התשלום העונשי
כסנקציה בדיני החוזים

חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים

מאת: יהודה אדר

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

nevo.co.il

עבודה זו נעשתה בהדרכתה של פרופ׳ גבריאלה שלו

nevo.co.il

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

* * *

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

nevo.co.il

תוכן עניינים קצר

מבואות

תוכן עניינים קצר ..... ד

תוכן עניינים מפורט ..... ו

הערות טכניות למעיין בחיבור ..... י"ט

מבוא (וגם תקציר) ..... כ"ב

שער ראשון:

התשלום העונשי - רקע מושגי, רעיוני והיסטורי

פרק א' - דוקטרינת התשלום העונשי: היכרות ראשונית 2

פרק ב' - תולדות התשלום העונשי: התבססותו בדיני הנזיקין וצמיחת האיסור על פסיקתו בתביעות חוזיות 17

* * *

שער שני: הדין הנוהג

פרק ג' - מבוא: התשלום העונשי בדיני הנזיקין 34

פרק ד' - המשפט האנגלי והמשפט הקנדי 49

פרק ה' - המשפט האמריקאי 64

פרק ו' - המשפט הישראלי 92

* * *

שער שלישי:

התשלום העונשי כסנקציה במשפט האזרחי - הערכה ביקורתית

השער השלישי: מטרתו, מבנהו ועיקרי התזה המועלית בו 119

פרק ז' - היש צידוק להטלת סנקציה לבר-מפצה כעונש על התנהגות מחפירה? 121

פרק ח' - היש מקום לענישה במסגרת המשפט האזרחי? 217

פרק ט' - הזכאי הנפגע מהתנהגות מחפירה לחלק ונחלה בתשלום העונשי? 266

* * *

nevo.co.il

שער רביעי:

התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים - הערכה ביקורתית

השער הרביעי: מטרתו, מבנהו ועיקרי התזה המועלית בו..... 278

פרק י' - טיעונים נגד הכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים 279

פרק י"א - הטיעון העקרוני בזכות הכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים 316

פרק י"ב - התנהגות מחפירה בתחום החוזי - קטגוריות טיפוסיות ושיקולים עיקריים 363

* * *

דברי נעילה 397

נספחים

הצעת חקיקה ..... נספח א'

ביבליוגרפיה ..... נספח ב'

תוכן עניינים מפורט בשפה האנגלית ..... נספח ג'

תקציר בשפה האנגלית (Abstract) ..... נספח ד'

* * *

nevo.co.il

תוכן עניינים מפורט

מבואות

תוכן עניינים קצר ..... ד

תוכן עניינים מפורט ..... ו

הערות טכניות למעיין בחיבור ..... י״ט

מבוא (וגם תקציר) ..... כ״ב

א. מושא המחקר, שאלת המחקר, מטרתו, רקעו ואופיו של המחקר ..... כ״ב

ב. התזה - תמצית עמדתי בשאלת המחקר ..... כ״ז

ג. המלצותיו האופרטיביות של המחקר - הרפורמה המוצעת בדין הנוהג ..... כ״ט

ד. מבנה הדיון בחיבור וחידושיו העיקריים של המחקר ..... ל״א

שער ראשון:

התשלום העונשי - רקע מושגי, רעיוני והיסטורי

פרק א׳ - דוקטרינת התשלום העונשי: היכרות ראשונית

I. כינויים רווחים ומינוח מוצע 3

II. דוקטרינת התשלום העונשי - הגדרה 4

א. הערה מקדימה - הצורך במתן הגדרה 4

ב. התשלום העונשי - הגדרה מוצעת 4

1. ״מוסד משפטי שמכוחו רשאי בית משפט לחייב נתבע בהליך אזרחי״ 5
2. ״לשלם לתובע או לגוף ציבורי סכום כסף, שתכליתו המוצהרת היא להעניש את הנתבע על התנהגותו המחפירה״ 6
3. ״זאת בלא תלות בחיובים אחרים שהוטלו על הנתבע בפסק הדין, ככל שהוטלו״ 7

III. התשלום העונשי - ההצדקות המסורתיות 8

א. גמול 8

ב. הרתעה 9

ג. פיצוי 9

ד. ריצוי רגשות נקם 10

ה. תמריץ לאכיפה פרטית של הדין 10

IV. תיחום הדוקטרינה - דוקטרינות קרובות והיחס ביניהן לבין התשלום העונשי 10

א. פיצויים מוגברים 10

ב. תשלום עונשי מוסכם 12

ג. תשלומי השבה 13

ד. תשלומי בוז 15

פרק ב׳ - תולדות התשלום העונשי: התבססותו בדיני הנזיקין וצמיחת האיסור על פסיקתו בתביעות חוזיות

הערה למתווה הפרק ומטרתו 18

I. תשלומים עונשיים בעולם העתיק 18

א. המשפט הקדום 18

ב. משפט ימי הביניים 20

II. צמיחת הדוקטרינה המודרנית 21

א. ראשיתה של הדוקטרינה - פסקי הדין הראשונים 21

ב. הגורמים שהביאו לצמיחת התשלום העונשי כדוקטרינה שיפוטית מודרנית 22

1. צמיחת הדוקטרינה כעילה לאי-התערבות בפסקי פיצויים מופרזים של מושבעים 22
2. צמיחת הדוקטרינה כתחליף לפסיקת פיצוי בגין נזק לא-ממוני 24
3. צמיחת הדוקטרינה ככלי שיפוטי במאבק על הגנת חירויות הפרט 25

nevo.co.il

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

שער שני: הדין הנוהג

הערה למטרת הדיון בשער השני 33א

פרק ג' - מבוא: התשלום העונשי בדיני הנזיקין

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

פרק ד' - המשפט האנגלי והמשפט הקנדי

הערה למבנה הפרק 50

חלק ראשון: גישת המשפט האנגלי

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

חלק שני: המשפט הקנדי

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

nevo.co.il

2. תשלום עונשי 60
ג. דעת המיעוט 61
1. פיצויים מוגברים 61
2. תשלום עונשי 61
ד. הפסיקה שלאחר *Vorvis* 62

סיכום לפרק ד': גישת המשפט האנגלי מול גישת המשפט הקנדי 63

פרק ה' - המשפט האמריקאי

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

nevo.co.il

סיכום לפרק ה' 91

פרק ו' - המשפט הישראלי

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

סיכום לפרק ו' 117

שער שלישי:

התשלום העונשי כסנקציה במשפט האזרחי - הערכה ביקורתית

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

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

מטרת הפרק ומבנה הדיון 122

חלק ראשון: התנהגות מחפירה - מהי?

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

nevo.co.il

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

חלק שני: עקרון הגמול

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

סיכום לחלק השני: עקרון הגמול כרציונל מבאר של הדוקטרינה - חשיבותו ומגבלותיו 142

חלק שלישי: רציונל ההרתעה - ניתוח מסורתי

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

סיכום לחלק השלישי: הסיכויים והסיכונים שבענישה לשם הרתעה 160

nevo.co.il

חלק רביעי: רציונל ההרתעה - ניתוח כלכלי

הרקע לדיון ותכליתו 160

I. מבוא: מושגי יסוד והנחות יסוד בניתוח הכלכלי המסורתי 161

א. יעילות כלכלית, הרתעה יעילה, הרתעה מוחלטת והרתעה אופטימלית 161

ב. הנחת היסוד הראשונה: המשפט האזרחי שואף להרתעה אופטימלית באמצעות הפנמה 162

ג. הנחת היסוד השנייה: סנקציות לבר-מפצות אינן יעילות 163

II. הצדקות כלכליות מסורתיות להכרה בתשלומים עונשיים 163

א. התשלום העונשי כפתרון לבעיית ההתחמקות מהדין 163

1. ההסבר המוצע 163
2. הערכה ביקורתית 165

ב. התשלום העונשי כפתרון לבעיית תת-הפיצוי 167

1. ההסבר המוצע 167
2. הערכה ביקורתית 168

ג. התשלום העונשי כפתרון לבעיית "הרווח המפוקפק" (illicit gain) 168

1. ההסבר המוצע 168
2. הערכה ביקורתית 169

III. הסברים כלכליים אחרים 170

א. Hirsch - התשלום העונשי כאמצעי להגנה על מנגנון השוק החופשי 170

1. ההסבר המוצע 170
2. הערכה ביקורתית 170

ב. Posner - התשלום העונשי כאמצעי לריסונן של "עוולות כוונה" 171

1. ההסבר המוצע 171
2. הערכה ביקורתית 172

ג. Haddock, McChesney ו-Spiegel: התשלום העונשי כאמצעי לריסון העברות כפויות של משאבים ייחודיים 174

1. ההסבר המוצע 174
2. הערכה ביקורתית 175

ד. Hylton - נזקיהן העקיפים של "גזילות" כהצדקה למיגורן באמצעות הרתעה ממגרת 176

1. ההסבר המוצע 176
2. הערכה ביקורתית 177

ה. Friedman - גמישות הביקוש למעשי עוולה והשפעתה על יעילות הענישה 178

1. ההסבר המוצע 178
2. הערכה ביקורתית 179

IV. ההסבר הכלכלי המוצע 179

א. מבנה הדיון ומטרתו 179

ב. שיקולים ודגשים כלליים שבהם ראוי להתחשב בעת עיצובם של מנגנונים הרתעתיים 180

1. שיקולים רלבנטיים לבחירה בין הרתעה ממגרת (כלל קניין) לבין הרתעה מפנימה (כלל אחריות) 180
2. שיקולים נוספים 182

ג. התשלום העונשי כמנגנון של הרתעה ממגרת (כלל קניין) - ההצדקה הכלכלית 183

1. הוצאות עיסקה 183
2. עלויות אומדן הנזק וטעות בהערכת הנזק 185
3. חשש מטעות בקביעת סטנדרט ההתנהגות היעיל או ביישומו 185

ד. התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה - הסבר כלכלי 185

1. התנאים המוקדמים כמקימים "חזקת אי-יעילות" 185
2. ההיגיון הכלכלי שבאי החלת הדוקטרינה על "גזילות" רשלניות 186

ה. המבחן האולטימטיבי לתחולת הדוקטרינה - הסבר כלכלי 187

1. ספק לגבי אי-היעילות שבהתנהגות הנתבע 188
2. ספק לגבי ההצדקה הכלכלית להפעלת המנגנון ההרתעתי 189

ו. מבחני העזר לזיהוי "התנהגות מחפירה" - הסבר כלכלי 191

1. דפוס התנהגות פסול מול ארוע חד-פעמי 191
2. התעלמות מהתובע מול התייחסות אנושית לפגיעה בו 193

ז. עמימות מול בהירות במבחנים לתחולת הדוקטרינה 193

סיכום לחלק הרביעי 194

nevo.co.il

חלק חמישי: הצדקות נוספות לענישת התנהגויות מחפירות

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

חלק שישי: התנגדויות נוספות לענישת התנהגויות מחפירות

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

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

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

פרק ח' - היש מקום לענישה במסגרת המשפט האזרחי?

