© משפט ועסקים ה, התשס"ו
(ספטמבר, 2006), 347—409

על הדבש ועל העוקץ — הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי

יהודה אדר*

פרק התרופות בהצעת חוק דיני הממונות משקף ניסיון נועז – יש שיאמרו מהפכני – להפוך את דיני התרופות מאוסף של דינים ספציפיים אשר נספחים לענפים שונים של המשפט המהותי לענף משפטי אחד, אוטונומי ושיטתי. הפרק, שהוכתר בשם "תרופות בשל הפרת חיוב", חותם את חלק החיובים של הקודקס המוצע, והוא מיועד לחול על הפרת חיובים אזרחיים, ובכלל זה הפרות חוזים ועוולות נזיקין. מאמר זה הוא ניסיון ראשון לפרוש תשתית עיונית רחבה לענף דיני התרופות, אשר לאורה המחבר מבקש לבחון בעין ביקורתית את הסדרי־היסוד של פרק התרופות ואת המתודה שלו. הבחינה העיונית נעשית במאמר אגב התמקדות בכמה שאלות־יסוד שפרק התרופות מעורר, ואשר לדעת המחבר אינן זוכות במענה ברור בנוסח הקיים של הצעת החוק ודברי ההסבר המלווים אותה. אגב הדיון בשאלות אלה מובהרת תרומתו של פרק התרופות לביסוסה של תורת תרופות ראויה. עם זאת, המחבר מצביע על עניינים אחדים הטעונים הבהרה או תיקון בפרק התרופות במתכונתו הקיימת.

בפרק א של המאמר מוצעת הבחנה עיונית חדשה בין המושג "תרופה" לבין המושג "סעד", הבחנה שהמחבר רואה אותה כחיונית לשם הסדרה קוהרנטית של תחום התרופות. בפרק ב תידון שאלת היקף תחולתו של פרק התרופות, ובעיקר שאלת תחולתו הפוטנציאלית על חיובים שאינם חוזיים או נזיקיים ועל חיובים שבין הפרט לבין רשות ציבורית. בפרק ג המחבר פורש מודל עיוני כללי של דיני תרופות, ובוחן לאורו את השאלה אם פרק התרופות במתכונתו הנוכחית ממצה את קשת התרופות הבסיסית שהמשפט האזרחי מציע למקרים של הפרת חיובים. פרק ד

* מרצה, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית קרית־אונו. אני מודה לחברי מערכת משפט ועסקים על הטיפול המסור בכתב־היד. תודה מיוחדת שלוחה גם לתלמידיי בקורס "תרופות במשפט האזרחי", שאותו הוריתי בשנים האחרונות בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, אשר ליווני במסע המרתק אל ממלכת התרופות.

מוקדש להצגת ביקורתו העיקרית של המחבר על פרק התרופות. טענתו היא כי הפרק במתכונתו הנוכחית מהווה אומנם תשתית ראשונית מבורכת, אולם חסרה בו הכְוונה נאותה של שיקול־הדעת השיפוטי בפסיקת תרופות. במילוי חֶסר זה המחבר רואה את האתגר העיקרי של דיני התרופות בעידן הקודיפיקטיבי.

מבוא
פרק א: על תרופות, סעדים, ומה שביניהם
פרק ב: שאלת היקף תחולתו של פרק התרופות
1. הצגת הבעיה — מהו "חיוב"?
2. חיובים רצוניים ולא־רצוניים
3. תחולתו של פרק התרופות על חיובים שאינם חוזיים או נזיקיים
(א) חיובים רצוניים שמקורם אינו בחוזה
(ב) חיובים לא־רצוניים שמקורם אינו בדיני הנזיקין
(ג) הנפקות המעשית של החלת פרק התרופות על חיובים מדיני עשיית עושר ולא במשפט
(ד) הנפקות המעשית של החלת פרק התרופות על חיובים אחרים שבדין
4. תחולתו של פרק התרופות על חיובי הרשות כלפי הפרט
פרק ג: הכולל פרק התרופות את קשת התרופות הנדרשת?
1. קשת התרופות הבסיסית במשפט האזרחי — המודל המוצע
2. פרק התרופות בראי המודל המוצע
(א) הצהרה
(ב) אכיפה ופיצויים — הגנה על אינטרס הקיום
(ג) השבת התעשרות עוולתית
(ד) ענישה
(ה) תרופות עצמיות
פרק ד: האתגר העיקרי — הכוונת שיקול־הדעת השיפוטי בפסיקת תרופות
1. מבוא
2. אכיפה
3. פיצויים על נזק לא־ממוני
4. צו מרתיע
5. תשלום עונשי
פרק ה: סוף־דבר — וראשיתו

מבוא

אחד החידושים החשובים בהצעת הקודקס האזרחי החדש לישראל, ואולי המפליג שביניהם, גלום בהצעתה של ועדת הקודיפיקציה להסדיר את סוגיית התרופות בשל הפרת זכויות אזרחיות בנפרד, במסגרת החלק העוסק ב"חיובים" (להלן: פרק התרופות).[1] במאמר זה אבקש לזרות אור על כמה שאלות־יסוד שפרק זה בקודיפיקציה מעורר, ולהציע כיוונים ראשוניים לפתרונן.

פרק התרופות, שכותרתו "תרופות בשל הפרת חיוב" הוא חדשני בשלושה מובנים לפחות. ראשית, הוא מעגן בחוק חרות כללי תרופות רבים שהתגבשו בהלכה הפסוקה, ובכך מעבה במידה משמעותית את הסדרי החקיקה התמציתיים החולשים כיום על תחום התרופות במשפט האזרחי.[2] שנית, פרק התרופות כולל מספר לא־מבוטל של חידושים מהותיים. בהכללה, ניתן לומר שמשתקפת בו מגמה של חיזוק והרחבה של קשת התרופות שבתי־המשפט האזרחיים מוסמכים לפסוק במסגרת יישובו של סכסוך אזרחי.[3] שלישית, פרק התרופות צפוי לחולל מהפכה תורת־משפטית, לפחות בקנה־מידה ישראלי, ביוצרו "דין תרופות" כללי – ענף משפט שלא היה מוכר עד היום בתורת המשפט הישראלית. שמו של הפרק, מבנהו, ניסוח ההוראות שבו ודברי ההסבר המלווים את ההצעה – כולם כאחד מצביעים בבירור על מטרת הפרק: קיבוץ, האחדה והרמוניזציה של דיני התרופות

---

1 סוגיית התרופות נידונה למעשה בחלק־המשנה השישי בחלק הרביעי של הצעת הקודקס האזרחי (להלן: ההצעה), אולם לשם הפשטות יכונה חלק־משנה זה במאמר "פרק התרופות". חלקי־המשנה של פרק התרופות (המכונים בהצעת הקודיפיקציה "פרקים") יכונו "פרקי־משנה". ראו הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ד, כרך א) סעיפים 520–573; הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (דברי הסבר לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ד, כרך ב) 201; הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (מדריך למשתמש, משרד המשפטים, תשס"ד, כרך ג). שלושת המקורות נגישים באתר רתב־העת: www.idclawreview.org (28.9.2006).

2 התחום שזכה בעיבוי המשמעותי ביותר הוא תחום הפיצויים. כיום תרופת הפיצויים בשל הפרת חוזה מוסדרת בסימן ג לפרק ב לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א־1970, ס"ח 16 (להלן: חוק התרופות), הכולל שבעה סעיפים בלבד (סעיפים 10–16). בפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח־1968, דמ"י נ"ח 266 (להלן: פקודת הנזיקין) מוסדרת תרופת הפיצויים במסגרת פרק ה, בארבעה סעיפים בלבד (71, 76, 77, ו־86), וכמה סעיפים נוספים מסדירים היבטים דיוניים או תביעות פיצוי מיוחדות (תביעות תלויים, תביעות דיבה, תביעות לביטוח הלאומי וכיוצא בהן). בהצעת הקודקס, לעומת זאת, מוקדשים לנושא הפיצויים לא פחות משלושים ותשעה סעיפים, שחלקם הנכבד מפורטים למדי ומורכבים מכמה סעיפי־משנה.

3 על מגמה זו של פרק התרופות נמתחה לאחרונה ביקורת במאמרו של חנוך דגן "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת־יתר ועל ריבוי סעדים" (עתיד להתפרסם בכתב־העת משפטים). תגובה על ביקורת זו מובאת אצל יהודה אדר "מדוע נכון לאחד את התרופות בחוזים ובנזיקין? תשובה לפרופ' דגן" (עתיד להתפרסם בכתב־העת משפטים).

בשל הפרת חוזה עם אלה שבגין מעשי עוולה בנזיקין, ואולי אף של התרופות שבכלל דיני החיובים.[4]

השאלה בדבר עצם ההצדקה למהלך הגורף לכאורה של האחדת דיני התרופות במשפט האזרחי בכלל, ושל התרופות בדיני החוזים ובדיני הנזיקין בפרט, היא שאלה גדולה ושנויה במחלוקת. במאמר זה לא אעסוק בבחינתה של שאלה חשובה זו. עם זאת, חשוב להדגיש כי הדיון במאמר זה נערך לאור ההנחה – שאותה ניסיתי לבסס בהרחבה במקום אחר – כי האחדה קוהרנטית של דיני התרופות במשפט האזרחי היא מהלך אפשרי ואף רצוי באופן עקרוני.[5]

כמו־כן אין בכוונתי לסקור במסגרת היריעה הנוכחית את ההסדרים השונים שנקבעו בפרק התרופות, או להצביע על החידושים הגלומים בהם בהשוואה לדין הקיים.[6] המאמר אף אינו מבקש לבחון באופן ביקורתי ונקודתי את תוכנם של ההסדרים הספציפיים שאומצו בפרק התרופות. בחינה ביקורתית פרטנית כזו, אף שהיא נחוצה ומתבקשת, אני מבקש להותיר להזדמנות אחרת.

תכלית מאמרי שונה. אבקש להציע בו תשתית עיונית רחבה שעל יסודה יהיה אפשר להתבונן באספקלריה כוללת על פרק התרופות, ולגבש לגביו הערכה ביקורתית ראשונית, מקדמית. זאת, מבלי להתעמק בפרטי ההסדרים המיוחדים שנקבעו בו, ומבלי להביע עמדה בשאלה אם ראויים הם אם לאו. את התשתית העיונית האמורה אבקש לפרוש באמצעות העמדת כמה שאלות יסודיות וכלליות שהפרק מעורר, ואשר לדעתי ראוי לבחון אותן לצד – ואולי לפני – כל עיון קפדני בשאלות שמעוררים ההסדרים הספציפיים הכלולים בהצעה. "שאלות־על" אלה אינן זוכות במענה ברור בנוסח הקיים של הצעת החוק, ואף לא בדברי ההסבר המלווים אותה. לדעתי, הן עתידות להעסיק את בתי־המשפט, וכן את הקהילייה המשפטית האקדמית, אם וכאשר תאומץ הצעת הקודקס בחקיקה. מתוקף כך סבורני שמן הראוי ליתן את הדעת לשאלות אלה, ולו באופן ראשוני, עוד בטרם יושלמו הליכי החקיקה של הקודקס. אגב הדיון בהן אבקש להצביע על עניינים אחדים בפרק התרופות במתכונתו הנוכחית שנראים בעיניי טעונים הבהרה, הכרעה ולעיתים אף תיקון ושינוי.

מבנה הדיון במאמר הוא כלהלן: בפרק א אבקש לבסס את הטענה כי על־מנת שיהיה אפשר להצדיק יצירת ענף משפטי נפרד ואוטונומי של "דיני תרופות", מן הראוי לאמץ תחילה הבחנה עיונית ברורה – שטרם התבססה בתורת המשפט הישראלית – בין "תרופות" לבין "סעדים". הקפדה על הבחנה ברורה בין מושגים אלה, המשמשים כיום בערבוביה בחקיקה, בפסיקה ובספרות המשפטית, היא לשיטתי תנאי מוקדם שבלעדיו לא תיתכן

4 שאלת היקף תחולתו של פרק התרופות על חיובים שמחוץ לדיני החוזים והנזיקין תידון להלן בפרק ב, סעיף 3.

5 אדר, לעיל הערה 3. לעמדה נוגדת ראו דגן, לעיל הערה 3.

6 סקירה כזו ניתן למצוא אצל גבריאלה שלו ויהודה אדר "תרופות בשל הפרת חיוב – מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" (עתיד להתפרסם בכתב־העת קרית המשפט ו (תשס"ו)).

הסדרה קוהרנטית ומועילה של תחום התרופות והסעדים. אכן, כפי שאטען במאמר, פרק התרופות משקף הכרה בתובנה זו, למעט חריג אחד, ומתיימר להסדיר אך ורק את תחום התרופות, ולא את תחום הסעדים.

בפרק ב תידון שאלה מקדמית חשובה שפרק התרופות מעורר, הלא היא שאלת היקף תחולתו של הפרק. המענה לשאלה זו טמון בפרשנות המושגים "חיוב" ו"עוולה" המופיעים בהצעת הקודקס, ואשר שאלת היקף פרישתם אינה זוכה במענה חד־משמעי בהצעה או בדברי ההסבר לה. טענתי היא שפרשנות קוהרנטית של פרק התרופות לאור מטרתו מחייבת לתת לו תחולה רחבה, אשר תאפשר לבתי־המשפט להפעיל את התרופות הקבועות בו בתגובה על פגיעות בזכויות אזרחיות מכל סוג שהוא, יהיו מקורן או סיווגן המשפטי הפורמלי אשר יהיו. בין היתר אבקש להצביע על הנפקות האפשרית של פרשנות מרחיבה זו בתחומים שמחוץ לדיני החוזים והנזיקין, כגון תחום ההתחייבויות החד־צדדיות, דיני עשיית עושר ולא במשפט, תחום החיובים הלא־רצוניים שבדין ותחום החיובים שבין הפרט לרשות הציבורית.

בפרק ג תיבחן השאלה אם פרק התרופות מעגן בתוכו את קשת התרופות הבסיסית שהמשפט האזרחי המודרני מעמיד לרשותם של מי שנפגעו מהפרת חיובים. על־מנת לענות על שאלה זו יוצג תחילה מודל תיאורטי של דיני תרופות אשר ראוי לדעתנו להביאו בחשבון כאשר מבקשים להציע תשתית פורמלית כוללת ומקיפה לדיני התרופות במשפט האזרחי. לאור המודל המוצע אבחן את מבנהו הפנימי של פרק התרופות, ואראה כי בנוגע לחלק מהתרופות הפרק עומד היטב בדרישות המודל, אולם ביחס לתרופות אחרות המודל מצביע לכאורה על צורך אפשרי בעריכת תיקונים אחדים במתכונתו הנוכחית של הפרק.

פרק ד מוקדש לביסוס הטענה כי בלא כל קשר לביקורות אפשריות על חלק מההסדרים הספציפיים בפרק התרופות (שכאמור לא יידונו כאן), פרק התרופות סובל מחֶסר משמעותי. כפי שנראה, הצעת החוק נמנעת בדרך־כלל – במכוון או בהיסח־דעת – מניסיון משמעותי להנחות את שיקול־הדעת השיפוטי בפסיקת תרופות על־ידי פירוט השיקולים העיקריים שבית־המשפט מוסמך לשקול – וראוי שישקול – בבואו לבחור בתרופה הראויה לעוולה אזרחית נתונה ואת אופן השימוש בה. לדעתנו, האתגר האמיתי של דיני התרופות המודרניים מצוי בדיוק כאן: בניסיון להגיע אל חקר השיקולים הרלוונטיים להכרעה בשאלות של סוג התרופה, צורת התרופה והיקפה או עוצמתה של התרופה שעל בית־המשפט לפסוק במקרים קונקרטיים. סבורני כי מאמץ כזה לא רק שאינו פסול, אלא שהוא מחויב־המציאות אם ברצוננו לצקת מידה מינימלית של יציבות וודאות משפטית אל דיני התרופות. זאת, כמובן, מבלי לגרוע מן הגמישות השיפוטית הנדרשת לבית־המשפט האזרחי – ואשר ראוי כי תישמר בידיו – בבואו לשקלל בנסיבות כל מקרה ומקרה את מגוון השיקולים הצריכים לעניין.

והערה אחרונה – אני מוצא לנכון להדגיש (כפי ששמו של המאמר עשוי לרמז) כי אף שניתן למצוא במאמרי ביקורת על חלק ממאפייניו של פרק התרופות, ככלל נקודת המוצא לביקורתי היא אוהדת. כאמור, האחדה קוהרנטית של דיני התרופות במשפט האזרחי היא לא רק אפשרית, לעניות דעתי, אלא גם צעד מבורך. צעד זה עתיד לשפר במידה משמעותית את יכולתם של צרכני המשפט בישראל – שופטים, עורכי־דין, חוקרי משפט והציבור

בכללותו – להבין, להפעיל ולפתח את דיני התרופות בעתיד. הביקורת אינה באה אפוא על־מנת לרפות את ידי המחוקק בבואו לשקול אם לאמץ את פרק התרופות ולעגנו בחוק חרות. נהפוך הוא, מטרתה להצביע על שאלות מסוימות שבירורן עשוי, כך אני מקווה, לסייע במימוש שאיפתם הנועזת של יוזמי פרק התרופות ומנסחיו: יצירת תשתית פורמלית אחידה, חזקה, פשוטה אך שלמה לדיני התרופות בישראל.

פרק א: על תרופות, סעדים, ומה שביניהם

הדיון המשפטי בתרופות וסעדים משפטיים מניח לעיתים כמובן מאליו קיומה של הסכמה על תוכן המושג "תרופה" או "סעד". אך האם קיימת הגדרה מוסכמת למושג "תרופה"? מהי תרופה? האם תרופה היא סעד? האם "סעדים" ו"תרופות" אינם אלא ביטויים נרדפים המשמשים בערבוביה או שמא יש טעם להבחין ביניהם? אם אכן יש טעם כזה – מהו הבסיס האפשרי להבחנה כזו?

עיון בחקיקה האזרחית מגלה שהמחוקק הישראלי נמנע בעקביות מניסיון להגדיר מושגי־יסוד משפטיים דוגמת "זכות", "תרופה", "סעד", "עוולה", "חוזה" וכיוצא בהם. למשל, חוק התרופות מגדיר מהי "הפרה", אך אינו מספק הגדרה למושג "תרופה".[7] הוא הדין בפקודת הנזיקין, המדברת במפורש על "תרופות לעוולות"[8] אולם עושה כן בלא כל ניסיון להגדיר מהי "תרופה". פרק התרופות בקודקס המוצע אינו חורג ממסורת זו, ונמנע אף הוא מהגדרת המושג "תרופה".

האם הושלם חֶסר זה על־ידי בתי־המשפט או חוקרי המשפט בישראל? באורח מפתיע למדי מסתבר כי התשובה לשאלה זו שלילית. בניגוד למושגי־יסוד אחרים בתורת המשפט, כגון "קניין", "בעלות", "זכות במקרקעין", "חברה", "חוזה", "דיני נזיקין" וכיוצא בהם, שהניסיון להגדירם הניע את הספרות והפסיקה – בישראל ומחוץ לה – להשקיע מאמצים אינטלקטואליים כבירים,[9] המושגים "תרופה" ו"סעד" (remedy) טרם זכו בניתוח דקדקני באזמלם האנליטי של פוסקים וחוקרים.[10] שופטים ומלומדים בישראל הדנים בתרופות

---

7 באופן דומה, אין החוק מגדיר את מטרתן וטיבן של תרופות הפיצויים והביטול. תרופת האכיפה מוגדרת לכאורה בסעיף 1 לחוק התרופות, אולם למעשה אין מדובר בהגדרה ממש, אלא בהדגמת מגוון הצורות שצו אכיפה יכול ללבוש. לניסיון להגדיר את תרופת האכיפה ראו לאחרונה את מאמרם של שלו ואדר, שם.

8 ראו, למשל, סעיפים 3 ו־71 לפקודת הנזיקין. כמו־כן ראו פרק ה לפקודה, שכותרתו "תרופות לעוולות".

9 ראו, למשל, את המאמץ המרשים – אם כי לא בהכרח מוצלח – של אחד מגדולי החוקרים בתחום הנזיקין להציע הגדרה מוסכמת לדיני הנזיקין. Percy H. Winfield *The Province of the Law of Tort* (Cambridge, 1931).

10 ההכרה בדיני התרופות כתחום ידע משפטי אוטונומי נמצאת עדיין בראשיתה לא רק בישראל, אלא

וסעדים אינם מבהירים את משמעותם של מושגים אלה, ומשתמשים בהם למעשה כבמילים נרדפות.[11]

היש טעם במאמץ להגדיר את המושג "תרופה" ולהבחינו מהמושג "סעד"? לדעתי, התשובה חיובית. גם בעידן הטרום־קודיפיקטיבי נודעת חשיבות רבה לתיחום המושג "תרופה". תיחום כזה הוא תנאי מוקדם לקיום חקירה שיטתית־השוואתית של קווי הדמיון והשוני בין התגובות התרופתיות המוכרות במסגרת ענפיו השונים של המשפט האזרחי.

בעולם המערבי כולו. עם זאת, בעשורים האחרונים גוברת בעולם האנגלו־אמריקאי ההכרה בכך שקיומם של קווי דמיון משמעותיים בין דיני התרופות בענפים השונים של המשפט הפרטי מצדיק חקירה השוואתית כוללת של דיני התרופות. הכרה זו באה לידי ביטוי בשפע של ספרים ומאמרים המוקדשים לתיאור ולביקורת של ההסדרים התרופתיים הנוהגים בתחומים שונים של המשפט האזרחי מתוך ראייה השוואתית. ראו, למשל: Frederick H. Lawson *Remedies of English Law* (London, 2nd ed., 1980); *Remedies: Issues and Perspectives* (Ontario, Jeffery Berryman ed., 1991); Dan B. Dobbs *Law of Remedies* (St. Paul, 2nd ed., 1993); Andrew S. Burrows *Remedies for Torts and Breach of Contract* (London, 2nd ed., 1994); *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century* (Oxford, Peter Birks ed., 1996). אולם אפילו בספרות המקצועית המכירה בחשיבותו של תחום התרופות, מלומדים שונים תוחמים את המושג "תרופות" (remedies) באופן שונה (ולעיתים עמום למדי), בין היתר משום המחסור בדיון אנליטי ושיטתי במושג "תרופה" עצמו. עמד על כך אחד מחשובי החוקרים בתחום, Stephen Waddams, אשר כתב: "It is apparent from an examination of these books [on remedies] that the scope and meaning of this legal subject area [the law of remedies] is by no means settled... no authority has tried to define or delimit 'remedies.'" Stephen M. Waddams "Remedies as a Legal Subject" 3 *Oxford J. Legal Stud.* (1983) 113, 113. דווקא בישראל זכתה בעבר שאלת מהותה של הזכות לתרופות בניתוח ראשוני מאיר עיניים בהקשר של דיני החוזים. ראו דליה אבן־להב "משמעותה של 'הזכות' לתרופות בשל הפרת חוזה" **עיוני משפט** ו (תשל"ח) 121.

11 ראו, למשל, את דברי השופטת דורית ביניש ברע"א 10771/04 **רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' משה אטינגר**, פ"ד נט(3) 308, 321: "התרופה שתימצא למשיב, אם יוכיח את הפגיעה שנגרמה לו, תוכל להיות בסעד הפיצויים או בסעדים האחרים הנהוגים בתביעות לשון הרע כגון למשל קבלת פסק דין הצהרתי לטובתו או פרסום מתקן..." והשוו לדברי השופט אליעזר ריבלין בע"א 140/00 **עזבון אטינגר נ' אטינגר**, פ"ד נח(4) 486, 561–562: "הסעד הנוזיקי אינו הצהרתי או עונשי, אלא סעד תרופתי (remedial) שנועד להסיר את הנזק ולהטיבו..." ראו גם את דברי הנשיא אהרן ברק ברע"א 4740/00 **אמר נ' יוסף**, פ"ד נה(5) 510, 520 (להלן: עניין אמר): "הסעד של פסק־דין הצהרתי יכול לעיתים קרובות להוות תרופה ראויה [על הוצאת לשון־הרע]..."; וכן דברי השופטת שטרסברג־כהן (בדעת המיעוט) בע"א 97/1977 **ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נה(4) 584, 595: "סעיף 31 לחוק [הגנת הצרכן] קובע כי הפרת 'איסור ההטעיה' כדין עוולה בנזיקין, המזכה את הנפגע בסעד." כן השוו לדיון שערך דניאל פרידמן במאמרו על התרופות בשל הפרת חוזה, שם הוא השתמש פעמים מספר במונח "סעד" ("סעד האכיפה", "סעד הפיצויים" וכולי) בתארו את התרופות השונות. דניאל פרידמן "תרופות בשל הפרת חוזה" **עיוני משפט** ג (תשל"ג) 134, 137–138.

לחקירה השוואתית כזו יש ערך בכל שיטת משפט, גם בכזו שבה דיני התרופות מפותחים במבודד במסגרת כל אחד מענפיו של המשפט הפרטי.[12] מכל מקום, אין כל ספק שבעידן הקודיפיקטיבי שבו יאוחדו דיני התרופות במשפט האזרחי למסכת אחת בפרק התרופות, ייהפך המאמץ לתחום ולהגדיר את המושג "תרופה" לחיוני. עם יצירתו של ענף כללי חדש של "דיני תרופות", יתחדד הצורך לחשוף ולהבהיר מהו, אם בכלל, המכנה המשותף של הזכויות השונות המכוּנות בחלק־המשנה השישי של חלק החיובים "תרופות בשל הפרת חיוב", ומה היקף פרישתו של ענף משפטי חדש זה.[13]

מסגרת המאמר הנוכחי אינה מאפשרת לקיים דיון ממצה בשאלה מושגית יסודית זו. אסתפק אפוא בהצגה קצרה של עמדתי בסוגיה. לשיטתי, ניתן ורצוי לאחד את ההסדרים התרופתיים היסודיים בדיני החיובים. עם זאת, סבורני שאי־אפשר לעצב דין תרופות קוהרנטי ואחיד למשפט האזרחי מבלי להיזקק להבחנה ברורה בין שני דגמים בסיסיים או צורות בסיסיות של סיוע והגנה שמערכת המשפט מעניקה לפרטים לנוכח פגיעה ברווחתם או בחירותם.

הדגם הראשון מוכר במשפט העמים משחר האנושות, ומבוסס על העיקרון שלפיו מי שפגע שלא כדין באינטרס חברתי מוגן של רעהו, כלומר הפר את זכותו המשפטית, חשוף לנטלים משפטיים שתכליתם להבטיח כי המפר (הוא ולא אחר!) יתקן את העוול המשפטי (והמוסרי) שגרם לרעהו. כך, אדם המפר חוזה פוגע באינטרס החברתי המוגן של הצד האחר לחוזה לזכות בפירות המצופים מקיומו, וחשוף לדרישה לפעול או לחדול באופן שיסלק את ההפרה או את תוצאותיה השליליות. באופן דומה, אדם העושה עוולה בנזיקין חשוף לאפשרות שבית־המשפט יורה לו להימנע מהעוולה או לתקן את הפגיעה בנפגע ממעשה הנזיקין.

אולם בעידן המודרני יש שהמשפט מגיש עזרה ותמיכה משפטית גם לאדם שסבלו נגרם לא על־ידי מעשה עוולתי, ולא באופן העולה כדי פגיעה בזכות משפטית מוכרת. דוגמה חשובה היא הכרתם של חוקי הביטוח הסוציאלי במדינת הרווחה בזכותם של מי שסובלים מנכות או מזִקנה, או של מי שנפגעו בתאונת־עבודה, שאיבדו קרוב־משפחה, שמקור

12 לערך הטמון בחקירה השוואתית מעין זו התייחס Waddams בהסבירו: "The subject is worth of study because it enables illuminating parallels to be drawn that cross the boundaries between contract and tort, and between law and equity." Waddams, *supra* note 10, at p. 121.

13 על כדאיותו של המאמץ האנליטי להגדיר מושגי־יסוד בתורת המשפט דווקא בשיטת משפט צעירה, דוגמת השיטה הישראלית, עמדה בשעתה אבן־להב, לעיל הערה 10, בעמ' 129–130: "חקיקה זו מעמידה את המשפט הישראלי על פרשת דרכים, שבה יש רצון להינתק מהעבר... ולצעוד לקראת עתיד שיבסס שיטה משפטית עצמאית... שימוש בהיר במונחים משפטיים איננו מתחמק מהאפשרות ששגיאות תחולנה גם בו. אנליזה משפטית, שימוש נכון ועקבי במונחים אמנם אינו מטרה בפני עצמה, אך הוא מעיד על בהירות מחשבה... רצוי להתחקות אחר מושגי יסוד משפטיים אוניברסליים, כדי לעצב תורת־משפט ישראלית... שנית, וזה העיקר בהקשר זה, יש להקפיד על שימוש עקבי במונחים. בשלב זה, אין זה חשוב מה המונח שיבחר לו המחוקק כדי לבטא את מושגיו... אך חשוב שכוונתו תהיה ברורה (ולצורך זה הגדרה עשויה להיות יעילה)."

פרנסתם נגדע וכולי, לקבל תמיכה – כספית או אחרת – מרשויות המדינה.[14] סעד זה ניתן לנפגעים הזכאים לו בלא כל צורך בהוכחת מעשה עוולה כלשהו של המדינה או של גורם אחר.[15] דוגמה אחרת, קרובה, היא הזכות לפיצויים מכוחו של הסדר ביטוחי פרטי כופה כגון זה המעוגן בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה־1975. הזכות לפיצויים על־פי הסדר זה אינה מותנית בהפרת זכותו של הנפגע על־ידי הנתבע (או על־ידי כל גורם אחר) או בהוכחת אשמתו של מאן דהוא בגרימת נזקי התאונה.[16]

אכן, שני דגמי ההגנה המתוארים נועדו להגן על אינטרסים חברתיים חשובים, והם מקנים לבעל האינטרס זכות משפטית. אולם קיים הבדל איכותי ואנליטי חשוב בין הדגמים: בדגם האחד – שיכונה להלן "דגם התרופות" – ההגנה הניתנת לבעל הזכות מהווה זכות משנית. הזכות המשנית באה לעולם רק בהינתן הפרה של זכות ראשונית, קודמת בזמן, שעליה נועדה הזכות המשנית להגן.[17] מסיבה זו דרישה למימוש הזכות המשנית (התרופתית)

---

14 בישראל ראו, למשל, חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה־1995, ס"ח 210.

15 יוצא־דופן הוא חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל־1970, ס"ח 384, שבו מטבע הדברים הפגיעה מבוססת (בדרך־כלל, אם כי לא תמיד) על מעשה עוולתי. אולם גם בחוק זה הנתבע הוא הרשות הציבורית (המוסד לביטוח לאומי), ולא המעוול עצמו.

16 סעיף 2 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה־1975, ס"ח 234 (להלן: חוק פיצויים לנפגעי תאונות־דרכים), קובע כי "המשתמש ברכב מנועי... חייב לפצות את הנפגע על נזק גוף שנגרם לו בתאונת דרכים שבה מעורב הרכב", כלומר, האחריות לפי החוק היא מוחלטת. דוגמה אחרת לסעד משפטי שעשוי להינתן בהעדר אשמה מצידו של הצד הכפוף לסעד מצויה בסעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג־1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים), המסמיך את בית־המשפט לשחרר צד מחוזה שהתקשר בו עקב טעות שהצד האחר לא ידע ולא היה צריך לדעת על קיומה. על־פי ההבחנה שהצענו לעיל, ביטול החוזה על־ידי בית־המשפט במצב זה אינו תרופה, שכן הצד האחר לא הפר זכות כלשהי של מבקש הסעד, ואף־על־פי־כן הוא עשוי לשאת בנטל ההשתחררות (הכפויה) מהחוזה.

