

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

מאת

חגי ויניצקי*

התשובה לשאלה האם ניתן להסתמך על עילות אלטרנטיביות לעילות של פגמים בכריתה, כאשר אלו לא צלחו סובלת מחוסר קוהרנטיות בפסיקת בית המשפט העליון, וכן זכתה לעמדות שונות בספרות הקיימת שלא הציבה עד עתה סט כללים מסודר בתחום זה. המאמר מציג את הגישות השונות בספיקה ובספרות וכן בשיטות משפט רבות. לאחר מכן, המאמר עומד על ההצדקות הכלליות התומכות או מתנגדות ליצירת כלל של ייחוד עילה, וכן סוקר את הנעשה בתחום זה בדיני הנזיקין, הקניין (לרבות הקניין הרוחני), עשיית עושר ולא במשפט, החוזים (דיני הפרת חוזה, חוזים אחידים וחוזים מיוחדים), וזאת כדי לחלץ תובנות מתחומים אלו לצורך יישומם ביחס לשאלה נושא המאמר. בהמשך, המאמר סוקר את השפעת הדוקטרינות שאינן נתונות לבחירת הנפגע מהפגם בכריתה ביחס לשאלה זו. הפרק האחרון מיישם את הנלמד מהפרקים הקודמים על האפשרות להסתמך על עילות אלטרנטיביות לעילות של פגמים בכריתה: חוסר תום לב במו"מ, עמידה על קיום החוזה בחוסר תום לב, אכיפה בלתי צודקת, רשלנות והתעשרות לא צודקת. המאמר מציג לראשונה מודל סדור ליחס בין העילות של פגמים בכריתה לבין העילות והדוקטרינות הסובבות אותה בין אם מדובר באלו שלא ניתנות לבחירת הנפגע מהפגם ובין אם מדובר באלו שניתנות לבחירתו.

מבוא. א. ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה – הדין המצוי; 1. ההסדר החקיקתי;
2. חוסר הקוהרנטיות בפסיקה; (א) עושק מול חוסר תום לב במשא ומתן (עניין **גנו נ' כץ**);
(ב) כפייה מול חוסר תום לב במשא ומתן ובקיום החוזה ותקנת הציבור (עניין **מאיה נ' פנפורד**); (ג) הטעיה מול חוסר תום לב במשא ומתן (עניין **Foundation Sansounimaile נ'**

* ד"ר חגי ויניצקי הוא מרצה בכיר לדיני חוזים, דיני חוזים מיוחדים, דיני קניין ועוולות מסחריות במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, מרצה מן החוץ לדיני חוזים ודיני חוזים מיוחדים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים וראש מכון בגין למשפט וציונות. ברצוני להודות ליהודה אדר, משה גלברד, ישראל גלעד, עמוס הרמן, איל זמיר, אסנת יעקובי, מנחם מאוטנר, גדעון פרחומבסקי, ירון פרי, אפי צמח, השופטים האנונימיים וחברי מערכת דין ודברים על הערותיהם המועילות, ולעילי אהרוני, גלעד אייזקס ונדרב ישראלי על הסיוע המעולה למחקר. המאמר הוצג בכנס **דין ודברים** שהוקדש להשקת **ספר שלו – עיונים בתורת החוזה**, באוניברסיטת חיפה, וכן בכנס השנתי של האגודה הישראלית למשפט פרטי, אוניברסיטת בר-אילן, מאי 2016.
מאמר זה עתיד להתפרסם גם בספר **עיונים בתורת החוזה – קובץ מאמרים לכבודה של פרופ' גבריאלה שלו** (בעריכת יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח).

פרי; (ד) טענה לחוסר תום לב במשא ומתן חלף טענת הטעיה (עניין כהן נ' מבני גזית); (ה) טעות מול אכיפה בלתי צודקת וקיום חוזה בחוסר תום לב (עניין כרמל נ' טלמון); (ו) סיכום; 3. הגישות בספרות; 4. מבט לשיטות משפט אחרות. ב. **"ייחוד עילה"**, **"ברירת עילה"** ו**"ייחוד תרופות"**. ג. **הצדקות לכלל בדבר "ייחוד עילה" או לשלילת ההכרה בו**; 1. הצדקות התומכות בכלל של ייחוד עילה; (א) כיבוד רצון המחוקק – עקרון הפרדת הרשויות; (ב) ודאות – יכולת תכנון – יעילות כלכלית; (ג) קיום הדרישה למעשה מנהלי; (ד) שמירת הגבולות בין ענפי המשפט השונים; 2. הצדקות לשלילת הכלל של ייחוד עילה; (א) התחשבות בערכים מודרניים; (ב) הגנה על זכויות. ד. **תובנות מקיום הכלל של "ייחוד עילה" או משלילתו במשפט הפרטי**; 1. דיני הנזיקין; 2. דיני הקניין, לרבות דיני הקניין הרוחני; 3. דיני עשיית עושר ולא במשפט; 4. דיני החוזים; (א) דיני הפרת חוזה; (ב) דיני החוזים האחדים; (ג) דיני החוזים המיוחדים; 5. סיכום. ה. **תחימת "מרחב הפעולה" של פגמים בכריתה באמצעות דוקטרינות שאינן נתונות לבחירת הנפגע**; 1. הדוקטרינה של "לא נעשה דבר"; 2. המבחן לגמירת הדעת; 3. חוזה שכריתתו בלתי חוקית; 4. חוזה שכריתתו סותרת את תקנת הציבור; 5. כשרות משפטית; 6. סדר בחינת תחולתן של הדוקטרינות. ו. **האם ראוי ליצור "ייחוד עילה" לפגמים בכריתה בנוגע לדוקטרינות שנתונות לבחירת הנפגע?** **המודל המוצע**; 1. תום לב במשא ומתן; (א) תביעה כספית נגד הצד השני כאשר החוזה בוטל בשל פגם בכריתה; (ב) תביעה כספית נגד הצד השני כאשר ניסיון לבטל את החוזה כשל בשל כישלון בהוכחת רכיב מהותי; (ג) תביעה כספית נגד הצד השני כאשר ניסיון לבטל חוזה כשל בשל חלוף הזמן הסביר; (ד) תביעה כספית נגד הצד השני כאשר הנפגע מהפגם אינו מעוניין בביטול החוזה; (ה) תביעה כספית נגד הצד השני במקרה שהפגם נעשה בידי צד שלישי בידיעת הצד השני אך לא בהרשאתו; (ו) תביעה כספית נגד צד שלישי שביצע את הפגם שלא בידיעתו ולא בהרשאתו של הצד השני; 2. קיום חוזה בתום לב; 3. סייג הצדק לסעד האכיפה; 4. עוולת הרשלנות; 5. התעשרות לא צודקת. **סיכום**.

מבוא

מאמר זה מוקדש בהערכה ובהוקרה רבה לכלת מפעל עיוני זה – פרופ' גבריאלה שלו. תלמידי המשפט בישראל בדור האחרון הם גם תלמידיה של פרופ' שלו בין שבעל פה ובין שבכתב. אכן, גם מי שלא זכו ללמוד בכיתת דיני החוזים של יקירת ספר זה נמנים בהכרח – ולו בעקיפין – עם תלמידיה. אין קורס בדיני חוזים שדעותיה והשקפותיה של פרופ' שלו אינן נוכחות בו דרך קבע. ספריה המכוננים בדיני חוזים נחשבים בעיני רבים לספרים האהודים ביותר בתחום המשפט. כבוד עצום הוא עבורי לתרום מאמר לספר עיון זה שנכתב לכבודה. כולי תקווה שאצליח לרקום ולתרום כמה חוטים למארג הגדול של דיני החוזים שפרשה פרופ' שלו בפני משפטני ישראל.

מעשה באדם שבא לפני שמאי וביקש ללמוד את כל התורה על רגל אחת, ושמאי סירב. בא אותו אדם בבקשה דומה לפני הלל, ואמר לו הלל: מה ששנאו עליך לחברך לא תעשה, והשאר הוא פירוש – לך

ולמד.¹ סיפור ידוע זה משמש מוסר השכל לתובנות רבות. אחת המעניינות שבהן היא שגם בהלכה ישנן דוקטרינות כלליות ודוקטרינות ספציפיות. הלל לימד את אותו אדם שבא לפניו את הדוקטרינה הכללית, והורה לו להמשיך בלימוד הדוקטרינות הספציפיות שנובעות מהדוקטרינה הכללית. אכן, אף שיטת משפט אינה יכולה להסתפק בדוקטרינות כלליות. זאת, אף שלכאורה בכוחן של אלה "לכסות" את רוב הקונפליקטים המשפטיים. איכותו של המשפט נמדדת לא אחת בדיוק הקיים בו. לכן שיטות משפט אינן מסתפקות לכתחילה בעילות כלליות בלבד, כגון "תום לב", "תקנת הציבור", "צדק", "סבירות", "התעשרות לא צודקת" וכיוצא באלה. דוקטרינה כללית נותנת כיוון כללי, אך המצבים המיוחדים שבהם נתקלים בני אדם מחייבים פתרונות משפטיים שעוצבו במיוחד לאותם מצבים (ולא לאחרים).

במציאות משפטית שבה דוקטרינות כלליות ודוקטרינות מיוחדות מתקיימות זו לצד זו, מתעוררת שאלה שהיא רלוונטית לכל תחומי המשפט: האם כאשר מסיבה כלשהי דוקטרינה מיוחדת החלה לכאורה על העניין הנדון אינה נותנת מענה מיטבי למתדיין החפץ ליהנות ממנה, רשאי אותו מתדיין לפנות לדוקטרינה הכללית? לדוגמה, האם במצב שבו יסוד מיסודותיה של עילת תביעה מיוחדת אינו מתקיים או שהתובע מתקשה להוכיחו, רשאי הוא להסתמך על "עילה כללית" – החלה לכאורה אף היא על אותו המקרה?

אם מעצבי שיטת המשפט סבורים שלא ראוי לאפשר זאת, הם יחילו על העילה הספציפית את הכלל בדבר "ייחוד עילה". כלל ייחוד העילה משמעו שהעילה הספציפית הקבועה בדין התימרה לקבוע לא רק "הסדר חיובי" (היינו, להגדיר את היסודות הנדרשים לתחולתה) אלא גם "הסדר שלילי". ההסדר השלילי משמיע שאם יסוד מיסודות העילה הספציפית אינו מתקיים – או שהתובע אינו חפץ להסתמך עליה – לא יוכל הוא לפנות לעילה כללית שבכוחה להצמיח את הסעד המבוקש.²

מאמר זה מבקש לבחון את הסוגיה של ייחוד העילה בתחום דיני הפגמים בכריתה החוזה. דיני הפגמים מגדירים (בפרק ב' לחוק החוזים) עילות ספציפיות שבהתקיימן רשאי צד לחוזה לבטלו ולזכות בהשבת מה שנתן על פי החוזה: טעות, הטעיה, כפייה או עושה. האם כאשר יסוד מיסודותיה של עילת הפגם שעליה מבקש המבטל להסתמך אינו מתקיים (למשל בעילות הטעות וההטעיה התברר שמדובר בטעות בכדאיות העסקה בלבד; בעילת העושה ה"מצוקה" של הנעשה או גריעות העסקה לא הגיעו לרף הנדרש) או שחלף הזמן הסביר לביטול החוזה, יוכל הנפגע מהפגם לקבל סעד מכוחן של עילות כלליות כדוגמת חוסר תום לב (במשא ומתן או בקיום חוזה), סייג הצדק באכיפה, עולת הרשלנות והעילה של התעשרות לא צודקת? בהנחה שהתשובה על שאלה זו היא חיובית – האם ראוי לפסוק

1 המקור בתלמוד בבלי, שבת, לא ע"א "מעשה בנוכרי אחד שבא לפני שמאי, אמר לו: גיירני על מנת שתלמדני כל התורה כולה כשאני עומד על רגל אחת. דחפו באמת הבניין שבידו. בא לפני הלל, גייריה. אמר לו: דעלך סני לחברך – לא תעביד; זו היא כל התורה כולה, ואידך פירושה הוא – זיל גמור".
2 כפי שיבואר בפרק ב' כלל ייחוד העילה רלוונטי לא רק בפנייה לעילה כללית, אלא גם בפנייה לעילה ספציפית שונה מזו שיסודותיה לא התקיימו. עם זאת, משיקולים מעשיים נטיית התובע תהיה בדרך כלל לנסות לעקוף את העילה הספציפית (הבנויה בדרך כלל מכללים) באמצעות פנייה לעילה כללית שבנויה מסטנדרט גמיש. ויובהר: המאמר מתמקד בשאלת ייחוד העילה ולא בשאלה שנדונה רבות והיא היחס בין עילות הבנויות מסטנדרט לעילות הבנויות מכללים, ראו לדוגמה: מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321, 326 (תשמ"ז) – תשמ"ח. ברם כפי שנראה קיימת השפעת גומלין בין שתי השאלות.

סעד מלא שיעמידו במצב כלכלי דומה לתוצאה שהיה יכול לקבל לו בוטל החוזה בשל פגם בכריתה או סעד חלקי בלבד? שאלות אלו ילובנו במסגרת המאמר.

שאלת ייחוד העילה בנוגע לפגמים בכריתת חוזה מוסדרת לכאורה בסעיף 22 לחוק החוזים הקובע: "אין בהוראות פרק זה כדי לגרוע מכל תרופה אחרת". כפי שנראה, סעיף זה זכה להתייחסות דלה ובלתי מספקת בפסיקת בתי המשפט ובספרות דיני החוזים. שאלת ייחוד העילה בהקשר לדיני הפגמים לא הוכרעה הכרעה ממצה, וכפי שנראה נשמעו בה דעות סותרות. פרק א' של המאמר סוקר את המצב המשפטי בסוגיה זו ומציג את הדעות השונות שהושמעו בנושא בפסיקתו של בית המשפט העליון ובספרות המשפטית. הדיון יבקש להראות שגם המקורות שעסקו בשאלה לא מיצו את הדיון בה והותירו שאלות שונות "פתוחות". בין היתר, נותרה "פתוחה" שאלת היקף הסעד שניתן לפסוק בעילה החלופית, לאורם של שיקולי המדיניות העיוניים העשויים לתמוך בכלל ייחוד העילה או לדחותו. נוסף על העיון בפסיקה ובספרות בישראל, תיבחן גם ההתייחסות לסוגיות אלו בשיטות משפט זרות.

פרק ב' של המאמר מוקדש להבהרת המונחים "ייחוד עילה", "ברירת עילה" ו"ייחוד תרופות", שקווי הגבול ביניהם לא תמיד בהירים דיים. בפרק ג' אעמוד על ההצדקות התומכות בכלל ייחוד העילה ועל שיקולי המדיניות העשויים לתמוך בשלילת ההכרה בו. בפרק ד' אבחן את התובנות משלילתו או קיומו של הכלל בדבר ייחוד העילה בענפים שונים של המשפט הפרטי. תחילה ייבחנו דיני הנזיקין, דיני הקניין (לרבות דיני הקניין הרוחני) ודיני עשיית עושר ולא במשפט. בהמשך אמקד את נקודת המבט בעילות מדיני החוזים: העילה של הפרת חוזה, עילת הקיפוח בחוזים אחידים, ועילת "אי-התאמה" בדיני החוזים המיוחדים. לבסוף, אבחן את השאלה אלו לקחים ניתן ללמוד מהניתוח התיאורטי הרחב בתחומים אלו לעניין שאלת ייחוד העילה ביחס לדיני הפגמים בכריתת חוזה.

פרק ה' יוסיף ממד חשוב לבירור שאלת ייחוד העילה, בכך שיציע בחינה של דוקטרינות מיוחדות מדיני החוזים "הנוגסות" או עשויות לכאורה "לנגוס" במרחב המחייב של דיני הפגמים בכריתה ושיאינן נתונות לבחירת הנפגע מהפגם: הדוקטרינה של "לא נעשה דבר"; המבחן לגמירת הדעת; חוזה שכריתתו בלתי חוקית; חוזה שכריתתו סותרת את תקנת הציבור וכשרות משפטית. מאחר שפרשנות שיפוטית מרחיבה של דוקטרינות אלו עלולה להותיר לדיני הפגמים בכריתה מרחב מחיה מצומצם ביותר, מתבהרת חשיבות השאלה אם יש לאפשר לעקוף את העילות של פגמים בכריתה באמצעות דוקטרינות אחרות שנתונות לבחירת הנפגע מהפגם. על שאלה זו משיב המאמר שבהקשר זה יש להיזהר מאימוץ גישה ליברלית מדי, שתהפוך את עילות הפגמים לאות מתה. שהרי בחקיקתן חפץ המחוקק להעניק להן מרחב מחייה.³

בפרק ו', על רקע התובנות שעלו בפרקים הקודמים, תוצג עמדתי בשאלות שבהן עסק המאמר. במענה לשאלת ייחוד העילה בדיני הפגמים בכריתה יציע המאמר מודל חדש המבחין בין שישה מצבים שונים שבהם עשויה להתעורר שאלת ייחוד העילה בנוגע לפגמים בכריתת חוזה. המאמר יטען שבארבעה מבין ששת המצבים המתוארים אין הצדקה להחלת כלל ייחוד העילה ולפיכך יהיה הנפגע מהפגם זכאי לקבל סעד מלא בעילה חלופית שתוכח על ידו בהתאם לאופי הסעד המתאים לכל אחד מהמקרים. לעומת זאת, בשני המצבים הנותרים ראוי להכיר בכלל של "ייחוד עילה חלקי", שיאפשר

3 מובן שניתן לקיים דיון בשאלה אם ראוי לקיים את העילות של פגמים בכריתה, אך דיון שכזה חורג מיריעת המאמר.

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

פסיקה של סעד חלקי בלבד. זאת, תוך הבחנה בין מצב של כישלון בהוכחת רכיב מהותי של עילת הפגם לבין כישלון הנובע ממחדל לעמוד בדרישה לביטול החוזה תוך זמן סביר.

א. ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה – הדין המצוי

פרק זה תכליתו להציג את התייחסות החקיקה, הפסיקה המרכזית, הספרות ושיטות משפט רבות אחרות לשאלה אם כאשר עילה של פגם בכריתה לא צלחה, ניתן לפנות לעילות כלליות אחרות ולקבל סעד כספי בהיקפים שונים או סעד שיעניק לנפגע מהפגם בכריתה תוצאה כלכלית דומה לתוצאה שהיה יכול לקבל לו בוטל החוזה בשל פגם בכריתה.

1. ההסדר החקיקתי

את פרק הפגמים בכריתה חוזה חותם סעיף 22 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הקובע כי "אין בהוראות פרק זה כדי לגרוע מכל תרופה אחרת". סעיף זה אינו מתייחס במפורש ליכולת לפנות לעילות אחרות אלא רק ליכולת לזכות בתרופות אחרות. עם זאת תרופה אחרת זקוקה לעילה אחרת, ולכן נראה כי סעיף זה מורה שלא קיים כלל סטטוטורי של ייחוד עילה בנוגע לעילות של פגמים בכריתה. זו אכן הפרשנות המקובלת לסעיף 22 הנ"ל בדברי ההסבר להצעת חוק החוזים,⁴ בפסיקה⁵

4 ראו דברי הסבר לס' 23 להצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ל-1970, הצ"ח 880, עמ' 129, 133: "יש שהטעיה, מרמה, כפייה או עושק מהוויים עילה גם לפי פקודת הנזיקין. הסעיף מורה שאין התרופות לפי פרק זה גורעות מכל תרופה לפי דין אחר".

5 ת"א (מחוזי ת"א) 2635/06 **שיפריס נ' עיני**, פס" (פורסם בנבו, 7.9.2011): "בנוסף לביטול החוזה, יהא סעד ההשבה (ומכוח עילות לבר-חוזיות יוכל לתבוע פיצויים על נזקיו, שכן סעיף 22 לחוק החוזים (חלק כללי) שומר על תרופותיו האחרות של הנפגע)". התיק נדון גם בבית המשפט העליון אך ללא התייחסות לס' 22 לחוק החוזים, ראו ע"א 8068/11 **עיני נ' שיפריס** (פורסם בנבו, 11.2.2014); ת"א (שלום חי) 15340/83 **פילרסקי נ' פרוס**, פ"מ תשמ"ו(1) 63, 81 (1983): "נראה לי, כי גם כשאין הפרת חובת תום הלב מביאה לכדי זכות לביטול ולהשבה, כמו במקרה שלפני, יכולה הפרת תום הלב לשמש בסיס לפסיקת פיצויים, על פי סעיף 12(ב) לחוק". ת"א (שלום קצ') 53005-12-12 **רפלוביץ נ' גולן**, פס" 6 (פורסם בנבו, 9.7.2015): "סעיף 15 מציין את תרופת הביטול, אך סעיף 22 לחוק מבהיר כי אין בהוראות פרק זה כדי לגרוע מכל תרופה אחרת, לרבות פיצויים עקב משא ומתן בחוסר תום לב"; בע"א (מחוזי נצ') 1253/06 **שותפות עוף חיפה (1992) נ' עופרון מגדלי עופות מירון בע"מ** (פורסם בנבו, 26.6.2007) הסכימו הנפגעים להפחתת שכר חוזי תמורת שיפורו בהמשך. ברם הצד השני לא גילה להם שעסקו עומד להיסגר. נפסק כי הצגת מצג שווא היא בגדר התנהגות חסרת תום לב שמזכה בפיצויים בגין ס' 10, 13, 14 לחוק החוזים תרופות. בית המשפט מפנה גם לס' 12 לחוק החוזים. בית המשפט מציין את ס' 22 הנ"ל, שלפיו טעות או הטעיה מזכות לא רק בביטול החוזה אלא גם בקבלת פיצויים. הפיצויים היו ההפרש שבין התמורה שהיה אמורים לקבל לפי ההסכמות עם הצד השני, בטרם הופחתה התמורה, לבין התמורה שקיבלו בפועל (פס" 5). ראו גם: ת"א (שלום עפ') 2498/06 **מנפרד נ' רוזנשטוק** (פורסם בנבו, 20.2.2011); ת"א (שלום ת"א) 38251/04 **כסלו נ' גראד** (פורסם בנבו, 30.7.2006); ע"א (מחוזי ת"א) 27178-01-16 **בן דוד נ' א.קוטלר את א. יחזקאל בנייה וזמות** (פורסם בנבו, 12.2.2017); ת"א (שלום צפת) 7847-10-09 **שחאדה נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 17.8.2014); ת"א (שלום חי) 21281/01 **קמע הצפון בע"מ נ' כץ** (פורסם בנבו, 20.9.2007).

ובספרות⁶ המעטות שהתייחסו אליו. עם זאת רק פסקי דין מעטים שדנו בסעיף 22 הנ"ל עסקו באפשרות לקבל סעד מעילה חלופית כאשר העילה של פגם בכריתה לא צלחה – נושא המאמר.⁷ למרות התפיסה שעולה ממקורות אלו, פסיקת דיני הפגמים בכריתת חוזה, כפי שתוצג בפרק הבא, שלא התייחסה ישירות לפרשנות סעיף זה, אינה קוהרנטית בשאלה זו. אדרבה, התפיסה הכוללנית של סעיף 22 הנ"ל גם לא זכתה לעיגון בהצעת הקודקס, שכן סעיף זה לא נכלל בהצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011.⁸ לכן נראה כי ראוי לקיים דיון מעמיק בשאלה אם ראוי ליצור כלל של ייחוד עילה מלא או חלקי במקרים שבהם נעשה ניסיון לבטל את החוזה בגין פגם בכריתה שלא צלח.

2. חוסר הקוהרנטיות בפסיקה

השאלה אם ניתן להכיר בעילה אחרת חלף העילה של פגם בכריתה שלא צלחה זכתה להתייחסות מסוימת בכמה מקרים בפסיקתו של בית המשפט העליון. דא עקא שקיים חוסר קוהרנטיות בתשובות שניתנו. בפתח המאמר אציג בקצרה חמש פרשות שבהן התעוררה שאלה זו בהקשרים שונים. פרשות אלו ישמשו גם שדות מבחן לתובנות שיתגבשו במסגרת המאמר.

(א) עושק מול חוסר תום לב במשא ומתן (עניין גנז נ' כץ)

יוסף גנז, רווק כבן 50, בן למשפחה אמידה שמשתייך לזרם החרדי, חתם על שטר התחייבות לשלם מאה אלף דולר דמי שדכנות למרדכי כץ אם כץ ישרך לו עלמה צעירה למטרת נישואין. כץ הצליח במשימתו, וגנז שילם לו עשרים אלף דולר. כץ עמד על קבלת מלוא התמורה. גנז טען בין היתר לעילת העושק. שלושת שופטי בית המשפט העליון דחו את טענת העושק, שכן סברו שניסיונותיו של גנז לא עמדו ברף המצוקה הנדרש בעילה זו, שכן מצבו הנפשי לא הסיט את שיקול דעתו סטייה של ממש מנתיבו הנכון. השופט קדמי, בדעת מיעוט, סבר שאף שעילת העושק לא התקיימה נסיבות המקרה מקיימות את העילה של חוסר תום לב במשא ומתן, שכן כץ הפר את "חובת ההגינות" שחב כלפי גנז. מאחר שמדובר בהסכם תקף שכבר קיים, סכום הפיצויים יהיה הפער בין השכר המוסכם לבין השכר הראוי שעליו היו מסכימים הצדדים אלמלא חוסר תום הלב של השדכן. קיזוז הפיצוי מהשכר המוסכם מוביל לכך שגנז צריך לשלם את הסכום הראוי בלבד, שאותו אמד השופט קדמי בסך של ארבעים וחמישה אלף דולר.⁹ דעת הרוב סברה שכאשר ניצול של לחץ נפשי אינו מגיע כדי ניצול מצוקה, ולכן

6 ראו דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים ב 1085** (תשנ"ב).

7 **עניין פילרסקי**, לעיל ה"ש 5; **עניין רפלוביץ**, לעיל ה"ש 5.

8 ראו הצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011, הצ"ח 595 (15.6.2011) עמ' 1120, שמציין כי אין סעיף דומה בהצעה לס' 22 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973. גם ס' 446 להצעה, שעוסק ביכולת לצבור תרופות, אינו עוסק בנושא זה אלא בדיני צירוף תרופות, ראו ד"ה לסעיף בעמ' 887, וכן מיגל דויטש **פרשנות הקודקס האזרחי א 299–300** (תשס"ה).

9 ע"א 4839/92 **גנז נ' כץ**, פ"ד מח(4) 749, 756–759 (1994). הסכום חושב כדלקמן: לאור חוות דעת שלפיה דמי שדכנות מקובלים אינם עולים על 3,000 דולר ל"מקרים קשים", והיות שגנז הוא בן למשפחה אמידה שהיה נכון לשלם ביד רחבה, סבר השופט קדמי שסכום העולה פי עשרה לא יקפח אף אחד מהצדדים (30,000 דולר). על סכום זה יש להוסיף מחצית סכום ההוצאות שהשדכן טען להן (30,000 דולר). ניתן להניח שהפחתת סכום ההוצאות נבעה מכך שבית המשפט המחוזי לא נתן אמון רב

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

לא הוכר כעושה, הוא אינו יכול להיחשב לחוסר תום לב במשא ומתן. עילת העושה מכסה את כל הסוגים של ניצול מצוקה, לחץ נפשי לא ראוי או של חולשה אחרת. זו תכליתה של עילת העושה, והיא אינה זקוקה לסיוע מן העילה של חוסר תום לב. קבלת אפשרות זו תאיין את עילת העושה, שכן חלף הוכחת כל רכיביה יטענו ל"מעין ניצול" של "מעין מצוקה" במסגרת העילה של חוסר תום לב במשא ומתן. יהיה ניתן להכיר בחוסר תום לב רק אם קיים דבר מה נוסף, מלבד ניצול הלחץ, המלמד על התנהגות שאינה הוגנת המגיעה לחוסר תום לב במשא ומתן. לכן אם הלחץ מגיע כדי ניצול מצוקה, הוא ייחשב לעושה, ואם לאו, הוא לא יהיה חוסר תום לב. חוסר תום לב הוא מושג עמום וגמיש, ולכן אין קושי למתוח את גבולותיו עד טשטוש הגבול של עילות אחרות ואף ידחק את רגליהן של הטעיה, כפייה ועושה.¹⁰

(ב) כפייה מול חוסר תום לב במשא ומתן ובקיום החוזה ותקנת הציבור (עניין מאיה נ' פנפורד)

חברת מאיה יהלומים בע"מ רכשה מכמה חברות שעוסקות בסחר ביהלומים כמויות שונות של יהלומים בתמורה לסך של כמיליון וחצי דולר באמצעות צ'קים עתידיים. יוסף מאיה, בעל המניות ומנהלה של חברת מאיה יהלומים, עזב לחו"ל יום לפני פירעון הצ'ק הראשון, ובד בבד הסמיך אדם בשם בוארון לנהל משא ומתן עם החברות, ולפיו תמורת חלק מסוים מהיהלומים ונכסים אחרים יהיה עליהן לחתום על ויתור על יתרת החוב, שאם לא כן, לא יקבלו דבר. מאחר שבעלי החברות לא ידעו אם ומתי ישוב מאיה מחו"ל, הן הסכימו לחתום על "הודעת סילוק תביעות", ולפיה הן ויתרו על יתרת החוב. לאחר מכן ביטלו בעלי החברות את הודעת הויתור בהסתמך על עילות הכפייה והעושה. כל אחד משלושת שופטי בית המשפט העליון הגיע למסקנה שונה משל חברו: השופט חשין סבר שמדובר בכפייה כלכלית, שכן המקרה עונה על מבחן "איכות הכפייה". מאחר שלחברה של מאיה לא היו האמצעים לעמוד בהתחייבויותיה לפני כריתת ההסכמים, הסכמים אלו אינם חלק מ"כללי המשחק" או "מוסר העסקים". בנוסף, המקרה עונה על מבחן "עצמת הכפייה", שכן לחברות היהלומים לא הייתה חלופה מעשית אלא להיענות להצעתו של בוארון. לחלופין העלה השופט חשין את האפשרות, ללא הכרעה, שאם לא הייתה מתקבלת עילת הכפייה, היה ניתן להשית על החברה של מאיה לפצות את בעלי החברות בסכום יתרת החוב באמצעות העילה של חוסר תום לב במשא ומתן (על פי סעיף 12 לחוק החוזים). מכל מקום, השופט חשין סבר שניתן להשית על מאיה עצמו, כאישיות נפרדת מהחברה, פיצוי בגין חוסר תום לב במשא ומתן כפי שיעור התמורה הכספית בגין היהלומים שרכשה חברתו (אם כי ניתן להניח שיש לקזז את שווי היהלומים שקיבלו). השופט חשין הזכיר גם את העילה של קיום החוזה בחוסר תום לב (סעיף 39 לחוק החוזים) הן של מאיה כשלעצמו והן כבעלים ומנהל בחברתו, בסתימת מקיום החוזה המקורי לרכישת היהלומים ובעברו להצעה לוותר על יתרת החוב

בעדויותיהם של בעלי הדין והעדים שלא זכו לתמיכה (לא צורפו חשבוניות וקבלות), ולכן בית המשפט המחוזי לא קבע ממצא בעניין זה, שם, שם. בעניין זה יש לעורר תמיהה מדוע אין לכלול את סכום ההוצאות בתמורה הכללית, שכן ניתן להניח שהסכום המקובל למקרים קשים בסך של 3,000 דולר כולל גם את עלות ההוצאות.

10 שם, בעמ' 767-768.

תמורת כמות מסוימת של יהלומים וכמה נכסים.¹¹ הנשיא שמגר סבר שהלחץ שבו היו נתונים בעלי החברות לא חתר תחת עצם הרצון המינימלי שלהם, ולכן לא השתכנע שהתקיימה כפייה, אך הותר זאת בצריך עיון. עם זאת חוזים שנכרתו מתוך תרגיל שתוכנן מראש, כאשר המתקשר לא התכוון לעמוד בהתחייבויותיו, מנוגדים לתקנת הציבור ולכן בטלים.¹² בתגובה לפסק דינו של השופט שמגר העלה השופט חשין תמיהה איך ניתן להכיר בעילה של בטלות (תקנת הציבור) אך לא בעילה של כפייה שתוצאתה שהחווה ניתן לביטול.¹³ השופט גולדברג סבר אף הוא שלא מתקיימת עילה של כפייה, שכן לבעלי החברות היו חלופות משפטיות אחרות לפעול, אך היה ניתן לפסוק בגין העילה של חוסר תום לב במשא ומתן פיצוי כספי בגין נזק לא ממוני.¹⁴

(ג) הטעיה מול חוסר תום לב במשא ומתן (עניין Foundation Sansounimaile נ' פרי)

חברת Foundation Sansounimaile (להלן: "החברה") ביקשה בשנת 1993 להורות על ביטול הסכמים שנחתמו בשנת 1986 בשל מצגי שווא שהציג ישראל פרי לפני כריתת ההסכמים. לחלופין עתרה החברה לסעד של פיצויים בגין מצגי השווא שהוצגו לה. בית המשפט פסק שמאחר שגילוי מצגי השווא התרחש כבר בסוף שנת 1989, אך החברה עתרה לביטול ההסכמים רק לאחר יותר משלוש שנים לאחר גילויים, הביטול נעשה לאחר חלוף הזמן הסביר. יתרה מכך, מסקנה זו התחזקה נוכח העובדה שבשנת 1990 (לאחר גילוי מצגי השווא) דרשה החברה לקיים את ההסכמים.¹⁵ בית המשפט דחה גם את האפשרות לקבל סעד חלופי בגין חוסר תום לב במשא ומתן. בית המשפט קבע שאי אפשר לקבל דרך "הדלת האחורית" את הסעד העיקרי שנדחה. מאחר שחלף הזמן הסביר לביטול החווה מחמת מצגי השווא שהוצגו עובר לכריתת ההסכם, הרי שחלף הזמן הסביר לדרוש קבלת סעד הנובע מאותם מצגים גם אם היה בכך משום הפרת חובת תום הלב במשא ומתן על פי סעיף 12 לחוק החוזים. בית המשפט העליון אימץ בהקשר זה את קביעתו של בית המשפט המחוזי שמדובר "בקונסטרוקציה מלאכותית שאין לקבלה".¹⁶

(ד) טענה לחוסר תום לב במשא ומתן חלף טענת הטעיה (עניין כהן נ' מבני גזית)

נסים כהן חקר מחברת מבני גזית יחידה במרכז מסחרי. בין הצדדים נקבע כי ליחידה תוצמד מרפסת שתירשם כהצמדה ברישום הבית המשותף. גזית לא גילתה לכהן כי חודשיים לפני חתימת ההסכם ניתן לה היתר בנייה שלפיו המרפסת משמשת בין היתר מעבר להולכי רגל. כהן הגיש תביעה לאכיפת ההסכם שלפיו תינתן לו המרפסת ללא מעבר של הולכי רגל או לחלופין שיינתן לו פיצוי בגין ירידת

11 ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח (5) 705, 714–729 (1994).
 12 שם, בעמ' 739–743. הנשיא שמגר העלה אף את האפשרות שמדובר בחווה שכריתתו בלתי חוקית, אך לא הכריע בכך. עילה נוספת שהעלה הנשיא שמגר היא עשיית עושר ולא במשפט, אך גם בכך לא הכריע. עוד סבר הנשיא שמגר שמאיה עצמו ביצע עוולה של תרמית, על פי ס' 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שם, שם.
 13 שם, בעמ' 737–739.
 14 שם, בעמ' 743–748.
 15 ע"א 9528/07 Foundation Sansounimaile נ' פרי, פס' 8–14 (פורסם בנבו, 16.11.2011).
 16 שם, פס' 15.

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

ערך הנכס. השופט פוגלמן פסק שגזית הפרה את חובת הגילוי. הדרישה לאכיפת החוזה משמעה ויתור על זכות הביטול. כאשר החוזה מקיים על אף ההטעיה, אין הדבר שולל את הזכות לסעד הפיצויים בגין הפרתה של חובת תום הלב. הפיצויים במקרה יהיו "הטבת הפער שבין מחיר הנכס לולא הייתה המרפסת מיועדת למעבר הולכי רגל, לבין מחירו בפועל, כשיקום אינטרס ההסתמכות".¹⁷ שני השופטים האחרים (עמית וחיות) סברו שמדובר בהפרת החובה לפי סעיף 18 לחוק המכר למסור את הנכס נקי מזכויות צדדים שלישיים (קונסטרוקציה שגם השופט פוגלמן תמך בה), ולכן לא הביעו דעתם באשר לשאלת הפרת חובת הגילוי.¹⁸

(ה) טעות מול אכיפה בלתי צודקת וקיום חוזה בחוסר תום לב (עניין כרמל נ' טלמון)

כרמל מכר לבנות דודותיו 25% מהזכויות בבניין בחשבו שמדובר בבניין שייעודו למסחר בלבד. כיממה לאחר כריתת ההסכם התחוויר לכרמל שמדובר ככל הנראה בבניין שייעודו מעורב למגורים ולמסחר, ולכן שווי הזכויות שמכר עולה לאין שיעור על מחיר התמורה. כרמל חפץ לבטל את החוזה בשל עלילות הטעות או ההטעיה. דעת הרוב סברה שכרמל לא הוכיח עובדתית שמדובר בייעוד שונה מייעוד למסחר. דעת הרוב לא הסתפקה בעובדה ששיעור מס השבח שהוטל על כרמל עלה על התמורה שקיבל וגילם למעשה שווי זכות העולה קרוב לפי שלושה מהתמורה, וכן בעובדה שלפי עסקה אחרת שבוצעה באותו בניין, שווי זכויותיו של כרמל היה אמור להיות קרוב לפי ארבעה.¹⁹ יתרה מכך, דעת הרוב סברה שגם אם כרמל היה מוכיח שמדובר בנכס שייעוד חלקו למגורים, העובדה שהוא לא פנה לשמאי, לפי עצת עורך דינו, פנייה שהייתה ככל הנראה מעמידה אותו על טעותו, מובילה למסקנה שכרמל, שמכר את זכויותיו "as is", נטל את הסיכון לטעות בנוגע לייעוד הנכס, ולכן מדובר בטעות בכדאיות העסקה, שאי אפשר לבטל בגינה את ההסכם.²⁰ דעת הרוב דחתה גם את הטענה לאכיפה בלתי צודקת, שכן "אין מדובר באחד מאותם מקרים נדירים וחריגים שבהם ימנע בית המשפט משיקולי צדק לאכוף הסכם בין הצדדים".²¹ דעת המיעוט (השופט מזוז) סברה שכרמל הוכיח את טעותו, ושאי-הפנייה לשמאי אינה נטילת סיכון באשר לייעוד הנכס שהוגדר בחוזה "בניין מסחרי", אלא רק באשר לשוויו בהנחה שמדובר בייעוד מסחרי, ולכן אין מדובר בטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה. בנוסף, מאחר שכרמל טען בערעור רק לטעות על פי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, שיקולי הצדק, ובהם מניעת התעשרות לא צודקת של הקונות, מצדיקים את ביטול החוזה.²² יתרה מכך, עמידה על קיום החוזה מצד בנות הדורות שניהלו את הנכס, אף שהטעות התגלתה כיממה לאחר כריתת החוזה, היא בבחינת עמידה על קיום החוזה בחוסר תום לב.²³ מבחינת השופט מזוז שתי העילות התקיימו, אך

17 ע"א 7730/09 כהן נ' מבני גזית (2000) בע"מ (פורסם בנבו, 6.6.2011).

18 שם, שם.

19 ע"א 7920/13 כרמל נ' טלמון, פס' 10 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 29.2.2016).

20 שם, פס' 13-15. השופט פוגלמן הסכים עם הניתוח של השופת חיות, פס' 7-11 לפסק דינו.

21 שם, פס' 16.

22 שם, פס' 13-25 לפסק דינו של השופט מזוז. השופט מזוז ציין שבשל ההגדרה בחוזה שהבניין הוא "בניין

מסחרי" והעובדה שהקונות הצהירו שהן מודעות למצבו המשפטי והתכנוני של הנכס, ייתכן שמדובר כאן

בטעות על פי ס' 14(א) לחוק החוזים ואולי אף להטעיה, שם, פס' 19.

23 שם, פס' 25.

נראה כי מבחינתו היה ניתן להסתמך על העילה האחרונה (קיום חוזה בחוסר תום לב) גם אם הראשונה (טעות) לא הייתה מתקיימת.

(ו) סיכום

סקירת חמשת פסקי הדין של בית המשפט העליון מראה כי קיימות דעות סותרות בנוגע לאפשרות לפנות לעילות אחרות במקרה של פגם בכריתה. כאשר נתבע סעד כספי מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, במקרים שלא התקיים רכיב מהותי בעילה של פגם בכריתה סברו השופטים זמיר וש' לויין בעניין גנז נ' כץ שאי אפשר לעקוף את העילה של עושק שלא התקיימה ולתת תחתה סעד מכוח סעיף 12, ואילו השופט קדמי סבר שניתן לקבל פיצוי במסגרת סעיף 12 שישקף את הפער בין התמורה החוזית לבין התמורה שהייתה מוסכמת ללא הפגם. גישה חיובית לשאלה זו השתקפה בעניין מאיה נ' פנפורד. השופט חשין העלה את האפשרות לקבל דרך סעיף 12 לחוק החוזים את הסעד הכספי שהיה מתקבל באמצעות עילת הכפייה, גם אם לא הייתה מתקבלת עילת הכפייה, אך לא הכריע בזה, וכן הזכיר גם את האפשרות להסתמך על העילה של קיום חוזה בחוסר תום לב, והשופט גולדברג קבע שכאשר עילת הכפייה אינה מתקיימת, ניתן לקבל סעד דרך סעיף 12. עם זאת השופט גולדברג התייחס לנזק לא ממוני. למרות המחלוקת הזאת, כאשר נדונה בעניין Foundation סיטואציה של עילה של פגם בכריתה שחלף הזמן הסביר לביטול החוזה נקבע פה אחד שאי אפשר לקבל פיצוי דרך סעיף 12 לחוק החוזים. גישה אחרת קיימת כאשר הנפגע מהפגם לא חפץ כלל בביטול החוזה. השופט פוגלמן בדעת יחיד בעניין גזית סבר שבשל חוסר תום הלב ניתן לקבל פיצויי הסתמכות. גישה חיובית קיימת גם בעניין כרמל נ' טלמון. הן שופטי הרוב והן שופט המיעוט לא שללו עקרונית בדיקת העילות של אכיפה בלתי צודקת (דעת הרוב) ועמידה על קיום החוזה בחוסר תום לב (דעת המיעוט).

3. הגישות בספרות

הספרות שעסקה באפשרות לעקוף את העילות של פגמים בכריתה חוזה עסקה בעיקר בממשקים ספציפיים בין העילות של פגמים בכריתה לבין עילה כללית מסוימת. למשל, פרופ' גבריאלה שלו סבורה שאף שדיני הטעות וההטעיה קבעו שאי אפשר לבטל חוזה בשל טעות בכדאיות העסקה בלבד, חל איסור מכוח עקרון תום הלב להטעות גם אם מדובר בטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה. לפי האמור נראה כי גם אם אדם כשל בביטול החוזה (שכן בית המשפט קבע שמדובר בטעות שהיא רק בכדאיות העסקה), הוא יכול לקבל פיצוי כספי מכוח הפרת החובה לנהל משא ומתן בתום לב. מסקנה זו נכונה, על פי השקפתה, לא רק כאשר מדובר בטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה אלא גם לכל רכיבי העילות של פגמים בכריתה שלא התקיימו, ולכן לא נוצרו התנאים היוצרים את עילת הביטול.²⁴ לשון אחר, לא קיים לדעתה כלל של ייחוד עילה במקרים אלו. עם זאת לא הייתה התייחסות ספציפית לשאלה אם ראוי לפסוק פיצוי מלא או חלקי במקרה כזה. אפשרות נוספת היא להטיל פיצוי כספי על

24 גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 245 (מהדורה שלישית, תשס"ה). פרופ' שלו מציינת בהקשר זה את מחלוקת השופטים בעניין גנז, לעיל ה"ש 9, 10, והטקסט לידן.

הצד השני לחוזה בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן במקרה שההטעיה, הכפייה או העושה נעשו בידיעת הצד השני אך לא מטעמו.²⁵ מקרה נוסף המאפשר פיצוי במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים הוא אם הנפגע מהפגם אינו מעוניין בביטול, אך הוא מבקש לקבל פיצוי על הנזק שנגרם לו.²⁶

פרופ' דניאל פרידמן ופרופ' נילי כהן סבורים שניתן לקבל סעד מכוח סעיף 12 לחוק החוזים או מכוח עוולה נזיקית כגון מרמה או מצג שווא רשלני גם כאשר החוזה לא בוטל, ולעתים אף אינו ניתן לביטול. עם זאת מהדוגמאות שהם נתנו עולה כי האפשרויות לקבל סעד של פיצויים, גם אם אי אפשר לבטל את החוזה, מתקיימות כאשר ההתנהגות שמקנה עילה לפיצויים נובעת ממעשיו של מי שאינו צד לחוזה ואף לא פעל מטעמו. כאן הכוונה היא להטלת פיצוי על הצד השלישי. הדוגמה הנוספת היא שחלף הזמן הסביר לביטול, או שהנפגע ויתר על זכות הביטול. ככלל הם מציינים שיש לגלות ליברליות רחבה לביטול החוזה יותר מאשר להשתת סעד של פיצויים ששיעורם עלול לחרוג משווי החוזה.²⁷ מובן שרק הדוגמה של חלוף הזמן הסביר רלוונטית לשאלת ייחוד העילה, שבה צד מעוניין לבטל, אך הדין אינו מאפשר לו מפאת חלוף הזמן הסביר, וכעת הוא מנסה להיבנות מעילה חלופית. בדוגמה שבה ההתנהגות הייתה של צד שלישי שלא מטעמו של הצד השני, ונראה כי הכוונה גם שהדבר נעשה שלא בידיעתו, אינה מעוררת את שאלת ייחוד העילה, שכן אין במקרה זה כלל עילה לביטול. גם הדוגמה של ויתור על הזכות לבטל אינה מעוררת את שאלת ייחוד העילה, שכן בהמשך המאמר נעמוד על ההבדל בין מקרה שבו אדם חפץ לבטל את החוזה ולא צלח לבין מקרה שבו הוא אינו חפץ כלל לבטל את החוזה. עם זאת מדבריהם לא ברור לחלוטין אם לדעתם ראוי לאפשר לפנות לעילות אחרות כאשר החוזה לא בוטל בשל אי-התקיימות אחד מרכיבי העילה.

פרופ' סיני דויטש התייחס לממשק שבין עושה לחובת תום הלב במשא ומתן. לשיטתו, אם מקרה של ניצול לא עמד ברף של עושה עדין, יהיה ניתן לפסוק פיצויים בשל חוסר תום לב במשא ומתן נגד הצד החזק בהתקשרות.²⁸ עם זאת לא הייתה התייחסות ספציפית לשאלה אם ראוי לפסוק פיצוי מלא או חלקי בנסיבות אלו.

ד"ר יובל פרוקצ'יה ערך ניתוח כלכלי באשר לשאלה מהו סוג הסעד שיש להעניק לניצג במקרה של מצג שווא. ד"ר פרוקצ'יה עמד במאמרו על קיומו של סוג פיצוי השונה מפיצויי הסתמכות על כריתת החוזה או פיצויי ציפייה והוא "פיצויי הסתמכות על המצג" שתכליתם להעמיד את הניצג במקום שבו היה עומד אלמלא הופרה החובה כלפיו, והיה מוצג לו מצג אמת. אם הניצג לא היה כורת חוזה, לו היה מוצג לו מצג אמת, הפיצוי שקול במקרה זה לפיצוי הסתמכות על כריתת החוזה. ברם אם הניצג היה כורת חוזה אחר, אזי הוא היה זכאי להפרש שבין המחיר ששילם בחוזה המקורי לבין המחיר שהיה

25 שם, שם. לדעה שניתן להסתפק בידיעה ללא הרשאה, ראו להלן ה"ש 266.