הצגת הבעייה ומטרת הדיון 218

חלק ראשון: הטיעון נגד ענישה אזרחית

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

nevo.co.il

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

חלק שני: הטיעון בזכות ענישה אזרחית

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

סיכום לפרק ח' 265

nevo.co.il

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

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

שער רביעי:

התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים - הערכה ביקורתית

השער הרביעי: מטרתו, מבנהו, ועיקרי התזה המועלית בו 278

פרק י' - טיעונים נגד הכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים

מבנה הפרק ומטרת הדיון 280

חלק ראשון: טיעונים במישור המושגי

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

חלק שני: טיעונים במישור ההוגנות

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

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

חלק שלישי: טיעונים במישור התועלת

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

חלק רביעי: טיעונים נוספים

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

סיכום לפרק י' 315

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

הערה למטרת הפרק ולמתווה הדיון 317

חלק ראשון: הגישה ה"אזרחית" מול הגישה ה"נזיקית" לתשלום העונשי

א. הצגת החלופות: מבחן חומרת ההתנהגות מול מבחן עילת התביעה 317
ב. עדיפותה של הגישה האזרחית על פני הגישה הנזיקית 317
ג. מידת הרלבנטיות של סוג עילת התביעה להתקיימותה של התנהגות מחפירה 318
ד. בעייתיות הגישה הנזיקית בהקשר החוזי 320
1. הקושי בסיווג עילת התביעה בסכסוך בין צדדים לחוזה 320
2. הפרת חוזה "טהורה" שאינה מלווה בהתנהגויות "נזיקיות" אחרות 320

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

חלק שני: ישימותם בתחום החוזי של הרציונלים הכלליים של הדוקטרינה

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

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

הצגת השאלה ומטרת הדיון 340
I. עוולת הרשלנות - תחליף אפשרי להכרה בדוקטרינה בתחום החוזי? 341
א. הטכניקה המוצעת - התנהגות מחפירה של צד לחוזה כרשלנות 341
ב. המגבלות על היקף תחולתה של עוולת הרשלנות בדין הנוהג 341
1. עוולת הרשלנות טעונה הוכחת נזק 341
2. ההכרה המוגבלת בנזק נפשי (לא-ממוני) טהור במסגרת עוולת הרשלנות 342
3. ההכרה המוגבלת בנזק כלכלי טהור במסגרת עוולת הרשלנות 343
4. העדר הכרה באחריות נזיקית להפרת חוזה במחדל גמור 345
ג. מגבלות עוולת הרשלנות כתחליף לגישה האזרחית - סיכום 345
II. "מתיחת" דיני הנזיקין - תחליף ראוי להכרה מפורשת בתשלום העונשי כסנקציה חוזית? 346
א. כללי - הצגת השאלה 346
ב. הטלת אחריות נזיקית ברשלנות בגין הפרת חוזה היא מלאכותית 346
ג. הטכניקות ה"נזיקיות" שוברות את הגבולות המושגיים בין דיני הנזיקין לבין יתר ענפי דין החיובים 346
ד. מתיחה מגמתית של דיני הנזיקין אינה מתיישבת עם הדרישה ליושרה שיפוטית 347
ה. הטכניקות ה"נזיקיות" מקשות על מימוש מטרות הדוקטרינה וכרוכות בבזבוז חברתי 348
ו. סיכום - יתרון הגישה האזרחית על פני תחליפיה ה"נזיקיים" 348

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

הערה למטרת הדיון 349

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

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

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

חלק ראשון: התנהגות מחפירה בשלב הטרום-חוזי

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

חלק שני: התנהגות מחפירה בשלב החוזי

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

nevo.co.il

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

חלק שלישי: התנהגות מחפירה בשלב הבתר-חוזי

א. קטגוריית ההתנהגות המחפירה האופיינית לשלב הבתר-חוזי: התחמקות מחפירה מנשיאה באחריות לכשלון החוזה 390
ב. המקורות המשפטיים החולשים על התנהגות הצדדים בשלב הבתר-חוזי 391
ג. הצורך בפסיקת תשלום עונשי כסנקציה על התחמקות מחפירה מאחריות 391
ד. התכחשות מודעת לעצם קיומה של הזכות הראשונית או להפרתה 393
1. התכחשות לעצם קיומה של הזכות החוזית (הראשונית) 393
2. התכחשות להפרתו של החיוב הראשוני 393
ה. התנערות מוחלטת מחובת המפר לתקן את ההפרה או לפצות בגינה 394
ו. ניסיון פסול להניא את הנפגע מנקיטת הליך משפטי 394
ז. הבטחות סרק לתיקון נזקי ההפרה 394
ח. ניצול לרעה של ההליך המשפטי 394
סיכום לפרק י"ב 396

דברי נעילה: *התשלום העונשי - מקסם שווא או כלי משפטי אפקטיבי?* **..... 398**

א. בעיית הגישה לערכאות (access to justice) 398
ב. חוסר אפקטיביות בהגנה על אינטרסים ציבוריים? 399
ג. מגבלות הספקנות 399
ד. אחרית דבר - מבט אל העבר ואל העתיד 401

נספחים

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

הערות טכניות למעיין בחיבור

א. ראשי תיבות

ככלל, השתדלתי להימנע משימוש בראשי תיבות. חריגים לכך הם:

1. מ״י - מדינת ישראל (רק כאשר השם מופיע בהערת שוליים).
2. ארה״ב - ארצות הברית (רק כאשר השם מופיע בהערת שוליים).
3. כיו״ב (כיוצא בזה/באלה, לפי העניין).

ב. רשימת קיצורים לדברי חקיקה הנזכרים בחיבור פעמים רבות

חוק החוזים - חוק החוזים (חלק כללי), תשל״ג-1973

חוק העונשין - חוק העונשין, תשל״ז-1977

חוק התרופות - חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל״א-1970

פקודת הנזיקין - פקודת הנזיקין [נוסח חדש]

ג. קיצורים וסימנים נוספים

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

---

[2] **הדגשת מילות מפתח בתוך מובאה נעשתה באמצעות הוספת קו-תחתי (**underline**).**

ד. אופן ההפנייה בחיבור לפסקי דין ולמקורות ספרותיים

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

ה. אופן האזכור של פסקי דין

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

ו. אופן האזכור של מקורות אחרים

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

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

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

ז. אופן ההפנייה למספרי עמודים במקורות הנזכרים בחיבור

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

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

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

* * *

מבוא (וגם תקציר)

מבוא זה נועד להביא בפני הקורא, בקליפת האגוז, את מטרות החיבור והמתודה שלו (סעיף א'), את עיקרי התזה המוצעת בו (סעיף ב') ואת המלצותיו האופרטיביות (סעיף ג'). הממשיכים לסעיף ד' ימצאו בו פירוט של מבנה הדיון בחיבור והצגה תמציתית של חידושיו העיקריים.

א. מושא המחקר, שאלת המחקר, מטרתו, רקעו ואופיו של המחקר

מושא המחקר מושא המחקר הוא הדוקטרינה האנגלו-אמריקנית הידועה בשם Punitive Damages, והמוכרת בדיני הנזיקין הישראליים בכינוי "פיצויים עונשיים".[1] מוסד משפטי זה מאפשר לבית משפט הדן בעניין אזרחי להטיל על נתבע סנקציה כספית בשיעור שיראה לנכון, מתוך מגמה מוצהרת להענישו על התנהגות שיש בה משום פגיעה מחפירה בזכויות התובע (בחיבור זה: "**תשלום עונשי**").

הגדרת שאלת המחקר כעולה משמו של המחקר, במרכזו עומדת שאלת מקומו של התשלום העונשי כסנקציה במסגרת דיני החוזים. שאלה זו מתעוררת לאור העובדה שברובן המכריע של שיטות המשפט בהן מוכר מוסד התשלומים העונשיים, נוהג כלל הלכתי מסורתי האוסר על פסיקת תשלום עונשי בתביעות שעילתן חוזית (בחיבור זה: "**הכלל האוסר**"). הלכה זו, שלאורה פועלת ככל הנראה גם הפסיקה הישראלית, מגבילה את תחולת הדוקטרינה לתביעות מדיני הנזיקין בלבד. מטרתו העיקרית של המחקר היא, **במישור התיאורי**, לברר באיזו מידה הכלל האוסר אכן מושרש בדין הנוהג. **במישור העיוני-ביקורתי** בוחן המחקר את שאלת ההצדקה לקיומו של כלל זה, ואת שאלת מקומו הראוי של התשלום העונשי כסנקציה במשפט האזרחי בכלל, ובדיני החוזים בפרט.

שמו של המחקר שמו של המחקר נבחר בקפידה, והוא מצביע על שלוש נקודות שראוי להדגישן כבר בפתח החיבור: **ראשית**, **התשלום העונשי איננו סנקציה חוזית** (שמקורה בהסכמת הצדדים בחוזה שביניהם) אלא סנקציה שמקורה בדין. **שנית**, על פי רוב התשלום העונשי אינו נפסק בגין הפרת חיוב בדידה (discrete) של הנתבע (הפרת חוזה, מעשה נזיקין, וכיו"ב) אלא בא בתגובה לדפוס התנהגות אנטי-חברתי הנלמד מרצף של התנהגויות פסולות (ביניהן גם הפרת חיוב). לשון אחר, גם כשהוא מופעל במסגרת סכסוך אזרחי שמקורו בהפרת חוזה, **התשלום העונשי אינו סנקציה על הפרת החוזה אלא על "התנהגות מחפירה" של מפר החוזה**, הנלמדת הן מהפרת החוזה והן מנסיבות וארועים אחרים שקדמו לה או באו בעקבותיה.[2] זוהי הסיבה שבגינה הוכתר החיבור בכינוי "התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים", ולא בשם "התשלום העונשי כסנקציה חוזית" או "התשלום העונשי

---

[1] בחיבור זה אני מציע לזנוח את הכינוי הישראלי השגור "פיצויים עונשיים" לטובת המונח "תשלום עונשי", מטעמים המוסברים בפתח החיבור.

[2] נקודה מרכזית זו מובהרת ונדונה בהקשרים שונים לאורך החיבור. ר' במיוחד סע' 7.05(18), 7.77-7.78, 12.36-12.40. ר' גם סע' 12.34-12.35.

כסנקציה בשל הפרת חוזה״. **לבסוף**, יצויין שנקיטת המונח ״**סנקציה״ להבדיל מ״תרופה״** באה להדגיש את העובדה, שהרציונל העיקרי של הדוקטרינה מושא המחקר איננו תרופתי (הטבה עם הנפגע) אלא עונשי (הרעה עם הפוגע). מכאן גם נובע, שעקרונית אין קושי להכיר באפשרות שתשלום עונשי יוטל כסנקציה על הנתבע אך לא ישולם כתרופה לתובע (אלא למשל, לאוצר המדינה).