17 הראשון שעמד בבהירות על ההבחנה בין זכויות ראשוניות למשניות היה Austin, בהרצאותיו על תורת המשפט: "Rights and duties are of two classes: 1st. Those which exist *in* and *per se*: which are, as it were, the ends for which law exists. 2ndly, Those which imply the existence of other rights and duties, and which are merely conferred for the better protection and enforcement of those other rights and duties whose existence they so suppose... Those which I call primary do not arise from injuries or from violations of other rights and duties. Those which I call secondary or sanctioning... arise from violations of other rights and duties..." John Austin *Lectures on Jurisprudence* (London, 5th ed., Campbell and Murray eds., 1885) Lecture 45, cited in *Remedies: Commentary and Materials* (North Ryde, 2nd ed., Michael Tilbury, Michael Noone & Bruce Kercher eds., 1993) 1–2. בתי־המשפט בישראל אינם מרבים להיזקק להבחנה היסודית בין זכויות ראשוניות לבין זכויות משניות. לאזכור נדיר יחסית של ההבחנה (תוך טשטוש ההבחנה המוצעת כאן בין תרופה לסעד) ראו, למשל, את דברי השופט אליעזר גולדברג בע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577, 597–598: "יש הגורסים, שזכות זו [זכות הגישה לערכאות] צמודה לזכות פרטיקולרית, המוגנת באמצעות חוקי־היסוד. על פי

היא תביעה שהנפגע רשאי להפנות אך ורק כלפי המפר אשר פגע בזכותו הראשונית.[18] לעומת זאת, במסגרת הדגם השני – שיכונה להלן "דגם הסעדים" – ההגנה הניתנת לתובע מהווה כשלעצמה זכות ראשונית. זכות ראשונית זו ניתנת לו בלא תלות בעשייה מוקדמת של מעשה עוולתי כלפיו, ומבלי שעליו להצביע על פגיעה בזכות כלשהי שהייתה מוקנית לו בטרם התרחש האירוע שבגינו הוא מבקש סעד ומזור. המצוקה שבגינה נתבעים סעדים במשפט מקורה באירועי טבע שאין איש אחראי להם, בהתנהגות אנושית נעדרת אשם, ולעיתים אף בהתנהגות בת־אשם של אדם שאינו הנתבע (התובע עצמו או אדם שלישי). מסיבה זו אין הזכות לסעד מופנית בהכרח כלפי מי שאחראי למצוקתו של הנפגע (אפילו כאשר יש גורם כזה). ברוב המקרים היא מופנית כלפי גורם אחר, המוגדר על־ידי שיטת המשפט כמי שמוטל עליו לסייע לנפגע ולהקל את מצוקתו.[19]

ודייקו: ההבחנה בין דגם התרופות לדגם הסעדים אינה אנליטית גרידא. מההבדל האנליטי האמור ראוי שייגזרו – ואכן נגזרים בפועל בדין הנוהג – הבדלים נורמטיביים חשובים בין זכויות תרופתיות לבין זכויות סעד. הטעם לכך הוא פשוט: הטעמים המוסריים והחברתיים להגנה על אינטרסים של היחיד מפני פגיעה לא־לגיטימית שמקורה בהתנהגות בלתי־חוקית שונים בתכלית מהטעמים להגנה על אינטרס כלשהו של היחיד מפני פגיעה שאינה נתפסת על־ידי שיטת המשפט כהפרה של כלל משפטי או של זכות משפטית.[20] אל

תפישה זו הזכות הראשונית המוגנת בחוקי־היסוד (כגון: הזכות לחופש עיסוק) מקפלת בתוכה זכות משנית לתרופה בגין הפגיעה. מימושה של הזכות המשנית מחייב קיומו של הליך שיפוטי, בו תוכרע זכות הפרט לסעד וטיב הסעד." ההבחנה בין זכויות (או חובות) ראשוניות ומשניות נזכרה בפסיקה ובספרות (אם כי במובן שונה מעט) גם בקשר לפועלה של תרופת הביטול בשל הפרת חוזה, המפקיעה את תוקף החיובים הראשוניים שבחוזה, להבדיל מאלה המשניים, הצופים פני הפרה. ראו בעניין זה את דברי הנשיא מאיר שמגר בע"א 187/87 **לוי נ' דויטש**, פ"ד מג(3) 309, 318–319, והשוו לתיאורם של דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** (כרך א, תשנ"ג) 1108–1110, המבחינים בהקשר זה בין "הוראות ראשוניות" ל"הוראות משניות" שבחוזה.

18 מתוקף כך זכות משנית היא בהכרח זכות אישית (*ius in personam*). זכות ראשונית, לעומת זאת, יכול שתהא זכות אישית המופנית כלפי אדם מסוים, אך יכול שתהא מופנית כלפי קבוצה לא־מוגדרת של אנשים, ואף כלפי "כולי עלמא" (זכות חפצא או *ius in rem*). למשל, זכות הבעלות של אדם בנכס היא זכות חפצא, אך הפרתה (על־ידי אדם מסוים) יוצרת זכות אישית.

19 נראה אם כן שנוכל להגדיר "סעד" כ"זכאות שהמשפט מעניק לאדם הנתון במצוקה, בקושי או בנחיתות מתוך מטרה להקל עליו את ההתמודדות עם אותו קושי או עם אותה מצוקה". "תרופה", לעומת זאת, ניתן להגדיר כ"זכאות שהמשפט מעניק לאדם עקב פגיעה שפגע אדם אחר בזכותו המשפטית (או עקב איום ממשי עליה), ואשר באה לעולם בדמות הטלת נטל על המפר שיש בה כדי להיטיב עם הנפגע".

20 במונחי צדק נראה שההבחנה המוצעת כאן בין תרופות לבין סעדים מקבילה במידה רבה להבחנה הידועה שטבע אריסטו באתיקה הניקומאכית בין צדק מתקן לבין צדק חלוקתי. אריסטו האתיקה הניקומאכית (נאוה גוטרמן מתרגמת, תשכ"ז). בעוד הטעם להענקת תרופות לנפגעים מהפרת זכויות נראה כטעם של צדק מתקן (תיקון העוול על־ידי הטלת אחריות לסילוקו על מי שאחראי מוסרית לגרימתו), הטעם להענקת סעדים הוא טעם של צדק מחלק או חלוקתי, כלומר, טעם

ייפלא אפוא הדבר בעינינו אם עיון קפדני בדוקטרינות ובעקרונות של המשפט האזרחי יחשוף לפנינו הבדלים של ממש בין גישתו של הדין לפסיקת תרופות, כהגדרתן כאן, לבין גישתו לפסיקת סעדים.

ההבדלים הנורמטיביים בין סעדים ותרופות באים לידי ביטוי מוחשי בשלושה מישורים עיקריים: היקף ההגנה (קשת האינטרסים המוגנים באמצעות התרופה או הסעד), טיבה או סוגה של ההגנה (צורת התגובה על הפגיעה באינטרס) ועוצמת ההגנה. ביסוס מלא של טענה זו אינו אפשרי במסגרת המאמר הנוכחי, אולם אזכיר כאן שתי דוגמות העשויות לסבר את האוזן. הראשונה היא מתחום הסיבתיות המשפטית בנזיקין, הנחשבת לאחת הסוגיות הסבוכות בדיני הנזיקין. בתחום זה נוהגים מבחנים שונים בהקשרים שונים. למשל, בתביעות פיצויים המבוססות על עוולת הרשלנות המבחן המוחל על־פי־רוב הוא מבחן הצפיות, ואילו בתביעות לפיצויים לנפגעי תאונות־דרכים המבחן המקובל כיום הוא מבחן הסיכון. התובנה שפיתחנו לעיל מספקת הסבר פשוט להבחנה זו: הפיצויים הנפסקים בשל עוולות נזיקין הם על־פי־רוב בגדר תרופה, בהיותם מבוססים על רעיון של אחריות מוסרית של הנתבע לגרימת נזק תוך פגיעה בזכות משפטית של התובע. אחריות כזו מתבקשת ומוצדקת (לפחות לכאורה) רק כאשר הנתבע צפה – בפועל או בכוח – את הפגיעה בזכות ואת תוצאותיה. המבחן ההולם לקביעת הקשר הסיבתי וריחוק הנזק בעוולת הרשלנות הוא אפוא מבחן הצפיות, וזו כאמור גם העמדה המקובלת.[21] לעומת זאת, הפיצויים הנפסקים לנפגעי תאונות־דרכים הם כמוסבר סעד, ולא תרופה, ומכאן שפסיקתם אינה צריכה להיות כפופה להגבלות שיסודן בעקרון האשמה, אלא לשיקולים של צדק חלוקתי, יעילות כלכלית, פיזור נזק או כל שיקול אחר שהינו רלוונטי להגשמת תכליתו של חוק הפיצויים. האכסניה הטבעית שיש בה כדי להכיל שיקולי מדיניות נרחבים מסוג זה היא מבחן הסיכון, שעניינו בשאלה אם לנוכח תכליתו של החוק ושיקולי המדיניות הרלוונטיים ראוי לומר שהסיכון שהתממש, ואשר בגינו הניזוק תובע פיצויים, הוא מסוג הסיכונים שהחוק נועד להטיל על הנתבע חבות בגינם. ואומנם, כך נפסק.[22]

שמשקף החלטה של החברה להקצות משאבים העומדים לרשותה בהתאם לשיקולי מדיניות שונים.

21 ראו, למשל, את דברי השופט תיאודור אור בע"א 8109/95 **קרנית נ' גינת**, פ"ד נב(5) 637, 643–644: "כאשר מדובר בתביעה בעילת הרשלנות, התפרשה הוראה זו [הוראת סעיף 76 לפקודת הנזיקין] כקובעת את מבחן הצפיות."

22 ראו, למשל, את דברי השופט אליעזר ריבלין ברע"א 4620/04 **דלק חברת דלק הישראלית בע"מ נ' איילון חברה לביטוח בע"מ** (לא פורסם, ניתן ביום 30.8.2004) בסעיף 4 לפסק הדין: "כידוע, המבחן לקיומו של קשר סיבתי משפטי בין השימוש ברכב לנזק הגוף שנגרם לנפגע הינו מבחן הסיכון – קרי, יש להראות כי הנזק נמצא בתחום הסיכון שיצר השימוש ברכב ואשר בגינו התכוון החוק להטיל אחריות..." והשוו לדברי השופטת שושנה נתניהו בע"א 248/86 **עזבון חננשווילי נ' רותם חברה לביטוח**, פ"ד מה(2) 529, 559–560: "מבחן זה של הסיבתיות המשפטית משתנה על פי מטרתה של החקיקה המקימה את האחריות וקובעת את טיבה. כך באחריות על פי אשם, התנהגות המזיק נבחנת במבחן הצפייה – חובתו ויכולתו של הניזוק לצפות את תוצאות התנהגותו. מבחן זה אינו המבחן ההולם אחריות מוחלטת."

דוגמה אחרת ניתן להביא מתחום הפיצויים בגין נזקי רכוש. אחת השאלות המתעוררות בתביעות בגין נזקי רכוש היא שאלת זכותו של נתבע המחויב בפיצוי על עלויות התיקון של רכוש שנהרס או נפגע לקזז מסכום הפיצויים את ההפרש בין שווי הרכוש אלמלא העוולה לבין שוויו לאחר התיקון. הדין הנוהג בישראל שולל את ההכרה בזכות הקיזוז של הנתבע במקרה כזה, ומכיר בזכותו של הנפגע לקבל פיצוי על מלוא עלויות התיקון (הסבירות), אפילו יהא בכך כדי להביא לידי התעשרותו על־חשבון הנתבע.[23] לעומת זאת, כאשר הפיצוי ניתן כ"סעד" (למשל, מכוח הוראת חוק בעלת רציונל חלוקתי), קבעה ההלכה כלל שונה שלפיו הנתבע זכאי דווקא לקיזוז ההפרש האמור.[24]

ובחזרה לענייננו: דבר חקיקה דוגמת פרק התרופות, המבקש לאחד הֶסדרים תרופתיים ממקורות שונים, יכול שיהיה קוהרנטי, שיטתי ומועיל רק בתנאי שתישמר קִרבה אנליטית ורעיונית בין ההסדרים הנכללים בו. כפי שטענתי לעיל, קִרבה כזו מתקיימת בין הֶסדרים הנכללים במודל התרופות, אך אינה מתקיימת בין הֶסדרים אלה לבין הֶסדרים המשתייכים למודל הסעדים. המסקנה המתבקשת היא אפוא שעל־מנת להגשים את תכליתו לקדם הרמוניזציה ושיטתיות, על הקודקס האזרחי להקפיד על שימור ההבחנה בין סעדים לבין תרופות.

אכן, עיון בהצעת הקודיפיקציה מגלה כי פרק התרופות מגלה לכאורה נאמנות לעיקרון העיוני המוצע לעיל. ראשית, הביטויים "סעד" או "סעדים", שהופיעו בטיוטות קודמות של פרק התרופות, הושמטו באופן עקבי מנוסחו הסופי, ותחתם מופיע בעקביות המושג "תרופה".[25] שנית, והוא עיקר, המושג "תרופות" יוחד בפרק התרופות להסדרתם של אמצעי הגנה המשתייכים לדגם התרופות, כהגדרתו לעיל. הפרק אינו כולל – או ליתר דיוק אינו אמור לכלול – אמצעי הגנה המשתייכים לדגם הסעדים.[26] מסקנה זו עולה בראש ובראשונה משמו של הפרק, המשמיע לנו כי ה"תרופות" שבהן הוא עוסק הן זכאויות הנולדות בעקבות הפרות של חיובים ובתגובה עליהן. אומנם על השאלה מהם אותם חיובים שבגינם יינתנו התרופות המוסדרות בפרק התרופות אין הקודקס מספק מענה חד־משמעי.[27] אולם לדעתי, הצירוף "הפרת חיוב" מצביע בבירור על כוונת המחוקק לכלול בפרק התרופות אך ורק (או לפחות בראש ובראשונה) תגובות על אירועים של הפרת זכות, כלומר: תרופות, ולא סעדים. מסקנה זו מתחזקת כאשר בוחנים את לשונה של הוראת־היסוד החשובה ביותר בפרק התרופות, הלא היא הוראת סעיף 522 להצעת הקודקס. הסעיף קובע בזו הלשון: "הופר חיוב, זכאי הנפגע כלפי המפר לתרופות הנתונות לו על פי חלק משנה זה." משמע,

---

23 ע"א 273/80 **מדינה נ' כהן**, פ"ד לז(2) 298.

24 רע"א 6449/96 **מדינת ישראל נ' קיבוץ נירים**, פ"ד נב(2) 247 (להלן: **עניין נירים**).

25 שינוי זה הוכנס בעקבות הערה של הכותב שהועברה בשעתה לוועדת הקודיפיקציה באמצעות אחד מחברי הוועדה.

26 חריג אחד הפוגם בקוהרנטיות של פרק התרופות הוא הֶסדר ההשבה הקבוע בסעיף 570 להצעה.

27 לדיון בשאלה זו מוקדש הפרק הבא.

התרופות שבפרק התרופות עשויות להיפסק לכאורה רק לטובת מי שהופר כלפיו חיוב, או בניסוח אחר – מי שזכותו האזרחית הופרה.

זאת ועוד, דברי ההסבר להצעה מלמדים במפורש כי מטרתו העיקרית של פרק התרופות היא לאַחֵד את התרופות המוכרות כיום בדיני החוזים ובדיני הנזיקין.[28] כידוע, תרופות אלה (בחוזים – אכיפה, פיצויים וביטול; ובנזיקין – ציווי ופיצויים) מותנות בדין הנוהג בהתרחשותו המוקדמת של אירוע עוולתי (מעשה נזיקין או הפרת חוזה), ובאות להגיב עליו. מכאן, שהן תואמות את המושג "תרופה" כפי שהגדרנוהו לעיל.[29] אכן, עיון חטוף בפרק התרופות מלמד כי תרופות אלה אכן מוסדרות בו. לעומת זאת, הסדרי סעד שאינם מותנים בהפרת זכויות (דוגמת הזכות לפיצויים לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות־דרכים, הזכות לקבלת סעד הצהרתי, הזכות לתגמולים מכוח חוקי הביטוח הלאומי ועוד) אינם מוסדרים ואף אינם נזכרים בפרק התרופות.[30]

נסכם ונאמר: פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש שואף להסדיר את דיני התרופות של המשפט הפרטי, ולא את דיני הסעדים שבו. בסעיף זה ביקשתי להסביר מדוע הגבלה זו שהקודקס מטיל על היקף תחולתו של פרק התרופות היא ראויה. הטעם הוא שבין הזכות לתרופה לבין הזכות לסעד קיימים הבדלים נורמטיביים חשובים. איחוד פורמלי של דיני התרופות ודיני הסעדים תחת קורת־גג פורמלית אחת אינו רצוי, שכן הוא עלול להביא לידי טשטושם של הבדלים משמעותיים שחשוב שיתקיימו – ואשר מתקיימים בפועל בדין הנוהג – בין יחסו של המשפט הפרטי כלפי תביעות לקבלת תרופה לבין יחסו לתביעות לקבלת סעד.[31] כל התבוננות על פרק התרופות ראוי לה אפוא שתיעשה לאורה של תובנה זו. להתבוננות כזו נשים פנינו עתה.

---

28 "מרוכזות בו [בפרק התרופות] התרופות אשר עומדות לנפגע בשל הפרת חוזה או בשל ביצוע עוולה. ככלל, כולל חלק משנה זה את התרופות הקבועות בחוק התרופות ובפקודת הנזיקין, וכן הסדרים שהיו עד היום הלכה פסוקה ולא עוגנו בחקיקה, בעיקר בתחום הנזיקין. ייחודו של חלק משנה זה הוא בתחולתו על תחום הנזיקין והחוזים גם יחד". ראו את דברי ההסבר להצעה.

29 ראו לעיל הערה 19 והטקסט הצמוד לה.

30 לחריג אחד ה"מקלקל את השורה" ראו לעיל הערה 26.

31 טענה דומה מועלית במאמרו של דגן, לעיל הערה 3, נגד המהלך של האחדת דיני התרופות בחוזים ובנזיקין. דגן טוען כי בין דיני החוזים לדיני הנזיקין קיימים הבדלים נורמטיביים משמעותיים, המצדיקים לכאורה יצירת דין תרופות שונה ונפרד להפרות חוזים מזה ולעוולות נזיקין מזה. האחדת דיני התרופות בשני התחומים צפויה לדעתו להביא לידי טשטושן של הבחנות אלה, ולפיכך לפגוע בהתפתחותם הראויה של שני ענפי המשפט הנידונים. כן ראו אדר, לעיל הערה 3, שם אני משיב על טענה זו ומסביר מדוע ההבדלים שדגן מוצא בין דיני החוזים לדיני הנזיקין אינם כה חריפים כפי שהוא מנסה להציג, ומכל מקום אין בהם כדי להצדיק הפרדה כללית בין הדין החל על הפרת זכויות חוזיות לבין זה החל על הפרת זכויות שמקורן בדיני הנזיקין. תהא ההכרעה בין עמדותינו אשר תהא, מה שביקשתי לטעון בסעיף זה הוא שאת האחדת התרופות בחוזים ובנזיקין – בהנחה שניתן להצדיקה – ניתן לעשות באופן קוהרנטי (ולכן גם מועיל) רק אם תישמר ההבחנה בין "תרופות" לבין "סעדים".

פרק ב: שאלת היקף תחולתו של פרק התרופות

1. הצגת הבעיה — מהו "חיוב"?

שאלת־היסוד הראשונה שפרק התרופות מעורר נוגעת בהיקף תחולתו. מהם האירועים שהתרחשותם עשויה להוות עילה ובסיס להפעלתן של התרופות המנויות בפרק התרופות? כפי שראינו, תשובתו הראשונית של הפרק לשאלה זו היא פשוטה: לשם תחולתו, התובע נדרש להראות כי הנתבע הפר חיוב שהופנה כלפיו.[32] במילים אחרות, הפרת חיוב היא תנאי הכרחי (אם כי לא בהכרח מספיק) לזכייה בתרופות שפרק התרופות מעמיד לנפגע.[33] מן האמור עולה כי היקף תחולתו של פרק התרופות מותנה במתן מענה לשתי שאלות: ראשית, מהו חיוב? שנית, מהי הפרה (של חיוב)?

התשובה לשאלה השנייה לא תעסיקנו כאן. הקודקס האזרחי מספק הגדרה מספקת למושג "הפרה", בקובעו שהפרת חיוב היא מעשה (או מחדל) בניגוד לחיוב.[34] אומנם, השאלה אימתי התנהגות תהא מנוגדת לחיוב (ולפיכך תעלה כדי הפרה) מחייבת מענה בטרם יהיה אפשר להחיל את פרק התרופות. מענה כזה אינו מצוי בפרק התרופות, כשם שאין למוצאו בחוק התרופות ובפרק ה לפקודת הנזיקין. אלא שלשיטתי, שתיקה זו של פרק התרופות מוצדקת, באשר השאלה "מהי הפרה" משתייכת, מבחינה אנליטית, לדין הראשוני (הקובע את מערך החובות והזכויות הראשוניות שבין הצדדים הנוגעים בדבר), ולא לדין התרופתי (הקובע את מערך החובות והזכויות המשניות הבא לעולם במקרה של הפרה). אכן, הנחת־המוצא לכל פנייה אל פרק התרופות היא כי הדין הראשוני הקובע את הזכות (ואת החיוב התואם שמולה) הופר, יהיו אשר יהיו התנאים המוקדמים להטלת אחריות במסגרת

---

32 ראו לעיל הטקסט הסמוך לאחר הערה 27.

33 אף שמלשונו של סעיף 522 להצעה משתמע לכאורה שהפרת חיוב מזכה את הנפגע באורח אוטומטי בתרופות הקבועות בפרק התרופות, למעשה חלק מהתרופות המעוגנות בפרק כפופות לשיקול־דעת שיפוטי רחב, ופסיקתן היא בגדר סמכות־רשות של בית־המשפט. הדברים אמורים בעיקר לגבי תרופת התשלום העונשי ותרופת הצו המרתיע (ראו בהתאמה סעיפים 564 ו־575 להצעה), אך הם יפים למעשה גם לגבי תרופות נוספות שפסיקתן כפופה לשיקול־דעת שיפוטי רחב. חלק מתרופות אלה יידונו להלן בפרק ד.

34 תשובה זו עולה מסעיף ההגדרות הכללי של הקודקס – סעיף 5 להצעה – הקובע ש"הפרה" היא "מעשה בניגוד לחיוב", וש"מעשה" הוא "לרבות מחדל". נקל לראות שהגדרה זו מבוססת על הגדרת "הפרה" בסעיף 1 לחוק התרופות. הקודקס משיב בבירור על שאלה נוספת שהמושג "הפרה" מעורר, אשר מוסדרת כיום בחוק באופן חלקי בלבד בסעיף 4 לפקודת הנזיקין. כוונתנו לשאלה אם כל מעשה או מחדל המנוגדים לחיוב משפטי מצמיחים זכות לתרופה משפטית, או שמא הפרות פעוטות וקלות־ערך אינן מצדיקות את החלת פרק התרופות. התשובה לשאלה זו קבועה בסעיף 4 להצעה, המעגן במפורש את עקרון זוטי הדברים (*de minimis*) בקובעו כי "לא תוגש תובענה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלין עליו".

אותו דין.[35] אמרו מעתה: השאלה אימתי תתרחש "הפרה" ואימתי תצמיח "הפרה" זכאות לתרופות, אף שהיא נושקת לתחום התרופתי, אינה שאלה שיש להפנות לדיני התרופות, אלא לדין הראשוני.[36]

שונים פני הדברים ביחס לשאלה הראשונה – מהו "חיוב". שאלה זו אינה מקבלת ואינה צריכה לקבל מענה במסגרת הדין הראשוני הקובע את החיוב. הטעם לכך הוא שמתן מענה לשאלה מהו "חיוב" הוא שלב מוקדם וחיוני על־מנת לדעת אם התנהגות מסוימת מהווה "מעשה [או מחדל] בניגוד לחיוב" ולכן מצדיקה תגובה תרופתית. אמת, בשיטת משפט שבה דיני התרופות מפותחים ומעוגנים בנפרד זה מזה, במסגרתם של ענפי משפט שונים, ספק אם קיימת הצדקה לעיסוק בשאלה התורת־משפטית מהו "חיוב". בשיטה כזו הזכות לתרופות קבועה מלכתחילה רק במסגרתם של ענפים ספציפיים, ולפיכך הטוען לתרופה פלונית יופנה ממילא באורח אוטומטי (לצורך בירור שאלת זכאותו לתרופה) אל הענף הספציפי שבו פותחה והוכרה תרופה זו.[37]

אלא שמצב זה עתיד להשתנות בעידן הקודיפיקטיבי. בהצעת הקודקס הזכות התרופתית אינה קבועה עוד בדינים הספציפיים המגדירים את הזכויות הראשוניות, אלא בפרק התרופות. פרק זה חל, לפי לשונו, על הפרת חיובים במשפט האזרחי כולו. הנה כי כן, יצירתו של תחום חדש – "דיני תרופות בשל הפרת חיוב" – מזמינה ואף מחייבת מתן

35 למשל, אם הטענה היא כי א הפר חיוב כלפי ב בכך שפעל בניגוד להסכם שבין הצדדים, תיקבע שאלת התקיימותה של הפרה על־פי עקרונות האחריות החוזית, שהיא במקרים רבים אחריות חמורה. לעומת זאת, אם הטענה היא שפלוני פגע באלמוני תוך ביצוע עוולה בנזיקין, תיקבע התשובה על־פי עקרונות האחריות בנזיקין, אשר מבוססת במקרה הטיפוסי על אשמה. במקרים שבהם הופר חיוב אחר שבדין – שאינו חוזי ואינו נזיקי – תיקבע שאלת האחריות על־פי תנאי האחריות הקבועים בדין המיוחד המעגן את החיוב הספציפי הנידון.

36 מסיבה זו, למשל, המקום הראוי לדיון בדוקטרינת הסיכול בחוזים אינו במסגרת סוגיית התרופות, אלא במסגרת סוגיית האחריות החוזית, לפחות על־פי התפיסה שלפיה סיכול החוזה שולל לחלוטין את אשמת המפר. עניין זה מוסבר בספרה של גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי** (תשס"ה) 626. אכן, הצעת הקודקס מסדירה את סוגיית הסיכול במסגרת חלק־המשנה השני בחלק הרביעי לקודקס, העוסק בחיובים חוזיים (כלומר, בדין הראשוני). עם זאת, אין להכחיש כמובן שקו הגבול העיוני בין הדין הראשוני לבין הדין המשני עשוי להיטשטש במקרים מסוימים. למשל, בעוד הדיון בהגנות מוחלטות (כגון הסתכנות מרצון או הגנה עצמית בנזיקין) שייך בבירור לדין הראשוני, הגנות חלקיות (כגון הקטנת נזק או אשם תורם) ניתנות לסיווג הן כדוקטרינות המגדירות את עצם האחריות (על־פי הדין הראשוני) והן כדוקטרינות תרופתיות (הקובעות את סוג הסנקציות והיקפן במקרה של הפרה). באופן דומה, דוקטרינות של ריחוק נזק יכולות להיתפס כמטפלות בשאלת עצם קיומה של חבות (לראש־הנזק הנידון), מחד גיסא, או כמסדירות את שאלת היקף האחריות להפרת חיוב נתונה, מאידך גיסא. הטשטוש צפוי במיוחד כאשר גרימת נזק מהווה יסוד בעילת התביעה (כמו בעוולה של רשלנות או הפרת חובה חקוקה), שאז טיב הנזק משפיע לא רק על היקף האחריות האזרחית, אלא גם על עצם קיומה (או אי־קיומה).

37 צורת ניתוח זו מאפיינת את שיטות המשפט האנגלו־אמריקאיות, שבהן – להבדיל מן השיטות של יבשת אירופה – לא השתרשה התפיסה בדבר "דין חיובים" כללי.

מענה לשאלת מהותם של אותם "חיובים" שהפרתם מהווה תנאי מוקדם לתחולתו של פרק התרופות. כמו לשאלות עיוניות אחרות, גם לשאלה זו נודעת חשיבות מעשית שאין להמעיט בה: הכרעה בה עתידה לקבוע את היקף תחולתו של פרק התרופות, ולפיכך את היקף ההיזקקות לו בחיי המעשה, אם וכאשר יושלמו הליכי החקיקה של הקודקס.

מטרת הדיון בסעיפים הבאים היא אפוא כפולה: ראשית, להראות מדוע – בניגוד למה שניתן אולי להסיק במבט ראשון – אין בהצעת הקודיפיקציה תשובה ברורה לשאלת היקף תחולתו של פרק התרופות; שנית, לנסות להעלות קווים אפשריים לפתרון הספקות המתעוררים בהקשר זה.

2. חיובים רצוניים ולא־רצוניים

בתורת החיובים הכללית מבחינים בין חיובים רצוניים, שמקורם בהתחייבות רצונית שנטל על עצמו החייב כלפי הנושה, לבין חיובים לא־רצוניים, המוטלים על אדם מכוח הדין, בלא תלות בהסכמה או בהבעת רצון מיוחדת מצידו.[38] דוגמה טיפוסית לחיוב רצוני היא חיוב המוטל על אדם מכוח חוזה לספק לרעהו נכס או שירות. דוגמה טיפוסית לחיוב לא־רצוני היא החיוב המוטל במסגרת דיני הנזיקין להימנע מלפגוע לא כדין בגופו, ברכושו, בחירותו ובשמו הטוב של הזולת.

על אילו סוגי חיובים חל פרק התרופות? חיובים רצוניים, לא־רצוניים או אלה ואלה גם־יחד? הצעת הקודקס מספקת מענה ברור יחסית לשאלה זו. אומנם, בניגוד לקודקסים אזרחיים אחרים, אין הקודקס הישראלי מגדיר את המושג "חיוב", ואף אינו כולל הוראה המתיימרת לפרט באורח ממצה את סוגי החיובים השונים.[39] עם זאת, הקודקס מבהיר שהמקור לחיובים יכול שיהא בחוזה או בדין.[40] יתר על כן, חלק החיובים שבקודקס מבחין

---

38 להבחנה זו ראו, למשל, גד טדסקי **דיני חיובים: תורת החיובים הכללית ודיני חוזים** (אפרים בן־עליז עורך, תשכ"ט) 32, 33–34. מקורה ההיסטורי של ההבחנה בין חיובים רצוניים לחיובים לא־רצוניים מצוי באינסטיטוציות של יוסטיניאנוס, אשר הבחינו בין ארבעה סוגי חיובים: חיוב חוזי, חיוב עוולתי, חיוב מעין־חוזי וחיוב מעין־עוולתי. ראו: David J. Ibbetson *A Historical Introduction to the Law of Obligations* (Oxford, 1999) 6–10. ההבחנה בין חיוב רצוני לחיוב לא־רצוני נזכרת גם בדברי המבוא להצעת הקודקס, שם נאמר כי בחלק החיובים נעשתה "...הבחנה בין חיוב רצוני (למשל בחוזה), חיוב לא רצוני (כמו חיוב בנזיקין) וחיוב מסוג אחר (כמו, למשל, חיוב השמירה, שלעיתים יסווג כחיוב רצוני ולעיתים יסווג כחיוב לא רצוני)". ראו סעיף 3.4 לדברי המבוא במדריך למשתמש בהצעת החוק, **לעיל** הערה 1.

39 הקודקס האזרחי הצרפתי קוד נפוליאון מבחין בין חמישה סוגי חיובים: חוזה, מעין חוזה, עוולה, מעין עוולה (שניהם חיובי נזיקין), וחיוב מן החוק (la loi). ראו: Jean Carbonnier *Droit Civil* (Paris, 1995, Vol. 9) 28–29). סיווג דומה ניתן למצוא גם בקודקסים מודרניים. ראו, למשל, סעיף 3 לקודקס החיובים החדש של אסטוניה: Law of Obligations Act (2001) available at http://www.legaltext.ee/text/en/X30085K2.htm (22.3.2006).

40 סעיף 114 להצעה קובע: "חיוב נוצר על פי דין או על פי חוזה." הכוונה להחיל את חלק החיובים שבקודקס על חיובים רצוניים ולא־רצוניים כאחד עולה במפורש מדברי ההסבר לסעיף 114,

בין חיובים הנובעים מחוזה,[41] חיובים לא־רצוניים (הנחלקים לחיובי נזיקין, חיובים של עשיית עושר ולא במשפט, וחיובי מזונות)[42] ו"חיובים אחרים", בעלי אופי מעורב, הכוללים חיובי אמון וחיובי שמירה.[43] כלומר, הקודקס כולל ומסדיר חיובים רצוניים ולא־רצוניים גם־יחד. אולם כפי שנראה מייד, אין בקודקס תשובה ממצה לשאלה על אילו מבין מגוון החיובים המוכרים במשפט – רצוניים ולא־רצוניים – יחולו חלק החיובים כולו ופרק התרופות שבו בפרט. שאלה זו תידון כעת.

