הסרת מטריד המשפיע על מקרקעו הסמוכים של התובע. ראו: שלו ואדר (לעיל, הערה 5) בעמ' 199, הערה 34.

269 דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 310. ברי כי לא כל פעולה שאדם מבצע בשביל אחר נחשבת לשירות אישי, אלא רק פעולה שבה ההיבטים הנוכחים ניכרים היטב. ראו: שם, שם; ע"א 108/84 סתם נ' אברהם מרקוביץ – חברה לבניין ולהשקעות בע"מ, פ"ד מב(1) 757, בעמ' 765.

270 Laycock (לעיל, הערה 51) בעמ' 714-715.

271 אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 400. תרחיש זה סביר בעיקר כאשר מדובר בצו מניעה האוסר על פעילות, להבדיל מצו עשה, אשר ביצוע הפעולה הקבועה בו כרוך לרוב בהשקעת משאבים כספיים.

272 אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 400.

7. מבט לעתיד: שיקולי המדיניות לבחירה בין תרופות לנוכח הצעת הקודיפיקציה

כפי שצוין בתחילתו של מאמר זה, הרפורמה המוצעת במערך הסעדים הנזיקי במסגרת תזכיר חוק דיני ממונות היא זו המציבה על סדר היום המשפטי את שאלת מעמדו של סעד האכיפה אל מול סעד הפיצויים. על כן ראוי לבחון כיצד משתלבים שיקולי המדיניות שמנינו זה עתה בגדרו של התזכיר, וכיצד יהיה אפשר ליישם אם וכאשר הוא יועלה על ספר החוקים.²⁷³

סעיף 448(א) לתזכיר חוק דיני ממונות קובע כזכור כי הסעד, שהוא בבחינת בררת המחדל במשפט האזרחי כולו, לרבות בדיני הנזיקין, הוא אכיפת זכותו המהותית של התובע. במקרה של עוולה הפוגעת בזכות בעלת משקל רב – אם זו זכות קניין או זכות אדם בסיסית אחרת כזכות לשלמות הגוף או לכבוד – יחזק הדבר את נטייתו של בית המשפט לדבוק באותה בררת מחדל, ואף ישמש משקל שכנגד לשיקולים סותרים.²⁷⁴ כך גם יהיה כאשר התביעה תיסוב על נזק בלתי ממוני אשר ניתן למניעה או לתיקון באמצעות ציווי. במסגרת קטגוריות אלה יוכלו בתי המשפט ליתן באופן ליברלי צווים לעצירת פעילויות המסכנות את בריאותם או חייהם של אחרים או להנהגת אמצעי בטיחות הולמים במסגרתן, ולמניעתם, הסרתם או תיקונם של מטרדים (לרבות מטרד לציבור הפוגע בסביבה), הסגות גבול וגזל של רכוש. בהנחה שחוק איסור לשון הרע וחוק הגנת הפרטיות, שבגדרם מוחלות כיום ההוראות התרופתיות של פקודת הנזיקין,²⁷⁵ ישאבו במקום זאת את הוראותיו של הקודקס, יהיה מקום לשקול הוצאת צווי מניעה נגד עוולות אלה בתכיפות רבה יותר, ובמקרים מתאימים גם צווי עשה לתיקון תוצאותיהן.²⁷⁶ עוד שיקול שבכוחו לספק תוספת תמיכה לאופציית הציווי הוא התרשלות רבתי או זדון מצד הנתבע.

בה בעת מונה סעיף 448(א) כמה חריגים למתן הציווי, שבגדרם אפשר להביא בחשבון את שיקולי הנגד שפורטו לעיל. בראש ובראשונה נקבע בס"ק 1 המובן מאליו – כי לא יינתן ציווי מקום שבו אי אפשר לקיים את החיוב. הדעת נותנת כי מקרים רבים עד

273 בספרות המשפטית הועלתה הצעה לעגן את אותם שיקולים במפורש בקודקס עצמו לשם הגברת הוודאות והבהירות המשפטית. ראו: אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 401-403.

274 ראו: דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 315; שלו ואדר (לעיל, הערה 5) בעמ' 204.

275 סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 240; סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 128.

276 המקרה המתאים ביותר למתן צו עשה הוא כאשר לשון הרע שפורסמה על אודות התובע הוכחה כשקרית. במצב זה אפשר להורות לנתבע לפרסם תיקון של דבריו או לדווח על פסיקת בית המשפט המפריכה את ההאשמות נגד התובע באותה דרך שנעשה הפרסום המקורי ולאיתו קהל יעד. הסמכות לפסיקת סעד זה קיימת כבר היום בסעיף 9(א)(2) לחוק איסור לשון הרע, אך בתי המשפט אינם מרבים לעשות בה שימוש. ראו בהרחבה: אלעד פלד, צווי עשה בדיני לשון הרע (עתיד להתפרסם ב-2012).