שאלת המחקר באספקלריה תורת-משפטית רחבה דוקטרינת התשלום העונשי היא מוסד משפטי מרתק. היא משלבת באופן המובהק ביותר את מאפייני המשפט הפלילי עם מאפייני המשפט האזרחי: מחד גיסא - בדומה לסנקציה הפלילית - התשלום העונשי הוא עונש כספי המלווה בגינוי מוסרי בתגובה להתנהגות אנטי-חברתית; ומאידך גיסא, הוא מוטל במסגרת הליך אזרחי שאותו יוזם ומנהל אדם פרטי, ואף משולם על פי רוב לכיסו. בפנינו אפוא דוקטרינה הממזגת (יש אומרים - מערבבת) במוצהר רעיונות ומאפיינים מהמשפט הפרטי ומהמשפט הציבורי, וכך קוראת תיגר על אחת הדיכוטומיות המבוססת ביותר בתודעתו של כל משפטן בן זמננו, אם לא המבוססת שבכולן. אכן, עובדה זו היתה בעבר ומהווה עד היום בסיס לביקורתם של מתנגדי התשלום העונשי. עם זאת, דומה שדווקא היום - בעידן שבו גוברת ההכרה בכך שקטגוריות משפטיות לעולם אינן שוקטות על שמריהן אלא מהוות כלי שרת דינאמי בידי יוצרן[3] - יש מקום לשוב ולבחון, ובמידת הצורך לעצב מחדש את הגבול שבין המשפט הפלילי לבין המשפט האזרחי. בחינה זו היא אחת ממטרותיו העיקריות של מחקר זה. לצד מטרה זו, מבקש המחקר לתור אחר קו גבול תורת-משפטי נוסף: זה שבין שני ענפיו המבוססים ביותר של דין החיובים - דיני הנזיקין ודיני החוזים. בפרט בתרבות האנגלו-אמריקאית, שהיא בית גידולו של התשלום העונשי, ואף בישראל, ההבחנה בין שני ענפי משפט אלה היא הבחנה ידועה ויסודית. על גביה נבנה מזה כמאתיים שנה חלק נכבד מהשיח המשפטי בפקולטות למשפט ובספרות המשפטית, ולאורה אף מופעל המשפט האזרחי הלכה למעשה בפסיקת בתי המשפט, ולעיתים אף בחקיקה. אלא שגם על הבחנה מסורתית זו קמו עוררין. בעשורים האחרונים גוברים הקולות הקוראים לבחון מחדש האם אמנם קיימת בפועל, והאם כלל ראוי לשמר הבחנה ברורה בין התחומים. הדמיון שבין הדין החוזי לדין הנזיקי זועק לעין במיוחד בתחום דיני התרופות והסנקציות, שבו הבחנות רבות - חלקן אמיתיות, חלקן מדומות - הולכות ומאבדות את אחיזתן.[4] עובדה זו זכתה להכרה מפורשת בטיוטת הקודקס הישראלי החדש שערכה ״וועדת הקודיפיקציה״, המקבצת את הדיון ב״תרופות בשל הפרת חיוב״ תחת קורת גג אחת. הכלל האוסר, מושאו של מחקר זה, הוא שריד מובהק, אחרון כמעט, לפער שהתקיים בעבר בתחומים רבים אחרים בין דיני התרופות בחוזים ובנזיקין. מחקר זה יטען, כי הבסיס העיוני

[3] מגמת המעבר מפורמליזם לערכים והנטייה למתן קלסיפיקציות משפטיות נדונה בחיבור בסע׳ 11.65.

[4] מגמת ההתמזגות בין דיני החוזים לדיני הנזיקין בתחום התרופתי נדונה בסע׳ 11.67 לחיבור.

וההצדקה העניינית לכלל מסורתי זה הם כיום רופפים ביותר, וכי הגיעה העת לשחרר את המשפט האזרחי גם מאחיזתה של הבחנה היסטורית זו.[5]

מצב המחקר מחוץ לישראל בארצות המשפט המקובל, שם הורתו ולידתו, עורר מוסד התשלומים העונשיים כבר מאמצע המאה ה-19 מחלוקות קשות וחריפות - לעיתים בעלות אופי רגשני ומתלהם - בין מתנגדיו המושבעים של התשלום העונשי לבין תומכיו הנלהבים. הראשונים, מצידם, הטיחו ביקורת קשה במוסד משפטי זה, שנתפס על ידם - ועודנו נתפס גם כיום על ידי רבים - כשריד אנכרוניסטי, מעוות, פרימיטיבי ומסוכן של המשפט הקדום, שטוב יעשה המשפט המודרני אם ייפטר ממנו אחת ולתמיד.[6] ואילו האחרונים האמינו - וכמותם רבים המאמינים גם היום - כי שיטת משפט מתוקנת איננה יכולה לתפקד כהלכה ולספק הגנה ראוייה על זכויות משפטיות בלא שתכיר במוסד התשלומים העונשיים.[7]

על אפם וחמתם של מבקריו, קנה לו התשלום העונשי אחיזה איתנה בדיני הנזיקין האנגלו-אמריקאיים, וחלחל גם לדין הנזיקין הישראלי.[8] העניין הציבורי והאקדמי בדוקטרינה צבר תנופה מחודשת בארצות הברית בראשית שנות ה-80, עם ההתרחבות המשמעותית שחלה בהיקף ההיזקקות לה. מגמה זו, וסכומי העתק שנפסקו מעת לעת במסגרת הדוקטרינה (בעיקר כנגד תאגידים גדולים) עוררו פולמוס תקשורתי ואקדמי נרחב, ואף הביאו לגל של רפורמות חקיקה שנועדו לצמצם את

---

[5] ודוקו: מסקנה זו, כשלעצמה, אינה מצדיקה בהכרח את השימוש בתשלומים עונשיים בתחום החוזי. כל שהיא מחייבת הוא ביטול ההבחנה בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין לעניין ההכרה בדוקטרינה. לאמור: או שיש מקום להכיר בדוקטרינה ולהפעילה גם בתביעות חוזיות, או שמן הראוי לחדול מכך גם בתחום דיני הנזיקין. אולם כמוסבר בהמשך הדברים, עמדת החיבור היא כי הכרה בדוקטרינה נדרשת בשני התחומים גם יחד.

[6] רגשות הסלידה עד כדי תיעוב שעוררה הדוקטרינה בקרב מתנגדיה עולים היטב מתוך פסק דינו המפורסם של בית המשפט העליון של מדינת ניו-המפשייר בעניין **Fay v. Parker**, בו הוחלט על ביטולה של הדוקטרינה: **"Is not punishment out of place, irregular, anomalous, exceptional, unjust, unscientific, not to say absurd and ridiculous, when classed among civil remedies? What kind of a civil remedy for the plaintiff is the punishment of the defendant? The idea is wrong. It is a monstrous heresy. It is an unsightly and unhealthy excresence, deforming the symmetry of the body of the law..." Fay v. Parker** 53 N.H. 342, 382 (S.C. 1873) (Foster, J.). חמתו של השופט בערה בו להשחית, עד כי המליץ לחבריו השופטים להכרית את הדוקטרינה המעוותת בסכין: **"..not reluctantly should we apply the knife to this deformity, concerning which every true member of the sound and healthy body of the law may well exclaim - "I have no need of thee! Fay**, 397. ברוח דומה ר' למשל: **Pike v. Dilling** 48 Me. 539, 544-5 (S.C. 1861) (Rice J., dissenting): **"Deeming** [this doctrine] **unsound and pernicious in principle, I cannot concur in engrafting it upon our law… It stands only on contested and doubtful authority. But no number of cases nor weight of authorities, can, in my judgment, relieve the rule of its inconsistency with the universally recognized principles of natural justice, nor free it from the smack of barbarism."** ל"מחמאות" נוספות שהופנו באותה תקופה כלפי הדוקטרינה ר' סע' 8.02(6).

[7] ר' למשל דברים שנאמרו לפני למעלה מ-150 שנה בבית המשפט לערעורים של ניו-יורק: **"If a wanton and malicious outrage is committed upon the civil rights of an individual, it would oftentimes be monstrous in justice to confine the injured party, when seeking for redress, to the actual ascertainable damages he may have sustained. Such a rule would be a license to every species of private wrong." Burr v. Burr** 7 Hill 207, 218 (1843) (Court for the Correction of Errors of N.Y.) (Srong, Senator).

[8] פרק ג' מוקדש לסקירה פרטנית של מעמד הדוקטרינה בדיני הנזיקין בישראל ומחוצה לה.

האפקט ההרתעתי שלה.[9] גם בשנים האחרונות אין הדוקטרינה חדלה מלתפוס מקום מרכזי בסדר היום הציבורי, והיקף העיסוק הציבורי והאקדמי בה, בפרט בארה"ב, ממשיך להיות עצום.[10] שאלת המחקר אף היא זכתה בשני העשורים האחרונים להתייחסות נרחבת למדי, בעיקר בשל העובדה שהגידול העיקרי בהיזקקות לדוקטרינה חל בתחום המסחרי, ובכלל זה בסכסוכים חוזיים. עם זאת, למיטב ידיעתי אין עדיין בנמצא מחקר עיוני המציג ובוחן באופן שיטתי וכוללני את שאלת המחקר ממגוון היבטיה.[11] מבחינה זו יש במחקר זה כדי להרים תרומה לא רק לספרות המשפט הישראלית, אלא גם לדיון המתנהל במדינות הים בשאלות העומדות במרכזו.

מצב המחקר בישראל הפולמוס האקדמי והשיפוטי שתואר לעיל פסח-עבר לו מעל לראשן של הפסיקה והספרות המשפטית בישראל. למרות שהדוקטרינה מוכרת, ואף מופעלת מעת לעת בתביעות נזיקין, הרי בפועל היקף ההיזקקות לה הוא נדיר ביותר, כמעט זניח.[12] מציאות זו עשויה אולי להסביר את העדרו הכמעט-מוחלט בישראל של דיון אקדמי וציבורי מעמיק במוסד התשלומים העונשיים בכלל, ובשאלת המחקר בפרט.[13] מחקר זה הוא אפוא ניסיון ראשון הנערך בישראל לבחון באורח מעמיק

---

9 רפורמות אלה הונעו בעיקר על ידי יצרנים וגופים כלכליים, שסברו כי השימוש בדוקטרינה על ידי מושבעים "יצא משליטה" ועתיד לסכן את המערכת הכלכלית והמשפטית כולה, אם "המפלצת" לא תרוסן. למעשה, סדרה של מחקרים אמפיריים מלמדת, שחששות אלה היו ככל הנראה מופרזים למדי. בעניין זה ר' להלן סע' 3.03(32), 7.38(171), 7.67(307).

10 מדי שנה מתפרסמים עשרות רבות של מאמרים משפטיים המוקדשים לטיפול בהיבט זה או אחר של הדוקטרינה. בנושא נכתבו עד היום גם מספר ספרים, מרביתם ספרי טקסט. בעיתונות הכתובה בארה"ב מתפרסמות מדי חודש בחודשו כתבות וידיעות רבות המדווחות על פסקי דין שבהם נפסקו תשלומים עונשיים או עוסקות בהיבטים אחרים של הדוקטרינה. רק לשם מתן מושג על היקף העיסוק בדוקטרינה - בחיפוש פשוט ברשת האינטרנט בעזרת מנוע החיפוש Google בחודש ספטמבר 2003 נמצאו 300,000(!) אתרים שבהם נדון או נזכר הצירוף "punitive\exemplary damages"). לשם השוואה, מספר זה דומה או גדול יותר ממספר האתרים שבהם נדונו או נזכרו מושגים משפטיים כלליים בהרבה, כגון: "tort law\law of tort\s" (altogether 84,000); "breach of contract" (257,000); "contract law\law of contract\s" (altogether 187,000); "private law" (137,000); "civil law" (291,000). רשלנות בנזיקין נזכרה או נדונה בכ-317,000 אתרים. יצויין, שמספר האתרים שבהם נזכרות דוקטרינות אזרחיות ספציפיות אחרות קטן בדרך כלל בכמה סדרי גודל ממספר זה (למשל: הצירוף "restitutionary damages" (תשלומי השבה) מופיע כ-700 פעם בלבד; הצירוף "nominal damages" (תשלום סמלי) מופיע 5,700 פעם; הצירוף "contributory negligence" (אשם תורם) מופיע 22,100 פעם; הצירופים "legal causation" ו-"remoteness of damage" (סיבתיות משפטית וריחוק נזק) מופיעים יחד כ-2,200 פעם).