3. תחולתו של פרק התרופות על חיובים שאינם חוזיים או נזיקיים

כנאמר לעיל, מבנה הקודקס ודברי ההסבר לפרק התרופות אינם מותירים ספק שהפרק נועד לחול על הפרת חיובים שמקורם בחוזה וכן על הפרת חובות המוטלות על אדם מכוחם של דיני הנזיקין.[44] אולם האם נועדו הוראות הפרק לחול גם כאשר החיוב שהופר אינו חוזי או נזיקי? במילים אחרות, האם פרק התרופות חל על כל סוגי החיובים הנידונים בחלק החיובים (חיובים מדיני עשיית עושר ולא במשפט, מדיני מזונות, מדיני שמירה וכולי), ושמא אף על חיובים נוספים מן הדין שאינם נזכרים בו?

(א) חיובים רצוניים שמקורם אינו בחוזה

החיוב החוזי הוא הדוגמה המובהקת והמוכרת ביותר להכרת הדין בחיוב רצוני.[45] אולם יש שהמשפט מכיר בחיובים שמקורם ברצונו של אדם אפילו אין הם מעוגנים בהסכם כלשהו. למשל, רצונו של פלוני להוריש לאלמוני את נכסיו נהפך לאחר פטירתו של המוריש לחיוב משפטי של העיזבון כלפי היורש.[46] על הפרתו של חיוב זה זכאי היורש לתבוע תרופות מן

המציינים כי "החיובים בהם עוסק חלק זה מקורם בדין, שמכוחו נוצרים החיובים הלא רצוניים, או בחוזה, שמכוחו נוצרים החיובים הרצוניים". דברי ההסבר להצעה.

41 אלה נידונים בחלקי־המשנה השני (הוראות מיוחדות לחוזים) והשלישי (חוזים מיוחדים) לחלק החיובים.

42 החיובים הלא־רצוניים מוסדרים בשלושת הפרקים של חלק־המשנה הרביעי לחלק החיובים.

43 אלה הוסדרו בחלק־המשנה החמישי לחלק החיובים.

44 ראו הציטוט המובא בהערה 28 לעיל.

45 עם זאת, ראוי להדגיש כי במקרים לא־מעטים חיובים המוטלים על צד לחוזה מיוחסים לו מבלי שניתן ללמוד מן העובדות (במפורש או במשתמע) על הסכמה אמיתית מודעת שלו להם. כך קורה, למשל, כל אימת שבית־המשפט משלים חוזה מכוח הנוהג או מכוח הוראות השלמה בחוק. בנושא זה ראו גד טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" **עיוני משפט** טו (תש"ן) 5, במיוחד בעמ' 6–7. הוא הדין במקרים שבהם פירוש החוזה (להבדיל מהשלמתו) נעשה לאורה של "תכלית אובייקטיבית". להבחנה בין תכלית אובייקטיבית לתכלית סובייקטיבית, ולתפקידה של הראשונה בפירוש חוזה, ראו ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ**, פ"ד מט(2) 276, 312–313, 320–322 (להלן: **עניין אפרופים**).

46 חובותיו של מנהל עיזבון קבועות בסעיף 82 לחוק הירושה, תשכ"ה־1965, ס"ח 44 (להלן: חוק הירושה).

העיזבון (או ממנהל העיזבון).[47] בניגוד לחיוב החוזי, המבוסס על הסכמה של החייב והנושה, מקורו של חיוב העיזבון הוא בהבעת רצון חד־צדדית (של המוריש), הנהפכת עם פטירתו להתחייבות חד־צדדית.

דוגמה אחרת להתחייבות חד־צדדית בת־תוקף משפטי היא הצעה בלתי־חוזרת. סעיף 3(ב) לחוק החוזים קובע שעם מסירתה לניצע של הצעה שהמציע קבע מועד לקיבולה או קבע כי היא ללא חזרה, ההצעה נהפכת לבלתי־הדירה. במילים אחרות, המציע נתפס על־ידי הדין כמי שהתחייב או הבטיח (באופן חד־צדדי) להימנע מלחזור בו מן ההצעה כל עוד היא בתוקף.[48]

דוגמות נוספות להתחייבויות חד־צדדית בעלות תוקף משפטי הן מוסד ההבטחה לציבור, ובאופן מובהק פחות – הֶקדש, שטר וערבות.[49] גם התחייבות ליתן מתנה היא התחייבות חד־צדדית, אולם ככלל אין היא בעלת תוקף משפטי מחייב, שכן החייב רשאי לחזור ממנה אלא אם כן ויתר על זכות החזרה או שהנושה שינה את מצבו לרעה בהסתמך על אותה התחייבות.[50] לבסוף, הבטחה טרום־חוזית לכרות חוזה בעתיד אף היא התחייבות שהמשפט הישראלי – כמו שיטות משפט אחרות – מכיר בה בנסיבות מסוימות כחיוב בר־אכיפה.[51]

האם הוראות פרק התרופות חלות על הפרתן של התחייבויות חד־צדדיות – באופן ישיר או בשינויים מחויבים? פרק התרופות בנוסחו הנוכחי אינו מספק מענה לשאלה זו.[52] כפי שצוין לעיל, סעיף 114 לקודקס, הפותח את חלק החיובים, קובע כי מקורות החיוב הם

---

47 למשל, סעיף 88 לחוק הירושה, קובע את אחריותו של מנהל עיזבון לנזק שגרם עקב הפרת חובתו כמנהל עיזבון.

48 ככל הצעה, גם הצעה בלתי־חוזרת עשויה לפקוע. ראו סעיף 4 לחוק החוזים, לעיל הערה 16.

49 הֶקדש הוא בגדר התחייבות חד־צדדית כאשר הוא מוקם מכוחה של צוואה. מקורה של ערבות הוא בהתחייבות חד־צדדית כאשר היא ניתנת לנושה בלא ידיעתו (והסכמתו) של החייב. בנוגע לשטר קיימת בספרות מחלוקת אם היסוד לתוקפו הוא בהסכמה חוזית או בהתחייבות חד־צדדית, אולם במקרים שבהם לא נוצר קשר כלשהו בין מושך השטר לבין האוחז בו נראה כי מדובר בהתחייבות חד־צדדית, ולא בחוזה. לדיון בשאלת סיווגם הנכון של מוסדות אלה (כהתחייבות חד־צדדית או כחוזה) עיינו בספרו של פבלו לרנר **ההתחייבות החד־צדדית** (תשס"א) 142–150, 151–153, 160.

50 סעיף 5(ב) לחוק המתנה, תשכ"ח־1968, ס"ח 102.

51 אכיפתן של הבטחות טרום־חוזיות נעשית במסגרת המשפט הפרטי באמצעות דוקטרינות שונות – חוזיות, נזיקיות וכאלה שאינן משתבצות בקלות לענף החוזים או לענף הנזיקין. דוקטרינות אלה מאפשרות לנפגע מהבטחה או ממצג טרום־חוזי לזכות בפיצוי (לעיתים שלילי אך לעיתים גם חיובי) על הנזקים שנגרמו לו עקב המצג או ההפרה. לסקירה השוואתית מאלפת ראו גבריאלה שלו "הבטחה, השתק ותום לב" **משפטים** יז (תשמ"ז) 295. במשפט הישראלי הוכרה בעשור האחרון האפשרות לספק הגנה על אינטרס הקיום (להבדיל מאינטרס ההסתמכות) של הנפגע מהפרת הבטחה טרום־חוזית, וזאת מכוח הוראת סעיף 12 לחוק החוזים. ראו ע"א 4850/95 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ.**, פ"ד נב(5) 562 (פסיקת פיצויי קיום), והשוו לע"א 986/93 **קלמר נ' גיא**, פ"ד נ(1) 185 (שכלול חוזה שלא נכרת).

52 החלת הפרק – מכוח סעיף 521 להצעה – על חיובים להימנע מעוולה אף היא אין בה כדי להסיר את הספק, שכן המושג "עוולה" הוא מושג טעון ועמום כשלעצמו.

החוזה והדין.[53] האם קביעה זו משמעותה שלילת תוקפן המחייב של התחייבויות חד־צדדיות במשפט הישראלי? לטעמי, התשובה לכך חיובית. אילולא ביקש מציע החוק להגביל את תחולתו של חלק החיובים, היה יכול לציין כמקורות החיוב את הרצון ואת הדין או לחלופין לקבוע כי החיוב יכול שיהא רצוני או לא־רצוני. תחת זאת בחר המנסח להעמיד אל מול החיובים שמקורם בדין את החיובים שמקורם בחוזה. בכך נסתם הגולל, לכאורה לפחות, על ההכרה בחיובים רצוניים שאינם חוזיים. מסקנה זו מקבלת חיזוק מסוים בדברי ההסבר להוראת סעיף 114.[54]

ניתן אומנם גם להעלות פרשנות מנוגדת, שלפיה אי־אזכורה של ההתחייבות החד־צדדית אינו בבחינת "הֶסדר שלילי", אלא בבחינת חֶסר הטעון השלמה.[55] במקרה כזה יהיה אפשר לפנות אל תורת המשפט הכללית ולאמץ מתוכה את ההצדקה להכרה בהבעת רצון חד־צדדית כמקור לחיובים משפטיים.

מדברי הפרשנות של מיגל דויטש לחלק החיובים עולה ששאלת מעמדה של ההתחייבות החד־צדדית עלתה בדיוניה של ועדת הקודיפיקציה. לשיטתו, אף שגישת הקודקס למוסד זה אינה אוהדת במיוחד, אין הקודקס מבקש לעקור אותה מדיני החיובים.[56] אף שפרשנותו של דויטש נראית לי רצויה, ספק אם היא אפשרית לנוכח אופן ניסוחם של סעיף 114 הנ"ל ושל דברי ההסבר המלווים אותו.[57] מכל מקום, נראה לי שרצוי לחסוך התפלמסות מיותרת סביב סוגיה זו על־ידי הכנסת שינוי בנוסח הנוכחי של הוראת סעיף 114. השינוי המוצע יבטיח כי לא תינעל הדלת בפני הכרה עתידית בתוקפם המחייב של חיובים רצוניים חד־צדדיים במשפט האזרחי בישראל, ויסייע בעיגונם בתורת המשפט הישראלית.[58]

(ב) חיובים לא־רצוניים שמקורם אינו בדיני הנזיקין

על־פי הסיווג המקובל בישראל, דיני החיובים כוללים ארבעה ענפים: דיני חוזים, דיני

---

53 ראו לעיל הערה 40.

54 ראו את דברי ההסבר המובאים לעיל הערה 40, שמהם עולה במשתמע כי כל החיובים הרצוניים מקורם בחוזה.

55 כידוע, ההכרעה בשאלה אם הֶסדר חקיקתי יוצר חֶסר או קובע הֶסדר שלילי היא שאלה פרשנית הכרוכה בהפעלת שיקול־דעת שיפוטי. לעניין זה ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** (תשנ"ב, כרך א) 469–471.

56 מיגל דויטש **פרשנות הקודכס האזרחי** (תשס"א, כרך א) 395־396. דיון מקיף במוסד ההתחייבות החד־צדדית ובמעמדו בשיטות הקונטיננטליות ובישראל ניתן למצוא בספרו של לרנר, לעיל הערה 49, בעמ' 160.

57 הפתרון של החלת מוסד ההתחייבות החד־צדדית מכוח היקש – לפי סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם־1980, ס"ח 163 – צפוי אף הוא לעורר קושי, שכן על־פי הוראת סעיף 1, השימוש בהיקש אפשרי רק כאשר פרשנות החוק מגלה בו (ובהלכה הפסוקה) חֶסר (להבדיל מהֶסדר שלילי).

58 ניסוח חלופי לסעיף 114 להצעה שיגשים מטרות אלה עשוי להיות כדלקמן: "חיוב יכול שיוטל על אדם מכוחו של דין או מכוח רצונו החופשי."

נזיקין, דיני עשיית עושר ולא במשפט, ודיני חיובים מן הדין.[59] הקודקס אינו מפרט את סוגי החיובים הלא־רצוניים, ואינו קובע על אילו מהם יחול פרק התרופות. האם יחול הפרק על הפרת חיובים שאין מקורם בדין הנזיקין, דהיינו, על חיובים מדיני עשיית עושר ולא במשפט או על חיובים מיוחדים שבדין אחר?

כפי שכבר צוין לעיל, כוונתו המוצהרת של פרק התרופות היא לאחֵד את התרופות בחוזים ובנזיקין. בדברי ההסבר – הן לפרק התרופות והן לקודקס כולו – אין התייחסות כלשהי לכוונה להחיל את ההסדרים הקבועים בפרק באופן רחב יותר גם על חיובים שאינם חוזיים או נזיקיים. היש בכך כדי להצדיק פרשנות מצמצמת של פרק התרופות, כך שיחול רק על הפרת חיובים חוזיים ונזיקיים?

לטעמי יש להשיב על שאלה זו בשלילה מוחלטת. שמו של פרק התרופות ("תרופות בשל הפרת חיוב"), מיקומו כפרק נפרד בחלק החיובים וניסוחן הכוללני של הוראותיו – כל אלה מלמדים על כוונה לקבוע הֶסדר כללי, שיחול על כל החיובים במשפט האזרחי. אכן, אין למצוא בפרק ולוּ פעם אחת את הביטויים "נזיקין" או "עוולה בנזיקין". אפילו סעיף 521, אשר נועד להבהיר כי גם חובה להימנע מביצוע עוולה היא חיוב, נמנע מלהשתמש במושג "עוולה בנזיקין". עובדה זו פותחת פתח סביר לפרשנות שלפיה המושג "עוולה" צריך להתפרש בהקשר זה באופן מרחיב, ככולל כל עוולה אזרחית (civil wrong) או למצער כל הפרה של חיוב לא־רצוני, ולאו דווקא עוולה בנזיקין.[60]

יתרה מזו, אף שדברי ההסבר אינם מתייחסים כאמור לאפשרות החלתו של הפרק על חיובים שאינם חוזיים או נזיקיים, כוחה של ההנמקה המובאת בהם כצידוק למהלך

---

59 "כמקובל עלינו, יש ארבעה ענפים לדיני החיובים: דיני החוזים (החיוב החוזי), דיני הנזיקין (חיוב נזיקי), דיני עשיית עושר ולא במשפט (חיוב ההשבה) והחיובים מן הדין. הבחנה מסורתית זו נוגעת בדרך היווצרותו של החיוב." מאיר שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 5, 14. ראו גם דניאל פרידמן "תורת החיובים הכללית וההיבטים הרכושיים של החיוב" דיני חיובים – חלק כללי (דניאל פרידמן עורך, תשנ"ד) 3. מקורה של חלוקה מסורתית זו במשפט הקונטיננטלי. ראו טדסקי, לעיל הערה 38.

60 זאת, בניגוד להנחתו של מיגל דויטש, אשר בדברי הפרשנות שלו להוראה זו מניח כי "ככל שמדובר בתחולתו של פרק התרופות על הפרת 'חובה', להבדיל מהפרת 'חיוב', הרחבת התחולה של הקודכס מתייחסת רק לחובה הנזיקית". דויטש, לעיל הערה 56, בעמ' 297. על יסוד הנחה זו דויטש מסיק כי "פרק התרופות לא יחול לעניין התביעה הקנייינית, הנשענת על הפרת החובה האמורפית, המוטלת על כולי עלמא, להימנע מפגיעה בזכות הקניין". עם כל הכבוד הראוי, אני חולק על מסקנה זו. ראשית, כמצוין בטקסט, מבחינה לשונית המושג "עוולה" אינו מוגבל בהכרח לעוולות נזיקין, ועשוי להתפרש באופן רחב יותר כמשתרע על כלל העוולות האזרחיות. שנית, בהנחה שפרק התרופות חל על הפרות חיובים שבכלל המערכת האזרחית (הנחה שדויטש מאמץ בספרו), קשה לראות כיצד ניתן למנוע את תחולתו על הפרות של חיובים (או חובות) מדיני הקניין. כידוע, דיני הנזיקין עצמם עוסקים בחלקים נרחבים שלהם בהגנת זכויות קניין, בהטילם חובות (או חיובים) ובקובעם תרופות על הפרתם של חיובים אלה. לדידי אין אפוא ספק שאם פרק התרופות אכן חל על חיובים במערכת האזרחית כולה, אזי הוא מספק הגנה גם לזכויות קניין.

של האחדת התרופות בחוזים ובנזיקין יפה להאחדת התרופות של כל ענפיו של דין החיובים.[61]

פרשנות שתחיל את פרק התרופות על כלל החיובים במשפט האזרחי אינה רק הפרשנות הטבעית העולה מלשונו של הפרק; זו גם הפרשנות המתיישבת באופן הטוב ביותר עם מגמת ההרמוניזציה המאפיינת את הקודקס כולו. לתפיסתי, זו גם הפרשנות הראויה. אין כל הצדקה נראית לעין לעצב את דין התרופות במשפט האזרחי על יסוד סיווג פורמלי של המקור המשפטי ההיסטורי של החיוב הראשוני שבגין הפרתו התובע מבקש תרופה. שיטת משפט מודרנית המבקשת להבטיח הגנה אפקטיבית על זכויות הפרט חייבת להימנע מהטלת הגבלות פורמליות נוקשות על סמכותם של בתי־המשפט להיזקק לכל מגוון התרופות העשוי להיות רלוונטי להגנה אפקטיבית על זכות משפטית נתונה.[62]

מסגרת המאמר הנוכחי אינה מאפשרת בחינה ממצה של השלכות החלתו הרחבה של פרק התרופות על חיובים שמחוץ לדיני החוזים ולדיני הנזיקין. אסתפק אפוא בדיון קצר שתכליתו להצביע על הנפקות המעשית העיקרית של החלת פרק התרופות על חיובים שאינם חוזיים או נזיקיים.

(ג) הנפקות המעשית של החלת פרק התרופות על חיובים מדיני עשיית עושר ולא במשפט

החיוב המסורתי המוטל במסגרתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט הוא, כידוע, חיוב ההשבה (restitution). חיוב זה בא לעולם כאשר לאדם אחד (הזוכה) צומחת הנאה שמקורה בנכסיו או בפעולותיו של אדם אחר (המזכה) ואשר הותרתה בידי הזוכה אינה צודקת. הדינים המסורתיים בתחום זה מעניקים במקרה כזה למזכה זכות (ראשונית) להשבה (בעין או בשווי), בהטילם על הזוכה חיוב (ראשוני) להשבה של הנכס או של טובת־ההנאה שצמחה לו.[63] אולם מה הדין כאשר חיוב ההשבה (הראשוני) הופר? מהן התרופות העומדות לנפגע מהפרתו של חיוב זה?

משמעותה הישירה של החלת פרק התרופות על הפרת חיובים מדיני עשיית עושר

---

61 המגמה של יצירת הֶסדר כללי לתרופות של דיני החיובים עולה לדעתי במשתמע מהדברים הבאים המובאים בסעיף 5.2 לדברי המבוא במדריך למשתמש בהצעת החוק, לעיל הערה 1, בעמ' 12: "דוגמא מחלק החיובים [להרמוניזציה של הֶסדרים דומים] היא חלק המשנה הדן בתרופות בשל הפרת חיוב. התרופות בדיני החוזים ובדיני הנזיקין אוחדו ברובן. האיחוד נבע מן התפיסה הרואה בדיני החוזים ובדיני הנזיקין כפנים שונות של אותו דין – דין החיובים, ולכן יש הצדקה, כי התרופות בדיני החוזים והנזיקין יהיו, במידת האפשר, אחידות." תיאור דומה מופיע בדברי ההסבר להצעה: "ייחודו של חלק משנה זה הוא בתחולתו על תחום הנזיקין והחוזים גם יחד. בכך באה לידי ביטוי הגישה, לפיה משעה שצמחה זכות לתרופות בשל הפרתו של חיוב, לזהותו של המקור המשפטי שהצמיח את הזכות לתרופה השפעה מוגבלת בלבד."

62 לדיון מורחב ראו אדר, לעיל הערה 3.

63 סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט־1979, ס"ח 42 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט).

ולא במשפט היא שהפרת חיוב ההשבה תזכה את הנפגע בכל התרופות האזרחיות הכלליות שהפרק מעמיד, ובעיקר את תרופות האכיפה והפיצויים למיניהם. משמעות הדבר כפולה: ראשית, המזכה זכאי לתבוע מהזוכה את אכיפת החיוב, כלומר, לאכוף עליו את קיום חובת ההשבה (בעין או בשווי); שנית, המזכה־הנפגע זכאי לפיצויים מאת הזוכה־המפר על כל נזק צפוי שנגרם לו כתוצאה מהפרתה של חובת ההשבה.[64] במקרים חמורים ייתכן שהמפר יחויב אף בתשלום עונשי ("פיצויים עונשיים").[65] אמרו מעתה: החלת תורת התרופות הכללית על דיני עשיית עושר ולא במשפט תביא לידי הרחבה והעצמה של ההגנה המשפטית על הזכות להשבה. אם כיום, על־פי חוק עשיית עושר ולא במשפט, המזכה זכאי להשבה בלבד,[66] בעידן הקודיפיקטיבי יעמוד לרשותו מכלול התרופות והדוקטרינות הקבועות בפרק התרופות.

אולם החלת פרק התרופות על חיובים מדיני עשיית עושר ולא במשפט צפויה לעורר שאלה חשובה נוספת, אשר למיטב ידיעתי טרם זכתה בישראל במענה ברור בפסיקה או בספרות המלומדים. כוונתי לשאלת ההכרה, במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט, בחיוב להימנע מהתעשרות לא־צודקת על־חשבון הזולת. בניגוד לחיוב ההשבה, הנולד רק בדיעבד, לאחר ההתעשרות, החיוב להימנע מלהתעשר – אם וכאשר הוא חל – מוטל על הזוכה־בכוח מראש, עוד בטרם הפיק טובת־הנאה כלשהי על־חשבון המזכה. כאמור לעיל, הניתוח המסורתי מניח כי החיוב היחיד שדיני עשיית עושר ולא במשפט מטילים הוא חיובו של הזוכה להשיב למזכה התעשרות המצויה בידיו לא כדין. אולם בפסק־דינו בעניין א.ש.י.ר.[67] הבהיר בית־המשפט העליון בדעת רוב כי בית־המשפט האזרחי מוסמך, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, להעניק לא רק צווים להשבת טובת־הנאה שהופקה בפועל, אלא גם צווי מניעה שתכליתם לאסור על הנתבע לפעול באופן שעלול להביא בעתיד לידי התעשרותו לא כדין על־חשבון התובע.[68] לשם זכייה בצו מניעה מסוג זה, אין התובע חייב

64 במקרה שבו מדובר בהשבת שווי, תתמצה הזכות לפיצויים בדרך־כלל בזכות לקבלת ריבית על סכומי הכסף שטרם הוחזרו. אולם כאשר מדובר בהשבה בעין של נכס, מניעת הנכס מן המזכה עלולה להסב לו נזקים תוצאתיים נוספים – ממוניים ולא־ממוניים כאחד.

65 לדיון מקיף בדוקטרינה זו, ובמעמדה בדיני החוזים והנזיקין, ראו יהודה אדר **התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ד).

66 חוק עשיית עושר ולא במשפט, מעיד על עצמו אומנם, בסעיף 6(ג), כי אין בו "כדי לגרוע מתרופות אחרות", אלא שאין החוק מבהיר מהן אותן "תרופות אחרות" שהנפגע מהפרת חיוב ההשבה יהיה זכאי להן. יתרה מזו, הדעת נותנת שכוונת המחוקק בסעיף זה הייתה למנוע שלילת תרופות שהנפגע זכאי להן מכוחן של עילות אחרות (חוזיות, נזיקיות), ולא להרחיב את קשת התרופות שעילתן עשיית עושר ולא במשפט.

67 **רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (להלן: עניין א.ש.י.ר.).**

68 "במסגרת הדין 'הפנימי' המכיר בחובת ההשבה, ניתן להעניק סעד של מניעה... ההשבה היא בגין התעשרות שצמחה עקב ההתנהגות הלא הוגנת; המניעה תהיה לאותו פרק זמן שימנע את אי ההגינות..." דברי השופט אהרן ברק, שם, בעמ' 484–485. והשוו לעמדתו ההפוכה של השופט

לשכנע כי התנהגותו של הנתבע (אשר עשויה להביא לידי התעשרותו) עולה כדי עוולה נזיקית או פוגעת בזכות קניין מוכרת. די שיראה כי היא נגועה בחוסר תום־לב, כי היא מנוגדת לכללי התחרות ההוגנת או שנפל בה פסול מוסרי אחר.[69]

להבנתי, פסק־הדין בעניין א.ש.י.ר. מבסס במשפט הישראלי את ההשקפה שלפיה תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט אינה מוגבלת למצבים שבהם קיימת כבר התעשרות לא־צודקת, אלא משתרעת גם על התנהגויות לא־רצויות העלולות להוליך להתעשרות כזו. על־פי תפיסה זו, ממש כשם שעניינם של דיני הנזיקין אינה רק הטלת חובות של תיקון ופיצוי על עוולות לאחר התרחשותן, אלא גם מניעתן מראש באמצעות צווי מניעה, כך גם דיני עשיית עושר ולא במשפט. מטרתם של דינים אלה אינה מתמצית בהטלת חובות השבה בדיעבד. נודעת להם מטרה נוספת, חשובה אף היא: מניעת התנהגות פסולה אשר עלולה להוליך (או שכבר גרמה) למצב משפטי לא־רצוי שבו יימצא אדם אחד מתעשר לא כדין על־חשבון רעהו.[70]

אם הניתוח דלעיל נכון, אזי במשפט הישראלי דיני עשיית עושר ולא במשפט מטילים חיובים משני סוגים: (1) חיוב להשיב (בדיעבד) התעשרות לא־צודקת (בין אם זו הופקה בדרך פסולה ובין אם לאו); (2) חיוב להימנע (מראש) מהתנהגות פסולה (ולכן "עוולתית" במובן הרחב) שיש בה כדי ליצור התעשרות לא־צודקת. הצגה זו של מהות החיובים בדיני עשיית עושר ולא במשפט מלמדת שהנפקות המעשית של החלת פרק התרופות על תחום זה רחבה עוד יותר ממה שניתן להעלות על הדעת במבט ראשון. כפי שהסברתי קודם, המשמעות המיידית והברורה ביותר של החלה זו היא האפשרות לפסוק תרופות (ובעיקר

יצחק אנגלרד, אשר סבר כי "...אין מקום לתת צווי מניעה במסגרת חוק עשיית עושר ולא במשפט. חוק זה עוסק בהשבת רווחים ולא במניעת התנהגויות שלא כדין". שם, בעמ' 448.

69 בעניין א.ש.י.ר., לעיל הערה 67, הבהירו שופטי הרוב כי על־מנת שהעתקה של יצירה תיחשב כמצמיחה התעשרות לא־צודקת למעתיק, נדרש "יסוד נוסף" בעל "מטען ערכי שלילי", אשר תואר ונוסח על־ידי השופטים השונים בצורות שונות. ראו, למשל, את מבחנו של השופט אהרן ברק בפרשה זו, שם, בעמ' 450 (תחרות לא־הוגנת העולה כדי חוסר תום־לב אובייקטיבי); והשוו למבחנו של השופט יצחק זמיר, שם, בעמ' 493 (נדרשת "חומרה מיוחדת" במעשה ההעתקה, המתקיימת כאשר ההעתקה נעשתה ביודעין, מתוך רצון להתעשר ותוך פגיעה במשאב רוחני של הנפגע).

70 הגישה המרחיבה ביחס לדיני עשיית עושר ולא במשפט אומצה על־ידי בית־המשפט העליון עוד בד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221 (להלן: עניין אדרס), שבו הוכרה תחולתם האפשרית של דיני עשיית עושר ולא במשפט, לצידם של דיני החוזים, על מצבים שבהם הופר חוזה באופן שהביא לידי התעשרותו של המפר עקב ההפרה. אולם התרופה שניתנה בעניין אדרס באה בדמות חיוב מסורתי בהשבת התעשרות בדיעבד (שהוחל אומנם בנסיבות לא־מסורתיות של הפרת חוזה), ולא בדמות צו למניעת התעשרות פסולה בעתיד. ביקורת על התפיסה המרחיבה שלפיה דיני עשיית עושר ולא במשפט עשויים לחול גם בתביעות חוזיות הביע בשעתו יצחק אנגלרד. ראו יצחק אנגלרד "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט" ספר זיכרון לגד טדסקי (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מיכאל ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, תשנ"ו, כרך ב) 3.

פיצויים) נגד מי שהפר את חיובו להשיב התעשרות לא־צודקת. אולם הניתוח שערכתי בשורות האחרונות מלמד שפרק התרופות עשוי להעמיד תרופות לתובע בעילה של עשיית עושר ולא במשפט גם במצבים נוספים, שבהם עילת התביעה אינה נעוצה בסירובו של הנתבע להשיב טובת־הנאה שבה הוא מחזיק לא כדין, אלא בהתנהגות עוולתית שלו העלולה להביא בעתיד לידי התעשרות לא־צודקת שלו על־חשבון התובע (להלן: התעשרות עוולתית).[71] במצבים נוספים אלה יהיה התובע זכאי לצווי אכיפה, לפיצויים, ולמעשה לכל תרופה רלוונטית הקבועה בפרק התרופות, וזאת לא רק בתגובה על המחדל של אי־השבת התעשרות שהמשך ההנאה ממנה אינו צודק, אלא גם בתגובה על התנהגות עוולתית שקדמה להתעשרות, ואשר הביאה (או עלולה להביא) לידי היווצרותה.[72] אומנם, חלק גדול מאותן התנהגויות עוולתיות המביאות לידי התעשרותם של אנשים לא כדין על־חשבון זולתם עשוי להקים לצד הנפגע עילות חוזיות או נזיקיות, ובמקרים אלה לא יהיה צורך בהסתמכות על העילה (המקבילה) בעשיית עושר ולא במשפט לשם זכייה באותן תרופות. אולם במקרים אחרים (דוגמת אלה שנידונו בעניין א.ש.י.ר.), שבהם מעשהו של הנתבע המנסה להתעשר על־חשבון רעהו בדרך פסולה טרם הוכר כעוולה נזיקית (או כהפרה של חיוב קונקרטי שבדין אחר) ואף אינו בגדר הפרת חוזה, תיוותר העילה בעשיית עושר ולא במשפט משענתו היחידה של התובע.

(ד) הנפקות המעשית של החלת פרק התרופות על חיובים אחרים שבדין

מהי הנפקות המעשית של החלת פרק התרופות על שלל החיובים במשפט האזרחי, לרבות אלה שאינם נופלים תחת אחת הקטגוריות הראשיות של דיני החיובים (חוזים, נזיקין, עשיית עושר ולא במשפט)?

גם על שאלה זו לא נוכל לענות באופן ממצה במסגרת המאמר הנוכחי.[73] נסתפק אפוא בציון עמדתנו כי עיקר חשיבותו של פרק התרופות בהקשר זה הוא בהשוואת מעמדם של החיובים שבדין למעמדם של החיובים מדיני החוזים ומדיני הנזיקין. פירושה המעשי של החלת פרק התרופות על כל חיוב (אזרחי) הוא כפול: ראשית, פירוש הדבר שכל חיוב משפטי המוטל על אדם במסגרת המשפט האזרחי, בין מכוחו של חיקוק

71 להבחנה בין התעשרות עוולתית להתעשרות אוטונומית ראו Birks להלן הערה 141 והטקסט הצמוד לה.

72 לשם הדגמה, במקרים כגון אלה שנידונו בעניין א.ש.י.ר., המזכה עשוי לתבוע תשלום עונשי ("פיצויים עונשיים") מהזוכה אם האופן שבו פעל להשגת ההתעשרות שהפיק שיקף הפרה בוטה במיוחד של זכויות המזכה. סנקציה זו אינה אפשרית מכוחה של עילה המושתתת על הפרת החיוב להשיב את ההתעשרות בדיעבד בכל אותם מקרים שבהם הזוכה ניסה להתעשר על־חשבון התובע אך לא הצליח בכך, או במקרים שבהם סירובו להשיב את ההתעשרות שהפיק אינו משקף התנהגות אנטי־חברתית בדרגה המצדיקה פסיקת תשלום עונשי.

73 דיון ראשוני בשאלה זו ניתן למצוא בספרו של דויטש, לעיל הערה 56, בעמ' 293–298.