26 שם, שם.

27 פרידמן וכהן א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 539, 543, 580-581, 584-585, 630; ב, בעמ' 665-666, 1085, 1134. מובן שניתן לקבל סעד כספי מכוח ס' 12 לחוק החוזים או מכוח עוולה נזיקית כאשר החוזה בוטל בשל פגם בכריתה, שם, א, בעמ' 584. פרופ' פרידמן ופרופ' כהן מתייחסים גם למצב שבו ניתן לבטל את החוזה, אך במקום זאת ניתן להגיע לתוצאה כלכלית דומה באמצעות עילה לפיצויים בשל הנזק שנגרם מכריתת החוזה, שם בעמ' 666. כפי שאראה בתת הפרק 1.1. (ד), מקרה זה אינו רלוונטי לכלל של ייחוד העילה, שכן הצד הנפגע אינו מעוניין כלל בביטול החוזה.

28 סיני דויטש "הוראת העושה בחוק החוזים" מחקרי משפט ב 1, 20 (תשמ"ב).

משלם בחוזה שהיה נכרת לו היה מוצג לו מצג אמת. מסקנת המחקר הייתה שכדי להגיע להרתעה יעילה יש להעניק במקרה של מצג שווא פיצוי הסתמכות על המצג, או במקרה של רשלנות המציג יש לאפשר לניצג לבחור בין פיצוי הסתמכות על המצג לפיצויי ציפיה. בנוסף, כאשר המצג נעשה בידי צד שלישי (שאינו מרוויח ממצג השווא), יש לחייבו בפיצוי הסתמכות על המצג.²⁹ עם זאת המחקר אינו דן בשאלה אם הסיבה לאי ביטול החוזה בשל הטעיה (אי התקיימות רכיב מהותי, חלוף הזמן הסביר או חוסר רצון לבטל) אמורה להשפיע על השאלה אם יינתן פיצוי חלקי או מלא לאור ההנמקות לקיום הכלל של ייחוד עילה או שלילתו ובהתאם לשיקולים שיידונו במאמר. להיבטים אלו יש לדעת חשיבות באשר להיקף הסעד שיש לפסוק, הן באשר לפגמים של טעות והטעיה והן באשר לפגמים של כפייה ועושה שבהם לא עסק מאמרו של ד"ר פרוקצ'יה.

התייחסות נוספת לסוגיה זו קיימת גם בכרך זה במאמרו של פרופ' איל זמיר. פרופ' זמיר סבור שככלל ניתן להסתמך על עילות משפטיות שונות, ובלבד שלא הייתה התנאה תקפה על אפשרות זו, אין סתירה מהותית בין העילות והסעדים המבוקשים, והעילות השונות לא יעניקו סעד כפול לתובע על אותה פגיעה. ספציפית סבור פרופ' זמיר שאין מניעה לפנות לעקרונות-על, כמו עקרון תום הלב, כאשר דינים ספציפיים מביאים לתוצאות לא ראויות, אך בשל הפגיעה בוודאות יש לאפשר זאת במקרים יוצאי דופן. אפשר שהדבר יידרש למשל כאשר חלף הזמן הסביר לביטול, ועמידה על קיום החוזה מבחינת הצד השני תיתפס כעמידה על קיום החוזה בחוסר תום לב. אשר לאפשרות לטעון לאכיפה בלתי צודקת של חוזה שאינו ניתן לביטול בגין פגם בכריתה, סבור פרופ' זמיר שאין להשתמש בכלי זה, שלא נועד לפקח על פגמים בכריתה אלא על השאלה אם ראוי לקבל סעד של אכיפה או סעד של פיצויים.³⁰

המכנה המשותף של הדעות שהוצגו לעיל נוטה בבירור לאפשר עקיפת העילות של פגמים בכריתה באמצעות עילות כלליות, ועם זאת יש המסייגים זאת למקרים יוצאי דופן. מכל מקום, מרבית הדעות לא עסקו בהיקף הסעד (מלא או חלקי) שיהיה ניתן לקבל. יתרה מכך, כפי שראינו בפרק הקודם, סוגיה זו שנויה במחלוקת בפסיקת בית המשפט העליון, וכפי שאראה בפרק הבא, סוגיה זו קיבלה מענים מגוונים בשיטות המשפט השונות, בעיקר בנוגע לסוג הסעד שיהיה ניתן לקבל. נוסף על כך, אראה בפרק ד את הדינמיות שקיימת בסוגיה זו בענפי המשפט הפרטי בכלל (דיני הנזיקין, דיני הקניין לרבות דיני הקניין הרוחני ודיני עשיית עושר ולא במשפט) ובדיני החוזים בפרט. מטרת מאמר זה היא לבחון את הסוגיה הזאת באמצעות ההצדקות התומכות בכלל של ייחוד עילה או שוללות את קיומו, כפי

29 יובל פרוקצ'יה "סעדים בגין מצג שווא: ניתוח כלכלי" משפטים מג 251, 272, 280 (תשע"ג). את המסקנה דלעיל מגדיר ד"ר פרוקצ'יה כמודל הפשוט. במסגרת המאמר הוא מאתגר את המודל בקשיים שונים ומסיק מסקנות בדבר המצב הראוי ביחס לכל קושי. מכל מקום, פיצויי ציפיה מוגדרים במקרה של מצג שווא כפיצויים שמעמידים את הניצג במצב שבו היה עומד לו אכן היה המצג שהוצג לו אמת, שם, בעמ' 255.

30 איל זמיר "טעות בכדאיות העסקה: שווי האובייקט, התפתחויות עתידיות, נטילת סיכון ורשלנות הטועה" **דין ודברים** י 57, 86-89 (תשע"ח), פרופ' זמיר מציין שליבון שיטתי של סוגיה זו חורג ממסגרת מאמרו ומפנה בהקשר זה למאמר דנא, שם, טקסט ליד ה"ש 130.

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

שיוצגו בפרק ג; באמצעות משפט משווה כפי שיוצג בפרק הבא ובאמצעות התובנות שהתקבלו מהפעלתו או משלילתו בענפי המשפט הפרטי השונים, והצעת מודל חדש.

4. מבט לשיטות משפט אחרות

שאלת ייחוד העילה באשר לפגמים בכריתת חוזה זכתה להתייחסויות מגוונות בשיטות המשפט השונות. שאלה זו זכתה גם למענה מגוון בשני מיזמים שניסו ליצור מודל לדיני חוזים אירופיים: א. *Principles of European Contract Law (PECL)*; ³¹ ב. *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*; ³² סעיף 1:117 (1) ל-PECL מאפשר למי שביטל חוזה לפי פרק הפגמים לקבל פיצוי מהצד השני שיעמיד את הצד שביטל את החוזה קרוב ככל האפשר למצב שהיה בו לו לא כרת את החוזה, ובתנאי שהצד השני ידע, או היה עליו לדעת, על הפגם. הסדר דומה קיים גם בסעיף 1:214 (1) ל-DCFR. ³³ פיצויי ההסתמכות כוללים גם פיצויים על אובדן הזדמנויות עסקיות שנמנעו מהנפגע. יתרה מכך, הפיצויים כוללים נזקים כלכליים ושאינם כלכליים. ³⁴ הסדר זה מיושם למשל במשפט הספרדי. אמנם בשיטת משפט זו פיצויים ניתנים בדרך כלל במקום סעד הביטול, אך הנפגע התמים שביטל את החוזה יכול לקבל פיצויי הסתמכות. ³⁵ פסיקת פיצויי שלילי במקרה זה מקובלת גם בפורטוגל. ³⁶ במשפט האסטוני הצד שביטל את החוזה זכאי לפיצויי שלילי בלבד אם הצד השני ידע, או היה עליו לדעת, על הטעות, ההטעיה או הכפייה. ³⁷ למעשה מדובר בהסדר דומה לסעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, שמאפשר לקבל פיצויי בשל חוסר תום לב במשא ומתן. ואכן,

- 31 לפרשנות הוראות ה-PECL ראו Luisa *Principles of European Contract Law and Italian Law* (Antoniolli & Anna Veneziano ed., 2005).
- 32 לפרשנות הוראות ה-DCFR ראו *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Christian Von Bar & Eric Clive eds., Vol 1 2009) (להלן: DCFR).
- 33 שם, בעמ' 528-529.
- 34 שם, בעמ' 530. ביחס לאובדן הזדמנויות כחלק מהפיצוי השלילי, ראו גם: Antonioli & Veneziano, לעיל ה"ש 31, בעמ' 242-243. ביחס למשפט האיטלקי, ס' 1337 לקוד סיביל האיטלקי קובע כי במהלך משא ומתן ובכריתת החוזה יתנהגו הצדדים בתום לב. ס' 1338 קובע כי צד שידע, או היה עליו לדעת, על קיומה של סיבה להיעדר תוקף של החוזה ולא יידע את הצד השני, יהיה אחראי לפצות על הנזק שסבל הצד השני שסמך ללא אשמה על תוקף החוזה. צד שידע, או שהיה עליו לדעת, שהצד השני אינו מודע למידע חיוני על העסקה שעלול לגרום לו נזק, מחויב להציג את המצב כראוי. אף שלכלל זה תמיכה רחבה בספרות, בתי המשפט מיישמים אותו באופן צר. הגישה הקיימת כיום של בתי המשפט באיטליה היא לראות באחריות טרום-חוזית כייחוד עילה במיוחד בשני מצבים: פרישה לא מוצדקת ממשא ומתן (ס' 1337) ומידע על חוסר תקפות החוזה (ס' 1338). הפיצויים על פרישה לא מוצדקת ממשא ומתן יהיו פיצויי הסתמכות. למשל, כאשר המשא ומתן על שכירות מבנה כשל ללא סיבה מוצדקת, השוכר הפוטנציאלי יצטרך לפצות על ההוצאות שהוציא המשכיר כדי להתאים את המבנה לדרישות השוכר הצפוי, ובתנאי שהשוכר היה אמור לשלם בגינן. בכל מקרה הפיצוי לא יעלה על ערך החוזה העתידי, Antonioli & Veneziano, לעיל ה"ש 31, בעמ' 142-144.
- 35 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 531 הערה 1.
- 36 שם, בעמ' 532 הערה 3.
- 37 שם, בעמ' 531-532. הערה 1.

כאשר מדובר בטעות שידועה לצד השני בפועל או בכוח, הטעיה (בזדון או ברשלנות³⁸), כפייה או עושק, קיים חוסר תום לב במשא ומתן, שמזכה את הצד הנפגע שביטל את החוזה בפיצויי הסתמכות. כפי שאראה בפרק 1.1. (א) שילוב סעדים אלו אינו מעורר כל קושי.³⁹

הסדר מאתגר יותר מבחינת נושא המאמר מצוי בסעיף 4:106 ל-PECL. לפי סעיף זה, אדם שהסתמך על חוזה לפי מידע שגוי שנתן לו הצד השני זכאי לפיצויים, אפילו אם המידע השגוי לא הגיע לרף של טעות יסודית,⁴⁰ ולכן לא ניתן לבטל את החוזה, אלא אם כן לצד שנתן את המידע הייתה סיבה להאמין שהמידע היה נכון. ביחס לסעיף זה, מדובר רק במידע שגוי ולא במידע חסר. עם זאת ניתן לחלוק אם כל סוג של מידע שגוי, אפילו מינימלי, מקנה לנפגע פיצויים.⁴¹ ההסדר המקביל בסעיף 7:204 ל-DCFR מוסיף תנאי לפיצוי: הצד השני ידע, או שהיה עליו לדעת, שהצד הראשון הסתמך על המידע בהחלטתו להתקשר בחוזה. עם זאת אין צורך שהמידע השגוי יהיה הגורם היחיד או הבלעדי להתקשרות.⁴² ברם אם פעולתו של הצד שקיבל את המידע לא הייתה סבירה כאשר הסתמך על המידע, לא תוטל אחריות על הצד שסיפק את המידע גם אם ספק המידע האמין שהמידע לא נכון או לא הייתה לו סיבה להאמין שהמידע נכון.⁴³ כאשר לצד שמסר את המידע הייתה סיבה להאמין שהמידע נכון, ראוי שכל צד יישא בהפסד שלו.⁴⁴ למעשה, מדובר בדוגמה למקרה שבו העילה לביטול החוזה לא התקיימה בשל אי-התקיימות רכיב מהותי. הסעיף הזה ב-DCFR אף מדהיש שהאפשרות לקבל פיצוי קיימת כאשר אין זכות לביטול החוזה,⁴⁵ ולא רק כאשר לא התקיימה טעות יסודית.⁴⁶ ברם הצד הטועה

38 הטעיה אפשרית לפי כמה גישות גם כאשר היא נעשתה בתום לב. יש הסבורים שהטעיה בתום לב אפשרית רק בהטעיה במעשה, פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 784, 786, 813-814, 845-846. לפסק הדין השולל הטעיה במחדל בתום לב ראו ע"א 11/84 רבינוביץ נ' שלב – הקואפריטיב המאוחד להובלה בע"מ, פ"ד מ(4) 533 (1986). ויש הסבורים שהיא אפשרית גם במחדל, שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 322; נינה זלצמן "הצהרה כוזבת רשלנית בשלב משא ומתן לכריתת חוזה" עיוני משפט ח 55, 61-62 (תשמ"א); השופט שמגר בע"א 1304/91 טפחות – בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' ליפרט, פ"ד מז(3) 309, 326-327 (1993). לשיטות השונות ראו בהרחבה, איל זמיר "טעות והטעיה בכריתת חוזה" ספר אור 203, 251-256 (תשע"ג). אם ההטעיה אכן נעשתה בתום לב, אין רלוונטיות לפיצוי בשל חוסר תום לב. ראו להלן ה"ש 335, והטקסט לידה.

39 העילה שמתייחסת לטעות יסודית מצויה בסעיף על פי ס' 4:103 ל-PECL.

40 Antonioli & Veneziano, לעיל ה"ש 31, בעמ' 203.

41 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 487-488. היסוד הנפשי הנדרש להשית פיצוי על הצד השני כאשר לא קיימת זכות ביטול הוא שהעברת המידע הייתה בפזיזות או ברשלנות, שם, מעניין שב-PECL לא שמו דגש על השפעת המידע השגוי על הצד הטועה, Antonioli & Veneziano, לעיל ה"ש 31, בעמ' 203.

42 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 488. זו התפיסה הפרשנית גם של ה-PECL – לא ניתן לתבוע פיצויים אם הצד הטועה היה יכול לבדוק את המידע Antonioli & Veneziano, לעיל ה"ש 31, בעמ' 203. עם זאת, לשון הסעיף מצומצמת יותר והסייג חל רק כאשר הטעות היא "inexcusable" (ס' 4:103(2)(a) ל-PECL). להרחבה בנושא זה ראו זמיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 74-84.

43 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 487.

44 ס' 204:7(2).

46 ראוי לציין כי פרק 4 ל-DCFR עוסק גם הוא בחבות טרום-חוזית, והוא כולל הוראה דומה המתייחסת לחבות בגין הסתמכות משמעותית על מידע שגוי. ברם ההוראה שם מתייחסת למידע שסיפק בעל מקצוע בלבד, ולכן טווח היקפה מצומצם יותר בהקשר זה, אך היא רחבה יותר באספקטים אחרים. במקרים

יכול לקבל פיצוי אם לצד השני לא הייתה סיבה להאמין שהמידע נכון. ביחס לסוג הפיצויים נקבע ב-PECL שהוא מוגבל להפסד שנגרם לטועה בשל הטעות.⁴⁷ הגדרה זו מאפשרת לפרש את סוג הפיצויים הללו ככאלו שאינם מגנים על "אינטרס ההסתמכות על כריתת החוזה" אלא על "אינטרס ההסתמכות על המצג", כהגדרת ד"ר יובל פרוקצ'יה.⁴⁸ עם זאת בפרשנות שניתנה ל-DCFR נקבע שבמקרה זה הטועה לא זכאי לפיצויי ציפייה, דהיינו להפרש בין מה שקיבל לבין מה שהיה אמור לקבל אם המידע היה נכון, אלא לפיצוי על ההפסד שנגרם בפועל מן המידע השגוי, שהוא ההפרש בין הערך של מה שקיבל לסכום ששולם בפועל.⁴⁹ לשון אחר, מדובר גם כאן בפיצויי ההסתמכות על כריתת החוזה.⁵⁰ נוסף על כך הטועה זכאי גם לנזקים תוצאתיים נלווים.⁵¹

רוב שיטות המשפט באירופה מכירות בפיצוי לנזק אשר נגרם לצד בחוזה אשר נכנס להתקשרות חוזית בהתבסס על מידע שגוי, שסיפק הצד השני ביסוד נפשי של אשמה כזו או אחרת, אפילו אין הדבר עולה כדי הטעיה (fraud).⁵² למשל, בצרפת, בבלגיה ובכולגריה ניתן לקבל במקרים דומים פיצוי על בסיס אחריות טרום-חוזית שמתבססת על אחריות נזיקית יותר משמתבססת היא על אחריות חוזית. היקף הפיצוי מסור לשיקול דעתו של השופט.⁵³ השיטה האוסטרית מכירה בדוקטרינת culpa in contrahendo, שבמסגרתה מפוצה הצד הניזוק בפיצויים המעמידים אותו במקום שבו היה אלמלא המידע השגוי.⁵⁴ סוג פיצוי זה נראה דומה להגנה על אינטרס ההסתמכות על המצג. דוקטרינה זו אף

שבהם נוצרת חפיפה בין ההוראות השונות הנתבע יכול לבחור את ההוראה המתאימה לו כרצונו, Von Bar & Clive לעיל ה"ש 32, בעמ' 490.

47 ראו ס' 117: (2)4 ל-PECL.
48 פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 255 ה"ש 6. ד"ר פרוקצ'יה עומד שם גם על הקרבה הרעיונית לאינטרס שחוזר השקילות החוזית שעליו עמד פרופ' איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות (בשולי ע"א 5493/95 דיוור לעולה נ' קרן, פ"ד נ(4) 509) "משפטים כט 783 (תשנ"ח-תשנ"ט); Eyal Zamir, *The Missing Interest: Restoration of the Contractual Equivalence*, 93 VA. L. REV. 59 (2007).

49 Von Bar & Clive לעיל ה"ש 32, בעמ' 489.
50 פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 256-257.
51 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 489-490.
52 שם, בעמ' 490, הערה 1.
53 שם, בעמ' 490.

54 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 490. הדוקטרינה של culpa in contrahendo עוסקת במצבים של אשמה בתהליכי המשא ומתן. לניתוח דוקטרינה זו במשפט הגרמני והצרפתי והצעה לאמצה במשפט האמריקאי ראו Steven A. Mirmina *A Comparative Survey of Culpa in Contrahendo, Focusing on its Origins in Roman, German, and French Law as Well as its Application in American Law*, 8 CONN. J. INT'L L. 77 (1992-93), הדוקטרינה פותחה בעיקר בידי המלומד Rudolf von Jhering. בהקשר החוזי הדוקטרינה מטילה חבות על רשלנות לנזק כלכלי טהור שנגרם במהלך משא ומתן לאחד הצדדים בגלל אשמתו של הצד האחר. הדוקטרינה חלה הן על סיטואציה שבה אחד הצדדים הוציא מכספו עבור המשא ומתן, אך בשל אשמת אחד הצדדים החוזה לא נכרת, והן על מקרים שבהם החוזה נכרת אך בוטל. דוקטרינה זו השפיעה על הקודקס הגרמני, בין היתר בכך שיש הכרה בנזקי ההסתמכות עבור ביטול חוזה על בסיס עילת הטעות. כעיקרון, דוקטרינה זו אמורה להיות מיושמת אך ורק במקרים שאין בהם הוראה ספציפית של החוק האזרחי המכסה את הסיטואציה העובדתית. עם זאת בתי משפט משתמשים בעילה זו במקרים של פגמים בכריתה, B.S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, *THE GERMAN LAW OF*

מיושמת בשיטה היוונית, האיטלקית, ההולנדית, הפולנית, הפורטוגזית, השוודית והפינית. בשיטה הדנית בתי המשפט יכירו בדוקטרינה זו רק במקרה שבו בוצעה הטעיה או הייתה הפרה ברורה של הכללים הנוגעים לכריתת חוזה.⁵⁵ בשיטה הגרמנית הדוקטרינה מציבה את הצד הנפגע במקום שבו היה אלמלא נכרת החוזה. הצד הנפגע רשאי לבטל את החוזה או לבקש פיצויים על פגיעה באינטרס ההסתמכות שכוללים אבדן הזדמנות אחרת. השיטה הצ'כית מכירה בחבות נזיקית שמתבססת על הדוקטרינה Culpa in Contrahendo ועל החובה של הצדדים לסלק כל דבר שעלול להגביר את הסכסוך בניהול יחסיהם החוזיים.⁵⁶ בשיטה האנגלית והאירית נפגע אינו רשאי לקבל פיצויים עבור "טעות בלבד" (pure mistake), אך רשאי לקבל פיצויים בגין טעות שנגרמה ממצג שווא, אם לצד שסיפק את המידע השגוי לא היה בסיס להאמין שדבריו נכונים. כמו כן ניתן לתבוע על בסיס של אחריות נזיקית בגין "מצג שווא רשלני", אך הדבר מחייב יחסים מיוחדים בין הצדדים. פיצויים לא יינתנו אם ספק המידע לא פעל ברשלנות, אך בית המשפט יכול באופן חריג להפעיל את שיקול דעתו ולא לאפשר ביטול במקרה של מצג לא נכון שניתן בתום לב וללא רשלנות, וחלף זאת לפסוק פיצוי.⁵⁷ בשיטה הסקוטית פיצוי למצג שווא רשלני טרום-חוזי יינתן דרך המסלול הנזיקי.⁵⁸ בשיטה הסלובקית סיטואציות כאלו נדונות לפי ההוראה הכללית של התעשרות לא צודקת.⁵⁹ בשיטה האסטונית הגישה היא שהמשא ומתן מייצר מערכת יחסים בין שני הצדדים, וכאשר צד מספק מידע שאינו מדויק, הוא מפר את מערכת היחסים. הפיצויים מוגבלים לפיצוי הסתמכות בלבד.⁶⁰ בשיטה הסלובנית אחריות בגין מסירת מידע שגוי בשלב הטרם-חוזי יכולה להיות על בסיס הדוקטרינה Culpa in Contrahendo.⁶¹ הסדר מאתגר נוסף מצוי בסעיף 117: (2) ל-PECL, שמתייחס לשלושה מקרים שבהם לצד הייתה זכות לבטל את החוזה בשל פגם, אך אותו צד: א. בחר שלא להפעיל את זכות הביטול; ב. איבד את זכות הביטול בשל חלוף הזמן הסביר; ג. אישר את החוזה לאחר שנודעה לו עילת הביטול או לאחר שהיה יכול לפעול באופן חופשי (למשל אם פסקה הכפייה). בשלושת המקרים הללו, אם הצד השני ידע, או היה עליו לדעת, על הפגם בכריתה, הנפגע זכאי לפיצויים שיוגבלו להפסד שנגרם לו מן הפגם (טעות, הטעיה, כפייה או ניצול יתרון לא הוגן). הווה אומר, שגם במקרה זה הפיצוי אמור להעמיד את אותו צד במצב שהיה בו לו היה החוזה נכרת ללא פגם.⁶² הסדר זה נכלל באופן דומה גם בסעיף 7:214 ל-DCFR.⁶³ פיצוי בגין קיומו של הפגם לא יאפשר לקבל פיצוי על נזקים שאינם קשורים לפגם, כגון ירידת כללית של ערך המקרקעין. במקרה זה מצבו של הנפגע עלול להיות גרוע מהמצב שבו היה לו

Von Bar & Clive CONTRACT 44, 64–66 (1997). לאור האמור ב-

לא בוטל, שם, בעמ' 490–491.	
Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 490–491.	55
שם, בעמ' 491, הערה 2.	56
שם, בעמ' 491, הערה 3.	57
שם, בעמ' 491, הערה 4.	58
שם, בעמ' 491, הערה 5.	59
שם, בעמ' 491, הערה 6.	60
שם, בעמ' 492, הערה 7.	61
Antoniolli & Veneziano, לעיל ה"ש 31, בעמ' 203.	62
Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 528.	63

ביטל את החוזה וקיבל פיצויי הסתמכות על כריתת החוזה.⁶⁴ מובן שהפיצוי מותנה באשמה שמיוחסת לצד השני.⁶⁵ פיצוי כנגד הצד השני יינתן גם כאשר הפגם נוצר בידי צד שלישי, והצד השני ידע, או היה עליו לדעת, על הפגם או שהצד השלישי פעל מטעמו או בהסכמת הצד השני ביצירת החוזה.⁶⁶ כאשר לצד הנפגע קיימת תרומה לגרימת ההפסד שנגרם לו, הפיצוי אמור להיות מופחת בהתאם.⁶⁷ כלל זה מיישם את הרעיון של אשם תורם בדיני חוזים.⁶⁸

תפיסה זו מקובלת בשיטות המשפט האירופיות, שמאפשרות לקבל פיצויים עבור נזק כאשר קיימת עילה לביטול החוזה בשל אשמה של הצד השני. בצרפת ובלוקסמבורג מבססים את הפיצוי על עקרונות כלליים של אחריות נזיקית. בפולין ובבלגיה מתבססים במקרים אלו על הדוקטרינה של culpa in contrahendo כיישום של עקרונות כלליים נזיקיים.⁶⁹ באיטליה ובסלובקיה מכירים במקרים אלו בחבות בעלת אופי חוץ-חוזי. בגרמניה ניתן לקבל פיצוי אם הצד השני זכה ליתרון עצום על פני הנפגע בעילה של Intentional damage contrary to public policy או על פי הדוקטרינה של culpa in contrahendo, ודין דומה קיים גם בפורטוגל.⁷⁰ במשפט הדני מקובל שהצד הנפגע רשאי לקבל פיצויי הסתמכות אם הצד האחר נהג ברשלנות או בחוסר תום לב. במשפט האוסטרי ניתן לקבל סעד על פי הדוקטרינה של culpa in contrahendo, ובמשפט היווני ניתן להתבסס על הוראות נזיקיות כלליות.⁷¹ במשפט האנגלי, האירי והסקוטי אין כללים ספציפיים למקרה דנא, אך פיצויים יינתנו עבור הטעיה או עילת מצג שווא רשלני. בנוסף, בניסיונות מסוימות כפייה יכולה לבסס עילה נזיקית. אפילו במקרים הנדירים שבהם המשפט האנגלי מכיר בחובת גילוי, מחדל מגילוי יקנה סעד לביטול החוזה אך לא לפיצויים.⁷² לא נראה כי פיצויים יינתנו במקרים של טעות שאינה כוללת מצג שווא רשלני או בהשפעה בלתי הוגנת.⁷³ בשיטות משפט שהתייחסו לשיעור הפיצויים (גרמניה, אוסטריה, סלובניה, פינלנד, אנגליה ואיטליה), כאשר ההסתמכות הייתה על הדוקטרינה של culpa in contrahendo או עוללות נזיקיות, ניתנו פיצויי הסתמכות בלבד. לעומת זאת במשפט ההולנדי הצד הטועה יכול לקבל פיצויי ציפיה. בפורטוגל הדעה הרווחת היא שניתן לקבל פיצויי שלילי בלבד, אך יש הסוברים שיש לתת פיצוי חיובי.⁷⁴

64 שם, בעמ' 530.
65 שם, בעמ' 531.
66 על פי כללי המשפט האירופי, אם צד שלישי שיצר את הפגם פעל בחסות הצד השני או שפעל ביצירת החוזה בהסכמת הצד השני, הסעדים יינתנו בדומה למצב שבו ההתנהגות והמודעות היו של הצד השני. בכל מקרה אחר של יצירת הפגם בידי צד שלישי יינתנו הסעדים אם הצד השני ידע או היה עליו לדעת על הפגם, או שבעת ביטול החוזה טרם פעל הצד השני בהסתמך על החוזה (ס' 4:111 ל-PECL). עם זאת פיצויים יינתנו רק כאשר הצד השני ידע או היה עליו לדעת על הפגם, Antonioli & Veneziano, לעיל ה"ש 31, בעמ' 242.
67 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 531.
68 לאשם תורם בדיני החוזים ראו ע"א Eximin S.A. 3912/90, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64 (1993); אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (תשנ"ו).
69 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 531, הערה 1.
70 ס' 826 ל-BGB וכן Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 531, הערה 1.
71 שם, בעמ' 531, הערה 1.
72 שם, בעמ' 532, הערה 2. לאחר הגלגל זה ראו שם.
73 שם, בעמ' 532, הערה 2.
74 שם, בעמ' 532, הערה 3.

עד כאן עסקנו ביחס שבין העילה של פגם בכריתה שמאפשרת את ביטול החוזה לבין האפשרות לפסוק סעד של פיצויים. שאלה נוספת היא אם כאשר העילה של פגם לא מתקיימת כי לא התקיים אחד מרכיבי העילה, או שחלף הזמן הסביר, ניתן להסתמך על עילה אחרת שמאפשרת את מניעת קיום החוזה. בהקשר זה מעניין כי במשפט האנגלי במקרים של הסכם מכר מקרקעין שנכרת בשל טעות רשלנית, והצד השני לא ידע על טעותו של הצד הראשון, ייתכן כי בית המשפט יסרב להורות על אכיפה בעקבות הפרת החוזה מצד הטועה אם אכיפת החוזה תגרום לצד הטועה "מצוקה המעוררת חוסר צדק", אם כי בית המשפט רשאי להשית פיצוי על הצד הטועה בשל נזקים שנגרמו בשל הפרתו.⁷⁵ למעשה מדובר בהסדר הדומה לסעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, שלפיו לא תינתן אכיפה אם היא בלתי צודקת בנסיבות העניין. חלף סעד האכיפה ניתן כמובן לפסוק פיצויי קיום. ואכן, במשפט האנגלי ניתן להשית על הטועה במקרה זה לשלם פיצוי בגין הפרה, שהוא בדרך כלל פיצוי חיובי. במשפט הגרמני קיימת אף גישה דרמטית יותר במקרים מתאימים. המשפט הגרמני עשוי להגיע לתוצאה של בטלות מכוח עקרון תום הלב במקרה של "טעות משותפת" באשר לנתון בסיסי בעסקה כאשר שני הצדדים לעסקה לא היו מודעים לטעות. למשל, באחד מפסקי הדין נקבע כי חוזה בין שתי קבוצות בייסבול בטל בשל אי-עמידה בחובת תום הלב, משום ששתי הקבוצות טעו בעת כריתת החוזה באשר להעברת שחקן, היות שלא היו מודעות לכך שהשחקן לקח שוחד ובכך איבד את ערכו.⁷⁶

ההתייחסות האחרונה למצב המעורר שאלה של ייחוד עילה קיימת בסעיף 119:4 ל-PECL, שלפיו אם מתקיימות יחדיו גם עילה לפגם בכריתה וגם עילה להפרה, הנפגע זכאי לבחור את הסעדים המתאימים לו בכל עילה כל עוד הצירוף אינו פסול מבחינתם של דיני צירוף סעדים. הוראה זוהי קיימת בסעיף 216:7 ל-DCFR.⁷⁷ עם זאת ההתייחסות לסוגיה זו שונה בין שיטות המשפט השונות. בגרמניה, כשמדובר במקרה המצוי בכללים העוסקים בסחורה פגומה, תרופתו היחידה של הקונה היא שימוש בכללים אלה בלבד. אותו הדין חל גם בצ'כיה.⁷⁸ לעומת זאת בצרפת, כאשר מתקיימות שלוש עילות בעת ובעונה אחת: א. סעד בגין פגם בכריתה שניתן לקבלו עד חמש שנים מהפעולה שיצרה את הפגם בכריתה; ב. סעד בגין ביטול חוזה בשל הפרתו (אי ביצוע) שניתן לקבלו עד תקופה של 30 שנה; ג. סעד בגין אי-התאמה שניתן לקבלו ב"זמן קצר" בלבד לאחר קיום החוזה, אזי כל זמן שקיימת עילה של טעות, התובע רשאי לבחור באחת משלוש העילות דלעיל. לבחירה זו משמעות קריטית לאור פרקי

75 CHITTY ON CONTRACTS, Vol I: GENERAL PRINCIPLES 353–354 (Hugh G. Beale general ed., 32th ed. 2015). עם זאת רוב פסקי הדין העוסקים בסירוב לביצוע ספציפי הם ישנים. לא ברור אם המגמה המודרנית המצמצמת את השימוש בטעות חד-צדדית עבור תיקון החוזה או ביטולו תמשיך לסרב לדרישות של ביצוע ספציפי במקרה של הפרה, שם, בעמ' 354. לביקורת של פרופ' איל זמיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 88–89, וכן ה"ש 133.

76 BGH NJW 1976, 565 case no. 111, MARKESINIS, LORENZ, DANNEMANN אצל כמזוטט אצל, לעיל ה"ש 54, בעמ' 540, 547, 818–821.

77 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 528–529, 534. במקור זה מודגש כי לא ניתן לבטל את החוזה ולקבל פיצויים בגין הפרתו. ברם בשיטתנו אין כל בעיה לקבל פיצויי קיום במקרה של ביטול החוזה, ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 78–79. בהקשר זה ראו גם: Antonioli & Veneziano, לעיל ה"ש 31, בעמ' 249.

78 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 535 הערה 1.

הזמן השונים להפעלת כל עילה. למשל, בית המשפט בפריז עסק בחוזה שבוטל בגין טעות בחוזה שנוצרה בשל זיוף תאריך הייצור של מכונית משומשת בידי המוכר. המוכר טען כי הקונה אינו רשאי להעלות טענת טעות לאחר תום ה"זמן קצר" משום שזהו מקרה של אי-התאמה. בית המשפט קבע כי לעילת הטעות יש התקופה שלה, ואין זה משנה אם הטעות נגרמה בשל העובדה שמבססת עילה לאי-התאמה.⁷⁹ עם זאת כאשר קיימת חפיפה בין העילה של הפרה בשל אי-ביצוע לבין העילה של אי-התאמה, אזי משעה שהסחורה הועברה היה ניתן להפעיל רק את העילה של אי-התאמה. ברם כיום בתי משפט מתייחסים גם להעברת סחורה פגומה כ"חוסר ביצוע", וקו הגבול בין השתיים היטשטש.⁸⁰ מלבד שיטות אלו קיימות שיטות משפט אחרות שמאפשרות לנפגע לבחור בין שתי העילות והסעדים מכוחן, למשל במדינות אלה: בלגיה, לוקסמבורג, אוסטריה, יוון, איטליה, הולנד, פולין, סלובניה והמדינות הסקנדינביות. בספרד מתאפשרת בתמיכת בית המשפט העליון בחירה בין תרופות כשמדובר במצב של מצג שווא או טעות ותרופות חוזיות עבור פגמים נסתרים או אי-התאמה. באירלנד ובסקוטלנד הכלל הוא שיש לאפשר בחירה בין תרופות בגין מצג שווא והפרה.⁸¹ בפורטוגל נראה כי הנפגע יכול לבחור בין תרופות בגין הפרה או טעות, לפי מגבלות מעטות. באסטוניה הדעה הרווחת בספרות נוטה לתמוך בחופשיות הבחירה בין תרופות.⁸²

ממשק חשוב נוסף מתקיים במשפט הגרמני ביו עילת העושק לעילה של חוזה הנוגד את תקנת הציבור. כידוע, עקרון תום הלב ועילת העושק הגיעו למשפט הישראלי מהמשפט הגרמני, ולכן קיים דמיון רב בין שני סעיפי העושק, הגרמני והישראלי. במשפט הגרמני עושק הוא מקרה פרטי של חוזה שסותר את תקנת הציבור, ובמקרים שלא התקיימה עילת העושק פנו לדוקטרינה הכללית של תקנת הציבור.⁸³ ניתן לחלק את המקרים שעילת העושק עוסקת בהם לבטלות בשל הגנה על אינטרסים

79 Barry Nicholas, *The French Law of Contract* 82–83, 88 (2nd ed. 1992), שם מצוטט פסק הדין Paris 20.4.64 D. 1964 Somm. 97.

80 שם, בעמ' 83. כן ראו Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 535 הערה 1, שלפיו, במצב שבו שתי העילות אפשריות (הפרה בשל אי-ביצוע ואי-התאמה), לנפגע אין אפשרות בחירה, הוא חייב לבחור באי-התאמה, והוא אינו יכול לבטל את החוזה. אך כאמור הכלל שונה במקרה של תרמית.

81 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 535 הערה 1. במשפט האנגלי ראו ס' 1 ל- Misrepresentation Act, 1967, שמאפשר לנפגע לבחור בין עילות. במשפט ההולנדי נקבע כי העובדה שהתנהגות מסוימת יכולה להיות מסווגת כטעות, הטעיה, כפייה או עושק אינה גורעת מהאפשרות לבטל חוזה בשל הפרה או בעילה אחרת המאפשרת ביטול החוזה. כמו כן עילות אלו אינן מונעות את האפשרות לקבל פיצויים בגין פעולה לא חוקית, ראו Arthur S. Hartkamp, Marianne M.M. Tillema, Annemarie E.B. Ter Heide, *Contract Law in the Netherlands* 85 (2011).

82 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 535 הערה 1.

83 ס' 138, 242 ל-BGB הגרמני; דויטש, לעיל ה"ש 28, בעמ' 32–39 והאסמכתאות שם. אמנם העושק הגיע מהמשפט הגרמני תחילה לעברת העושק בס' 431 לחוק העונשין, תשל"ז–1977, אך מעברה זו הוא הגיע לס' 18 לחוק החוזים, שם, שם. לביקורת המוצדקת על העובדה שהמשפט הישראלי שאב את דיני תום הלב והעושק מהמשפט הגרמני, ראו דויטש, שם, בעמ' 21, 34. ראו גם שלו, לעיל ה"ש 13, בעמ' 89–90, 342. ראו גם: זאב צלטנר "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי)", התש"ל–1970 "עיוני משפט" ג 121 (תשל"ג–תשל"ד); יואל זוסמן "תום הלב בדיני חוזים – הזיקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו 485 (תשל"ח–תשל"ט); דרורה פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)", התשל"ג–1973 והזיקה לדין הגרמני "הפרקליט" לו 53 (תשמ"ד–תשמ"ו). בהקשר זה ראו גם: ע"א 2041/05 מחקשווילי נ' מיכקשווילי (פורסם בנבו, 19.11.2007): "מיקומה של עילת העושק כקונקרטיזציה של תקנת הציבור,

ציבוריים⁸⁴ ובטלות בשל הגנה על אחד הצדדים.⁸⁵ עם זאת יש לזכור שהעושה במשפט הגרמני, כמקרה של חוזה שסותר את תקנת הציבור, דינו בטלות (Void) ולא ניתן לביטול (Voidable), ולכן יש להיות זהירים בהפניה אליו.⁸⁶ מכל מקום, ממשק זה רלוונטי לפרק שבו נדון בדוקטרינות שאינן נתונות לבחירת הנפגע, שכן במשפט הישראלי חוזה הסותר את תקנת הציבור בטל, ולכן אם המקרה חוסה תחת כנפיה של תקנת הציבור, אין כלל חוזה שיש לדון בביטולו בשל עושה. בנושא זה נדון בפרק ה.4.

לסיכום פרק זה ניתן לחלק את התייחסות המשפט המשווה לחמש קטגוריות: א. כאשר החוזה בוטל בשל פגם בכריתה ניתן לקבל פיצויי הסתמכות עקב כריתת החוזה; ב. כאשר לא ניתן היה לבטל את החוזה בשל פגם בכריתה בשל כישלון בהוכחת רכיב מהותי קיימות שתי גישות בנוגע לסעד הפיצויים: (1) פיצויי הסתמכות עקב כריתת החוזה, (2) פיצויי הסתמכות עקב הפגם (במונח "פיצויי הסתמכות עקב הפגם" הכוונה למונח "פיצויי הסתמכות על המצג", של ד"ר יובל פרוקצ'יה.⁸⁷ ברם מאחר שהמאמר דנא עוסק לא רק בטעות והטעיה אלא גם בכפייה ועושה, נכנה את סוג הפיצוי הזה "פיצויי הסתמכות עקב הפגם"); ג. כאשר לא ניתן היה לבטל את החוזה בשל פגם בכריתה בשל חלוף הזמן הסביר, קיימות שלוש גישות באשר לסעד הפיצויים: (1) פיצויי הסתמכות עקב כריתת החוזה, (2) פיצויי הסתמכות עקב הפגם, (3). פיצויי ציפייה; ד. כאשר הנפגע מהפגם אינו מעוניין לבטל את החוזה, קיימות שלוש גישות באשר לסעד הפיצויים: (1) פיצויי הסתמכות עקב כריתת החוזה, (2) פיצויי הסתמכות עקב הפגם, (3) פיצויי ציפייה; ה. במקרה של תביעה כספית נגד הצד השני לחוזה במקרה שהפגם נעשה בידי צד שלישי, בידיעת הצד השני בפועל או בכוח אך לא בהרשאתו, ניתן לקבל פיצויי הסתמכות עקב הפגם.

ב. "ייחוד עילה", "ברירת עילה" ו"ייחוד תרופות"

דיון בסוגיית "ייחוד העילה" מחייב תחילה להבהיר מונח זה ולהבחינו משני מונחים קרובים: "ברירת עילה" ו"ייחוד תרופות". שיטות המשפט נוהגות לעתים ליצור כללים ביחס ליכולת או אי-היכולת לפנות לעילה כללית או לעילה ספציפית אחרת אף שקיימת עילה ספציפית שעוצבה לאותה סיטואציה. הכלל של ייחוד עילה אוסר על פנייה לעילות אחרות כלליות או ספציפיות. באשר למרבית העילות, בשיטת המשפט בישראל, בדומה לשיטות משפט אחרות, אין אינדיקציה בחוק אם בעניינה של העילה הספציפית הכלל של ייחוד עילה קיים או שמא נשלל. מלאכה זו נותרה למלאכת הפרשנות. אמנם

מלמד, בין היתר, כי במשפט הגרמני יש בעושה משום פגם מוסרי – מעבר להקשר הכלכלי שבעילה", שם פס' 3 לפסק דינו של השופט ריבלין.

84 BASIL MARKESINIS, HANNES UNBERATH, ANGUS JOHNSTON, THE GERMAN LAW OF CONTRACT: A COMPARATIVE TREATISE 182–186 (2nd ed. 2006).

85 שם, בעמ' 187–190.

86 דויטש, לעיל ה"ש 28, בעמ' 38; שלו, לעיל ה"ש 13, בעמ' 342.

87 המונח "פיצויי הסתמכות עקב הפגם" משמעו כמונח "פיצויי הסתמכות על המצג" של ד"ר פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 29. מאחר שהמאמר עוסק לא רק בטעות והטעיה אלא גם בכפייה ועושה, נכנה את סוג הפיצוי הזה "פיצויי הסתמכות עקב הפגם".

קיימים מקרים שבהם המחוקק דאג להבהיר באשר לעילה ספציפית אם הכלל של ייחוד עילה מתקיים או נשלל, אך הם נדירים יחסית. למשל, המחוקק הישראלי החיל את הכלל של ייחוד עילה על זכאי לפיצוי בשל נזק גוף שנגרם בתאונת דרכים,⁸⁸ על מי שנגרם לו נזק בתובלה אווירית,⁸⁹ על מי שזכאי להגנה על מידע סודי בתיק המחקרים של תרופה – Data Exclusivity⁹⁰ ועל מי שזכאי לדמי שימוש או לפיצויים בנוגע לציוד שגויס לצה"ל.⁹¹ הכלל של ייחוד עילה יכול להיות יחסי, דהיינו איסור על פנייה לעילה מסוימת או לענף משפטי בלבד, או ייחוד עילה מוחלט, דהיינו איסור על פנייה לכל עילה חלופית.⁹² במסגרת המאמר אראה כי ייחוד עילה יכול להיות גם חלקי בכך שייפסק סעד חלקי בלבד בעילה חלופית. לעומת מקרים אלו של הכרה סטטוטורית בכלל של ייחוד עילה קיימים גם מקרים, נדירים, שבהם המחוקק הישראלי דאג להבהיר שלא מתקיים הכלל של ייחוד עילה, למשל ניתן לתקוף

- 88 ראו ס' 8 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה–1975 שכתרתו "ייחוד עילה": (א) "מי שתאונת דרכים מקנה לו עילת תביעה על פי חוק זה, ... לא תהיה לו עילת תביעה על פי פקודת הנזיקין בשל נזק גוף, זולת אם נפגע בתאונה שנגרמה על ידי אדם אחר במתכוון". (ג) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לגרוע מתביעה על פי פקודת הנזיקין של מי שאין לו עילת תביעה על פי חוק זה". ייחוד העילה הוא "טהור" גם מהבחינה שאין לחייבים על פי חוק הפיצויים זכות חזרה על מי שחייב על פי פקודת הנזיקין, אליעזר ריבלין **תאונת הדרכים: תחולת החוק, סדרי דין וחשוב פיצויים** 393 ה"ש 3 (מהדורה רביעית, תשע"ב). יש המכנים זאת "מחסום מהותי", ע"א 3765/95 **חוסין נ' טורם**, פ"ד נ(5) 573 (1996); שמואל מורד "נזק גוף שראשיתו בתאונת דרכים וסופו ברשלנות רפואית" **הפרקליט** מח 105 (תשס"ה–תשס"ו).
- 89 ס' 10 לחוק התובלה האווירית, תש"ם–1980 קובע כי "אחריותו של המוביל, עובדיו וסוכניו לפי חוק זה לנזק, לרבות לנזק שנגרם עקב מותו של נוסע, תבוא במקום אחריותו לפי כל דין אחר, ולא תישמע כל תביעה לפיצוי על אותו נזק שלא על פי חוק זה, תהא עילתה הסכם, עוולה אזרחית או כל עילה אחרת ויהיו התובעים אשר יהיו". סעיף זה הוא יישום של ס' 124(1) לאמנת ורשה: אמנה לאיחוד כללים מסוימים בדבר תובלה אווירית בין-לאומית (12.10.1929), ישראל הצטרפה בתאריך 8.10.1949. שלפיו: "במקרים הקבועים בסעיפים 18 ו-19 אין להגיש כל תביעה לדמי נזק, תהיה עילתה אשר תהיה, אלא בכפוף לתנאים ולגבולות הקבועים באמנה זו". עם זאת ס' 25 קובע כי "(1) המוביל לא יהיה זכאי להסתמך על הוראות אמנה זו הפוטרות אותו מאחריות או המגבילות אותה אם הנוק נובע מהתנהגות רעה מדעת מצדו או מאשמה אשר לפי דיני בית המשפט הדין בעניין נחשבת כשווה להתנהגות רעה מדעת. (2) כמו כן תישלל מהמוביל זכותו להסתמך על ההוראות האמורות אם נגרם הנזק באותם התנאים על ידי משמש ממשמשי או סוכן מסוכניו של המוביל, כשהוא פועל תוך כדי ביצוע תפקידיו".
- 90 ראו ס' 47ד(ה) לפקודת הרוקחים [נוסח חדש], תשמ"א–1981: "לא ייזקק בית משפט לתביעה, תהא עילתה אשר תהא, אם העילה לתביעה נובעת מהסתמכות על מידע סודי שנמסר במסגרת בקשה לרישום תכשיר קודם, אלא אם כן עילת התביעה היא בשל מעשה או מחדל בניגוד להוראות סעיף זה".
- 91 ראו ס' 26 לחוק רישום ציוד וגיוסו לצבא-הגנה לישראל, תשמ"ז–1987: "לא תהיה לבעל ציוד שגויס כל עילת תביעה על פי כל דין כלפי המדינה או שלוחיה בשל נזק שנגרם לציוד, הוצאות שנגרמו לבעלו או רווח שנמנע ממנו, עקב גיוס הציוד, אלא על פי הוראות חוק זה".
- 92 קיימת שאלה שטרם הוכרעה סופית בפסיקה, אם הכלל של ייחוד עילה בתאונת דרכים אוסר רק על פנייה לפקודת הנזיקין כפי שנקבע במפורש, או שהוא אוסר גם על פנייה לעילות נזיקיות אחרות או על פנייה לעילות אחרות כגון עילה חוזית. אם האפשרות הראשונה היא הנכונה, אזי מדובר בייחוד עילה יחסי, ואם האפשרות האחרונה היא הנכונה, אזי מדובר בייחוד עילה מוחלט. בכל מקרה ייחוד העילה בנוגע לנזק שנגרם בתאונה אווירית הוא מוחלט, לדין בנושא זה ראו להלן טקסט ליד הערה 149. בהקשר זה ראוי לציין כי הפסיקה קבעה כי במקרה של תובלה אווירית שהיא גם תאונת דרכים ייחוד העילה של חוק התובלה האווירית גובר על ייחוד העילה של חוק הפיצויים, ת"א (שלום ת"א) 37654/89 **אל על נ' גת שירותי אוטובוסים**, פ"מ תשנ"ב(4) 40 (1991); ת"א (שלום י-ם) 8527/02 **פרדני נ' פפטה** (פורסם בנבו, 20.6.2006); יצחק אנגלרד **פיצויים לנפגעי תאונות דרכים** 308 ה"ש 3 (מהדורה רביעית, תשע"ג).