11 מסתבר, שלמרות היקף הדיון העצום בדוקטרינה בכתבי העת, ואולי דווקא בשל כך, לא נכתבו בארה"ב עבודות מסטר ודוקטורט רבות אודות מוסד התשלומים העונשיים. גם 5 עבודות הדוקטורט שעסקו בדוקטרינה בחנו היבט אחד צר שלה וניתחו אותו (כגון יכולתם של מושבעים להיות אובייקטיביים בפסיקת תשלום עונשי, הצורך בקביעת תקרה לסכומים הנפסקים, וכיו"ב) אך לא התעמקו בשאלת עצם ההצדקה והלגיטימיות של הדוקטרינה, ובמגוון הבעיות העקרוניות שהיא מעוררת. למיטב ידיעתנו לשאלת מעמדה של הדוקטרינה בתחום החוזי לא הוקדשה עד כה תזה כלשהי. מסקנות אלה מבוססות על חיפוש במאגר המידע הממוחשב של חברת ProQuest, הקרוי ProQuest Digital Dissertations והמרכז עבודות מסטר ודוקטורט ממספר רב של מדינות (המאגר מקיף 1.6 מליון כותרים החל במאה ה-19). ר' גם: S.R. Silverburg, **Index to Law School Theses and Dissertations** (N.Y., 1995).

12 הקטגוריה הנזיקית הנפוצה ביותר שבמסגרתה הופעלה הדוקטרינה היא לשון הרע, אולם גם במקרים אלה פעמים רבות אין זה ברור אם מדובר בתשלום עונשי או בפיצויים מוגדלים/מוגברים על הפגיעה בשם הטוב. לסקירת הפסיקה בתחום הנזיקין ר' סע' 3.10 לחיבור. להבחנה בין תשלומים עונשיים לפיצויים מוגברים ר' סע' 1.13 לחיבור.

13 רק לשם השוואה להיקף העיסוק בדוקטרינה בחו"ל (ר' הערה 10 לעיל), בחיפוש שערכתי בחודש ספטמבר 2003 ברשת האינטרנט באמצעות מנוע החיפוש Google נמצאו 101 אתרים בלבד שבהם נזכר אחד מהצירופים הבאים: "פיצוי עונשי", "פיצויים עונשיים", "פיצויים לדוגמה\לדוגמא"). המקורות הישראליים המעטים שבהם ניתן למצוא התייחסות למהות הדוקטרינה ולמעמדה בדין הישראלי מפורטים בדברי ההקדמה לשער השלישי לחיבור.

וביקורתי את סוגיות היסוד שמעוררת ההכרה במוסד התשלומים העונשיים, ואת שאלת מקומו הראוי בדיני החוזים. יש לקוות שבכך יושלם חסר בולט הקיים עד היום בספרות הישראלית העוסקת בחקר יסודותיו העיוניים של המשפט הפרטי בכלל, ושל משפט החוזים בפרט.

המתודה המחקרית למחקר היבט תיאורי והיבט עיוני-ביקורתי. **במישור התיאורי** מטרת המחקר היתה לנסות להבין מהו המצב המשפטי הנוהג לאשורו, ולהציג תמונה נאמנה שלו. ממטרה זו נגזרה שיטת המחקר, שהיא "משפטית קלסית", כלומר, מבוססת על עיבוד וניתוח של מקורות משפטיים ראשוניים (בעיקר חקיקה ופסיקה) תוך היעזרות בספרות משפטית המתארת ומבארת אותם. עם זאת, תפיסתי את הדין הנוהג איננה פורמליסטית אלא ריאליסטית. רוצה לומר, באותם המקומות שבהם זיהיתי פער או מתח עקבי בין הרטוריקה המשפטית לבין התוצאות המשפטיות, שם לעצמו המחקר למטרה לחשוף פער זה ולנתח את משמעויותיו.[14] גם **במישור העיוני-ביקורתי** המחקר הוא מחקר משפטי "מסורתי". ראשית, זהו מחקר עיוני-פילוסופי בעיקרו, העוסק בבירור תוקפם של טיעונים נורמטיביים.[15] שנית, שאלת המחקר אינה נבחנת מזווית הראייה של גישות ביקורתיות למשפט (הגישה הביקורתית, הפמיניסטית, וכיו"ב) המעמידות בספק את עצם הלגיטימיות של שיטת המשפט עצמה.[16] שלישית, שאלת ההצדקה למוסד התשלומים העונשיים אינה נבחנת בחיבור לאורה של אידאולוגיה או השקפת עולם מוגדרת (קפיטליסטית, קהילתנית, ליברטנית, תועלתנית, וכיו"ב). תחת זאת - כמו מחקרים משפטיים רבים אחרים - המחקר מבקש לבחון את מגוון הטיעונים והשיקולים שהועלו ושניתן להעלות בהקשר דנן - יהא אשר יהא שיוכם האידאולוגי. מבחינה זו המתודה של המחקר היא פלורליסטית ופרגמטית. באמצעותה מבקש אני להציג, להעריך ולשקלל את כוחם המצטבר של טיעונים ליברליים וקהילתניים, דאונטולוגיים ותוצאתניים, מוסרניים ותועלתניים, פורמליסטיים וריאליסטיים גם יחד.[17] זאת במטרה להעשיר את הדיון התיאורטי עצמו, ולספק למעצבי המדיניות המשפטית בישראל תשתית עיונית נאותה בבואם להכריע בסוגיות שמעורר המחקר ובהמלצותיו האופרטיביות.

---

[14] דוגמה מובהקת לניתוח "ריאליסטי" הנערך בחיבור היא ניתוח הפסיקה הישראלית בסעיפים 6.14-6.23 לפרק ו'. דוגמה מרכזית אחרת היא ניתוח הפסיקה האמריקאית בפרק ה', במיוחד בסע' 5.07-5.15. במידה מסויימת גם ניתוח הדין הקונטיננטלי בסע' 3.16-3.18 לפרק ג' הוא ניתוח ריאליסטי.

[15] זאת להבדיל ממחקר משפטי אמפירי, המבקש לאסוף ממצאים על עמדות או גישות של ציבורים מסויימים כלפי השאלות הנורמטיביות הנבחנות, ולחקור את הגורמים לאחיזה בעמדות אלה או את משמעותה - הכלכלית, הסוציולוגית או הפסיכולוגית. יחד עם זאת, תובנות מתחומים אלה, ונתונים אמפיריים שנאספו במחקרים אחרים, מזינים בהקשרים מסויימים את הדיון.

[16] התייחסות קצרה לעמדתה האפשרית של הגישה הביקורתית למשפט (C.L.S.) בסוגייה דנן ניתן למצוא בסע' 11.62 לחיבור.

[17] למותר לציין, שאין בכך כדי לרמז שמסקנות המחקר במישור הנורמטיבי הן אובייקטיביות לחלוטין, ואינן ניזונות מהשקפת העולם הערכית הסובייקטיבית של כותבו. עם זאת, המחקר מבקש להראות, שניתן להצדיק את הדוקטרינה (וגם לתקוף אותה) לאורן של אידאולוגיות או תפיסות עולם שונות ואף מנוגדות.

ב. התזה: תמצית עמדתי בשאלת המחקר

חידושיו העיקריים של החיבור ותרומתו המקווה לדיון האקדמי במוסד התשלומים העונשיים בכלל ובשאלת המחקר בפרט מפורטים בסעיף ד' למבוא זה. בסעיף זה אבקש לפרוש בפני הקורא, בתמצית, את התזה המרכזית העולה מחיבור זה, על שני נדבכיה המרכזיים. הדיון בשני נדבכים אלה, המונחים זה על גבי זה, הוליכני למסקנה, כי לתשלום העונשי תפקיד חשוב בעידן המודרני במשפט האזרחי בכלל, ובדיני החוזים בפרט.

הנדבך הראשון של התזה עיון קצר בספרות מגלה מייד, שעצם ההכרה בסנקציה אזרחית כדוגמת התשלום העונשי מעוררת קשיים לא מבוטלים - מושגיים ומהותיים גם יחד. קשיים אלה מעוררים שאלה שהיא בעיני מקדמית ביחס לשאלת המחקר, והיא: האם ניתן כלל להצדיק את ההכרה בתשלום העונשי באיזשהו תחום אזרחי? שאלה זו היא מקדמית, שכן תשובה שלילית עליה צפוייה לייתר לחלוטין את הדיון בשאלת המחקר: שהרי אם תימא שפסיקת תשלום עונשי איננה לגיטימית בשום הקשר אזרחי שהוא, ממילא מתייתר הצורך לבחון את שאלת הלגיטימיות שלה בדיני החוזים. בירורה של שאלה כללית ומקדמית זו - לה מוקדש השער השלישי בחיבור - חייב מטבע הדברים התעמקות בשאלות היסוד שמעוררת דוקטרינת התשלום העונשי ובביקורות העיקריות עליה. אגב בירורן של הסוגיות המרתקות והמגוונות, מצאתי עצמי במקרים רבים מעיין בשאלות שטרם נשאלו או שטרם נבחנו לעומק, או מציע תשובות חדשות ושונות לשאלות שזכו כבר לדיון מעמיק. העיון הכולל בסוגיות היסוד שמעורר מוסד התשלומים העונשיים הביאני למסקנה, שטיעוני המתנגדים לעצם הלגיטימציה שלו אינם משכנעים. עמדתי בשאלה המקדמית היא אפוא, שהכרה במוסד התשלומים העונשיים הינה לא רק רצוייה אלא אף חיונית לצורך התמודדות עם הפרות חמורות של זכויות משפטיות. מעלתה העיקרית של הדוקטרינה טמונה ביכולתה להעמיד תגובה עונשית אפקטיבית כנגד התנהגויות אנטי-חברתיות, שמנגנוני הענישה וההרתעה המסורתיים של המשפט הפלילי והאזרחי מתקשים בעידן המודרני להתמודד מולן בהצלחה. כאשר כשל כזה של המנגנונים המסורתיים נגלה בפני שופט הדן בתביעה אזרחית, אל לו להירתע מלפסוק תשלום עונשי, יהא אשר יהא סיווגה הפורמלי של עילת התביעה הנדונה בפניו. זאת ועוד: על מרבית הקשיים שהדוקטרינה מעוררת ניתן לדעתי להתגבר באמצעות הכנסת שינויים קלים בכללי הפעלתה. סיכומו של דבר, עמדתי בשאלה הכללית היא כי התשלום העונשי הוא מוסד משפטי ראוי בכל שיטת משפט מודרנית. מכיוון שכך, טוב יעשה המשפט האזרחי בישראל אם יפיח בו רוח חיים ויאמצו מחדש אל חיקו - לא כחריג אנכרוניסטי מוזנח, אלא כסנקציה לגיטימית התופסת מקום של כבוד במערך הסנקציות האזרחיות.

הנדבך השני של התזה המסקנה העולה מהדיון בנדבך הראשון מבליעה בתוכה את ההנחה, כי גם בדיני החוזים - כבכל תחום אזרחי אחר - אין מניעה עקרונית מלפסוק תשלום עונשי במקרים המתאימים. נשאלת השאלה, האם קיימים שיקולים מיוחדים הרלבנטיים לתחום החוזי, אשר בכוחם לסתור הנחה

זו ולהצדיק את הגבלת תחולתה של הדוקטרינה לתחום הנזיקין בלבד. בירור שאלה זו - לו מוקדש השער הרביעי - מהווה את הנדבך השני בחלקו העיוני של המחקר. לאחר בחינה ביקורתית של מגוון הטיעונים בעד ונגד החלת הדוקטרינה בתחום החוזי הגעתי למסקנה, כי אין הצדקה לכלל האוסר, וכי הטיעון הכללי בזכות ההכרה במוסד התשלומים העונשיים תקף וישים גם לסכסוכים חוזיים.