ובין מכוחה של הלכה פסוקה, הוא חיוב אכיף שהפרתו תזכה את הנפגע בתרופה;[74] שנית, וחשוב מכך, החלתו המפורשת של פרק התרופות על כלל החיובים מספקת מענה לשאלה – אשר במקרים רבים אינה זוכה במענה בדין הנוהג – בדבר סוגי התרופות שניתן לקבל על הפרתו של חיוב פלוני שבדין. פרק התרופות מסיר ספקות אפשריים בשאלה זו, שכן עולה ממנו כי קשת התרופות שניתן לפסוק לנפגע מהפרת חיוב שבדין אינה שונה כל עיקר מזו העומדת לרשות מי שנפגע מהפרת חוזה או מעוולה בנזיקין.[75]

4. תחולתו של פרק התרופות על חיובי הרשות כלפי הפרט

דיני החיובים נתפסים במסורת המשפטית כענף של המשפט הפרטי. מתוקף כך, ומתוקף היכללותו בחלק החיובים, אך מובן הדבר שפרק התרופות נועד לחול בראש ובראשונה על חיובים שבין אדם לחברו. אולם מה דינם של חיובים או חובות המוטלים על רשות ציבורית הפועלת על־פי דין כלפי אדם או גוף פרטי? האם יחולו על הפרתם של חיובים אלה הוראות הקודקס בכללותן והוראות פרק התרופות בפרט? במילים אחרות, האם חובה המופנית מהרשות אל הפרט היא בגדר "חיוב" לצורך הפרק?

סעיף 844 להצעת הקודקס מספק לכאורה מענה נחרץ לשאלה זו. הסעיף מחיל את מכלול ההוראות שבקודקס על המדינה, בקובעו ש"לעניין חוק זה דין המדינה כדין כל אדם". הוראה זו היא חדשנית, ואולי אף מהפכנית, שכן היא מנוגדת לכלל המעוגן כיום בסעיף 42 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], שלפיו דבר חקיקה לא יחול

74 למסקנה זו ניתן להגיע גם כיום מכוח העיקרון שלפיו "אין זכות בלא סעד" (*ubi ius ibi remedium*), אולם הבהרת הדבר בחקיקה תסלק ספקות מיותרים בעניין זה, וכך תחסוך התדיינות מיותרת, תגביר את הוודאות המשפטית ואף תחזק את מעמדן של זכויות וחובות שנקבעו בחוק ובהלכה הפסוקה מבלי שהוגדרו התרופות בגין הפרתן.

75 למשל, סעיף 39 לחוק החוזים, הקובע את חיוב תום־הלב (שהוא חיוב מן הדין), אינו מגדיר את קשת הסעדים הבסיסית שניתן לקבל בגין הפרתו של חיוב זה. בתי־המשפט נמנעו מטבע הדברים מלכבול את עצמם בנושא זה, וקבעו כי קשת התרופות פתוחה, ומשתנה ממקרה למקרה. ראו את דברי השופט אהרן ברק בבג"ץ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים באר־שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לה(1) 828, 838–839. פרק התרופות ימלא חֶסר זה, ויבהיר שהפרת חיוב תום־הלב (בין בשלב החוזי, בין בשלב הטרום־חוזי) מזכה את הנפגע בכל אותן תרופות העומדות לנפגעים מהפרת חוזה ומעוולות נזיקין. קטגוריה חשובה אחרת של חיובים מן הדין היא זו של חיובים הכלולים בפסק־דין המחייב נתבע לעשות פעולה או לשלם סכום כסף לתובע. הפרתם של חיובים אלה נאכפת כיום באמצעות תביעות ללשכת ההוצאה לפועל שמטרתן להביא לידי אכיפת פסקי־הדין. החלת פרק התרופות על חיובים אלה פירושה שהמפר צו שיפוטי מסתכן לא רק בהליך למימוש פסק־הדין, אלא גם בתביעה משפטית לפיצויים (ובמקרים חמורים אף לתשלום עונשי) בגין הפגיעה בזוכה על־פי פסק־הדין.

על המדינה בהעדר הוראה מפורשת.[76] בדברי ההסבר להצעת הקודקס אין למצוא נימוק או הצדקה כלשהם להצעה זו להחיל את המשפט האזרחי, כמות שהוא, על המדינה.[77]

ניתן לשער שבסיסה של ההצעה האמורה הוא ברעיון שלפיו האידיאל של שלטון החוק מחייב לא לנהוג איפה ואיפה במדינה כאשר היא פועלת בגדרי המשפט הפרטי, ולהשוות את היחס אליה לזה הניתן במסגרת המשפט הפרטי לכל גוף פרטי. אכן, בית־המשפט העליון מתח לא אחת ביקורת על הגישה העולה מסעיפים דוגמת סעיף 42 לפקודת הפרשנות, וטען כי הם עומדים בסתירה לעקרון השוויון לפני החוק.[78] זאת ועוד, בחוקים אזרחיים לא־מעטים נקבעה במפורש תחולתו של החוק על המדינה.[79]

אולם דווקא בתחומי האחריות העיקריים במשפט האזרחי – התחום החוזי ותחום האחריות בנזיקין – מעמדה של הרשות הציבורית אינו בהיר לחלוטין. בתחום האחריות בנזיקין חלו תמורות במשך השנים בסוגיית אחריותה של המדינה.[80] עד לשנת 1952 נהנתה המדינה מחסינות רחבה מפני אחריות אישית או שילוחית בנזיקין, וזאת בדומה למצב ששרר באנגליה עד שנת 1947.[81] חסינות כללית זו צומצמה במידה ניכרת עם חקיקת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב־1952, הפוטר את המדינה מאחריות בנזיקין על מעשים שנעשו במסגרת הרשאה חוקית (או מתוך אמונה בתום־לב בקיומה) רק כאשר אין בהם משום "רשלנות שבמעשה".[82] בכך הושווה מעמדה של המדינה למעמדם של עובדי הציבור, אשר חסינים, מכוח סעיף 7(א) לפקודת הנזיקין, מאחריות למעשים שנעשו בתחום סמכותם (או מתוך אמונה בקיומה) רק בתביעות שעילתן אינה רשלנות. הגבלה זו של חסינות המדינה ועובדיה מפני תביעות בגין רשלנות בנזיקין עשויה ליצור את הרושם שלעניין משטר האחריות העיקרי בנזיקין, המבוסס על

---

76 סעיף 42 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], התשכ"ד־1954, דמ"י נ"ח 2 (להלן: פקודת הפרשנות), קובע: "אין חיקוק בא לגרוע מכל זכות של המדינה או להטיל עליה חובה, אלא אם נאמר בו במפורש."

77 דברי ההסבר לסעיף 844 להצעה מסתפקים באמירה הכללית כי "למען הסר ספק, מורה הסעיף כי חוק זה יחול גם על המדינה". גם בספרו של דויטש אין לכך הסבר של ממש, והמלומד מסתפק בציון עמדתו כי הוראת סעיף 42 לפקודת הפרשנות היא "ארכאית באופייה, ויש מקום לשקול את ביטולה הגורף, תוך היפוך הכלל, באופן שאם דין נתון מבקש להחריג את תחולתו בכל הנוגע למדינה, על הדין הנדון לומר זאת". דויטש, **לעיל הערה 56**, בעמ' 56.

78 ראו, למשל, את דברי הנשיא אהרן ברק (דעת מיעוט) בע"א 8558/01 **המועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ**, פ"ד נז(4) 769, 790–791.

79 ראו, למשל, סעיף 22 בחוק החוזים האחידים, תשמ"ג־1982, ס"ח 8; סעיף 6(ב) בחוק עשיית עושר ולא במשפט; סעיף 10 בחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד־1964, ס"ח 77; סעיף 28 בחוק ההתיישנות, תשי"ח־1958, ס"ח 112.

80 לסקירה מקיפה ראו ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" **משפט וממשל** ב (תשנ"ה) 339, 375–402.

81 **שם**, בעמ' 375.

82 ראו סעיפים 2 ו־3 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב־1952, ס"ח 339.

עוולת הרשלנות, אין הבחנה בין דין הפרט לדין הרשות הציבורית.[83] אולם רושם זה עלול להטעות.

לאמיתו של דבר, גם בתחום הרשלנות לא החילה הפסיקה על רשויות הציבור דין זהה לדין החל על היחיד. עד שלהי שנות השבעים שלטה בפסיקת בית־המשפט העליון גישה שמרנית למדי, אשר צמצמה במידה משמעותית, באמצעות הבחנות שונות מהמשפט האנגלי, את היקף האחריות של המדינה ורשויות הציבור בעוולת הרשלנות.[84] בפרשות גרובנר[85] ואייל[86] הסתמנו ניצניה של גישה ליברלית יותר, אשר התבססה והתעצמה בשנות השמונים בסדרת פסקי־דין חשובים של בית־המשפט העליון, שהרחיבו במידה משמעותית את אחריותם של רשויות הציבור ועובדי הציבור, לפחות להלכה.[87] אולם למעשה, בחינת הפסיקה הרלוונטית בשנים שלאחר־מכן מלמדת שפוטנציאל ההרחבה הגלום בגישה הליברלית לא מומש בפסיקותיו של בית־המשפט העליון.[88] יתרה מזו, בעניין לוי[89] הסתמנה הסתייגות ברורה מהגישה המרחיבה ששלטה בכיפה קודם לכן, והובעה תמיכה מפורשת בצורך להישמר מפני החלה גורפת של עקרונות האחריות ברשלנות על מעוולים ציבוריים. הסתייגות זו בפסק־הדין בעניין לוי עוגנה לא רק בשיקולי מדיניות מעשיים, כגון החשש מפני פגיעה בתפקודה של הרשות, הרתעת־יתר, הצפה וכיוצא בהן, אלא גם בשיקול העקרוני בדבר הקושי להחיל על הרשות הציבורית, המפעילה שיקול־דעת רחב, את סטנדרט ה"סבירות" האובייקטיבי שבית־המשפט מורגל להחילו בתביעות נזיקין בין פרטים.[90] שיקולים אלה הוליכו את בית־המשפט למסקנה הבאה:[91]

---

83 לעניין האחריות בנזיקין בעוולות המבוססות על אחריות חמורה או מוחלטת ניתנת גם כיום חסינות רחבה לרשות ולעובדיה. ראו גלעד, לעיל הערה 80, בעמ' 384.

84 לסקירת הדין בתקופה זו ראו גלעד, שם, בעמ' 384–388.

85 ע"א 343/74 **גרובנר נ' עיריית חיפה**, פ"ד ל(1) 141.

86 ע"א 684/76 **אייל נ' פוקסמן**, פ"ד לא(3) 349.

87 ראו ע"א 145/90 ועקנין נ' המועצה המקומית בית־שמש, פ"ד לז(1) 113; ע"א 862/80 **עיריית חדרה נ' זוהר**, פ"ד לז(3) 757; ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט(1) 113 (להלן: עניין גורדון). לסקירת הלכות אלה ומשמעותן ראו גלעד, לעיל הערה 80, בעמ' 389–393.

88 ישראל גלעד מתאר את המצב שנוצר בתקופה זו במילים אלה: "על אף שהמסר מרחיב האחריות הטביע את חותמו, לא ניתן לומר כי פוטנציאל ההרחבה המשמעותית של האחריות אכן מומש. בעיקרו של דבר, אם מתעלמים מהרטוריקה, נשמרו גדרי האחריות של הגישה המסורתית." גלעד, שם, בעמ' 493. לסקירת הפסיקה הרלוונטית ראו שם, בעמ' 402–493.

89 ע"א 915/91 **מדינת ישראל נ' לוי**, פ"ד מח(3) 45 (להלן: עניין לוי).

90 "כאשר מדובר בפעולה שלטונית אשר אינה מוגבלת בסטנדרטים ברורים, והמערבת שיקולי מדיניות רחבים, שיקולים הדורשים עשיית איזון בין השקפות פוליטיות, כלכליות או חברתיות מתחרות... בדיקת יסוד ההתרשלות פירושו העברת ביקורת שיפוטית על הכרעות הרשות, להבדיל מבדיקת חריגה מהתנהגות סבירה... הקריטריון של דיני הנזיקין בעניין של התרשלות אינו מתאים לבדיקת החלטות מסוג זה." עניין לוי, שם, בעמ' 79–80 (הנשיא מאיר שמגר).

91 שם, בעמ' 85.

"כאשר עניינה של טענת הרשלנות הוא בהפעלת שיקול דעת, על בית המשפט לצאת מנקודת מוצא כי המדינה לא תחוב בנזיקין, למעט מקרים חריגים. נקודת מוצא זו עולה בקנה אחד עם ההכרה בכך שהרשות מפעילה את שיקול דעתה לא לטובתה היא, אלא לטובת הציבור בכללותו."

ברם, מפסק־הדין עולה כי בתחומי עשייה שבהם קיימת מקבילה במישור הפרטי לפעולות הרשות (כגון פעולה לצורך שמירה על רכוש שבבעלותה או בניהולה של המדינה, טיפול בענייניו של פרט מסוים וכולי) יחול עקרון השוואת המעמד, המכפיף את המדינה ורשויותיה לאותה מערכת דינים החלה על אדם פרטי.[92]

עקרון השוואת המעמד עולה גם מאמירות כלליות של בית־המשפט העליון באשר לעקרונות הפיצוי בנזיקין על נזקי גוף. כך, למשל, אומר השופט ברק בעניין נעים:[93]

"...אין משנים הערכת הפיצוי רק משום שמתברר, כי לא המזיק הישיר הוא הנושא בנטל הכספי אלא גוף או גופים אחרים. כללי הערכת הנזק, החלים על המדינה, 'המפזרת' את הסיכון באמצעות המיסים על כלל הציבור, הם אותם כללים, החלים על כל מזיק אחר... צרכיו של הניזוק – ולא יכולתו של המזיק – הם העומדים ביסוד הערכת הנזק בנזיקין."

לשיטתי, החלה גורפת של דיני הנזיקין על רשויות הציבור בכלל, ועל המדינה בפרט, היא בעייתית גם כאשר הפעילות של הרשות הציבורית מתרחשת במסגרות ובתחומי פעילות שיש להם "מקבילה" במישור הפרטי. אסביר את דבריי.

המדינה שונה במהותה מכל גוף פרטי. היא ורשויות ציבוריות נוספות הפועלות מכוח הדין מופקדות על האינטרס הציבורי של כלל אזרחי המדינה, להבדיל מאינטרס פרטי של אדם יחיד או של קבוצת יחידים. המדינה מחויבת לדאוג לענייניה ולעתידה של החברה כולה, בעוד הפרט אינו מחויב בכך. בכך הרשות הציבורית נבדלת מכל פרט אחר – אדם או תאגיד. חובתה הכללית של הרשות הציבורית כלפי הציבור עשויה במקרים רבים להשפיע על יכולתה להתחשב באינטרסים של היחיד ועל המשקל שראוי לתבוע ממנה לייחס לאינטרס זה. זאת, בין שהאינטרס של היחיד מעוגן במסגרת המשפט הציבורי (החוקתי או המִנהלי) ובין שהוא מעוגן במשפט הפרטי. לעיתים ישפיע מעמדה המיוחד של הרשות הציבורית לכיוון של החמרה בחובות המיוחסות לה כלפי הפרט, ולעיתים להפך – יוביל לריכוכן ולמיתונן של חובות אלה.

---

92 "הכלל הוא, כי מעשי הרשות יוצרים חובת זהירות שלה כלפי נפגעים פוטנציאליים. זה המצב כאשר מדובר בפעילות המדינה כבעלת שטח או נכס... או כאשר המדינה מטפלת בענייניו האישי־פרטי של אדם פלוני. לפעולות אלה יש מקבילה במישור הפרטי, ועל כן, אין דינה של המדינה שונה מדינו של כל אדם אחר. חובת זהירות מוטלת, במקרים אלו, בין אם היה מדובר בהחלטה המערבת שיקול דעת ובין אם לאו." שם, בעמ' 79.

93 ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 775 (להלן: עניין נעים).

אכן, בתחום של חוזי הרשות מקובלת בפסיקתו של בית־המשפט העליון ההנחה כי על משאים־ומתנים, מכרזים ועסקות שהרשות עורכת עם הפרט לא יחול דין החוזים כמות שהוא, אלא דין חוזים מיוחד, המבטא את "הדואליות הנורמטיבית" המאפיינת מצבים שבהם רשות ציבורית פועלת בתחומי המשפט הפרטי.[94] דוגמה מובהקת להשפעתה של "דואליות" זו היא הלכת ההשתחררות המִנהלית, המאפשרת לרשות – מטעמים של טובת הציבור – להתנער באופן חד־צדדי מחוזה או מהבטחה מבלי לחוב עקב כך אפילו בפיצויים.[95] מאידך גיסא, המדינה מחויבת, למשל, בחובת שוויון מוגברת כלפי פרטים שעימם היא מנהלת משא־ומתן, וזאת בשעה שחובה כזו אינה מוטלת על הפרט.[96]

ודייקו: הדואליות הנורמטיבית האמורה חלה בתחום החוזי־המסחרי הן על פעילות שלטונית מובהקת של הרשות והן על פעילות אחרת שיש לה מקבילות בתחומי הפעילות של גופים פרטיים. היטיב להבהיר זאת הנשיא ברק בעניין רגב:[97]

> "הלכת ההשתחררות מאפשרת למדינת ישראל (או רשות מינהלית אחרת הפועלת בגדרי המשפט הפרטי) להשתחרר מחוזה שהיא צד לו, בלא שהדבר ייחשב כהפרת החוזה. השתחררות זו אפשרית רק אם 'צרכי־ציבור חיוניים' אינם מתיישבים עם המשך הקשר החוזי... במקורה הוחלה הלכה זו על חוזים 'שלטוניים' בלבד, בהם ההסכם הוא בקשר להפעלתה של סמכות שלטונית. לימים התגבשה ההשקפה כי הלכה זו חלה גם על חוזים 'מסחריים', בהם הרשות המינהלית פועלת כבעלת נכסים ואינטרסים ככל פרט אחר בגדרי המשפט הפרטי... ביסוד הרחבה זו של הלכת ההשתחררות מונחים שני טעמים: ראשית, ההבחנה בין החוזה השלטוני לבין החוזה המסחרי היא קשה, והגבולות מטושטשים עד לבלי הכר; שנית, להבחנה, גם אם ניתן היה לבססה, אין צידוק. כאשר צרכי ציבור חיוניים מחייבים זאת, יש לאפשר לרשות המינהלית להשתחרר גם מחוזה מסחרי."[98]

לטעמי, קשה לראות מדוע לא יחול היגיון זה, הקורא להתאמת דיני החוזים להקשר המיוחד

---

94 ראו, למשל, את דעתה של השופטת דורית ביניש בע"א 9347/01 **יעקב וייספיש נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נז(5) 241, 248–249: "נוכח העובדה שהחוזה שלפנינו הינו חוזה רשות, היינו, חוזה שנכרת בין אדם פרטי ובין גוף ציבורי, חלה על החוזה 'דואליות נורמטיבית'."

95 בג"ץ 311/60 **מילר נ' שר התחבורה**, פ"ד טו 1989. לדיון בהלכות ההשתחררות המִנהלית ראו גבריאלה שלו "חוזי רשות" **משפטים** טז (תשמ"ו) 543.

96 ראו לעניין זה את ההלכה שנפסקה, בדעת רוב, בד"נ 22/82 **בית יולס נ' רביב**, פ"ד מג(1) 441.

97 ע"א 6328/97 **עזרא רגב נ' משרד הביטחון**, פ"ד נד(5) 506, 525–526.

98 הנשיא אהרן ברק מפנה לספרה של גבריאלה שלו, **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** (תש"ס) 69, שם היא מציינת בהקשר של הלכת ההשתחררות המִנהלית כי "על ההבחנה בין חוזים שלטוניים וחוזים מסחריים אבד הכלח ואין עוד כיום מי שחוזר עליה. אין אפוא מקום להגביל את הלכת ההשתחררות לחוזים שלטוניים אלא יש להחילה על כל חוזי הרשות, לסוגיהם השונים".

של חוזי רשות, גם בתחום האחריות בנזיקין. אכן, קביעת בית־המשפט העליון, כפי שנפסק בעניין לוי, כי "הרשות מפעילה את שיקול דעתה לא לטובתה היא, אלא לטובת הציבור בכללותו"[99] נראית לי ישימה בכל תחומי פעילותה של הרשות, ולא רק בתחומי הפעילות הקלסיים של השלטון (קביעת מדיניות, חלוקת תקציבים, מתן רשיונות וכולי). אכן, בספרות המשפטית בוקר הניסיון שנעשה בפסיקתו של בית־המשפט העליון ליצור הבחנה ברורה בין פעילות (עוולתית) שלטונית של הרשות הציבורית לבין פעילות (עוולתית) פרטית. ישראל גלעד, מבכירי המלומדים בישראל בתחום הנזיקין, כותב בהקשר זה כך:

> "גם בהיבט זה [פעילות שלטונית שיש לה מקבילה בפעילות פרטית] ניתן להבחין בין פעילות פרטית מובהקת... לבין פעילות פרטית שמוקנה לה גוון ציבורי או שלטוני, אם בשל היותה כרוכה בפעילות שלטונית ואם בשל מעמדה המיוחד של הרשות. מנקודת מבטו של המשפט הפרטי יתבטא גוון ציבורי זה במתן משמעות ותוכן מיוחדים לכללי המשפט הפרטי המוחלים על פעילות זו."[100]

> "...גם כאשר פעילות מסויימת מסווגת כפעילות פרטית אין להחיל את עקרון השוואת המעמד באורח מכני. בדומה לדין חוזי הרשות, מעמדה המיוחד של הרשות הציבורית יכול להצדיק החמרה עמה בהשוואה למזיק פרטי... או הקלה יחסית..."[101]

לסיכום, אף שהמבנים המשפטיים הבסיסיים של המשפט הציבורי (החל על היחסים שבין הרשויות ועל יחסיהן עם הפרט) ושל המשפט הפרטי (החל בין יחידים לבין עצמם) עשויים להיות זהים במקרים רבים, השיקולים הצריכים להפעלתם אינם זהים כלל ועיקר. משקלם של השיקולים הרלוונטיים ("ציבוריים" מזה וה"פרטיים" מזה) עשוי להיות שונה באופן משמעותי כאשר הנתבעת או התובעת הן רשות ציבורית, ושוני זה מחייב התייחסות שונה של המשפט.

בעשורים האחרונים גוברת ההכרה בכך שההבחנות המקובלות בין המשפט הציבורי מזה

---

99 עניין לוי, לעיל הערה 89, בעמ' 85.

100 גלעד, לעיל הערה 80, בעמ' 341. המלומד מציין שבמשפט האמריקאי הוצעו מבחנים שונים להבחנה בין פעולה "שלטונית" לבין פעולה "פרטית" של רשות שלטונית, אלא ש"ריבוי המבחנים והעדר עקביות ביישומם עוררו ביקורת על ההבחנה והסתייגות ממנה". שם, בעמ' 70. גלעד מותח ביקורת גם על הניסיון שנעשה בעניין לוי, לעיל הערה 89, להבחין בין מצבים שבהם ראוי להטיל אחריות בנזיקין לבין אלה שבהם אין הדבר ראוי (למעט חריגים), על יסוד ההבחנה בין פעילות שיש בה שיקול־דעת רחב לבין פעילות שיש לה מקבילה במישור הפרטי. לדעת גלעד, ההבחנה הראויה צריכה להיערך "על פי מבחן מעורב של ייחודיות הפעולה, מטרתה, והצורך להתחשב במעמדה המיוחד של הרשות הציבורית גם כאשר היא פועלת בתחומי המשפט הפרטי". גלעד, שם, בעמ' 71.

101 גלעד, שם, בעמ' 72.

והמשפט הפרטי מזה הולכות ומיטשטשות.[102] לפחות ברמה התיאורית, דומה שקשה לחלוק על כך שדוקטרינות מתחום אחד עשויות לשמש – ומשמשות בפועל – גם בתחום האחר. סעדי הציווי והפיצויים, שנתפסו בעבר כאופייניים להליכים אזרחיים בלבד, מוכרים כיום ואף נפסקים לעיתים בפועל גם במסגרת הליכים מִנהליים.[103] רעיונות וערכים מחלחלים, לפחות לשיטתם של חלק משופטינו, מהמשפט הציבורי ומחוקי־היסוד אל עבר היחסים שבין אדם לחברו, וזאת באמצעות מושגי־שסתום של המשפט הפרטי, כגון צדק, תום־לב, רשלנות ותקנת הציבור.[104]

תופעה זו עשויה אולי להיראות במבט ראשון כעולה בקנה אחד עם ההצעה להחיל דין אזרחי אחיד על המדינה ועל הפרט, ולא היא. העובדה שאין מקום לחסן מלכתחילה את הרשות הציבורית מפני אחריות אזרחית לפגיעה בזכויות הפרט, ושהרשות והפרט כפופים בימינו למערכת הולכת ומתמזגת של עקרונות, ערכים ודוקטרינות, אין פירושה שיישומם ואיזונם של עקרונות אלה אינו צריך להיעשות – ואף נעשה בפועל – באופן שונה כאשר הצדדים לסכסוך הם פרט ורשות ציבורית.[105]

---

102 לביקורת מודרנית על ההבחנה הכללית בין משפט ציבורי למשפט פרטי ראו: Carol Harlow "'Public' and 'Private' Law: Definition without Distinction" 43 *Mod. L. Rev.* (1980) 241. לנסיון התמודדות עם הבעיה ראו: Peter Cane "Public Law and Private Law: A Study of the Analysis and Use of a Legal Concept" in *Oxford Essays in Jurisprudence* (Oxford, 3rd Series, John Eekelaar & John Bell eds., 1987) 57. לפער בין מעמדה האיתן של ההבחנה בין הציבורי לפרטי בתודעה הציבורית־הפוליטית, המייחסת לה עדיין חשיבות ומשמעות, לבין הנסיגה המשמעותית במעמדה בקרב האקדמיה האמריקאית ראו: Robert H. Mnookin "The Public/Private Dichotomy: Political Disagreement and Academic Repudiation" 130 *U. Pa. L. Rev.* (1982) 1429. למגמות דומות בישראל ראו, למשל, דפנה ברק־ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות־גומלין" משפט וממשל ה (תש"ס) 95. הנטייה למיזוג והרמוניזציה בין המשפט הציבורי והמשפט הפרטי ניכרת היטב בכתיבתו השיפוטית והאקדמית של הנשיא אהרן ברק. ראו ע"א 294/91 **חברה קדישא נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 530 (להלן עניין **חברה קדישא**): "מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה..." והשוו לדברי השופט אליעזר ריבלין ברע"פ 2976/01 **בתיה אסף נ' מ"י**, פ"ד נו(3) 418, 478–479: "עצם ההבחנה בין המשפט האזרחי לבין המשפט הפלילי, בין המשפט הפרטי לבין משפט הציבור היא הבחנה יחסית... משפט הפרט ומשפט הציבור עשויים להתערב זה בזה וההבחנה ביניהם עשויה לעתים להתעמעם."

103 לדיון מקיף בשאלות שמעוררת פסיקת פיצויים נגד רשויות ציבור בגין עוולות של המִנהל כלפי הפרט, ראו דפנה ברק־ארז עוולות חוקתיות: **ההגנה הכספית על הזכות החוקתית** (תשנ"ד).

104 "תורת התחולה העקיפה" של זכויות האדם במשפט הפרטי זכתה בעיגון בפסיקתו של נשיא בית־המשפט העליון אהרן ברק. ראו, למשל, את דבריו בעניין **חברה קדישא**, בעמ' 529–532. לביקורת על עמדתו של הנשיא אהרן ברק ראו, למשל, את עמדתה של גבריאלה שלו, לעיל הערה 36, בעמ' 56–65.

105 לדעתי, קריאה ביקורתית של הפסיקה בתחומי החוזים והנזיקין עשויה לגלות שבמקרים לא־מעטים מעמדה הציבורי של הרשות מוליך לא רק למתן חסינות או הגנה גורפות מפני אחריות,

לנוכח כל האמור נראה לי כי תהיה זו טעות לחייב את בתי־המשפט להחיל את המשפט הפרטי על יחסים שבין הפרט לרשות ציבורית מבלי שתינתן להם – באופן גלוי ומפורש – הרשות והסמכות להתאימו למאפיינים המיוחדים של יחסים אלה.[106] אשר על־כן הייתי מציע, למצער, לשנות את ניסוחו של סעיף 844 לקודקס באופן שיבהיר כי החלת הקודקס האזרחי על המדינה תיעשה רק ככל שהדבר אפשרי ומתאים, כלומר – "בשינויים המתחייבים ממעמדה של הרשות הציבורית ומנסיבות העניין".

אלא גם להפעלה מגמתית של הדין הראשוני ודיני התרופות כדי לתת ביטוי ראוי למשקלו של האינטרס הציבורי. למשל, למרות הרטוריקה השוויונית העולה מדבריו של השופט אהרן ברק בעניין נעים, דווקא בפסק־דין זה נדחתה עמדתו – התומכת באימוץ אמת־מידה של "פיצוי מלא" בתביעות נזקי גוף – על־ידי השופטים מאיר שמגר ומנחם אלון. שני האחרונים הביעו באותו מקרה (תביעת נזקי גוף נגד המדינה) נכונות לשקול אמת־מידה מתונה יותר להערכת הפיצויים – זו של "פיצוי הוגן". גם בעניין נירים, סטה בית־המשפט מהכלל הרגיל החל בתביעות בגין נזקי רכוש, וציין במפורש כי הדבר נובע מכך ש"כאן העיקרון של השבת המצב לקדמותו מסויג על־ידי העיקרון של סיוע לחקלאי תוך שמירה על המסגרת התקציבית..." (שם, בעמוד 261). בית־המשפט אף הוסיף כי במקרה של חוק בעל רציונל חלוקתי, "...כנגד האינטרס שלהם [של החקלאים] לקבל פיצויים ללא ניכוי פחת, קיים אינטרס של הציבור שלא להרחיב יתר על המידה את יריעת הפיצויים..." (שם, בעמוד 257). לדעתי, פסק־הדין המפורסם שניתן בעניין אפרופים, הוא דוגמה מצוינת להפעלה מוסווית של שיקולים ציבוריים בגדרי המשפט הפרטי. בפסק־הדין יצר בית־המשפט, יש מאין, סנקציה חוזית שעל־פי פירוש מילולי סביר של החוזה לא עוגנה בו מלכתחילה (גם אליבא דדעת הרוב). הצידוק הפורמלי להוספתה של הסנקציה סופק על־ידי שופטי הרוב באמצעות הרעיון של תיקון אבסורד בחוזה (השופט דב לוין) ובאמצעות התֵזה הפרשנית המהפכנית של השופט אהרן ברק, שלפיה בסמכותו של בית־המשפט לתקן את לשון החוזה הברורה כאשר הדבר מתבקש מתכלית החוזה (הסובייקטיבית והאובייקטיבית). לדעתי, השיקול העיקרי שהניע את שופטי הרוב היה לא אחר מאשר הרצון להגן על האינטרס הציבורי של המדינה להבטיח כי חוזי בנייה שנחתמו בשעתו עם עשרות קבלנים יספקו תמריץ מספק להקמה מהירה של שיכונים באזורי פיתוח בתקופת גלי העלייה הגואים ממדינות חבר־העמים. שיקול זה לא הוצג בפסק־הדין כנימוק להכרעה, שכן הניתוח המשפטי נעשה שם לאור דיני החוזים הקלסיים, מבלי להזכיר את העובדה שמדובר בחוזה רשות.

106 השאלה לאורם של אילו מבחנים יש לערוך את ההבחנה, ובאילו מישורים של דיני התרופות עליה לבוא לידי ביטוי, היא כמובן שאלה מרכזית, אולם הדיון בה אינו אפשרי במסגרת הנוכחית.

פרק ג: הכולל פרק התרופות את קשת התרופות הנדרשת?

1. קשת התרופות הבסיסית במשפט האזרחי — המודל המוצע

כמו סוגיות תורת־משפטיות רבות, תכליתם של המשפט הפרטי בכלל ושל דיני התרופות בפרט היא סוגיה שנויה במחלוקת. עם זאת, דומה שמעטים יכחישו שהמטרה העיקרית (אם גם לא הבלעדית) של דיני התרופות במשפט הפרטי היא תיקון עוולות שפרט גורם לזולתו, והשבת מצבו של הנפגע לקדמותו.[107] עמד על כך השופט חשין באחת הפרשות:[108]

> "עקרון ההשבה לקדמות עיקרון שליט הוא במשפט הפרטי במקרים שבהם מתחוללת הפרת איזון שהמשפט רואה בה הפרת איזון הראויה להתערבותו של המשפט. כך בדיני נזיקין וכך בדיני חוזים, בדיני עשיית עושר ולא במשפט, בדיני הקניין ועוד. אכן, דרכי יישומו של העיקרון שונות הן בענפי משפט שונים... ואולם עקרון־האב אותו עיקרון הוא."