חוזה אחיד לא רק באמצעות עילת הקיפוח שבחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 אלא גם באמצעות כל עילה אחרת.⁹³ בנוסף, ניתן לתבוע בשל נזק גוף ממוצר פגום לא רק באמצעות חוק אחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980 אלא גם באמצעות פקודת הנזיקין או כל דין אחר.⁹⁴ כלל מקל מהכלל המחמיר של ייחוד עילה הוא "ברירת עילה". לפי כלל זה, יכול הזכאי לעילה הספציפית לפנות לעילות כלליות או ספציפיות אחרות, אך יהיה עליו לוותר לצורך כך על הזכות שמגיעה לו על פי העילה הספציפית. זהו המנגנון שנבחר למי שהיה זכאי לפיצויים בשל תכנית ההתנתקות על פי החוק המיוחד שחוקק לשם כך. הזכאי היה יכול לפנות לדין הכללי רק אם ויתר ויתור בלתי הפיך על זכותו מכוח החוק.⁹⁵ אמנם מדובר בכלל רך מהכלל של ייחוד עילה, ברם סעיף זה נפסל בבית המשפט העליון, שכן בשל המהירות שבה בוצעה תכנית ההתנתקות, פנייה לדין הכללי וניהול הליכים משפטיים ארוכים לא הייתה רלוונטית למשפחות שנתרו ללא מדור וללא תעסוקה, ולכן בפועל מדובר בכלל של ייחוד עילה. בית המשפט לא סבר שקיים פסול בכלל של ברירת עילה בתחומים אחרים. עם זאת במקרה של ההתנתקות על כל קשייה הוא לא עמד במתחם החוקתי ולכן נפסל.⁹⁶ בית המשפט לא התייחס לחוקתיות הכלל של ייחוד עילה ככלל, אך נראה כי גם באשר לכלל זה לא קיימת בעיה חוקתית בתחומים אחרים.

כלל נוקשה יותר הוא "ייחוד תרופות". כלל זה שולל במצבים מסוימים באמצעות החוק או הפסיקה חלק מהתרופות שהיה ניתן לקבלן בדרך כלל בנוגע לאותה עילה.⁹⁷ למשל, חוזה הימורים

93 ס' 24 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982 קובע כי "הוראות חוק זה לא יגרעו מהוראות כל דין שעל פיו עשוי חוזה או תנאי שבחוזה להיות בטל או ניתן לביטול, ולא ימנעו טענה נגד חוזה או תנאי שבחוזה". ההתייחסות לסעיף זה תידון בפרק ד.4.(ב).

94 ס' 10 לחוק אחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980 קובע כי "חוק זה אינו בא לגרוע מזכויות לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש] או לפי כל דין אחר".

95 ראו ס' 134-135 לחוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005.

96 בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, פס' 187-194 (2005). לחוקים נוספים שיוצרים כלל של ברירת עילה שאינם מעוררים קושי חוקתי על פי בית המשפט: ס' 323 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995; ס' 36-36 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], תשי"ט-1959; ס' 21-21 לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תש"י-1950; ס' 11 לחוק לפיצוי נפגעי גזת, תשס"ד-2004; ס' 8 לחוק לפיצוי נפגעי עירוי דם (נגיף האיידס), תשנ"ג-1993; ס' 7 לחוק ביטוח נפגעי חיסון, תש"ן-1989. ראו גם I. ENGLAND, *THE PHILOSOPHY OF TORT LAW* 125 (1993).

97 הכוונה לשלילת תרופות באמצעות החוק או הפסיקה ולא מכוח התנאה של הצדדים לחוזה. ליכולת להתנות על סעדים, ראו ע"א 156/82 **ליפקין נ' דור הזהב בע"מ**, פ"ד לט(3) 85 (1985). בפסק הדין השופטת בן-פורת שללה את אפשרות ההתנאה על תרופות (הכירה רק באפשרות להתנות על אופן ההשבה), ואילו השופטת נתניהו התירה להתנות על תרופות בכפוף לכך שלא תהיה התנאה רק על הסמכויות השונות של בית המשפט במסגרת הסעדים השונים. השופט אלון בחר שלא להכריע בסוגיה זו. ראו גם דעת השופט ריבלין בפסק דין ע"א 2454/98 **לינדאור נ' רינגל**, פ"ד נו(1) 225 (2001). וכך ע"א 4804/92 **יוסף נ' סמבל** (פורסם בנבו, 9.8.1994). מכל מקום, הדעה הרווחת בספרות נוטה לדעת השופטת נתניהו. ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 90-101; מיגל דויטש **ביטול חוזה בעקבות הפרתו** 221-238 (תשנ"ג). השופט קציר סבר שניתן להתנות על תרופות אך לא ניתן כמובן להתנות על כל התרופות, דוד קציר **תרופות של הפרת חוזה** 274-280 (תשנ"א). לדעה אחרת ראו אורי ידין **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)**, תשל"א-1970 17-21 (תשל"ח). המאמר לא יעסוק גם בסמכות בתי המשפט להפעיל שיקול דעת בנסיבות קונקרטיות ולשלול סעד או להפחיתו. למשל, הדין מאפשר לבתי המשפט לשלול

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

חוקי שלא הוסדר בחוק אינו מאפשר לקבל במקרה של הפרה את סעדי האכיפה ופיצויי הקיום אלא רק ביטול והשבה.⁹⁸ דוגמה נוספת היא חוזה שאילה ששולל את סעד האכיפה ומאפשר רק את סעדי הפיצויים (בתנאים מסוימים), הביטול וההשבה.⁹⁹ נוסף על הסדרים אלו קיימים הסדרים שנראים כי ייחוד תרופות אך הם הסדרים של ייחוד עילה. למשל, סעיף 38 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א–1981, שכותרתו "ייחוד תרופות", קובע כי תרופות המבטח במקרים מסוימים "מוציאות בעניינים הנדונים בהם את תרופותיו לפי דין אחר". ברם אין מדובר כאן במקרה של ייחוד תרופה, שכן העילות על פי חוק חוזה הביטוח מקנות את הסעד הקיים בהן. על מנת לקבל סעד שונה היה המבטח אמור להיזקק ל"דין אחר", ולכן מדובר במקרה של ייחוד עילה.

בהקשר דומה קיימים הסדרים ששוללים לכאורה כלל של ייחוד תרופות, אך הם שוללים למעשה את הכלל של ייחוד עילה. זו התוצאה ביחס להפרת חוזה ולעילות בדיני הפגמים בכריתה חוזה. סעיף 22 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970 (להלן: חוק החוזים תרופות) קובע שביטול המשפט מוסמך לתת "כל סעד אחר". קביעה דומה קיימת גם ביחס לעילות של פגם בכריתה – נושא המאמר. סעיף 22 לחוק החוזים (חלק כללי), קובע כי "אין בהוראות פרק זה כדי לגרוע מכל תרופה אחרת". סעיפים אלו אינם מתייחסים במפורש ליכולת לפנות לעילות אחרות אלא רק ליכולת לזכות בתרופות אחרות. עם זאת תרופה אחרת זקוקה לעילה אחרת, ולכן נראה כי גם סעיפים אלו מורים שלא קיים כלל סטטוטורי של ייחוד עילה בנוגע להפרת חוזה ובנוגע לעילות של פגם בכריתה. כפי שראינו בפרק א.1., זו הפרשנות שהתקבלה בנוגע לסעיף 22 לחוק החוזים (חלק כללי). הוראות דומות קיימות גם בדיני החוזים המיוחדים.¹⁰⁰

אכיפה אם היא תגרום לקשיי פיקוח או אם היא בלתי צודקת בנסיבות העניין (ס' 3(3), 3(4) לחוק החוזים תרופות). הדין מאפשר לבתי המשפט שלא להכיר בביטול בגין הפרה לא יסודית משיקולי צדק (ס' 7(ב) לחוק החוזים תרופות). הדין מאפשר להפחית את הפיצוי המוסכם אם אין יחס סביר בין הפיצוי המוסכם לנזק הצפוי בכריתה החוזה (ס' 15 לחוק החוזים תרופות). הדין מאפשר להפחית את הפיצוי במקרים מסוימים אם הנפגע לא פעל להקטין את נזקו (ס' 14 לחוק החוזים תרופות). הדין מאפשר להתחשב באשם תורם של הנפגע באשר לסעדים השונים, ראו למשל: עניין Eximin S.A., לעיל ה"ש 68. ראו גם: פורת, לעיל ה"ש 68. הדין מאפשר להכיר במצבי סיכול ששוללים את סעדי האכיפה ופיצויי הקיום (ס' 18 לחוק החוזים תרופות).

98 ס' 32(א) לחוק החוזים (חלק כללי). חוזה נוסף שנשללו ממנו סעדי האכיפה ופיצויי הקיום מכוח הפסיקה הוא הבטחת הנישואין, ראו מבין פסקי דין רבים: ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209, 220, 234, 239 (2004) (דעת הרוב של השופט ברק והשופטת פרוקצ'יה חלקה על דעת המיעוט של השופט ריבלין. השופט ברק והשופטת פרוקצ'יה סברו, בניגוד לשופט ריבלין, שיש לפצות גם על נזק שאינו ממוני); ע"א 473/75 רון נ' חזן, פ"ד לא(1) 40 (1976). ראו גם: נילי כהן "ירידתה ועלייתה של הבטחת הנישואין" המשפט 21, 10 (2006). באנגלייה נקבע בחוק כי הבטחת נישואין איננה חוזה אכיף, ס' 1 ל-1970 Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 369. בהקשר זה ניתן לראות גם במוסד הנישואין חוזה, שכן סעד האכיפה וסעד פיצויי הקיום ודאי שאינם מוגנים במסגרת חוזה זה.

99 רק לגבי החזרת המושאל, שכן מדובר בחוזה ללא תמורה. ראו ס' 28 לחוק השכירות והשאילה, תשל"א–1971. לגבי סעד הפיצויים במקרה של אי-התאמה יחולו הוראות ס' 6, אולם היא לא תשמש עילה לפיצויים, אלא אם ידע עליה המשאל בעת כריתת החוזה, והשואל לא ידע עליה.

100 ההתייחסות לסעיפים אלו תידון להלן בפרק ד.4.(ג).

לאור הגדרות אלו ניתן לומר שהמאמר עוסק בשאלת ייחוד העילה בנוגע לפגמים בכריתת חוזה ולא בשאלה של ייחוד תרופות. יתרה מכך, ייתכן שיהיה ראוי להכיר בכלל רך יותר – של ברירת עילה – חלף הכלל הנוקשה יותר – של ייחוד עילה – כדי שיהיה ניתן לפנות לעילות אחרות כאשר נעשה ויתור על העילה הספציפית שנועדה לכך (ברירת עילה) חלף איסור מוחלט על פנייה לעילות אחרות (ייחוד עילה). למשל, אם הנפגע מהפגם בכריתת חוזה ויתר על סעד הביטול בעילה של פגם בכריתת הוא יוכל לקבל סעד אחר מעילה אחרת חלף איסור מוחלט על פנייה לעילה אחרת. אפשרות זו תיבחן בפרק 1.

ג. ההצדקות לכלל בדבר "ייחוד עילה" או לשלילת ההכרה בו

הטעמים בעד ונגד הכלל של ייחוד עילה לא נדונו בספרות המשפטית דיון קוהרנטי. עם זאת קיים דיון בעניין השאלה על אילו דוקטרינות מוטב להתבסס – אלה המעוצבות ככלל או אלה המעוצבות כסטנדרט? שאלה זו רלוונטית לסוגיית ייחוד העילה, שכן פעמים רבות נעשה ניסיון לעקוף עילה ספציפית שמעוצבת ככלל באמצעות עילה כללית שמעוצבת כסטנדרט. עם זאת סוגיית ייחוד העילה רחבה יותר, שכן ניתן לעקוף דוקטרינה שמעוצבת ככלל באמצעות דוקטרינה אחרת שמעוצבת גם היא ככלל. לפיכך הטיעונים בעד ונגד ייחוד עילה יתבססו בחלקם על המשמעות של עקיפת כלל באמצעות סטנדרט, אך לא אתפק רק בהם. במסגרת פרק זה אסקור כמה הצדקות בעד הכלל של ייחוד עילה וכמה הצדקות נגדו בתוך כדי בחינה ביקורתית שלהן.

1. הצדקות התומכות בכלל של ייחוד עילה

(א) כיבוד רצון המחוקק – עקרון הפרדת הרשויות

כאשר המחוקק מעצב עילה ספציפית הוא אמור לשקלל ערכים שונים שבאים לידי ביטוי ברכיבי העילה. רכיבים מצטברים אלו אמורים להבחין בין מקרים שראוי בעיני המחוקק להקנות את העילה לבין אלו שלא. אם במקרים שאחד הרכיבים אינו מתקיים יהיה ניתן לעקוף את העילה הספציפית ולהעניק סעד דומה מכוחה של עילה כללית או עילה ספציפית אחרת, נשפש בהכרח את איזון הערכים שמיושם באמצעות העילה הספציפית.¹⁰¹ בהקשר זה ראוי לציין, ולו בהיקש, את הכלל שלפיו "דין מיוחד גובר על דין כללי". אם לפי הדין המיוחד שעוצב ספציפית לאותה סיטואציה אין להעניק הגנה, יש לבכר את הדין המיוחד, ואין להקנות הגנה מעילה כללית. בהקשר זה יש הרואים בפסיקה המאפשרת עקיפת עילה ספציפית בעילה כללית או בעילה ספציפית אחרת פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות – בתי המשפט מקנים סעד במקום שבו המחוקק לא חפץ בכך, ובכך מסוכל רצון

101 השופט ברק מעלה את הטיעון הזה בנוגע לעוולות הפרטיקולריות בדיני הנזיקין וטוען שממילא מדובר בעוולות ארכאיות בחלקן, ולכן אין קושי להשתמש בדוקטרינה כללית של רשלנות ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 126 (1985). לערכים שמגולמים בכללים משפטיים ראו מאוטנר לעיל ה"ש 2, בעמ' 326.

המחוקק.¹⁰² למשל, אם המחוקק חפץ שלא להעניק סעד במקרה של טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה, מתן סעד בעילה חלופית עלול לשבש את רצון המחוקק. יתרה מכך, היכולת לקבל סעד מכוח עילה כללית, שהיא קלה יותר להוכחה, תתמרץ שלא לנסות להוכיח את העילה שעוצבה למקרים אלו עד כדי הפיכתה לאות מתה. הדיון על טיעון זה יחודר בפרק ה שימחיש שבשל הדוקטרינות שתוחמות את פרק הפגמים בכריתה חוזה, המקרים שאמורים להיכלל בעילות אלו הם מעטים יחסית, ורף החומרה שלהם נמוך. לפיכך האפשרות גם במקרים אלו לעקוף את העילות של פגמים בכריתה ולהעניק סעדים במסגרת עילות אחרות יהפוך אותן לאות מתה בניגוד לרצון המחוקק, שבעצם חקיקתן צפה להן אות חיים. למשל, עילת העושק כוללת כמה רכיבים שאינם קלים להוכחה. אם במקום הוכחתם יהיה ניתן לטעון לחוסר תום לב במשא ומתן ולקבל תוצאה כלכלית דומה, מדוע שהצד הנפגע יתאמץ להוכיח את רכיבי עילת העושק? תובנה זו עלולה לגרום להפיכתה לאות מתה.¹⁰³

(ב) ודאות – יכולת תכנון – יעילות כלכלית

אחת התכליות של אורן הוצע לפרש את הצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011, ובאמצעות כך את מרבית המשפט הפרטי העתידי היא "קידום ביטחון, ודאות, ויעילות במשפט".¹⁰⁴ בהיעדר ייחוד עילה יהיה ניתן לעקוף את העילה הספציפית באמצעות פנייה לעילה כללית. העילות הכלליות עוצבו בדרך כלל כסטנדרטים גמישים ועמומים שמאפשרים שיקול דעת רחב, כגון תום לב, סבירות, צדק, תקנת הציבור והתעשרות לא צודקת ולא ככללים הבנויים על רכיבים מוגדרים שמאפשרים שיקול דעת מצומצם.¹⁰⁵ עלות יישומם של כללים פחותה מיישומם של סטנדרט שדורש עיצוב תוכן ספציפי לעיקרון כללי ועמום.¹⁰⁶ לכן אם קיים צפי לשימוש ניכר בעילה, מוטב לעצבה ככלל ולא כסטנדרט.¹⁰⁷ יתרה מכך, האפשרות לפנות לעילה כללית עלולה ליצור חוסר ודאות משפטית, שכן יש הסוברים שעילות כלליות הן גמישות מטבען, והתוצאות האפשריות מהפעלתן קשות לחיזוי.¹⁰⁸ חוסר ודאות מביא לעתים קרובות לאי-יעילות כלכלית בשל היעדר היכולת לתכנן לטווח ארוך.¹⁰⁹ כמענה לטענה זו ניתן לטעון שישנם מחקרים אמפיריים המוכיחים כי דוקטרינות הכוללות כללים המורכבים מרכיבים רבים, לרבות חריגים וסייגים רבים לאותם כללים, תוצאות הפעלתן קשות לחיזוי יותר

102 ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 664–665, 812 (תשע"ב); דעת הרוב בדנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות נ' קראוס**, פ"ד נב(3) 1 (1998).

103 סוגיה זו נדונה בעניין **גנו נ' כץ**, ראו תת הפרק, א.2.(א). ניתוח פסק הדין ייעשה במסגרת פרק 1.1.(ב).

104 ס' 1(2) להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011.

105 ניבה אלקין קורן "על כלל ועל נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט "עיוני משפט כה 9, 37 (תשס"א–תשס"ב); מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 325–326, 331–332. על ההבחנה בין כללים לסטנדרטים ראו גם: Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992).

106 אלקין קורן, לעיל ה"ש 105, בעמ' 37.

107 אלקין קורן, לעיל ה"ש 105, בעמ' 38 ה"ש 96; Kaplow, לעיל ה"ש 105, בעמ' 573.

108 מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 328; גלעד, לעיל ה"ש 102, בעמ' 812.

109 אלקין קורן, לעיל ה"ש 105, בעמ' 38.

מדוקטרינות הבנויות על סטנדרטים.¹¹⁰ לכן יש לנקוט משנה זהירות בטיעון דלעיל ולבחון בכל דוקטרינה עד כמה היא כוללת רכיבים רבים וסייגים משמעותיים. יתרה מכך, לעתים גם דוקטרינה שמורכבת מכללים כוללת רכיבים או חריגים שהם למעשה סטנדרט גמיש. למשל, המונח "מצוקה" בעילת העושה זכה לפרשנויות שונות, ולכן הוא יוצר חוסר בהירות.¹¹¹ בנוסף, המונח "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה" זכה למבחנים שונים ולהתפתחויות שאירעו רק בעת האחרונה.¹¹² לפיכך גם שימוש בעילה הספציפית שנועדה לחול באותו מקרה אינו מבטיח ודאות.

היבט נוסף הקשור לוודאות הקיימת ביחס לדוקטרינה מסוימת מתרחש במקרים שבהם קיימת מגבלת זמן להגשת התביעה, כגון תקופת התיישנות מיוחדת,¹¹³ ופרק הזמן חלף. אם תינתן האפשרות במקרים אלו לפעול דרך העילה הכללית שאינה מוגבלת באותה תקופת התיישנות, ייווצר חוסר ודאות משפטית לנתבע הפוטנציאלי בנוגע לשאלה אם הוא עדיין חשוף לתביעה.¹¹⁴ כך למשל, אם חלף הזמן הסביר לביטול חוזה בגין פגם בכריתה, אך בכל זאת יהיה ניתן לקבל סעד בגין עילה אחרת שיעמיד את הנפגע מהפגם באותו מצב לו בוטל החוזה, תיפגע היכולת של הנתבע הפוטנציאלי להסתמך על התיישנות הפגם. ואכן בעניין Foundation נ' פרי נקבע כי מאחר שחלף הזמן הסביר לביטול החוזה מחמת מצגי השווא שהוצגו עובר לכריתת ההסכם, הרי שחלף הזמן הסביר לדרוש קבלת סעד הנובע מאותם מצגים גם אם היה בכך משום הפרת חובת תום הלב במשא ומתן על פי סעיף 12 לחוק החוזים.¹¹⁵ ההגנה על הסתמכות הנתבע היא העומדת בין היתר ביסוד חלוף תקופת הזמן הסביר.¹¹⁶ עקיפת המחסום תפגע בוודאות שחלוף תקופה זו נועד להשיג. בעניין זה ראוי להזכיר כי תכלית נוספת של הצעת חוק דיני ממונות היא "הגנה על ציפיות והסתמכות ראויות של הצדדים".¹¹⁷ עם זאת גם המונח "זמן סביר" הוא סטנדרט גמיש, ולכן גורם הוודאות אינו כה מובהק. אמנם יש הסבורים

110 לתיאור ולניתוח של מחקרים אלו ראו איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5, 38–46 (תשע"ג).

111 אשר למונח "מצוקה" יש הסבורים שהמצוקה צריכה לכלול מצב של חומרה ושקיעה, השופט אלון בע"א 719/78 איליט בע"מ נ' אלקו בע"מ, פ"ד לד (4) 673, 685 (1980) והשופט טירקל בע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד לו (1) 762, 767 (1981); עניין גנו נ' כץ, לעיל ה"ש 9, בעמ' 756. לעומת זאת יש הסבורים שמספיק אך קושי ארעי וחולף, השופט לנדוי, בעניין סאסי נ' קיקאון, שם, בעמ' 770; השופט שטרסברג-כהן בע"א 784/81 שפיר נ' אפל, פ"ד לט (4) 149, 156 (1985), וכן ת"ע (משפחה חי') 32505-07-10 עזבון המנוח מ.ל. נ' ש.ל., פס" 20 (פורסם בנבו, 13.11.2011). כן ראו שלו, לעיל ה"ש 24 בעמ' 346.

112 לסיכום המבחנים השונים שהוצעו בספרות ובפסיקה לרבות בעת האחרונה ראו זמיר, לעיל ה"ש 30.

113 באמנת ורשה, שאומצה בחוק התובלה האווירית, תש"ם–1980, קיימת התיישנות מיוחדת של שנתיים (ס' 29 (1) לאמנה). בחוק זה קיים גם ייחוד עילה, ראו לעיל ה"ש 89, ולכן לא ניתן לתבוע בגין עילה אחרת כדי לעקוף את תקופת התיישנות.

114 לפסק דין שלא נתן לעקוף את הכלל של ייחוד עילה לצורך התגברות בין היתר, על תקופת התיישנות ראו בש"א (מחוזי נצ') 1818/03 אל על בע"מ נ' דוד, פ"מ תשס"ג (1) 737 (2004).

115 ראו לעיל ה"ש 16.

116 ליצירת הנחה של ויתור על זכות הביטול והשלמה עם הפגם בחלוף הזמן הסביר, ראו שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 365.

117 ס' 1(5) להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011.

שעילות כלליות עמומות יעילות פחות בהכוננת התנהגויות מכללים ברורים,¹¹⁸ אך עילות שבנויות מכללים שכוללות גם מונח כגון "זמן סביר" אינן כה ברורות. חוסר יעילות עלול להתקיים גם בהקשר הציבורי בשל הסיכון להצפת תביעות באמצעות עילות כלליות שאינן דורשות הוכחת רכיבים מורכבים. טענות לחוסר תום לב או להיותו של תנאי מנוגד לתקינות הציבורית אפשריות בקשת רחבה מאוד של מצבים. שיקול הדעת השיפוטי בעילות אלו אינו מוגבל בפרמטרים מסוימים, ולכן יוצר אי־ודאות באשר למצב המשפטי, ובעקבות זאת מספר התביעות עלול לגדול. עילות אלו גם עלולות להיות מנוצלות לרעה בתביעות קנטרניות שיעמיסו על משאבי הזמן המוגבלים של המערכת השיפוטית. מניעת היכולת לעקוף עילות ספציפיות הכוללות כמה רכיבים הטעונים הוכחה באמצעות עילות כלליות תמנע הצפת תביעות.¹¹⁹ כביקורת על טיעון זה ניתן לומר שהמקרים שבהם בתי המשפט נתנו סעד בעילה חלופית במקרה של פגם בכריתה, אינו רב.¹²⁰

(ג) קיום הדרישה למעשה מנהלי

ישנן עילות שקיומן מותנה בקיום מעשה מנהלי. למשל, כאשר אדם מעוניין לקבל את הגנת דיני הפטנטים, נדרש ממנו לפרט ולתאר את ההמצאה במרשם הפטנטים, בין היתר לצורך השגת התכלית של העשרת הציבור בתוצרים רוחניים לצורך קידום המחקר.¹²¹ מתן הגנה גם למי שלא רשם פטנט באמצעות דוקטרינה כללית, כגון התעשרות לא צודקת, תסכל את המטרות שהמחוקק שאף להשיג, שכן העילה של התעשרות לא צודקת אינה כוללת חובה לפרסם את ההמצאה. לטיעון זה חשיבות רבה בתחום דיני הקניין הרוחני, אך אין לו השפעה על שאלת ייחוד העילה ביחס לעילות של פגמים בכריתה, שכן הן אינן כוללות קיום מעשה מנהלי.

118 מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 327; אלקין קורן, לעיל ה"ש 105, בעמ' 38. עם זאת בבג"ץ **חוף עזה**, לעיל 119 מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 328. אלקין קורן, לעיל ה"ש 105, בעמ' 38. בית המשפט דחה זאת, וכן ה"ש 96, פס' 194, טענה המדינה ליעילות הקיימת במודל של ברירת עילה. בית המשפט דחה זאת, וכן התייחס להגזמה מחשש של הצפת תביעות. החשש להצפת תביעות התעורר גם בין שתי עילות כלליות. בפסק דין ע"א 1795/93 **קרן גמלאות של חברי אגד נ' יעקב**, פ"ד נא(5) 433 (1997) טען השופט טירקל, כתגובה להכרת דעת הרוב ביכולת לתקוף תקנונים של תאגידים שמנוהלים כעסק ביחסם לעובדים, בטענה של תנאי מקפח בחוזה אחיד שיש חשש להצפת תביעות, כי "בעקבות אלה עלולים לבוא גלי זעזוע שיערערו, כלכלית וחברתית, אגודות שיתופיות רבות", שם, בעמ' 462. השופט חשין ענה לו שתמיד היה ניתן לתקוף תקנונים בעילה של תקנת הציבור (כפי שהשופט טירקל סבר), ולא הייתה הצפה, אף שאותם טיעונים יכולים לשמש לעילת הקיפוח ולעילה של חוזה המנוגד לתקנת הציבור, שם בעמ' 468. כן ראו טיעונים יכולים לשמש לעילת הקיפוח ולעילה של חוזה המנוגד לתקנת הציבור, שם בעמ' 468. כן ראו "[I]t could not be right to allow 'floodgates' arguments of this nature to stand in the way of claims which, as a matter of ordinary legal principle, are well founded", *Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA (in Liquidation)*, [1997] 3 All E.R. 1.

120 ראו הפסיקה המאוזכרת בפרקים א.2 ו-1.

121 זו הסיבה שקבלת פטנט טעונה פירוט של המצאה במרשם הפטנטים כדי שכל בעל מקצוע יוכל בסיום הפטנט להשתמש בהמצאה (ס' 12 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967). יתרה מכך, גילוי המידע במרשם הפטנטים מאפשר מחקרים עתידיים, ראו חגי ויניצקי **מרשם לסודות מסחריים** 229 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, בר־אילן, תשס"ו), ולכן גם קיים סיג למונופול הפטנטיאלי שמאפשר ביצוע ניסויים לשיפור ההמצאה, ראו ס' 1 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967.

(ד) שמירת הגבולות בין ענפי המשפט השונים

המשפט מורכב מענפים שונים בעלי מטרות שונות. בהיעדר ייחוד עילה יטושטשו גבולות בין ענפי המשפט השונים ובין דוקטרינות שונות בתוך ענף משפטי מסוים. אף שלעתים יש דמיון מסוים במטרות השונות בין שני ענפי משפט שונים, אין זהות ביניהן. לכל ענף תפקיד מסוים שלשמו הוא נועד, וכך גם לדוקטרינה מסוימת בתוך ענף מסוים. עקיפת ענף מסוים באמצעות עילה כללית מענף אחר או עקיפת דוקטרינה מסוימת באמצעות עילה כללית בתוך אותו הענף עלולות לשבש את תפקודו של הענף או של הדוקטרינה הספציפית, ולכן ראוי לעתים ליצור כלל של ייחוד עילה שימנע זאת.¹²² למשל, הענקת סעד מכוח עוולת הרשלנות או מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט במקרים שבהם לא התקיימה העילה של פגם בכריתה, עלולה לטשטש גבולות בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט, והענקת סעד מכוח דיני תום הלב או מכוח הדוקטרינה של אכיפה בלתי צודקת במקרה של טענה לפגם בכריתה שלא צלחה עלולה לטשטש גבולות בין הדוקטרינות בתוך דיני החוזים. בהקשר זה ניתן להפנות לאלו הסוברים שהחריג של אכיפה בלתי צודקת לא נועד לעסוק בטענות נגד תוקפם של חוזים או לפקח על תוכן החוזים, אלא בשאלה אם ייתן סעד של אכיפה או סעד של פיצויים, שימוש בדוקטרינה זו במקרה של טענה לפגם בכריתה שלא צלחה יטשטש את הגבולות ואת היעדים של הדוקטרינות השונות בדיני החוזים.¹²³

2. ההצדקות לשלילת הכלל של ייחוד עילה

(א) התחשבות בערכים מודרניים

היכולת לפנות לעילות כלליות כאשר העילות הספציפיות אינן מתקיימות מאפשרת לבתי המשפט לערוך איזונים נוספים אם האיזונים שהובאו בחשבון בעיצוב הדוקטרינה הספציפית אינם משקפים כראוי את מכלול השיקולים הרלוונטיים העדכניים, ובכך ניתן להגיע לתוצאות צודקות יותר לטעמו של בית המשפט.¹²⁴ יתרה מכך, מחקרים אמפיריים הוכיחו שדוקטרינות שמעוצבות כסטנדרט גמיש מכוונות את השופטים להתחשב בכל הנסיבות הרלוונטיות למקרה הנדון, והן אף נותנות תחושה של פסקי דין "טכניים" פחות מפסקי דין שהתבססו על דוקטרינות המורכבות מכללים.¹²⁵ שימוש מדוד בעילות כלליות במקום עילות ספציפיות ימנע גם את החשש להצפת תביעות.¹²⁶ כפי שציינו, בפועל לא רבים הם פסקי הדין שבהם ניתן סעד מעילה חלופית כאשר העילה של פגם בכריתה לא צלחה.¹²⁷

122 גלעד, לעיל ה"ש 102, בעמ' 661, 812–814.

123 ראו זמיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 88–89.

124 עניין **עירית ירושלים נ' גורדון**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 126–128. לצורך ליצור אפשרות לעדכן נורמות שעוצבו ככללים בערכים עדכניים כדי שישרתו ביתר דיוק את הרציונל שהתקיים בגיבוש הכלל ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 326–327. הפעלת סטנדרט מאפשרת לבית המשפט להכריע במדויק ליישום הרציונל של הסטנדרט, שם.

125 זמיר, לעיל ה"ש 110, בעמ' 44–46.

126 ואכן קיימת נטייה בפסיקה שלא לקבל טענה להצפת תביעות, ראו לעיל ה"ש 119.

127 ראו הפסיקה המאוזכרת בפרקים א.2 ו-1.

(ב) הגנה על זכויות

שלילת עילה היא פגיעה בזכויותיו של מי שהיה יכול להסתמך על עילה זו, ולכן ללא הוראה מפורשת בחוק הקובעת ייחוד עילה אין לשלול הסתמכות על עילות חלופיות.¹²⁸ יתרה מכך, המחוקק אף קבע כאמור שאין ייחוד עילה במקרים אלו.¹²⁹ בהקשר זה שלילת עילה חוזית חלופית פוגעת אף באוטונומיה של המתקשרים ובחופש ההתקשרות, שכן אם לא ניתן לתבוע על פי החוזה, החוזה איבד מערכו.¹³⁰ לפיכך אין לשלול עילות חלופיות לעילות של פגם בכריתה. בהקשר זה ראוי לציין שאחת מתכליותיה של הצעת חוק דיני ממונות היא "שמירה על זכויות מוקנות".¹³¹

לסיכום, התחשבות בכלל התובנות המצדיקות, או שוללות, את הכלל של ייחוד עילה, יכולה להוביל למסקנה שלא ראוי להכיר בכלל של ייחוד עילה במלואו מצד אחד, אך גם לא ראוי להכיר בשלילת הכלל של ייחוד עילה בכל מקרה מצד אחר. שביל הזהב ימצא אפוא בהתחשבות בעובדה שהדוקטרינה שעיצב המחוקק לא התקיימה בכך שהסעד שייפסק בעילה חלופית, כללית או ספציפית, יהיה חלקי בלבד. מסקנה זו מאזנת בין הפגיעה ברצון המחוקק, הפגיעה בוודאות וטשטוש הגבולות שיהיו חלקיים בלבד, שכן עדיין יהיה תמריץ להסתמך על העילה שהמחוקק עיצב לסיטואציה זו שתעניק סעד מלא, לבין הרצון להתחשב בערכים מודרניים והפגיעה בזכויות הנפגע שתהיה חלקית בלבד. כפי שאראה בפרק הבא, תובנה זו נלמדה מהתובנות הקיימות בתחום זה בדיני הנזיקין, הקניין, לרבות הקניין הרוחני, עשיית עושר ולא במשפט וסוגיות נוספות מדיני החוזים.

ד. תובנות מקיום הכלל של ייחוד עילה או משלילתו במשפט הפרטי

כאשר בוחנים את השאלה אם ראוי להחיל כלל משפטי בתחום מסוים, רצוי לבחון את ניסיון העבר בתחולת הכלל בענפים קרובים בבחינת אין חכם כבעל ניסיון. יתרה מכך, אחת מתכליותיה של הצעת חוק דיני ממונות היא "התאמה בין הסדרי המשפט האזרחי".¹³² לפיכך כאשר מדובר בכלל של ייחוד עילה, רצוי ללמוד תובנות מקיומו או משלילתו של הכלל בדיני הנזיקין, בדיני הקניין, לרבות דיני הקניין הרוחני, ובדיני עשיית עושר ולא במשפט, שם קיימת ספרות ופסיקה ענפה בנושא זה. בנוסף ראוי לבחון את ההתייחסות לכלל זה בסוגיות אחרות בתחום דיני החוזים. עם זאת ראוי להיזהר בהשוואות מעין אלו. אין זהות בין מטרות של כל אחד מענפי המשפט הפרטי, וההבדלים ביניהם דורשים חשיבה מעמיקה טרם מחילים כלל שנקוט בענף אחד על ענף אחר. למשל, הרחבה או צמצום של עילה או תרופה מסוימת בדיני החוזים ובדיני הנזיקין משפיעים בעיקר על הצדדים לסכסוך, וכמובן תקדים על קהלים רחבים יותר. ברם בדיני הקניין הרוחני הרחבת העילה או צמצומה משפיעים

128 אנגלרד, לעיל ה"ש 92, בעמ' 313.

129 ראו לעיל תת הפרק א.1.

130 ת"א (מחוזי ב"ש) 243/78 **דין נ' רצון**, פ"מ תשמ"ג(2) 77, 72 (1978); אנגלרד, לעיל ה"ש 92, בעמ' 313. לסמליות בשמות הצדדים במקרה זה ראו איל זמיר **חוק חוזה הקבלנות, תשל"ד-1974** 66 ה"ש 138 (מסדרת **פירוש לחוקי החוזים**, ג' טדסקי עורך, תשנ"ה).

131 ס' 1(4) להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011.

132 שם, ס' 1(3).

ישירות על היקף נחלת הכלל ועל התמריץ לחדשנות. ברם לאחר שמתחשבים באזהרה זו במסגרת השיקולים, עדיין קיים יתרון רב בלימוד הנעשה בענפי משפט קרובים, ולכן אקדים לדיון על השאלה אם ראוי להחיל את הכלל של ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתת חוזה, דיון על כלל זה בענפים קרובים ובסוגיות נוספות בדיני החוזים. הדיון בעניינים יהיה במישור העקרוני בלבד ויגובל להיבטים שעשויים לסייע ביחס לנושא המאמר – אם ראוי להחיל את הכלל של ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתת חוזה.

1. דיני הנזיקין

דיני הנזיקין מהווים מוקד חשוב ביחס לכלל של ייחוד עילה. הסוגיה של ייחוד עילה התעוררה והוכרעה בפסק הדין הידוע בעניין **עיריית ירושלים נ' גורדון**. בית המשפט חידד את היחס שבין העוולות השונות, ובמיוחד בין עוולות המסגרת (באותו המקרה עוולות הרשלנות) לבין העוולות הספציפיות (באותו המקרה עוולת הנגישה). שם נטבעה אמרתו הידועה של השופט ברק (כתוארו אז): "העוולות בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] אינן 'איים' של אחריות, שכל המוצא עוגן על אחד מהם אינו יכול, בעת ובעונה אחת, להטיל עוגן גם באי אחר. זאת ועוד: העוולות אינן מגנטים של אחריות, באופן שכל הנמצא בתחום המשיכה של אחת העוולות מוצא ממלא מתחום המשיכה של עוולה אחרת. העוולות בפקודה הן רשתות רשתות, המוטלות, זו על גבי זו, על מערכת עובדתית נתונה. חלקן של הרשתות אינן 'תופסות' מערכת עובדות נתונה. לעתים נתפסת מערכת עובדות נתונה על-ידי רשת אחת בלבד. לעתים היא נתפסת על-ידי מספר רשתות, הכול על-פי אינטנסיביות השתי והערב ברשתות השונות".¹³³ הווה אומר, שהפנייה לעוולה הכללית אפשרית בין שנתמלאו היסודות של העוולה הספציפית הרלוונטית ובין שלא.¹³⁴ אמירה נחרצת זו באה על רקע העובדה שהעוולות הספציפיות בפקודת הנזיקין יובאו מהמשפט האנגלי דרך המשפט הקפריסאי מבלי לבחון קיומה של קוהרנטיות ביניהן ומבלי לעדכן. לפיכך גמישות עוולות הרשלנות מאפשרות לפתור "לא רק את בעיות העבר אלא גם את בעיות ההווה והעתיד" ו"ליתן פתרון ראוי למציאות מודרנית".¹³⁵ שיקול זה משתלב עם הנימוק נגד הכלל של ייחוד עילה, שאינו מאפשר להתחשב בערכים עדכניים באמצעות עוולות כלליות שהן גמישות יותר מטבען, במיוחד משום שערכים אלו לא עמדו בפני המחוקק שחוקק את אותן עוולות ספציפיות לפני שנים רבות. השופט ברק אף דוחה את הנימוק בעד הכלל של ייחוד עילה – הסיכון הקיים בהכשלת מטרת החקיקה עת אנו מאפשרים לפנות לעוולה כללית. המעבר לעוולה כללית אינו רק עוקף את הדרישות הקיימות בעילות הספציפיות (כגון יסוד נפשי של כוונה או זדון או דרישה פורמלית של כתב (בעוולת התרמית)),¹³⁶ שכן בעוולה הכללית יש דרישות שאינן קיימות

133 עניין **עיריית ירושלים נ' גורדון**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 126.

134 ההדגשה זו ראו גם: ע"א 558/84 **כרמלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(3) 757, 774 (1987).

135 עניין **עיריית ירושלים נ' גורדון**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 126, 128.

136 עוולות התקיפה דורשת יסוד נפשי של כוונה, ס' 23 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. עוולות התרמית וגרם הפרת חוזה מחייבות יסוד נפשי של ידיעה, ס' 57, 62 לפקודת הנזיקין. עוולות הנגישה מחייבת יסוד נפשי של זדון, ס' 60 לפקודת הנזיקין. עוולת התרמית בנוגע "לאופיו של אדם להתנהגותו, לאשראי שלו, לכושרו, למלאכתו או לעיסוקו, כדי להשיג בשבילו אשראי, כסף או טובין" מחייבת שתתקיים בכתב ש"חתום בידי הנתבע עצמו", ס' 57 לפקודת הנזיקין. ראו גם עניין **עיריית ירושלים נ' גורדון**, לעיל ה"ש

בעוולה הספציפית, כגון סטייה מנורמת התנהגות של אדם סביר (עוולות הרשלנות), ולכן נקבע שגם אם לא התמלאו יסודותיה של עוולת הנגישה, ניתן לבחון את התקיימותם של יסודות עוולת הרשלנות.¹³⁷

שאלה מעניינת מתעוררת במקרה שקיימת בו הגנה בעוולה הספציפית שאינה קיימת בעוולה הכללית. האם ניתן לעקוף את ההגנה בעוולה הספציפית באמצעות הסתמכות על העוולה הכללית? בית המשפט קבע בדעת רוב בעניין **כרמלי נ' מדינת ישראל**, שמאחר שבעוולה הספציפית (כליאת שווא) קיימת הגנה מפני תביעה, לא ניתן לעקפה באמצעות שימוש בעוולה כללית של הפרת חובה חקוקה,¹³⁸ שגם היא עוולה גמישה שמאפשרת התאמת הפקודה לתנאי המציאות המשתנים.¹³⁹ דעת הרוב עמדה על הזהות בין העילות, שכן כליאת השווא התקיימה רק בשל הפרת החובה החקוקה, וכאשר המחוקק יוצר בנסיבות מסוימות שהתקיימו באותו מקרה הגנה מכליאת שווא, הגנה זו צריכה לחול גם ביחס לעוולה של הפרת חובה חקוקה. תוצאה שונה הייתה מסכלת את תוקפה של ההגנה.¹⁴⁰ תוצאה דומה נקבעה כתביעה של בעל נבגד נגד מי שנאף עם אשתו שהושתתה על עוולת הרשלנות. הנואף פגע בקשר הנישואין הקיים וביצע לכאורה עוולה של גרם הפרת חוזה. ברם לעוולה זו יש חריג שלפיו יחסי נישואין אינם נחשבים לחוזה לצורך עוולה זו, ולכן מקרים אלו מוחרגים מעוולת גרם הפרת חוזה. הכרה בעילת תביעה חלופית במסגרת עוולות הרשלנות תעקוף את שיקולי המדיניות שהנחו את המחוקק בקביעת החריג הנ"ל – שיקולים שמתבססים על רתיעת בית המשפט מהידרשות למערכת היחסים האינטימית בחיי הנישואין, מסיכון להצפת תביעות בגין ניאוף ובגידה וממשפטיזציה של חיי הנישואין. בית המשפט אף שולל במקרה זה הסתמכות על עילה חוזית בין בני הזוג.¹⁴¹ כאמור, הסיכון של הצפת תביעות הוא אחד השיקולים בעד הכרה בכלל של ייחוד עילה.¹⁴² במקרה זה אין הכרה בכלל של ייחוד עילה, אך בית המשפט שלל אפשרות לפנות לעוולה כללית כדי לעקוף הגנה בעוולה ספציפית.¹⁴³

שלילת הכלל של ייחוד עילה בדיני הנזיקין, למעט חריגים מעטים, הובילה לתוצאה שעוולת הרשלנות ייתרה כמעט לחלוטין את העוולות הפרטיקולריות, עד כדי כך שההתייחסות אליהן במסגרת הקורסים בדיני הנזיקין מועטה ביותר, הספרות בתחום דיני הנזיקין מתרכזת בעיקר בעוולת הרשלנות,

101, בע' 126–127. עוולות הרשלנות חלה כמובן גם על התנהגות מכוונת. ליחס שבין העוולות הספציפיות הדורשות יסוד נפשי לבין עוולות הרשלנות ראו גם גלעד, לעיל ה"ש 102, בעמ' 661–666.
137 עניין **עירית ירושלים נ' גורדון**, לעיל ה"ש 101, בעמ' 127–128. לפסק דין ש"ויתר" על הצורך לדון בעוולת המטרד בשל האפשרות להתבסס על עוולות הרשלנות ראו ע"א 593/81 **מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציוק ז"ל**, פ"ד מא(3) 169 (1987).
138 עניין **כרמלי**, לעיל ה"ש 134, בעמ' 788.
139 להיות העוולה של הפרת חובה חקוקה עוולת מסגרת גמישה, המאפשרת להתאים את הפקודה למציאות החיים המשתנה, ראו דעת המיעוט של השופטת נתניהו, עניין **כרמלי**, לעיל ה"ש 134, בעמ' 775.
140 עניין **כרמלי**, לעיל ה"ש 134, בעמ' 788–789.
141 ראו פסק דינו של השופט דנציגר בע"א 8489/12 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 29.10.2013). בית המשפט הסתמך על פסק הדין בעניין **כרמלי**, לעיל ה"ש 134.
142 ראו לעיל ה"ש 119 והטקסט לידה.
143 עם זאת ראו ביקורתו של פרופ' ישראל גלעד על פסק דין בעניין **מפעלי רכב אשדוד**, לעיל ה"ש 137, שהטיל אחריות על שובתים בנמל בשל נזק שגרמו לבעלי המטענים, למרות ההגנה שקיימת בעוולות גרם הפרת חוזה לשובתים, גלעד, לעיל ה"ש 102, בעמ' 663–664 ה"ש 66.