בביסוס מסקנה זו שני שלבים עיקריים: **ראשית**, החיבור בוחן (בפרק העשירי) את הטעמים שהועלו כתימוכין לכלל האוסר, ומראה כי הם אינם משכנעים, ומכל מקום אינם מצדיקים שלילה גורפת של הסמכות לפסוק תשלום עונשי גם בתחום החוזי. **שנית**, המחקר מראה באופן פוזיטיבי (בפרקים העשירי והאחד-עשר), שגם במסגרת תביעות על הפרת חוזה - ממש כמו בתביעות נזיקין - קיימת במקרים רבים הצדקה לפסיקת תשלומים עונשיים. אחד הטעמים העיקריים לכך הוא, שמציאות של תת-פיצוי ושל תת-אכיפה קיימת בהיקף נרחב גם במקרים חוזיים. אחת מתופעות הלוואי של מציאות זו היא תופעה רחבת היקף של הפרות חוזים אופורטוניסטיות, הנעשות במודע מתוך מגמה לנצל את חולשותיו של הנפגע או של המערכת המשפטית כדי לחמוק מאחריות להפרה ולנזקיה. הפרות חוזים כאלה, מעבר להיותן מקוממות מבחינה מוסרית, אינן מגדילות בדרך כלל את הרווחה החברתית, ובטווח הארוך גורמות נזק רב. הן עומדות בסתירה חזיתית לערכי היסוד העומדים בבסיס מוסד החוזה: קדושת ההבטחה, אמון הדדי, תום לב, ולא פחות מכך - תועלת ויעילות כלכלית. כאשר הפרה אופורטוניסטית נעשית בנסיבות מחמירות (נסיבות מחמירות טיפוסיות נדונות בהרחבה בפרק השנים-עשר), ראוי לראות בה "הפרת חוזה מחפירה". הפרה מחפירה שכזו, והתנהגויות מחפירות טיפוסיות אחרות המתגלות ביחסים חוזיים (כגון מעשי מרמה, כפייה, התעמרות, ניצול לרעה של פערי כוחות, ועוד) ראויות למיגור ממש כ"אחיותיהן" המקבילות המתגלות בתביעות על מעשי נזיקין. כל עוד הזלזול הבוטה בזכויות הזולת הוא תופעה משמעותית בחיים המודרניים, אין מנוס מלהיאבק בה בכל מקום בו היא נגלית, ובכלל זה בסכסוכים שבין צדדים לחוזה או למשא ומתן טרום-חוזי.

השתלבות התזה בתפיסה המשפטית הרחבה העולה מהמחקר התזה שנבנתה במחקר זה משתלבת היטב עם תפיסת העולם המשפטית שלי ומשקפת אותה. רואה אני בדיני החיובים של המשפט הפרטי מערכת אינטגרטיבית אחת, בעלת מאפיינים ומטרות שהדומה והמשותף ביניהן עולה בבירור על המבדיל והמבחין. העיקרית שבמטרות דיני החיובים היא, לדעתי, המטרה של קביעת נורמות התנהגות, ויישוב צודק ומועיל של סכסוכים הנוצרים כאשר נורמות אלה מופרות. מבחינה זאת דיני החוזים אינם נבדלים מדיני הנזיקין. יחד עימם ועם יתר דיני החיובים הם מציבים חובות, ומענישים - פשוטו כמשמעו - את אלו המפרים אותן. ניסוח זה של מטרת דיני החיובים - המצביע על מהותם העונשית - מאפשר לזהות את הקירבה הרעיונית הגדולה לא רק בינם לבין עצמם, אלא ביניהם לבין המשפט הפלילי-הציבורי: כמותו הם פועלים לשמירתו של הסדר החברתי באמצעות הטלת סנקציות שליליות

על מפרי החוק (ענישה).[18] מבחינה זו המשפט הפרטי איננו "פרטי" כלל ועיקר, אלא משפט ציבורי. "פרטיותו" מתבטאת אך בהיותו מופעל ומונע בכוח יוזמתם ומשאביהם הפרטיים של קורבנות הפרת החוק. אמת, אין להכחיש כי הסנקציה האזרחית המסורתית - המותאמת בהיקפה לעצמת הפגיעה בקורבן, מקשה על המשפט האזרחי לכוון התנהגות באופן יעיל, ממש כשם שהעדרן של סנקציות מתקנות (רסטיטוטיביות) מהמשפט הפלילי המסורתי מונע ממנו ליישב סכסוכים באופן מלא וצודק. על מנת להתגבר על מגבלות אלה על המשפט האזרחי מזה והמשפט הפלילי מזה להתגמש, להשתנות, ולשלב ידיים במאמץ המשותף להבטיח הן הכוונה ראוייה של התנהגות, הן יישוב צודק של סכסוכים. לשם כך נדרשת גמישות מחשבתית מצידם של מעצבי המשפט ונכונות להשתחררות מאקסיומות והבחנות מושרשות. הכרה בתשלום העונשי כסנקציה אזרחית מן המניין היא ביטוי לגמישות מחשבתית כזו. לצידם של מוסדות משפטיים אחרים המגשרים על הפער בין המשפט הפלילי למשפט האזרחי, יש בכוחו של התשלום העונשי לסייע לשניהם גם יחד להגשים בצורה טובה יותר את מטרותיהם החברתיות המשותפות.

ג. המלצותיו האופרטיביות של המחקר - הרפורמה המוצעת בדין הישראלי

הצעת החקיקה ומטרותיה מטרתו העיקרית של מחקר זה היתה לברר את שאלת מעמדו של התשלום העונשי בדיני החוזים. אלא שכאמור, בירורה של שאלה זו חייב התעמקות במגוון רחב של שאלות הנוגעות לטיבו, הצדקותיו ומגבלותיו של מוסד התשלומים העונשיים כדוקטרינה אזרחית כללית. אגב ההתעמקות בשאלות אלה מצאתי עצמי במקרים רבים מצביע על צורך בעריכת שינויים בכללי הפעלתה של הדוקטרינה. הצעת החקיקה הנספחת לחיבור זה היא פרי מאמץ לגבש ולרכז את עיקרי המסקנות וההמלצות האופרטיביות הפזורות לאורכו. הצעה זו, כך אני מקווה, יוצרת תשתית משפטית נאותה לכל הסדר - חקיקתי או פסיקתי - שישאף להפיח רוח חיים במוסד התשלומים העונשיים, ולהבטיח את פעולתו התקינה לאורך זמן. ביסוד ההצעה עומדת ההנחה, שמוסד זה אינו נקי מבעיות אמיתיות הטעונות פתרון. כמוסבר בחיבור, לבעיות אלה ניתן לתת מענה באמצעות הגדרה פרטנית יותר של המבחנים לתחולת הדוקטרינה, של עקרונות הפעלתה הבסיסיים, ושל השיקולים העיקריים שלאורם ייקבע מהי התנהגות מחפירה, אימתי יש לפסוק תשלום עונשי, ובאיזה היקף.

---

[18] למרות שראייה זו מנוגדת להבחנה האורתודוכסית בין מטרות המשפט הפלילי למטרות המשפט האזרחי, היא איננה חדשה. תפיסה כזו מעוגנת במפורש כבר בכתביהם של פילוסופים דגולים כדוגמת בנת'האם ואוסטין, שהגדירו את כל הנורמות המשפטיות המטילות סנקציות כ"משפט עונשי" ("Penal Law"), וביקרו קשות את ההבחנה הבלקסטוניאנית הידועה. אציין, כי להשקפתי בדבר הקירבה הרעיונית בין המשפט האזרחי למשפט הפלילי בכלל ובין ענף החוזים לענף הנזיקין בפרט מצאתי תמיכה בחיבור ביקורתי מאלף שנכתב על ידי משפטן סקנדינבי בראשית המאה ה-20. בספר זה, המקדים ביובל שנים את ספרו הפרובוקטיבי של Gilmore אודות "מות החוזה" ואת הגישה הכלכלית למשפט, מוצגת תפיסה ריאליסטית ופרגמטית שלפיה המשפט האזרחי והמשפט הפלילי תפקידם זהה - מניעת התנהגויות מזיקות בראייה חברתית. ר': A.V. Lundstedt, **Superstition or Rationality in Action for Peace?** (N.Y., 1925). ההבחנה בין תפקידי המשפט האזרחי והפלילי נדונה בהרחבה בפרק ח', בסע' 8.02 ואילך.

הערה אחרונה נוגעת לשאלת הצורך בחקיקה לשם יישום המלצות המחקר. לדעתי, חקיקה כזו אכן נדרשת, ומכמה טעמים: **בראש ובראשונה,** כמוסבר בפרק ו', במציאות החוקתית דהיום נראה שפסיקת תשלום עונשי - בתביעות חוזיות ואולי אף בתביעות נזיקין - מחייבת עיגון חקיקתי מפורש. **שנית**, בשל מורכבותו של ההסדר המוצע נראה יומרני מעט לצפות כי בתי המשפט בישראל יפתחו תוך זמן קצר מערכת עקרונות מוסכמת, קוהרנטית וכוללת, שתוכל לשמש בסיס להפעלה תקינה של הדוקטרינה.[19] **שלישית,** אם לשפוט לפי נסיון העבר, גישתה של הפסיקה הישראלית ושל בית המשפט העליון בפרט כלפי היקף השימוש בדוקטרינה היתה עד היום שמרנית ומהוססת למדי. במציאות זו הסיכוי שבית המשפט יבצע מיוזמתו תפנית חדה בגישתו, וירחיב באופן משמעותי את היקף ההכרה וההיזקקות לדוקטרינה בלא "עידוד חקיקתי", נראה לי נמוך למדי.[20] **רביעית,** לרפורמה הרחבה המוצעת בחיבור זה עשויות להיות השלכות מעשיות חשובות על חיי המשפט והחברה בישראל, ויש לשער שיקומו לה גם מתנגדים לא מעטים. בנסיבות אלה נראה לי שההכרעה בדבר אימוצה של הרפורמה המוצעת ראוי שתיפול לאחר דיון ציבורי פתוח, והחלטה דמוקרטית שתיפול בבית המחוקקים.

עיקרי ההמלצות המובאות בהצעת החקיקה ואלה עיקרי ההמלצות האופרטיביות המגולמות בהצעת החקיקה:

1) מתן עיגון חקיקתי ברור ומפורש לסמכותו של בית המשפט האזרחי לפסוק תשלומים עונשיים, ומתן הגדרה ברורה לסנקציית התשלום העונשי.
2) הרחבת תחולתה הקיימת של הדוקטרינה בדין הישראלי, כך שזו תחול באורח פוטנציאלי לא רק בתביעות שעילתן בנזיקין, אלא בכל תביעה שעניינה בהפרת חיוב אזרחי, לרבות חיוב חוזי או חיוב אחר שבדין.
3) הבהרה כי תשלום עונשי יכול שייפסק גם בגין התנהגות מחפירה שיצרה סיכון שלא התממש, כלומר, גם בהעדרו של נזק בר-פיצוי. בכך תורחב תחולת הדוקטרינה גם בדיני הנזיקין, שכן מעתה ניתן יהיה לפסוק תשלום עונשי בגין הפרה מחפירה של חובת הזהירות ברשלנות, או של חובה חקוקה שהפר הנתבע, וזאת גם בהעדר הוכחה של יסוד הנזק (שהוא יסוד חיוני לביסוסן של מרבית תביעות הנזיקין).
4) קביעת הגדרה מוסכמת ונהירה למושג "התנהגות מחפירה", המהווה את המבחן הבסיסי לתחולת הדוקטרינה, ויציקת תוכן קונקרטי לתוכו.

---

[19] יש לזכור שבישראל, להבדיל משיטות המשפט המקובל, לא קיימת תשתית נורמטיבית - בחקיקה, בפסיקה ואף לא בספרות המשפטית - שעל יסודה ניתן לצפות כי הפסיקה תפתח את דיני התשלום העונשי ותכריע בסוגיות הרבות שהפעלתה של הדוקטרינה מעוררת. כמובן, בעייה זו תוסר לכאורה אם הרפורמה המוצעת בחיבור זה היא שתאומץ, אולם סביר להניח שדבר זה לא יתרחש במסגרת פסק דין בודד העוסק ביישובו של סכסוך קונקרטי.