בשיטת משפט שבה מטרה מרכזית של התרופות במשפט הפרטי היא תיקון עוול שגרם אדם לרעהו, מהי קשת התרופות הבסיסית שעל דיני התרופות להציע לנפגע מהפרת חיוב?[109]

---

107 *International Encyclopedia of Comparative Law* Vol. XI (Torts), Ch. 8 — Consequences of Liability: Remedies (New York, Tunc Gen ed., 1971) 8: "[T]he purposes of compensation and of restitution of the status quo ante are certainly predominant [as purposes of tort liability]". בישראל ראו, למשל, רות גביזון "אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה" **משפטים** ח (תשל"ח) 282, 297; "התפיסה, שהמטרה הבלעדית של דיני הנזיקין היא שיפוי, המתבטאת בעיקרון של השבת המצב לקדמותו, נחשבת בעיני אחדים לבעלת תמיכה אוניברסאלית ולמובנת מאליה." בפסיקה ראו, למשל, את דברי השופט אהרן ברק בע"א 355/80 **אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע**, פ"ד לה(2) 800, 808, שם הוא מזכיר את "העיקרון הידוע של 'החזרת המצב לקדמותו' (*restitutio in integrum*), החל לא רק בדיני החוזים, אלא גם בדיני הנזיקין". המטרה של השבת המצב לקדמותו קשורה באופן הדוק לרעיון הצדק המתקן, שיסודו בכתבי אריסטו, ואף נגזרת ממנו. כיום קיימת הכרה נרחבת יחסית במעמדו החשוב של עקרון הצדק המתקן במשפט הפרטי. למקורות רלוונטיים ראו, למשל, אדר, לעיל הערה 3, בהערת־שוליים 34.

108 ע"פ 4466/98 **ראמי דבש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(3) 77, 98–99 (להלן: **עניין דבש**).

109 מודל התרופות שיפורט להלן נתמך באופן חלקי על ידי ניתוחים שערכו מלומדים שעסקו בחקירת דיני התרופות. כך למשל, אחד מבכירי החוקרים בתחום, פרופ' Michael Tilbury מאוסטרליה. מסווג בחיבורו את התרופות השונות של המשפט המקובל על פי חמש מטרות עיקריות: פיצוי (compensation), השבה (restitution), ענישה (punishment), אכיפה (**coercion**) והצהרה (Michael J. Tilbury *Civil Remedies* (Sydney. 1990)

ראשית, ניתן להעלות על הדעת תגובה תרופתית שתכליתה להצהיר על הפגיעה בזכותו של הנפגע. אכן, אחת ממטרותיה החשובות של כל התדיינות משפטית היא תיחום ברור ככל האפשר של מערך הזכויות והחובות ההדדי של התובע והנתבע, ובחינת השאלה אם הנתבע הפר אותו בפולשו לתחום האוטונומיה של התובע. אומנם, על־פי־רוב ההצהרה המוסמכת על הפגיעה בזכות היא רק שלב ראשוני בבירור המשפטי, וברוב המקרים יחפוץ התובע בתרופה נוספת. עם זאת, קשה להתעלם מחשיבותה, הסמלית והמעשית כאחד, של עצם ההצהרה הגלומה בפסק־דין המחייב את הנתבע, הצהרה שבמקרה הטיפוסי מקפלת בחובה גם גינוי מוסרי כלפי הנתבע והתנהגותו.[110]

שנית, ניתן להעלות על הדעת תגובה תרופתית שתכליתה לסלק את ההשלכות השליליות של מעשה העוולה על רווחתו הגופנית, הרכושית, הכלכלית או הנפשית של הנפגע. לשם כך על התרופה האמורה לשאוף להעמדת הנפגע, עד כמה שהדבר ניתן, במצב שבו הוא היה צפוי לעמוד אלמלא העוולה, או במילים אחרות – אילו קוים החיוב שהופר. תרופה זו נועדה להגן על מה שמקובל לכנות "אינטרס הקיום" של הנפגע.[111] אינטרס הקיום

(declaratory relief). המלומד כולל בחיבורו קטגוריה נוספת, של סעדים זמניים (urgent relief) אולם לשיטתנו קטגוריה זו אינה עוסקת בתרופות, אלא בסעדים. חלוקה דומה ניתן למצוא במאמר שכתב Wright, מחשובי המשפטנים האמריקאיים בדורנו, במאמר שכתב בהיותו בן עשרים ושבע(!) "Charles Alan Wright "The Law of Remedies as a Social Institution" 18. *U. Det. L. J.* (1955) 376, 381–382. תמצית התזה של Wright – המקובלת בעיקרה גם עלינו – קובעת כי "...remedies [should] be so fashioned as to prevent this [wrongful] conduct if possible, and that if this be not possible, the remedy should be such as to ensure that the innocent person suffers no loss and the wrongdoer makes no profit from the wrongful act".

110 במובן זה פסק־דין מחייב במשפט האזרחי דומה לפסק־דין מרשיע בפלילים, אם כי עוצמת אות־הקלון הפלילי חמורה כמובן בהרבה מעוצמת אות־הקלון האזרחי. במשפט המקובל התפקיד ההצהרתי האמור מתגלה בבירור במצבים שבהם התובע אינו זכאי לתרופה אופרטיבית. במצבים אלה (כגון כאשר התובע לא הוכיח את זכותו לציווי או לאכיפה) בית־המשפט האזרחי מוסמך על־פי המשפט המקובל לפסוק מה שמכונה "תשלום סמלי" (nominal damages), דהיינו, חיוב כספי בסכום זעום (על־פי־רוב כמה יחידות של המטבע בעל הערך הנמוך ביותר בשיטה המוניטרית). פרט לתפקידו הסמלי נודעת לפסיקת תשלום סמלי משמעות כלכלית, שכן הוא מאפשר לבית־המשפט "להצמיד" לפסק־הדין חיוב של הנתבע בהוצאות משפט ולעיתים אף בתשלום עונשי (punitive damages). אצלנו הובעה בשעתו ביקורת על פרקטיקה זו. ראו אהרן ברק "האם עשוי נזק ממון נומינלי לשמש קולר לתלות בו פיצויים לדוגמא?" **הפרקליט** כ (תשל"ט) 216. מכל מקום, בתביעות חוזיות אין בית־המשפט בישראל מוסמך לפסוק תשלום עונשי. (ע"א 140/73 **שרם נ' גרינברג**, פ"ד כט(1) 194). לדיון בתרופת התשלום הסמלי ובמעמדה במשפט המקובל ראו, למשל: Burrows, *supra* note 10, at pp. 269–270; Lawson, *supra* note 10, at pp. 131–132.

111 בהקשר של דיני החוזים מקובל לעיתים לכנות אינטרס זה "אינטרס הציפייה" (expectation interest). ראו: Lon L. Fuller & William R. Perdue "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L. J.* (1936–1937) 52, 54. אולם כפי שדניאל פרידמן מבהיר, קיימים טעמים טובים להעדיף את המינוח "אינטרס הקיום" על המונח המקורי שטבעו פולר ופרדו

נתפס כאינטרס היסודי והבסיסי ביותר של כל נפגע מעוולה. אינטרס זה תובע שזכותו המשפטית של בעל הזכות לא תופר מלכתחילה, ושאם הופרה – יבוטלו ויוסרו השלכותיה השליליות של ההפרה מבחינתו.

בשיטות משפט מודרניות יש להגנה על אינטרס הקיום שלושה מופעים עיקריים.[112] ראש וראשון לאלה, והמובהק מביניהם, הוא הצו השיפוטי המורה למפר לקיים את חיובו בעין או – אם הדבר אפשרי ודרוש על־מנת להגן על אינטרס הקיום – לסלק את התוצאות הפיזיות של ההפרה. בדיני החוזים בישראל מופע זה מכונה "תרופת האכיפה".[113] תרופת האכיפה מעוגנת למעשה גם בפקודת הנזיקין, אולם כאן היא באה בדמות "תרופת הציווי".[114] מופע נוסף של ההגנה על אינטרס הקיום הוא הדוקטרינה המכונה בדיני החוזים "אכיפה בקירוב" (cy-pres). דוקטרינה זו מאפשרת לבית־המשפט, במצבים שבהם הגנה מדויקת על אינטרס הקיום אינה אפשרית (או אינה סבירה), להורות למפר לקיים את חיובו "בקירוב", ובלבד שהקיום המקורב אינו שונה באופן משמעותי מהקיום המקורי שנדרש מהמפר (על־פי הדין או החוזה).[115] שלישי ואחרון מבין מופעי ההגנה על אינטרס הקיום, והנפוץ מכולם, הוא תרופת פיצויי הקיום. פיצויי הקיום באים להגן על אינטרס הקיום של הנפגע, אולם להבדיל מתרופת האכיפה (או הציווי), המגינה על אינטרס זה בעין, תרופת פיצויי הקיום מעניקה לנפגע (כאשר האכיפה או האכיפה בקירוב אינה אפשרית, אינה סבירה, אינה צודקת או שהנפגע ביכר לוותר עליה) אך את שוויו הכספי, הכלכלי, של הקיום.[116]

במאמרם הידוע. ראו דניאל פרידמן "אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים" **ספר זיכרון לגואלטירו פרוקצ'יה** (תשנ"ז) 377, 383–386.

112 תיאור קולע של שלושת המופעים הללו ניתן למצוא בפסק־דינו של השופט מישאל חשין בעניין **דבש**, **לעיל** הערה 108, בעמוד 99: "המשפט יעשה כמיטבו להשיב מצב לקדמתו בעין; בהיעדר יכולת להשיב מצב לקדמתו בעין יעשה המשפט להשבת מצב לקדמתו קרוב ככל־הניתן להשבה בעין (cy-pres) ובהיעדר יכולת לעשות אפילו כך, ישמש הסולבנט האוניברסלי – הכסף – תחליף להשבת המצב לקדמתו. כך היה מקדמת דנא; כך בימינו־שלנו אף־הם."

113 סעיף 1 לחוק התרופות קובע: "אכיפה – בין בצו לסילוק חיוב כספי או בצו־עשה אחר ובין בצו לא־תעשה, לרבות צו לתיקון תוצאות ההפרה או לסילוקן."

114 ראו סעיפים 71, 73 ו־74 לפקודת הנזיקין. פקודת הנזיקין אינה מגדירה את טיבו של הציווי, אולם בדומה לסעיף 1 לחוק התרופות, סעיף 72 לפקודת הנזיקין מבהיר כי "ציווי יכול שיהיה צו עשה או צו לא־תעשה, לשעה או לתמיד". לעניות דעתי, האיחוד המושגי בין תרופת הציווי בנזיקין לבין תרופת האכיפה שבחוזים הוא אחת התרומות החשובות ביותר של פרק התרופות במישור של פישוט דיני התרופות בישראל ושיפור הקוהרנטיות שלהם.

115 למעמדה של דוקטרינת האכיפה בקירוב בדין החוזים הישראלי ראו ע"א 2686/99 **וולף אייזמן נ' קדמת עדן בע"מ**, פ"ד נה(5) 365, 373–380.

116 בתחום החוזי קבועה תרופת פיצויי הקיום בסעיף 10 לחוק התרופות, המעגן את זכותו של הנפגע מהפרת חוזה לפיצוי על הנזק הצפוי שנגרם לו עקב ההפרה. בפקודת הנזיקין אין סעיף מקביל (סעיף 76 לפקודת הנזיקין מתייחס רק למבחן של ריחוק הנזק), אולם הפסיקה קבעה כי מטרת הפיצויים בנזיקין היא להעמיד את הנפגע במצב שבו היה עומד אלמלא העוולה. מעניין להעיר כאן שאחת הטעויות הרווחות ביותר בקרב משפטנים – באקדמיה ובפרקטיקה כאחת –

שלישית, ניתן להעלות על הדעת מנגנון תרופתי שתכליתו לשלול התעשרות שהפיק המעוול על־חשבון הנעוול אגב ביצוע העוולה.[117] **תרופה זו נתפסת על־פי רוב כנגזרת של העיקרון הכללי בדבר "עשיית עושר ולא במשפט" (unjust enrichment), ובמשפט המקובל היא מכונה "תשלום השבה" (restitutionary damages).**[118] **היא נפסקת באורח**

היא ההנחה כי הפיצויים הנפסקים בנזיקין הם פיצויי הסתמכות. עדות ברורה להשתרשותה של טעות זו, אפילו בפסיקתו של בית־המשפט העליון, ניתן למצוא בע"א 5610/93 **יוסף זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון**, פ"ד נא(1) 68, 81, שם מסביר השופט תאודור אור כי "הפיצוי הנזיקי [נועד] להחזיר על כנו את הסטטוס קוו אלמלא מעשה העוולה. הוא לא נועד להגשים ציפיות של הניזוק שלא הוגשמו בעקבות מעשה העוולה. מנקודת מבטם של האינטרסים המוגנים על ידי דיני החיובים השונים... משקף כלל זה הגנה על אינטרס ההסתמכות של הניזוק". בפסק־הדין נזכרת בהסכמה דעה דומה של השופט מיכאל בן־יאיר בע"א 324/82 **עיריית בני־ברק נ' רוטברד**, פ"ד מה(4) 102, 118, וכן של מחברת ישראלית, שהסבירה כי "לפי הכללים המסורתיים של דיני הנזיקין, הערכת הפיצויים נעשית באופן שמיועד להחזיר את הניזוק למצב בו היה אלמלא בוצעה כלפיו העוולה. פיצויים אלה מכונים פיצויי הסתמכות, להבדיל מפיצויי קיום". עדה בר־שירה התרמית (מהדורה שנייה, גד טדסקי עורך, תשנ"ה) 38–39. כמוסבר לעיל, מטרת הפיצויים, הן בנזיקין והן בחוזים, היא להעמיד את הנפגע במצב שבו היה נתון אלמלא הופר החיוב (הנזיקי או החוזי). אמרו מעתה: מטרת הפיצויים בנזיקין ובחוזים היא זהה: הגנה על אינטרס הקיום (ולא על אינטרס ההסתמכות!).

117 ההצדקה לשלילת הרווח המופק אגב ביצוע עוולה מופיעה כבר באתיקה הניקומאכית (ראו לעיל הערה 20), במסגרת התייחסותו של אריסטו לרעיון הצדק המתקן. טענתו של אריסטו הייתה כי פעולתו של הצדק המתקן היא פעולה אחת המסלקת בעת ובעונה אחת הן את מלוא סבלו של הנעוול והן את מלוא ההתעשרות שהפיק המעוול, ובכך מוחזר על כנו השוויון ששרר בין הצדדים קודם למעשה העוולה. תיאור זה מעורר קושי, שהרי גודל התרופה הנדרשת לשם תיקון הסבל (על־ידי פסיקת פיצוי) אינו זהה בהכרח לגודל התרופה הנדרשת כדי לסלק את התעשרותו של המעוול. לניסיון חשוב לפתור קושי זה ראו: Ernest J. Weinrib "The Gains and Losses of Corrective Justice" 44 *Duke L. J.* (1994) 277.

118 לדיון בדוקטרינה זו ראו: Harvey McGregor "Restitutionary Damages" in *Wrongs and Remedies in the Twenty–First Century* (Oxford, Peter Birks ed., 1996) 203; Michael Tilbury "Factors Inflating Damages Awards" in *Essays on Damages* (Sydney, Paul Finn ed., 1992) 86, 107–112; Burrows, *supra* note 10, at pp. 293–299; W.V.H. Rogers "restitutionary" **הביטוי** *Winfield & Jolowicz on Tort* (London, 15th ed., 1998) 750–752 **מעיד כי התשלום מבוסס על עיקרון של השבה (restitution), וכי מטרתו היא מניעת התעשרות לא כדין. עם זאת, יושם אל לב שהמושג "תשלומי השבה" מתייחס אך ורק למצבים שבהם התעשרות הנתבע נובעת מביצוע עוולה אזרחית, ואינו חל על מצבים שבהם חיוב ההשבה אינו כרוך בהפרת חיוב כלשהו מצד המתעשר. להבהרת נקודה זו ראו, למשל:** Graham Virgo *The Principles of the Law of Restitution* (Oxford, 1999) 22 **בארצות־הברית דוקטרינה זו אינה מוכרת בשם זה, וגם במדינות חבר־העמים הבריטי טרם השתרש השימוש בה, אך מטרותיה ניתנות למימוש במסגרת הענף הכללי של דיני עשיית עושר ולא במשפט. למונחים הרווחים בארצות־הברית ראו:** George E. Palmer *The Law of Restitution* (Boston, 1978, Vol. I) 1–6; Dan B. Dobbs *The Law of Remedies* (St. Paul, 2nd ed., 1993, Vol. I) 5–6**; בקנדה**

מסורתי במסגרת דיני הנזיקין בתגובה על מעשי עוולה הכרוכים בפגיעה באינטרס קנייני של הנפגע.[119] בספרות קיימת מחלוקת לגבי תחום התפרשותה הראוי של תרופת תשלומי ההשבה. למשל, Ernest Weinrib מאוניברסיטת טורונטו סבור כי שלילת פירות ההפרה ממעוול בנזיקין שפגע בזכות קניין ניתנת להצדקה במסגרת עקרון הצדק המתקן. לעומת זאת, לדעתו, אין בכוחו של העיקרון האמור להצדיק את שלילת פירות ההפרה ממפר חוזה, תהא ההפרה זדונית ומקוממת ככל שתהא.[120] אולם רבים אחרים סבורים כי תרופה זו ישימה וראויה, לפחות במקרים מסוימים, גם בתגובה על הפרות חוזים.[121] מכל מקום, בישראל

ראו: Stephen M. Waddams *The Law of Damages* (Toronto, 2nd ed., 1991) s. 9.10–9.60. באוסטרליה ראו: Tilbury, ibid, at pp. 194–200. כיום גובר השימוש במושג Disgorgement Damages (תשלומי גריעה או תשלומי שלילה) ככינוי חלופי לדוקטרינת תשלומי ההשבה. מושג זה מדגיש את ההיבט הנגטיבי של התרופה (שלילת הרווח מהמפר), ומאפשר להבחין טוב יותר בינה לבין תרופות אחרות שמקורן בעיקרון של מניעת התעשרות לא־צודקת. על השימוש הגובר במושג זה יעיד שמו של סימפוזיון חשוב שנערך לאחרונה בארצות־הברית, אשר בחן את מעמדם של העניש האזרחית ושל תשלומי ההשבה (או תשלומי הגריעה) במשפט הפרטי: Anthony J. Sebok "Symposium: Private Law, Punishment and Disgorgement" 78 *Chi. Kent. L. Rev.* (2003) 3.

119 "At its widest, it [the term restitutionary damages] could refer to any situation where the court used the word 'damages' and where... the award could be seen as stripping the defendant of a benefit received as a result of the wrong... [but] the term is generally used in a narrower sense to refer to two specific situations involving some wrongful use or interference with the plaintiff's property." Tilbury, ibid, at p. 107. הוועדה הבריטית שדנה בסוגיה המליצה להכיר בסמכות כללית לפסוק תשלומי השבה בכל מקרה שבו עוולה נזיקית נעשתה תוך התעלמות מכוונת ומקוממת מזכויות התובע. The Law Commission (LawCom. No. 247): *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (London, 1997) s. 3.39–3.47.

120 Ernest J. Weinrib "Restitutionary Damages as Corrective Justice" 1 *Theoretical Inq. L.* (2000) 1. תמיכה בעמדה זו מנימוקים אחרים הביע במאמרו חנוך דגן "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 601. ראו גם: Hanoch Dagan "Restitutionary Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory" 1 *Theoretical Inq. L.* (2000) 115.

121 ראו, למשל: Daniel Friedman "Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong" 80 *Colum. L. Rev.* (1980) 504; Gareth Jones "The Recovery of Benefits Gained from a Breach of Contract" 99 *L.Q.R.*. (1983) 443; Allan E. Farnswoth "Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract" 94 *Yale L. J.* (1985) 1339; Daniel Friedman "Restitution of Profits Gained by Party in Breach of Contract" 104 *L.Q.R.* (1989) 383; Richard O'Dair "Restitutionary Damages for Breach of Contract and the Theory of Efficient Breach: Some Reflections" 46 *Curr. Leg. Probs.* (1993) 113; Mindy Chen–Wishart "Restitutionary Damages for Breach of Contract" 114 *L.Q.R.* (1998)

ברור כי ניתן לפסוק תרופה זו הן בתגובה על הפרת חוזה[122] והן בתגובה על מעשי עוולה בנזיקין.[123]

רביעית, ניתן להעלות על הדעת תגובה שעניינה אינו בתיקון נזקו של הנפגע, ואף לא בשלילת הרווח של המפר, אלא בענישתו באופן שיהלום את חומרת הפגיעה שפגע באוטונומיה של הנפגע ויספק הרתעה נאותה מפני פגיעות דומות לה. תגובה מעין זו נראית במבט ראשון כחורגת ממטרתן התרופתית של התרופות, בהיותה מיועדת להעניש את המפר, ולא לפצות את הנפגע.[124] עם זאת, בשיטות מערביות רבות, ובכלל זה בישראל, סנקציות אזרחיות־עונשיות, ובראשן התשלום העונשי (דוקטרינה המכונה בישראל "פיצויים עונשיים"), מוכרות ומופעלות בעיקר במסגרת דיני הנזיקין, אך במידה ידועה גם בתחום החוזי־המסחרי.[125]

---

363. תפיסה ליברלית זו קנתה לה אחיזה בפסק־דינו של בית־הלורדים האנגלי בעניין *Attorney General v. Blake* [2000] 4 All E.R. 385 (H.L.), שם נפסקו תשלומי השבה נגד סוכן לשעבר של השירות החשאי הבריטי שפרסם ספר פופולרי על־אודות מעלליו כסוכן כפול, תוך הפרת חיובו החוזי לסודיות. למחקר חדש ומקיף הקורא להכרה נרחבת בתשלומי השבה במשפט האזרחי בכללותו, לרבות בדיני החוזים, ראו: James Edelman *Gain–Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (Oxford, 2002).

122 ראו עניין אדרס.

123 ראו, למשל, ע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 633 (חיוב בדמי שימוש ראויים בגין שימוש לא־מורשה בחניון); ע"א 304/70 אביעם נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 665 (חיוב בהשבת כספים שהפיק עובד ציבור תוך ביצוע עוולה של גזל כלפי המדינה). והשוו בהקשר לעוולה מסחרית ע"א 2972/95 יוסף וולף ושות' בע"מ נ' דפוס בארי שותפות מוגבלת, פ"ד נג(3) 472 (הפרת פטנט העולה כדי רשלנות נזיקית מזכה את הנפגע בזכות להשבה על־פי חוק עשיית עושר ולא במשפט).

124 בעניין זה ראו, למשל, את דברי הנשיא אהרן ברק בעניין אמר, לעיל הערה 11, בעמ' 525–526: "...גם אם יש לדיני הפיצויים... תפקיד מחנך ומרתיע, אין בו, בתפקיד זה, כדי להגדיל את הפיצוי התרופתי מעבר למידותיו הטבעיות." ראו גם את דבריו שם, בעמ' 520: "לאור ההיבטים החוקתיים, קיימת בעייתיות בפסיקתם של פיצויים, לדוגמה במקום שלשון הרע נגרמה מתוך כוונה להזיק." הדעה הרווחת בספרות המשפטית היא כי אי־אפשר ליישב את מוסד התשלומים העונשיים עם רעיון הצדק המתקן. בעניין זה ראו, למשל: Ernest J. Weinrib "Punishment and Disgorgement as Contract Remedies" 78 *Chic–Kent L. Rev.* (2003) 55, 84–93; Alan Beever "The Structure of Aggravated and Exemplary Damages" 23 *Oxford J. Leg. Stud.* (2003) 87. לניסיון ליישב באופן קוהרנטי את הסתירה הלכאורית בין עקרון הצדק המתקן לבין תופעת הענישה האזרחית בכלל ומוסד התשלומים העונשיים בפרט, ראו את מאמרי: Yehuda Adar "Private Law, Punishment and Corrective Justice: The Coherence of Punitive Damages" (on file with author). לניסיון אחר בכיוון זה ראו: Curtis Bridgeman "Corrective Justice in Contract Law: Is There a Case for Punitive Damages?" 56 *Vanderbilt L. Rev.* (2003) 237.

125 למעמדו של התשלום העונשי בדיני הנזיקין בישראל ראו אדר, לעיל הערה 65, בעמ' 35–37. לבחינה מקיפה של מעמדו של מוסד משפטי זה בדיני החוזים, בישראל ומחוץ לה, ראו שם,

חמישית ולבסוף, המשפט הפרטי מכיר לעיתים, בנסיבות מוגדרות ומתוחמות יחסית, בזכותו של מי שנפגע מהפרת חיוב להפעיל נגד המפר תרופה עצמית, מבלי להיזקק לפנייה לערכאות המשפט. תרופות כגון ביטול חוזה, דחיית קיום של חיוב חוזי, קיזוז חוב כספי, עיכבון על נכס כערובה לפרעון חוב, ניכוי מהמחיר החוזי וסילוק פולש ממקרקעין הן רק חלק ממגוון התרופות העצמיות שהמשפט הפרטי מכיר בהן. על־אף ההבדלים ביניהן, לתרופות עצמיות יש תכלית אחת משותפת: העמדת אמצעי תגובה מיידיים ומידתיים לרשות מי שזכותו האזרחית נפגעה, במצבים שבהם חוסר ההדדיות ביחסים שבין הנפגע למפר הוא ברור וניתן לסילוק על־ידי הנפגע בצורה פשוטה, הוגנת ויעילה.[126]

לפי תפיסתי, שיטת משפט משוכללת המבקשת לספק הגנה אפקטיבית על זכויות משפטיות חייבת להכיר בסמכותם של בתי־המשפט האזרחיים להיזקק לכל אחד מחמשת סוגי האמצעים התרופתיים שתוארו לעיל, אשר מוכרים במתכונת כזאת או אחרת ברוב שיטות המשפט המודרניות.[127] אכן, סוגיית הלגיטימיות של השימוש והיקף השימוש הראוי בכל אחד מסוגי האמצעים הללו – ובפרט באלה התקיפים יותר (שלילת רווח, ענישה ותרופות עצמיות) – שנויה במחלוקת בין שופטים ומלומדים, ומעוררת שאלות תיאורטיות ומעשיות קשות. עם זאת, בשיטת המשפט הישראלית, המכירה באופן עקרוני בלגיטימיות של כל חמשת סוגי האמצעים התרופתיים שהוזכרו, ניתן לצפות כי פרק התרופות יספק תשתית פורמלית מוצקה להפעלתו של כל אחד מחמשת סוגי האמצעים האמורים לשם הגנה על זכויות אזרחיות. בשורות הבאות אבקש לבחון אם פרק התרופות אכן עונה על ציפייה זו ובאיזו מידה.

בעמ' 43–98. התשלום העונשי הוכר לאחרונה על־ידי בית־המשפט העליון של קנדה כתרופה לגיטימית גם בתחום החוזי. ראו: *Whiten v. Pilot Insurance* [2002] 1 *S.C.R.* 595. להבהרת המהפכה הפוטנציאלית בדיני התשלום העונשי הקנדיים הגלומה בפסק־הדין ראו: Yehuda Adar *"Whiten v. Pilot Insurance Co.:* The Unofficial Death of the Independent Wrong Requirement and Official Birth of Punitive Damages in Contract" 41 *Can. Bus. L. J.* (2005).

126 לדיון כללי בתרופות עצמיות ובתפקידן במשפט הפרטי ראו, למשל: Lawson, *supra* note 10, at pp. 25–26.

127 בשיטות הקונטיננטליות עקרון הענישה אינו מוכר בגדרי המשפט הפרטי, אולם מלומדים רבים מכירים בכך ששיקולים עונשיים מחלחלים בפועל לדוקטרינות אזרחיות שונות ומשפיעים על זכויותיהם של נפגעים ומפֵרים. ראו, למשל: "striking... about the doctrine [of 'dommages moraux'] is the recognition by a number of authors that the punitive principle is at work... The punitive damages idea is further fostered by the obvious tendency to shift from the gravity of the injury to the gravity of the defendant's fault..." Michael G. Bridge "Contractual Damages for Intangible Loss: A Comparative Analysis" 62 *Can. B. Rev.* (1984) 322, 334. ראו גם: *International Encyclopedia of Comparative Law*, *supra* note 107, Ch. 1 – Introduction, paras. 158, 512.

2. פרק התרופות בראי המודל המוצע

מודל התרופות שהוצג לעיל מהווה בעינינו נקודת מוצא נוחה להערכה ביקורתית של דיני התרופות הנוהגים בכל שיטת משפט מודרנית, ובישראל בפרט. על־סמך הנחה זו נפנה עתה לברר אם פרק התרופות בהצעת הקודקס אכן כולל את קשת התרופות הבסיסית שהמודל המוצע מעמיד לרשותם של נפגעים מהפרת חיובים.

(א) הצהרה

באשר לתרופת ההצהרה על פגיעה בזכות – זו אינה מוכרת בפרק התרופות. בהצעת הקודקס אין למצוא כל זכר לסמכותו של בית־המשפט להעניק לתובע במשפט אזרחי תרופה או סעד הצהרתיים. בדברי ההסבר והפרשנות לפרק התרופות לא מצאתי התייחסות לשתיקה זו.[128] האם היא מוצדקת?

לשיטתי, כמו בהקשרים אחרים, גם בהקשר זה יש מקום להבחין בין הצהרה כסעד לבין הצהרה כתרופה.[129] כאשר מטרת ההצהרה המבוקשת על־ידי התובע מבית־המשפט היא להבהיר לתובע את המצב המשפטי לאשורו ולאפשר לו לכלכל את צעדיו ביחסיו עם הנתבע, ההצהרה אינה תרופה, אלא סעד, שכן העילה לתביעה אינה הפרת זכות. לסעד כזה, הניתן לעיתים מזומנות למתדיינים במשפטים אזרחיים, אין מקום בדיני התרופות (כהגדרתם לעיל), ומבחינה זו ההחלטה להימנע מלהכלילו בפרק התרופות – בין אם התקבלה במודע ובין אם לאו – היא קוהרנטית ומוצדקת.[130]

לעומת זאת, שתיקת הקודקס לגבי זכותו של אדם לקבל הצהרה על הפגיעה בזכותו המשפטית אינה מובנת מאליה. ייתכן שיש מקום להתיר לבית־המשפט האזרחי להצהיר במקרים מסוימים על הפגיעה בזכותו המשפטית של תובע שלא השכיל להוכיח את זכותו לקבלת סעד אופרטיבי כלשהו. בהצהרה כזו יש משום סעד ממשי (לא־ממוני) מבחינת הנפגע האזרחי גם כאשר אין מתלווה אליה תרופה אחרת, והיא אף עשויה לשרת את

---

128 גם דויטש, בדברי הפרשנות שלו לקודקס (דויטש, לעיל הערה 56), אינו מתייחס לסוגיה.

129 בהבחנה בין סעדים לתרופות דנתי בפרק א לעיל.

130 בפסיקה הובהר כי תביעה לסעד הצהרתי אינה צריכה להצביע (אפילו לא לכאורה) על עילת תביעה, כלומר, על פגיעה בזכות. ראו, למשל, ע"א 440/70 **ע'אנם נ' ע'אנם**, פ"ד כו(2) 829, 837–838: "נמצאנו למדים שתביעת הצהרה אינה צריכה ביסוס על עילה כתביעת סעד מהותי. מה עילה יש לפלוני המבקש הצהרה שאינו חייב סכום כסף לאלמוני? פרט לחשש המקונן בלבו של פלוני שהוא עלול להיתבע בעתיד, אין כל מניע לתביעתו." הסעד ההצהרתי נתפס בישראל כמשתייך לתחום הדיוני. מסיבה זו הדיון בו נערך במסגרת הספרות המשפטית העוסקת בסדרי הדין. ראו, למשל, אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** (תשס"ג) 386–396; משה קשת **הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי: הלכה ומעשה** (תשס"ד) 517–526. לדיון מקיף בהלכות הסעד ההצהרתי במשפט האנגלי – הפרטי והציבורי – ראו: Lord Harry Woolf & Jeremy Woolf *The Declaratory Judgment* (London, 2nd ed., 1993).