אין כמעט הסתמכות עליהן בפסיקה, ושתיים מעולות אלו לא נכללו בהצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011 (עולות הנגישה והתרמית).¹⁴⁴ ואכן, יש המבקרים שלילה גורפת של הכלל של ייחוד עילה. השתלטות עולות הרשלנות על העולות הספציפיות בתוך כדי שיבוש הערכים שהמחוקק איזן באותן עולות ספציפיות והסתמכות עליה בתחומי המחיה של ענפי משפט אחרים הן בבחינת כניסה של הרשות השופטת לתחומיה של הרשות המחוקקת, יוצרת טשטוש של הגבולות בין ענפי המשפט הפרטי וגורמת לחוסר ודאות שפוגע ביכולת התכנון של נמעני המשפט.¹⁴⁵ כאמור, הצדקות אלו נכונות למקרים נוספים בהם מתעוררת שאלת ייחוד העילה.¹⁴⁶

גישה שונה התפתחה בחלק מהעולות החיצוניות.¹⁴⁷ כאמור, הכלל של ייחוד עילה נקבע סטטוטורית ביחס לנפגע בנזק גוף מתאונת דרכים, לנפגע בתובלה אווירית ולזכאי לדמי שימוש או לפיצויים ביחס לציוד שגויס לצה"ל.¹⁴⁸ עם זאת בניגוד לייחוד העילה המוחלט בנוגע לנזק שנגרם בתובלה אווירית ובנוגע לנזק שנגרם לציוד שגויס לצה"ל, קיימת שאלה שטרם הוכרעה בפסיקה אם הכלל של ייחוד עילה בתאונת דרכים אוסר רק על פנייה לפקודת הנזיקין כפי שנקבע במפורש בחוק (ייחוד עילה יחסי), או שמא גם על פנייה לעילות נזיקיות אחרות או על פנייה לעילות אחרות כגון עילה חוזית (ייחוד עילה מוחלט).¹⁴⁹ לכלל של ייחוד עילה בתאונת דרכים יש כמה הצדקות: א. מאחר

144 לעניין העובדה שמרבית התביעות על פי פקודת הנזיקין הן על בסיס עולות הרשלנות ולא על בסיס העולות הפרטיקולריות ראו עניין עיריית ירושלים נ' גורדון, לעיל ה"ש 101, בעמ' 125. בעניין זה ראו גם: גלעד, לעיל ה"ש 102, 664; עמוס הרמן **מבוא לדיני נזיקין** (תשס"ו).

145 גלעד, לעיל ה"ש 102, בעמ' 664–665, 812–814. אשר לעקרן הפרדת הרשויות כהצדקה לייחוד עילה בין עולה על פי דיני לשון הרע לבין עולות הרשלנות ראו עניין **קראוס**, לעיל ה"ש 102; לסוגיה זו ולמקרים נוספים ראו גלעד, שם, בעמ' 664–666.

146 ראו לעיל פרק ג.

147 עניין עיריית ירושלים נ' גורדון, לעיל ה"ש 101, בעמ' 125.

148 ראו לעיל ה"ש 88, 89, 91.

149 יש הסוברים שלמרות נוסח החוק הכלל של ייחוד עילה אוסר פנייה גם לעולות נזיקיות מחוץ לפקודה כגון עילה מכות חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם–1980 (נגד יצרן הרכב) אך אינו מונע הסתמכות על עילה חוזית. למשל, אם התאונה אירעה לנפגע כאשר נסע במונית, ניתן לטעון שקיים חוזה מכללא שלפיו נהג המונית מתחייב להסיעו ללא פגע למחוז חפצו. הפגיעה בתאונה מהווה הפרת חוזה. אפשרות נוספת היא הפרת חוזה של המוסך שתיקן שלא כראוי את הרכב, וכן תביעות חוזיות בגין אי-התאמה נגד מוכר הרכב, משכיר הרכב (במקרה זה גם בגין פגמים) או מעביד שסיפק רכב פגום. דוגמה נוספת היא הפרת חוזה של רופא לטפל בנפגע כראוי. לטיעון ולדוגמאות אלו ראו אנגלרד, לעיל ה"ש 92, בעמ' 311–312, 316–317; ריבלין, לעיל ה"ש 88, בעמ' 403; פנחס גולדשטיין **ביטוח נפגעי תאונת דרכים** 34–35, 38 (תשל"ח). עם זאת אף שגולדשטיין סבר שאם הפיצוי החוזי עולה על הפיצוי הסטטוטורי שבחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, הנפגע יכול לקבל סכום גבוה יותר אם יסתמך על העילה החוזית, שם, נקבע בעניין **רצון**, לעיל ה"ש 130, שקיים תנאי משתמע שסכום הפיצוי החוזים מוגבל בתקרת הפיצוי על פי חוק הפיצויים, ריבלין, שם, בעמ' 404–405. יתרה מכך, בפסק דין ת"א (שלום ת"א) 5213/90 **עיצובן מלמד נ' רותם חברה לביטוח בע"מ**, פ"מ תשנ"ה(4) 322 (1995) נקבע כי ייחוד העילה שולל גם את העילה החוזית ואף עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט וכן כל דין אחר. בפסק דין ת"א (שלום ח"י) 20863/98 **רובין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.3.1999) הוסבר כי מתן אפשרות לתבוע בעילה חוזית יצריך השקעת זמן שיפוטי יקר בבירור אם "האצטלה החוזית" של כתב התביעה היא כנה ואמתית, או שכל מטרתה לעקוף את ייחוד העילה. מכל מקום, השאלה אם ניתן להסתמך על עילה חוזית הושארה בבית המשפט העליון בצריך עיון בשל מורכבותה, עניין **חוסין**, לעיל ה"ש 88, בעמ' 590. לביקורת ראו אנגלרד, לעיל ה"ש 92, בעמ' 313–316; ריבלין, שם בעמ' 405–406.

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

שהפיצוי הסטטוטורי בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים הוא ללא הוכחת אשם, ראוי לאזן יתרון זה באמצעות הכלל של ייחוד עילה כדי שהנפגע לא יוכל לתבוע סכום נוסף מכוח עוולות אחרות; ב. הכלל של ייחוד עילה מפחית את העומס שעל בתי המשפט. הנפגע מקבל פיצוי ללא אשם שמשולם בידי המבטחים (וממילא הציבור), ובכך חוסכים בהוצאות של המערכת השיפוטית שבאה לידי ביטוי בחיסכון בזמן השיפוטי וחיסכון במנגנון המנהלי. בהיעדר ייחוד עילה יוכל הנפגע לתבוע על פי חוקים אחרים שמחייבים הוכחת אשם, ובכך יסוכל היתרון של חיסכון בזמן השיפוטי.¹⁵⁰ הכלל של ייחוד עילה הוחרג בתאונת דרכים ובתובלה אווירית כאשר הפעולה נעשתה במתכוון או בהתנהגות רעה מדעת בהתאמה.¹⁵¹ אחת הסיבות להחרגת מעשים מכוונים היא שלא יצא חוטא נשכר.¹⁵² במקרים אלו הנפגע יוכל לתבוע את המעוול במתכוון על פי דיני הנזיקין הרגילים שעשויים להקנות לנפגע סכום פיצוי גדול יותר, ברם הוא יידרש להוכיח אשם.¹⁵³ עם זאת בתאונת דרכים במתכוון קיים חיסרון בהפניית הנפגע לדיני הנזיקין במקרה שלמעוול אין אמצעים לשלם את הפיצוי שנפסק.¹⁵⁴ בכל מקרה הגישה של ייחוד עילה אינה אופיינית לכל העוולות החיצוניות. כפי שציינת, חוק אחריות למוצרים פגומים, תש"ם–1980 שולל במפורש ייחוד עילה.¹⁵⁵

יישום התובנות מדיני הנזיקין בעניינן של עילות של פגמים בכריתה אפשרי בכמה היבטים: א. כאמור, הדיוק בדיני הנזיקין שהסתמך על סדרה של עוולות פרטיקולריות שעוצבו בידי המחוקק לסיטואציות שונות פינה מקומו לעוולה כללית ועמומה של רשלנות. סכנה דומה קיימת לעוולות של פגמים בכריתה אם יהיה ניתן לעקוף אותן באמצעות העילות של חוסר תום לב (במשא ומתן ובקיום החוזה), הסייג של אכיפה בלתי צודקת, עוולת הרשלנות והעילה של עשיית עושר ולא במשפט. הן עלולות להפוך לאות מתה, בדומה למרבית העוולות הפרטיקולריות שבפקודת הנזיקין. מכל מקום, גם בדיני הנזיקין, למרות היעדר כלל של ייחוד עילה, לא אפשרה הפסיקה לעקוף הגנות קיימות בעוולות הפרטיקולריות. למסקנה זו חשיבות באשר להגנות הקיימות בעילות הטעות וההטעיה ביחס לטעות,

150 גולדשטיין, לעיל ה"ש 149, בעמ' 33. לביקורת על כלל ייחוד העילה בתאונת דרכים ראו רונן פרי "מהפך או מפח? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים" **עיוני משפט** כח 147, 197–198 (תשס"ו–תשס"ט).

151 ראו ס' 8 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה–1975 לעיל ה"ש 88, וס' 25 (1) לאמנת ורשה, לעיל ה"ש 89. אשר לתאונת דרכים יש להבחין בין מקרה שבו הנזק שנגרם "ממעשה שנעשה במתכוון" לא נגרם מן המעשה עצמו אלא "על ידי השפעתו של המעשה על השימוש ברכב המנועי" – במקרה זה זכאותו של הנפגע לתבוע על פי פק' הנזיקין מתווספת לזכאותו לתבוע על פי חוק הפיצויים – לבין מקרה שבו המעשה המכוון הוא עצם השימוש ברכב, כגון נהג שדרס במתכוון. במקרה זה העילה תהיה רק על פי פקודת הנזיקין, ריבלין, לעיל ה"ש 88, בעמ' 407–408. ראו גם: אנגלרד, לעיל ה"ש 92, בעמ' 318.

152 ראו דברי השופט דב לוין בע"א 91/82 **גולדמן נ' "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ**, פ"ד לח(3) 505, 519–522 (1984).

153 ראו ס' 8 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים; ריבלין, לעיל ה"ש 88, בעמ' 409–411; אנגלרד, לעיל ה"ש 92, בעמ' 308 ה"ש 2; ע"א 2591/09 **אלנסארה נ' שליסל** (פורסם בנבו, 20.2.2011). ראוי לציין שביחס לתובלה אווירית ממילא אין מדובר באחריות מוחלטת, והמוביל יהיה פטור מאחריות אם נקט את כל האמצעים הדרושים למניעת הנזק, אך סכומי הפיצויים מוגבלים בתקרות, ראו ס' 20, 22 לאמנת ורשה.

154 ריבלין, לעיל ה"ש 88, בעמ' 407. עם זאת ייתכן שיש לכך כיסוי ביטוחי, ראו אנגלרד, לעיל ה"ש 92, בעמ' 318.

155 ראו לעיל ה"ש 94.

שהיא רק בכדאיות העסקה, ובאשר לכפייה במקרה של אזהרה בתום לב על הפעלת זכות.¹⁵⁶ בנוסף, בחלק מהעוולות החיצוניות לפקודת הנזיקין נקבע כאמור כלל של ייחוד עילה, אך הוא הוחרג במקרה שהנתבע פעל במתכוון. יישום כלל זה בעילות של פגמים בכריתה עשוי להתבטא בכך שאם הנתבע פעל במתכוון, תתאפשר ביתר קלות פנייה לעילות חלופיות. אפשרויות אלו יידונו בפרק ו.

2. דיני הקניין, לרבות דיני הקניין הרוחני

שאלת יישום הכלל של ייחוד עילה באה לידי ביטוי בדיני הקניין במסגרת דיני העסקאות הנוגדות. סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969 קובע שכאשר אדם התחייב לעשות עסקה עם זכאי אחד ולאחר מכן התחייב לעשות עסקה עם זכאי שני, הזכאי הראשון עדיף, אלא אם הזכאי השני שכלל את זכותו ברישום בתום לב ובתמורה. תנאי לעימות הנ"ל הוא ששתי העסקאות תקפות ואכיפות.¹⁵⁷ כבר בראשית הפסיקה בעניין סעיף זה התעוררה השאלה אם כאשר הזכאי השני הפסיד בעימות על פי סעיף 9 הנ"ל, הוא יוכל בכל זאת לנצח אם יטען שהעסקה הראשונה אינה אכיפה, שכן אכיפתה אינה צודקת בנסיבות העניין על פי סעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות. דעת הרוב בדיון הנוסף בעניין **ורטהיימר** ראתה בטענה זו ניסיון לעקוף את התוצאה של סעיף 9 לחוק המקרקעין ופגיעה בוודאות המשפטית, שכן שני הסעיפים הללו עוסקים בסעד האכיפה, ומי שקובע את הזכות הוא הדין המיוחד של סעיף 9 לחוק המקרקעין, ולכן אפשרה לזכאי השני לטעון במסגרת חריג של סעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות רק טענות שהמוכר היה יכול לטעון נגד הזכאי הראשון, כגון שיהוי בקיום החוזה ("מסלול עקיף"), אך לא לטעון לשיקולי צדק שנובעים ממצבו של הזכאי השני ("מסלול ישיר").¹⁵⁸ למעשה, מדובר כאן בהחלה של כלל ייחוד העילה. לעומת זאת דעת המיעוט לא ראתה בכך עקיפה של סעיף 9 הנ"ל, שיכריע ברוב המקרים, אלא רק אפשרות לעשות צדק במקרים ראויים.¹⁵⁹ גם כאשר הפסיקה "פתחה" את הנוקשות של סעיף 9 לחוק המקרקעין באמצעות הלכת **גנו**, שקבעה שאם הזכאי הראשון לא רשם הערת אזהרה הוא עלול לאבד את עדיפותו, למעט חריגים מסוימים, סבר הנשיא ברק שאין לשנות את הלכת **ורטהיימר**, שכן הלכת **גנו** התבססה על שיקולי תום לב שחלים תמיד, ואילו הלכת **ורטהיימר** עסקה בניסיון להחיל חריג לסעד האכיפה (סעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות) כאשר ישנה את ההכרעה של דין מיוחד לאכיפה (סעיף 9 לחוק המקרקעין).¹⁶⁰ בהמשך הדרך הפסיקה אף פסלה את האפשרות

156 ס' 17(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).

157 מיגל דויטש **קניין ג** 273–256 (תשס"ו).

158 דעת הרוב, ד"נ 21/80 **ורטהיימר נ' הררי**, פ"ד לה (3) 265–264, 253 (1981). גישה זו יושמה גם בע"א 48/81 **פומרניץ נ' ק.ד.ש בנין והשקעות בע"מ**, פ"ד לח (2) 813 (1984); ע"א 839/90 **רוז חברה לבנין נ' אירושטיין**, פ"ד מה (5) 739 (1991). ראו גם א' גיצלטר וש' לברון "לבעיות ביצוע בעין" **הפרקליט יא** 214, 211 (תשט"ו); חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 254–236 (תשס"ה). לניתוח סוגיה זו ולמונחים "מסלול עקיף" ו"מסלול ישיר" ראו מיגל דויטש "שיקול דעת שיפוטי בדיני העסקאות הנוגדות – מגמות והרהורים" 305, 314–316, 322–323 **ספר אור** (תשע"ג).

159 דעת השופט ח' כהן בעניין **ורטהיימר**, לעיל ה"ש 158, בעמ' 272–273; דעת השופט י' כהן, שם, בעמ' 277–278.

160 הנשיא ברק, ע"א 2643/97 **גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ**, פ"ד נו (2) 385, 398–399, 408–409 (2003). לחריגים להלכת **גנו** ראו דויטש, לעיל ה"ש 157, כרך ג, בעמ' 436–448.

לטעון במסגרת "המסלול העקיף" כאמור לעיל, אך פסיקה מאוחרת יותר הכשירה אותו מחדש.¹⁶¹ פסיקה זו זכתה לביקורת, הן מצד אלו שסברו שאין הבדל בין שיקולי צדק לשיקולי תום לב, וכאשר הנוקשות של סעיף 9 לחוק המקרקעין נפתחה בפני שיקולי תום לב בין הצדדים אין מניעה להחיל גם שיקולי צדק בין הצדדים,¹⁶² והן מצד אלו שסברו שאף ששיקולי תום לב וצדק אינם חופפים, בשל פתיחת הנוקשות של סעיף 9 לחוק המקרקעין יש לאפשר להתחשב בשיקולי צדק, לרבות צדק חלוקתי במקרים קשים.¹⁶³ אף שיש הטוענים שהלכת גזמ מקדמת ודאות בעניינו של הזכאי השני,¹⁶⁴ נראה כי חריגיה הרבים יוצרים מחדש אי-ודאות מסוימת, ולכן התחשבות בשיקולי צדק במקרים קשים לא תוסיף אי-ודאות רבה על הקיים. מסוגיה זו ניתן ללמוד שכאשר הסכר נפרץ בעניינו של ייחוד העילה, הגלים הולכים ומתרחבים, ובמקרים אלו אכן אין סיבה אמיתית שלא לתת מענה למקרים שמצדיקים זאת.

אפשרות נוספת שעלתה בפסיקה ובספרות היא לתת במקרים המתאימים סעד נזיקי כספי לטובת מי שהפסיד בהכרעה הקניינית כאשר הצד שזכה בהכרעה הקניינית אינו נקי מאשם, אך אשמו לא הצדיק את אבדן עדיפותו בהכרעה הקניינית. גם זה למעשה מקרה של היעדר ייחוד עילה, שכן מי שהפסיד בהכרעה הקניינית יוכל לקבל סעד מלא או חלקי במישור הנזיקי. אף שקיימת נטייה בפסיקה ובספרות לתמוך באפשרות זו,¹⁶⁵ יש המתנגדים לה בשל הסרבול שהיא יוצרת, בשל הסיכון להמרצת סכסוכים

161 לפסק הדין שפסל את המסלול העקיף ראו ע"א 5205/05 **שחם בע"מ נ' נפ-גל בע"מ** (פורסם בנבו, 20.3.2008). לפסק הדין שחזר על הלכת ורטהיימר, שמאפשרת את המסלול העקיף אך שוללת את המסלול הישיר, ראו ע"א 580/10 **ניר שיתופי – אגודה שיתופית להתיישבות עובדים נ' עיריית הוד השרון**, פס' 22 (פורסם בנבו, 25.7.2013), אם כי נאמר שיתכן שיש להעמיד הלכה זו במבחן, שם, שם. דויטש, לעיל ה"ש 158, שם; מיגל דויטש "רבים לדירה" **גלובס** – דין וחשבון (25.3.2008); דויטש, לעיל ה"ש 157, כרך ג, בעמ' 475; נילי כהן "שניים אוהזים: קניין, אחריות, חלוקה" **משפט ועסקים** יח 177, 209–212 (תשע"ה). ראו גם מיכאל בירנהק "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין" **מחקרי משפט** כא 439, 491–492 (תשס"ד-תשס"ה). לאפשרות להפעיל שיקולי צדק על פי ס' 3(4) לחוק החוזים תרופות, גם במסגרת התאונה הכלכלית ראו דויטש **קניין**, שם, בעמ' 399.

162 חגי ויניצקי ומיכל טמיר "מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי" **המשפט** יד 469, 503–506 (תשע"א). אשר לאפשרות זו גם בעניין התאונה הכלכלית ראו, שם, שם.

163 דויטש, לעיל ה"ש 158, בעמ' 316.

164 לאפשרויות הדוקטרינריות השונות ליישום זה ראו דויטש, לעיל ה"ש 158, בעמ' 316, 332–335, 341; דויטש, לעיל ה"ש 162, בעמ' 92–94, 223, 474. להכרה במסלול הנזיקי עובר להלכת גזמ, ראו ע"א 1235/90 **הרבסט נ' חברת מ. אריאן**, פס' 9 לפסק דינו של השופט ברק (1992). להכרה במסלול זה בהלכת גזמ עצמה ראו השופט שטרסברג כהן, עניין גזמ, לעיל ה"ש 160, בעמ' 415. להכרה במסלול זה לאחר הלכת גזמ ראו ע"א 9245/99 **ויינברג נ' אריאן קבלת לעבודות חשמל בע"מ**, פ"ד נח(4) 769, 802–803 (2004); ע"א 4856/07 **לחאם נ' לחאם**, פס' יב (פורסם בנבו, 1.12.2009); עניין **ניר שיתופי**, לעיל ה"ש 161, פס' 31. אשר לתאונה הכלכלית בין זכאי לנושה כספי שהוציא צו עיקול ראו ע"א 790/97 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' אברהם**, פ"ד נט(3) 697, 709 (2004); השופטת ביניש בע"א 10467/08 **תג'אזי נ' עיאס**, פס' 17 (פורסם בנבו, 3.11.2010); דויטש, לעיל ה"ש 158, בעמ' 330–331. במקרה זה הפיצוי עשוי להיות על הוצאות המעקל ועל הנזק שנגרם משלא עיקל נכסים אחרים, ובתנאי שהיו נכסים כאלו, עניין **בנק המזרחי**, שם, בעמ' 709 (אם כי אפשרות זו לא הוכרעה שם). פרופ' ישראל גלעד מנתח את האפשרויות השונות במסגרת התאונה המשפטית והתאונה הכלכלית, וסבור שיש לאפשר פיצוי נזיקי רק במגבלות מסוימות, גלעד, לעיל ה"ש 102, בעמ' 915–918.

ובשל ההתדיינויות והפגיעה בוודאות המשפטית.¹⁶⁶ לדעתי, כפי שאציג במודל המוצע לייחוד עילה בנוגע לפגמים בכריתת חוזה, ראוי ליתן במסלול העוקף (במקרה זה המסלול הנוזקי) סעד חלקי בלבד. חלקיות הסעד אינה נובעת מחלוקת אחריות על בסיס אשם תורם אלא מן העובדה שהתובע לא עמד בדוקטרינה שעוצבה לסיטואציה זו. בכך נשמר את העדיפות של הוכחת הדוקטרינה שעיצב המחוקק.¹⁶⁷

הסוגיה של ייחוד העילה באה לידי ביטוי מוחשי אף ביתר שאת בדיני הקניין הרוחני. כהמשך למשל הידוע של הנשיא (בדימוס) אהרן ברק מדיני הנוזקין, התפתחו דיני הקניין הרוחני כאיים שמקנים הגנה בתחומים שונים, והמים הזורמים בין האיים הם נחלת הכלל. תוצרים רוחניים שלא זכו להגנה מאחד מענפי הקניין הרוחני היו מותרים לכול. המהפך בתפיסה זו הושלם בפרשת **א.ש.י.ר.** הידועה, שהקנתה בנסיבות מסוימות הגנה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט לשלושה עיצובים שלא נרשמו כמדגם.¹⁶⁸ מבקרי הלכה זו טענו שההסתמכות על סטנדרט של התעשרות לא צודקת, בשונה מדיני הקניין הרוחני, תיצור עמימות, שכן המשתמש הפוטנציאלי לא ידע אם השימוש שיעשה לא יתברר בדיעבד כהתעשרות לא צודקת. יתרה מכך, ייווצר חוסר בהירות בנוגע להיקף ההגנה ולתקופת ההגנה שעלולה אף להיות ארוכה מזו של דיני הקניין הרוחני. עמימות זו עלולה לגרום לכך שהמשתמש הפוטנציאלי יעדיף שלא להשתמש במידע או לחלופין יאלץ לרכוש רישיון לשימוש במידע, ומכל מקום יאלץ להיעזר בכל עניין ביעוץ משפטי יקר. כל זאת באשר למידע שייתכן שהיה זכאי להשתמש בו בחינם ובביטחון לו היינו מפעילים את דיני הקניין הרוחני בלבד.¹⁶⁹ יתרה מכך, ההסתמכות על דיני עשיית עושר ולא במשפט תיתר את התמריץ לרשום זכויות של קניין רוחני בשל עלותם והתמשכות הליכי הרישום, וכך חלף בחינת רכיבי הזכויות השונות בקניין רוחני, הכוללים איזונים ערכיים שונים שעוצבו במשך שנים רבות, יטען הזכאי לעולה גמישה של התעשרות לא צודקת, ובכך יסוכל רצון המחוקק. יתרה מכך, הכרה בזכויות של קניין רוחני רשום כוללת עסקה בין

166 כהן, לעיל ה"ש 162, בעמ' 205–212.

167 לאפשרויות להגביל את הסעד הנוזקי להוצאות שהוצאו בשונה מ"אבדן אלטרנטיבה", ראו גלעד, לעיל ה"ש 102, בעמ' 918. למקורות הסבורים שהסעד יכול להיות מלא או חלקי ראו דויטש, לעיל ה"ש 158, בעמ' 334; דויטש, לעיל ה"ש 162, בעמ' 93. לאפשרות לחלק את האחריות בין הצדדים, דהיינו לפסוק סעד חלקי ראו עניין **ויינברג**, לעיל ה"ש 165, שם; עניין **לחאם**, לעיל ה"ש 165, שם. עם זאת פסקי הדין מתייחסים לאפשרות חלוקת הנזק רק על בסיס של אשם תורם, ואילו לדעתי ראוי להגביל את הסעד במסגרת "העילה העוקפת" בשל אי-עמידה בדוקטרינה שעוצבה לסיטואציה זו. גם בנוגע לתאונה הכלכלית הפיצוי שאליו התייחסה הפסיקה הוא חלקי בלבד. כאמור, הפיצוי אמור להיות על הוצאות המעקל ועל העובדה שלא עיקל נכסים אחרים, אם היו כאלו, ולא על אבדן היכולת להיפרע מהנכס שעוקל, ראו לעיל ה"ש 165.

168 רע"א 5768/94 **א.ש.י.ר. יבוא והפצה נ' פורום איכזורים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289, 358–359, 368–369 (1998); מיגל דויטש **עולות מסחריות וסודות מסחר** 235–228, 265, 380, 497, 660–662 (תשס"ב); בארצות הברית ראו H.H. PERRITT, TRADE SECRETS A PRACTITIONER'S GUIDE 110, 122 (1994). השינוי בתפיסה כבר החל בכמה פסקי דין שקדמו להלכת **א.ש.י.ר.**, ראו למשל ת"א (מחוזי המ') 12716/93 **אנימה אופנה בע"מ נ' בלן** (פורסם בנבו, 28.2.1994). ראו גם יוסי מרקוביץ' "על מה שנשאר מהלכת א.ש.י.ר. עיון מחדש ביחסי הקניין הרוחני ועשיית העושר" **שערי משפט** ז 35, 39–40 (תשע"ד).

169 ניבה אלקין קורן "על כלל ועל נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט "עיוני משפט" כה 9, 62–70 (תשס"א–תשס"ב).

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

הממציא לבין הציבור. תרום את הידע על ההמצאה שלך לציבור באמצעות רישום פרטי ההמצאה במרשם הפטנטים כדי שתשמש מצע למחקרים עתידיים, וקבל מונופול על השימוש בהמצאה עד לסוף תקופת ההגנה. לעומת זאת הגנה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט אינה מחייבת פרסום של ההמצאה. בכך תסוכל העסקה בין הממציא לציבור. המצדדים טענו בין היתר שיש כלים למנוע את התייתרות דיני הקניין הרוחני. דיני עשיית עושר ולא במשפט יחולו רק בנסיבות מסוימות, והסעד שיעניקו בשל השימוש בתוצר הרוחני יהיה חלש יותר מזה שהיה ניתן לקבל אם התוצר הרוחני היה זוכה להגנת קניין רוחני רשום.¹⁷⁰

סוגיה זו ממחישה את הסיכון בהיעדר ייחוד עילה – עקיפת האיזונים שיצר המחוקק בעילות של הקניין הרוחני עד כדי חשש להפיכתן לאות מתה וכן פגיעה באפשרות לעודד מחקרים עתידיים באמצעות קיום המעשה המנהלי של פרסום התוצר הרוחני לציבור. הפתרון לחששות אלו הוא מתן סעד חלקי בעילה העוקפת של התעשרות לא צודקת (ייחוד עילה חלקי). סעד חלקי בלבד במסגרת זו ישמור על התמריץ להשקיע במקרים המתאימים בעילות של הקניין הרוחני כדי שלא תהפוכנה לאות מתה, כולל פרסום התוצרים הרוחניים לציבור. מסקנה זו תיושם בפרק 1.1.1. (ב), (ג) ביחס לעילות של פגמים בכריתה, כדי שהן לא תהפוכנה לאות מתה.

הכלל של ייחוד עילה רלוונטי גם ליחס שבין עוולת גזל סוד מסחרי לעוולת הרשלנות ולדיני עשיית עושר ולא במשפט. עילות אלו עשויות להרחיב את ההגנה על מידע סודי לעומת עוולת גזל סוד מסחרי. למשל, הגדרת הסוד המסחרי דורשת בדין הישראלי נקיטת אמצעי אבטחה לשמירה על סודיות המידע.¹⁷¹ אם לא ננקטו אמצעי אבטחה, לא נוצר סוד מסחרי. ברם עוולת הרשלנות ודיני עשיית עושר (לאור הלכת א.ש.ר.) עשויות להקנות הגנה למידע הסודי גם אם בעל המידע הסודי לא נקט אמצעי אבטחה סבירים כדי לשמור על סודיות המידע נוסף על סודיות בפועל.¹⁷² אם כי בשל אופיו הנזיקי של ההסדר בחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט–1999 סבור פרופ' מיגל דויטש שקיים הסדר שלילי בעניין עוולת הרשלנות ביחס לנושאים שמוסדרים בחוק עוולות מסחריות. הסדר שלילי מוגבל כאמור אינו מונע את האפשרות להפעיל את עוולת הרשלנות בנושאים שההסדר בחוק עוולות מסחריות אינו שלם בעניינם.¹⁷³ מכל מקום, את עוולת הרשלנות יש להפעיל ביתר זהירות ובצמצום. היעדר הסדר שלילי

170 דויטש, לעיל ה"ש 168, בעמ' 260–261.

171 ס' 5 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט–1999.

172 R.G. Bone, *Exploring the Boundaries of Competitive Secrecy An Essay on the Limits of Trade secrets Law*, in *LAW, INFORMATION AND INFORMATION TECHNOLOGY* 99, p. 121 n. 69 (E. Lederman & R. Shapira ed., 2001). פרופ' דויטש סבור שהתרשלות בעל הסוד בשמירה על המידע אינה מונעת שימוש בעוולת הרשלנות נגד מעוול שפעל בזדון, שלא כמקרה שבו המעוול התרשל שלא בזדון. במקרה האחרון יוכל המעוול לטעון להשתק רשלנות מצד בעל הסוד, אשר יצר סיכון לא סביר כאשר לא נקט אמצעי אבטחה, מיגל דויטש "חוק עוולות מסחריות תשנ"ט–1999 – הגינות בתחרות וסודות מסחר" הפרקליט מה 128, 153–154 ה"ש 101 (תש"ס–תשס"א). לשימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט (לאור הלכת א.ש.ר.) כאשר לא ננקטו אמצעי אבטחה ברמה המינימלית הנדרשת, והסוד הושג באמצעי פסול, דויטש, לעיל ה"ש 168, בעמ' 515.

173 כך למשל חוק עוולות מסחריות אינו מתייחס לנושא של "גילוי בטעות" (אף שנושא זה היה קיים בהצ"ח). על אף ההשמטה הזאת ראוי לתת הגנה משפטית לבעל הסוד במקרים מסוימים, במיוחד אם מקבל המידע לא פעל בתום לב כאשר הסתמך על המידע. אחת העילות האפשריות היא עוולת הרשלנות, דויטש, לעיל

גורף בעניין חוק עוולות מסחריות מאפשר להפעיל גם את דיני עשיית עושר ולא במשפט, אם כי גם בהפעלת דינים אלו מתחייבת זהירות מסוימת.¹⁷⁴ הבדל חשוב בין העוולות הנזיקיות לדיני עשיית עושר ולא במשפט הוא שהאחרונים מעבירים את רווחי הנתבע לתובע, ואילו דיני הנזיקין יכולים לגרום לחיסרון כיס לנתבע, מאחר שהם מפצים על נזק שנגרם לתובע. הבדל זה מחייב כשלעצמו נקיטת זהירות יתר בשימוש בעוולות נזיקיות אחרות וחופש פעולה מצומצם מזה שנקט בדיני עשיית עושר ולא במשפט. אשר לדינים האחרונים קיים "מרחב נשימה" מסוים, כהגדרתו של פרופ' מיגל דויטש, שמאפשר את תחולתם לצדו של חוק עוולות מסחריות במקרים מסוימים לאור העקרונות שפותחו בעניין א.ש.י.ר., אם כי גם אותם יש להפעיל בזהירות.¹⁷⁵

דיני עשיית עושר ולא במשפט עשויים גם לחזק את תרופתו של בעל הסוד המסחרי. עוולת גזל סוד מסחרי עשויה להקנות בין השאר צווי מניעה, פיצויים בגין נזק שנגרם ופיצויים ללא הוכחת נזק. עוולה זו אינה מקנה את רווחי המפר. דיני עשיית עושר ולא במשפט עשויים לחזק את תרופתו של בעל הסוד מבחינה זו שעוולת גזל סוד מסחרי מקיימת את היסוד "שלא על פי זכות שבדין". לפיכך מכוח דינים אלו יהיה ניתן לקבל את השבת רווחי המפר בכפוף לדיני צירוף הסעדים. בארצות הברית ניתן לקבל את השבת רווחי המפר כבר במסגרת עוולת גזל סוד מסחרי, לפי דיני צירוף הסעדים הנהוגים גם שם.¹⁷⁶

לדעתי, הזהירות שעומד עליה פרופ' מיגל דויטש בשימוש בעוולות אחרות במקרים שעוולת גזל סוד מסחרי לא התקיימה צריכה להשפיע על אופי הסעד שניתן באמצעותו – סעד חלקי בלבד. חלקיות הסעד מוצדקת, כפי שיוסבר בהרחבה בפרק 1.1 (ב), (ג), משום שהתובע לא עמד בתנאי העילה שעיצב המחוקק לאותה סיטואציה.

בהקשר זה ראוי לציין שבשנים האחרונות החלה להתפתח בפסיקה, בחקיקה ובספרות מגמה הפוכה של הכרה ברעיון של ייחוד עילה בדיני הקניין הרוחני באשר לדיני עשיית עושר ולא במשפט,

ה"ש 168, בעמ' 628, 642-641, 662, 692-693. למקרים נוספים ראו שם, בעמ' 263-264, 351-352, 625-627, 640, 645; ויניצקי, לעיל ה"ש 121, בעמ' 111 וההפניות שם.
 174 דויטש, לעיל ה"ש 168, בעמ' 264-265, 404-405, 660-662, 678.
 175 שם, בעמ' 677-678. למקרים אלו ראו שם בעמ' 208-211, 228-235, 261-266, 379, 404-405, 450, 458-459, 465, 474, 483-484, 486, 510, 628-624, 640-645, 647-648, 660-662, 669, 671-672, 677-678; דויטש, לעיל ה"ש 172, בעמ' 155-156; ויניצקי, לעיל ה"ש 173, בעמ' 118 וההפניות שם.
 176 דויטש, לעיל ה"ש 168, בעמ' 153, 354, 404, 678, 763. ראו גם: בג"ץ 1683/93 **יבין פלסט נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מז(4) 702, 707 (1993); דניאל פרידמן **עשית עושר ולא במשפט א 392**, 501 (מהדורה שנייה, תשנ"ח); ע"ב (אזורי י-ם) 1906/98 **גמאטרוניק תעשיות נ' קלמן**, פס" 19 (פורסם בנבו, 19.9.2006). לדין הקיים בארצות הברית ראו Uniform Trade Secrets Act, 14 U.L.A. 433 (1985) (UTSA) §3; RESTATEMENT (3rd) OF UNFAIR COMPETITION §45(1), (2); J.W. Hill, *Trade Secrets, Unjust Enrichment, and the Classification of Obligations*, 4 VA. J& TECH. (1999) 2, 16; דויטש, לעיל ה"ש 168, בעמ' 678. אשר לדיני צירוף הסעדים: ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 71-89. ראו גם ס' 446 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011, הקובע כי "הנפגע זכאי, עד לקיום מלוא זכותו, לבחור בין תרופות, או לצבור אותן, אם אינן נוגדות זו את זו". במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט ניתן לקבל גם את השבת רווחי המפר הראשוני (מי שנטל את הסוד באמצעי פסול או השתמש בו בניגוד לחיוב חוזי או חובת אמון) וגם את רווחי המפר השניוני (מי שקיבל את הסוד הגזול או השתמש בו כאשר הוא ידע או חשד שמדובר בסוד מסחרי גזול), פרידמן, שם, בעמ' 504; דויטש, שם, בעמ' 350, 677; עניין יבין, שם, בעמ' 707; ע"א 1142/92 **ורגוס בע"מ נ' כרמקס בע"מ**, פ"ד נא(3) 421, 443 (1997).

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

ודחיקתה של הלכת א.ש.י.ר.¹⁷⁷ שינוי התפיסה דווקא בתחום זה אינו מפתיע בשל הרעיון הבסיסי בדיני הקניין הרוחני, שלפיו כל מה שאינו מוגן בקניין רוחני מוסדר ראוי שיהיה נחלת הכלל. יתרה מכך, ענף חדש יחסית בדיני הקניין הרוחני – הגנה למידע סודי בתיק המחקרים של תרופה – Data Exclusivity – עוצב מראש כהגנה היוצרת ייחוד עילה.¹⁷⁸

3. דיני עשיית עושר ולא במשפט

שאלת ייחוד העילה התעוררה גם באשר לעילות ההשבה שבחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט–1979. החוק פותח בסעיף 1 בעילה הכללית שלפיה מי שזכה בטובת הנאה על חשבון גורם אחר שלא כדין חייב בהשבת טובת הנאה. לצד עילה כללית זו קיימות שתי עילות ספציפיות: א. סעיף 4 לחוק קובע כי מי שפרע חוב של הזולת מבלי שהיה חייב בכך, זכאי להשבת סכום הפירעון אלא אם לבעל החוב הייתה סיבה להתנגד לפירעון החוב; ב. סעיף 5 קובע כי מי שעשה בתום לב ובסבירות פעולה לשמירה על חייו, על שלמות גופו, על בריאותו, על כבודו או על רכושו של אדם אחר מבלי שהיה חייב בכך, זכאי להשבת הוצאותיו, אלא אם מדובר בהצלת רכוש שהזוכה התנגד לה. פרופ' דניאל פרידמן ואלון שפירא בר אור סוברים שאם לא התקיים אחד הרכיבים של העילות הספציפיות, לא ניתן לפנות לעילה הכללית. כך למשל אם בסעיף 5 מדובר בהצלת רכוש שהזוכה התנגד לה, לא ניתן לעקוף רכיב זה באמצעות פנייה לעילה הכללית בסעיף 1.¹⁷⁹ דוגמה זו נכונה גם לסעיף 4. אם לבעל החוב הייתה סיבה להתנגד לפירעון החוב, לא ניתן לעקוף רכיב זה באמצעות פנייה לעילה הכללית בסעיף 1. עם זאת פרופ' פרידמן ושפירא בר-אור סוברים שאם מדובר במקרה שכולל יסודות שלא הובאו כלל בחשבון במסגרת העילות הספציפיות, יהיה ניתן לפנות לעילה הכללית.¹⁸⁰ הבחנה זו

177 ראו בין הלכות רבות: באשר לדיני הפטנטים ראו רע"א 6025/05 Merck & Co. Inc. Merck, Sharp & Dohme (Israel) 1996 Ltd. נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (פורסם בנבו, 19.5.2011); ת"א (מחוזי מרכז) 10648-09-09 שבא מפעלי מחכת בע"מ נ' שפרן (פורסם בנבו, 29.7.2010); באשר לדיני זכויות יוצרים ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1074-05 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' חברת אול יו ניד בע"מ (פורסם בנבו, 11.7.2010); באשר לדיני סימני מסחר ראו ע"א 9191/03 V&S Vin Spirit Aktiebolag נ' אבסולוט שו בע"מ, פ"ד נח(6) 869 (2004); ע"א 5066/10 שלמה א. אנגיל בע"מ נ' י. את א. ברמן בע"מ, פס" 52 (2033). לסקירה רחבה ראו מרקוביץ', לעיל ה"ש 168. ראו גם ס' 2 לחוק העיצובים, תשע"ז–2017, שקובע כי "לא תהיה זכות בעיצוב אלא לפי הוראות חוק זה". בדברי ההסבר להצעת החוק הוסבר שמטרת סעיף זה היא לשמר את האיוונים שיצר המחוקק בהצעת החוק, ולכן אין להרחיב את ההגנה על העיצוב, להאריך את תקופתה או להכיר בעיצוב שלא עמד בדרישות החוק באמצעות עילות כלליות לרבות דיני עשיית עושר ולא במשפט, הצעת חוק העיצובים, תשע"ה–2015, הצ"ח 928, בעמ' 696, 700–701.

178 ראו ס' 47ד(ה) לפקודת הרוקחים [נוסח חדש], תשמ"א–1981: "לא ייזקק בית משפט לתביעה, תהא עילתה אשר תהא, אם העילה לתביעה נובעת מהסתמכות על מידע סודי שנמסר במסגרת בקשה לרישום תכשיר קודם, אלא אם כן עילת התביעה היא בשל מעשה או מחדל בניגוד להוראות סעיף זה".

179 דניאל פרידמן, אלון שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט א 105–107 (מהדורה שלישית, תשע"ה).

180 כך למשל אם אדם רכש בתום לב מכונית ממי שלא היה הבעלים האמתי והשקיע בה השקעות, וכעת הוא אמור להשיבה, יהיה ניתן לקבל השבה מכוון ס' 1 לחוק גם אם לא התקיימו יסודות ס' 5 (בהנחה שהתיקונים והשיפורים אינה בגדר "שמירה", והקונה פעל עבור עצמו ולא עבור הזולת). היסוד שלא הובא בחשבון במסגרת ס' 5 הוא טעותו של הקונה שפעל בתום לב. כמו כן אם אדם פרע חוב של הזולת מכוון טעות או מכוון אילוף על פי הדין, אזי גם אם לא התקיימו יסודות ס' 4, יהיה ניתן לקבל השבה מכוון ס' 1

השובה גם בעניינין של עילות של פגמים בכריתה. כאשר מדובר במקרה שדיני הפגמים לא התיימרו לעסוק בו, לא תהיה בעיה בפנייה לעילות כלליות.

4. דיני החוזים

(א) דיני הפרת חוזה

סעיף 22(א) לחוק החוזים תרופות קובע: "אין בחוק זה כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה או לא-תעשה, לשעה או לתמיד, החלטות ביניים או כל סעד אחר". מאחר שהסעיף מונה את האפשרות ליתן פסק דין הצהרתי ואת סעדי הציווי, והחוק כולל את סעדי האכיפה, הביטול, ההשבה והפיצויים, ברור שהאפשרות ליתן "סעד אחר" משמעה צורך בעילה עצמאית שתקנה את אותו הסעד.¹⁸¹

העילה הרלוונטית ביותר שמקנה סעד שאינו מנוי בחוק החוזים תרופות, מצויה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, והסעד הוא השבת רווחי המפר. הסעד של השבת רווחי המפר רלוונטי בין היתר למקרים שבהם מי שהתחייב למכור נכס הפר את החוזה ומכר את הנכס לצד שלישי. במקרים שבהם רווחי המפר עולים על הנזק שנגרם לקונה, אזי השבת רווחי המפר מקנה לנפגע סעד שאינו קיים בחוק החוזים תרופות. יש החולקים על כך וסבורים שגם סעד זה כלול בדיני החוזים.¹⁸² השאלה אם ניתן להקנות את הסעד הנ"ל במקרה של הפרת חוזה הוכרעה בדיון הנוסף בעניין אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס. בפסק הדין נחלקו השופטים בסוגיה זו. השופטים שלמה לויין (כתוארו אז) ובך סברו שניתן לקבל את

לחוק, שכן ס' 4 לא התיימר לחול גם במקרים אלו. היסוד שלא הובא בחשבון הוא פעולה מתוך טעות או אילוץ ולא מתוך רצון לסייע. לדוגמאות ולדעה זו ראו פרידמן ושיפרא בר-אור, לעיל ה"ש 179, בעמ' 106-107. ליישום הרעיון שאם מדובר בשיפור ולא בשמירה (ובאותו מקרה גם בתביעת שכר ראוי ולא בהשבת הוצאות) אי אפשר להסתמך על ס' 5 לחוק אך ניתן להסתמך על ס' 1, ראו ת"א (מחוזי ת"א) 884/92 אורן נ' עזבון האדמו"ר בונם אלתר ז"ל, פס" 141-147 (פורסם בנבו, 28.1.2007). בערעור לבית המשפט העליון הוחלט להכריע על דרך הפשרה, ראו ע"א 1829/09 פרלגר נ' אורן (פורסם בנבו, 25.7.2010). בדומה לזה, ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט כולל שתי הגנות: א. כאשר הזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה; ב. ההשבה בלתי צודקת. הרישה של ס' 2 מסייגת את תחולתן במפורש רק להשבה לפי ס' 1, דהיינו רק כאשר לעילה הכללית בחוק. פרידמן ובר-אור סבורים שלמרות זאת הגנות אלו חלות גם על העילות הספציפיות מכוח שיקולים של אחדות ושיטתיות והרקע לחקיקת החוק, שם, בעמ' 107-108. לדעתי, קשה לקבל קביעה זו בשל אמירתו המפורשת של המחוקק בעניין זה, אלא אם נראה את העילות הספציפיות כסניפים של העילה כללית. כך למשל, סעדי ההשבה בחוקי החוזים נחשבים כסניפים של ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, ראו דנ"א 10901/08 ביזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד סה(1) 350 (2011); ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540 (1993).

181 הפסיקה קבעה שאין מדובר בפרשנות המילים "סעד אחר", סעד שכולל פיצויים סמליים במקרה שלא הוכח נזק, שכן סעד הפיצויים מוסדר בחוק החוזים תרופות, וסעד הפיצויים אינו כולל אפשרות ליתן פיצוי סמלי, ע"א 140/73 שרם נ' גרינברג, פ"ד כט(1) 194 (1974).

182 איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית" משפטים לד 91, 177-180 (תשס"ד). לגיחות פסיקה שהעניקה סעד של השבת רווחי המפר לאחר הלכת אדרס, אך בפועל היה ניתן להגיע לאותה התוצאה על פי סעדי הפיצויים בחוק החוזים תרופות, ראו איל זמיר "שנאת הפסד ונטילת רווחי המפר בעקבות הלכת אדרס" ספר שלמה לויין 323, 329-337 (תשע"ג).

השבת רווחי המפר בין שהחווה בוטל ובין שלא. השופט ברק (כתוארו אז) סבר שהדבר אפשרי כאשר החווה לא בוטל, והותיר את השאלה בצריך עיון במקרה שהחווה בוטל. השופטת בן-פורת הבחינה בין מקרה שהחווה לא בוטל ובין מקרה שהחווה בוטל. אם החווה לא בוטל הנפגע יכול לדרוש אכיפה, ואם היא בלתי אפשרית הוא זכאי לתחליף אכיפה – השבת רווחי המפר. אם החווה בוטל, הנפגע אינו זכאי לאכיפה ולא יוכל לקבל את רווחי המפר. מכל מקום, לשיטתה סעד זה אפשרי רק אם הממכר יוחד לקונה מתוך כלל סחורתו של המוכר. השופט דב לוין סבר שלפי סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט–1979, הקובע כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות", לא ניתן לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, שכן חוק החוזים תרופות מקנה סעדים בגין הפרת חוזה, בין שהחווה בוטל ובין שלא. ארבעת השופטים האחרים סברו שסעיף 6 הנ"ל אינו מהווה מחסום בפני יישום הסעד של השבת רווחי המפר במקרה של הפרת חוזה, שכן הסעד של השבת רווחי המפר אינו קיים בחוק החוזים תרופות.¹⁸³ השאלה אם קיימת מניעה להחיל סעד חיצוני במקרה של הפרת חוזה על פי חוק החוזים תרופות לא עלתה כלל בשל הקביעה הברורה בסעיף 22 לחוק החוזים תרופות. מגוון הדעות יצר רוב ברור (ארבעה נגד אחד), המאפשר קבלת רווחי המפר במקרה שהחווה לא בוטל, ותיקו במקרה שהחווה בוטל (שניים בעד, שניים נגד, ואחד הותיר בצריך עיון).¹⁸⁴ מכל מקום, עקרונית החקיקה, הפסיקה והספרות אינן מכירות בכלל של ייחוד עילה בנוגע להפרת חוזה. שלילת הכלל של ייחוד עילה עשויה להיות מוצדקת בכך שהפרה היא עילה שאין בה רכיבים מורכבים שכוללים איוונים שונים. מדובר בעילה שמתבססת על יסוד עובדתי ("מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה"¹⁸⁵), המטילה אחריות מוחלטת (למעט כמה חריגים¹⁸⁶). לכן מתן סעד על בסיס העילה של התעשרות לא צודקת, שממילא נסמכת על ההפרה כמי שממלאת את היסוד ש"לא כדין" הנדרש בעשיית עושר ולא במשפט, אינו חותר תחת האיוונים שהמחוקק כלל בעילת ההפרה. תוצאה שונה עשויה להתקבל בעניינין של העילות של פגמים בכריתה חוזה שהן מורכבות יותר וכוללות איוונים עדיניים.¹⁸⁷

(ב) דיני החוזים האחידים

עילת הקיפוח היא העילה היחידה הקיימת בחקיקת דיני החוזים האחידים. סעיף 24 לחוק החוזים האחידים, תשמ"ב–1982 קובע במפורש שלא מתקיים כלל של ייחוד עילה, ולכן גם כאשר מדובר

183 ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (1988). ראו גם ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297 (1991); דעת היחיד של השופט טירקל בע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית בע"מ, פ"ד נה(3) 913 (2001). ראו גם שלו ואדר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 62–66.