[20] אולם אין לבטל אפשרות זו לחלוטין, לאור המגמות העונשיות המסתמנות בעשור וחצי האחרונים בבית המשפט העליון, במיוחד בתחום החוזי. לדיון במגמה זו ר' סע' 6.14 ואילך.

5) עריכת הבחנה ברורה בין התנאים שקיומם הוא תנאי מוקדם והכרחי לתחולת הדוקטרינה, לבין המבחן האולטימטיבי המצטבר על גבי תנאים מוקדמים אלה, והכפוף לשיקול דעת רחב יותר של בית המשפט.

6) הסרת הספק בדבר הצורך להוכיח מודעות בפועל אצל הנתבע למעשיו ולמשמעותם המשפטית כתנאי שאין בלתו לפסיקת תשלום עונשי.

7) הבהרת השיקולים העיקריים שעל בית המשפט לשקול בבואו להכריע בשאלה, אם התנהגות המקיימת את התנאים המוקדמים לפסיקת תשלום עונשי עולה כדי "התנהגות מחפירה".

8) הבהרת השיקולים העיקריים המנחים בשאלה, האם התנהגותו המחפירה של הנתבע מצדיקה חיוב בתשלום עונשי, ובמידה שהיא מצדיקה זאת - באיזה שיעור.

9) קביעה ברורה של הנסיבות שבהן לא ייפסק בשום מקרה תשלום עונשי, אפילו בהינתן התנהגות מחפירה.

10) קביעת ערובות דיוניות שיתנו מענה הולם לחשש מפני ניצול לרעה של הליך התובענה לתשלום עונשי על ידי תובעים בכוח, מפני ענישת כפל, ומפני ניהול כפול של הליכים עונשיים.

11) קביעת נטל הוכחה מוגבר - דרישה להוכחת קיומה של התנהגות מחפירה בראיות חד-משמעיות (או לפחות "ברורות ומשכנעות").

12) הצעה לחלוקת כספי התשלום העונשי בין הנפגע-התובע לבין אוצר המדינה או רשות ציבורית אחרת (ביחס שוויוני של 1:1).

13) קביעת תיקרה גמישה לשיעורו של התשלום העונשי, אשר תאפשר לבית המשפט בכל מקרה ומקרה להבטיח מיתאם בין שיעור הסנקציה לבין חומרת התנהגותו של הנתבע, ויחד עם זאת תיתן לנתבעים ומתדיינים בכוח אפשרות להעריך באופן מקורב את הגבול העליון של העונש העלול להיות מוטל בגין התנהגות מחפירה במקרה מסויים.

ד. מבנה הדיון בחיבור וחידושיו העיקריים של המחקר

מבנה הדיון - מבט כללי מבחינה מבנית נחלק החיבור לארבעה שערים, הכוללים יחד שנים-עשר פרקים. **בשער הראשון** יונחו התשתית המושגית והרקע ההיסטורי הדרושים לעיון בשאלת המחקר. **השער השני** מוקדש לבחינה מקיפה של הדין הנוהג. שני השערים הנותרים מוקדשים לטיפול בשאלת המחקר מן ההיבט העיוני-ביקורתי. **השער השלישי** מוקדש לבירור הנדבך הראשון של התזה, דהיינו, לליבון הסוגיות הבסיסיות והכלליות שההכרה בדוקטרינה מעוררת בכל הקשר אזרחי. **השער הרביעי** מהווה את הנדבך השני של התזה, והוא עוסק בשאלות המיוחדות הנוגעות להחלתה של הדוקטרינה בתחום

החוזי.[21] להלן מתוארים בתמצית הנושאים הנדונים בכל אחד משנים עשר הפרקים בחיבור, והחידושים העיקריים שכל פרק מביא עימו.

סוגי החידושים שמביא עימו המחקר חידושי המחקר מצויים במישורים שונים: 1) חידושים במישור המושגי והמתודולוגי (שמטרתם להבהיר מושגים וסיווגים קיימים או להציע חדשים, להציע צורת דיון חדשה בשאלות מוכרות או להעמיד שאלות חדשות); 2) חידושים במישור ההיסטורי (שמטרתם להציע הסברים מוצלחים יותר לתופעות המשפטיות שהן מושא המחקר); 3) חידושים במישור התיאורי (שמטרתם לסייע בחשיפת מורכבותו של הדין הנוהג); 4) חידושים במישור העיוני-ביקורתי (שמטרתם להצביע על כשלים או חולשות בטיעונים קיימים, להציע נימוקים חדשים שטרם הועלו, להכריע במחלוקות ערכיות או להמליץ על הדין הרצוי). למען נוחות ההצגה, ייסקרו החידושים לפי סדר הופעתם בחיבור, ושלא על פי אפיונם העיוני.

הפרק הראשון **פרק א'** מוקדש לעריכת היכרות ראשונית עם דוקטרינת התשלום העונשי: כינוייה השונים, הגדרתה, מאפייניה הבסיסיים, אבחונה מדוקטרינות קרובות, וסקירה קצרה של צידוקיה המסורתיים. חידושיו העיקריים של הפרק מתבטאים ב:

1) הצעה לנטישת הכינוי השגור (והשגוי) "פיצויים עונשיים" ואימוץ כינוי עברי חדש לדוקטרינה - "תשלום עונשי" (או "תשלומים עונשיים").
2) עיצוב הגדרה חדשה למוסד התשלומים העונשיים, אשר תשקף באופן מלא ומדוייק יותר את הקונצנזוס בפסיקה ובספרות לגבי מאפייניה הייחודיים של הדוקטרינה.
3) הצבעה על קווי הדמיון מחד גיסא, ועל ההבדלים מאידך גיסא, בין התשלום העונשי ובין סנקציות אזרחיות אחרות בעלות היבטים עונשיים משמעותיים כגון: פיצויים מוגברים, תשלומי השבה, תשלום עונשי מוסכם ותשלומי בוז.

הפרק השני **בפרק ב'** אגולל בקצרה את תולדות התשלום העונשי כסנקציה אזרחית, ואת תולדותיו של הכלל האוסר על פסיקת תשלומים עונשיים בתביעות חוזיות. מסע היסטורי זה מתחיל בשיטות המשפט הקדומות של העולם העתיק (בכלל זה המשפט העברי) עובר בימי הביניים, ומגיע לשיאו במאה ה-18, עת שפסיקת תשלומים עונשיים הפכה באופן רשמי לפרקטיקה מוכרת בדיני הנזיקין

[21] כמוסבר בסעיף ב' למבוא, הטעם להפרדה המתודולוגית בין השאלות הכלליות לבין השאלות המיוחדות לתחום החוזי נעוץ בכך שהראשונות נראו בעיני מקדמיות, מבחינה אנליטית, לאחרונות. להפרדה זו יש גם ערך מתודולוגי, שכן היא מסיבה את תשומת הלב לכך שחלק ניכר מהטיעונים בעד ונגד ההכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים הם טיעונים כלליים הרלבנטיים להערכת מעמדו הראוי בכל תחום אזרחי (בכלל זה דיני הנזיקין). בירור השאלות הכלליות חשוב במיוחד במחקר כמו שלנו, הבוחן את שאלת ישימותה בתחום החוזי של דוקטרינה שגם בדיני הנזיקין קיומה שנוי במחלוקת חריפה. זאת לעומת מחקרים אחרים שבחנו את ישימותן בתחום החוזי של דוקטרינות שהלגיטימיות שלהן בדיני הנזיקין איננה מוטלת כיום בספק. דוגמה למחקר כזה הוא מחקרו של פרופ' אריאל פורת, שבחן את מקומה של הגנת האשם התורם בדיני החוזים, מבלי לערוך הבחנה בין השאלות הכלליות שהגנת האשם התורם מעוררת בכל תחום אזרחי (לרבות דיני הנזיקין) לבין השאלות המיוחדות לתחום החוזי. א' פורת, **חלוקת אחריות בדיני חוזים** (עבודת דוקטור, אוניברסיטת ת"א, 1989) 74-72; א' פורת, **הגנת אשם תורם בדיני חוזים** (ירושלים, תשנ"ז) 32-29.

האנגליים. מכאן ואילך מתמקד הדיון בחקר הגורמים האפשריים שהביאו להשתרשותו של הכלל האוסר. תרומתו המקווה של הפרק היא בכמה מישורים:

1) עמידה על מעמדה המבוסס של הענישה האזרחית בהיסטוריה של המשפט, תוך עמידה על ההבדל בין תשלומי המכפיל החקוקים של העולם העתיק לבין התשלום העונשי בדמותו המודרנית.
2) הסברת מכלול הגורמים שהביאו להתבססות הדוקטרינה המודרנית בדיני הנזיקין של המשפט המקובל האנגלי בשלהי המאה ה-18.
3) ביקורת ההסבר ההיסטורי המקובל לצמיחת הכלל האוסר והצגת הסבר חדש, שלם ומוצלח יותר להשתרשות ההבחנה ההיסטורית בין תביעות נזיקין לתביעות חוזיות לעניין תחולת הדוקטרינה.
4) הצבעה על הזיקה בין ההתנגדות האידאולוגית להחלת הדוקטרינה בתחום החוזי לבין מאפייני התיאורייה הקלסית של דיני החוזים. זאת כרקע להערכה ביקורתית של שאלת המחקר בעידן המודרני, החוזה במגמה של התרחקות דין החוזים מעקרונות התיאורייה הקלסית.

הפרק השלישי כאמור לעיל, ברוב המדינות שבהן זכתה הדוקטרינה לדריסת רגל אומץ הכלל האוסר על פסיקת תשלום עונשי בתביעות חוזיות. עיקר הדיון בשער השני של החיבור מתמקד אפוא, מטבע הדברים, בחריגים השונים שהתפתחו בצילו של הכלל האוסר, ובניסיון לברר באיזו מידה ובאילו אופנים חלחלה הדוקטרינה מתחום הנזיקין לתחום החוזים. עם זאת, הפרק הפותח את השער השני, **פרק ג'**, עוסק דווקא בהצגה תמציתית של מעמד הדוקטרינה בדיני הנזיקין. הסיבה העיקרית לכך היא, שההיכרות עם מעמדה של הדוקטרינה בדיני הנזיקין מאפשרת להבין טוב יותר את תמונת המצב בתחום החוזי. הסקירה מעלה, כי הדוקטרינה מוכרת בתחום הנזיקין במרבית שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות, ואף בישראל. לעומת זאת, בשיטות הקונטיננטליות אין בדרך כלל הכרה מפורשת בדוקטרינה - לא בחוזים, ואף לא בנזיקין. אולם באחדות משיטות היבשת קיימות דוקטרינות תרופתיות בעלות היבטים עונשיים, הממלאות תפקיד דומה לזה שממלא מוסד התשלומים העונשיים במשפט המקובל.

הפרק הרביעי **בפרק ד'** תיבחן תחילה גישתו המסורתית השמרנית של המשפט האנגלי. גישה זו, השוללת את האפשרות לפסוק תשלום עונשי בתביעות שעילתן חוזית טהורה, השתרשה במרבית מדינות חבר העמים הבריטי. בחלקו השני של הפרק תיבחן גישתו השונה והליברלית יחסית של המשפט הקנדי. החל משנות ה-80 שופטים ומלומדים קנדיים רבים הביעו נכונות לסטות מההלכה המסורתית, והדבר הביא בסופו של דבר לנטישת הכלל האוסר.