האינטרס הציבורי בהבהרת הדין – אינטרס שעשוי להיות רלוונטי גם כאשר אי־אפשר להטיל על המפר סנקציה ממשית, מוחשית.[131]

(ב) אכיפה ופיצויים – הגנה על אינטרס הקיום

התרופות המגינות על אינטרס הקיום של הנפגע – אכיפה, אכיפה בקירוב ופיצויי קיום – זכו בהסדרה נרחבת יחסית בקודקס. פרק־המשנה השני בפרק התרופות, שכותרתו "אכיפת החיוב", מונה ארבעה סעיפים המסדירים היבטים שונים של הזכות לאכיפה, ובכלל זה הזכות לתבוע אכיפה בקירוב של כל חיוב אזרחי (לא רק חיוב חוזי) שהדין אינו מאפשר את אכיפתו המדויקת.[132] פרק־המשנה הרביעי, העוסק ב"פיצויים", כולל שלושים ותשעה סעיפים, ומהווה את חלק־הארי של פרק התרופות. גם אם יש מקום לשיפורים שונים במערך ההסדרים הנוגעים באכיפה ובפיצויים, אין כל ספק שהקודקס מכיר בתרופות אלה ומספק תשתית פורמלית רחבה להסדרתן. מבחינה זאת פרק התרופות עומד יפה בדרישת־המינימום של המודל המוצע, ואף מעבר לכך.

(ג) השבת התעשרות עוולתית

האם פרק התרופות מגן על אינטרס ההשבה של הנפגע מהפרת חיוב, דהיינו, על עניינו שהמפר לא יתעשר על־חשבונו בעקבות ההפרה? עיון קצר בפרק מלמד שהתשובה לשאלה זו שלילית. פרק־המשנה החמישי בפרק התרופות, שכותרתו "השבה", מוקדש אומנם לכאורה לסוגיה: הוראת סעיף 570 לפרק מעגנת את הכלל הקבוע כיום בסעיף 9 לחוק התרופות, המזכה הן את הנפגע והן את המפר – במקרה שהחוזה בוטל כדין על־ידי הנפגע – בהשבת מה שכל אחד מהם קיבל מרעהו בהסתמך על החוזה; ואילו הוראת סעיף 571 מבהירה כי העקרונות הכלליים של דיני עשיית עושר ולא במשפט יחולו על ההשבה האמורה, וזאת ברוח ההלכות שנפסקו בבית־המשפט העליון בעניין זה.[133] אולם למעשה, הוראות אלה אינן עוסקות כלל בתרופת ההשבה, אלא בסעד של השבה. סעד אמרנו, לא תרופה, שכן אף שהזכות להשבה מותנית בהפרת החוזה, אין היא נובעת ממנה, אלא מהפעלת זכות הביטול.[134] תרופת ההשבה – כתרופה כללית בגין הפרת חיובים אזרחיים – לא בא זכרה בפרק התרופות.

לדעתי, שתיקה זו של פרק התרופות ראויה לביקורת. כפי שהסברתי לעיל, תרופת תשלומי ההשבה היא אחד מאמצעי ההגנה הבסיסיים על הזכות המשפטית האזרחית. תשלום

---

131 לפני חקיקת חוק התרופות הכירו בתי־המשפט שלנו בסמכותם לפסוק "תשלום סמלי" במצבים מסוג זה. להבהרת טיבה של דוקטרינה תרופתית זו ראו לעיל הערה 110.

132 ראו סעיף 525 להצעה.

133 ראו בעיקר ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540; ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297.

134 במילים אחרות, הקשר המשפטי בין ההשבה לבין ההפרה הוא קשר רופף (בניגוד לקשר שבין ההפרה לבין תרופת הביטול). עדות ברורה לכך יש בעובדה שסעד ההשבה ניתן, כאמור, הן לנפגע והן למפר.

ההשבה מספק הגנה לאינטרס ההשבה, אשר זכה זה כבר בהכרה נרחבת הן בפסיקה והן בספרות המשפטית.[135] אינטרס זה, המכונה לעיתים "אינטרס מניעת ההתעשרות לא כדין",[136] בא לקדם ערך מוסרי וחברתי בסיסי, הלא הוא השאיפה כי מי שהפר את זכות הזולת לא יפיק מכך טובת־הנאה לעצמו. שלילת פירות ההפרה מהמפר – באמצעות תרופת תשלומי ההשבה – נדרשת במיוחד כאשר הנפגע אינו זכאי לאכיפה או לפיצויים.[137] אולם השימוש בה עשוי להיות מוצדק גם כאשר תרופות אלה עומדות לנפגע, בפרט כאשר ההפרה נעשתה ביודעין ובלא צידוק סביר כלשהו, וכאשר מבחינת המעוול תוחלת הרווח ממעשה העוולה עולה על תוחלת הנזק הצפויה לו במקרה שיחויב באכיפה או בפיצויים.[138] במקרים מסוג זה,

---

135 אינטרס ההשבה הוגדר בפסיקה כאינטרס של הנפגע מהפרת חוזה שהמפר לא יתעשר על־חשבונו. ראו, למשל, את דברי הנשיא מאיר שמגר בע"א 1846/92 **לוי נ' מבט**, פ"ד מז(4) 49, 54–55: "אינטרס ההשבה – הדורש שכל צד ישיב לשני את אשר קיבל ממנו ונועד למנוע עשיית עושר של המפר על חשבון הנפגע (כאשר המדובר בהשבה כתרופה בגין הפרה)." והשוו לדברי השופט אהרן ברק בעניין **אדרס**, לעיל הערה 70, בעמ' 267: "מערכת הסעדים שדיני החיובים (חוזים, נזיקין, עשיית עושר ולא במשפט) מעמידים, אינה מוגבלת להגנה על אינטרס ההסתמכות ועל אינטרס הציפייה בלבד... לענייננו רלוואנטי אינטרס שלישי, הוא האינטרס בדבר מניעת התעשרות שלא כדין, אשר בא למנוע עשיית עושר ולא במשפט." יש להודות אומנם כי השימוש במושג "אינטרס ההשבה" (restitution interest) נעשה במקור בהקשר הספיציפי של תביעת הנפגע מהפרת חוזה להשבת טובת־הנאה שנתן למפר בהסתמך על קיום החוזה. ראו: Fuller & Perdue, *supra* note 111, at pp. 53–54. אולם נראה שאפילו Fuller ו־Perdue, שטבעו את המונח, ראו באינטרס ההשבה ביטוי לעיקרון רחב יותר של מניעת התעשרות לא כדין, שתוקפו אינו מותנה דווקא בביטול החוזה. ראו את דבריהם *Ibid*, at p. 54.

136 ראו את דברי השופט אהרן ברק בעניין **אדרס**, לעיל הערה 70, בעמ' 267.

137 כפי שקרה בעניין **אדרס**, שם, שבו נכשלה תביעת התובעת לפיצויים בשל הפרת החוזה.

138 הדרישה להפרה מודעת או אופורטוניסטית אינה עולה במפורש מפסק־הדין בעניין **אדרס**, שם, אולם הפרה כזו אכן התקיימה באותה פרשה. לדעתי, עובדה זו והרצון להרתיע מפני הפרות מחושבות של חוזים היוו גורם מכריע באימוץ העמדה הליברלית על־ידי שופטי הרוב באותה פרשה. מסקנה זו עולה מאמירות שונות של שופטי הרוב. ראו, למשל, את דברי השופט אהרן ברק, שם, בעמ' 277–278: "...הכרה בזכותו של הקונה־הנפגע לקבלת התמורה הנגדית [התמורה שקיבל המפר מצד שלישי בעבור מושא החוזה, דהיינו – הרווח שהפיק מההפרה] יש בה כדי להוות גורם מדרבן לקיום החוזה, גורם שירתיע את המוכר מפני הפרתו... אכן, הכרה בזכות ההשבה של הנפגע תחזק את הקשר החוזי ותגביר את כיבודו... חוזה יש לקיים – ולא רק לשלם פיצויים בגין הפרתו, כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם." ראו גם את דברי השופט גבריאל בך, שם, בעמ' 283: "הפתרון של מתן אפשרות לתבוע את רווחו של המפר ישרת את המדיניות המשפטית של עידוד כיבודם של חוזים והחלשת הפיתוי להפרתם... עדיף שהצד, אשר בתום לב רצה לקיים את החוזה, יזכה ברווח האמור, מאשר שהמפר יוכל לטפוח לעצמו על השכם וליהנות מהתחושה, שההפרה אכן הייתה כדאית; ומה שעוד גרוע מזה: שהחברה הסובבת את הצדדים עלולה להיווכח, שהפרת הסכמים אכן משתלמת." ראו עוד את דברי השופט שלמה לוין, שם, בעמ' 237: "מי שדורש

הכרה בתשלום ההשבה כתרופה כללית במשפט האזרחי מתיישבת היטב עם העיקרון שלפיו "אין חוטא נשכר" – עיקרון שזכה בעיגון מפורש בסעיף 3 להצעת הקודקס.[139]

ודייקו: אין אני טוען כי בהעדר אזכור מפורש לתרופת ההשבה בפרק התרופות לא יהיה אפשר בעידן הקודיפיקטיבי להיזקק לתרופה זו בתגובה על מעשי עוולה אזרחיים (הפרות חוזים, עוולות נזיקין, הפרות של חיובים אחרים מן הדין) שהביאו לידי התעשרותו של המעוול. ההפך הוא הנכון: הסמכות לשלילת הרווח מהמפר במצבים אלה מתאפשרת כיום – ותמשיך להתאפשר גם בהצעת הקודקס – מכוחם של דיני עשיית עושר ולא במשפט. סעיף 489 להצעה קובע במפורש כי אחד המצבים הטיפוסיים שבהם יוטל חיוב השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט יחול כאשר ניתן להצביע על "מעשה שלא כדין שנעשה כלפי המזכה".[140] טענתי אינה אלא שניתן לבקר את ההחלטה להסדיר את תרופת ההשבה הניתנת במצבים של התעשרות עוולתית דווקא במסגרת חלק־משנה זה. לשיטתי, מבחינה אנליטית ומתודולוגית המיקום ה"גיאוגרפי" הנכון לדיון בתרופת ההשבה הוא פרק התרופות. תרופה זו והדינים החלים עליה ראויים להסדרה בנפרד מכל יתר הסעדים הניתנים במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט. מסקנה זו נתמכת בשני טעמים – ענייני ואנליטי.

במישור האנליטי ההפרדה המוצעת כאן מוצדקת משום ההבדל האנליטי בין תרופת ההשבה לבין יתר סעדי ההשבה. כאמור לעיל, במצבי ההתעשרות העוולתית זכאותו של הנפגע להשבה היא תרופה, קרי, זכות משנית המותנית בהפרת זכותו של הנפגע. זכות זו היא בהגדרתה זכות תרופתית, המשתייכת מבחינה אנליטית לדיני התרופות בשל הפרת חיובים. לעומת זאת, במצבי ההשבה האוטונומית הזכות להשבה אינה תרופה, אלא סעד, כלומר, זכות ראשונית שהדין מקנה במצבים מסוימים לאדם שזיכה את רעהו בטובת־הנאה.

במישור העניני, הצידוק להפרדה נעוץ בכך שהבסיס הרעיוני להשבה במצבים של "התעשרות עוולתית" (wrongful enrichment) שונה באופן משמעותי מהבסיס הרעיוני להשבה בכל יתר המצבים של התעשרות לא־צודקת, המכונים לעיתים בספרות מצבים של "התעשרות אוטונומית" (autonomous unjust enrichment).[141] במצבים מהסוג האחרון

מצד לחוזה להתנהג בתום לב לא יתייחס בסלחנות לצד אשר יפר חוזה ממניעים של רצון קוניוקטורלי להתעשר על חשבון הצד האחר. הגישה החוזית האמורה... יש בה כדי להרתיע צד לחוזה מלהפר את התחייבויותיו על פיו; יש בה כדי להשתלב בתחושת הצדק הרווחת בחברה הישראלית, שעל פיה לא יצא החוטא נשכר."

139 סעיף זה, שכותרתו "אין חוטא נשכר", מסמיך את בית־המשפט לשלול עילת תביעה מאדם שהתנהגות פסולה שלו היא שהצמיחה לו את עילת התביעה. אומנם, לפי לשונו אין הסעיף עוסק במישרין בשלילת התעשרות לא כדין, אולם נראה כי בבסיסו עומד רציונל דומה.

140 סעיף 489(1) להצעה. בכך יש משום הרחבה חשובה של קשת ההסדרים המפורטים כיום בחוק עשיית עושר ולא במשפט.

141 ההבחנה החשובה בין התעשרות עוולתית להתעשרות אוטונומית פותחה בכתביו של המלומד הבריטי Peter Birks, שהיה מחשובי החוקרים בתחום של דיני עשיית עושר ולא במשפט. לדיון בה ראו, למשל: Peter Birks "Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment" 79 *Tex. L. Rev.* (2001) 1767.

זכותו של התובע להשבה אינה מושתתת על מעשה עוולתי המיוחס לנתבע, ולכן גם אינה מותנית בהוכחת מעשה כזה. לדעתי, הזכות להשבה אינה מבוססת כאן על השיקול של "צדק מתקן" במובן הצר של תיקון עוול, אלא למעשה על נימוקים של צדק חלוקתי, יושר והגינות, המוליכים לדעת בית־המשפט למסקנה כי אין זה ראוי לאפשר לנתבע ליהנות מטובת־ההנאה שהתובע העתיר עליו מבלי לשלם בעבורה תמורה ראויה והוגנת.

השיקול הענייני והשיקול האנליטי מצדיקים לשיטתי יצירת הבחנה משפטית מתודולוגית ופורמלית – בתוך דיני עשיית עושר ולא במשפט – בין מערכת הדינים העוסקת בקביעת זכאויות ראשוניות לבין מערכת הדינים העוסקת במתן תרופות על הפרת זכויות ראשוניות (חוזיות, נזיקיות או אחרות). הבחנה כזו מתבקשת לדעתי גם בשיטת משפט שבה דיני התרופות בגין הפרת חיובים אזרחיים אינם נתפסים כגוף אוטונומי אחד בעל מאפיינים משותפים, אלא נידונים ומטופלים בנפרד במסגרת כל אחד מענפיו של דין החיובים. קל וחומר שהפרדה מתודולוגית כזו מוצדקת במשטר קודיפיקטיבי שבו דיני התרופות נתפסים כתחום אוטונומי, כבהצעת הקודקס הישראלית. במשטר כזה אין הצדקה לנתק מדיני התרופות הכלליים תרופה אזרחית כללית אחת (במקרה זה תרופת ההשבה) ולטפל בה בנפרד במסגרת ענף אחד בלבד של דיני החיובים (במקרה זה הענף של דיני עשיית עושר ולא במשפט). ממש כשם שאין הקודקס מסדיר את תרופת הפיצויים הכללית במסגרת חלק־המשנה העוסק בחיובים נזיקיים דווקא (או לחלופין בזה העוסק בחיובים חוזיים), כך אין הצדקה לנתק מפרק התרופות את תרופת ההשבה – המהווה אף היא תרופה אזרחית כללית (ולא תרופה שמיוחדת להפרת חיובים מדיני עשיית עושר ולא במשפט) – ולהסדירה במסגרת הדין הראשוני של עשיית עושר ולא במשפט.

על הצורך לטפל בתרופות השונות (פיצויים, השבה, אכיפה וכולי) במסגרת דין תרופות מאוחד, ולא במסגרת כל אחד מענפי המשפט האזרחי בנפרד, כבר עמד לפני שנים רבות מומחה אמריקאי לדיני התרופות, באומרו:[142]

> "The law of remedies is, inevitably, a social institution... If this effect [of the law of remedies on society] is to be for the good... [d]amages, equity, restitution, and the other incidental judicial devices must be viewed as part of an integrated law of remedies, rather than as separate areas of the law."

לסיכום, נראה לי כי ייטיב המחוקק לעשות אם יפריד את דיני ההשבה החלים על מצבים של התעשרות עוולתית מחלק־המשנה העוסק בחיובים של עשיית עושר ולא במשפט, ויעתיקם לפרק התרופות. על רקע ההכרה העקרונית הברורה של הפסיקה הישראלית בהשבה כתרופה בגין הפרת חיובים מדיני החוזים והנזיקין, ולנוכח ההכרעה המתודולוגית של הקודקס בזכות יצירתו של פרק נפרד שיסדיר את התרופות במשפט האזרחי, הבניה

---

142 **ראו:** Wright, *supra* note 109, at pp. 391–392.

מתודולוגית זו נראית לי האפשרות הקוהרנטית היחידה.[143] הבניה כזו תשלים את "הצלע החסרה" במערך התרופות האזרחיות, וכך תסייע בהבהרת התפקיד המרכזי שיש לתרופת ההשבה בהגנה על זכויות משפטיות ובאכיפתם של חיובים משפטיים בכל תחומי המשפט האזרחי, ולא רק בתחום המיוחד של דיני עשיית עושר ולא במשפט.

(ד) ענישה

היש בפרק התרופות עיגון לסמכות לפסוק סנקציות עונשיות בתגובה על הפרות חמורות של חיובים אזרחיים? עיון שטחי בפרק התרופות עלול ליצור רושם שהקודקס משיב על שאלה זו בשלילה. הפרק אינו מקצה פרק־משנה נפרד ל"תרופות עונשיות", ולביטוי "ענישה" אין בו כל זכר. אולם ככל הנראה רושם ראשוני זה מטעה. סעיף 564 להצעת הקודקס, שכותרתו "פיצויים מוגברים", פותח את סימן ט בפרק־המשנה העוסק בתרופת הפיצויים בקובעו:

> "(א) בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון, כשעיקר כוונתו של המפר היתה הפגיעה בנפגע.
> (ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), פיצויים לפי סעיף זה לא יעלו על 100,000 שקלים חדשים; שר המשפטים רשאי, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לשנות את הסכום האמור; הסכום יהיה צמוד למדד המחירים לצרכן שמפרסמת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מיום קבלת חוק זה בכנסת או מיום הגדלת הסכום, לפי הענין."

מדברי ההסבר להוראה זו עולה לכאורה כי מטרתה להתיר לבית־המשפט האזרחי לפסוק "פיצויים מוגברים", להבדיל מ"תשלום עונשי" ("פיצויים עונשיים"). אולם מחמשת עמודי הפרשנות המוקדשים להוראה דנן בספרו של מיגל דויטש, ששימש כחוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה, עולה בבירור הנחה הפוכה, שלפיה ההוראה באה לעגן את מוסד התשלומים העונשיים ("פיצויים עונשיים").[144]

מהי אפוא מטרתו של סעיף 564 להצעת הקודקס? האם הסעיף מעגן את דוקטרינת התשלום העונשי או שמא את דוקטרינת הפיצויים המוגברים? האם קיים בכלל הבדל בין דוקטרינות אלה?

המושג "פיצויים מוגברים" (aggravated damages) לקוח מהמשפט האנגלי, ומתאר דוקטרינה שמקורה בדיני הנזיקין. במסגרת דוקטרינה זו בית־המשפט מוסמך להתחשב בחומרת התנהגותו של המזיק בשעה שהוא קובע את גובה הפיצויים שבהם יחוב, ולקובעם

---

143 לדיון בסוגי קוהרנטיות שונים שניתן לקדם באמצעות קודיפיקציה ראו דגן, לעיל הערה 3.

144 דויטש אף מציין במפורש, בהערת־שוליים, כי "כותרת סעיף 564 לקודקס אינה מדויקת, מבחינה תורתית, והיא טעונה תיקון. קיים הבדל בין 'פיצויים מוגברים' לבין 'פיצויים עונשיים'... ההוראה בקודקס מכוונת לפיצויים שאינם באים להעריך את הנזק שנגרם לנפגע, דהיינו לפיצויים עונשיים." דויטש, לעיל הערה 56, בהערת־שוליים 206.

"על הצד הגבוה" כאשר התנהגותו של זה ראויה לגינוי מיוחד. ההצדקה הפורמלית לפסיקת פיצויים מוגברים נעוצה ברעיון שלפיו המעשה המקומם או המניע הזדוני של המזיק הביא לידי "החמרה" או "הגברה" (aggravation) של נזקו הלא־ממוני של התובע. מכאן שלפחות להלכה, במישור התיאורטי, דוקטרינה זו מבוססת על רציונל מפצה (קומפנסטורי) טהור. בכך הדוקטרינה נבדלת מדוקטרינת התשלום העונשי (punitive/exemplary damages), שמושתתת במוצהר על אדנים עונשיים, ואשר באה להבטיח כי הנתבע ייענש על התנהגותו המחפירה.[145]

ההבחנה הפורמלית בין פיצוי מוגבר לבין תשלום עונשי אומצה גם בישראל, לפחות להלכה. למשל, באחת הפרשות הבהיר השופט ברק כי סעיף 13 לחוק התרופות אינו מאפשר לפסוק "פיצויים עונשיים" נגד אדם המפר חוזה, אך מאפשר לפסוק נגדו פיצויים מוגברים, כאשר זדונו הביא לידי החמרת נזקו הלא־ממוני של הנפגע.[146] עם זאת, נראה שבחיי המעשה התקשו בתי־המשפט שלנו ליישם את ההבחנה התיאורטית בין "פיצויים מוגברים" ל"פיצויים עונשיים", ולעיתים אף נכשלו בהצגתה המילולית.[147] בפועל מתקבל

---

145 להבחנה בין הפיצויים המוגברים לבין התשלומים העונשיים ראו, למשל, גד טדסקי **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** (גד טדסקי עורך, מהדורה שנייה, תשל"ו) 579: "שני סוגי הפיצויים נבדלים אלו מאלו בכך, שהפיצויים לדוגמא [= פיצויים עונשיים] מניחים מראש כי סכום [צ"ל: הסכום] הנפסק לניזוק אינו מהווה הערכה כנה של הנזק שנגרם לו, אלא בא למטרות עונשיות; לעומת זאת, בפיצויים המוגברים, סכום הכסף שנפסק לניזוק מהווה הערכה כנה של הנזק שנגרם לו, כאשר נזק זה הוגבר על ידי התנהגות [צ"ל: ההתנהגות או התנהגותו] הבלתי ראויה של המזיק." במשפט האנגלי ראו: Harry Street *Principles of the Law of Damages* (London, 1962) 22–25; *Harry Street The Law of Torts* (London, 10th ed., Brazier & Murphy eds., 1999) 527–528; Robert F.V. Heuston & Richard A. Buckley *Salmond & Heuston On the Law of Torts* (London, 21st ed., 1996) 503; Kenneth D. Cooper–Stephenson *Personal Injury Damages* (Toronto, 2nd ed., 1996) 94–97; *Damages and Remedies in Tort* (Toronto, Lewis Klar & Linda Rainaldi eds., 1995) Ch. 27, s. 64–66.2; *The Law Commission* (Consultation Paper No. 132) *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (London, 1993) s. 3.2–3.32. דוקטרינת הפיצויים המוגברים אינה מוכרת בדרך־כלל במשפט האמריקאי, לפחות לא בכינוי זה.

146 "...מטרת הפיצוי היא החזרת המצב לקדמותו, ואין מטרתו הענשת המפר. בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת סעיף 13 לחוק התרופות, על בית המשפט לשאוף לפיצוי הנפגע, ולא להענשת המפר. סעיף 13 לחוק התרופות, לא נועד להוות מנוף לפסיקת פיצויים עונשיים בדיני החוזים. מכאן, שזדונו של המפר עשוי להיות רלוואנטי, רק במידה שהוא משפיע על חומרת הפגיעה של הנפגע (aggravated damages)." ע"א 348/79 **גולדמן נ' מיכאלי**, פ"ד לה(4) 31, 41.

147 ראו, למשל, ע"א 1370/91 **משעור נ' חביבי**, פ"ד מז(1) 535, 538, (להלן: עניין משעור), שם קבע השופט אליהו מצא: "כלפי הפוגע (המעוול) יש לפסיקתו של פיצוי מוגבר אופי עונשי, שכן הוא מחויב לשלם לנפגע סכום יותר גדול מזה הדרוש להטבת הנזק שגרם לו." מובן כי הסיפא למשפט זה אינה נכונה, שהרי בתיאוריה הפיצויים המוגברים משמשים להטבת נזק ממשי. בלבול דומה ניכר גם במחוזי־ת"א (י־ם) 1549/96 **לוי נ' הסתדרות מדיצינית הדסה**

אם כן הרושם כי "פיצויים מוגברים", בישראל לפחות, הם במידה רבה עדיין "פיצויים עונשיים", ולהפך.[148]

לנוכח המתואר לעיל היה אפשר לצפות כי בכירי המשפט האזרחי בישראל שעסקו בניסוח פרק התרופות ידוקו פורתא, ויבהירו בלשון ברורה אם כוונת פרק התרופות היא אכן לעגן את דוקטרינת התשלום העונשי או שמא את דוקטרינת הפיצויים המוגברים בלבד. תחת זאת, כותרת הסעיף הנידון, במתכונתה הנוכחית, מנציחה את הבלבול המושגי השורר כיום בפסיקה בתחום זה. בכך נפתח פתח לא־רצוי להתדיינות והתפלמסות מיותרות באשר למטרתם של אותם "פיצויים מוגברים" הקבועים בפרק התרופות. הבלבול והמבוכה סביב הוראת סעיף 564, אם יאומץ בחקיקה, צפויים להחריף עוד יותר לנוכח העובדה שהוראה זו מופיעה תחת סימן ט לפרק הפיצויים, שכותרתו "פיצויים ללא הוכחת נזק". מיקום "גיאוגרפי" זה מקשה את האפשרות לפרש את ההוראה כמסמיכה את בית־המשפט לפסוק תשלומים עונשיים, שהרי כאמור, תשלומים עונשיים לא נועדו כלל לפצות. מאידך גיסא, גם הפיצויים המוגברים, שנועדו לפצות את הנפגע על החמרת נזקו, אינם פיצויים ללא הוכחת נזק, אלא להפך – אלה פיצויים התלויים דווקא בהוכחת נזק. דא עקא, סעיף 564 קובע במפורש שהפיצויים המוגברים המעוגנים בו "אינם תלויים בנזק". השילוב הלא־מוצלח של כותרת ההוראה, לשונה, מיקומה הגיאוגרפי ותכליתה יוצר אפוא בהכרח סתירה לוגית קשה. ממה נפשך: אם אכן מדובר בפיצויים שאינם תלויים בנזק, אזי אין כל אפשרות שיהיו אלה פיצויים מוגברים (שכן אלה בהגדרתם תלויים בהוכחת נזק); ואם

(לא פורסם, ניתן ביום 11.1.1998) פסקה 15, שם לצד הקביעה כי "...יהא ראוי להבחין, הבחן היטב, בין 'פיצויים עונשיים' לבין 'פיצויים מוגברים'", הסיק השופט משה גל, בטעות, כי "פשיטא לכן, ששיעורם [של הפיצויים המוגברים] יכול להיות גבוה יותר משיעור הפיצויים ההולם והראוי בכדי להיטיב את הנזק". באמירה זו טשטש השופט את ההבחנה המרכזית בין שתי הדוקטרינות, שאת חשיבותה ביקש להדגיש מלכתחילה. הבלבול נותן את אותותיו גם בספרות המשפטית. ראו, למשל, אורי שנהר **דיני לשון הרע** (תשנ"ז) 373, המבלבל בין המושגים, מבחינה מושגית ומבחינה תוכנית, לאורך כל הדיון.

148 לפסקי־דין שבהם דוקטרינות אלה נזכרות בנשימה אחת ראו, למשל, ע"א 670/79 **הוצאת עיתון הארץ נ' מזרחי**, פ"ד מ"א(2) 169, 205–206; עניין **משעור**, בעמ' 536–537; ע"א 711/72 **מאיר נ' הנהלת הסוכנות היהודית לא"י**, פ"ד כח(1) 393, 405; ע"א 676/72 **קפטה נ' לסקובסקי**, פ"ד כז(2) 247, 251. ראו גם מחוזי־ת"א (ב"ש) 930/89 **מנור נ' סונול ישראל בע"מ**, (לא פורסם, ניתן ביום 15.7.1997): "נראה לי, כי במקרה הנוכחי יש מקום לתת ביטוי לדרך הנלוזה בה נגרם הנזק בין אם נכנה זאת פיצויים לדוגמא ובין אם נכנה זאת פיצויים מוגברים. במקרה הנוכחי נראה לי שהפיצוי הגלובאלי הוא לא רק הדרך המקובלת אלא גם הנדרשת כדי לתת ביטוי לנזקים שנגרמו ללא ספק, ולדרך הנלוזה שבה נגרם הנזק באופן שהאומדן ייערך ברוחב יד ומבלי לדקדק בפרטים ויכלול אלמנטים של פיצויים לדוגמה או פיצויים מוגברים..." הכרה בבעייתיות של ההבחנה בין שתי הדוקטרינות מצויה בפסק־דין של בית־המשפט העליון שבו צוין כי מבחינה מעשית הפיצויים המוגברים כוללים כמעט את כל המרכיבים של התשלום העונשי. ראו את פסק־דינו של השופט משה עציוני בע"א 30/72 **פרידמן נ' סגל**, פ"ד כז(2) 225, 240–241.

בתשלומים עונשיים עסקינן, אזי אין מדובר בפיצויים כלל, ולפיכך גם לא בפיצויים ללא הוכחת נזק.[149]

מהו הפתרון לבלבול המושגי והעיוני שהוראת סעיף 564 זורעת? לשיטתי, על המחוקק לפעול להסרת הבלבול המיותר באחת משתי דרכים. אם אכן בכוונת המחוקק לעגן בשיטתנו את מוסד התשלומים העונשיים, מן הראוי להבהיר זאת. לשם כך מן ההכרח לשנות את כותרת הסעיף מ"פיצויים מוגברים" ל"תשלומים עונשיים" (או "תשלום עונשי").[150] נוסף על כך, על המחוקק להסיר את הוראת הסעיף האמור מפרק־המשנה העוסק בפיצויים ולמקמה בפרק־משנה נפרד.[151] הפרדה זו תבהיר לקהילייה המשפטית (ולציבור בכללותו) כי המחוקק מבקש לתת עיגון מפורש בשיטתנו לדוקטרינת התשלום העונשי, ורואה בה מוסד משפטי ראוי.

לחלופין, אם התכוון המחוקק לעגן בחקיקה את דוקטרינת הפיצויים המוגברים (וכאמור, ספק רב אם זו הייתה הכוונה), אזי מן הראוי להעתיק את ההוראה מסימן ט, העוסק ב"פיצויים ללא הוכחת נזק", אל סימן ח, העוסק ב"פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון".[152] במקרה כזה מן הראוי לצרף לפרק התרופות פרק־משנה נפרד, או למצער הוראה

---

149 אף שפיצויים ללא הוכחת נזק עשויים לשרת גם תכלית הרתעתית, תכליתם הטיפוסית היא מפצה (קומפנסטורית). תכליתם לפצות נפגעים על נזקים שקיים קושי להוכיח את שיעורם או אף את התרחשותם, אלא שהם נחזים כתוצאה הטבעית והמתבקשת של הפרות מסוימות. ראו, למשל, רע"א 1108/04 **קידמה בע"מ ואח' נ' גדי אבקסיס ואח'** (לא פורסם, ניתן ביום 8.1.2004): "הוראות של פיצויים סטטוטוריים המכונים גם 'פיצויים ללא הוכחת נזק', נקבעו ביחס לעוולות שהנזק הנגרם בעטיין קשה להוכחה ולכימות במדויק. ניתן להזכיר בהקשר זה את סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה־1965, ס"ח 240; סעיף 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח־1998, ס"ח 166; סעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א־2000, ס"ח 58; סעיף 10(א)(1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח־1988, ס"ח 38; סעיף 13 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט־1999, ס"ח 146." ראו גם בהקשר זה את סעיף 11 ו־15 לחוק התרופות. עם זאת, לאחרונה הובעה בבית־המשפט העליון ההשקפה כי מטרה נוספת של הסדרי הפיצוי ללא הוכחת נזק היא להרתיע מעוולים. ע"א 3559/02 **מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ ואח' נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, ספורטוטו ישראל בע"מ ואח'**, פ"ד נט(1) 873, 903: "שני עיקרים עומדים בבסיס הסעיף המאפשר פיצויים ללא הוכחת נזק: העדר יכולת להוכיח את הנזק המדויק שנגרם בעקבות גניבת העין... והרצון להרתיע מעוולים בכוח..."

150 אני ממליץ להימנע משימוש במושג השגור – המבלבל אף הוא – "פיצויים עונשיים". ראשית, מושג זה משקף טעות לשונית, שכן המושג האנגלי "damages" משמעו בהקשר זה תשלום כספי, ולא פיצוי על נזק (compensation); שנית, קיים כיום קונסנזוס רחב ש"הפיצוי העונשי" אינו פיצוי כלל, וכי מטרתו להעניש את המפר, ולא לפצות את הנפגע. עניינים אלה מובהרים אצל אדר, **לעיל** הערה 65, בפרק א לחיבור.