184 אם כי, ראו בעניין זה את דעת היחיד של השופט טירקל בעניין ארבוס, לעיל ה"ש 183, וכן זמיר, לעיל ה"ש 182, שם.

185 ס' 1 לחוק החוזים תרופות.

186 לדוגמאות לחריגים אלו ראו לעיל ה"ש 97.

187 שאלה קרובה של ייחוד תרופה מתעוררת גם, לפחות בהיבט מסוים, בשאלה אם ניתן לתבוע תרופות אחרות במקום פיצוי מוסכם. התשובה לשאלה זו היא בחיוב, וגם היבט זה משקף את מגמת המחוקק – בניגוד למשל למה שהיה במשפט האנגלי בנוגע לפיצוי מוסכם – להגן על מכלול אינטרס מוגן. ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 519–521.

בחוזה אחיד, יכול הלקוח להסתמך על עילות נוספות לתקיפת תנאים לא לגיטימיים בחוזה אחיד. עילות אלו נדרשות כאשר חוק החוזים האחידים אינו נותן מענה, כגון שמדובר בתניה שספק ולקוח הסכימו עליה לצורך חוזה מסוים או בסעיף שעוסק בתמורה הכספית.¹⁸⁸ העילות הנוספות נדרשות גם לצורך סעדים אחרים. עילת הקיפוח מקנה סעד של ביטול או שינוי התנאי המקפח. המעוניין בסעד הפיצויים נדרש להסתמך על עילות אחרות שמקנות סעד של פיצויים.

העילות הרלוונטיות לתקיפת חוזה אחיד או תנאים מסוימים בחוזה אחיד מחוץ לחוק החוזים האחידים הן למשל: א. חוסר תום לב במשא ומתן – ניסוח סעיף לא לגיטימי בחוזה אחיד עלול להיחשב לחוסר תום לב בכריתת החוזה (בחוזה אחיד לא מתקיים משא ומתן). כאשר ספק כולל סעיף לא לגיטימי, הוא עושה זאת בשלב הכריתה;¹⁸⁹ ב. קיום חוזה בחוסר תום לב – עמידה על קיום תניה לא לגיטימית יכולה להיחשב לקיום החוזה בחוסר תום לב;¹⁹⁰ ג. אכיפה בלתי צודקת – בקשה לאכוף סעיף לא לגיטימי עלולה להידחות על פי החרגי של אכיפה בלתי צודקת;¹⁹¹ ד. תקנת הציבור – סעיפים לא לגיטימיים עלולים לסתור את תקנת הציבור.¹⁹² עם זאת לפי סעיף 5(ב) לחוק החוזים האחידים כפי שהוסף ברפורמה האחרונה בחוק החוזים האחידים, תנאי הפוטר מנזקי גוף או ממעשה זדון דינו בטלות. במקרה זה לא יוכל הספק להסתמך על דיני תקנת הציבור ולטעון שקיימות דעות בפסיקה בעבר (אם כי מעטות יחסית) שהכירו במצבים מסוימים בפטור מנזקי גוף בחוזה אחיד ואינן רואות בכך סתירה לתקנת הציבור;¹⁹³ ה. פרשנות – ניתן לפרש תנאים לא לגיטימיים באמצעות פרשנות צרה, וכך על מרבית המקרים לא יחול הסעיף הבעייתי. בנוסף ניתן להשתמש בכלל של

- 188 ס' 2, 21(1) לחוק החוזים האחידים, תשמ"ב-1982.
- 189 ס' 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; ראו ת"א 1184/03 ריבקין נ' ליגד השקעות ובנין בע"מ (פורסם בנבו, 16.2.2004).
- 190 ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי); ראו דעת הרוב בע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617 (1979); ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס (פורסם בנבו, 1.9.2005).
- 191 ס' 3(4) לחוק החוזים תרופות; ע"א 3833/93 לוינ' לוינ', פ"ד מח(2) 862 (1994); ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד (3) 877, 850 (2000).
- 192 ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי). ראו דעת המיעוט של השופט שמגר בעניין רוט, לעיל ה"ש 190.
- 193 ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319 (1963), השופט ויתקון סבר שיש לפסול רק תנאים שפוטרים מנזקי גוף בחוזה אחיד לשירות חיוני. דהיינו, אם אין מדובר בשירות חיוני, השופט ויתקון מוכן להכיר בתנאי שפוטרים מנזקי גוף בחוזה אחיד. כך למשל בפסק דין ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וצידו ספורט בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63 (1974) סבר השופט ויתקון (בניגוד לשופט ברנזון) שספורט אתגרי אינו כלול בשירות חיוני, ולכן תניית פטור בעניינו בחוזה אחיד יכולה להיות תקפה, ובתנאי שהיא חלק מהחוזה. בע"א 3388/12 נהרות משלחות רפטינג בע"מ נ' עזבון המנוח חרובי ז"ל (פורסם בנבו, 13.4.2014) בית המשפט לא שלל באמרת אגב את האפשרות להכיר בתניית פטור בחוזה אחיד בספורט אתגרי (במקרה שם לא הכירו בסעיף בשל התרשלות החברה). השופט דנצינגר אף סבר שראוי להיזהר מפסילה אוטומטית. כן ראו ת"א (שלום ראשל"צ) 1610/98 ליאונרד נ' קרגד פרויקטים 1988 בע"מ (פורסם בנבו, 24.6.2003), שבו הכיר בית המשפט בסעיף הפוטר מועדון סקי מים מאחריות, שכן חבר המועדון חויב לבטח עצמו. אם כן, המחוקק בחר להחמיר את הגישה לתניות אלו, ולכן הן כעת בטלות מעיקרא. יש הסוברים שכיוון זה רצוי בשל פריחת ענפי הספורט האתגרי, משה גלברד ויהודה אדר "הצעת חוק החוזים האחידים (תיקון מס' 4) עיון ביקורת" חוקים ה' 99, 167 (תשע"ג).

פרשנות נגד המנסח, וכך תועדף פרשנותו של הלקוח;¹⁹⁴ ו. סעיפים לא לגיטימיים שסותרים חקיקה קוגנטית אינם תקפים.¹⁹⁵ שלילת הכלל של ייחוד עילה עשויה להיות מוצדקת בכך שעילת הקיפוח היא בלאו הכי עילה גמישה שניתנת לפרשנות רחבה או מצמצמת, והמחוקק העניק באמצעותה שיקול דעת רחב לבתי המשפט. לפיכך אין הבדל תוצאתי גדול (אף ביחס לסעד דומה) בין הרחבת העילה עצמה לבין פנייה לעילות כלליות אחרות, כגון תקנת הציבור או היעדר תום לב, שעשויות להכיל תכנים דומים.¹⁹⁶

(ג) דיני החוזים המיוחדים

דיני חוזה המכר, השכירות והקבלנות כוללים עילה של אי-התאמה. כדי שיוכלו להסתמך על עילה זו, הקונה, השוכר או המזמין אמורים לעמוד בנטלים מסוימים שכוללים חובה לבדוק את הנכס או את המלאכה ולהודיע על אי-התאמה (בקבלנות המונח הוא "פגם"), וכן לאפשר למוכר או למשכיר לבדוק את אי-התאמה, ובחווה שכירות וקבלנות אף לאפשר למשכיר או לקבלן לתקן את המושכר או את המלאכה.¹⁹⁷ מטרת ההודעה היא ליידע את המוכר, המשכיר או הקבלן על אי-התאמה כדי לאפשר להם להחליף את הנכס או לתקנו, ובכך להקטין את הנזק; להתכונן להתדיינות משפטית; לחזור בתביעה אפקטיבית נגד היצרן או ספקי החומרים והשירותים; למנוע נזק ראייתי שייגרם בחלוף

194 ע"א 492/73 שפיזור נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פ"ד כט(1) 22 (1974); רע"א 7642/97 שטרית נ' נוסבאום, פ"ד נג(3) 516 (1999). אשר לכלל הפרשנות נגד המנסח ראו ס' 25(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).

195 כך למשל, אם קונה או שוכר הצהירו שבדקו את הממכר או המושכר, והם מתחייבים שלא לתבוע בגין אי-התאמה או טעות, ולאחר מכן מתברר שהמוכר או המשכיר ידעו, או היה עליהם לדעת, על אי-התאמה (בשכירות גם על פגם), הקונה או השוכר יוכלו להסתמך על אי-התאמה (בשכירות גם על פגם) על אף האמור בהסכם, דהיינו אף שהתחייבו שלא לתבוע, וזאת לאור הסעיפים הקוגנטיים: ס' 16 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 וס' 8 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971. ס' 201 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011 מציע הסדר דומה גם לקבלנות. כמו כן סעיף הפוטר מאחריות בחוזה אחיד של קבלן שמכר דירה לא יסייע בידו אם לא צירף מפרט לחוזה ולא מסר את הדירה כמתאימה לסטנדרט ראוי לפי הנסיבות, ראו ס' 2, 5, 7 לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973. ולבסוף סעיף הפוטר יצרן מנזקי גוף לא יהיה תקף לפי ס' 7 לחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980.

196 ראו תשובת השופט חשין לשופט טירקל, שחשש מהצפת תביעות אם נכיר בתקנונים מסוימים כחווה אחיד, בשל האפשרות לתקוף תקנונים אלו בעילת הקיפוח. השופט חשין הדגיש שתמיד היה ניתן לתקוף תקנונים בעילה של סתירה לתקנת הציבור, ולא התקיימה הצפת תביעות, ומאחר שהתכנים של תקנת הציבור ועילת הקיפוח עשויים להיות דומים בהקשרים רבים, אין חשש להצפת תביעות, ע"א 1795/93 קרן גמלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פ"ד נא(5) 433, 466-468 (1997).

197 בחוק המכר, תשכ"ח-1968 מוטל על הקונה לבדוק את הממכר מיד לאחר קבלתו ולהודיע מיד על אי-התאמה (ס' 13, 14 לחוק), ויש המוונים בנטלים גם את הנטל ליתן למוכר הזדמנות נאותה לבדוק את הממכר (ס' 17 לחוק). ראו מיגל דויטש דיני חוזים מיוחדים א' 162-164 (תשס"ח). ראו בעניין זה גם איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 348-350 (מסדרת פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, תשמ"ז) בעניין אי-עמידה חלקית בנטל. בס' 222 לתזכיר חוק דיני ממונות, תשס"ו-2006 רצו להוסיף נטל לאפשר גם למוכר לתקן את הממכר, אך הצעה זו בוטלה בגרסה הנוכחית (ס' 169 להצעת חוק דיני ממונות). בס' 3 לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 קיימים נטלים להודיע על הפגם ולאפשר לקבלן לתקן את המלאכה. בס' 6 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971 קיימים נטלים להודיע על אי-התאמה, ליתן למשכיר הזדמנות לבדוק את המושכר, וככל שהדבר סביר בנסיבות העניין, אף לתקנו.

הזמן; כאשר מדובר בליקויי בנייה, רצוי שהקבלן יידע עליהם כאשר כליו עדיין בשטח העבודה; כאשר מדובר בקו מוצרים פגום, הודעה תמנע את המשך השיווק, ובסופו של דבר, לאחר חלוף הזמן לקיום נטל ההודעה המוכר, המשכיר או הקבלן נהנים מוודאות הדומה לזו שמעניקים דיני ההתיישנות.¹⁹⁸ מטרת הנטל לאפשר בדיקה של אי-ההתאמה היא מתן אפשרות למוכר או למשכיר לעמוד על כנות טענותיו של הקונה או השוכר ולאפשר למוכר או למשכיר לטפל באי-ההתאמה.¹⁹⁹ ואילו מטרת הנטל לאפשר לקבלן או למשכיר לתקן את אי-ההתאמה נובעת מכך שהקבלן הוא בעל המומחיות לבצע את התיקון ויכול לבצעה בעלות נמוכה מן החלופות האחרות, והמשכיר הוא בעל הנכס, ומדובר בקשר נמשך.²⁰⁰

דינים אלו כוללים משטר מעניין בנוגע לכלל של ייחוד עילה. כאשר עילת אי-ההתאמה מתקיימת, והנפגע עמד בנטלים המוטלים עליו, הוא זכאי לסעדים המיוחדים הכלולים בחוקי החוזים המיוחדים,²⁰¹ לסעדים הכלולים בחוק החוזים תרופות ולסעדים מכוח עילות אחרות, אם התקיימו בכפוף לדיני צירוף הסעדים.²⁰² ברם כאשר הנפגע לא עמד בנטלים המוטלים עליו, הנפגע לא זכאי לסעדים מכוח דיני החוזים המיוחדים ומכוח חוק החוזים תרופות וקיימת מחלוקת בשאלה אם הוא מנוע גם מלהסתמך על עילות מכוח דינים אחרים. יש הסבורים שהנפגע יוכל להסתמך למשל על עוולות הרשלנות, עוולת הפרת חובה חקוקה וחוק אחריות למוצרים פגומים, ואם המוכר הוא גם המבטח של הנכס – יוכל הנפגע להסתמך על עילה חוזית מכוח חוזה הביטוח.²⁰³ לעומת זאת, יש השוללים גם הסתמכות זו וטוענים שאם הנפגע יוכל לתבוע במסגרת דיני הנזיקין, תסוכל מטרת חוקי החוזים המיוחדים (היתרונות במתן הודעה למוכר, למשכיר ולקבלן ומתן אפשרות לקבלן או למשכיר לתקן את המלאכה או את המושכר, כאמור לעיל) באמצעות סיווג שונה של התביעה.²⁰⁴ לאור זאת

- 198 זמיר, לעיל ה"ש 197, בעמ' 291; ע"א 465/80 סולונץ בע"מ נ' התכוף בע"מ, פ"ד לח(3) 630 (1984); ע"א 2299/99 ספייר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 536 (2001).
- 199 זמיר, לעיל ה"ש 197, בעמ' 345.
- 200 איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 501-503 (מסדרת פירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך, תשנ"ה); מיגל דויטש פרשנות הקודכס האזרחי 85 (תשס"ה).
- 201 בחוק המכר – הסעד של ניכוי מהמחיר (ס' 28 לחוק המכר, תשכ"ח-1968). בחוק חוזה קבלנות הסעדים של ניכוי מהמחיר ותיקון עצמי ושיפוי (ס' 4 לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974). בחוזה שכירות הסעדים של הפחתת דמי השכירות (ניכוי מהמחיר) ותיקון עצמי ושיפוי (ס' 9 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971).
- 202 ראו ס' 27 לחוק המכר; ס' 7 לחוק חוזה קבלנות; ס' 23 לחוק השכירות והשאלה.
- 203 זמיר, לעיל ה"ש 197, בעמ' 313-314, 555-556; איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 305-306 (תש"ן); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 564; ת"א (שלום ב"ש) 3457/02 עמית נ' ג' קמחי סחור (1978) בע"מ (פורסם בנבו, 1.3.2006); ת"א (שלום ח"י) 22667/04 קובלנקו נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 3.6.2007); ת"א (שלום י-ם) 4534/86 טל נ' שיכון עובדים בע"מ (פורסם בנבו, 1.12.1991), פסק הדין אושר בבית המשפט המחוזי: ע"א (מחוזי י-ם) 30/92 שכון עובדים בע"מ נ' טל (פורסם בנבו, 24.12.1992). אשר לחוק המכר טובין בינלאומי ראו ת"א (מחוזי ת"א) COR-1171/92 SERVE LTD. נ' ארגל אריזה גלית בע"מ (פורסם בנבו, 7.6.1993).
- 204 מיגל דויטש דיני חוזים מיוחדים א 180 (תשס"ח); סיני דויטש "חוק המכר – קווים לפירושו והרהורים על יחסי מוכר צרכן" משפטים יט 493 (תשמ"ט-תש"ן); השופטת בן-פורת ע"א 465/80 סולונץ בע"מ נ' "התכוף" חרושת ברזל בע"מ, פ"ד לח(3) 630, פס' 5 (1984). ראו גם: ע"א 306/85 Datalab management pty Ltd. נ' פולק אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד מג(2) 309 (1989); ע"א (מחוזי ת"א) 1400/99

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

ניתן לומר שלא קיים כלל של ייחוד עילה כאשר עילת אי-ההתאמה מתקיימת והנפגע עמד בנטליו, אך קיים כלל של ייחוד עילה כאשר הנטלים לא קוימו לכל הפחות בנוגע לסעדים בחוק החוזים תרופות (ייחוד עילה יחסי), ויש הסוברים אף בנוגע לכלל העילות הרלוונטיות (ייחוד עילה מוחלט). חוק השכירות והשאילה והצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011 מרככים את התוצאה של אי-עמידה בנטל כך שהשוכר או הקונה לא יוכלו להסתמך על אי-ההתאמה רק בהיקף שבו אי-ההודעה גרמה לפגיעה במשכיר או במוכר.²⁰⁵ מכאן ניתן להסיק שיש לאתר את המטרה לכלל של ייחוד עילה בכל עילה ספציפית, ויש לבחון אם עקיפת הכלל ומתן יכולת לתבוע מכוח עילה אחרת אכן תסכל בפועל את כוונת המחוקק.

5. סיכום

תובנות רבות ניתן ללמוד מענפי המשפט המקבילים וכן מסוגיות אחרות בדיני החוזים. מדיני הנזיקין ניתן ללמוד מהו הסיכון בהיעדר כלל של ייחוד עילה באופן גורף – הפיכת העוללות הספציפיות לאות מתה, וכך דיני הנזיקין נהיו במידה רבה דיני הרשלנות. היעדר כלל של ייחוד עילה באופן גורף ביחס לעילות של פגמים בכריתה עלול להביא לתוצאה דומה. מדיני הנזיקין אף למדנו שבשום מקרה אין לעקוף הגנה בעילה ספציפית באמצעות עילה כללית. תובנה זו חשובה כשמדובר בהגנות הקיימות בעילות הטעות, ההטעה והכפייה. לבסוף למדנו שפעולה מכוונת עשויה להצדיק התגברות על כלל של ייחוד עילה ומתן אפשרות לתבוע גם מעילות כלליות ביתר קלות. מסקנה זו חשובה כאשר ההטעה, הכפייה והעושה נעשו בזדון. מדיני הקניין בכלל ומדיני הקניין הרוחני בפרט למדנו שגם בענפים אלו התעוררו מחלוקות ביחס לאפשרות לעקוף דוקטרינה ספציפית שעוצבה לסיטואציה מסוימת באמצעות דוקטרינות אחרות. גם כאשר הדבר התאפשר בתחום דיני הקניין הרוחני, הומלץ על נתינת סעד חלקי בלבד, וכיום אף יש נטייה לסגת בתחום זה מהאפשרות לעקוף את העילות שהמחוקק הסדיר לאותן סיטואציות באמצעות עילות אחרות. תובנה זו עשויה ללמד שראוי לסייג מתן אפשרות לעקוף את העילות של פגמים בכריתה באמצעות עילות כלליות באפשרות לפסוק סעד חלקי בלבד (ייחוד עילה חלקי). מדיני עשיית עושר ולא במשפט למדנו שלפי תפיסת הספרות והפסיקה קיים ייחוד עילה בין העילות הספציפיות לעילה הכללית, אך כאשר מדובר במקרה שהעילות הספציפיות לא התיימרו לעסוק בו, לא תהיה בעיה בפנייה לעילות כלליות. גם מסקנה זו עשויה לסייע ביחס לעילות של פגמים בכריתה. כשמדובר במקרה שהעילות של פגמים בכריתה לא התיימרו לחול עליו, לא תהיה כל בעיה בפנייה לעילות אחרות. צמצום המיקוד לדיני החוזים הראה גישות שונות. דיני הפרת חוזה ודיני החוזים האחידים אינם כוללים כלל של ייחוד עילה, מסיבות שונות. הפרת החוזה היא כאמור

אבקות דוד בע"מ נ' תריסול בע"מ (פורסם בנבו, 10.4.2000). ת"א (שלום ת"א) 52678/97 יוניברסל משאות ישראל בע"מ נ' קדושים (פורסם בנבו, 9.9.2003); ת"א (שלום הר") 1452/00 מונו אלקטרוניקס בע"מ נ' דן אביב השקעות בע"מ (פורסם בנבו, 14.12.2003); בש"א (שלום י-ם) 9109/04 עובד לוי תיעוש האבן והבנייה בע"מ נ' בן חיון (פורסם בנבו, 1.8.2005). לסוגיה זו ראו גם: גלעד, לעיל ה"ש 102, בעמ' 870–874. לגישת ביניים המבחינה בין סוגי התרשלות שונים ביחס לחוק המכר טובין בין-לאומי ראו ע"א 7833/06 Pamesa Ceramica נ' ישראל מנדלסון הספקה טכנית הנדסית בע"מ (פורסם בנבו, 17.3.2009). בעניין זה ראו גם ע"א 9422/06 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' BTR Environmental Limited (פורסם בנבו, 17.1.2010).

205 ס' 6(ד) לחוק השכירות והשאילה; ס' 169(ב) להצעת חוק דיני ממונות.

עילה שמתבססת על יסוד עובדתי פשוט, ובכך היא שונה מהעילות של פגמים בכריתה שכוללים רכיבים מורכבים שמשקפים איזונים עדינים, שעשויים להצדיק תוצאה שונה. לעומת זאת עילת הקיפוח בחוזה אחיד היא גמישה ומאפשרת פרשנות רחבה או מצמצמת, ולכן אין משמעות להחלת כלל של ייחוד עילה גם באשר לסעד דומה. בכך עילה זו שונה מהעילות של פגמים בכריתה שאמנם כוללות רכיבים שיש בחלקם שיקול דעת שיפוטי רחב, אך לא בכולם. לסיים, מדיני החוזים המיוחדים למדנו שיש להכיר בכלל של ייחוד עילה רק במקרה שבו מתן אפשרות לתבוע מכוח עילה חלופית תפגע בכוונת המחוקק. מכאן שיש להכיר בכלל של ייחוד עילה באשר לפגמים בכריתה רק אם מתן אפשרות לתבוע מכוח עילה חלופית יפגע באיזונים שהמחוקק יצר בעילות אלו.

ה. תחימת "מרחב הפעולה" של פגמים בכריתה באמצעות דוקטרינות שאינן נתונות לבחירת הנפגע

כל דיון על הפעלת העילות של פגמים בכריתה מחייב לתחם תחילה את מרחב הפעולה שלהן. הדיון בפרק זה יבהיר מדוע המקרים שאמורים להיות נידונים בעילות אלו הם דווקא המקרים הקשים פחות של כשלים בכריתה, ואילו המקרים הקשים יותר של כשלים בכריתה יידונו בדוקטרינות אחרות שאינן נתונות לבחירת הנפגע. סקירה זו תבהיר את מרחב המחיה הצר של העילות של פגמים בכריתה. מסקנה זו תשליך על השאלה אם ראוי "לעקוף" עילות אלו באמצעות עילות אחרות כאשר רכיבי העילות של פגמים בכריתה לא התקיימו, או שתם הזמן הסביר לביטול החוזה, או שחלף אפשרות זו יש לפרש את העילות של פגמים בכריתה פירוש רחב יותר כדי שלא תהפוכנה לאות מתה, מתוך הנחת המוצא של המאמר שיש לתת לעילות אלו מרחב מחיה לפי כוונת המחוקק שחוקק אותן. בתחילה אסקור בקצרה את הדוקטרינות שאינן נתונות לבחירת הנפגע בעניין השפעתן על מצבים שנראים כפגם בכריתה. לאחר מכן אעמוד על חשיבותו של סדר בדיקת תחולתן.

1. הדוקטרינה של "לא נעשה דבר"

הדוקטרינה של "לא נעשה דבר" או בשמותיה האחרים "non est factum" או "טענת האפסות" היא דוקטרינה אנגלית שהתקבלה בפסיקה הישראלית. לפי דוקטרינה זו, כאשר התרחשה כפייה קיצונית או טעות קיצונית והיעדר התרשלות מצד הנכפה או הטועה, ניתן לומר ש"לא נעשה דבר", ולכן לא נכרת חוזה.²⁰⁶ תחולת דוקטרינה זו יכולה להתעורר למשל במקרים שבהם נכפה חתם על חוזה באיום מוחשי לחייו. במקרה זה מתעוררת השאלה אם חלה הדוקטרינה של "לא נעשה דבר", ולכן לא נכרת חוזה כלל, שכן מדובר בכפייה קיצונית ובהיעדר התרשלות מצד הנכפה, או שניתן לומר שנכרת חוזה מתוך כפייה, ולכן הוא תקף כל עוד לא בוטל תוך זמן סביר משפסקה הכפייה. סוגיה זו שנויה במחלוקת בספרות. יש הסוברים שאמנם מרחב הבחירה של הנכפה היה צר מאוד, אך בשל קיומו ניתן לומר שנכרת חוזה, אך הוא ניתן לביטול בעילת הכפייה,²⁰⁷ ויש הסוברים שחלה הדוקטרינה של "לא

206 ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית (פורסם בנבו, 6.8.2007).
 207 ראו שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 326–327; מיגל דויטש "החוזה הכפוי והחופש מהתקשרות בחוזה" עיוני משפט טז 35, 37 ה"ש 5 (1991); ע"א 661/88 חיימוב נ' חמיד, פ"ד מד(1) 75, 83 (1989) ; Jam M.

נעשה דבר", ולכן לא נכרת חוזה.²⁰⁸ ההבדל התוצאתי בין שתי האפשרויות הוא גדול ביותר. אם האפשרות הראשונה היא הנכונה, החוזה תקף, ואם הנכפה לא יבטלו בתוך תקופת הזמן הסביר משפסקה הכפייה, "החרב המתהפכת" על קיומו תחדל מלהתקיים בתום תקופה זו, ולא ניתן יהיה לבטלו בשל עילה זו.²⁰⁹ ואם האפשרות השנייה היא הנכונה – לא נכרת כלל חוזה. דוקטרינה זו פורשת כנפיה גם על מצבים שבהם הצד השני לחוזה אינו מודע כלל לבעיה. למשל, בעניין הדר נ' פלונית אדם שביקש מחברת ביטוח הלוואה מובטחת במשכנתה התבקש על ידי החברה להחתים את אשתו על שהיא מסכימה לוותר על זכויותיה במקרה של מימוש המשכנתה. אשתו של אותו אדם סבלה ממחלת נפש שגרמה לה להיות תלותית בו. סירובה לחתום על המסמכים גרר איום מצד הבעל להתגרש, והדבר העצים את הלחץ עליה. האישה חתמה בפני עורך הדין של חברת הביטוח לאחר שעורך הדין הסביר לה את פרטי החוזה, והחברה לא הייתה מודעת לאשר אירע בין הבעל לאשתו. לאחר מכן ביקשה האישה שלא להכיר בהתחייבותה. יישום מבחן ההעדה על גמירת הדעת של האישה היה מוביל לתשובה חיובית, שכן אדם סביר בנעלי חברת הביטוח היה סבור שחתמתה משקפת גמירת דעת, שכן חברת הביטוח לא הייתה מודעת כאמור ללחץ שבו הייתה נתונה אותה אישה, ולכן מידע זה אינו מסור גם לאדם הסביר בנעלי חברת הביטוח.²¹⁰ עם זאת הדוקטרינה של "לא נעשה דבר" איננה דורשת מודעות מהצד השני לחוזה כדי להפעילה, ובית המשפט אכן הסתמך על דוקטרינה זו בקביעתו שההתחייבות אינה תקפה, שכן מדובר בכפייה קיצונית, והאישה לא התרשלה.²¹¹

2. המבחן לגמירת הדעת

המסקנה שהחוזה לא נכרת כלל במצבי כפייה חמורים עשויה להתקבל גם אם הכפייה לא עמדה ברף הנדרש בדוקטרינה של "לא נעשה דבר" – כפייה קיצונית – וזאת באמצעות הפעלת מבחן גמירת הדעת על הנכפה. ברם במקרה זה נדרשת מודעות של הצד השני לקיומה של הכפייה, גם אם לא ננקטה בידי הצד השני או אחר מטעמו. כדי לבחון את ההעדה על גמירת דעתו של הנכפה להתקשר בחוזה, יש לבחון את מסקנתו של האדם הסביר בנעלי הצד השני כאשר הוא יודע שהנכפה נמצא באיום חמור, בין שהוא ננקט בידי הצד השני או אחר מטעמו ובין שננקט בידי צד שלישי בידיעתו של הצד השני אך לא מטעמו.²¹² במקרים אלו מסקנתו של האדם הסביר תהיה מן הסתם שלא התבצעה העדה על גמירת

Smits CONTRACT LAW: A COMPARATIVE INTRODUCTION 168 (2014) לפי גישה זו, חוזה לא נכרת רק כאשר "מוליכים ידו בכוח על פני הנייר כדי להחתימו", עניין חיימוב, שם שם; שלו, שם; שם; דויטש, שם, שם.

208 ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 962. פרופ' פרידמן ופרופ' כהן סבורים שאכן הבחון היא דרגת חומרת האיום. כאשר מדובר בדרגת איום חמורה, התוצאה תהיה שחלה הדוקטרינה של "לא נעשה דבר", והתוצאה היא שהחוזה לא נכרת, ואם דרגת האיום תהיה מתונה יותר, ייתכן שהתוצאה תהיה שהחוזה נכרת, אך הוא יהיה ניתן לביטול בעילת הכפייה, שם, שם. ראו גם: עניין הדר, לעיל ה"ש 206, פס' 37.

209 ס' 17, 20 לחוק החוזים (חלק כללי).

210 עניין הדר, לעיל ה"ש 206, פס' 25. למבחן גמירת הדעת ראו להלן ה"ש 212.

211 שם, פס' 37–38.

212 מבחן גמירת הדעת הוא מבחן אובייקטיבי עם גוון סובייקטיבי, דהיינו בוחנים את מסקנתו של האדם הסביר בנעלי הצד השני ביחס למצגים של הצד הראשון (שאת גמירת דעתו בוחנים כעת), כאשר האדם הסביר יודע את אותם פרטים שהצד השני ידע על הצד הראשון במועד שבו בודקים את כריתת החוזה, ראו

דעת, ולכן לא נכרת חוזה, ואין צורך לדון בכפייה. תוצאה דומה עשויה להתקבל גם במקרים קשים של עושק. כדי לבחון את ההעדה על גמירת דעתו של הנעשק להתקשר בחוזה יש לבחון את מסקנתו של האדם הסביר בנעלי הצד השני, כאשר הוא מודע למצבו של הנעשק, חושד שזה מצבו או אדיש לו, והעסקה גרועה במידה בלתי סבירה מהמקובל.²¹³ אם מדובר במצוקה קשה ובעסקה גרועה במיוחד, מסקנתו של האדם הסביר תהיה מן הסתם שלא ננקטה העדה על גמירת דעת. גם במקרה זה לא נכרת חוזה, ולכן אין צורך לדון בעושק.

כדוגמה ניתן לבחון את נסיבות המקרה של פסק הדין בעניין **שפיר נ' אפל**. אפל היה בעל מחלבה שניהל במחלבת המושב את החלב שהגיע ממחלבות וממחלבות נוספות לצורך העברת החלב לשפיר. שפיר סבר שאפל מרמה אותו, אך לא הייתה לו כל הוכחה לכך. שפיר הגיע לביתו של אפל בליווי עורך דינו בחצות הליל, ובידו מסמך מזויף, שממנו נראה כי אפל מרמה אותו. אפל טען שהוא לא רימה, אך שפיר אמר לו שאם לא יחתום לטובתו על התחייבות כספית גבוהה, הוא יפנה למשטרה, והמשטרה תעצור אותו. איום זה יצר לחץ כבד בבית משפחת אפל, זוג ניצולי שואה, עד כדי כך שבנם איים להתאבד אם הם לא יחתמו על החוזה. בשל הלחץ חתמו בסופו של דבר בני הזוג על ההתחייבות הכספית לשפיר. בית המשפט הכיר בביטול ההתחייבות בשל כפייה ועושק.²¹⁴ ברם האם אדם סביר בנעלי שפיר, שהיה מודע למידע המצוי בידי שפיר, באשר ללחץ הכבד שהפעיל על בני הזוג, לא היה יכול להגיע למסקנה שהחתימה אינה מעידה על גמירת דעת? אם זו הייתה המסקנה, הרי שלא נכרת כלל חוזה, והדין על כפייה ועושק היה מתייתר. זו התוצאה שהתקבלה בעניין **בראשי**. ניסיון להחתים אדם מבוגר שסבל מבעיות מנטליות, בתוך כדי ישיבה במכונית ופיצוח גרעינים, על הסכם שלפיו הוא מעביר את מניותיו בחברה, שהיא מפעל חייו, לבנו ולנכדו ללא תמורה, כשל במבחן האובייקטיבי עם הגיון הסובייקטיבי לגמירת הדעת. בית המשפט קבע כי מתקשר סביר בנעלי הבן והנכד, שהיה מודע למצבו המנטלי של הסב (שהיה ידוע להם), לא היה מגיע למסקנה שהתקיימה גמירת דעת. בשל מסקנה זו המקרה לא נדון כלל בעילת העושק.²¹⁵

תוצאה דומה עשויה להתקיים גם אם הכפייה נעשתה בידי צד שלישי בידעתו של הצד השני אך לא מטעמו. למשל, אם א חייב ל-ב סכום כספי גדול, ר-ב מאיים על א שאם לא ימכור את דירתו ל-ג, וכך יוכל לשלם את חובו ל-ב, הוא יפגע בו פיזית. במקרה ש-ג מודע לאיום ש-א מצוי בו, האם אדם סביר בנעלי ג, שמודע לאיום ש-א מצוי בו, לא היה יכול להגיע למסקנה שחתמתו של א על החוזה למכירת דירתו ל-ג אינה מעידה על גמירת דעת? מסקנה זו מובילה לתוצאה שמקרי הכפייה והעושק החמורים לא יצלחו לעתים את מבחן גמירת הדעת.

ע"א 1932/90 **פרץ בוני הנגב – אחים פרץ בע"מ נ' בוחבוט**, פ"ד מז(1) 357, 368–369 (1993); ע"א 3601/96 **בראשי נ' עזבון בראשי**, פ"ד נב(2) 582, 596 (1998); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 157, 172.

213 אשר למצב הנעשק יש המסתפקים לא רק בידיעה בפועל של הצד השני אלא אף בעצימת עיניים שלו (שכלולה בדרך כלל בידיעה) או אף באי-אכפתיות אך לא ברשלנות, ראו עניין **סאסי**, לעיל ה"ש 111, בעמ' 768–769; עניין **מ.ל.נ' ש.ל.**, לעיל ה"ש 111, פס' 20; שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 345; דויטש, לעיל ה"ש 275, בעמ' 35, 41, שמתבסס על המשפט הגרמני. להבחנה בין היעדר העדה על גמירת דעת לבין מצבי עושק ראו גם זמיר, להלן ה"ש 326, בעמ' 8.

עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 111.

215 עניין **בראשי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 596–602. שם גם דובר בחוזה מתנה, ולכן מבחן גמירת הדעת מחמיר יותר. על מקבל המתנה לוודא שהגילוי החיצוני האובייקטיבי לגמירת הדעת משקף נאמנה את הכוונה הסובייקטיבית. אינטרס ההסתמכות של המקבל יוגן אפוא רק כאשר המצג האובייקטיבי של הנותן היה ברור וחד-משמעי, שם, בעמ' 598, 601–602.

3. חוזה שכריתתו בלתי חוקית

נניח כעת סיטואציה שבה מצבי הכפייה או העושה לא היו חמורים עד כדי הובלתם לתוצאה שמבחן גמירת הדעת לא התקיים, ולכן החוזה נכרת. עם זאת עדיין יש לבחון אם אין מדובר בחוזה שכריתתו בלתי חוקית.²¹⁶ כריתת חוזה באמצעות שימוש בכוח או באיום שעומדים בפרמטרים המהותיים והראייתיים של עברות סחיטה בכוח או באיום²¹⁷ עלולה להיחשב לכריתה בלתי חוקית, ובתנאי שלשם הגשמתו של האיסור על סחיטה באיומים יש להביא לידי פגיעה בתוקף החוזה עצמו ולא להסתפק בהטלת סנקציות פליליות, מנהליות או משמעתיות על הכופה.²¹⁸ כאשר החוזה נכרת מתוך עושה שעומד בפרמטרים של עבירת העושה, ניתן לטעון שמדובר בחוזה שכריתתו בלתי חוקית, שכן עושה הוא כאמור עברה פלילית,²¹⁹ וגם כאן הדבר תלוי בקבלת המסקנה שלשם הגשמת האיסור על עושה יש להכריז על בטלות החוזה שנכרת באמצעותו, ואין להסתפק בהטלת סנקציה אישית על העושה.²²⁰ כאשר חוזה נכרת מתוך הטעיה שעומדת בפרמטרים של העברה של קבלת דבר במרמה,²²¹ אזי גם במקרה זה החוזה עלול להיחשב לחוזה שכריתתו בלתי חוקית, אם תתקבל המסקנה שלשם הגשמת האיסור על קבלת דבר במרמה יש לפגוע בתוקף החוזה שנכרת באמצעותה ולא ניתן לפעול נגד המטעה בלבד. אם תתקבל המסקנה שמדובר בחוזה בלתי חוקי, החוזה בטל, אין צורך לדון בעילות של פגמים בכריתה, ואין צורך לשלוח הודעת ביטול.

לאור האמור לעיל נראה כי החוזים שישרדו את תוצאת הבטלות על פי דיני החוזה הבלתי חוקי הם אלה שמקרי הכפייה, העושה או ההטעיה לא עמדו בפרמטרים המהותיים והראייתיים הנדרשים במשפט פלילי,²²² או שפרשנות עברות אלו לא נתפסה ככזו שדורשת את בטלות החוזים שנכרתו באמצעות ביצוע עברות אלו. בנוסף, ייתכן שניתן להתגבר על המשוכה של חוזה בלתי חוקי באמצעות הסכמת בית המשפט להפעיל את הסמכות של קיום חיוב, שלפיה אם צד אחד קיים את חיובו, ושיקולי הצדק מצדיקים זאת, בית המשפט יכול להורות על אכיפת החוזה.²²³ עם זאת אם שיקולי הצדק מורים על קיום החוזה בנסיבות אלו, יהיה קשה לשכנע שראוי להפעיל את דיני הפגמים בכריתת חוזה.

216 ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי). בפרק זה, כמו בכל חלקי המאמר, אני דן בפגמים של טעות, הטעיה, כפייה ועושה. איני דן בחוזה למראית עין על אף הכללתו בפרק ב לחוק החוזים, שעניינו פגמים בכריתת חוזה, שכן לא מדובר בפגם בכריתה שתוצאתו שהחוזה ניתן לביטול, אלא בחוזה שלצדדים לא הייתה כלל כוונה לקיימו, ולכן הוא בטל. הבדל מהותי זה הוביל לכך שבהצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011 לא נכלל הסעיף של חוזה למראית עין (ס' 110) בפרק של הפגמים בכריתת חוזה אלא בפרק שעוסק בחוזים בטלים. משום כך לא אדון במחלוקת סביב חוזה למראית עין, שהוא גם חוזה בלתי חוקי. בעניין זה ראו ע"א 630/78 ביטון נ' מזרחי, פ"ד לג(2) 576 (1979); ע"א 4305/10 אילן נ' לוי (פורסם בנבו, 9.5.2012); ג' טדסקי "חוזה למראית-עין ודבר פסלותו" משפטים ח 507 (תשל"ז–תשל"ח); דניאל פרידמן "אי חוקיות החוזה למראית עין" הפרקליט לג 152 (תש"ם–תשמ"א); איל זמיר, מיכאל כהן "חוזה פסול, חוזה למראית עין, או חוזה פסול למראית עין? (בשולי ע"א 4305/10 אילן נ' לוי) משפטים מה 251 (תשע"ה).

217 ס' 427–428 לחוק העונשין, תשל"ז–1977.

218 ראו בג"ץ 6231/92 זגורי נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749, 770–772 (1995).

219 ס' 431 לחוק העונשין.

220 דויטש, לעיל ה"ש 275, בעמ' 17–19. מאחר שמדובר בחוק מצווה ולא מדריך, החוזה בלתי חוקי, שם, שם. מבחן זה הוא רק אחד ממבחני המשנה למבחן הכללי שנקבע בעניין זגורי, לעיל ה"ש 218.

221 ס' 415 לחוק העונשין.

222 אמירה זו מניחה שדיני החוזה הבלתי חוקי דורשים הסתמכות על קיומה של עברה על פי הפרמטרים המהותיים והראייתיים של הדין הפלילי. עם זאת תיתכן פרשנות שדיני החוזה הבלתי חוקי יסתפקו גם במקרים שלא עמדו ברף הפלילי המהותי והראייתי אלא רק ברף האזרחי.

223 ס' 31 לחוק החוזים (חלק כללי).

גישה נוספת מפרידה בין דיני החוזה הבלתי חוקי לבין דיני הפגמים בכריתה, כך שדיני החוזה הפסול לא יחולו בין שני הצדדים לחוזה במקרה של מרמה, כפייה ועושה, והנפגע יוכל לבטל את החוזה רק על פי העילות של פגם בכריתה במסגרת הזמן הסביר. ככלות הכול, הפגיעה היא בצד הנפגע מהפגם, ואם הוא מעוניין בקיום החוזה, מדוע שלא נאפשר לו? לעומת זאת בחלוף הזמן הסביר לביטול החוזה בשל פגם לא יוכל הנפגע מהמרמה, מהכפייה ומהעושה לטעון לבטלות החוזה בהסתמך על דיני החוזה הפסול. עם זאת ייתכן שבמקרים שהתקיימו בפועל עברות פליליות יהיה נכון להאריך את הזמן הסביר לביטול. דיני החוזה הפסול יחולו רק אם הדין נועד להגן על צד שלישי או על אינטרס ציבורי כללי.²²⁴ אינטרס ציבורי כללי יכול לבוא לידי ביטוי למשל במקרים שהמרמה, הכפייה או העושה בתחום מסוים הפכו להיות "מכת מדינה". אין ספק שגישה זו מותירה חיות לעילות של פגמים בכריתה, ולכן יש לאמצה.

4. חוזה שכריתתו סותרת את תקנת הציבור

נניח כעת סיטואציה שהחוזה נכרת, ומצבי ההטעיה, הכפייה או העושה לא הובילו למסקנה שכריתתו של החוזה בלתי חוקית, ולמרות זאת ייתכן שכריתת החוזה סותרת את תקנת הציבור, שכן ניתן לטעון שהתקינות הציבורית מחייבת שלא להכיר בחוזים שנכרתו מתוך הטעיה, כפייה או עושה. אם מסקנה זו תתקבל, החוזה בטל, אין צורך לדון בעילות של פגמים בכריתה, ואין צורך לשלוח הודעת ביטול.²²⁵ קרבה זו אינה מפתיעה. במשפט העברי חלוקות הדעות בין מרבית הפוסקים הרואים בעושה בעיה של פגם בגמירת דעת ובין אלו הרואים בכך בעיה מוסרית.²²⁶ יתרה מכך, עילת העושה הגיעה למשפט

224 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 652-656. ראו גם: ת"א (מחוז ת"א) 2425/01 **שירי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ**, פס' 13 (פורסם בנבו, 23.7.2007). לגישה דומה ביחס לצורך להפריד בין דיני החוזה הנוגד את תקנת הציבור לדיני הפגמים בכריתת חוזה ראו שלו להלן ה"ש 225.

225 ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי). לדיון בסוגיה זו ראו דויטש, לעיל ה"ש 275, בעמ' 20-22; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 652-656. לקשר בין העילות ראו גם: עניין **מחקשוילי**, לעיל ה"ש 83, פס' 11. לכיוון תנועה הפוך שלפיו יש לשקול שיקולים של תקנת הציבור במסגרת עילת העושה ראו רע"א 617/08 **מלון עדן נהריה בע"מ נ' קסל**, פס' 46 (פורסם בנבו, 21.9.2014); ה"פ (מחוז ב"ש) 4105/09 **חשב גרניט ייזום ויישום פרויקטים בע"מ נ' כתבי** (פורסם בנבו, 5.6.2014). לגישה שלפיה במקרים של טעות ידועה, הטעיה מכוונת, כפייה או עושה יש לפנות לעילות אלו חלף פנייה מהירה וקלה לתקנת הציבור, ראו שלו לעיל ה"ש 22, בעמ' 524; גבריאלה שלו **פגמים בכריתת חוזה** 171-172 (מסדרת **פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, תשמ"א**). אם כי ייתכנו מקרים שיצדיקו שימוש בדיני תקנת הציבור, שם.

226 **פגמים בחוזה**, להלן ה"ש 338, בעמ' 319-328. סיבה נוספת לקושי הקיים בתקפותם של חוזים אלו היא שיש חובה להציל אדם שנתון במצוקה, ועל מילוי חובה זו אין צורך לשלם יותר מהשכר המקובל, וכן אסור ליטול שכר מצווה, שם. לחשיפת הגישה האחרונה (להלן: "הגישה השלישית") ראו Shahar Lifshitz, *Oppressive-Exploitative Contracts: A Jewish Law Perspective*, 23 J. OF L. & RELIGION (2008) 425, 438-452; שחר ליפשיץ "למען נחדל מעושה ידנו" – על חוזים עושים ועל הערכים שבבסיס המשפט העברי" **עלון המשפט העברי** 12, 3-4 (תשע"ו); דויטש, לעיל ה"ש 275, בעמ' 28-32. גם במשפט הישראלי יש המדגישים את גריעותה של העסקה, איל זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** 43-45, 99 (תשנ"ו), ויש המדגישים את שילוב הרכיבים הללו, פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 970-971. פרופ' סיני דויטש למשל הציע להכיר בקשר של מטוטלת בין מצב העשוק לבין גריעות תנאי ההסכם. ככל שמצב העשוק חמור יותר, כן נסתפק בגריעות קטנה יותר, ואם מצב העשוק אינו חמור במיוחד, נדרוש גריעות רבה יותר של תנאי העסקה, דויטש, לעיל ה"ש 275, בעמ' 42-43; ע"א 3156/98 **בן ישי נ' ויינגרטן**, פ"ד נה(1) 939, 948-949 (1999); עניין **מחקשוילי**, לעיל ה"ש 83, פס' 12. ראו גם: ליפשיץ, שם, בעמ' 2-3, הרואה קשר של מטוטלת גם בין רכיב הניצול לרכיבים של מצב העשוק וגריעות תנאי החוזה. ככל שהניצול חמור יותר, כן ניתן להסתפק ברמה נמוכה יותר של מצב העשוק וגריעות תנאי החוזה, שם.