מאוד, שאין בהם כל סעד המסוגל לתקן את הנזק בעין, ייפלו בגדר חריג זה, ובכללם כל התביעות בגין נזקי גוף שאירעו בעבר. נימוקים נוספים נגד מתן ציווי, שעניינם הצורך במתן שירות אישי או במידה בלתי סבירה של פיקוח על ביצועו של הצו, מצוינים במפורש בס"ק 2 ו-3. ס"ק 4 הוא סעיף שסתום רחב מאוד, השולל את אכיפת החיוב כאשר זו בלתי צודקת בנסיבות העניין. בתי המשפט יוכלו לקבוע כי תנאי זה מתקיים בין היתר כאשר יסברו שהאכיפה תגרום לנתבע נזק בלתי פרופורציונלי לעומת מידת התועלת שתביא לתובע, או כאשר התנהגות התובע – לרבות עצם התעקשותו על מתן ציווי – לוקה בחוסר תום לב.²⁷⁷ עם זאת שיקולים התומכים במתן ציווי כדוגמת אלה שצוינו לעיל עשויים להביא בסופו של דבר לידי מסקנה כי תרופה זו צודקת בנסיבות העניין, חרף שיקולי הנגד.²⁷⁸ ואילו ס"ק 5, המורה על פסיקת פיצוי כאשר זוהי התרופה המתאימה בשים לב לאופיו של החיוב,²⁷⁹ ייכנס לפעולה כאשר יעמוד על הפרק נזק ממוני מובהק או נזק הניתן להמרה בקלות למונחים ממוניים, או כאשר האכיפה תגרום עלויות חברתיות כבדות במיוחד מבחינה כלכלית או מבחינות אחרות.

ד. סיכום

האינסטינקט המשפטי המוטמע בתודעתם של רבים מאתנו מורה כי פרט שסבל פגיעה כלשהי מידי אחר זכאי לפיצוי כספי בגינה. אלא שמשוואה זו, הגם שהיא נראית מובנת מאליה, אינה חוק טבע ואינה נגזרת הכרחית של עקרונות צדק, לוגיקה או תורת משפט. הבסיס לה צנוע מעט יותר: המגמה להמיר נזקים מסוגים שונים לסכומי כסף היא חלק מן הקוד הגנטי של שיטת המשפט המקובל, אשר למרות ריבוי המדינות המשתייכות אליה – לרבות ישראל – אינה משקפת את צורת החשיבה היחידה. בעת קביעת מעמדה הראוי של אותה גישה יש להביא בחשבון את העובדה כי במידה רבה היא אינה אלא תוצר של מאבקי כוח היסטוריים בין בתי משפט שבינם לבין שיקולי מדיניות משפטית אין מאום. כאשר אלה מוצאים מן התמונה מפאת חוסר הרלוונטיות שלהם בימינו, קשה למצוא טיעונים בעלי משקל ממשי המצדיקים לשמר את מעמד הבכורה של תרופת הפיצויים בדיני הנוקין. תחת זאת ראוי להעניק את מעמד הבכורה דווקא לסעד האכיפה, אשר מאפשר את הגשמתה הממשית של הזכות המהותית המופרת ובכך תואם טוב יותר את מטרותיה של תורת התרופות.

277 ראו: אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 398.

278 אשר לפגיעה בזכויות במקרקעין ובמיטלטלין קובעת הצעת הקודיפיקציה במפורש (אם כי בשני נוסחים חלופיים הנבדלים בהיקפם המדויק) כי האכיפה לא תישלל, ככלל, בשל סייג הצדק. ראו: סעיף 448(ב)(2) לתזכיר חוק דיני ממונות.

279 סייג זה הורחב לעומת הניסוח שנכלל בהצעת הקודיפיקציה המקורית משנת 2004, בעקבות הצעתו של ישראל גלעד. ראו: גלעד (לעיל, הערה 1) בעמ' 800-801.

עם זאת אין זה רצוי לקבוע מדרג סעדים שיהווה תמונת מראה לכלל ההעדפה המסורתית בצורתו הקלאסית והנוקשה. מלבד ההכרה בכך שבמקרים רבים מתן ציווי אינו אפשרי כלל, יש להותיר בידי בתי המשפט שיקול דעת רחב (כדוגמת זה המופעל כבר היום בהקשרים מסוימים) כדי לאפשר הכרעה צודקת בהתחשב במכלול הנסיבות. שיקול דעת זה עשוי להוביל בשיעור לא מבוטל של המקרים להעדפת תרופת הפיצויים על פני הציווי, אך הוא לא ישלול לחלוטין את מעמד הבכורה של הציווי באותם מקרים שבהם האפשרות להשתמש בו היא מעשית. הקביעה הסטטוטורית שלפיה הציווי הוא הכלל והפיצוי הוא אך חריג שהנתבע נושא בנטל להוכיחו, אשר משקפת גם עמדה ערכית בדבר זכאותו של התובע לאכיפת זכותו בעין, אמורה להוביל לכך שרק נימוקים כבדי משקל, השוללים במובהק את רציית האכיפה, יביאו לתוצאה זו.²⁸⁰ זאת ועוד, גם אם קיימים נימוקים כאלה הם עשויים להתקזז עם שיקולים התומכים במתן ציווי בנסיבות העניין הקונקרטיות.

בהתחשב באמות מידה אלה, הקודיפיקציה המוצעת של המשפט האזרחי מהווה רפורמה נאותה ומוצדקת: מחד גיסא מבקשת הקודיפיקציה ליצור בתחום הנדון הסדר התואם את השקפותיה של שיטת המשפט הקונטיננטלית, אשר מקנה עדיפות עקרונית לסעד האכיפה; מאידך גיסא ההוראה התרופתית המרכזית מנוסחת ניסוח המאפשר הכנסת כל שיקולי המדיניות אשר מבחינה עניינית ראוי להביאם בחשבון בעת בחירת הסעד, אל תוך שיקול הדעת השיפוטי.

280 ראו: דויטש (לעיל, הערה 8) בעמ' 303, 306, 312-313; שלו ואדר (לעיל, הערה 5) בעמ' 204; אדר (לעיל, הערה 15) בעמ' 401.