151 לחלופין, ניתן להעתיק את ההוראה אל פרק־המשנה השביעי, העוסק ב"תרופות נוספות".

152 במקרה כזה תתעורר השאלה – שאכן התעוררה במשפט המשווה – מהי ההצדקה לקיומו בנפרד של מוסד הפיצויים המוגברים. אם כל תכליתו היא לפצות על נזק לא־ממוני על יסוד הערכה כנה של הנזק שנגרם לנפגע, אזי ניתן להשיג מטרה זו באמצעות הכלל הרגיל המסמיך את

נפרדת, אשר יעגנו בצורה ברורה את הסמכות לפסוק תשלום עונשי בתגובה על הפרה מחפירה של חיובים אזרחיים, תוך פירוט מטרתו של מוסד משפטי זה והשיקולים המנחים להפעלתו התקינה.[153]

(ה) תרופות עצמיות

כפי שציינו בסעיף הקודם, תרופות עצמיות הן אמצעי חשוב שהמשפט האזרחי מעמיד לרשותם של נפגעים מהפרות חיובים. הכולל פרק התרופות התייחסות לתרופות עצמיות?

עיון חטוף בפרק מלמד שאין בו ניסיון לקבץ בפרק־משנה נפרד את התרופות שנפגעים מהפרת חיוב זכאים להפעילן בעצמם מבלי להיזקק לפנייה לערכאות. עם זאת, בין הוראות הפרק ניתן למצוא עיגון פורמלי לשלוש תרופות עצמיות שהנפגע מהפרת חוזה זכאי להפעילן בנסיבות מסוימות: תרופת הביטול, תרופת הניכוי מהמחיר ותרופת ההשעיה.[154] לעומת זאת, לתרופות עצמיות חשובות אחרות – כגון קיזוז, עיכבון, דחיית קיום של חיוב וסילוק פולשים ומחוברים ממקרקעין – אין זכר בפרק התרופות, והן מוסדרות בחלקים אחרים של הקודקס.[155] השאלה אם היה ראוי להעביר הֶסדרים אלה לפרק התרופות אינה

בית־המשפט לפסוק פיצוי על נזק לא־ממוני. ואם תכליתו היא להחמיר עם נתבעים שפעלו בזדון, בלא תלות בגובה הנזק שגרמו, אזי תכליתו האמיתית היא עונשית, ולפיכך אין מדובר בפיצויים מוגברים כלל, אלא בתשלום עונשי. אכן, קשיים עיוניים אלה שההכרה בדוקטרינת הפיצויים המוגברים מעוררת הניעו את ועדת המשפט האנגלית שעסקה בסוגיה להמליץ על ביטול מוחלט של דוקטרינה זו. The Law Commission, *supra* note 119, at s. 2.42. גם בקנדה אין מבחינים הבחנה של ממש בין פיצוי לא־ממוני לבין פיצויים מוגברים. הדבר עולה בבירור מפסק־הדין המנחה בעניין Whiten v. Pilot Insurance Co. [2001] 1 *S.C.R.* 595, שבו מושגים אלה נזכרים לסירוגין ללא הבחנה ביניהם.

153 להרחבה בנקודה זו ראו להלן סעיף ד5.

154 לדיון קצר בתרופות אלה ובשינויים שפרק התרופות מכניס בדיניהן ראו שלו ואדר, לעיל הערה 6.

155 הֶסדר הקיזוז הכללי קבוע כיום בסעיף 53 לחוק החוזים. בהצעת הקודקס הֶסדר זה מעוגן בסעיף 128 להצעה, הנמצא בחלק־המשנה הראשון (הוראות כלליות) של חלק החיובים. הקיזוז הוא תרופה, שהרי הזכות לקיזוז קמה רק בהתייחס לחיובים (כספיים) שטרם קוימו אף שמועד פרעונם הגיע. הזכות לעיכבון מעוגנת בדין הקיים בסעיף 11 לחוק המיטלטלין, תשל"א־1971, ס"ח 184 (להלן: חוק המיטלטלין). בהצעת הקודקס כל דיני העיכבון מוסדרים בפרק הרביעי של חלק־המשנה השני בחלק הנכסים (הקניין). גם הזכות לעיכבון היא למעשה תרופה. הסיבה לכך היא שהזכות לעכב נכס כערובה לחיוב אינה קמה כל עוד לא הגיע המועד לקיום החיוב. עניין זה אינו עולה בבירור מסעיף 11(א) לחוק המיטלטלין, אך הוא מובהר בסעיף 670 להצעה, הקובע כי "עיכבון הוא זכות של נושה, על פי חיקוק, לעכב נכס המצוי בהחזקתו, כערובה לקיום חיוב שמועדו הגיע". הזכות לדחיית קיומו של חיוב (חוזי) מעוגנת כיום בסעיף 43 לחוק החוזים, והיא הועתקה, בשינויי נוסח, לסעיף 118 להצעה. גם זכות זו היא לדעתנו תרופה, באשר היא קמה לחייב רק בהינתן הפרה מצידו של הנושה. התרופות של סילוק יד ממקרקעין והריסה/פינוי של מחוברים מעוגנות כיום בסעיפים 18 ו־21(ג) לחוק המקרקעין,

שאלה קלה, ואין אני מביע בה עמדה.[156] עם זאת, ייתכן שהיה מקום לציין במסגרת פרק התרופות את החשובות מבין התרופות העצמיות שהמשפט האזרחי מעמיד בגין הפרת חיובים, תוך הפניה להוראות הקודקס הרלוונטיות המסדירות את דיניהן של תרופות אלה.

פרק ד: האתגר העיקרי — הכוונת שיקול־הדעת השיפוטי בפסיקת תרופות

1. מבוא

כפי שצוין בפתח המאמר, היריעה הנוכחית לא נועדה לבחינה ביקורתית של ההסדרים הפרטניים בפרק התרופות. עם זאת, במסגרת השאיפה להצביע על שאלות־היסוד ובעיות־היסוד שהפרק מעורר, מצאתי לנכון להתייחס למה שנראה בעיניי מאפיין בעייתי של פרק התרופות, העובר כחוט־השני לאורך הפרק כולו. כוונתי לעובדה שדווקא בשאלות שהכרעה בהן מחייבת הפעלת שיקול־דעת רחב, התשתית הנורמטיבית שהפרק מספק ליושב על בדין היא דלה וחסרה. ביתר פירוט, במספר רב של הֶקשרים שבהם ההכרעה בשאלת עצם הזכאות לתרופה תלויה בהפעלת שיקול־דעת שיפוטי רחב ניכר חוסר בהכוונה ראויה של שיקול־הדעת. כפי שיובהר להלן, קושי זה בולט במיוחד ביחס לתרופות החדשות הנכללות בפרק התרופות, אך מאפיין גם את הטיפול בתרופות מסורתיות יותר. להערכתי, פירוט התכליות העיקריות של התרופות השונות המנויות בפרק והשיקולים העיקריים הרלוונטיים להפעלתן יוסיף יציבות ודאות לדיני התרופות המתהווים, תוך הותרת מרחב הכרעה גמיש דיו לבתי־המשפט בהתאמת המענה התרופתי לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה.

תשכ"ט־1969, ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין). בהצעת הקודקס תרופות אלה מעוגנות בחלק הנכסים, בסעיפים 582 ו־720(א) להצעה, בהתאמה.

156 קושי אחד נוגע בעובדה שחלק מתרופות אלה, אף שהן תולדה של הפרת חיוב, מעמידות לנפגע זכות קניין הפועלת כלפי "כולי עלמא". זאת, נוסף על הזכות החיובית המשנית הפועלת כלפי המפר (למשל, זכות העיכבון). שיקול נוסף שעשוי להצדיק ניתוק של הֶסדרים אלה מפרק התרופות הוא שמדובר בדרך־כלל בתרופות מיוחדות, אשר רלוונטיות לקטגוריות עובדתיות מצומצמות יחסית (בהשוואה לתרופות הכלליות שבפרק התרופות). ככאלה, ניתן לטעון כי מקומן אינן בפרק העוסק בתרופות כלליות העשויות להיפסק בתגובה על כל סוגי החיובים. אגב, טיעון זה יפה – אם כי במידה פחותה – גם לגבי תרופות הביטול, הניכוי וההשעיה, הנכללות בפרק התרופות במתכונתו הנוכחית.

2. אכיפה

הזכות לאכיפת חיוב שהופר מעוגנת בפרק התרופות בהסדר אחיד, קצר ותמציתי. סעיף 524(א) להצעה, המהווה את עמוד־השדרה של ההסדר, קובע כי "הנפגע זכאי לאכיפת החיוב", אלא אם כן התקיים אחד מחמישה סייגים. אלה כוללים, בראש ובראשונה, את ארבעת סייגי האכיפה המנויים כיום בסעיף 3 לחוק התרופות, ואשר אומצו בהצעת החוק כסייגים לאכיפת חיובים במערכת המשפטית כולה: סייג הנבצרות (האכיפה אינה בת־ביצוע); סייג השירות האישי (האכיפה תחייב את המפר לתת או לקבל שירות או עבודה אישיים); סייג הפיקוח (האכיפה מצריכה מידה בלתי־סבירה של פיקוח); וסייג הצדק (האכיפה אינה צודקת בנסיבות העניין). סעיף 524(ב) מוסיף להסדר הכללי הוראה חדשה, המגבילה את יכולתו של בית־המשפט לשלול את הזכות לאכיפה מטעמי צדק כאשר מדובר בחיוב כספי על־פי חוזה או בחיוב המגן על זכות קניין.[157] לארבעת הסייגים הנזכרים הוסף סייג חמישי, החל כאשר "אכיפת החיוב נוגדת את אופיו של החיוב".[158] סייג זה הוסף ככל הנראה על־מנת לאפשר לבתי־המשפט גמישות מרבית בהתאמת דיני האכיפה החוזיים להקשר הנזיקי.[159] הֶסדר האכיפה בקודקס כולל גם שלוש הוראות נוספות. אלה עוסקות באכיפה בתנאים, באכיפה בקירוב ובאפשרות ליתן צו אכיפה דחוי.[160]

לדעתי, אף שהרושם הראשוני המתקבל הוא של הֶסדר מפורט למדי, למעשה אין הדבר כך. הֶסדר האכיפה שבקודקס אינו מספק הכוונה מספקת לשיקול־הדעת השיפוטי בשאלה באילו מקרים, אם בכלל, ראוי לסרב לתביעתו של נפגע לאכיפה בעין של חיוב, שכן אין הוא מצביע על השיקולים הרלוונטיים להכרעה אם בנסיבות העניין התקיים אחד מסייגי האכיפה. אפרט את טענתי.

תרופת האכיפה היא זכאות שהענקתה לנפגע כפופה לשיקול־דעת שיפוטי רחב וגמיש. בדיני הנזיקין הנוהגים מקובל לראות באכיפה "סעד משני", שייפסק לנפגע מעוולה לא כעניין שבזכות, אלא כעניין שבשיקול־דעת, ורק כאשר אין בתרופת הפיצויים כדי לתקן את העוולה באופן משביע־רצון.[161] אולם גם בדיני החוזים, שבהם מקובל לראות באכיפה

157 לדיון בהוראה זו ראו שלו ואדר, לעיל הערה 6.

158 סעיף 524(5) להצעה.

159 ראו בעניין זה את ההסבר הלקוני המובא בדברי ההסבר להצעה, לעיל הערה 1, בעמ' 204. בספרו של דויטש, לעיל הערה 56, לא מצאתי התייחסות לסייג חמישי זה.

160 לדיון בהוראות אלה ראו שלו ואדר, לעיל הערה 6.

161 השקפה זו זכתה בביסוס בדבריו של השופט אהרן ברק בע"א 214/89 **אבנרי נ' שפירא**, פ"ד מג(3) 840, 854: "בעוד שבדיני החוזים תרופת הציווי (או בצורתה הכללית יותר 'האכיפה') היא התרופה הראשונית, הרי בדיני הנזיקין תרופת הציווי היא תרופה משנית. משניות זו מתבטאת בכך, שהציווי יינתן, בדרך כלל, רק אם הפיצוי אינו נותן סעד מספיק להפרה." והשוו לדברי השופט יצחק זמיר בע"א 3833/93 **לוין נ' לוין**, פ"ד מח(2) 862, 877, 879 (להלן: עניין לוין): "...הציווי בדיני הנזיקין הינו סעד משני, ואילו הציווי בדיני החוזים הינו, מכוח סעיף 3 לחוק התרופות, סעד ראשי או ראשוני... בכך נבדל גם, במשפט ישראל, דין החוזים מדין הנזיקין. בנזיקין נדרש, בדרך כלל, טעם מיוחד כדי שבית המשפט לא יסתפק בסעד של

"סעד ראשוני" הניתן לנפגע "בזכות, ולא בחסד",[162] הזכות האמורה כפופה לסייגים רחבים ועמומים. ראש וראשון לאלה (אם כי לא היחיד) הוא סייג הצדק.[163]

רוחב יריעתו של המושג "צדק" מותיר לבית־המשפט שיקול־דעת רחב כמלוא אולם בבואו לקבוע אם הנפגע אכן זכאי לאכיפת החיוב אם לאו. בהעדר ניסיון חקיקתי או שיפוטי ליצוק תוכן קונקרטי למושג "צדק" ולהבהיר מהם השיקולים שבכוחם להצדיק שלילה של הזכות לאכיפה מטעמי צדק, הזכות לאכיפה – שעל־פי הצעת הקודקס אמורה ליהפך לתרופה ראשית בכל תחומי החיובים – עלולה לאבד מיציבותה ומחוסנה. קושי זה, שטבוע במושג "צדק", מחריף שבעתיים בשיטת משפט דוגמת המשפט הישראלית, שבה ה"צדק" בהקשר דנן אינו אך "צדק פרטי", המוגבל לאיזון האינטרסים שבין הנפגע למפר, אלא גם "צדק ציבורי", המשתרע על כל שיקול ציבורי העשוי לתמוך בהימנעות ממתן צו אכיפה.[164]

הניתן לכוון בצורה יעילה יותר את שיקול־הדעת השיפוטי בתחום זה? לשיטתי, התשובה לכך חיובית.

ראשית, יש לדעתי מקום להתייחס בפרק התרופות לסוגיה החשובה והשנויה במחלוקת בדבר טיב ה"צדק" שמכוחו ניתן לשלול את זכותו של נפגע מהפרת חיוב אזרחי לקיום זכותו בעין. האם ראוי לפרש מושג־שסתום זה בהקשר של פרק התרופות באופן מרחיב כ"צדק ציבורי" או שמא שיקולי הצדק בתחום התרופות ראוי שיוגבלו לשיקולי "צדק פרטי" שבין הצדדים להתדיינות?[165]

פיצויים וייתן סעד של ציווי..." ברם, קיימת בפסיקה גם גישה מרחיבה יותר. ראו שלו ואדר, לעיל הערה 6.

162 ראו את דברי הנשיא מאיר שמגר בע"א 48/81 **פומרנץ נ' ק.ד.ש.**, פ"ד לח(2) 813, 817 (להלן: עניין פומרנץ): "עם חקיקת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) הפך סעד האכיפה מסעד משני לסעד הראשון במעלה והראשוני בעדיפות, הנבחנת והנבחרת על ידי בית המשפט." גישה זו אומצה במספר רב של פסקי־דין. ראו, למשל, ע"א 3380/97 **תמגר חברה לבניה ופיתוח נ' גושן**, פ"ד נב(4) 673, 688; ע"א 256/89 **פרץ נ' כובס**, פ"ד מו(3) 557, 565; ע"א 100/87 **סלאמה נ' בשיר**, פ"ד מו(2) 409, 415. הזכות לאכיפת החוזה קיבלה חיזוק משמעותי בהלכה שנפסקה בעניין **אדרס**, שלפיה הנפגע מהפרת חוזה עשוי בנסיבות מסוימות לתבוע לעצמו את פירות ההפרה.

163 גם סייג השירות האישי וסייג הפיקוח מבוססים על מושגי־השסתום "שירות אישי" ו"מידה בלתי־סבירה" (של פיקוח), אולם בשורות הבאות אתמקד בעיקר בסייג הצדק.

164 כך נפסק בעניין לוין, לעיל בהערה 161, בעמ' 877–879 (השופט יצחק זמיר), על יסוד פרשנות מילולית ותכליתית של סעיף 3(4) לחוק התרופות.

165 הגישה שלפיה ה"צדק" היחיד הרלוונטי הוא הצדק שבין הצדדים להתדיינות זוכה בתמיכה ברורה בספרה של גבריאלה שלו **דיני חוזים** (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 532: "צדק בדיני־חוזים איננו צדק מוחלט או צדק חברתי, אלא אך ורק צדק יחסי, בין הצדדים לבין עצמם... בחקיקה החוזית יש לפרשו כמורה על איזון בין האינטרסים של הצדדים לחוזה." אף שלא מצינו הלכה מפורשת השוללת התחשבות גורפת בשיקולים החורגים מהצדק הפרטי שבין שני הצדדים לחוזה, רמזים בכיוון זה קיימים בפסיקתו של בית־המשפט העליון שקדמה לעניין לוין.

שנית, אף אם אין מקום לשלול לחלוטין היזקקות לשיקולים של "צדק ציבורי", ראוי להבהיר מה טיבם של אותם שיקולים. האם ניתן לשלול את זכותו של נפגע לקיומו בעין של חיוב חוזי בר־תוקף מכוחם של שיקולי צדק חלוקתי, יעילות כלכלית או הרצון לקדם ערכים שהציבור חפץ ביקרם? האם פנייה לשיקולי תקנת הציבור על־מנת לשלול אכיפתו של חוזה תקף היא בבחינת היוצא־מן־הכלל המעיד על הכלל או שמא זוהי דרך־המלך שעל בית־המשפט לנקוט בבואו לבחון את שאלת הזכות לאכיפה? לדעתי, גם תחת ההנחה שמוצדק להגביל את הזכות לאכיפת חיוב על יסוד שיקולים שבמדיניות משפטית כללית (וכאמור, מן הראוי לבחון שאלה זאת), יש מקום לראות בפנייה לשיקולים אלה חריג מיוחד שראוי להיזקק לו רק כאשר הנזק שעלול להיגרם לצדדים שלישיים (או לציבור כולו) הוא משמעותי וברור לעין.[166] מכל מקום, ראוי לעשות מאמץ להגדיר בכלליות מהם אותם שיקולים ציבוריים העשויים להצדיק את שלילת הזכות לאכיפה גם כאשר מאזן הצדק שבין הצדדים אינו מוליך למסקנה דומה.[167]

שלישית, בתחום של שיקולי הצדק ה"פרטיים" יש מקום לדעתי לפרט מהם השיקולים העיקריים שמכוחם זכותו של הנפגע לאכיפה עשויה להישלל, ואף נשללת בפועל בדין הנוהג. קבוצת שיקולים ראשונה שנראית לי רלוונטית בהקשר זה – ואשר הוכרה במפורש בפסיקתו של בית־המשפט העליון בתחום החוזי – מבקשת להעריך מהי מידת ההגינות היחסית (או אי־ההגינות) שהפגינו הצדדים זה כלפי זה לאורך הסכסוך כולו ובהקשר של ההפרה הספציפית הנידונה בפרט. מצידו של המפר ייבחנו כאן, בין היתר, דרגת

ראו, למשל, ע"א 91/75 **פרץ נ' ביטון**, פ"ד ל(1) 367, 373 (הקו המנחה בשקילת שיקולי צדק באכיפה הוא התנהגותם של שני הצדדים והאינטרסים שלהם); עניין פומרנץ, לעיל הערה 162, בעמ' 822 (שאלת הזכות לאכיפה צריכה להיחתך תוך התחשבות בצדדים לחוזה ובהתעלם מהאינטרסים של צדדים שלישיים); ד"נ 21/80 **ורטהיימר נ' הררי**, פ"ד לה(3) 253 (אין להתחשב באינטרסים של צד שלישי לצורך הכרעה בשאלת תחרות זכויות לפי סעיף 9 לחוק המקרקעין); ע"א 288/80 **וינקלר נ' ספיר סודרי חברה לבנין בע"מ**, פ"ד לו(2) 365, 378 ("צדק" באכיפה "מביא בחשבון את האינטרסים הלגיטימיים של שני הצדדים ומשתדל לעשות צדק עם שניהם"). שקילת שיקולי צדק ציבורי כנימוק לשלילת הזכות לאכיפה עשויה להיות בעייתית במישור החוקתי, שכן יש בה משום פגיעה בחופש החוזים ובחופש הקניין – זכויות המעוגנות כיום בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

166 גישה כזו עולה מדבריו של השופט יצחק אנגלרד בע"א 2825/97 **מוחמד אבו־זייד נ' מקל ברוך**, פ"ד נג(1) 402, 413. באותו מקרה התחשב השופט יצחק אנגלרד בשיקולים של יעילות כלכלית וצדק חלוקתי במסגרת סייג הצדק לתרופת הביטול המעוגן בסעיף 7(ב) לחוק התרופות. זאת, למרות הכרתו בכך ש"מנקודת ראותו של המשפט הפרטי, במובן הצר, הסדרת היחסים בין המתקשרים כפופה, עקרונית, לרעיון הצדק המתקן". במילים אחרות, השופט סבר כי "אין להתעלם לחלוטין מהשלכות ההסדר על הרווחה המיצרפית, הנשלטת מצדה על־ידי רעיון הצדק המחלק", אך ניכר מדבריו שלדעתו מדובר בסיטואציה יוצאת־מן־הכלל המעידה על הכלל.

167 שיקול אחד כזה הוא השיקול המוסדי של עלויות הפיקוח החברתיות הכרוכות בפיקוח על קיומם המדויק של צווי אכיפה. שיקול זה מעוגן כיום בסעיף 3(3) לחוק התרופות ובסעיף 524(3) להצעה, אשר הופכים אותו לרלוונטי גם לגבי אכיפתם של חיובים שאינם חוזיים.

ההתרשלות (אם בכלל) המשתקפת בהפרה, היסוד הנפשי של המפר, הצעדים שנקט (או לא נקט) למזעור נזקי ההפרה לאחר התרחשותה, וכל ביטוי אחר להתנהגות תמת־לב (או חסרת תום־לב) כלפי הנפגע, בין בהקשר של ההפרה הספציפית ובין במסגרת בחינה כוללת של יחסי הצדדים. מצידו של הנפגע תישקל מידת תרומתו להתרחשות ההפרה (אשָם תורם), מידת יכולתו למנוע את תוצאותיה השליליות או למזערן (הקטנת נזק), נכונותו לשתף פעולה עם הצעות פשרה סבירות של המפר לתיקון הפגיעה לאחר התרחשותה, השתהות בתביעה לקיום החוזה או ויתור עליה, וכל ביטוי אחר להתנהגות תמת־לב (או חסרת תום־לב) ביחסיו של הנפגע עם המפר, לרבות הפרות שעשה בעצמו כלפי הצד האחר.[168]

קבוצת שיקולים נוספת שראוי לבחון בהקשר דנן נוגעת במאזן האינטרסים של הצדדים, או ביתר פירוט, במאזן התועלות וההפסדים היחסי של הנפגע והמפר. מטרת האיזון הנערך במסגרת קבוצת שיקולים זו היא להעריך את מידת התועלת היחסית שתצמח לנפגע מקיום החוזה, לעומת ההפסד היחסי שייגרם למפר אם יחויב בביצוע החוזה בעין. שיקול זה, אשר בדיני הנזיקין מקובל לתארו באופן מסורתי כשיקול של "מאזן הנוחיות", אינו אלא ניסיון של בית־המשפט להעריך, בנקודת הזמן של ההתדיינות שלפניו, את מאזן התועלות וההפסדים שייגרמו לכל אחד משני הצדדים לסכסוך אם תביעתו של הצד האחר תתקבל (או תידחה). גם שיקול זה מחייב שקלול של קשת רחבה של שיקולי־משנה. מבחינת האינטרס של הנפגע, ומבלי למצות, ניתן להצביע על כמה שאלות רלוונטיות: האם טיבם של האינטרסים שנפגעו עקב ההפרה (ממוניים, לא־ממוניים) הוא כזה שניתן לתקן את הפגיעה בהם באמצעות צו לפיצויים? האם קיימים קשיי כימות ההופכים את תרופת הפיצויים לבעייתית בהקשר של תיקון הפגיעה הספציפית, ובאיזו מידה? מהי חשיבותו החברתית של האינטרס המוגן על־ידי זכותו של הנפגע? האם הסתפקותו של הנפגע בתרופה כספית צפויה לשלול ממנו הנאה או תועלת של ממש? האם קיים חשש שהמפר יפר גם את הצו לתשלום פיצויים, והאם ניתן להתגבר על חשש זה באמצעות חיובו בצו אכיפה?[169] האם המפר הוא חדל־פירעון, כך שחיובו בביצוע בעין של החיוב עשוי להבטיח הגנה על אינטרס הקיום ביתר יעילות מאשר חיוב בפיצויים? האם הנפגע השתהה יתר על המידה בתביעתו לאכיפה (או ויתר עליה לחלוטין) באופן שנוצר מצג שלפיו אין הוא מעוניין עוד באכיפה?

מבחינת האינטרס של המפר, ניתן להצביע על כמה שיקולים נוספים: האם קיום צו האכיפה כרוך בהכבדה משמעותית על אורח חייו התקין של המפר בהשוואה לצו שיחייבו

---

168 חלק משיקולים אלה ושיקולים נוספים נידונו בפסיקה. ראו, למשל, ע"א 4161/91 עטיה נ' אור, פ"ד מז(3) 366; ע"א 3437/93 אגד בע"מ נ. אדלר, פ"ד נד(1) 817, 839־840 (להלן: עניין אגד).

169 כידוע, צו לתשלום חיוב כספי אינו ניתן לאכיפה בדרך־כלל באמצעות סנקציות עונשיות, אלא לאחר חקירה של לשכת ההוצאה לפועל אם בכוחו של החייב לשלם את חובו הפסוק. לעומת זאת, צו לאכיפת חיוב ניתן לאכיפה באמצעות הסנקציות העונשיות הקבועות בפקודת בזיון בית־המשפט. לסנקציות אלה מיתוספת בקודקס החדש סנקציה חדשה, המכונה "צו מרתיע", המסמיכה את בית־המשפט לצרף לצו האכיפה קנס אזרחי מצטבר על כל יום איחור בקיום הצו. לדיון בתרופה זו ראו סעיף 4ד להלן.

בפיצויים בלבד?[170] האם הכבדה משמעותית זו עולה במידה ניכרת על ההכבדה וההפסד שייגרמו לנפגע אם ייאלץ להסתפק בפיצויים בלבד? האם קיום צו האכיפה כרוך בהשפלה או בפגיעה משמעותית אחרת בכבודו של המפר, אשר ניתן להימנע ממנה באמצעות צו לפיצויים?[171]

ודייקו: עריכת מאזן התועלות וההפסדים בהקשר זה אינה שוויונית, אלא נערכת – או למצער צריכה להיערך, לדעתי – מתוך הנחת־המוצא כי הנפגע זכאי ל"השבת המצב לקדמותו" בצורה המיטבית.[172] לאור הנחה זו נראה שיש מקום לשלול את הזכות לאכיפה מטעמי צדק ("פרטיים") רק בהתקיים שני התנאים המצטברים הבאים:

(1) קיום צו האכיפה צפוי לגרום למפר פגיעה חמורה (ממונית או לא־ממונית) שניתן להימנע ממנה אם התובע יסתפק בתרופות אחרות שהוא זכאי להן בנסיבות העניין.

(2) שלילת הזכות לאכיפה מהנפגע ואילוצו להסתפק בתרופות אחרות שהוא זכאי להן אינה צפויה להביא לידי פגיעה משמעותית באינטרס הקיום של הנפגע.

שאלת התקיימותם של שני התנאים המצטברים האמורים תיבחן, כאמור, תוך שקלול מגוון רחב של שיקולים שתכליתם ליתן ביטוי והכרה לזכותו של הנפגע להגנה מיטבית על אינטרס הקיום שלו, כפוף למגבלות של הגינות וצדק ביחסים שבין הצדדים לחוזה. כאמור, נוסף על אלה ייתכן שיש מקום, בנסיבות חריגות, להתחשב בשיקולים ציבוריים מובהקים, כגון יעילות כלכלית, צדק חברתי (חלוקתי) או חירויות־יסוד, כאשר משקלם של אלה רב, לדעת בית־המשפט. שיקולי הצדק ה"פרטי", כמו־גם שיקולי הצדק ה"ציבורי", אינם מפורטים כיום בחוק התרופות ובפקודת הנזיקין. הסעיפים הרלוונטיים בחוקים אלה,[173] לפחות לפי לשונם, אינם מפרטים את השיקולים שעל־פיהם ראוי להכריע בשאלה אם ליתן ציווי (בנזיקין) או אכיפה (בחוזים). הם מנוסחים כהנחיות נחרצות השוללות לחלוטין את הסמכות ליתן צווי אכיפה בהתקיים התנאים המנויים בהם.[174] הצעת הקודקס, המבקשת

---

170 שיקול זה מגולם כיום בסעיף 74 לפקודת הנזיקין, אשר קובע כי אין לפסוק ציווי בנזיקין כאשר פגיעת העוולה בנפגע היא קטנה וניתנת להערכה ולפיצוי מספיק בכסף, אם "במתן ציווי יהיה משום התעמרות בנתבע".

171 שיקול זה עומד כידוע ביסוד ההכרה ב"חריג השירות האישי" המוכר באופן מסורתי בתחום החוזי, אולם למעשה מדובר בשיקול שעשוי להיות רלוונטי גם לאכיפתם של חיובים שאינם חוזיים.

172 השקפה כזו עולה מפסק־הדין בע"א 44/76 **אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ**, פ"ד ל(3) 785, שבו דחה בית־המשפט העליון את הנימוק של "מאזן הנוחיות" כעילה להימנעות ממתן ציווי בעוולת מטרד ליחיד, בהדגישו, מפי השופט מאיר שמגר כי "מרכז הכובד בדיני הנזיקין בכלל ובדיני המטרד בפרט, הוא הנפגע והפגיעה אשר בה הוא נפגע ולנקודת ראות זו יש לתת ביטוי נאות.. [זו] נקודת המוצא לבחינתה של התרופה... ולא טיבו ומהותו של הנזק למעוול, שייווצר אם ייאלץ להפסיק את מעשה העוולה..." שם, בעמ' 810–811.

173 מדובר בסעיף 3 לחוק התרופות ובסעיף 74 לפקודת הנזיקין.

174 סעיף 3 לחוק התרופות קובע כי "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם..." התקיים אחד מארבעת הסייגים המפורטים בסעיף; וסעיף 74 לפקודת הנזיקין קובע באורח דומה כי "בית המשפט לא ייתן ציווי אם..." התקיימו במצטבר ארבעת התנאים המפורטים בסעיף.

לאחד את דיני האכיפה באמצעות החלת ההסדר בחוק התרופות על כלל החיובים במשפט האזרחי, אינה משנה מצב זה, וכך מותירה מציאות בעייתית זו על כנה.