הישראלי מהמשפט הגרמני. במשפט הגרמני עושה הוא מקרה פרטי של חוזה שסותר את תקנת הציבור, ובמקרים שלא התקיימה עילת העושה, פנו לדוקטרינה הכללית של תקנת הציבור.²²⁷ אם כן, נדרש ליצור אבן בוחן שתבחין בין המקרים שיידונו לפי דיני הפגמים בכריתה חוזה ובין אלו שיידונו לפי דיני תקנת הציבור. העילות של פגמים בכריתה נועדו לטפל בבעיה של פגם בגמירת דעת. לעומת זאת העילה של חוזה הסותר את תקנת הציבור נועדה לטפל בחוזה שאינו תואם את התקינות הציבורית ולכן "מכתים" אותנו כחברה. לפיכך אבן הבוחן תהיה מהות המוקד העיקרי: עילות הכפייה והעושה דורשות שהאיום או מצב העושה יסיטו את שיקול דעתו של הנכפה או הנעשה מנתיבו הנכון.²²⁸ לכן אם המוקד העיקרי הוא כשל פסיכולוגי/קוגניטיבי של הנכפה או הנעשה, תקבל תאוריית הרצון²²⁹ משקל גדול יותר, והסוגיה תידון במסגרת דיני הכפייה והעושה בלבד. לעומת זאת אם המוקד העיקרי הוא כשל חברתי, והבעיה היא "הגינות חוזית", תידון הסוגיה במסגרת דיני תקנת הציבור. למשל, בפרשת פגס נ' פגס²³⁰ לא הכיר בית המשפט בכפייה או בעושה של אישה שהסכימה בחוזה גירושין לוותר על רכושה. בית המשפט סבר שיתכן שאותה אישה הכריעה הכרעה "קרה" בין מאבק על הרכוש ודחיית קבלת הגט ובין ויתור על הרכוש תמורת קבלת גט מידי. לפיכך בית המשפט סבר שלא היה פגם ברצון ולכן הכשיר את החוזה.²³¹ פסק הדין ספג ביקורת בשל אי-התחשבותו בהיבט המוסרי של דיני העושה. יתרה מכך, האם המצוקה בצפייה לגט ועסקה כה גרועה מהמקובל – אובדן כל רכושה, אינם מקיימים את עילת העושה? במיוחד שקיים קשר של מטוטלת ביניהם – ככל שהעסקה גרועה יותר כך נדרש רף מצוקה נמוך יותר. עם זאת מנסיבות פסק הדין לא ברור כמה זמן המתנה לגט.²³² מכל מקום, ניתן להציע נקודת מבט נוספת. במקרה זה היה ראוי לדון בשאלה אם החוזה אינו סותר את תקנת הציבור. בית המשפט היה אמור לבדוק את החוזה לא רק מנקודת מבטה של האישה אלא גם מנקודת מבט חברתית. ייתכן שאותה אישה נאלצה לבחור בין שתי רעות, ובחירתה המושכלת לא ענתה על רכיבי הכפייה או העושה בעיני בית המשפט. ברם האם אנו כחברה מוכנים להשלים עם כך שבת זוג תצא מקשר של נישואין ללא רכוש כלל? האם החוזה אינו מנוגד לתקנת הציבור?²³³

227 ס' 138 ל-BGB הגרמני. תחילה אומצה דוקטרינת העושה הגרמנית בעברה הפלילית של עושה בס' 431 לחוק העונשין, ולאחר מכן היא אומצה בס' 18 לחוק החוזים (חלק כללי). ראו דויטש, לעיל ה"ש 275, בעמ' 38–39 והאסמכתאות שם; שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 342–343. לביקורת המוצדקת על העובדה שהמשפט הישראלי שאב את דיני העושה ותום הלב מהמשפט הגרמני פחות משלושים שנה לסיום השואה, ראו דויטש, שם, בעמ' 21, 34; שלו, שם שם. בהקשר זה ראו גם: עניין **מחקשווילי**, לעיל ה"ש 83: "מיקומה של עילת העושה כקונקרטיוצייה של תקנת הציבור, מלמד, בין היתר, כי במשפט הגרמני יש בעושה משום פגם מוסרי – מעבר להקשר הכלכלי שבעילה", שם פס' 3 לפסק דינו של השופט ריבלין. מובן שהיה עדיף לשאוב את דיני העושה ותום הלב מהמשפט העברי.

228 עניין **סאסי**, לעיל ה"ש 111, בעמ' 767; עניין **גזו נ' כץ**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 756; עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 111, בעמ' 156–157; עניין **מחקשווילי**, לעיל ה"ש 83, פס' 2; עניין **בן ישי**, לעיל ה"ש 226, בעמ' 949; ע"א 146/81 **נאשף נ' נאשף**, פ"ד לח(3) 309, פס' 6 (1984).

229 לגרסה מודרנית של תאוריית הרצון ראו CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE (1981).

230 ע"א 5490/92 **פגס נ' פגס** (פורסם בנבו, 29.4.1994).

231 לביקורת על מסקנות פסק הדין ועל פסקי דין נוספים בתחום זה, ומשמעותם בהכוונת התנהגויות, ראו שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" **קריית המשפט** ד 271, 326–334 (תשס"ד).

232 להיבט המוסרי של דיני העושה ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 226, בעמ' 4–5. ביקורת זו נסמכת על הגישה השלישית במשפט העברי (לעיל ה"ש 226), ולפיה אין להכיר בהסכמים שאדם מנצל משהו אחר במקום לקיים את חובתו המוסרית, כדי לקבל דבר שאינו מגיע לו. לקשר המטוטלת ראו לעיל ה"ש 226.

233 בטענה זו יש שני קשיים: ראשית, קבלת הטענה שהחוזה מנוגד לתקנת הציבור אינה פשוטה כאשר מדובר בחוזה שאושר על ידי בית המשפט. שנית, לא ניתן להשיב את הגלגל לאחור לחלוטין, שכן הגט כבר ניתן,

מקרה נוסף שמעורר שאלה זו הוא עניין **מאיה נ' פנפורד**.²³⁴ השופט חשין סבר, שהתנהגותו של מאיה (שנראית כתרגיל עוקץ) נחשבת לכפייה, בהכלילו בה שיקול מוסרי – החוזה לא היה חלק מ"כללי המשחק" או "מוסר העסקים" – מבחן "איכות הכפייה"²³⁵ השופט שמגר, לעומתו, סבר שהיהלומנים הפעילו שיקול "קר" בין ניסיון כמעט חסר סיכוי לרדוף אחר כל רכושם ובין קבלת מעט מהרכוש וויתור על היתר. אם כך, פסק השופט שמגר, לא התקיים פגם שחתר תחת עצם הרצון המינימלי שלהם. ברם לדעת השופט שמגר, חוזה הוויתור פסול ציבורית, שכן כחברה איננו יכולים להכיר בחוזים שהם תוצאה של עוקץ, ולכן פסל אותו מכוח תקנת הציבור. השופט שמגר סיווג לדעתי כראוי את הדין למסגרת של תקנת הציבור, שכן המוקד במקרה זה לא היה כשל פסיכולוגי/קוגניטיבי של היהלומנים אלא שאלה חברתית. לפיכך ביקורתו של השופט חשין על השופט שמגר – היאך מקרה מסוים יכול להיות בטל מכוח תקנת הציבור אך לא ניתן לביטול מכוח עילה הכפייה?²³⁶ – אינה במקומה. אין מדובר בשני שלבים באותו הסולם – שלב ראשון חוזה שניתן לביטול בגין כפייה, ושלב שני חמור ממנו – חוזה בטל מכוח תקנת הציבור – אלא במישורים שונים – כשל פסיכולוגי/קוגניטיבי לעומת כשל חברתי. אמנם השופט חשין מציין שמדובר בנקודות מבט שונות, וכי יש להפעיל את דיני תקנת הציבור כאשר גובר "ההיבט החברתי-הציבורי על היבט האישי של בעלי החוזה", אך הוא בעד שממלכת איה-החוקיות לא תפלוש לממלכת הכפייה, אלא אם מדובר במקרה יוצא דופן ומיוחד.²³⁷ כאמור, לדעתי מישורים נפרדים אלו נפגשים לעתים, ולכן יש לבחון מהו המוקד המרכזי, ולפיו לסווג את הדין שיחול בעניינו: כשל פסיכולוגי/קוגניטיבי – כפייה ועושק; כשל חברתי – תקנת הציבור. הצורך בסיווג הודגש גם בתת הפרק הקודם (חוזה שכריתתו בלתי חוקית). הרי אם מדובר בחוזה פסול הוא בטל, והצד הנכפה אינו יכול להחליט על דעת עצמו שהוא חפץ בו. רק בית המשפט רשאי להפעיל את הסמכות של קיום חיוב במסגרת דיני החוזה הפסול. ואם מדובר בפגם בכריתה, הנכפה יכול להחליט שאין הוא מעוניין בביטול, אך בחלוף הזמן הסביר הוא לא יוכל לטעון לחוזה פסול.²³⁸ לפיכך קביעת בית המשפט בעניין **חיימוב נ' חמיד** – שהסכם בוררות בפני עבריינים שנכפה באיומים הוא חוזה שהיה ניתן לבטלו בשל עילה הכפייה, אך מאחר שחלף הזמן הסביר לא ניתן לבטלו בשל

ראו אייל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" **עלי משפט** יג, 25 (תשע"ז). עם זאת ניתן לטעון שדווקא שחרור המשא ומתן הרכושי משאלת הגט יש בו יתרון, שכן שום צד לא יוכל לעשות שימוש בנושא זה לצורך השגת הישגים שאין הוא זכאי להם במשא ומתן הרכושי. יתרה מכך, בשנים האחרונות החלה תופעה של ביטולי גטין בשל הטענה של גט מוטעה, דהיינו הבעל נתן גט מתוך הנחה שאשתו תכבד את הסכם הגירושי, אך מאחר שהאשה פעלה לשינוי תנאי ההסכם, הגט ניתן מתוך טעות, ולכן הוא עלול להתבטל, ראו עמיחי רדזינר "מלבוב לתל אביב: פסיקות גט מוטעה בשל הפרת הסכם הגירושי בבתי הדין הרבניים בעקבות תיק (אזורי ת"א) 1-29-9322 (19.3.06) ואחרים" **משפטים** לט 155 (תשס"ט-תש"ע). ולכן עלולה לבוא טענה שאם בית המשפט יכריז על ההסכם כבטל בשל סתירתו לתקנת הציבור, יטען הבעל לגט מוטעה, והגלגל ישוב לאחור לחלוטין. מובן שלתוצאה זו השלכות בעייתיות רבות שלא נעמוד עליהן כעת. ראו רדזינר, שם.

²³⁴ עניין **מאיה נ' פנפורד**, לעיל ה"ש 11. וכן ראו תת הפרק א.2. (ב). למקרה נוסף שבו לא הוכח עושק, אך סעיף שמירת סודיות הוגבל בשל תקנת הציבור, ראו עניין **בן ישי**, לעיל ה"ש 226, בעמ' 959. לביקורת על תחימת החיוב לשמירת סודיות לתקופת הגבת העיסוק ראו מיגל דויטש **עולות מסחריות וסודות מסחר** 590 (תשס"ב).

²³⁵ לתמיכה בדעתו של השופט חשין, שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 524.

²³⁶ עניין **מאיה נ' פנפורד**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 737-738.

²³⁷ שם, בעמ' 738.

²³⁸ ראו טקסט ליד ה"ש 224; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 652-656. לסמכות של קיום חיוב, ראו ס' 31 לחוק החוזים (חלק כללי).

כפייה, אך בית המשפט יכול להכריז עליו שהוא נוגד את תקנת הציבור – אינה מתיישבת עם תפיסה זו הדוגלת בסיווג לפגם בכריתה או חוזה פסול.²³⁹ לדעתי, המוקד המרכזי הבעייתי בהסכם בורות בפני עבריינים הוא הבעיה החברתית, ולכן היה נכון לסווגו כחוזה הנוגד את תקנת הציבור וכבטל מעיקרו. סיווג המקרים של עושי בין מקרים של פגם בגמירת דעת לבין מקרים של בעיה מוסרית חברתית הולמים את הדעות השונות הקיימות בנושא זה כאמור במשפט העברי, שחלקן רואה בכך פגם בגמירת דעת, וחלקן רואה בכך בעיה מוסרית. גישה סיווגית מוצעת זו שונה כאמור מהמשפט הגרמני, הרואה בכך בעיה מוסרית בלבד.

5. כשרות משפטית

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב–1962 קובע מה דינם של חוזים שביצע פסול דין. כאשר אדם סובל מחולשה שכלית עד כדי אי-מסוגלות לדאוג לענייניו, ניתן להכריז עליו פסול דין ולמנות לו אפוטרופוס. ההכרה בהיותו של אדם פסול דין היא אפוא טעונה הכרזה של בית המשפט. מכאן שקיימים אנשים שהיו ראויים להיות מוכרזים פסולי דין, אך בית המשפט טרם הכיר בהם, או שהם מצויים בטווח שבין מצב נפשי רגיל לבין מצב שבו אדם ראוי להיות מוכרז פסול דין. אנשים אלו עשויים להיות מושא של עילת העושה בשל חולשתם השכלית.²⁴⁰ עם זאת כאשר התקבל הצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011, ירחיבו דיני הכשרות המשפטית את פריסתם גם למקרים שצד לחוזה לא הוכרז פסול דין, אך היה ראוי שיכריזו עליו פסול דין, והצד השני לחוזה ידע או היה עליו לדעת על כך. במילים אחרות, גם מקרים אלו יידונו על פי דיני הכשרות המשפטית. עם זאת אין מדובר במקרה זה בהדיפה מוחלטת של דיני הכפייה והעושה, שכן אם מדובר בחוזים שיש לקבל בהם את אישור האפוטרופוס, ייתכן שגם אישור זה התקבל מתוך כפייה או עושה, באמצעות איום על האפוטרופוס או ניצול מצוקתו, ולכן ייתכן שבכל זאת תהיה תחולה לעילת הכפייה או לעילת העושה. ברם כאשר מדובר בחוזה של פסול דין שטעון אישור בית המשפט, יהיה קשה מאוד לשכנע שבית המשפט הכיר בחוזה שיסודו בכפייה או בעושה אך עדיין אפשרי.²⁴¹

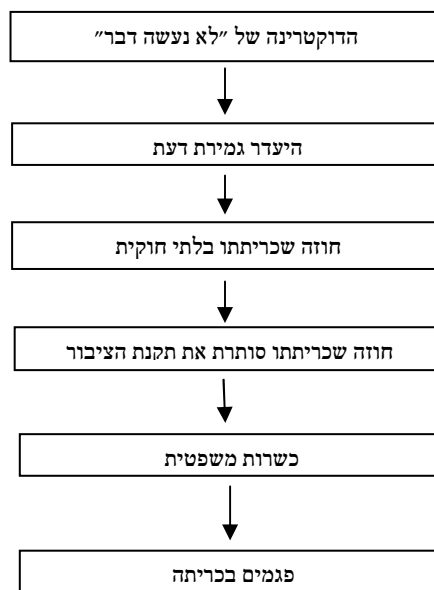
6. הסדר הראוי לבדיקת תחולת הדוקטרינות שאינן נתונות לבחירת הנפגע

סדר בדיקת הדוקטרינות המשפטיות שאינן נתונות לבחירת הנפגע אמור להתחיל בדוקטרינה של "לא נעשה דבר", שכן אם מדובר בכפייה קיצונית או בהטעה קיצונית ובהעדר התרשלות של הנכפה או המוטעה, בלאו הכי אין לפנינו חוזה מחייב, גם במקרים שהצד השני לא היה מודע כלל לבעיה. אם יסודות דוקטרינה זו לא התקיימו, יש לבחון אם מתקיים המבחן האובייקטיבי עם הגוון הסובייקטיבי לגמירת הדעת, שכן אם אדם סביר בנעלי המטעה, הכופה או הנעשה שמודע למידע שהם ידעו על המוטעה, הנכפה או הנעשה לא יגיע למסקנה שהייתה גמירת דעת מצדו, אין לפנינו חוזה. גם אם

239 ע"א 661/88 חיימוב נ' חמיד, פ"ד מד(1) 75, 82–88 (1989). לגישה זו: שלו, לעיל ה"ש 225, שם.
240 לפסק דין שמתייחס דווקא לאלו שבטוחות הנ"ל ולא לאלו שהיו ראויים להיות מוכרזים, ראו עניין סאסי לעיל ה"ש 111, בעמ' 767.

241 ראו ס' 18 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011. לקביעה שקשה מאוד לשכנע שבית המשפט הכיר בחוזה שיסודו בכפייה או בעושה, אך עדיין הדבר אפשרי, אם הכפייה הוסתרה מבית המשפט, ראו עניין פגם, לעיל ה"ש 230, פס' 5.

התקיים מבחן גמירת הדעת ונכרת חוזה, יש לבחון אם פעולות ההטעיה, הכפייה או העושה לא גרמו להיותו חוזה שכריתתו בלתי חוקית או לחלופין נוגדת את תקנת הציבור. תשובה חיובית תגרור את בטלות החוזה. אם החוזה אינו חוזה פסול, יש לבחון אם אין חלים בעניינו דיני הכשרות המשפטית והאפורופסות. רק אם החוזה "עבר" את כל "המשוכות" הללו, והוא נותר בתוקפו, הגיעה השעה לבחון אם לא התקיימו העילות של פגמים בכריתה. מסקנה זו מחדדת שהמקרים שאמורים להיות נדונים בעילות של פגמים בכריתה לא יהיו המקרים ה"קשים" דווקא של הטעיה, כפייה ועושה אלא המקרים ה"קלים" יותר. תובנה זו מובילה לשלוש מסקנות עוקבות שנובעות ממנה: א. יש לפרש את רכיבי העילות של פגמים בכריתה פירוש שיציב לפנייהם רף נמוך יחסית, שאם לא כן, הן תהפוכנה לאות מתה, בניגוד לרצון המחוקק שחפץ בחיותן. ברם הפסיקה הישראלית אינה מקפידה על כך ודורשת לעתים קרובות רף גבוה מדי;²⁴² ב. אם בתי המשפט אכן ירחיבו את העילות של פגמים בכריתה במידה כזאת שיכללו את המקרים ה"קלים", לא תהיה פנייה רחבה מדי לעילות "עוקפות", אגב יצירת חוסר ודאות; ג. אם למרות הפרשנות הרחבה הנדרשת לא התקיימה עילה של פגם בכריתה בשל אי-התקיימות אחד מרכיבי העילה, או שחלף הזמן הסביר לביטול החוזה, יש לאפשר בעילה המקבילה סעד חלקי בלבד, כדי להביא לידי ביטוי את העובדה שהטוען לעילה זו לא עמד ברכיבי העילה שהמחוקק עיצב לסיטואציה זו, כפי שיוסבר בפרק הבא.



242 לביקורת על הרף הגבוה שדורשים בתי המשפט, ראו ע"א 1757/03 **בריק נ' חלבי**, פס' 8 (פורסם בנבו, 30.6.2004): "אני ער לכך שהפסיקה ממעטת מאוד לעשות שימוש בסעיף 18 לחוק החוזים ולמעשה הפרשנות שניתנה לו עד כה הפכה סעיף זה כמעט לאות מתה".

1. האם ראוי ליצור "ייחוד עילה" לפגמים בכריתה ביחס לדוקטרינות שנתונות לבחירת הנפגע? המודל המוצע:

השאלה אם ראוי ליצור כלל של ייחוד עילה לפגמים בכריתה לא נדונה כאמור דיון שיטתי וממצה במשפט הישראלי, וקיימות דעות שונות ואף סותרות בנושא, ולכן אנסה להציע מודל חדש לסוגיה זו. המודל יעסוק בשאלה אם הטוען לפגם בכריתה יכול בד בבד להסתמך על עילות חלופיות לצורך קבלת סעדים במסגרתן. המודל יעסוק בשאלה זו מנקודת מבט פנימית של דיני הפגמים בכריתה, דהיינו אם מי שכשל בהסתמכות על פגם בכריתה בשל אי-התקיימות אחד מרכיבי העילה, או שחלף הזמן הסביר שבו היה יכול לבטל את החוזה, יוכל להסתמך על עילות חלופיות: תום לב (במשא ומתן ובקיום חוזה), סייג הצדק לאכיפה, עוולת הרשלנות והתעשרות לא צודקת. הדיון יתמקד כאמור בעילות חלופיות, ולא ביחס שבין שתי עילות של פגם בכריתה.²⁴³ בהקשר זה אציין כי שאלת ייחוד העילה יכולה להתעורר גם מנקודת מבט חיצונית לעילות של פגמים בכריתה, דהיינו שעילה אחרת שלא התקיימה שוללת את האפשרות להסתמך על פגם בכריתה.²⁴⁴ במסגרת זו אנו נעסוק כאמור בשאלת ייחוד העילה מנקודת מבט פנימית.

243 לא נעסוק למשל בחפיפה בין טעות להטעיה, ובין כפייה לעושה, ובין עושה להשפעה לא הוגנת. בהקשר זה ראו ע"א 236/84 **עזובן המנוחה יפה נ' שורץ**, פ"ד מה(5) 13, 27 (1991); ס' 115 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011.

244 למשל, ס' 38 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א–1981 קובע כלל של ייחוד עילה במקרים מסוימים (ראו טקסט לאחר ה"ש 99). אחד המקרים עוסק במקרה שבו המבוטח לא השיב תשובה מלאה וכנה לשאלות המבטח עובר לכריתת חוזה הביטוח או שהסתיר בכוונת מרמה עניין שהוא ידע שהוא עניין מהותי. ס' 7 לחוק חוזה הביטוח קובע מהם הסעדים המוקנים למבטח במקרה זה. בין היתר קובע הסעיף כי אם מקרה הביטוח טרם אירע, מוגבל סעד הביטול ל-30 ימים מהמועד שבו נודע למבטח שהמבוטח לא השיב תשובה מלאה וכנה. לכאורה היה ניתן לעקוף מגבלה זו בתוך הסתמכות על עילת ההטעיה על פי ס' 15 לחוק החוזים (חלק כללי), ולבטל את החוזה כל עוד לא חלף הזמן הסביר מאז נודע למוטעה על טעותו, שעשוי להיות ארוך משלושים יום. ברם ס' 38 לחוק חוזה הביטוח קובע כי תרופת המבטח לפי ס' 7 לחוק מוציאה בעניין הנדון את תרופותיו לפי דין אחר. דהיינו, קיים כלל של ייחוד עילה בחוק חוזה הביטוח שאינו מאפשר פנייה לעילת ההטעיה בחוק החוזים (חלק כללי). ההצדקה לייחוד העילה היא בין היתר הגנה על המבוטח בכך שהדין מקנה לו ודאות פורמליסטית באשר לאפשרות המבטח לבטל את החוזה – 30 יום ולא זמן סביר. הבדל נוסף קיים ביסוד הנפשי של המבוטח. כאשר המבוטח נשאל על פרטים מסוימים, היקף חובת הגילוי שלו דומה להיקף הנדרש מכל צד למשא ומתן, ברם כאשר מדובר בפרטים שהמבוטח אמור למסור ביזמתו, הוא נחשב למי שהטעה רק אם פעל בכוונת מרמה, ס' 6(ג) לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א–1981. לעומת זאת קיימת מחלוקת בנוגע ליסוד הנפשי הנדרש מהמטעה בעילת ההטעיה. יש הסוברים שהטעיה יכולה להתקיים גם ברשלנות ואף בתום לב. לניתוח המחלוקות הקיימות בעניין זה בספרות ובפסיקה ראו זמיר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 203, 251–256. לפי ס' 7 הנ"ל לא יוכל המבטח לטעון להטעיה באשר למידע שהמבוטח לא נשאל עליו, אם המבוטח לא גילה ביזמתו ברשלנות או בתום לב ולא מתוך כוונת מרמה. שחר ולר **חוק חוזה הביטוח, תשמ"א–1981** 737 (מסדרת **פירוש לחוקי החוזים** מיסודו של ג' טדסקי, תשס"ה). כן ראו במקרים אלו על חובת המבטח לקיים את חלקו קיום יחסי אם אירע מקרה הביטוח, ס' 17 לחוק חוזה הביטוח; ולר, שם, בעמ' 737–738. ייחוד העילה במקרים אלו מוצדק, בין היתר בשל פערי הכוחות בין הצדדים לחוזה הביטוח. בעניין זה ראו גם: ולר, שם בעמ' 735–736. ולר מדגיש במיוחד את מיוחדות הסעדים במקרה שבו מקרה הביטוח כבר התרחש, ולכן אי אפשר להשיב את המצב לקדמותו אם כי ייחוד העילה מתקיים גם במקרים שבהם מקרה הביטוח טרם התרחש. הפסיקה קבעה שעקפת ההסדר בחוק חוזה הביטוח באמצעות הסתמכות על עקרון תום הלב

כהערות מקדמיות לדיון אעיר כמה הערות כלליות: ראשית, לפי פרק ה, שהראה כי המקרים ה"קשים" של פגמים בכריתה לא יגיעו כלל לדיון במסגרת עילות אלו, עמדתי על החשיבות לקיום פרשנות רחבה יותר לרכיבי העילות של פגמים בכריתה חלף דרישת "רף" גבוה מדי לרכיבים אלו. כן עמדתי על החשיבות ליצור תמריץ לשימוש בעילות אלו חלף מתן אפשרות "לעקוף" אותן באמצעות עילות אחרות, כדי שלא תהפוכנה לאות מתה בניגוד לרצון המחוקק.²⁴⁵ כאמור בפרק ד.1, תהליך דומה התרחש במסגרת פרשנות דיני הנזיקין, שאפשרה לעקוף את העוולות הספציפיות באמצעות עוולת הרשלנות, ובכך הביאה במידה רבה למותן של העוולות הספציפיות. תהליך דומה תואר בפרק ד.2, שבו העילה של עשיית עושר ולא במשפט החלה לערער את דיני הקניין הרוחני, עד שהפסיקה והחקיקה החלו להדוף אפשרות זו. על מנת למנוע תהליך דומה, ולצורך כיבוד רצון המחוקק שעיצב את העילות של פגם בכריתה, יש ליצור הגבלות על הסעדים שיהיה ניתן לקבל במסגרת עילות חלופיות.

שנית, אחד הטיעונים כאמור נגד יישום כלל של ייחוד עילה הוא הצורך להתחשב בערכים מודרניים שלא באו לידי ביטוי במסגרת עילות ארכאיות.²⁴⁶ לטיעון זה קיימת חשיבות משנית באשר לעילות של פגמים בכריתה, שכן אף שחלפו יותר מארבעים שנה מחקיקת חוק החוזים (חלק כללי), לא

הייתה מרוקנת במידה רבה מתוכן את ההסדר בחוק חוזה הביטוח והייתה מסכלת את כוונתו הברורה של המחוקק. ע"א 282/89 **רוטנברג נ' כלל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מו(2) 339, 357 (1992); ולר, שם, בעמ' 737 ה"ש 5. ראו גם ע"א 855/86 **מוריה נ' איסחרוב**, פ"ד מב(2) 201 (1988), שם נקבע שחובת הגילוי היא אקטיבית ואינה מותנית באיסור הסתרה בכוונת מרמה בלבד ביחס לשאלת המבטח. דוגמה נוספת: בתת הפרק ד.4. (ג) הדין בדיני החוזים המיוחדים הודגש שאם הקונה/השוכר/המזמין לא עמדו בנטלים הנדרשים מהם, הם אינם יכולים לתבוע בגין הסעדים בדיני החוזים המיוחדים ובגין הסעדים בחוק החוזים תרופות, ויש הסבורים שגם לא ניתן לתבוע מכוח ענפי משפט אחרים. ראו לעיל ה"ש 204. בהקשר זה ראוי לציין שכאשר קיימת אי-התאמה, יכולה להתקיים בד בבד גם עילה של טעות או הטעיה. האם הקונה/השוכר/המזמין שלא עמדו בנטלים הנדרשים מהם יוכלו לבטל את החוזה בגין טעות או הטעיה? לדעתי התשובה היא שלילית. אפשרות זו תסכל את כוונת המחוקק שלא לאפשר עילת תביעה ומתן סעדים במקרים של אי-עמידה בנטלים. ראו דויטש, לעיל ה"ש 204, בעמ' 180. לדעה שונה ראו זמיר, לעיל ה"ש 203, בעמ' 556; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 564. לגישות שונות במשפט המשווה ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 78–80. תוצאה דומה אמורה להתקבל גם כאשר להגבלת הסעדים באי-התאמה נסתרת. לפי הדין הקיים, אם לא ניתן היה לגלות את אי-התאמה בבדיקה סבירה, זוהי אי-התאמה נסתרת, והקונה יוכל להסתמך עליה לאחר שגילה אותה. עם זאת כאשר מדובר במיטלטלין, סעד הביטול מוגבל לשנתיים ממסירת הממכר. הגבלה זו נועדה לאפשר למוכר "שקט" מעסקאות עבר (ס' 15 לחוק המכר, תשכ"ח–1968). לעתים כאמור כאשר קיימת אי-התאמה, יכולה להתקיים בד בבד גם עילה של טעות או הטעיה. האם הקונה יוכל לבטל את החוזה במקרה זה בגין טעות או הטעיה, כל עוד לא חלף הזמן הסביר מעת שגילה שטעה או הוטעה, גם לאחר שעברו שנתיים ממסירת הממכר? לדעתי, התשובה היא שלילית. אפשרות זו תסכל את כוונת המחוקק כאמור לאפשר למוכר "שקט" מעסקאות עבר. כאמור, סוגיה זו שנויה במחלוקת גם בשיטות משפט אחרות: בגרמניה ובצ'כיה אי אפשר לעקוף מקרה המצוי בכללים של סחורה פגומה באמצעות עילה אחרת, ואילו בצרפת ובספרד ניתן לעקוף עילה של אי-התאמה באמצעות עילת הטעות, ראו טקסט ליד ה"ש 78–81.

245 לפגיעה ברצון המחוקק כהצדקה ליצירת כלל של ייחוד עילה ראו טקסט ליד ה"ש 101–103.

246 ראו לעיל ה"ש 101 והטקסט לידה.

אמורים לחול שינויים רבים בעיצוב אותן עילות בהצעת חוק דיני ממונות,²⁴⁷ לכן קשה לטעון שהעילות הקיימות אינן מתאימות לערכים עדכניים.

שלישית, העילות של פגמים בכריתה מורכבות כל אחת מכמה רכיבים, שחלקם כוללים שיקול דעת משפטי כבד משקל.²⁴⁸ נוסף על כך לעילות הטעות וההטעיה קיימת הגנה לפיה העילות אינן חלות כאשר מדובר ב"טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה", ואילו לעילת הכפייה קיימת הגנה של "אזהרה בתום לב". ההגנה של טעות בכדאיות העסקה היא הגנה אמורפית, שזכתה למבחנים שונים, שחלקם הם סטנדרטים בפני עצמם,²⁴⁹ והסייג של אזהרה בתום לב הוא בעצמו סטנדרט גמיש.²⁵⁰ לכן הטיעון

247 השינויים המרכזיים בעילות של פגם בכריתה הצעת חוק דיני ממונות, הם החלפת המונח טעות בכדאיות העסקה במבחן הסיכון שהתקבל בפסיקה הישראלית (ראו ס' 111 להצעת חוק דיני ממונות; ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד מח(2) 513 (1994); ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(4) 817 (2003); ע"א 2469/06 סויסה נ' חברת זאגא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ (פורסם בנבו, 14.8.2008); דעת הרוב בעניין כרמל נ' טלמון, לעיל ה"ש 19, פס' 25); יצירת הסדרים לכפייה שנעשתה בידי צד שלישי בידיעת הצד השני בפועל או בכוח אך לא בהרשאתו או שנעשתה שלא בידיעת הצד השני בפועל או בכוח. במקרה הראשון הוצע להעניק זכות ביטול עצמאית בדומה להסדר הרגיל של כפייה ובמקרה האחרון הוצע הסדר הדומה להסדר הקיים בס' 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) (ראו ס' 114 (ב) להצעת חוק דיני ממונות), וכן הסדר לחזקת עושק במקרה של השפעה בלתי הוגנת (ראו ס' 115 (ב) להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א-2011).

248 באופן כללי בלבד (לא פירוט) עילת הטעות הידועה, שמאפשרת סעד עצמאי של ביטול החוזה, כוללת חמישה רכיבים (חוזה, טעות, קשר סיבתי סובייקטיבי בין הטעות להתקשרות, קשר סיבתי אובייקטיבי וידיעה בפועל או בכוח של הצד השני לחוזה). עילת ההטעיה כוללת חמישה רכיבים (חוזה, טעות, קשר סיבתי סובייקטיבי בין הטעות להתקשרות, הטעיה במעשה או במחדל, קשר סיבתי סובייקטיבי בין ההטעיה לטעות). עילת הכפייה כוללת שלושה רכיבים (חוזה, כפייה, קשר סיבתי סובייקטיבי בין הכפייה להתקשרות). אם כי בפסיקה נאמר שלגבי כפייה כלכלית יש להוכיח גם שהעסקה אינה הוגנת וסבירה ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' בל"ל, פ"ד נז(3) 788, 769 (2003). עילת העושק כוללת חמישה רכיבים (חוזה, מצב העשוק, התנהגות העושק, קשר סיבתי סובייקטיבי בין העושק להתקשרות החוזה, עסקה גרועה במידה בלתי סבירה מן המקובל).

249 למונח ראו ס' 14(ד) לחוק החוזים (חלק כללי). למבחנים למונח זה ראו מבחן עבר/עתיד: ג' טדסקי "טעות בכדאיות העסקה" משפטים יב 329 (תשמ"ב-תשמ"ג). מבחן התכונות לעומת שווי: השופט אשר ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231 (1977). מבחן הסיכון: דניאל פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט יד 459 (תשמ"ט) ופסקי הדין המאוזכרים לעיל בה"ש 247. לניתוח מבחנים אלו ולניתוח ביקורתי של דעת הרוב בפסק הדין בעניין כרמל ראו זמיר לעיל ה"ש 30. דעת המיעוט של השופט מזוז בעניין כרמל, יצרה מבחן משולב. תחילה יש להפעיל את המבחן של עבר/עתיד, ורק אם הטעות היא לגבי העבר יש להפעיל לגביה את מבחן הסיכון. פרופ' זמיר סבור שדעת הרוב יצרה, שלא כראוי, מבחן נוסף שהוא מבחן הרשלנות, שכן משמעות מבחן זה היא שיהיה בלתי אפשרי לטעון לטעות כאשר הטועה התרשל, שם. דיון נוסף בעניין זה נדחה, דנ"א 2128/16 כרמל נ' טלמון (פורסם בנבו, 30.5.2016). לפי האמור בדיון הנוסף לא הייתה כוונה לחדש הלכה חדשה בעניין זה. מכל מקום, אם רכיבי הרשלנות מופעל במסגרת מבחן הסיכון, אזי כאשר מדובר בהטעיה, ניתן להסתמך על דבריו של פרופ' פרידמן שלעתים אנו לוקחים את הסיכון שאנו טועים אך לא שמטעים אותנו (פרידמן שם, בעמ' 477-478), ולכן כשמדובר בהטעיה, ייתכן שרשלנותו של המוטעה לא תיחשב נטילת סיכון. אפשר ללמוד מסקנה זו בנוגע להטעיה במעשה גם מפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין כרמל, פס' 11. ואכן היה ניתן לקבוע שבעניין כרמל הייתה הטעיה מצד הקוגנות (גם אם לא ביודעין), שכן הן גיהלו את הנכס והצהירו שמצבו התכנוני ידוע להן, וכן הוצעה שמדובר ב"בניין מסחרי" (לנתונים אלו ראו פס' 10, 14 לפסק דינה של השופטת חיות) אף שהבניין היה ככל הנראה (לדעת הרוב הדבר לא הוכח) גם לייעוד למגורים. עם זאת ייתכן שמדובר בהצהרות שכלולות בהסכם סטנדרטי, דבר שאינו משקף את הצהרותיהם האמתיות,

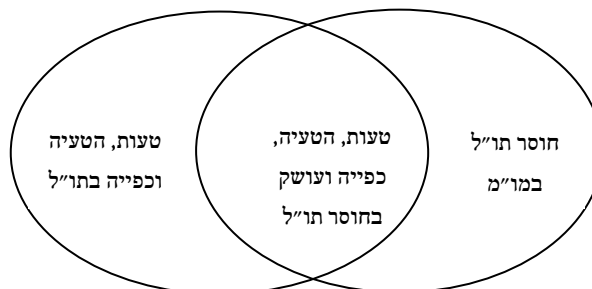
שעילות אלו יוצרות ודאות רבה מזו שיוצרות עילות כלליות שבנויות על סטנדרטים אינו כה ברור, וייתכן כאמור שבשל נתונים אלו העילות הכלליות עשויות באופן מפתיע לתת חיזוי ודאי יותר.²⁵¹ יתרה מכך, היכולת לבטל חוזה שנכרת עקב פגם בכריתה מוגבלת בזמן סביר, שאף הוא סטנדרט גמיש. לפיכך השיקול של פגיעה בוודאות, במתן אפשרות להסתמך על עילות חלופיות, אינו חזק דיו, ולכן מתן אפשרות לקבל סעדים בעילות אחרות אמנם יוסיף נדבך של חוסר ודאות, אך יש לזכור שגם אם היה קיים כלל מוחלט של ייחוד עילה, מורכבות העילות של פגמים בכריתה כאמור לעיל יוצרת כשלעצמה חוסר ודאות ניכר.

1. תום לב במשא ומתן

כאשר מתקיימת הסיטואציה של פגם בכריתה (טעות שידועה לצד השני, הטעיה, כפייה ועושק), הנפגע מהפגם רשאי לבטל את החוזה בתוך זמן סביר כאשר סעד הביטול מצוי בעילה עצמה.²⁵² אם הנפגע מהפגם אכן ביטל את החוזה, קמה לשני הצדדים זכות להשבה.²⁵³ אשר לסעד הפיצויים ניתן לומר כי התנהגותו של הצד השני במקרים אלו תיחשב ברוב המקרים חוסר תום לב במשא ומתן על פי סעיף 12 לחוק החוזים.²⁵⁴ חובת תום הלב התפרשה כחובה אובייקטיבית עם יסודות סובייקטיביים כגון טיב העסקה ואופי הצדדים,²⁵⁵ ולכן כאשר מדובר בטעות שהצד השני ידע, או היה עליו לדעת, עליה, והוא בחר שלא להעמיד את הטועה על טעותו, הוא התנהג בדרך כלל בחוסר תום לב במשא ומתן.²⁵⁶ אשר לעילת הטעיה קיימת מחלוקת אם היא יכולה להיעשות רק בידועין או גם ברשלנות ובתום לב.²⁵⁷

- ראו זמיר, שם, בעמ' 73. ברם מדוע אין לראות בהן כמי שאחראיות לנכונות הצהרותיהן. מכל מקום, אין ספק שמונחים כגון נטילת סיכון או רשלנות הם סטנדרטים גמישים. אשר למבחן הסיכון נקבע כי צדדים לחוזה יכולים להסכים, מפורשות או מכללא, או להידרש מכוח הדין, לקבל על עצמם סיכון להתקיימותה של טעות ולוותר על ברירת הביטול לנפגע אם תתרחש טעות כזו. תחומי הסיכון והנושאים בנטל בו נגזרים מאופי החוזה, מאומד דעתם של הצדדים, ובנסיבות מסוימות מכוח הדין, עניין שלזינגר, לעיל ה"ש 247, בעמ' 843. ראו גם פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 724, 726; זמיר, שם, בעמ' 70–74.
- 250 ראו ס' 17(ב) לחוק החוזים (חלק כללי). לפרשנות המונח "תום לב", הכולל הוכחה שהמאיים האמין בזכותו בתום לב, וכן שאמצעי האיום היה בתום לב, ראו שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 337–338; עניין שפיר, לעיל ה"ש 111; ע"א 7539/98 לוטם והיטים בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נגד (1) 721 (1999); עניין איליט, לעיל ה"ש 111.
- 251 ראו לעיל ה"ש 110, והטקסט לידה.
- 252 ס' 14(א), 15, 17, 18 לחוק החוזים (חלק כללי). במקרה של טעות שהצד השני לא ידע, ולא היה עליו לדעת עליה, לטועה אין זכות ביטול עצמאית, והיכולת לבטל את החוזה מסורה לבית המשפט בלבד, ס' 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).
- 253 ס' 21 לחוק החוזים (חלק כללי).
- 254 שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 147.
- 255 שם, בעמ' 148; ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז (4) 673, 689 (1983).
- 256 מובן שאם מדובר בטעות שהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה (טעות נושא ס' 14(ב) לחוק החוזים) הצד השני נהג בתום לב, ולכן לא מתקיימת העילה של חוסר תום לב במו"מ.
- 257 לשיטת השונות ראו לעיל ה"ש 38.

מכל מקום, אם ההטעיה נעשתה ביודעין או ברשלנות, המטעה התנהג בדרך כלל בחוסר תום לב.²⁵⁸ אשר לעילת הכפייה על פי הדין הקיים, הכופה מתנהג בחוסר תום לב, שכן הכפייה חייבת להינקט בידיו או בידי אחר מטעמו.²⁵⁹ כאשר מדובר בעושה, העושה אמור להיות מודע למצב הנעשה, או לכל הפחות להיות במצב של עצימת עיניים או אי-אכפתיות למצבו,²⁶⁰ ולכן גם במקרה זה מדובר בדרך כלל בחוסר תום לב במשא ומתן. במקרים אלו נוצרת חפיפה בין העילות של פגמים בכריתה לבין העילה של חוסר תום לב במשא ומתן שמצריכה דיון על האפשרות לקבל סעדים בשתי עילות אלו גם יחד. לעומת זאת ישנם מקרים רבים של חוסר תום לב במשא ומתן שאינם קשורים לפגמים בכריתה חוזה. במקרים אלו חלה העילה של חוסר תום לב בלבד, ולא נוצרת חפיפה אפשרית. בנוסף, ישנם מקרים של טעות שהצד השני היה תם לב (לא ידע ולא היה עליו לדעת),²⁶¹ מקרים של הטעיה בתום לב, דהיינו שהמטעה לא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא מטעה²⁶² ומקרים שהצד השני לא ידע ולא היה עליו שקיימת כפייה על הצד הראשון באמצעות צד ג.²⁶³ במקרים אלו חלות רק העילות של פגם בכריתה (אשר לכפייה הנושא יוסדר רק כשתתקבל הצעת חוק דיני ממונות), שכן הצד השני נהג בתום לב.²⁶⁴ המקרים שבהם קיימת חפיפה אפוא הם רק אלו שנוצר בהם פגם בכריתה שלווח בחוסר תום לב של הצד השני.²⁶⁵



258 גם אם ההטעיה נעשתה ביודעין, ניתן להכיר במקרים נדירים בכך שהיא לא תיחשב חוסר תום לב. למשל, אם אדם אומר במשא ומתן שהוא לא יהיה מוכן לשלם יותר מסכום מסוים, הוא למעשה מטעה בכך ביודעין את הצד האחר. ברם התנהגות שכזו לא תיחשב חוסר תום לב במשא ומתן. יתרה מכך, הצד האחר לוקח את הסיכון (או שיש לייחס לו את הסיכון) שלא מדובר באמירה נכונה, ולכן אפוא מדובר בטעות בכדאיות שלא ניתן לבטל בגינה את החוזה, פרידמן, לעיל ה"ש 249, בעמ' 471–472, 478. אם ההטעיה נעשתה בתום לב, אין רלוונטיות כמובן לפיצוי בשל חוסר תום לב.

259 עילת הכפייה כיום אינה מתייחסת למצב שהצד השני לא ידע ולא היה עליו שקיימת כפייה על הצד הראשון באמצעות צד שלישי. מקרה זה יוסדר במסגרת עילת הכפייה כאשר תתקבל הצעת חוק דיני ממונות (ס' 114(ב)) ההסדר יהיה דומה להסדר של טעות שאינה ידועה כאמור בס' 14(ב) לחוק החוזים. ראו לעיל ה"ש 213.

260 במקרה זה חל ס' 14(ב) לחוק החוזים, לפיו לבית המשפט הסמכות להחליט אם לבטל את החוזה משקוללי צדק. ובמקרה שבו החוזה בוטל רשאי בית המשפט להשית על הטועה לפצות את הצד השני.

262 ראו לעיל ה"ש 38. ראו גם: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 585, בעמ' 666.

263 כיום מקרה זה אינו כלול בפרק הפגמים בכריתה חוזה. המקרה יוסדר בס' 114(ב) להצעת חוק דיני ממונות, בדומה להסדר בס' 14(ב) לחוק החוזים. ראו גם עניין הדר, לעיל ה"ש 206, פס' 35.

264 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 666.

265 האזור ממחיש את האזור שבו קיימת חפיפה בין העילות של פגם בכריתה לבין העילה של חוסר תום לב ואת האזורים שבהם אין חפיפה.

הדיון על האפשרות להסתמך על העילה של חוסר תום לב במשא ומתן במקרים של פגם בכריתה ייסוב על שש קטגוריות שונות שמקיפות את קשת המצבים הטיפוסיים האפשריים:

(א) תביעה כספית נגד הצד השני כאשר החוזה בוטל בשל פגם בכריתה

במקרים שהחוזה בוטל בהצלחה בשל פגם בכריתה, הנפגע זכאי כאמור במרבית המקרים לקבל פיצויים מכוח דיני תום הלב.²⁶⁶ מאחר שרכיב הקשר הסיבתי הסובייקטיבי בכל העילות של פגמים בכריתה מתקיים כאשר הנפגע הוכיח שאלמלא קיום הפגם הוא לא היה מתקשר בחוזה,²⁶⁷ לא ראוי לדעתי לפסוק במקרים אלו פיצויי ציפייה, שהרי מדובר ב"סתירה מהותית" – שתי התביעות נשענות על הנחות שונות בתכלית. לפיכך סעד הפיצויים במקרה זה מוגבל לפיצויי הסתמכות בשל כריתת החוזה וניהול המשא ומתן.²⁶⁸ פיצויים אלו כוללים גם אבדן הזדמנות אחרת וכן נזקים כלכליים ושאנים כלכליים.²⁶⁹ זו למעשה הגישה גם בשיטות משפט אחרות.²⁷⁰ קבלת סעד הפיצויים במקרים אלו אינה מעוררת כלל את ההצדקות ליצירת כלל של ייחוד עילה, שכן אין בכך פגיעה ברצון המחוקק

266 למקרה של ביטול כדין בגין הטעיה והכרה בכך שמדובר גם בחוסר תום לב במשא ומתן, ראו ע"א 488/83 **צנעני נ' אגמון**, פ"ד לח(4) 141, 153 (1984). אשר להכרה בכך שפעולה מסוימת יכולה להיות גם כפייה וגם חוסר תום לב במשא ומתן המזכה בפיצויים ראו עניין **מאיה נ' פנפורד**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 725. ראו גם: שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 147.