הפרק החמישי **בפרק ה'** יידון בהרחבה המצב בארצות הברית. מטרת הפרק היא להציג תמונה מפורטת ושלמה ככל שניתן - במגבלות היריעה הנוכחית - של המצב המשפטי המורכב הקיים בסוגייה דנן במשפט האמריקאי. במהלכו אבקש לבסס את הטענה, שלמרות ש**ברמה ההצהרתית** זכה הכלל האוסר (בדומה למצב באנגליה) למעמד של עיקרון יסוד בלתי מעורער בדיני החוזים, הרי ש**ברמה**

nevo.co.il

המעשית שונה המצב תכלית השינוי. למעשה, ברוב מדינות הפדרציה לא היה הכלל האוסר מעולם בגדר איסור גורף, וכבר החל מאמצע המאה ה-19 ניבעו בו פרצות משמעותיות, שהלכו והתרחבו לאורך המאה ה-20. כפי שאראה, הכרסום במעמדו של הכלל האוסר נעשה בעיקר באמצעות טכניקות שיפוטיות שונות, שהעניקו פרשנות יצירתית מרחיבה לחריג המסורתי הידוע בכינוי "חריג העוולה העצמאית" ("The Independent Tort Exception"). בעזרת טכניקות אלה יצרו בתי המשפט מעת לעת חריגים חדשים לכלל האוסר, והרחיבו את פוטנציאל השימוש בדוקטרינה בתחום החוזי הרבה מעבר ל"מותר" במסגרת חריגיו ההיסטוריים הצרים. זאת ועוד, במדינות אחדות נטשה הפסיקה לחלוטין את הרטוריקה ה"נזיקית" השמרנית וקבעה במפורש, שגם בתחום החוזי ניתן וראוי להיזקק לדוקטרינה במקרים המתאימים, וזאת במישרין וללא כל צורך בקונסטרוקציות "נזיקיות" למיניהן. גישתם של בתי משפט אלה מכונה על ידי **"הגישה האזרחית"** לתשלום העונשי, שכן היא קובעת מבחן אחיד לתחולת הדוקטרינה בכל הקשר אזרחי, המבוסס על חומרת התנהגותו של המפר, ולא על סיווגה המשפטי הפורמלי. זאת להבדיל מ**"הגישה הנזיקית"**, הרווחת ברוב שיטות המשפט המכירות בדוקטרינה, והמתנה את החלת הדוקטרינה בהצבעה על עילת תביעה נזיקית מוכרת. תרומתו המקווה של הדיון בפרק זה וחידושיו העיקריים הם:

1) תיאור אמין, עדכני ומקיף של המצב המשפטי המורכב והמגוון הקיים בשיטות המשפט השונות בארה"ב.
2) עריכת היכרות שיטתית עם כל החריגים המודרניים לכלל האוסר שהתפתחו במשפט האמריקאי תוך חשיפת הזיקה העיונית והדוקטרינרית ביניהם, זיקה שלא הובהרה די הצורך במקורות.
2) חשיפה והצגה שיטתית של מגוון הטכניקות השיפוטיות שבחסותן הרחיבה הפסיקה האמריקאית את תחולת הדוקטרינה בתחום החוזי, ושל הגורמים האובייקטיביים שסייעו להצלחת מגמה זו.
3) עמידה על המלאכותיות הטמונה בניסיון להפעיל את הדוקטרינה בתביעות חוזיות על בסיס "גישה נזיקית" המחייבת "תרגום" של הפרת החוזה למונחים נזיקיים כתנאי לפסיקת תשלום עונשי. זאת כרקע להבהרת עדיפותה של הגישה האזרחית על פני הגישה הנזיקית בפרק י"א.

הפרק השישי **פרק ו'** מוקדש לבחינת המצב המשפטי בישראל. נקודת המוצא לדיון בפרק זה היא העובדה, שלמעט הסדרים חקיקתיים מיוחדים (כגון פיצויי הלנת שכר, ריבית מוגדלת על מבטח, וכיו"ב) אין בחקיקה האזרחית עיגון לסמכות כללית לפסוק תשלום עונשי בתביעות חוזיות. עם זאת, עמדתי היא כי שתיקת המחוקק איננה מלמדת בהכרח על קיומו של הסדר שלילי בסוגייה דנן. אשר לפסיקה, אבקש להראות, שלמרות קיומן של הערות אגב מסוייגות בבית המשפט העליון כלפי הרעיון של פסיקת תשלום עונשי בתביעות חוזיות, הרי למעשה טרם נקבעה בעניין הלכה מחייבת. יתרה מכך, עיון בפסיקה הישראלית בתחום דיני החוזים בשני העשורים האחרונים מגלה דווקא מגמה של הגברת הנכונות להתחשב בשיקולים עונשיים בעת עיצובן של תרופות חוזיות. מגמה זו עשוייה לשמש כר נוח

לקליטתו של התשלום העונשי בתחום החוזי, אם וכאשר תוכר אפשרות זו בחקיקה או בפסיקה. מאחר שהטלת תשלום עונשי על נתבעים פוגעת בקניינם ובכבודם, חקיקה או פסיקה כזו תהא קרוב לודאי כפופה לתנאים החוקתיים הפורמליים והמהותיים שמציב כיום חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חידושי הפרק העיקריים הם:

1) עמידה על העמימות הקיימת בישראל בשאלת האפשרות לפסוק תשלום עונשי בתביעות חוזיות.
2) הצבעה על מקורות משפטיים רלבנטיים - ישירים ועקיפים - העשויים לסייע בסילוק עמימות זו.
3) חשיפת נטייתו של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים לפתח בדיני החוזים ולאמץ אליהם דוקטרינות תרופתיות בעלות היבטים עונשיים משמעותיים, והבהרת השפעתה החיובית של מגמה זו על סיכויי קליטתו בעתיד של התשלום העונשי בדין החוזים הישראלי.
4) בירור הטכניקות האפשריות לעיגונה הפורמלי של הדוקטרינה בדין החוזים הישראלי.
5) בחינת השאלה החוקתית: דיון ראשון בשאלת עמידתה האפשרית של הדוקטרינה במבחנים החוקתיים שמציבה פיסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הערה למבנה השער השלישי השער השלישי עוסק, כאמור, בשאלת ההצדקה לתשלום העונשי כסנקציה אזרחית. השער מחולק מבחינה מבנית לשלושה פרקים. חלוקה זו נובעת מסברתי, כי הבעיות היסודיות שמעוררת הדוקטרינה בכל הקשר אזרחי שהוא, לרבות ההקשר החוזי, מצויות בשלושה מישורים נפרדים, המחייבים דיון נפרד ועצמאי. מתודולוגיה זו שונה מהאופן הרווח שבו נערך עד כה הדיון הביקורתי בדוקטרינה, ורואה אני בה את אחד מחידושיו המרכזיים של החיבור במישור המתודולוגי.[22] ההפרדה בין בעיות היסוד השונות מבהירה טוב יותר את היחס המורכב הקיים בין ההצדקות והביקורות השונות, ומקילה על יכולתנו להעריך נכונה את כוחן ומשקלן היחסי. היא אף מסייעת להבין, שהסתייגות מאחד ממאפייניו של הדוקטרינה איננו מחייב את ביטולה המוחלט, וכי ניתן לשכלל ולעדן את מוסד התשלומים העונשיים מבלי "לשפוך את התינוק עם המים".

הפרק השביעי ב**פרק ז'** תיבחן לעומק בעיית היסוד הראשונה שמעוררת הדוקטרינה: ***מה עשוי להצדיק הטלת סנקציה עונשית לבר-מפצה על "התנהגות מחפירה"?*** שאלה זו מערבת למעשה שלוש שאלות משנה: **ראשית,** עולה השאלה מה טיבה של אותה "התנהגות מחפירה" שבגינה מוטל התשלום העונשי? **שנית,** מתעוררת השאלה מהי ההצדקה לחרוג מאמת המידה המפצה המקובלת בתביעות אזרחיות, ולהטיל על הנתבע סנקציה לבר-מפצה, דהיינו, בשיעור שמעל ומעבר לנדרש לתיקון הפגיעה בתובע? **שלישית,** נשאלת שאלה קרובה והיא, מהי ההצדקה האפשרית לענישת הנתבע באמצעות

[22] הדיון המסורתי בספרות המקצועית בוחן את ההצדקות האפשריות של הדוקטרינה (או את הביקורות עליה) בזו אחר זו ומבלי להבהיר את היחס ביניהן ואת המקום שכל הצדקה או ביקורת ממלאת בהערכת הדוקטרינה כולה. בכך לא רק שנמנע דיון סדור ושיטתי, אלא לעיתים גם מוחמץ דיון בסוגיות חשובות. יתרה מכך, הכריכה יחד של הבעיות השונות עלולה להביא לסברה המוטעית, כי דחייה או קבלה של אחת ההצדקות לדוקטרינה (או של אחת הביקורות עליה) מחייבת בהכרח את המסקנה כי הדוקטרינה ראוייה להידחות מכל וכל או להיות מאומצת בשלמותה.

סנקציה לבר-מפצה זו.[23] שאלות אלה כרוכות זו בזו, והדיון בהן נעשה לאורך הפרק באופן משולב, במסגרת שבעת חלקיו. **החלק הראשון** עוסק בניסיון ליצוק תוכן קונקרטי מוסכם אל תוך המושג העמום "התנהגות מחפירה". הקושי במשימה זו נובע ממגוון הביטויים הרחב שבו נעשה בפסיקה שימוש לצורך תיאור המבחנים לתחולת הדוקטרינה, ומהעדרו של דיון אקדמי מספק בתוכנם המדוייק של מבחנים אלה. למרות קושי זה הגעתי למסקנה, שקיימת מידה רבה של קירבה בין המבחנים הנוהגים במדינות השונות, וכי ניתן לחלץ מהם גרעין משותף, אותו הצעתי להגדיר כך:

> **"התנהגות מחפירה היא התנהגות המשקפת חריגה משמעותית מכל סטנדרד סביר של התנהגות, והבאה לידי ביטוי, למצער, במעשה שלא כדין של הנתבע שפגע בתובע או סיכן אותו באופן ממשי, ושנעשה כשהנתבע מודע למעשה, לסיכון האפשרי הטמון בו לתובע או לאנשים אחרים, ולהיותו מעשה שלא כדין"**[24]

בחלק השני של הפרק נבחנת האפשרות לספק מענה לבעיית היסוד הראשונה שמעוררת הדוקטרינה באמצעות פנייה לעקרון הגמול. הדיון נערך לאורם של שלושה עקרונות מוסריים הנגזרים לדעתי מעקרון הגמול: עקרון האשמה, עקרון המידתיות ועקרון ההזהרה. לאחר הצגה וניתוח של ההצדקות והביקורות של הדוקטרינה במונחי גמול הגעתי למסקנה, כי עקרון הגמול מספק הצדקה מוסרית איתנה לענישה לבר-מפצה של התנהגויות מחפירות.