דוגמה טובה להיתכנות החזון המועלה כאן בדבר מתן עיגון חקיקתי פורמלי לשיקולים המעצבים את דיני האכיפה ניתן להביא מהרסטייטמנט האמריקאי. סעיף 633 לרסטייטמנט השני על נזיקין קובע (בתרגום חופשי מהמקור) כי "השאלה אם ראוי לפסוק ציווי בתגובה על עוולה או על איום בעוולה תיקבע על־ידי שקלול הגורמים המפורטים בסעיף 636". סעיף 636 קובע, בתורו, כי השיקולים העיקריים שיש להתחשב בהם בהכרעה האמורה הם, בין היתר: (1) טיב האינטרס המוגן על־ידי הזכות; (2) הַדַיוּת היחסית (relative adequacy) של תרופת הפיצויים או תרופות אחרות מבחינתו של התובע; (3) שיהוי בהגשת התביעה מצד התובע; (4) התנהגות פגומה של התובע בקשר לתביעה; (5) ההכבדה שתיגרם לנתבע, מחד גיסא, ולתובע, מאידך גיסא, אם יינתן הציווי או יישלל; (6) האינטרסים של צדדים שלישיים או של הציבור; (7) מידת המעשיות שבניסוח ובאכיפה של הציווי המבוקש. יצוין כי הֶסדר האכיפה ברסטייטמנט השני על חוזים מפורט מאוד אף הוא, ומצביע על קשת רחבה של שיקולים, שחלק ניכר מהם חופף את אלה הרלוונטיים לפסיקת ציווי בנזיקין.[175] עיגונם של השיקולים הרלוונטיים בחוק החרות והבהרת משקלם וחשיבותם היחסית

175 סעיף 359(1) לריסטייטמנט השני על חוזים מעגן את העיקרון המסורתי של המשפט המקובל, שלפיו לא יינתן צו לאכיפתו של חוזה אם בפסיקת פיצויים יש משום הגנה מספקת על אינטרס הקיום של הנפגע. סעיף 360 להצעה משלים את ההסדר, בקובעו כי בקביעת דַיוּתה או אי־דַיוּתה של תרופת הפיצויים יש להתחשב בעיקר בגורמים הבאים: (1) מידת הקושי להוכיח את הנזק ואת שיעורו בוודאות סבירה; (2) מידת הקושי להבטיח תחליף הולם לקיום החוזה באמצעות צו לתשלום פיצויים; (3) הסבירות שצו לתשלום פיצויים לא יהיה בר־מימוש. סעיפים 362–369 לריסטייטמנט מוסיפים וקובעים שורה של שיקולים והגבלות נוספים בהקשר של הזכות לאכיפה. סעיף 362 להצעה שולל את הסמכות ליתן אכיפה כאשר תנאי החוזה אינם ברורים מספיק לצורך ניסוח צו אכיפה. סעיף 363 לריסטייטמנט מאפשר לשלול אכיפה בהעדר ערובה לביצוע נגדי מצידו של הנפגע. סעיף 364(1) לריסטייטמנט קובע שאכיפה תיחשב לא־הוגנת (unfair) כלפי המפר (שיקולי "צדק פרטי") ולפיכך תישלל כאשר: (1) החוזה עצמו לידתו בהתנהגות חסרת תום־לב (unfair practices) של הנפגע; (2) האכיפה תגרום למפר או לצדדים שלישיים הכבדה או הפסד בלתי־סבירים; (3) קיימת בחוזה אי־שקילות בולטת של התמורות או חוסר הוגנות אחר. סעיף 364(2) להצעה קובע שהתניה בחוזה על תרופת האכיפה לא תהא תקפה אם שלילת הזכות לאכיפה תגרום הכבדה או הפסד בלתי־סבירים לנפגע או לצדדים שלישיים. סעיף 365 לריסטייטמנט שולל את הזכות לאכיפה כאשר זו מחייבת מעשה או מחדל המנוגדים לתקנת הציבור (שיקולי "צדק ציבורי"). סעיף 366 לריסטייטמנט שולל את הזכות לאכיפה כאשר מילוי הצו כרוך במידה בלתי־סבירה של פיקוח, כאשר הסבירות נמדדת תוך התייחסות ליתרונות, מחד גיסא, ולנזקים, מאידך גיסא, שיצמיח מתן הצו. סעיף 367 לריסטייטמנט מעגן את חריג "השירות האישי" (אצלנו סעיף 3(2) לחוק התרופות), וסעיף 369 לריסטייטמנט שולל את הזכות לאכיפה כאשר הנפגע הפר את החוזה הפרה חמורה שיש בה כדי לזכות את המפר בביטול החוזה. לדיון אקדמי בחלק משיקולי המדיניות הרלוונטיים לבחירה בין תרופת האכיפה לתרופת הפיצויים ראו, למשל: Doug Rendleman "The Inadequate Remedy at Law Prerequisite for an Injunction" 33 *U. Fla. L. Rev.* (1980–1981) 346.

עשויים לתרום לדעתי תרומה חשובה להבהרת דיני האכיפה. ראשית, הצגה סדורה של שיקולי המדיניות הרלוונטיים תחייב את בתי־המשפט להתייחס אליהם ולמשקלם היחסי בנסיבות המקרה באופן גלוי ושיטתי. שנית, וכתוצאה ישירה מכך, תשתפר יכולתם של עורכי־הדין (ושל כלל הציבור) להעריך עד כמה – בנסיבותיו של סכסוך נתון שפרץ בין הצדדים – עשוי להיפסק צו אכיפה לטובתם או לחובתם. לעומת זאת, בהעדר פירוט מינימלי של השיקולים הרלוונטיים, ייוותר חלק מרכזי של דיני האכיפה נסתר מעינו של המשפטן הממוצע, חבוי אי־שם בין שיטיהם של עשרות פסקי־הדין שניתנו בסוגיה זו עד היום. כפי שהסברתי במקום אחר, האתגר של דיני התרופות המודרניים אינו מצוי בניסיון להגביל את קשת התרופות שבית־המשפט האזרחי מוסמך להיזקק להן בתביעות אזרחיות על יסוד ההבחנה בדבר מקורו של החיוב (בדיני החוזים, בדיני הנזיקין, בדיני עשיית עושר ולא במשפט, וכיוצא בהם); האתגר האמיתי טמון במאמץ להתוות את אופן השימוש הנכון בתרופות השונות, על־ידי הבהרת התכליות המיוחדות של כל תרופה והשיקולים הרלוונטיים להעדפתה על תרופות אחרות.[176]

3. פיצויים על נזק לא־ממוני

בניגוד לתרופת האכיפה, הכפופה לשיקול־דעת שיפוטי רחב, מקובל לראות בתרופת הפיצויים זכות נוקשה של הנפגע, המוקנית לו בהתקיים הדרישה היסודית להוכחת נזק הקשור בקשר סיבתי להפרת החיוב.[177] אף־על־פי־כן, במגזרים לא־מעטים של דיני הפיצויים דומה שהקביעה אם יש מקום לפסוק פיצוי ובאיזה שיעור מצריכה הכרעה ערכית ואיזון של שיקולים שונים, אשר מטבע הדברים מחייבים שיקול־דעת שיפוטי רחב. אחד המובהקים מבין מגזרים אלה, ואולי המובהק מביניהם, הוא תחום הפיצויים בגין נזק לא־ממוני.[178]

כאן, בניגוד לתחום הפיצויים בגין נזק ממוני, שבו ההנחה המקובלת היא שקיימת זכות מוקנית לפיצויים על נזק שגרמה הפרת חיוב (חוזי, נזיקי או אחר), שלטת הנחה הפוכה שלפיה הזכות לפיצוי בגין נזק נפשי, לא־ממוני, שנגרם עקב הפרת חוזה או מעשה עוולה כפופה לשיקול־דעת רחב של בית־המשפט. הנחה זו משתקפת כיום במפורש בסעיף 13

---

176 להבהרת עמדה עקרונית זו ראו אדר, לעיל הערה 3.

177 "תרופת הפיצויים היא תרופה נוקשה ואיתנה יותר מן התרופות האחרות... תרופת הפיצויים איננה כפופה למבחן הצדק." שלו, לעיל הערה 165, בעמ' 575. והשוו לדבריו של ידין: "נמצא שהחוק נקט שיטה קונבנציונלית של מבחנים מעטים ונוקשים – סיבתיות וצפיות – ולא אימץ שיטה גמישה יותר, ואולי משוכללת וצודקת יותר... המסמיכה את השופט לקבוע את שיעור הפיצויים לפי שיקול דעת רחב ובשים לב לכל נסיבות העניין." אורי ידין חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א־1970 (מהדורה שנייה, תשל"ט) 104־105.

178 פסיקת פיצויים מצריכה שיקול־דעת נרחב גם בהקשרים אחרים, כגון פסיקת פיצויים בגין נזקי גוף ובגין נזק פיזי לרכוש, אולם במסגרת הנוכחית לא נוכל להרחיב את הדיון בסוגיות אלה. דיון בשיקולים הרלוונטיים להכרעות בתחום הפיצויים על נזקי רכוש ניתן למצוא במאמרי – אדר, לעיל הערה 3.

לחוק התרופות, המקנה לבית־המשפט סמכות שבשיקול־דעת בשאלה אם לפסוק פיצוי בשל נזק לא־ממוני שגרמה הפרת חוזה, ובאיזה שיעור.[179] בתי־המשפט שלנו אינם מפליגים בשימוש בהוראה זו, ובבית־המשפט העליון אף נשמעה הדעה כי יש לנקוט בתחום זה מדיניות מצמצמת.[180]

גישתם של דיני הנזיקין לפיצוי בגין נזק לא־ממוני משתנה בהתאם לסוג העוולה הנידונה. למשל, בתביעות לשון־הרע פיצוי על נזק לא־ממוני טהור הוא עניין שבשגרה.[181] כמו־כן, פיצויים בגין כאב וסבל נפסקים כדבר שבשגרה במסגרת תביעות על נזקי גוף, כאשר הנזק הלא־ממוני נלווה לפגיעה גופנית. לעומת זאת, במסגרת עוולת הרשלנות, וברוח דיני הנזיקין האנגליים, לא הוכרה בישראל בעבר חובת זהירות מושגית ביחס לנזק לא־ממוני טהור.[182] הלכה זו נזנחה אומנם בפסק־הדין פורץ־הדרך בעניין גורדון, שבו נפסק כי באופן עקרוני קיימת חובת זהירות מושגית גם ביחס לנזק לא־ממוני טהור.[183] עם זאת, גם בעניין גורדון עצמו הובהר היטב שלא כל נזק לא־ממוני הנגרם כתוצאה מהתרשלות הוא בר־פיצוי, ושהדבר תלוי בקיומה של חובת זהירות מושגית וקונקרטית במקרה הנידון, כמו־גם בהתקיימותם של מבחני הסיבתיות המשפטית בין ההתרשלות לבין הנזק הלא־ממוני.[184] מבחנים גמישים אלה מאפשרים לבתי־המשפט גם כיום לצמצם או

---

179 ראוי לציין שסעיף 13 לחוק התרופות אינו מבחין בין נזק לא־ממוני טפל לפגיעת גוף או לפגיעת רכוש שגרמה הפרת חוזה לבין נזק לא־ממוני טהור. בקודקס מוצע לשנות מצב זה, ולקבוע כי ביחס לנזק לא־ממוני שטפל לנזק גוף יהיה הנפגע מהפרת החיוב "זכאי" לפיצוי, ואילו ביחס לנזק לא־ממוני אחר יהיה בית־המשפט "רשאי" לפסוק פיצוי. ראו בהתאמה סעיפים 542(3) ו־563 להצעה.

180 ראו את דברי השופט אליהו מצא בעניין אגד, לעיל הערה 168, בעמ' 835: "פסיקת פיצוי בגין נזק לא־ממוני, על רקע סכסוך שיסודו במחלוקת על קיומם של חיובים חוזיים, נתונה לשיקול דעת בית המשפט... ומכאן שהיא שמורה למקרים מיוחדים."

181 הוא הדין בתביעות על כליאת־שווא, מטרדים ושאר עוולות שבהן הנזק הטיפוסי אינו נזק פיזי לגוף או לרכוש.

182 ראו, למשל, ע"א 4/57 **נדיר נ' כהנוביץ**, פ"ד יא 1464, 1469: "באין תוצאות פיסיות אין נזק הניתן לפיצוי... צדק השופט המלומד בפרשו את המונח 'נוחות' שבהגדרת 'נזק' לאור התקדימים האנגליים שסירבו להכיר בזכותו של אדם לפיצויי נזקים בשל פחד וכיוצא בו תחושות גופניות ורוחניות שאינם מלווים פגיעה פיסית ממש."

183 עניין **גורדון**, לעיל הערה 87, בעמ' 138–142, ובמיוחד 140–141: "האם מוכרת, במסגרת עוולת הרשלנות, חובת זהירות מושגית לעניין נזק לא־רכושי גרידא? לדעתי, התשובה על שאלה זו היא בחיוב... איני רואה כל יסוד ראציונאלי להבחין בין נזק לא־רכושי, הכרוך בנזק רכושי, לבין נזק לא־רכושי, העומד בפני עצמו... כבודו של אדם, שמו הטוב, נוחותו ושלמות נפשו חשובים לחיי חברה תקינים וצריכים לקבל הגנה ראויה כמו כל אינטרס רכושי." ההלכה אושרה בפסקי־דין מאוחרים של בית־המשפט העליון. ראו, למשל, ע"א 1730/92 **מצראווה נ' מצראווה** (לא פורסם, ניתן ביום 29.3.1995).

184 "נזק לא־רכושי גרידא אף הוא נזק לעניין עוולת הרשלנות, והוא בר־פיצוי, אם על אדם סביר מוטלת החובה המושגית והקונקרטית לצפות את התרחשותו בשל התרשלות." עניין **גורדון**, לעיל הערה 87, בעמ' 142.

להרחיב[185] – כאוות־נפשם כמעט – את היקף הזכאות לפיצוי לא־ממוני במסגרת עוולת הרשלנות, וזאת על יסוד שיקולי מדיניות מגוונים, כגון קשיי כימות והוכחה, והחשש מבידוי ראיות, מהרתעת־יתר ומהצפה של בתי־המשפט בתביעות־סרק, מחד גיסא, לעומת השאיפה לפיצוי מלא של נפגעים, הגנה על כבודם וחירותם, והרתעה הולמת של מעוולים, מאידך גיסא.[186]

הזכות לפיצוי בגין נזק לא־ממוני שאינו טפל לנזק גוף[187] מוסדרת בהצעת הקודקס בסעיף אחד ויחיד – סעיף 563 – הקובע בזו הלשון: "נגרם לנפגע נזק שאינו נזק ממון, והוא אינו תוצאה של נזק לגוף, רשאי בית המשפט לפסוק לו פיצויים בשל נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין."

נקל לראות שהֶסדר זה מאַמֵּץ למעשה את ההסדר הקבוע בסעיף 13 לחוק התרופות, ומחיל אותו על כלל הנזקים הלא־ממוניים הנגרמים כתוצאה מהפרת חיובים במשפט האזרחי, למעט אלה הנלווים לפגיעת גוף. ההצעה אינה כוללת התייחסות כלשהי לשיקולים העיקריים אשר לאורם על בית־המשפט להכריע בשאלה אם לפסוק פיצוי לא־ממוני ובאיזה שיעור. גם הפעם, כמו בהקשר של תרופת האכיפה, הועתקה לפרק התרופות הוראה קיימת מדיני התרופות בשל הפרת חוזה, והוחלה על כלל החיובים האזרחיים. בהחלה רחבה זו של הֶסדר מתחום אחד על תחומים אחרים, כשלעצמה, אין לדעתנו כל פסול. אולם ברוח הדברים שנאמרו בסעיף הקודם, דומה שגם בהקשר זה היה ראוי להביא סמוך להוראה זו פירוט מינימלי של השיקולים העיקריים הרלוונטיים להפעלת שיקול־הדעת השיפוטי בפסיקת הפיצויים האמורים.

אכן, כמו בהקשרים אחרים, גם כאן השאלה מהם השיקולים הלגיטימיים והרלוונטיים אינה שאלה פשוטה. למשל, אין זה ברור אם פרט לשיקולים הקשורים למהות הפגיעה בנפגע (כגון טיב האינטרס שנפגע, עוצמת הפגיעה באינטרס, קשיי ההוכחה והכימות של הנזק, וכיוצא בהם) יש מקום לשקול גם שיקולים המתמקדים בהתנהגותו של המפר ובצורך לגמול לו על התנהגותו ולהעביר מסר חינוכי והרתעתי לו ולציבור כולו.[188] יש מקום לבחון גם את שאלת הלגיטימיות של שיקולי מדיניות מוסדיים וחברתיים רחבים יותר, כגון החשש מפני

---

185 בעשור האחרון ניתן לזהות מגמה זהירה של הרחבה בתחום זה. ראו ע"א 2781/93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה**, פ"ד נג(4) 526 (הכרה ב"פגיעה באוטונומיה" כנזק בר־פיצוי); ע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי תופיק**, פ"ד נז(4) 673 (הכרה בפיצוי על "תחושת גועל"); ע"א 1279/00 **אבנעל חברה להפצה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח'**, פ"ד נט(5) 93, 204–207 (פיצוי על נזק לא־ממוני שנגרם לאזרח כתוצאה מהתנהלות פגומה ורשלנית של רשות ציבורית בטיפול בענייניו).

186 לעניין זה ראו גם יצחק אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין – דימויה העצמי ומציאות" **עיוני משפט** יא (תשמ"ו) 67, 81–82. להצגה תמציתית של השיקולים בעד צמצום של היקף האחריות לנזק לא־ממוני טהור ראו רע"א 444/87 **אלסוחה נ' דהאן**, פ"ד מד(3) 397, 432–433.

187 הזכות (המוקנית) לפיצוי על נזק לא־ממוני שנלווה לנזק גוף מעוגנת בסעיף 542(3) להצעה.

188 בניגוד לרטוריקה האופיינית לדיני החוזים, השוללת היזקקות לשיקולים עונשיים בפסיקת פיצויים בכלל, בחינת הפסיקה שהפעילה את סעיף 13 לחוק התרופות מלמדת לדעתי על

הרתעת־יתר, עומס־יתר וכיוצא בהם. אולם למרות הקושי היה אפשר לצפות – לנוכח העובדה שבתחומים אחרים פרק התרופות משקף שכלול ועיבוי של מערך דיני הפיצויים הקיים[189] – כי גם בתחום זה ייקבע הֶסדר שלא רק יאחד את ההסדרים הקיימים, אלא גם ישכלל ויפרט את הדין מעבר למה שמצוי כיום בחוק החרות. הותרת המטרות והשיקולים שביסודה של פסיקת פיצוי לא־ממוני מוצנעים (ולעיתים חבויים ממש) בין קפלי ההלכות המעגנות אותם (או בין שיטי מאמריהם של המלומדים שהצביעו על קיומם) עלולה לעלות גם כאן כדי החמצת הזדמנות לשכלול התשתית הפורמלית של דיני התרופות.

4. צו מרתיע

הצורך בהכוונת שיקול־הדעת השיפוטי בפסיקת תרופות מתחדד כאשר מדובר במתן עיגון חקיקתי לתרופה חדשה, שטרם הצטבר בשיטת המשפט ניסיון בהפעלתה. דוגמה מובהקת לתרופה העונה על תיאור זה היא תרופת "הצו המרתיע", המעוגנת בהוראת סעיף 575 להצעת הקודקס. הצו המרתיע מתלווה לפסק־דין הכולל צו לאכיפתו של חיוב, וקובע סנקציה כספית בעד כל יום של איחור במילוי צו האכיפה.[190] אין כל ספק שאימוצה של תרופת הצו המרתיע בפרק התרופות כתרופה כללית יש בו כדי לשכלל ולחזק את ההגנה

התחשבות ברורה – לעיתים גלויה, לעיתים סמויה – בשיקולים עונשיים. בעניין זה ראו אדר, לעיל הערה 65, בעמ' 94–96. דוגמה מובהקת ניתן להביא ממחוזי־ת"א (חיפה) 1556/72 **מזרח נ' בורשטיין בע"מ**, פ"מ תשל"ד(3) 404, 410, שם נאמר: "...התנהגותו של המפר היא בוודאי אחד הדברים שיש להביא בחשבון בהכרעת השאלה אם להטיל עליו פיצוי לפי סעיף 13 'בנסיבות העניין'. אם הפר התחייבות בשגגה או במסיבות מקילות אחרות, ייתכן שבית המשפט לא יטיל עליו פיצוי מעבר לנזק בממון, שההפרה גרמה לתובע, או שיקבע את הפיצוי בסכום קטן יחסית, אך אם הופר החוזה בזדון, תהיה הנטייה להטיל על המפר את הפיצוי במלוא כובדו." בתחום דיני הנזיקין ההתחשבות בשיקולים עונשיים היא גלויה וברורה הרבה יותר בהקשר של פסיקת פיצויים על נזק לא־ממוני. ראו, למשל, את דברי השופט גבריאל בך בע"א 259/89 **הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו**, פ"ד מו(3) 48, 57: "בפסיקת פיצויים יש משום מגמה עונשית ומגמה מחנכת ומרתיעה כאחד." הדברים נאמרו אומנם בהקשר של פסיקת פיצוי לא־ממוני בעוולת לשון־הרע, אך נוסחו בצורה כללית. ראו עוד את דברי השופט משה עציוני בע"א 30/72 **פרידמן נ' סגל**, פ"ד כז(2) 225, 244: "הלכה פסוקה היא, כי בית המשפט צריך להתחשב בנסיבותיו המיוחדות של המקרה, ולקחת בחשבון, נוסף לטיב העוולה עצמה, גם את התנהגותו של המעוול, במידה והיא זדונית, או משולחת כל רסן, את היקף ההשמצה ופרסומה, וכן את התנהגותו במשך כל זמן ניהול המשפט, ולאמוד בהתאם לכך את כל סכום הפיצויים." בית־המשפט קבע באותו עניין כי התנהגותו של הנתבע הייתה "התנהגות מרושעת, המצדיקה פסיקת פיצויים מירביים".

189 כוונתנו בעיקר לחלקי־המשנה בחלק הפיצויים שבפרק התרופות אשר עוסקים בהתוויית עקרונות כלליים, מפרטים את ראשי־הנזק בתביעות בגין נזקי גוף ונזקי רכוש, וקובעים הֶסדרים מפורטים יחסית בתחומים נוספים (הטבת נזק גוף, תשלומים עיתיים).

190 סעיף 575(א) להצעה קובע: "נתן בית המשפט צו אכיפה, רשאי הוא, אם מצא לנכון –

הניתנת לזכויות אזרחיות. מבחינה זאת יש לראות בהצעה לאמץ אמצעי אכיפה זה אל המשפט הישראלי משום צעד מבורך.[191]

אולם עצם ההכרה בצו המרתיע כתרופה אפשרית או כסנקציה אפשרית במשפטים אזרחיים מעוררת שאלות חשובות שמן ההכרח לענות עליהן בטרם יהיה אפשר להיזקק לו באורח יעיל והוגן במסגרת שיטת המשפט. על־פי נוסח ההצעה, ועל־פי דברי ההסבר והפרשנות להוראת סעיף 575, פסיקת צו מרתיע כפופה לשיקול־דעתו של בית־המשפט, ואינה ניתנת לנפגע כעניין שבזכות. נשאלת אפוא השאלה לאור אילו הנחות ושיקולים על בית־המשפט להפעיל את שיקול־דעתו בשאלה אם ראוי בכלל בנסיבות העניין להטיל על המפר צו מרתיע, ואם כן – באיזה שיעור. למשל, ניתן לתהות מהי הגישה העקרונית של הדין כלפי השימוש בצו מרתיע. האם מדובר בתרופה לנפגע על המשך הפגיעה באינטרס הפרטי שלו או שמא מדובר בסנקציה עונשית, מעין־פלילית, המוטלת בשל זילות בית־המשפט?[192] האם הצו אמור לשמש אמצעי אכיפה לגיטימי בכל מקרה שבו קיימת אפשרות סבירה שצו האכיפה יופר או שמא הוא נועד רק למצבים קיצוניים שבהם ניצב לפני בית־המשפט "מפר מועד" שהוכיח בעבר זילות כלפי צווים שיפוטיים או כלפי זכויות הזולת? האם מטרת הצו היא מניעתית־הרתעתית בלבד או שמא גם גמולית? האם פסיקת הצו מותנית בהתנהגות פסולה ומקוממת של המפר בעבר כלפי הנפגע או שמא די בנסיבות המקימות חשש כי בעתיד – מסיבה כזו או אחרת – יימנע המפר מלקיים את צו האכיפה? האם קיימות נסיבות שבהן אין לפסוק צו מרתיע? מהם השיקולים לקביעת גובה הקנס? היש להתחשב בגודל הנזק שעלול להיגרם לנפגע אם יופר הצו? במידת האשמה של המפר? בשניהם גם־יחד? בשיקולים נוספים? האם בית־המשפט המטיל את הקנס רשאי לשנות בדיעבד (לאחר הפרת הצו המרתיע) את גובה הקנס שנקבע בצו המקורי, תוך התחשבות בחומרת מחדלו של המפר לקיים את צו האכיפה?[193]

אין צורך בכושר נבואי כדי לשער ששאלות יסודיות אלה ושאלות נוספות עתידות להתעורר כבר במקרה הראשון שבו ייזקק בית־משפט אזרחי בישראל לטענה כי מן

---

(1) לחייב בצו את המפר לשלם סכום שיקבע בעד כל יום שבו לא יקיים המפר את צו האכיפה..." מקורו של "הצו המרתיע" במשפט הצרפתי, שם הוא ידוע בכינוי astreinte. למקורות ישראליים וצרפתיים העוסקים במוסד זה ראו שלו ואדר, לעיל הערה 6, בהערת־שוליים 65 ובטקסט הצמוד לה.

191 לביקורת על ההכרה ה"גורפת" בצו מרתיע ובתרופות נוספות כתרופות כלליות בגין הפרת חיובים אזרחיים, ראו, לאחרונה, מאמרו של דגן, לעיל הערה 3. לתגובתי על ביקורת זו ראו אדר, לעיל הערה 3.

192 במשפט הצרפתי הקנס שנקבע בצו המרתיע נפסק לטובת הנפגע, ובכך יש משום מאפיין תרופתי. ראו בעניין זה רנה סנילביץ תרופות בשל הפרת חוזה במשפט הקונטיננטלי (תשנ"ז) 22. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי התשלום לנפגע לא נועד לפצותו על הפגיעה בו, אלא לתמרץ נפגעים־בכוח לעמוד על זכויותיהם. סעיף 575 להצעה אינו מבהיר למי יש לשלם את כספי הקנס, וגם מבחינה זאת ההסדר המוצע טעון תיקון.

193 נראה שזה המצב במשפט הצרפתי. ראו סנילביץ, שם, בעמ' 24.

הראוי לחייב את המפר בצו מרתיע. מן הראוי אפוא לספק מענה, ולוּ חלקי וראשוני, לאותן שאלות־יסוד בטרם ייכנס הֶסדר חדשני זה לתוקפו. גם בהקשר זה, כמו בהקשרים אחרים, מן הראוי לא להסתפק בהענקת הסמכות לבתי־המשפט להפעיל סנקציות ותרופות מרחיקות־לכת, אלא גם להנחותם באשר להצדקות לשימוש בתרופות אלה, כמו־גם לגבי הקשיים שהן מעוררות והשיקולים העיקריים שיש להיזקק להם בקביעת היקף הפעלתן ואופן הפעלתן.

5. תשלום עונשי

אף שהסמכות לפסוק תשלום עונשי ("פיצויים עונשיים") הוכרה מפורשות על־ידי בית־המשפט העליון, היא לא זכתה מעולם בעיגון חקיקתי, הוגבלה לעילות נזיקיות, ועד היום נעשה בה שימוש במשורה ובמתינות.[194] כפי שכבר ראינו, סעיף 564 להצעת הקודקס מבקש ככל הנראה לספק למוסד משפטי זה עיגון חקיקתי מפורש, ולקבע את מעמדו של התשלום העונשי כתרופה כללית בגין הפרה זדונית של חיובים, יהא סיווגה הפורמלי של עילת התביעה האזרחית שהקימה ההפרה אשר יהא.[195] גם כאן בולט מחדלם של מנסחי ההצעה, אשר לא גיבו חידוש חקיקתי זה בתשתית נורמטיבית נאותה. **ראשית**, כפי שראינו, קיימת אי־בהירות מוחלטת לגבי מהות ההסדר ותכליתו.[196] **שנית**, גם בהנחה שתכליתו העונשית של ההסדר תובהר, ברור שמדובר בתרופה הכפופה לשיקול־דעת שיפוטי רחב. מכיוון שכך, יתעוררו בוודאי גם כאן שאלות רבות: מהם המצבים שבהם ראוי לשקול היזקקות לסנקציה של תשלום עונשי? האם ניתן לפסוק תשלום עונשי נוסף על תרופות אחרות? מהו היחס בין הענישה האזרחית הנעשית מכוח דוקטרינה זו לבין האפשרות שהמפר נענש בעבר או ייענש בעתיד על אותה הפרה במסגרת הליך פלילי, מִנהלי או אזרחי אחר? מהי דרגת ההוכחה שבה על הנפגע להוכיח את היסודות הקבועים בסעיף 564 לקודקס – דרגת הוכחה אזרחית רגילה של מאזן הסתברויות או שמא דרגת הוכחה גבוהה יותר? מהם השיקולים העשויים להצדיק הימנעות מפסיקת תשלום עונשי? ומה בדבר השיקולים שעל־פיהם ראוי לקבוע את היקף הסנקציה שתוטל על הנתבע?

הטלת סנקציות כספיות על נתבעים במשפטים אזרחיים למטרות של ענישה מעוררת אם כן שאלות רבות ומגוונות, הטעונות התייחסות ומענה. אם המחוקק חפץ להימנע מכל אותם קשיים שעליהם עמדו שופטים ומלומדים בשיטות משפט שאימצו את מוסד התשלומים העונשיים, מן הראוי לתת את הדעת לשאלות אלה ולפתרונן האפשרי עוד בטרם יאומץ ההסדר המוצע בחקיקה. עיבוי ושכלול של מערך התרופות האזרחיות, אף שהוא ללא ספק צעד בכיוון הנכון, רצוי שייעשה בצורה שקולה וזהירה, כשלצד הסמכות להיזקק לתרופה

194 לסקירת מעמדו של התשלום העונשי בדיני הנזיקין ראו אדר, לעיל הערה 65, בעמ' 35–37.
195 לדיון בחידושים הגלומים בהוראה זו ראו שלו ואדר, לעיל הערה 6.
196 ראו לעיל בסעיף ג2(ד).

נתונה יובהרו גם תכליתה, ההגבלות המרכזיות בשימוש בה, והשיקולים העיקריים שלאורם יש לבחון באיזו מידה ראוי להיזקק לה, אם בכלל.[197]

פרק ה: סוף־דבר — וראשיתו

פרק התרופות הוא ללא ספק אחד החידושים המפליגים בהצעת "הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות". עצם קיומו של פרק זה, כמו־גם חלק מההסדרים הספציפיים המוצעים בו, מעוררים מחלוקת ופולמוס, ויוסיפו לעורר עניין גם בעתיד. במאמר זה ביקשתי להניח למחלוקות השונות שפרק התרופות מעורר במישור הנורמטיבי. תחת זאת ביקשתי לעורר דיון ראשוני בכמה שאלות מתודולוגיות שמעוררת ההצעה לאחֵד את דיני התרופות תחת קורת־גג פורמלית אחת, במסגרת חלק החיובים בקודקס האזרחי המתגבש. בחלקו הראשון של המאמר ביקשתי להציע הבחנה מושגית חדשה בין שני דגמים שונים המופעלים במסגרת המשפט כאמצעים להגנה על זכויות – "דגם התרופות" ו"דגם הסעדים". פרק התרופות, כך טענתי, משקף ניסיון לרכז ולאחֵד את האמצעים המשתייכים לדגם התרופות בלבד, והגבלה זו של היקף תחולתו של המושג "תרופות" הינה חיונית. בחלקו השני של המאמר נידונה שאלת היקף תחולתו של פרק התרופות, ובמסגרתה התייחסתי לשאלת סוגי הזכויות והחיובים – פרט לחיובים חוזיים ונזיקיים – שהפרתן עשויה להצמיח את אמצעי ההגנה המנויים בפרק. בחלק השלישי של המאמר הצבעתי על חמש הקטגוריות המשמעותיות ביותר לדעתי במשפט התרופתי האזרחי, וביקשתי לבחון באיזו מידה, אם בכלל, זכו קטגוריות אלה בעיגון בפרק התרופות המוצע. חתמתי את המאמר בהצבעה על מה שנראה כאתגר האמיתי של כל דבר חקיקה המבקש לקדם את יעילותם ובהירותם של דיני התרופות. אתגר זה מצוי במאמץ לחשוף ולנסח באופן גלוי ופשוט ככל שניתן את השיקולים המרכזיים המעצבים בפועל את שיקול־הדעת השיפוטי בפסיקת תרופות. במאמץ זה מן הראוי לשתף את בתי־המשפט, שבהם הדין נוצר ומתגבש, ואת האקדמיה המשפטית, האמונה על חקירת ההיבטים הגלויים והסמויים שבהלכה הפסוקה. טיוטת פרק התרופות בהצעת חוק דיני ממונות יוצרת תשתית ראשונית, ראויה בעיקרה, להסדרת דיני התרופות. את התשתית הראשונית הזו מן הראוי לשכלל ולשפר, תוך שימת־לב לשאלות־היסוד שמעורר הניסיון להסדיר באופן שלם וקוהרנטי את ההסדרים התרופתיים הבסיסיים של המשפט האזרחי.

197 הצעה להסדר חקיקתי מפורט יחסית המעגן את תרופת התשלום העונשי כסנקציה כללית במשפט האזרחי, תוך התייחסות לרוב השאלות שנזכרו לעיל, ניתן למצוא בהצעת החקיקה המצורפת כנספח לחיבורו של אדר, לעיל הערה 65.