267 קיימת מחלוקת בשאלה אם הקשר הסיבתי חייב להיות מכריע או מספיק שיהיה משפיע. אשר לעילות הטעות והכפייה פרוץ' שלו מביעה עמדה שהוא חייב להיות מכריע (אשר לטעות: "הטעות צריכה להיות הגורם להתקשרות בחוזה". אשר לכפייה: "ואלמלא קיומה הוא לא היו מתקשר בחוזה"), שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 282–283, 328–329. ברם אשר לעילת העושה סבורה פרוץ' שלו שדי בכך שהניצול יביא להתקשרות בחוזה אפילו לא כגורם בלעדי או מכריע, שם, בעמ' 345. במסגרת הפסיקה נקבע ביחס לעילת הכפייה שהיא איננה חייבת להיות הסיבה המכרעת או הבלעדית להתקשרות אלא צריכה רק להשפיע על רצונו של המתקשר בהטילה בו חששות ופחד. גם ביחס לעושה נקבע כי "אין צורך להוכיח, שאילו לא העושה לא הייתה נוצרת התקשרות, ולא נדרש, שהעושה יהיה הגורם הבלעדי או המכריע להתקשרות", עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 111, בעמ' 153, 157. עם זאת בעניין **איליט**, לעיל ה"ש 111, בעמ' 679, נקבע ביחס לקשר הסיבתי בעילת העושה כי: "העילה נולדת רק כאשר ההתקשרות לא הייתה קמה אלמלא ניצול המצוקה, החולשה או חוסר הניסיון", דהיינו מדובר ברכיב מכריע. לדעתי קשר סיבתי מעצם טבעו אמור להיות מכריע ולא רק משפיע.

268 שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 156; שלו ואדר, לעיל ה"ש 77, בעמ' 555–556; יהודה אדר ומשה גלברד "השבה, פיצויים, צירוף תרופות וחופש החוזים **משפטים** מ 827, 846 (תשע"א). לפיכך לא ניתן לקבל בביטול בשל פגם בכריתה פיצוי מוסכם שמשקף פיצויי ציפייה, ראו ע"א 373/80 **וופנה נ' אוגש**, פ"ד לו(2) 215 (1981); עניין **שיפריס**, לעיל ה"ש 5, פס' 22; ת"א (שלום ת"א) 40687/04 **גולדשטיין נ' רות** (פורסם בנבו, 24.8.2008). לשלילת פיצויי קיום ראו גם: Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 534. ראו גם: ע"א (מחוזי ים-5) 5798/04 **כרמל נ' לוי** (פורסם בנבו, 28.5.2005) בו נפסקו פיצויי הסתמכות עקב כריתת החוזה אך באמירת אגב אוזכרה גם האפשרות לפסוק פיצויי הסתמכות עקב הפגם, פס' 38, 40.

269 לאבדן הזדמנות אחרת ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 630–631; עניין **פנידר**, לעיל ה"ש 255. ביחס לנזקים שאינם כלכליים, ס' 12 לחוק החוזים מפנה בשינויים המחויבים גם לס' 13 לחוק החוזים תרופות. רכיב זה אמנם עשוי להיות קרוב לפסיקת פיצויי ציפייה, אך יש להוכיח כי אכן הייתה הזדמנות אחרת פוטנציאלית, והזכאות לרכיב זה לא נובעת בשל החוזה שבוטל אלא בשל החוזה החלופי שלא נכרת.

270 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 33–37.

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

או יצירת חוסר ודאות – העילה של הפגם בכריתה התקיימה והשימוש בה היה מוצלח, וסעד הפיצויים איננו "עוקף" אלא משתלב עמה בהרמוניה.²⁷¹ בהקשר זה ראוי לציין שאם המצג המטעה הטרם-חוזי נכלל בהתחייבויותיו של הצד השני, אזי לפנינו גם הטעיה וגם הפרה. במקרה זה הנפגע זכאי לבחור את הסעדים המוקנים לו בכל אחד מהמסלולים. אם הנפגע יבחר במסלול של הפרה, עומדים לזכותו כל הסעדים בגין הפרת חוזה, לרבות פיצויי ציפייה.²⁷² כך מקובל גם בשיטות משפט אחרות.²⁷³

(ב) תביעה כספית נגד הצד השני כאשר ניסיון לבטל את החוזה כשל בשל כישלון בהוכחת רכיב מהותי

פסיקת דיני החוזים בישראל ביחס ליכולת לקבל סעד מכוח דיני תום הלב במשא ומתן במקרים של פגם בכריתה כאשר לא הוכח רכיב מהותי היא מעטה ביותר.²⁷⁴ בפסיקה זו קיימות כאמור אף דעות סותרות. למשל, בפסק דין **גנז' נ' כץ** סברה דעת הרוב, בניגוד לדעת המיעוט, שלא ניתן לקבל סעד מכוח דיני תום הלב במשא ומתן במקרה של ניצול מצוקה כאשר הטענה לעושה באותו מקרה נדחתה, שאם לא כן, במקום להוכיח את התקיימותם של רכיבי העושה כגון "מצוקה" יוכיחו "מעין מצוקה", שתתבסס על הדוקטרינה הכללית של תום לב, ומי שכשל בעושה יקבל אותה תוצאה בערכים כלכליים במסגרת דיני תום הלב. "מאחר שחוסר תום לב הוא מושג עמום וגמיש שאין קושי למתחו באופן שיטשטש את הגבול של עילות אחרות ואפילו ידחק רגליהן, מן הראוי להציב גבולות להיקף תחולת סעיף 12 הנ"ל כדי שלא יכביד יתר על המידה על חיי המסחר וכדי למנוע פגיעה ביציבות המסחר ובציפיות הצדדים". מתן סעד מכוח דיני תום הלב יבטל את האיזונים הגלומים ברכיבי העושה, ולכן כדי לבסס עילה של חוסר תום לב יש להוכיח דבר מה נוסף.²⁷⁵ לעומת זאת, ביחס לעילת הכפייה העלה השופט חשין בפסק דין **מאיה נ' פנפורד**, שדן בתרגיל "עוקץ" שנעשה לכמה יהלומנים, את האפשרות לקבל סעד מכוח סעיף 12 לחוק החוזים כתחליף לעילת הכפייה, בהתייחס להיקף הסעד

271 לפגיעה ברצון המחוקק ופגיעה בוודאות כהצדקות ליצירת כלל של ייחוד עילה ראו טקסט ליד ה"ש 101–103, 105–118.

272 ע"א 8737/00 **"שלפרד" חברה לפיתוח ובנין בע"מ נ' ז'אק**, פ"ד נו(4) 662, 668 (2002); ע"א 5888/08 **אלרומלי נ' החברה הכלכלית לפיתוח רהט בע"מ** (פורסם בנבו, 3.2.2011); רע"א 2324/07 **ברנס נ' לבדנסקי** (פורסם בנבו, 17.12.2007); עניין **שיפריס**, לעיל ה"ש 5, פס' 22; עניין **קמע הצפון**, לעיל ה"ש 5.

273 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 77–82. אם כי קיימת מחלוקת כאשר מדובר בסחורה פגומה או באי-התאמה, ראו שם.

274 כוונתי במונח "רכיב מהותי" היא לרכיבים הספציפיים של כל עילה, להבדיל מהיסוד של שליחת הודעת ביטול בתוך זמן סביר. אמנם גם שליחת הודעת ביטול בתוך זמן סביר היא עניין מהותי, אך המונח שנבחר הוא רק לצורך ההבחנה בין כישלון בהוכחת אחד מרכיבי העילה לבין מחדל משליחת הודעת ביטול בתוך זמן סביר. לדיון בכל הנוגע לכך שמועד הביטול הוא עניין מהותי שיוורד לשורש התכליות של דיני החוזים, ראו למשל מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17, 38 ה"ש 43 (2005), בנקודה ה"שישית" שפרופ' מאוטנר מעלה בה. שם הוא מציין כי "הזמן הסביר" הוא מהותי עד מאוד ורלוונטי לחלוקת הסיכונים בין הצדדים.

275 עניין **גנז**, לעיל ה"ש 9, לדעת הרוב של השופטים לוי וזמיר, בעמ' 763, 767–768. לדעת המיעוט של השופט קדמי, בעמ' 757–759. לתמיכה בכיוון של דעת המיעוט ראו סיני דויטש "הוראת העושה בחוק החוזים" **מחקרי משפט** ב 1, 20 (תשמ"ב).

שמשמעותו הגעה לאותה תוצאה כמו ביטול החוזה (באותו המקרה הסכמי הוויתור) בגין כפייה, אך לא הכריע, מאחר שסבר שבאותו מקרה עילת הכפייה מתקיימת.²⁷⁶ השופט גולדברג הכריע בדבר וסבר שניתן לקבל סעד מכוח סעיף 12 לחוק החוזים אף שלא מתקיימת עילת הכפייה. עם זאת באותו מקרה דובר על סעד בגין נזק לא ממוני.²⁷⁷

בשל מחלוקת זו מתעוררת השאלה מהו הדין הראוי. ניתן לשקול בהקשר זה שלוש אפשרויות: א. היעדר כלל של ייחוד עילה, בדומה לאמור בסעיף 22 לחוק החוזים (חלק כללי).²⁷⁸ דהיינו, ניתן לקבל במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים סעד כספי שעשוי להעמיד את הנפגע מהפגם (שלא הוכח במלואו) מבחינה כלכלית במצב הדומה לזה שבו החוזה היה מבוטל בשל הפגם בכריתה. למשל, בעניין **גנז נ' כץ** היה החתן מקבל כפיצויי בשל חוסר תום לב במשא ומתן את מלוא ההפרש בין התמורה המוסכמת (100,000 דולר) לבין התמורה המקובלת לשידוך (לצורך הדיון סכום של 3,000 דולר²⁷⁹). בנוסף, בעניין **מאיה נ' פנפורד**, אם החוזה לא היה מבוטל, הם היו יכולים לקבל כפיצויי בשל חוסר תום לב במשא ומתן את ההפרש בין התמורה המוסכמת בחוזה המקורי לבין שווי מקצת היהלומים שקיבלו. זו האפשרות שהעלה השופט חשין בעניין **מאיה נ' פנפורד** ללא הכרעה;²⁸⁰ ב. יצירת כלל של ייחוד עילה, כך שמי שכשל בהוכחת רכיב מהותי במסגרת פגם בכריתה לא יוכל לקבל פיצויי במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים, אף שההתנהגות של הצד השני עלולה להיחשב חוסר תום לב. זו למעשה עמדת דעת הרוב בעניין **גנז נ' כץ**; ג. בשל הכישלון בהוכחת רכיב מהותי במסגרת פגם בכריתה יהיה ניתן לקבל במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים רק פיצויים חלקיים שישקפו את העובדה שהנפגע מהפגם לא עמד בכל רכיבי העילה שהמחוקק עיצב לסיטואציה זו. זו למעשה תוצאת דעת המיעוט של השופט קדמי בעניין **גנז נ' כץ**. אמנם מבחינה רטורית השופט קדמי ממליץ לפסוק פיצויי הסתמכות מלאים בשל הפגם: "הבאת הצד הנפגע למצב שבו היה נתון אלמלא הופרה חובת תום הלב מצדו של המשיב, תיתכן רק על-ידי חיובו של המשיב 'לשלם' למערער את הפער שבין השכר שהוסכם עליו לבין השכר הראוי, שעליו היו מסכימים השניים אלמלא חוסר תום הלב של המשיב".²⁸¹ ברם השכר המקובל עבור שידוך למקרים "קשים" על פי השופט קדמי היה 3,000 דולר, ולכן לפי הנוסחה הזאת היה ראוי לפסוק את מלוא ההפרש בין התמורה המוסכמת (100,000 דולר) לבין התמורה המקובלת לשידוך (3,000 דולר) בהנחה שהמערער היה כורת חוזה מקובל. ברם השופט קדמי המליץ בפועל שהנפגע מחוסר תום הלב יקבל את ההפרש שבין התמורה המוסכמת (100,000 דולר) לבין סכום שחושב כפי עשרה מהתמורה

276 עניין **מאיה נ' פנפורד**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 727–728. לגישה התומכת במתן סעד מכוח ס' 12 לחוק החוזים גם כאשר לא התקיים רכיב מהותי ראו שלו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 245.

277 שם, בעמ' 747–748. למקרה נוסף שבו לא התקיים רכיב מהותי (לא הוכח קשר סיבתי בין הטעות להתקשרות בחוזה) אך נפסק פיצויי בגין נזק לא ממוני ראו ת"א (שלום חי) 15340/83 **פילרסקי נ' פרזס**, פ"מ תשמ"ו(1) 63, 81 (1983).

278 אשר לסעיף זה ראו לעיל דיון בתת הפרק א.1.

279 לפירוט העובדות בעניין גנז ראו תת הפרק א.2. (א). ובאשר לסכום השדכנות המקובל ראו לעיל ה"ש 9. במקרה שהחוזה היה מבוטל, הייתה נדרשת "השבת שווי". החתן היה מקבל את מלוא התמורה ששולמה, אך היה צריך להשיב את שווי המלאכה שנעשתה.

280 לפירוט העובדות בעניין מאיה ראו תת הפרק א.2. (ב).

281 עניין **גנז**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 759.

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

המקובלת עבור שידוך ל"מקרים קשים" בתוספת מחצית סכום ההוצאות (סה"כ 45,000 דולר).²⁸² למעשה מדובר במקרה זה בפסיקת פיצוי חלקי.²⁸³ האפשרות הראשונה ששוללת כלל של ייחוד עילה יוצרת את הקושי המרכזי מבחינת רצון המחוקק, שכן הנפגע מהפגם לא עמד בדרישות המחוקק לקבלת יעד מסוים, אך הוא למעשה מקבלו באמצעות עילה חלופית כללית. כאשר ניתן להפעיל שתי עילות, והתוצאה שמושגת מכוח האחת עשויה עקרונית להיות מושגת מכוח האחרת, אך במקרה הקונקרטי אחת העילות אינה מאפשרת השגת תוצאה זו, כי אז מתן סעד מלא בעילה החלופית מהווה פגיעה באיזונים שהמחוקק חפץ להשיג בעילה שעוצבה לאותה סיטואציה. האפשרות לקבל סעד מלא מכוח עילה חלופית של חוסר תום לב במשא ומתן חלף פרשנות רחבה יותר של העילות של פגמים בכריתה, עלולה לגרום לעילות של פגמים בכריתה להפוך להיות אות מתה.²⁸⁴ אמנם גם סעיף 22 לחוק החוזים, שקובע כי הוראות פרק הפגמים לא יגרעו מכל תרופת אחרת, משקף את רצון המחוקק, אך כאמור סעיף זה אמור להתבטל כאשר תתקבל הצעת חוק דיני ממונות – עובדה שמשקפת כיוון חדש בהליכי החקיקה הקיימים. יתרה מכך, מתן סעד מלא בעילה החלופית עלול להוסיף נדבך משמעותי יותר לחוסר הודאות, וכן לעודד הצפת תביעות, שכן העילה של חוסר תום לב במשא ומתן היא מטבעה עילה גמישה שקשה לחיזוי, וקל להסתמך עליה בהגשת תביעות קנטרניות.²⁸⁵ עם זאת יש להודות כאמור שגם העילות של פגמים בכריתה קשות לחיזוי כאמור לעיל.²⁸⁶

לעומת זאת האפשרות השנייה שיוצרת כלל של ייחוד עילה אינה מאפשרת כלל להתחשב בערכים מודרניים או במקרים קשים שלא זכו למענה ראוי במסגרת העילות של פגמים בכריתה. יתרה מכך, שלילת כל יכולת לקבל סעד במסגרת העילה של חוסר תום לב במשא ומתן יוצרת את הפגיעה הקשה ביותר בזכויות הנפגע שעילה זו עומדת עקרונית לזכותו.²⁸⁷

לפיכך האפשרות השלישית שמאפשרת לפסוק סעד חלקי בלבד בשל חוסר תום לב במשא ומתן במקרים אלו היא בעיני האיזון הראוי (ייחוד עילה חלקי). פסיקת סעד חלקי תמצצם את הפגיעה ברצון המחוקק, שכן פסיקת סעד חלקי מביאה לידי ביטוי נורמטיבי את העובדה שהנפגע מהפגם לא עמד בכל רכיבי העילה שעיצב המחוקק. יתרה מכך, פסיקת סעד חלקי בעילה של חוסר תום לב במשא ומתן במקרים אלו תתמרץ את הנפגע מהפגם להוכיח את עילת הפגם חלף פנייה קלה יותר לעילה של חוסר תום לב במשא ומתן, בשל האפשרות לקבל תוצאה טובה יותר מבחינתו. תמריץ זה יסייע במניעת

- 282 להרחבה ביחס לפירוט הסכום שנפסק ראו לעיל ה"ש 9.
- 283 למקרה נוסף שבו לא הוכח רכיב מהותי (קשר סיבתי) בטענת הטעיה אך נפסק פיצוי חלקי על פי ס' 12 לחוק החוזים, ראו ת"א (שלום ת"א) 67722-07 פלאפל אוריון נ' טן תל חנן, שותפות רשומה (פורסם בנבו, 30.10.2011). עם זאת ניתן לחלוק על המסקנה שלא התקיים במקרה זה קשר סיבתי, וכן חלקיות הפיצוי נבעה מקשיים ראייתיים.
- 284 להצדקה של מניעת פגיעה ברצון המחוקק כשיקול ליצירת כלל של ייחוד עילה ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 101–103.
- 285 להצדקות של מניעת חוסר ודאות ומניעת הצפת תביעות כשיקולים ליצירת כלל של ייחוד עילה ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 105–120.
- 286 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 248–251.
- 287 להצדקות של התחשבות בערכים מודרניים ומניעת פגיעה בזכויות כשיקולים נגד יצירת כלל של ייחוד עילה ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 124–130.

החשש שהעילות של פגמים בכריתה תהפוכנה לאות מתה, וכן בהפחתת הפגיעה באיזונים שהמחוקק חפץ להשיג במסגרת העילה הספציפית. יתרה מכך, ריכוז המאמץ של הנפגע מהפגם בעילות אלו גם יקטין את החשש לחוסר ודאות ולהצפת תביעות, שכן הנפגעים מהפגם ירכזו את מאמציהם בעילות אלו חלף פנייה ישירה לעילות כלליות שקשות לחיזוי וזניחת העילות של פגמים בכריתה מלכתחילה. בנוסף, פסיקת פיצוי חלקי תאפשר באופן מסוים להתחשב בערכים מודרניים שלא זכו להיכלל באיזונים שהמחוקק עיצב בעילות של פגמים בכריתה, וכן תפחית את הפגיעה בזכותו של הנפגע מהפגם להסתמך על העילה של חוסר תום לב. התובנה שראוי לפסוק פיצוי חלקי בלבד במקרה של עקיפת העילה שעוצבה לסיטואציה מסוימת באמצעות עילה חלופית הוצעה כאמור במקרים שבהם הסתמכו על דיני עשיית עושר ולא במשפט חלף זכות קניין רוחני ממוסדת וכן בתחרות זכויות בדיני הקניין.²⁸⁸ השאלה היא מהו מקור הסמכות בדין הקיים לפסוק פיצוי חלקי במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים. כמענה לשאלה זו ניתן לומר שסעיף 12 לחוק החוזים מפנה – כאשר מדובר בנזק ממוני – לסעיף 10 לחוק החוזים תרופות, בשינויים המחויבים. אחד השינויים המחויבים יכול להיות פסיקת פיצוי חלקי במקרים המתאימים.²⁸⁹

חלקיות הפיצוי עשויה לדעתי להיות מושפעת מגורמים שונים. למשל: אם הנפגע מהפגם לא הוכיח כמה רכיבים, יש להעניק לו, במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים, פיצוי חלקי קטן מזה שהיה ראוי לתת לו כאשר הוא כשל רק בהוכחת רכיב אחד. לדוגמה, אם הטוען לעושה כשל בהוכחת הרף הנדרש, הן באשר לרכיב המצוקה והן באשר לרכיב שהעסקה גרועה במידה בלתי סבירה מהמקובל, אזי לפי המודל המוצע היה ראוי לתת לו, במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים, פיצוי חלקי קטן (אם בכלל) מבמקרה שהיה כושל בהוכחת רכיב אחד בלבד. מודל מורכב יותר יתחשב גם באיכות ובחשיבות של הרכיב שלא התקיים והקושי בהוכחתו.²⁹⁰

קריטריון נוסף בהקשר זה ניתן ללמוד מדיני הנזיקין. כאשר קיים כלל של ייחוד עילה בתחום דיני הנזיקין, אך העוולה נעשתה בפעולה מכוונת, יש בכך כדי להצדיק ביתר קלות התגברות על כלל של ייחוד עילה ומתן אפשרות לתבוע גם מעילות כלליות פיצוי גדול יותר, כדי שלא יצא חוטא נשכר.²⁹¹ בהתאם לכך כאשר הטעות הידועה, ההטעיה, הכפייה או העושה נעשו בזדון ולא רק ברשלנות,²⁹² אך אחד מהרכיבים לא התקיים, ראוי לאפשר פיצוי חלקי גדול יותר במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים. קריטריון נוסף יכול להתקיים במקרה שמתקיימת הגנה במסגרת עילת הפגם. קיימות שתי הגנות לעילות של פגמים בכריתה. הגנה אחת מצויה בסעיף 17(ב) לחוק החוזים, ועניינה אזהרה בתום לב על

288 ראו לעיל ה"ש, 167, 170 והטקסט לידן.

289 למקרים אחרים של קבלת סעד חלקי ראו רועי קרייטנר "הערעור נתקבל בחלקו: תרופת אמצע בשל הפרת חוזה" **עיוני משפט** ל' 265 (2007).

290 דיון על איכותו או על חשיבותו של כל רכיב בכל עילה חורג ממסגרת המאמר.

291 ראו הטקסט ליד ה"ש 150–153. השיקול שלא יצא חוטא נשכר התקבל גם בס' 3 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011.

292 טעות לפי ס' 14(א) לחוק החוזים מחייבת שהצד השני ידע, או היה עליו לדעת. כאשר מדובר בפעולה מכוונת, אזי המקרים הרלוונטיים הם רק שהצד השני ידע בפועל. אשר להטעיה קיימת כאמור מחלוקת בדבר מצבו הנפשי של המטעה, ראו לעיל ה"ש 244. מכל מקום, כאשר מדובר בפעולה מכוונת, הכוונה להטעיה בזדון. כפייה תתקיים בדרך כלל ביודעין. אשר לעושה קיימים כמה מצבים נפשיים אפשריים מבחינת המנצל, ראו לעיל ה"ש 213. כאשר מדובר בפעולה מכוונת, הכוונה לניצול ביודעין.

הפעלת זכות. דיון על האפשרות להתגבר על הגנה זו במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים אינו רלוונטי, שכן אם המאיים נהג בתום לב לא ניתן להשית עליו פיצוי בחוסר תום לב. ברם דיון מעניין עשוי להתקיים בנושא ההגנה המצויה בעילות של טעות והטעיה כאשר הטעות הייתה בכדאיות העסקה בלבד. במקרה זה העילות של טעות והטעיה אינן מתקיימות. האם ניתן בכל זאת לתבוע במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים בטענה שגם הטעיה בנוגע לטעות בכדאיות העסקה יכולה להיות בחוסר תום לב? הן בפסיקה והן בספרות ענו לשאלה זו בחיוב.²⁹³ עם זאת מדיני הנזיקין למדנו שגם כאשר לא קיים כלל של ייחוד עילה, לא עקפו עוולות ספציפיות שההגנה במסגרתן התקיימה באמצעות עוולה כללית.²⁹⁴ יישום תוכנה זו במלואה בנוגע לממשק שבין העילות של טעות והטעיה לעילה של חוסר תום לב במשא ומתן לא יאפשר לפסוק פיצוי במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים במקרים של טעות ידועה או הטעיה בנוגע לטעות שבכדאיות העסקה. יישום חלקי של תוכנה זו יאמר שבמקרה שהתקיימה ההגנה של טעות בכדאיות העסקה יהיה הפיצוי החלקי שיינתן במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים קטן מבמצב של אי-התקיימות רכיב שאינו הגנתי באופיו. לדעתי, יש לאמץ את האפשרות השנייה, שמתמודדת טוב יותר עם מצבים קשים. כך למשל בעניין **כרמל נ' טלמון** קבעה דעת הרוב, בניגוד לדעת המיעוט, שהטעות היא בכדאיות העסקה בלבד.²⁹⁵ פסיקה זו זכתה לביקורת מוצדקת.²⁹⁶ מכל מקום, לו היינו מיישמים את המודל המוצע בפסיקת דעת הרוב, אזי מאחר שמדובר בהתקיימות רכיב הגנתי, הפיצוי שהיה ניתן לפסוק במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים, בהנחה שהיה ניתן לייחס לצד השני חוסר תום לב,²⁹⁷ היה פיצוי חלקי קטן מהרגיל, אך עדיין לו היה המוכר מקבל סכום חלקי מההפסד העצום שנגרם לו, היה ניתן לעכל במידה מסוימת את התוצאה הקשה של פסק הדין.

קריטריון אחרון לשיעור הפיצוי החלקי יכול להתבסס על התנהגות הנפגע מהפגם. למשל, אם הנפגע מהפגם התרשל, הוא ראוי לקבל פיצוי חלקי קטן יותר בשל אשמו התורם של הנפגע מהפגם להתרחשותו.²⁹⁸ כך למשל, קיימת שאלה שהתעוררה בספרות לאור עניין **כרמל נ' טלמון** האם רשלנות הטועה אמורה למנוע ממנו להסתמך על עילת הטעות או ההטעיה. והמסקנה המוצדקת היא שאין בכך מניעה.²⁹⁹ ברם, אם יתברר שלא התקיים אחד הרכיבים לקיום העילה והטועה הרשלן הסתמך על סעיף 12 לחוק החוזים, הוא יקבל פיצוי חלקי קטן יותר. בהקשר זה ניתן כמובן לבחון עד כמה הרשלנות

293 ע"א 472/86 **עזר נ' עזריהו**, פ"ד מב(3) 242, 236 (1988); ת"א (שלום ת"א) 41341/07 **עזרי נ' טרי** (פורסם בנבו, 6.8.2008); שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 245.
294 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 138–143.
295 להרחבה על עניין **כרמל נ' טלמון**, ראו לעיל תת הפרק א.2.(ה).
296 ראו זמיר, לעיל ה"ש 30.
297 גם אם הקונות שניהלו את הנכס לא היו מודעות לייעוד האפשרי למגורים, יתכן שהיה עליהם לדעת. כזכור חובת תום הלב היא חובה אובייקטיבית, ראו לעיל ה"ש 255. וכך ראו לעיל ה"ש 22, לגבי דעת המיעוט של השופט מזוז שסבר שיתכן שקיימת כאן הטעיה מצד הקונות.
298 לחלוקת אחריות בשל אשם תורם ראו לעיל ה"ש 68. מאחר ש' 12 לחוק החוזים מתבסס כאמור על ס' 10 לחוק החוזים תרופות (ראו לעיל ה"ש 289), אין כל קושי לבסס חלוקת אחריות בשל אשם תורם, ראו המקורות לעיל ה"ש 68.
299 להרחבה בעניין **כרמל נ' טלמון** ראו תת הפרק א.2.(ה). לדיון בספרות בהקשר זה ראו זמיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 70–84, וכן ראו לעיל ה"ש 248.

הייתה רלוונטית להיווצרות הטעות.³⁰⁰ רשלנות הנפגע מהפגם רלוונטית גם לכפייה כלכלית. אחד המבחנים שקבע השופט חשין בעניין **מאיה נ' פנפורד** לכפייה כלכלית הוא מבחן עצמת הכפייה, שלפיו יש לבחון אם לנכפה הייתה אפשרות אחרת מהיכנעות לכפייה.³⁰¹ מבחן זה בוחן למעשה את השאלה אם הכופה לא התרשל כשלא השתמש באפשרות אחרת. כאשר מבחן עצמת הכפייה אינו מתקיים, עילת הכפייה (הכלכלית) אינה מתקיימת, אך הנכפה יוכל לתבוע על פי סעיף 12 לחוק החוזים בתנאי שהתקיים מבחן איכות הכפייה. שכן מבחן זה בוחן את השאלה אם הצד השני נהג שלא לפי "כללי המשחק" או "מוסר העסקים",³⁰² דהיינו בחוסר תום לב. עם זאת מאחר שהנכפה התרשל כאמור, הוא יקבל פיצוי חלקי קטן יותר. תובנה זו קיימת כאמור גם במשפט המשווה. כאשר לצד הנפגע קיימת תרומה לגרימת ההפסד שנגרם לו, הפיצוי אמור להיות מופחת בהתאם.³⁰³

שאלה נוספת בהקשר זה היא אם חלקיות הפיצוי צריכה להיגזר מקנה המידה של פיצויי הסתמכות עקב כריתת החוזה, פיצויי הסתמכות עקב הפגם או פיצויי ציפייה. כאמור ד"ר פרוקצ'יה סבור, לאור הניתוח הכלכלי שערך, שבמקרים אלו כדי להגיע להרתעה יעילה יש להעניק במקרה של מצג שווא פיצויי הסתמכות על המצג, או במקרה של רשלנות המציג יש לאפשר לניצג לבחור בין פיצויי הסתמכות על המצג לפיצויי ציפייה.³⁰⁴ בחינת הנעשה בשיטות המשפט השונות מראה כי יש שיטות משפט שמעניקות במקרים אלו פיצויי הסתמכות בשל כריתת החוזה, ויש המעניקות פיצויי הסתמכות עקב הפגם.³⁰⁵ לדעתי, מאחר שהחוזה לא בוטל (לעומת המקרה הקודם שהחוזה בוטל), יש לתת פיצוי גדול מפיצויי הסתמכות בשל כריתת החוזה. לעומת זאת מאחר שהטוען לפגם לא היה מעוניין בחוזה כלל, או שהיה מעוניין בחוזה אחר, אין להעניק פיצויי ציפייה. לכן ראוי לדעתי במקרים אלו שאמת המידה לפיצוי החלקי כאמור לעיל תיגזר מקנה המידה של פיצויי הסתמכות עקב הפגם, כפי שהמליץ השופט קדמי בעניין **גנו נ' כץ**.³⁰⁶

- 300 בעניין **כרמל נ' טלמון**, לעיל ה"ש 19, על פי דעת הרוב חוסר הזהירות של המוכר, שבא לידי ביטוי בכך שלא פנה לשמאי, תרם ישירות לטעותו, בעוד שעל פי דעת המיעוט של השופט מזוז הוויתור בפנייה לשמאי היה בו חוסר זהירות ביחס למחיר של נכס מסחרי ולא ביחס לאפשרות של ייעוד למגורים, פס' 17 לפסק דינו של השופט מזוז.
- 301 הרחבה לעניין **מאיה נ' פנפורד** ראו לעיל תת הפרק א.2. (ב). לחשיבות העדרה של אלטרנטיבה אחרת ראו גם ע"א 8/88 **שאול רחמים בע"מ נ' אקספורדיה בע"מ**, פ"ד מג(4) 95, 101-102 (1989).
- 302 שם, שם.
- 303 ראו לעיל ה"ש 43, 67, והטקסט לידן.
- 304 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 29.
- 305 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 40-61.
- 306 עניין **גנו**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 759. ראו גם פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 630. למקרה נוסף שנפסק פיצוי חלקי לפי קנה המידה של פיצויי הסתמכות עקב הפגם ראו ת"א (מחוזי חי') 71127-01-17 **אלטונין נ' קרופניק** (פורסם בנבו, 21.1.2018). באותו המקרה טענה מוכרת לעושה שכן היא הייתה במצוקה עקב מות בנה והיא מכרה את דירתה למי שתמכה בה במחיר נמוך מאוד. בית המשפט לא הכיר בעושה שכן לא התרשם שהתקיימו היסודות של מצב העושה, הקשר הסיבתי, והתנהגות העושה, והחוזה לא בוטל תוך זמן סביר, אך בית המשפט הכיר בכך שהעסקה הייתה גרועה מהמקובל, וקבע שעורך הדין שלא העמיד אותה על העובדה שמדובר במחיר נמוך מאוד והרוכשת יפצו אותה ביחד ולחוד על ההפרש שבין התמורה החוזית לבין המחיר הריאלי של הנכס בהתחשב בנסיבות המיוחדות. הפיצוי הוא חלקי מבחינת הצד השני לחוזה (הרוכשת) שכן היא תישא רק בחלקו. עם זאת מבחינת התובעת מדובר בפיצוי כמעט מלא בנסיבות המיוחדות.

(ג) תביעה כספית נגד הצד השני כאשר ניסיון לבטל חוזה כשל בשל חלוף הזמן הסביר

ביטול החוזה בשל פגם בכריתה מותנה בשליחת הודעת ביטול תוך זמן סביר שמנודע לנפגע מהפגם על קיום העילה, וכאשר מדובר בכפייה, משפסקה הכפייה.³⁰⁷ בהקשר זה מתעוררת השאלה אם נפגע מפגם שלא ביטל בתוך זמן סביר יכול לקבל פיצוי במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים. ביחס לעילת ההטעיה נפסק בעניין *Foundation Sansounimaille נ' פרי* כי במקרה שבו לא ניתן להכיר בביטול בגין הטעיה מפני שהביטול נעשה לאחר חלוף הזמן הסביר, לא ניתן לקבל במקום זאת פיצוי לפי סעיף 12 לחוק החוזים.³⁰⁸ תחימת תקופת הזמן לביטול החוזה נועדה לאפשר, בין היתר, ודאות לצד השני ולגורמים חיצוניים שמסתמכים על החוזה, וכך בסיום תקופת הזמן הסביר החוזה מחוסן מביטול בשל פגם בכריתה.³⁰⁹ אמנם המונח "זמן סביר" הוא סטנדרט גמיש, אך הוא מאפשר בכל זאת להסיק מסקנות בדבר חשיפת החוזה לסיכון של ביטולו בשל פגם בכריתה. כפי שהראיתי בדיני החוזים המיוחדים, כאשר הנפגע לא עמד בנטלים המוטלים עליו בפרקי הזמן שנקבעו בחוק, הוא מנוע מלבטל את החוזה לפי הכלל של ייחוד עילה.³¹⁰ בדומה לזה טענתי כי ראוי שתתקיים תוצאה דומה גם במקרה של אי-התאמה נסתרת שהתגלתה לאחר פרק הזמן שהמחוקק התיר להפעלת הסעד של ביטול החוזה.³¹¹ הכלל של ייחוד העילה במקרים אלו משמר את הוודאות שהמחוקק חפץ ליצור בסגירת חלון הזמן.³¹² הסתמכות על דיני תום הלב במשא ומתן להשגת סעד כספי שיעמיד את הנפגע בערכים כלכליים במצב כלכלי הדומה לזה שהיה נתון בו לו בוטל החוזה, גם בחלוף הזמן הסביר לביטול החוזה, תסכל ודאות זו. עם זאת הוודאות אינה חזות הכול, וניתן לשער שקיימים מקרים שמצדיקים בכל זאת מתן סעד לנפגע מהפגם. אפשרות אחת היא לפרש בהרחבה את המונח "זמן סביר" במקרים המתאימים. אפשרות שנייה היא להקנות פיצויי הסתמכות בשל הפגם. אמנם בחינת הנעשה בשיטות המשפט השונות מראה כי יש שיטות משפט שמעניקות במקרים אלו פיצויי הסתמכות בשל כריתת החוזה, יש המעניקות פיצויי הסתמכות עקב הפגם ויש המעניקות פיצויי ציפיה,³¹³ אך לפי השיקולים כאמור בתת הפרק הקודם, גם במקרה זה ראוי בעיניי להעניק פיצויי הסתמכות עקב הפגם.³¹⁴ ברם

307 ס' 20 לחוק החוזים. כאשר מדובר בטעות שאינה ידועה לא קיימת זכות ביטול עצמאית, והטועה יכול לפנות לבית המשפט בבקשת ביטול, ס' 14(ב) לחוק החוזים. אשר לעילת העושה נטענה טענה שנדחתה שגם בעושה הזמן הסביר אמור להתחיל משפסק העושה, עניין *איליט*, לעיל ה"ש 111, בעמ' 679–680. טענה זו התקבלה בס' 116 להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011.

308 לעניין *Foundation Sansounimaille נ' פרי* ראו תת הפרק א.2. (ג). עם זאת בעניין *כרמל נ' לוי* נאמר באמרת אגב שניתן לתבוע פיצויים מכוח ס' 12 גם אם לא ניתן לבטל את החוזה בשל הפגם, וזאת בשל חלוף הזמן הסביר או ויתור על האפשרות לבטל את החוזה, ראו לעיל ה"ש 268, פס' 35. עמדה דומה הובעה בת"א (מחוזי מרכז) 5768-08-07 *מירון נ' Lake Marion Golf Estates Ltd.*, פס' 116–117 (פורסם בנבו, 2.3.2010), שם נקבע שהתנהגות הנפגע מהפגם מהווה אישור החוזה שגורם לאבדן ברירת הביטול. עם זאת לנפגע עומדת הזכות לתבוע פיצוי מכוח ס' 12 לחוק החוזים.

309 עניין *כהן*, לעיל ה"ש 316, פס' 16; עניין *שלינגר*, לעיל ה"ש 247, בעמ' 837–838; שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 362; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1086. לתכלית נוספת ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 274.

310 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 203–204.

311 ראו לעיל ה"ש 244 והטקסט לידה.

312 להצדקה של יצירת ודאות בחלוף תקופת ההתיישנות כהצדקה לכלל של ייחוד עילה, ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 113–118.

313 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 62–74.

314 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 306.

הפיצוי שיינתן יהיה חלקי בלבד. הפיצוי החלקי מאזן, כאמור בתת הפרק הקודם, בין ההצדקות בעד ונגד יצירת כלל של ייחוד עילה. יתרה מכך, אם התמלאו כל רכיבי העילה ורק חלוף הזמן הסביר מונע את ביטול החוזה, הפיצוי החלקי אמור להיות גדול מפיצוי חלקי בשל אי-התקיימות רכיב מהותי. בנוסף, חלקיות הפיצוי תושפע ממשך הזמן שלקח לנפגע מהפגם להגיש את תביעתו לאחר חלוף הזמן הסביר. ככל שהזמן שחלף רב יותר, הפיצוי החלקי שיינתן יהיה קטן יותר היות שהצד השני מסתמך על כך, ובשל כך הפגיעה בהסתמכות הצד השני תהיה פחותה.

(ד) תביעה כספית נגד הצד השני כאשר הנפגע מהפגם אינו מעוניין בביטול החוזה

כאשר הנפגע בעילות של פגמים בכריתה אינו מעוניין לבטל את החוזה, וחלף זאת הוא מעוניין לרפא את נזקו, אין כל קושי שיסתמך לצורך כך על עילה חלופית כגון חוסר תום לב במשא ומתן.³¹⁵ דיני הפגמים בכריתה הם מכשיר לביטול החוזה ולהשבה. כאשר הנפגע אינו מעוניין בביטול החוזה, והוא פונה לעילה חלופית שמקנה לו סעד של פיצויים, לא נעשה כל ניסיון לעקוף את העילות של פגמים בכריתה. ואכן, בפרשת **כהן נ' מבני גזית** נקבע בדעת יחיד כי במקרה שהחוזה לא בוטל אף שהייתה הטעיה, ניתן לקבל סעד בשל חוסר תום לב מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, וניתן אף לקבל סעד מכוח עוולה נזיקית. הסעד שנפסק הוא "הטבת הפער שבין מחיר הנכס לולא הייתה המרפסת מיועדת למעבר הולכי רגל, לבין מחירו בפועל, כשיקום אינטרס ההסתמכות". אף שהשופט פוגלמן הגדיר את סוג הפיצוי שפסק כפיצויי הסתמכות, סבור ד"ר פרוקצ'יה שמדובר בפיצוי הסתמכות על המצג.³¹⁶ עם זאת מאחר שנוסחת הפיצוי של השופט פוגלמן די עמומה, ייתכן שהיה ניתן להגיע גם למסקנות אחרות. בעניין **מוסט נ' שפירא** נקבע במקרה שהוכחה בו עילת העושה, אך הצדדים הגיעו להסדר דיוני שייפסק פיצוי בלבד על פי סעיף 12 לחוק החוזים, כי הפיצוי "יעמיד את הצד הנפגע במצב שבו היה נתון אלמלא הופרה חובת תום הלב", דהיינו המוכר הנפגע מהפגם יקבל את הפער שבין התמורה שקיבל לבין שווייה האמתי של הדירה.³¹⁷ כך נקבע גם בעניין **סלומון נ' ציבי** במקרה של הטעיה ביחס לתאונה קשה שבה היה מעורב רכב שנמכר. מאחר שהרכב נמכר לצד שלישי, החוזה לא בוטל בשל הטעיה, אך הנפגע מהפגם קיבל במסגרת סעיף 12 את ההפרש בין התמורה החוזית לבין שווייה הראלי ביום המכירה.³¹⁸ מדובר למעשה בפיצויי הסתמכות על פגם בהנחה שבהיעדר פגם בשני המקרים הנכס היה נמכר לפי שווייה האמתי. בחינת הנעשה בשיטות המשפט השונות מראה כי יש שיטות משפט שמעניקות במקרים אלו פיצויי הסתמכות בשל כריתת החוזה, יש המעניקות פיצויי הסתמכות עקב

315 ע"א 2413/06 מגדלי כספי רג'ואן ובנין בע"מ נ' המועצה המקומית לתכנון ובניה ירושלים, פס' מ' (פורסם בנבו, 10.11.2009); ת"א (מחוזי י-ם) 6233/04 **ציקבאשווילי נ' מוסד ילדים ותפארת שלמה**, פ"מ תשס"ד(1) 690 (2005); לתמיכה בכך ראו שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 245.

316 פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 258-259 ה"ש 14.

317 ת"א (מחוזי ת"א) 7014-07-12 **מוסט נ' שפירא** (פורסם בנבו, 9.12.2015). בפועל הסכום שנפסק היה מעט נמוך יותר בשל הגבלה שנבעה מהיקף התביעה. הוגש ערעור לבית המשפט העליון שטרם נדון (ע"א 250/16).

318 ת"א (שלום חי) 4170-03-12 **סלומון נ' ציבי** (פורסם בנבו, 18.2.2014). הפיצוי הושת על פי העילה של חוסר תום לב במשא ומתן אמנם פסק הדין עובר לדיון לפי הסעדים של חוק החוזים תרופות, מבלי לציין שהדבר נעשה על פי ההפניה בס' 12(ב) לחוק החוזים, אך ככל הנראה זו הייתה הכוונה (פס' 16-17).

הפגם, ויש המעניקות פיצויי ציפייה.³¹⁹ מאחר שמקרה זה אינו מעורר כלל את הסוגיה של ייחוד העילה, ניתן לאמץ את הניתוח הכלכלי שערך ד"ר פרוקצ'יה שלפיו יש לתת פיצויי הסתמכות עקב הפגם, ובמקרה של רשלנות המציג בטעות והטעיה יש לאפשר לניצג לבחור בין פיצויי הסתמכות על הפגם לפיצויי ציפייה.³²⁰

האפשרות לרפא את הפגם באמצעות פיצוי כספי נפסקה בעבר גם בעניין בית חשמונאים נ' אהרוני. באותו מקרה נרכשה חנות עם הבטחה לבלעדיות בתחומי המזון, שהתקיימה רק בחלקה. הרוכשים לא ביטלו את החוזה ותבעו פיצוי על שווי ההבטחה שלא קוימה וזכו לקבל פיצוי כאמור בעילה של מצג שווא.³²¹ באופן דומה נפסק בפרשת עוף חיפה נ' עופרון כי במקרה שבו צד להסכם הסכים להפחית מהמחיר החוזי שבין הצדדים סכום מסוים בהבנה שיקבלו מפעילות שתהיה בהמשך, כאשר הצד השני לא גילה שעסקו הולך להיסגר, היה הנפגע יכול לתבוע מכוח סעיף 12 לחוק החוזים את ההפרש שבין המחיר המוסכם המקורי לבין המחיר החדש.³²² גם פסיקה זו מתיישבת עם הכלל שלפיו אם הנפגע לא חפץ בביטול החוזה והסתמך על עילה כללית כדי לרפא את נזקו באמצעות סעד כספי, לא יתקיים הכלל של ייחוד עילה.

למעשה, סעד זה דומה מבחינה כלכלית לתיקון החוזה.³²³ אפשרות זו קיימת במשפט הישראלי רק כאשר לעילת הטעות.³²⁴ עם זאת במשפט הקונטיננטלי קיימת הצעה לאפשר זאת גם בעילת העושק.³²⁵ שינוי החוזה יכול לאיין את החלק בחוזה מושא הפגם בכריתה. מתן סעד כספי דרך עקרון תום הלב שמרפא את החלק שנובע מהטעות, מההטעיה, מהכפייה³²⁶ או מהעושק, מביא למעשה לשינוי החוזה בערכים כלכליים באופן שהתאיין החלק בחוזה מושא הפגם בכריתה. עם זאת ייתכן שראוי לאמץ את הסעד שמאפשר את שינוי החוזה. הסעד של שינוי החוזה מקובל במישורים אחרים

319 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 62–74.

320 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 29. לכאורה, מתן פיצוי מלא ולא חלקי במקרה זה, יתמרץ את הנפגע מהפגם לתכנן מהלכיו מראש, כך שהוא יבחר שלא לנסות לבטל את החוזה באמצעות עילה של פגם בכריתה אלא יבחר בעילה של פיצוי בשל חוסר תום לב במשא ומתן, ובכך תהא תרומה דווקא להפיכת העילות של פגמים לאות מתה. התשובה לטענה זו היא שלפחות בחלק מהמקרים התמריץ להגיע לביטול החוזה יעלה על הסיכון בהפחת הסעד הכספי.

321 ע"א 494/74 חברת בית החשמונאים מס' 96–97 בע"מ נ' אהרוני, פ"ד (2) 141 (1976). נסיבות המקרה היו עובר לחקיקת חוק החוזים (חלק כללי).

322 עניין שותפות עוף חיפה, לעיל ה"ש 5.

323 ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 630.

324 ס' 14(ג) לחוק החוזים. לפי לשון החוק "לפי סעיף זה", נראה כי תיקון הטעות אפשרי רק כשמדובר בטעות ולא בהטעיה (השוו לס' 14 (ד) לחוק החוזים "לעניין סעיף זה וסעיף 15"). כך עולה גם מס' 16 להצעת חוק החוזים, לעיל ה"ש 4. אין שינוי בנושא זה בהצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011. לביקורת ראו שלו לעיל ה"ש 24, בעמ' 293.

325 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 507 ס' 207:7. ראו גם: Art. 4:109 (3) Principles of European Contract Law.

326 בהקשר זה הכוונה שהכפייה נועדה לאלץ את הנכפה להסכים לעסקה גרועה, ולא למקרים שבהם נועדה הכפייה לגרום לו להתקשר בחוזה שלא חפץ בו כלל. אמנם על פי פשט הלשון של ס' 17 לחוק החוזים, כפייה אינה דורשת שהעסקה תהיה גרועה, ברם קיימת דעה בפסיקה שהדבר נדרש ביחס לכפייה כלכלית. תחילה הייתה ההתייחסות במישור הראייתי, אך לאחר מכן הייתה במישור המהותי, עניין ש.א.פ., לעיל ה"ש 248, בעמ' 788; זמיר, לעיל ה"ש 233, בעמ' 32–33. לדעה שכפייה אינה מצריכה עסקה גרועה ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 785.

של דיני החוזים. כאשר מדובר בהפרת החוזה, ניתן לאכוף בקירוב.³²⁷ כאשר מדובר בחוזה פסול, ניתן לקיימו בשינוי התנאים,³²⁸ כאשר סעיף מסוים בחוזה אחיד נחשב למקפח ניתן לשנותו,³²⁹ וכאשר תתקבל הצעת חוק דיני ממונות, יהיה ניתן לקיים את החוזה בקירוב במקרה של סיכול חוזה.³³⁰ לפיכך אין כל סיבה שלא לאמץ את האפשרות לתקן את החוזה גם בהטעיה, בכפייה ובעושה. הסעד של פיצויים בגין חוסר תום לב אינו שקול לסעד שמאפשר את שינוי החוזה, שכן מדובר בסעד כספי. שינוי החוזה מאפשר את המשך קיומו בהתאמתו לחוזה שהיה נכרת לו נהגו הצדדים במשא ומתן בתום לב.³³¹

(ה) תביעה כספית נגד הצד השני במקרה שהפגם נעשה בידי צד שלישי בידיעת הצד השני אך לא בהרשאתו

רובריקה נוספת עוסקת בהטעיה, בכפייה ובעושה, שעל פי דיני הפגמים בכריתה בישראל נדרש שייעשו בידי הצד השני או אחר מטעמו, כאשר המילה "מטעמו" התפרשה שהדבר נעשה בידיעת הצד השני ובהרשאתו.³³² לעומת זאת בעילת הטעות, במקרה שהצד השני ידע או שהיה עליו לדעת, ממילא ניתן לבטל את החוזה, ואין חשיבות למקור הטעות.³³³ יתרה מכך, במקרים בהם ההטעיה, הכפייה או העושה נעשו בידיעת הצד השני אך לא בהרשאתו, ניתן לראות בידיעה הסכמה שבשתיקה וקיום של פגם בכריתה.³³⁴ לחילופין, אם לא נכיר בתחולת דיני הפגמים בכריתה, יהיה ניתן להשית סעד של פיצויים מכוח עקרון תום הלב על הצד השני לחוזה שידע כי קיים צד שלישי שמתעה, כופה או עושה את הצד הראשון להתקשר עם הצד השני בחוזה, אף שהצד השני לא אישר את פעולת ההטעיה,

- 327 ס' 4 לחוק החוזים תרופות; ע"א 2686/99 איזנמן נ' קרמת ערן בע"מ, פ"ד נה(5) 365 (2001).
- 328 ס' 31 לחוק החוזים (חלק כללי); עניין אילן נ' לוי, לעיל ה"ש 216.
- 329 ס' 3, 17, 19 לחוק החוזים האחידים.
- 330 ס' 135 להצעת חוק דיני ממונות. ניתן לעשות זאת גם כיום מכוח עקרון תום הלב, ראו ת"א (מחוזי י-ם) 4205/02 ב. יאיר חברה קבלנית לעבודות בניה בע"מ נ' משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 31.7.2008).
- 331 Von Bar & Clive, לעיל ה"ש 32, בעמ' 507 ס' 207:7. כן ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 630; ע"א 846/76 עטיה נ' "אורט" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לא(2) 780, 782 (1977).
- 332 שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 315–316, 334–335; ה"פ (מחוזי ת"א) 962/79 לירן נ' אלבוחר, פ"מ תשמ"א(2) 438, 428 (1981). כך עולה גם מס' 114 (ב) להצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011.
- 333 ס' 14(א) לחוק החוזים.
- 334 במקרה שכזה ראו ע"א 5493/95 דיור לעולה בע"מ נ' קרן, פ"ד נ(4) 509 (1996). פסק הדין דן במקרה שבו הצד השני ידע על האיום שהשמיעו צדדיים שלישיים אך לא אישר אותו. בית המשפט המחוזי הכיר בכפייה. בית המשפט העליון שלל את קיומה בשל אי-התקיימות מבחן הקשר הסיבתי. מכאן ניתן לטעון שאף ששתי הערכאות לא דנו במישרין בסוגיה זו, ניתן להכיר בכפייה גם כאשר הצד השני ידע אך לא אישר. מנגד ניתן לטעון שיתכן שבתי המשפט לא שמו לב לסוגיה זו. בכל מקרה ס' 114 להצעת הקודקס משווה בין המקרה שבו הצד השני ידע ואישר לבין מקרה שבו הצד השני ידע אך לא אישר וקובע כי בשני המקרים החוזה ניתן לביטול. כאשר עמדת הצעת הקודקס יכולה להתקבל בפרשנות הדין הקיים היא "תנא דמסייע" לעמדה זו (ראו בעניין זה ע"א 5789/04 המשביר הישן בע"מ נ' לוגיסטיקה בע"מ (פורסם בנבו, 10.6.2007)), ולכן ניתן לפרש את המילה "מטעמו" ככוללת גם ידיעה והסכמה שבשתיקה. ראו גם עניין סמבל, לעיל ה"ש 339; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, שם; זמיר, לעיל ה"ש 326, בעמ' 18 ה"ש 53; זמיר, לעיל ה"ש 48, בעמ' 787–788 ה"ש 12.

הכפייה או העושה.³³⁵ במקרים אלו אין רלוונטיות לכלל של ייחוד עילה, שכן דיני הפגמים לא נועדו לחול מלכתחילה, ולכן אין כל קושי בהסתמכות על עילות אחרות, לרבות העילה של חוסר תום לב במשא ומתן. מסקנה זו קיימת גם בדיני עשיית עושר ולא במשפט. במסגרת דינים אלו, לפי תפיסת הספרות והפסיקה, קיים ייחוד עילה בין העילות הספציפיות לעילה הכללית, אך כאשר מדובר במקרה שהעילות הספציפיות לא התיימרו לעסוק בו, לא תהיה בעיה בפנייה לעילה הכללית.³³⁶ השאלה היא מהו סוג הפיצוי שניתן לקבל במקרים אלו. בשיטות משפט אחרות ניתן לקבל פיצויי הסתמכות עקב הפגם.³³⁷ אפשרות זו נראית סבירה בעיניי, מן הסיבות שמנתי באפשרויות ב ו-ג. עם זאת במקרה זה מאחר שאין רלוונטיות לכלל של ייחוד עילה, פיצויי ההסתמכות עקב הפגם יהיו מלאים ולא חלקיים.

(ו) תביעה כספית נגד צד שלישי שביצע את הפגם שלא בידיעתו ולא בהרשאתו של הצד השני

כאשר ההטעיה, הכפייה או העושה נעשו בידי צד שלישי שלא בידיעתו ולא בהרשאתו של הצד השני, אין ספק שאין תחולה לדיני הפגמים בכריתה על פי הדין הקיים.³³⁸ מאחר שגם במקרים אלו העילות של פגמים בכריתה לא נועדו מלכתחילה לחול על המקרה הנדון, מובן מאליו שאין מניעה להסתמכות על עילות אחרות, לרבות העילה של חוסר תום לב במשא ומתן. יתרה מכך, במקרים אלו העילה היא נגד הצד השלישי ולא כלפי הצד השני לחוזה, ולכן ברור ששאלת ייחוד העילה אינה רלוונטית.³³⁹ לא

335 שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 245, 335. פסק דין שלכאורה מתאים לקטגוריה זו הוא ע"א 2720/08 ז'אן נ' ליבמן (פורסם בנבו, 23.8.2012), שבו נקבע שהמוכר נהג בחוסר תום לב כלפי הקונים כשלא העמיד אותם על טעותם באשר למהות הזכויות הנרכשות, ועורכת הדין של הקונים בכך שנהגה כלפיהם ברשלנות. המוכר ועורכת הדין חויבו בפיצוי הקונים בתחשיב שלא כאן המקום לפרטו. הסיבה שמקרה זה אינו ממש מתאים לקטגוריה היא שלא מדובר בצד שלישי שפעל מצדו של הצד השני אלא מצדו של הנפגע מהפגם. מקרה נוסף שלכאורה מתאים הוא עניין מאיה נ' פנפורד, שבו העלה השופט חשין ללא הכרעה את האפשרות לחייב את הצד השני בפיצוי על פי ס' 12 בשל כפייה שכפה צד שלישי (בוארון). ברם באותו מקרה הדבר נעשה בידיעת הצד השני ובהרשאתו, ולכן התקיימה עילת הכפייה, ראו לעיל תת הפרק א.2.(ב).

336 ראו טקסט ליד ה"ש 180.

337 ראו טקסט ליד ה"ש 62–66.

338 עניין הדר, לעיל ה"ש 206; ע"א 16/80 לולו נ' סלומון, פ"ד לז(4) 70, 74–75 (1983); שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 334–335. ס' 114(ב) להצעת חוק דיני ממונות, יוצר למקרים של כפייה שהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה מודל דומה לזה של טעות לא ידועה (ס' 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי)). במשפט העברי פגמים בחוזה 268 (מסדרת חוק לישראל, נחום רקובר עורך, 2011), במשפט האמריקאי (RESTATEMENT (2d) OF CONTRACT, 175 comment e), במשפט הצרפתי ובמשפט הגרמני אין כלל צורך שהכפייה תינקט בידי הצד השני, שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 334 והאסמכתאות שם. ראו גם דעתו של פרופ' זמיר, לעיל ה"ש 48, בעמ' 787–788 ה"ש 12. בעניין זה ראו גם: פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 963–965; עניין סמבל שם. עם זאת במשפט ההולנדי נדרשת מעורבות של הצד השני לחוזה, HARTKAMP, TILLEMA, TER HEIDE, לעיל ה"ש 81.

339 אשר להטעיה, ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 666. אשר לכפייה: ראו עניין יוסף נ' סמבל, לעיל ה"ש 97; פרידמן וכהן, שם, בעמ' 962–963. לכאורה עניין ז'אן נ' ליבמן, לעיל ה"ש 335, היה מתאים לקטגוריה זו, שכן צד שלישי חויב בפיצוי. ברם מדובר בפיצוי בגין עוולת הרשלנות, ובכל מקרה הצד השני היה מודע לרשלנות של הצד השלישי. גם בעניין מאיה נ' פנפורד (ראו לעיל תת הפרק א.2.(ב)) חויב צד שלישי (מאיה עצמו בנפרד מהחברה) בפיצוי על פי ס' 12, אך מדובר במקרה שהייתה ידיעה והרשאה. למסקנה שכאשר העילה המקורית לא חלה כלל על אותה סיטואציה, לא נוצר הצורך לדון בייחוד עילה

נמצאה התייחסות בשיטות משפט אחרות לסוג הפיצוי שיש לפסוק במקרים אלו. עם זאת נראה כי פיצויי הסתמכות עקב הפגם הוא הפיצוי המתאים, לפי הניתוח הכלכלי של ד"ר יובל פרוקצ'יה.³⁴⁰ גם כאן מאחר שאין רלוונטיות לכלל של ייחוד עילה פיצויי ההסתמכות עקב הפגם יהיו מלאים ולא חלקיים.

הדין הראוי	שיטות משפט אחרות	התייחסות הפסיקה	הקטגוריות	
פיצויי הסתמכות עקב המשא ומתן ועקב כריתת החוזה	פיצויי הסתמכות עקב כריתת החוזה.	פסק דין כרמל נ' לוי – בפועל פיצויי הסתמכות על כריתת החוזה (באמירת אגב אוזכרה האפשרות של פיצויי הסתמכות עקב הפגם).	תביעה כספית נגד הצד השני כאשר החוזה בוטל	א
פיצויי הסתמכות חלקיים במידה ניכרת מקנה המידה של פיצויי הסתמכות עקב הפגם.	שתי גישות: א. פיצויי הסתמכות עקב כריתת החוזה ב. פיצויי הסתמכות עקב הפגם	דעת הרוב בפסק דין גנו נ' כץ – אין אפשרות לקבל פיצוי. דעת המיעוט: פיצויי הסתמכות עקב הפגם (בפועל פיצוי חלקי). השופט גולדברג בפסק דין מאיה נ' פנפורד מאפשר פיצוי לא ממוני. השופט חשין בצריך עיון-פיצויי הסתמכות (ככל הנראה על כריתת החוזה).	תביעה כספית נגד הצד השני כאשר ניסיון לבטל את החוזה כשל בשל כישלון בהוכחת רכיב מהותי	ב
פיצויי הסתמכות חלקיים מקנה המידה של פיצויי הסתמכות עקב הפגם.	שלוש גישות: א. פיצויי הסתמכות עקב כריתת החוזה ב. פיצויי הסתמכות עקב הפגם ג. פיצויי ציפייה	פסק דין Foundation נ' פרי – אין אפשרות.	תביעה כספית נגד הצד השני כאשר ניסיון לבטל את החוזה כשל בשל חלוף הזמן הסביר	ג

ראו ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' אריאל מקדונלד, פ"ד נח (4) 314, 364 (2004). עם זאת, בפרשת אדיס, דעת הרוב סברה (בניגוד לדעת המיעוט) שגם אם דיני סימני מסחר וגנבת עין אינם חלים, לא ניתן לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ע"א ADIDAS SALOMON A.G.563/11 נ' יאסין (פורסם בנבו, 27.8.2012). ראו גם טקסט ליד ה"ש 180. לתחולת העילה של חוסר תום לב במשא ומתן על כל מי שהשתתף בו, גם אם הוא לא צד לחוזה, ראו פנידר, לעיל ה"ש 255.

	הקטגוריות	התייחסות הפסיקה	שיטות משפט אחרות	הדין הראוי
ד	תביעה כספית נגד הצד השני כאשר הנפגע מהפגם לא מעוניין בביטול החוזה	פסק דין כהן נ' מבני גזית (בדעת יחיד) – פיצויי הסתמכות עקב כריתת החוזה, אך ניתן לפרש זאת כפיצויי הסתמכות עקב הפגם או פיצויי ציפייה. פסקי הדין מוסט נ' שפירא וסלומון נ' ציבי – פיצויי הסתמכות עקב הפגם.	שלוש גישות: א. פיצויי הסתמכות עקב כריתת החוזה ב. פיצויי הסתמכות עקב הפגם ג. פיצויי ציפייה	פיצויי הסתמכות עקב הפגם (בטעות והטעיה אפשר במקרים מסוימים לאפשר לנפגע מהפגם חלופה של פיצויי ציפייה)
ה	תביעה כספית נגד הצד השני במקרה שהפגם נעשה בידי צד שלישי בידיעת הצד השני אך לא בהרשאתו	לא נמצאה התייחסות מפורשת.	פיצויי הסתמכות עקב הפגם.	פיצויי הסתמכות עקב הפגם.
ו	תביעה כספית נגד צד שלישי שביצע את הפגם שלא בידיעתו ולא בהרשאתו של הצד השני	לא נמצאה התייחסות מפורשת.	לא נמצאה התייחסות.	פיצויי הסתמכות עקב הפגם.

2. קיום חוזה בתום לב

עילה נוספת שעשוי להיות לה ממשק עם דיני הפגמים בכריתה היא עמידה על קיום החוזה בחוסר תום לב.³⁴¹ תיתכן טענה שבמקרים שנכרתו חוזים בשל טעות שידועה לצד השני, הטעיה, כפייה או עושק, אזי גם אם הטועה, המוטעה, הנכפה או הנעשק לא הצליח לבטל את החוזה בשל אי-התקיימות אחד מרכיבי העילה, או שחלף הזמן הסביר לביטול החוזה, עמידה על קיום החוזה בנסיבות אלו אינה בתום לב, ולכן יישללו סעדי האכיפה והפיצויים.³⁴² טענה זו נדונה על ידי דעת המיעוט בעניין **כרמל נ'**

340 פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 280. עם זאת, ד"ר פרוקצ'יה סייג מסקנה זו בתנאי שהצד השלישי לא מרוויח מפעולתו, שם שם. במקרה שהוא אכן מרוויח מכך נראה כי יתכן שהפיצוי צריך להיות משמעותי יותר כדי להרתיעו מכך.

341 ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי).

342 אמנם יש הסוברים שהפרת חובת תום הלב שקולה להפרת החוזה, ע"א 380/77 **שלמה נ' יעקב**, פ"ד לג(2) 103 (1979); ת"א (מחוזי י-ם) 3531/01 **בן אבו חברה לבנין ולפיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 21.7.2002). אך לפי בג"ץ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' ביה"ד הארצי לעבודה**, פ"ד לה(1) 829, פס' 12 (1980) אחד הסעדים בגין הפרת חובת תום הלב היא שלילת אכיפה ופיצויים. ראו גם פסק הדין בה"ש 190.

טלמון בהקשר של טעות לא ידועה. השופט מזוז סבר שעמידה על קיום החוזה ששני הצדדים טעו בעניינו, והמוכר נחל הפסד עצום, יכולה להיחשב חוסר תום לב על פי סעיף 39 לחוק החוזים.³⁴³ כאמור, אזכור האפשרות להסתמך על עילה זו במקרה של כפייה צוין על ידי השופט חשין בעניין **מאיה נ' פנפורד**, כאשר רוכש יהלומים שברח לחו"ל הציע למוכרים לוותר על חובו תמורת חלק מהיהלומים, שאם לא כן, לא יקבלו דבר.³⁴⁴ גישה שונה התקבלה בעניין **שפייר נ' דיור לעולה**. בית המשפט הכיר במקרה זה בכפייה של חברה משכנת שלא אפשרה להעביר את רישום הזכויות בנכס, אלא אם יותר המעביר בכתב על זכותו כלפי החברה לתיקון הליקויים שנבעו מן הבנייה הרשלנית. בית המשפט ציין את האפשרות להסתמך גם על העילה של קיום חוזה בחוסר תום לב. ברם בית המשפט הדגיש כי "דומה שראוי כי איש המשפט ידרש לעילת-תשתית זו רק בהעדרן של עילות ספציפיות ולאחר בחינה מדוקדקת של עילות חלופיות מוכרות. לו אחרת אמרנו, חוששני שהיינו גולשים חיש-קל לפסיקה 'מן הצדק' בלבד, ותחזית זו לא תרנין לב. ואולם גם זו אמת, שיסוד היעדר תום-הלב הוא הממלא תוכן-של-מהות גם את שתי העילות האחרונות שדיברנו בהן, שתיים שהן אחת: כפייה בידי רשות וכפייה בידי יחיד".³⁴⁵

אפשרות ביניים היא לאפשר להשתמש בעילה של קיום חוזה בחוסר תום לב, או בדוקטרינות כלליות אחרות, במקרים יוצאי דופן בלבד, ובכך לצמצם את הפגיעה בוודאות שקיימת בהיתר כללי לפנייה לדוקטרינות כלליות. בגישה זו דוגל פרופ' איל זמיר.³⁴⁶ אף שלגישה זו יתרון רב, פרופ' זמיר מדגיש שרוב המקרים הקשים ניתנים לפתרון גם במסגרת העילות של פגמים בכריתה בשל שיקול הדעת הקיים במסגרתן.³⁴⁷ אפשרות ביניים חלופית היא לשלול את אכיפת החוזה מהצד השני בשל חוסר תום לבו בעמידה על קיום החוזה בנסיבות אלו, אך חלף שלילת סעד הפיצויים מהצד השני (בשל הפרת החוזה מצדו של הנפגע מהפגם שלא יקיימו) יוענק לצד השני פיצוי חלקי בלבד. הסיבה שסעד הפיצויים לא ישלל גם הוא משקפת את העובדה שהנפגע מהפגם לא הוכיח את אחד מרכיבי העילה שהמחוקק עיצב עבורו או שלא ביטל את החוזה בתוך זמן סביר, והסיבה שהפיצוי אינו מלא אלא חלקי בלבד משקפת את אשם הצד השני ביצירת סיטואציה זו.³⁴⁸ ההבדל בין שתי העילות (חוסר תום לב במשא ומתן וחוסר תום לב בקיום החוזה), במקרה שהניסיון לביטול בשל פגם לא צלח, הוא שבמקרה הראשון (חוסר תום לב במשא ומתן) החוזה מקיים, והנפגע מהפגם מקבל פיצוי חלקי ולא מלא

343 עניין **כרמל נ' טלמון**, לעיל ה"ש 19, פס' 25. השופט מזוז סבר שיש לבטל את החוזה משיקולי צדק על פי ס' 14(ב) לחוק החוזים. דעת הרוב סברה כאמור שמדובר בטעות בכדאיות העסקה.

344 לעניין **מאיה נ' פנפורד** ראו תת הפרק א.2.(ב). ראו גם ת"א (שלום י-ם) 4783/02 **מירב חברה לפיתוח תוכנות פיננסיות בע"מ נ' פאר התאומים ירושלים 1994 בע"מ**, פס' 60 (פורסם בנבו, 22.8.2006); ת"א (שלום נת') 8822/02 **תמר נ' בן חמו**, פס' 71 (פורסם בנבו, 23.10.2006).

345 עניין **שפייר**, לעיל ה"ש 198, בעמ' 238.

346 זמיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 88.

347 שם, בעמ' 86–88. דוגמה למקרה קשה שאין לו פתרון בדין הקיים היא הדוגמה שבה לא ניתן לטעון לטעות בשל נטילת סיכון מפורשת, ראו זמיר, שם.

348 היכולת להפחית את הפיצוי היא לפי העיקרון של אשם תורם שניתן ליישמו בס' 10 לחוק החוזים תרופות, ראו לעיל ה"ש 68. במקרה שבו יש להחיל את עקרון האשם התורם בין שני צדדים – אחד שיצר פגם בכריתה, אך החוזה לא ניתן לביטול, והשני מפר חוזה בשל נזק שגרם לנכס של הצד הראשון – ראו פורת, לעיל ה"ש 68, בעמ' 154–157.

ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי

(הפיצוי הוא בשל התנהגות הצד השני, והחלקיות – בשל אי-מילוי דרישות החוק במסגרת הפגם), ואילו במקרה של קיום חוזה בחוסר תום לב החוזה אינו מקוים, אך הנפגע מהפגם משלם פיצוי חלקי ולא מלא (הפיצוי הוא בשל הפרת החוזה, והחלקיות היא בשל התנהגות הצד השני). גם על חלקיות הסעד במקרה זה יחולו אותם קריטריונים שעליהם עמדתי בתתי הפרקים 1.1. (ב) ו-1.1. (ג) בעילה של חוסר תום לב במשא ומתן. עם זאת, יש להתחשב בכך שבמקרה זה הנפגע מהפגם משלם את הפיצוי ולא הצד השני. כך למשל, ככל שהנפגע מהפגם לא הוכיח רכיבים רבים יותר הפיצוי יהיה גבוה יותר; ככל שהפגם נעשה במתכוון הפיצוי יהיה נמוך יותר; כאשר הפנייה לעילה אלטרנטיבית נועדה "לעקוף" הגנה לעילה של פגם בכריתה הפיצוי יהיה גבוה יותר; ככל שהנפגע מהפגם התרשל הפיצוי יהיה גבוה יותר.³⁴⁹

3. סייג הצדק לסעד האכיפה

דוקטרינה נוספת שעשויה להיות לה ממשק עם דיני הפגמים בכריתה היא אכיפה בלתי צודקת. גם כאשר לדוקטרינה זו תיתכן טענה שאם הטועה (בטעות ידועה), המוטעה, הנכפה או הנעשק לא הצליח לבטל את החוזה בשל אי-התקיימות אחד מרכיבי העילה, או שחלף הזמן הסביר לביטול החוזה, הוא עדיין יכול לטעון שאכיפת החוזה היא בלתי צודקת, ולכן תישלל אכיפתו.³⁵⁰ עם זאת מאחר שהחוזה תקף, ניתן להשית על הנפגע מהפגם לשלם פיצוי לצד השני בשל הפרת החוזה, אך הפיצוי אמור להיות חלקי בלבד. חלקיות הפיצוי נובעת מהתובנה הזאת: עמידה בדרישות החוק בעילת הפגם הייתה פוטרת את הנפגע מהפגם מתשלום כלשהו לצד השני, ואף הייתה מאפשרת לו לדרוש פיצוי מהצד השני. לעומת זאת אם הפגם לא היה מתקיים כלל, היה ניתן לאכוף את החוזה או להשית עליו פיצוי מלא במקרה של הפרת החוזה. קיומו של פגם שלא הוכחו כל רכיביו, או שחלף הזמן הסביר לביטולו, אך אכיפתו בלתי צודקת, מצדיקה פיצוי חלקי לפי הפרמטרים שמניתי בתת הפרק 2.1.

בנוסף ההבדל בין אכיפה בלתי צודקת לעמידה על קיום החוזה בחוסר תום לב הוא שאין חפיפה מלאה בין התכנים של "צדק" ו"תום לב". המונח "צדק" מכוון בעיקר לתוצאה צודקת, ואילו המונח "תום לב" עוסק בעיקר באופי הפעולה שנעשתה.³⁵¹ המשפט האנגלי מכיר באפשרות זו. כאשר מדובר בטעות לא ידועה, ייתכן כי בית המשפט יסרב להורות על ביצוע בעין בעקבות הפרת החוזה של הצד

349 אם ניישם את המודל המוצע בעניין **כרמל נ' טלמון** (ראו תיאור בתת הפרק א.2. (ה)), אזי מאחר שדעת הרוב הגיעה למסקנה שלא ניתן לבטל בגין טעות, שכן מדובר בטעות בכדאיות העסקה בלבד, אך עמידה על קיום החוזה מצד הקונות (בנות הדודות של המוכר) הייתה בחוסר תום לב (כך למשל סברה דעת המיעוט), התוצאה הייתה צריכה להיות שלילת אכיפה, והשתת פיצוי חלקי על המוכר. חלקיות הפיצוי הייתה מביאה בחשבון אפשרות שהמוכר התרשל, שמדובר בעקיפת הגנה (טעות בכדאיות העסקה בלבד) ושקונות לא היו מודעות לטעות, כפרמטרים שאמורים להגדיל את שיעור הפיצוי החלקי. היבט נוסף שיש לקחת בחשבון הוא השיקול של מניעת טשטוש בין דוקטרינות משפטיות גם באותו ענף משפטי – דיני החוזים, ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 123.

350 ס' 4(3) לחוק החוזים תרופות.

351 חגי וניצקי ומיכל טמיר "מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי" המשפט יד 505, 469 – 506 (תשע"א).

הטועה, בשעה שהדבר יגרום לצד הטועה מצוקה המעוררת חוסר צדק. עם זאת הצד הטועה עלול להתחייב בפיצויים בגין הפרתו.³⁵²

הטענה לאכיפה בלתי צודקת עלתה בשלב הערעור בעניין **כרמל נ' טלמון**. בית המשפט הדגיש כי "אין לקבל טענה זו שכן אין מדובר באחד מאותם מקרים נדירים וחריגים שבהם ימנע בית המשפט משיקולי צדק לאכוף הסכם בין צדדים".³⁵³ דהיינו, בית המשפט לא שלל את האפשרות לפנות לדוקטרינה זו, אלא שסבר שאין זה המקרה המתאים. קשה לקבל אמירה זו כשמדובר בפסק הדין בעניין **כרמל נ' טלמון**, שכן קשה למצוא מקרים שהתוצאה המסחרית תהיה כה לא צודקת כמו במקרה זה.³⁵⁴ אפשרות זו יושמה במקרה אחר שבו חוזה לא בוטל כנדרש בעילת הטעות. בית המשפט קבע כי "הפגם של 'דרך הביטול' יכול שיבוא על תיקונו דרך סעיף שסתום זה, המאפשר לבית המשפט שידון בתובענה לקבוע, כי משיקולי צדק, אין לאכוף את החוזה ואף להודיע על ביטולו... וככל שיידרש, יוכל בית המשפט לפסוק פיצוי לטובת המבקשת, בעד הנזק שנגרם לה בגין כריתת החוזה, או בגין השלבים שעד כריתתו".³⁵⁵ לדעתי, במסגרת סעד הפיצויים יש להשית על הנפגע מהפגם פיצוי חלקי כאמור. אפשרות מעניינת נוספת במקרה שהטוען לפגם בכריתה לא הוכיח רכיב מהותי, או שחלף הזמן הסביר לביטול החוזה, אך אכיפת החוזה בלתי צודקת, היא לאכוף את החוזה בתנאים על פי סעיף 4 לחוק החוזים תרופות, למשל בהתאמת המחיר, ובאמצעות מכשיר זה למנוע את העוול לנפגע מהפגם. מובן שגם בהתאמת החוזה יצטרכו להתחשב בעובדה שהטוען לפגם לא הוכיח את כל יסודות העילה, ולכן לא תהיה התאמה מלאה של המחיר אלא חלקית בלבד, בהתאם לקריטריונים שמניתי בתתי הפרקים 1.1, 2.1. בהתאמה לשאלה מי אמור לשלם הנפגע מהפגם או הצד השני.³⁵⁶

352 Chitty on Contracts, לעיל ה"ש 75, בעמ' 353–354. עם זאת רוב פסקי הדין העוסקים בסירוב לביצוע בעין הם ישנים. לא ברור אם המגמה המודרנית המצמצמת את השימוש בטעות חד-צדדית עבור תיקון החוזה או ביטולו תמשיך לסרב לדרישות של ביצוע בעין במקרה של הפרה. שם, בעמ' 354. למקור זה ראו זמיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 88–89.

353 עניין **כרמל נ' טלמון**, לעיל ה"ש 247, פס' 16 לפסק דינה של השופטת חיות.

354 זמיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 68.

355 בש"א (שלום ת"א) 156366/06 **אורגד ח.שן בע"מ נ' שירותי בריאות כללית**, פס' 23 (פורסם בנבו, 28.5.2006). המבקשת הייתה הצד השני, דהיינו הנפגע מהפגם אמור לשלם פיצוי לצד השני.

356 כך למשל, אם ניישם את המודל המוצע בעניין **כרמל נ' טלמון** (ראו תיאור בתת הפרק 2.2.א), אזי מאחר שבית המשפט הגיע למסקנה שלא ניתן לבטל בגין טעות, שכן מדובר בטעות בכדאיות העסקה בלבד, אך אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין (דעת הרוב כאמור לא סברה כך), ניתן יהיה לאכוף בתנאים, באמצעות התאמת המחיר. מאחר שהקונות הן המשלמות יש להביא בחשבון אפשרות שהמוכר התרשל, שמדובר בעקיפת הגנה (טעות בכדאיות העסקה בלבד) ושהקונות לא היו מודעות לטעות, כפרמטרים שאמורים להפחית את ההתאמה החלקית של המחיר. בעניין זה ראו ה"פ (מחוזי ב"ש) 2044-01-12 **גולר סגנון בע"מ נ' ברוך** (פורסם בנבו, 22.10.2013), שבו נדון זיכרון דברים למכירת מקרקעין, כאשר הועלו ספקות ביחס למצבו המנטלי של המוכר, אך בית המשפט לא השתכנע מהמקרה עמד ברף הנדרש ביחס למצבו של העשוק. בית המשפט גם לא קיבל שהעסקה הייתה גרועה מהמקובל, וזאת למרות שהערכת השמאית שנבחרה על ידי הצדדים הייתה נמוכה מאוד, עד כדי כך שרשויות המס שמו את העסקה ביותר מפי שניים מהערכתה. עם זאת, למרות שלא התקיימו לשיטת בית המשפט יסודות העושק הופעלה על ידו הסמכות של אכיפה בלתי צודקת עם הסמכות של אכיפה בתנאים, כך שאת מחיר הנכס ייקבע שמאי אחר.

בגישה שונה מחזיק פרופ' איל זמיר, שסבור שאין להשתמש בסייג הצדק לאכיפה כדי לפקח על פגמים בכריתה או על תוכנם של חוזים, אף שהדבר נעשה במקרים מסוימים בפסיקה בנוגע לתוכן החוזה.³⁵⁷ לפי גישה זו אין לפנות לדוקטרינה זו כדי לעקוף את העילות של פגמים בכריתה. לדעתו, אין מניעה מלהשתמש בסייג זה כדי לפקח גם על פגם בכריתה, ואפשרות זו אף יושמה כאמור בפסיקת בתי המשפט, ואף יש לה תמיכה בהצעת חוק דיני ממונות.³⁵⁸ עם זאת, יש לעשות זאת כאמור בזהירות כדי למנוע טשטוש בין דוקטרינות משפטיות גם באותו ענף משפטי – דיני החוזים.³⁵⁹ כאמור, אחת התובנות הנלמדות משלילת הכלל של ייחוד עילה בדיני הנזיקין הכלליים היא שאם קיימת הגנה בעילה נזיקית ספציפית לא ניתן לעקפה באמצעות עוולה כללית.³⁶⁰ עילת הכפייה כוללת כאמור טענת הגנה, שלפיה אם הייתה אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות, היא לא תיחשב איום לעניין עילת הכפייה.³⁶¹ למשל, אם ראובן פנה לשמעון וטען כלפיו שגרם לו נזק של 100,000 ש"ח, ואם שמעון לא יחתום על התחייבות לשלם לו 100,000 ש"ח בתוך שבוע, יפנה ראובן לבית המשפט. בעקבות "איום" זה חתם שמעון על ההתחייבות וטען לאחר מכן שהוא הסכים לכך בשל האיום בפנייה לבית המשפט, ולכן מדובר בהתחייבות שנכרתה מתוך כפייה. כנגד טענה זו יטען ראובן שמדובר באזהרה בתום לב על הפעלת זכות, שכן ראובן האמין בזכותו לקבל את הפיצוי בתום לב, ואמצעי האיום – פנייה לבית המשפט – נחשב לאמצעי שמופעל בתום לב, ולכן לא מדובר בכפייה.³⁶² האם ניתן לעקוף הגנה זו באמצעות עילה חלופית? מובן מאליו שאי אפשר לעקוף הגנה זו באמצעות העילות של חוסר תום לב במשא ומתן או בקיום החוזה, שכן מדובר בפעולה שבלאו הכי נעשתה בתום לב. ברם האם ניתן לעקוף הגנה זו בעילות אחרות? למשל, האם ניתן לטעון שבקשה לאכוף את ההתחייבות לשלם 100,000 ש"ח אינה צודקת,³⁶³ שכן היא נוצרה עקב איום בפנייה לבית המשפט? התשובה היא שלילית, שכן תהיה בכך עקיפה של הגנה בעילה ספציפית, ולכן יש להכיר בכלל של ייחוד עילה במקרה זה.

357 זמיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 88–89. פרופ' זמיר מפנה בהקשר זה, בין היתר, לעניין לוי, לעיל ה"ש 191, בעמ' 876–880. ראו גם: זמיר, לעיל ה"ש 226, בעמ' 52–53. למקרה נוסף שבו הוצע להשתמש בסייג הצדק לסעד האכיפה כדי לפקח על מידתיות תקופת הגבלת עיסוק ראו עניין AES, לעיל ה"ש 191, בעמ' 877–878. כאמור הפסיקה גם השתמשה בסייג הצדק לאכיפה כדי לפתור בעיה של פגם בכריתה ראו עניין אורגד, לעיל ה"ש 355.

358 ראו עניין אורגד, לעיל ה"ש 355. פרופ' זמיר מנמק את קביעתו בכך שהתפקיד של אכיפה בלתי צודקת הוא לקבוע מתי לא ראוי לתת אכיפה, ובמקומה יש להשית תרופה אחרת כגון פיצויי ציפייה, זמיר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 88–89. ברם בס' 447(א)5 להצעת חוק דיני ממונות, הוצע להוסיף חריג לתרופה האכיפה, ועניינו מקרים שבהם "תרופת הפיצויים היא התרופה המתאימה בשים לב לאופיו של החיוב". סעיף זה בא לאחר החריג של אכיפה בלתי צודקת. מכאן שעניינו של החריג של האכיפה הבלתי צודקת אינו מוגבל בהכוונה שבין סעד האכיפה לסעד הפיצויים – זהו תפקידו של החריג החדש המוצע.

359 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 123.

360 ראו לעיל ה"ש 134–142 והטקסט לידן.

361 ס' 17(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).

362 שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 336–338.

363 כאמור צדק ותום לב אינם מונחים חופפים, ויניצקי וטמיר, לעיל ה"ש 351.

4. עוולת הרשלנות

מסירת מידע מוטעה לגורם שצפוי להסתמך על מידע זה באופן שאדם סביר לא היה נוהג כך יכולה לבסס עוולה של רשלנות, ואם הדבר נעשה במתכוון, יכולה לחול גם עוולת התרמית.³⁶⁴ כאשר הדבר נעשה במשא ומתן לכריתת חוזה, הפסיקה מאפשרת לבחור במשעול הנזיקי או החוזי באמצעות העילות של טעות והטעיה.³⁶⁵ לכל אחת מהעילות רכיבים שונים וסעדים שונים. למשל, כאשר הנפגע מעוניין בביטול החוזה, הוא לא יסתמך על עילות נזיקיות שאינן מקנות את הסעד של ביטול החוזה.³⁶⁶ ברם כאשר אחד מרכיבי העילה של טעות או הטעיה לא התקיים, חלף הזמן הסביר לביטול החוזה, או שהנפגע מהפגם אישר את החוזה בהתנהגותו, יוכל הנפגע להסתמך על עוולת הרשלנות לצורך סעד הפיצויים.³⁶⁷ בהתאם למודל המוצע היות שהנפגע לא הוכיח את כל רכיבי העילה שהמחוקק עיצב עבורו, או שלא ביטל את החוזה בתוך זמן סביר, יש להעניק לו במסגרת עוולות הרשלנות רק סעד כספי חלקי, בשל האיזונים שעליהם עמדתי בפרקים הקודמים, וכן כדי שלא ליצור טשטוש בין ענפי המשפט השונים – אחת ההצדקות ליצירת כלל של ייחוד עילה.³⁶⁸ עם זאת מאחר שמדובר בהפעלת עילה מענף חיצוני לדיני החוזים, הפעלת הכלל של ייחוד עילה אמורה להיות מוחלטת יותר בשל ההבדלים שבין ענפי המשפט, בדומה לאמור על היכולת להפעיל עילות כלליות כאשר העוולה של גזל סוד מסחרי לא התקיימה.³⁶⁹ לפיכך יהיה ניתן לקבל פיצוי חלקי גדול יותר.

5. התעשרות לא צודקת

העילה של התעשרות לא צודקת עשויה גם היא לשמש עילה חלופית לדיני הפגמים בכריתה. כך למשל כאשר צד לחוזה טעה בנוגע לאחת מתכונותיו המהותיות של הנכס והעריכו בשל כך במחיר מופחת במידה דרסטית, הוא יוכל לבטל את החוזה בשל טעות או הטעיה אם התקיימו כל רכיבי העילות הללו.³⁷⁰ בנוסף, אם כפו על צד לחוזה למכור את הנכס במחיר מופחת במידה דרסטית או ניצלו את מצוקתו, הוא יוכל לבטל את החוזה בשל כפייה או עושק.³⁷¹ ברם אם לא התקיים אחד מרכיבי העילה, או שחלף הזמן הסביר לביטול החוזה, או שההטעיה, הכפייה או העושק נעשו בידי צד שלישי שלא

364 "מקובל לראות כל העברת אינפורמציה רשלנית או מסירת מידע מוטעה בכתב או בהתנהגות לידי גורם אחר אשר צפוי להסתמך על המידע כמצג שווה רשלני" ע"א 666/09 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' מעריב – הוצאת מודיעין**, פס' 12 (פורסם בנבו, 19.7.2011). אשר לעילת התרמית ראו עניין **שיפריס**, לעיל ה"ש 5, פס' 21. ראו גם: עניין **מגדלי כספי**, לעיל ה"ש 315, פס' מ'; ת"א (שלום צפת) 7847-10-09 **שחאדה נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 20 (פורסם בנבו, 17.8.2014); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1085.

365 עניין **שיפריס**, לעיל ה"ש 5, פס' 21. אשר לסיווג העילה ראו גם דנ"א **בייזמן השקעות**, לעיל ה"ש 180.

366 עניין **שיפריס**, לעיל ה"ש 5, פס' 22.

367 ראו עניין **מירון**, לעיל ה"ש 308, שם נקבע שהתנהגות הנפגע מהפגם היא אישור החוזה שגורם לאבדן בררת הביטול. עם זאת לנפגע עומדת הזכות לתבוע פיצוי מכוח עילה נזיקית.

368 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 122–123.

369 ראו לעיל ה"ש 173 והטקסט לידה.

370 מובן שלצורך עילות הטעות וההטעיה אין צורך להוכיח שהעסקה הייתה גרועה, פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 785.

371 כאמור קיימת דעה בפסיקה שלצורך עילת הכפייה יש להוכיח שמדובר בעסקה גרועה, ראו לעיל ה"ש 326.

מטעמו של הצד השני, ולכן הנפגע מהפגם לא יוכל לבטל את החוזה, הוא יוכל בכל זאת לטעון שהצד השני התעשר על חשבוננו שלא כדין. אמנם ניתן לטעון שאם לא מתקיימת עילה לביטול החוזה, ההתעשרות היא כדין. ברם קיימות דעות בפסיקה שהיסוד "שלא כדין" אינו מחייב קיומה של עילה פורמלית.³⁷² יתרה מכך, מאחר שניתן להפחית את השבת ההתעשרות בשל שיקולי צדק,³⁷³ יהיה ניתן להתחשב בעובדה שהנפגע מהפגם לא הוכיח את כל רכיבי העילה או שלא ביטל את החוזה בזמן סביר ולהפחית את היקף ההשבה. הפחתה זו מוצדקת גם כדי שלא ייווצר טשטוש כאמור בין ענפי המשפט השונים.³⁷⁴ עם זאת גם בממשק זה, בדומה לעוולות הרשלנות, היות שמדובר בענף חיצוני לדיני החוזים, יהיה ניתן לקבל השבה חלקית גדולה יותר.³⁷⁵ היכולת להסתמך על דיני עשיית עושר ולא במשפט תהיה קלה אף יותר אם העילה של פגם בכריתה אינה אמורה לחול על הסיטואציה, כגון במקרה של כפייה בידי צד שלישי שלא מטעמו של הצד השני. במקרה זה אין להפחית את היקף ההשבה.³⁷⁶ ההתחשבות בשיקולי התעשרות שלא כדין בנסיבות של פגם בכריתה זכתה להתייחסות הפסיקה. בעניין **כרמל נ' טלמון** פסקה כאמור דעת הרוב שמדובר בטעות בכדאיות העסקה בלבד, ולכן לא ניתן לבטל את החוזה. במקרה זה ייתכן שהיה ראוי לאפשר למוכר לקבל סעד חלקי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. הדבר מוצדק באותו מקרה במיוחד בשל ההפרש העצום שבין השווי האמתי של הנכס לבין התמורה החוזית, עד כדי כך שסכום המס שנדרש המוכר לשלם (לפי השווי האמתי) היה גבוה מהתמורה שקיבל. בנוסף, הקונות היו בנות משפחתו שניהלו את הנכס.³⁷⁷ בעניין זה ראוי לציין שדעת המיעוט סברה שלא מדובר בטעות בכדאיות העסקה, ומאחר שדובר על טעות לא ידועה, נדרש בית המשפט לשקול שיקולי צדק באשר לשאלה אם לבטל את החוזה. במסגרת זו הזכיר בית המשפט כראוי את הטענה להתעשרות לא צודקת כ"תנא דמסייע" להכרעה לטובת ביטול החוזה.³⁷⁸ אינטראקציה חשובה בין דיני עשיית עושר ולא במשפט ובין דיני הפגמים בכריתה חוזה אפשר שתקיים במקרה נוסף. כאשר בשל פגם בכריתה ביטל אדם חוזה שבו העביר נכס לצד השני, ולא ניתן לבצע השבה בעין אלא רק השבת שווי, שכן הנכס נמכר לצד שלישי, ניתן לדעת לקבל במקום השבת שווי את השבת התמורה הנגדית. עם זאת בממשק דומה בין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין התרופות בגין הפרת חוזה לא הכריע בית המשפט אם הדבר אפשרי כאשר החוזה בוטל.³⁷⁹

372 ראו לעיל ה"ש 183 והטקסט לידה.

373 ס' 2 לחוק עשיית עושר, תשל"ט-1979.

374 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 122-123.

375 ראו לעיל ה"ש 173 והטקסט לידה.

376 ראו לעיל תת הפרק 1.1. (ה), (ו).

377 להרחבה בעניין **כרמל נ' טלמון** ראו לעיל תת הפרק א.2. (ה).

378 ראו ה"ש 22.

379 ראו לעיל ה"ש 184 והטקסט לידה. בהקשר זה ראוי לציין שיתכן שיהיה ניתן לקבל את הסכום הזה בשל אבדן הזדמנות אחרת על פי ס' 12 לחוק החוזים. בעניין זה ראו גם פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 643-648, שדנים באפשרות של מי שהשתתף במכרז והפסיד לתבוע את רווחיו של מי שזכה במכרז שלא כדין.

סיכום

המאמר דן באפשרות להסתמך על עילות חלופיות לעילות של פגמים בכריתה. המאמר פותח בתיאור חוסר הקוהרנטיות בנושא זה בפסיקת בית המשפט העליון, בתיאור העמדות שהובעו בספרות הקיימת, שלא הציבה עד עתה סט כללים מסודר וממצה בתחום זה, וכן בתיאור הגישות השונות לסוגיה זו בשיטות משפט רבות. לאחר מכן המאמר עומד על ההצדקות הכלליות התומכות ביצירת כלל של ייחוד עילה, או המתנגדות לה, וכן סוקר את הנעשה בתחום זה בדיני הנזיקין, הקניין לרבות הקניין הרוחני, עשיית עושר ולא במשפט, החוזים (הפרת חוזה, חוזים אחידים ודיני החוזים המיוחדים), כדי לחלץ תובנות מתחומים אלו לצורך החלתן על העילות של פגמים בכריתה. בהמשך המאמר סוקר את השפעת הדוקטרינות שאינן נתונות לבחירת הנפגע מהפגם בכריתה ביחס לנושא המאמר. הפרק האחרון מיישם את הנלמד מהפרקים הקודמים על האפשרות להסתמך על עילות חלופיות לעילות של פגמים בכריתה. העילה המרכזית שנדונה בהקשר זה היא של חוסר תום לב במשא ומתן. הדיון בעילה זו נחלק לשש קטגוריות: א. החוזה בוטל בשל פגם בכריתה, ומתבקש סעד כספי. במקרה זה הומלץ ליתן פיצויי הסתמכות מלאים עקב המשא ומתן ועקב כריתת החוזה; ב. נטענה טענה לפגם בכריתה, אך לא הוכח רכיב מהותי. במקרה זה הומלץ ליתן פיצויי הסתמכות חלקיים במידה ניכרת עקב הפגם. הקריטריונים לשיעור הפיצוי החלקי שהומלצו הם אלה: 1. מספר הרכיבים שלא הוכחו, חשיבותם והקושי בהוכחתם, 2. האם הפגם נעשה במתכוון, 3. אם הפנייה לעילה חלופית נועדה "לעקוף" הגנה לעילה של פגם בכריתה, 4. התרשלות הנפגע מהפגם; ג. נטענה טענה לפגם בכריתה, אך הנפגע מהפגם לא ביטל בתוך זמן סביר. במקרה זה הומלץ ליתן פיצויי הסתמכות חלקיים עקב הפגם בשיעור גבוה מזה שבמקרה שלא הוכח רכיב מהותי; ד. תביעה כספית נגד הצד השני כאשר הנפגע מהפגם אינו מעוניין בביטול החוזה. במקרה זה הומלץ ליתן פיצויי הסתמכות מלאים עקב הפגם, ובמקרה של טעות או הטעיה אפשר במקרים מסוימים לאפשר לנפגע חלופה של פיצויי ציפייה; ה. תביעה כספית נגד הצד השני לחוזה במקרה שהפגם נעשה בידי צד שלישי, בידיעת הצד השני אך לא בהרשאתו. במקרה זה הומלץ ליתן פיצויי הסתמכות מלאים עקב הפגם; ו. תביעה כספית נגד צד שלישי שביצע את הפגם שלא בידיעתו ולא בהרשאתו של הצד השני. במקרה זה הומלץ ליתן פיצויי הסתמכות מלאים עקב הפגם. אשר לעילות הנוספות: עמידה על קיום החוזה בחוסר תום לב, אכיפה בלתי צודקת, רשלנות והתעשרות לא צודקת, הומלץ ליתן סעד חלקי במקרים ב-ו'ג לעיל, תוך התחשבות בקריטריונים שהומלצו ובשאלה כלפי מי מופעל הסעד – הנפגע מהפגם או הצד השני, תוך יישום הדרכים שעל פיהן יש לעשות זאת. המאמר מציג לראשונה מודל סדור ליחס שבין העילות של פגמים בכריתה לבין העילות והדוקטרינות הסובבות אותה, בין שמדובר באלו שאינן נתונות לבחירת הנפגע מהפגם ובין שמדובר באלו שנתונות לבחירתו, לרבות סוג הסעדים שיש ליתן במסגרתן והיקפם.