בחלקו השלישי של הפרק נבחן רציונל ההרתעה כצידוק חלופי לענישת התנהגויות מחפירות. ההתייחסות בחלק זה היא לניתוח המסורתי הקלסי של רציונל ההרתעה, המופיע במרבית המקורות שעסקו בדוקטרינה. טענתי המרכזית כאן היא, שההכרה המסורתית הרחבה בהרתעה כרציונל של הדוקטרינה מבוססת על ראיית ההרתעה כאמצעי למניעת עוולות מוסריות, תפיסה אותה אני מכנה "הרתעה מוסרנית". תפיסה זו ראוייה לבידול ולאבחון מתפיסת ההרתעה כאמצעי להשאת תועלת חברתית. לאחר הצגה קצרה של ההסבר המסורתי הקלסי של הדוקטרינה במונחי הרתעה, אני מצביע על השאלות שהוא מעורר, ובוחן את האפשרות לספק להן מענה - הן בתפיסה מוסרנית-דאונטולוגית, הן במסגרת תפיסה תועלתנית. מסקנתי היא, שבעוד שבתפיסה הראשונה ההצדקה לענישה לבר-מפצה של התנהגויות מחפירות היא כמעט מובנת מאליה, הרי שבתפיסה תועלתנית המענה לשאלה זו מורכב יותר, ועשוי להיות שנוי במחלוקת (דיון מפורט יותר בתפיסת ההרתעה התועלתנית נערך בחלק הרביעי). בהמשך החלק, לאור ההנחה כי הרתעת מעוולים בכוח מפני התנהגויות מחפירות היא אכן רצוייה, נדונה השאלה באילו נסיבות נדרשת לשם כך, אם בכלל, סנקציה לבר-מפצה. החלק השני

---

[23] לא כל סנקציה לבר-מפצה היא סנקציה עונשית, ותיתכנה סנקציות לבר-מפצות המוטלות מטעמים שאינם עונשיים. להבהרת הנקודה ר' סע' 1.06(27).

[24] לעיגונה של הגדרה זו בהסדר החקיקתי המוצע (אם כי בניסוח שונה מעט) ר' סע' 3 להצעת החקיקה. כפי שניתן לראות, הגדרה זו בנוייה למעשה משני חלקים עיקריים: 1) דרישה אולטימטיבית, סופית, להתנהגות בלתי סבירה באופן חריג וקיצוני; ו-2) מספר תנאים מצטברים המהווים תנאים מוקדמים - אם כי לא בהכרח מספיקים - להתקיימותה של דרישה אולטימטיבית זו. ההיגיון הכלכלי והמוסרי של מבחן משולב זה נדון בפרק ז'.

נחתם בהצגה והערכה של טיעוני ביקורת שכיחים שהושמעו בספרות בגנות הדוקטרינה בשל כוחה המרתיע - המופרז או המוגבל, לפי טעמם של המבקרים. מסקנתי בתום הדיון היא, כי אכן ראוי להרתיע מביצוע מעשי עוולה מחפירים, וכי השימוש בסנקציות עונשיות לבר-מפצות עשוי במקרים רבים להיות רצוי ואף חיוני להגשמת מטרה זו.

חלקו הרביעי של הפרק מוקדש לניתוח כלכלי-תועלתני של שאלת ההצדקה להשתת סנקציות לבר-מפצות על התנהגות מחפירה. בניגוד להרתעה המוסרנית, שנדונה בחלק השלישי, עומדת ביסוד הניתוח הכלכלי הנחת המוצא התועלתנית, שלפיה השאיפה להרתיע מפני התנהגות מזיקה ופוגענית היא לגיטימית ומוצדקת רק אם נזקה החברתי של ההתנהגות המזיקה עולה על התועלת החברתית שהיא מצמיחה למבצעה. לאחר הצגה תמציתית של ההסברים הכלכליים הרווחים בספרות הכלכלית ודחייתם של הסברים אלה, אני בוחן מספר הסברים חלופיים שהועלו בספרות, ושלדעתי הינם מוצלחים יותר, אם כי עדיין חלקיים או בעייתיים מבחינות מסויימות. הדיון נחתם בניסיון לגבש ולהציג הסבר כלכלי-תועלתני שלם ומוצלח יותר, ממספר בחינות, בהשוואה לכל ההסברים שנבחנו קודם לכן.[25] **בחלק החמישי** נבחנות בקצרה מספר מטרות נוספות שהועלו בפסיקה ובספרות כהצדקות לענישה לבר-מפצה של התנהגויות מחפירות: חינוך, ריצוי רגשות נקם, מניעת התעשרות שלא כדין, ופיצוי. טענתי כאן היא, כי לשני הרציונלים הראשונים תפקיד משמעותי בהצדקת הדוקטרינה, וזאת בניגוד לשני הרציונלים האחרונים שבכוחם לספק לה הצדקה חלקית בלבד. **החלק השישי** מיועד לבחינתן התמציתית - ולדחייתן בדרך כלל - של מספר השגות כלליות שניתן להעלות כנגד ענישת התנהגויות מחפירות, ואשר לא זכו להתייחסות בחלקים הקודמים. אלה הן - במישור ההוגנות - הטיעון בדבר הפרת עקרון החוקיות והטיעון נגד אכיפת מוסר; ובמישור התוצאתני - החשש מפגיעה בתפקוד המערכת המשפטית, החשש מדרדור ערכי, והטענה כי סנקציות משפטיות ולבר-משפטיות (כדוגמת פיצויים מוגברים ותשלומי השבה) מייתרות במידה רבה את הצורך לפסוק תשלום עונשי לצורך מיגורן של התנהגויות מחפירות.

---

[25] בתמצית, טענתי היא, כי בניגוד להנחה הרווחת בקרב אנשי האסכולה הכלכלית, ההצדקה הכלכלית למוסד התשלומים העונשיים איננה נעוצה בצורך לגרום למפרים מחפירים להפנים כהלכה את עלויות מעשיהם ("הרתעה מפנימה"), אלא בצורך ליצור מנגנון אפקטיבי של "הרתעה ממגרת" (מוחלטת) מפני נטילות בלתי מורשות ("גזילות") של משאבים פרטיים בנסיבות "גזילות" אלה הן בלתי יעילות בעליל. העדפת הרתעה ממגרת על פני הרתעה מפנימה בהקשר זה משקפת לדעתי הכרה של שיטת המשפט בצורך להעניק לזכאויות משפטיות הגנה "קניינית" ("property rule") מפני "גזילות מחפירות". זאת, מתוך הכרה שהסתפקות בהגנה מסוג של כלל אחריות ("liability rule") עלולה במקרים אלה להביא להרתעת-חסר. אמנם, מנגנון של הרתעה ממגרת עלול ליצור הרתעת-יתר. אולם, כמוסבר בחיבור, האופן שבו פועל מופעלת הדוקטרינה הלכה למעשה מונע או לפחות מצמצם באורח משמעותי את החשש מפני הרתעת-יתר, וזאת שעה שאימוץ מנגנון של הרתעה מפנימה איננו יעיל כשהוא מופעל בתגובה להתנהגויות מחפירות. הטעם העיקרי לכך נעוץ בעובדה ש"גזילות" מחפירות יוצרות מעצם טיבן ומהותן נזקים חברתיים עקיפים ארוכי טווח המתפזרים על פני האוכלוסיה כולה, ולפיכך עלויות האומדן (assessment costs) של נזקיהן הן עצומות. זאת ועוד, באופן טיפוסי בתי המשפט פוסקים תשלומים עונשיים במצבים שבהם עלויות העיסקה (transaction costs) ההיפותטית שיכול היה המפר המחפיר לעשות עם הנפגע (על מנת להימנע מה"גזילה") הן נמוכות יחסית. שיקולים אלה ושיקולים נוספים מצדיקים את הנקיטה במנגנון של הרתעה ממגרת כלפי התנהגויות מחפירות, ובדרך כלל גם את האופן שבו מנגנון זה מיושם הלכה למעשה על ידי הפסיקה.

את **החלק השביעי** והאחרון בפרק ז' ייחדתי לדיון בשאלה עיונית טהורה - הלא היא שאלת הסתירה האפשרית בין ענישה לבר-מפצה לבין עקרון הצדק המתקן. עמדתי היא, כי את עקרון הצדק המתקן - המהווה לדעת רבים עקרון מנחה תיאורי ונורמטיבי של המשפט הפרטי - ניתן וראוי לפרש באופן מרחיב. בפרשנותו המרחיבה כולל הצדק המתקן גם שיקולי צדק עונשי-גמולי, העשויים להצדיק חריגה מאמת המידה המסורתית של פיצוי בלבד. לדעתי, חסימה מוחלטת של הגישה לשיקול העונשי-גמולי והעמדת עקרון הפיצוי כחזות הכל במקרים של עוולות אזרחיות איננה מבטיחה השבה אמיתית של המצב הטרום-עוולתי "לקדמותו", ולפיכך חוטאת לערכי החירות, הכבוד והשוויון, שעליהם מושתת עקרון הצדק המתקן עצמו, ושאותם הוא מתיימר להגשים.

הפרק השמיני **בפרק ח'** תיבחן בעיית היסוד השנייה שמעוררת הדוקטרינה: גם בהנחה שבנסיבות מסויימות הפרתו של חיוב אזרחי עשוייה להצדיק ענישה לבר-מפצה של המפר, נשאלת השאלה ***כיצד ניתן להצדיק את העובדה שענישה זו מופעלת בגדרי ההליך האזרחי דווקא? האין המשפט הפלילי המקום הטבעי והמתאים יותר לטיפול בהתנהגויות אנטי-חברתיות?*** מה טעם ומה הצדקה יש בהטלת סנקציות עונשיות במסגרת ההליך האזרחי, שעניינו בתיקון עוולות ובפיצוי על נזק? האין בכך משום עירוב מין בשאינו מינו? האין בכך כדי לפגוע בחירויות הפרט באופן מופרז ובלתי לגיטימי? במקורות הרבים שעסקו בדוקטרינת התשלום העונשי ובצידוקיה אין למצוא התמודדות שיטתית ומעמיקה עם שאלה עקרונית זו. חסר זה הוא מפתיע, שכן חיצי הביקורת החריפים ביותר כנגד הדוקטרינה הופנו בדיוק כלפי מאפיין זה שלה: היותה מוסד עונשי מובהק המופעל בלב ליבו של המשפט האזרחי. תכלית הדיון בפרק השמיני היא למלא חסר יסודי זה, ולהכריע בבעיית היסוד השנייה לאור בחינתם הביקורתית של הטיעונים המרכזיים בעד ונגד ענישה אזרחית. בכך, אני מקווה, ירים המחקר תרומה משמעותית הן לספרות הישראלית, והן לספרות הכלל-עולמית שעסקה במוסד התשלומים העונשיים בפרט, ובענישה האזרחית בכלל.[26] הדיון בפרק השמיני נחלק לשניים.

בחלק הראשון יידונו ויבוקרו שלושה טיעונים שניתן להעלות **נגד ענישה אזרחית**: הטיעון המושגי (הרואה בענישה נטע זר ומוזר במשפט האזרחי); הטיעון הליברטני (המצביע על החשש מפגיעה מופרזת בחירויות הפרט); ו'טיעון המדרון החלקלק' (המעלה חשש כי הכרה בסנקציות לבר-מפצות תגרור אחריה הכרה בסנקציות תת-מפצות וכך תפגע בזכאותם של נפגעים לפיצוי מלא).[27]

---

[26] יצויין, כי תרומתו של הדיון בפרק זה חורגת מההקשר המיוחד שבו מתמקד חיבורנו. הטעם לכך הוא שחלק ניכר ממנו רלבנטי לא רק להערכת הדוקטרינה מושא המחקר, אלא למעשה להערכת כל מוסד משפטי עונשי המופעל בגדרי המשפט האזרחי (כגון: קנסות אזרחיים, תשלום עונשי מוסכם, תשלומי בוז, תשלומי השבה, ודוקטרינות עונשיות נוספות).

[27] את הטיעון המושגי אני דוחה בהבהירי, כי גם מבלי להכיר בתשלום העונשי רווי המשפט האזרחי בהיבטים עונשיים ובדוקטרינות עונשיות, אף כי רמת "המובהקות העונשית" שלהן איננה תמיד גבוהה כמו זו של התשלום העונשי (המושג "מובהקות עונשית" מוסבר בסע' 8.08 לחיבור). אשר לטיעון הליברטני, אין אני רואה בו מכשול המצדיק את הדרתן של סנקציות עונשיות מגדרי ההליך האזרחי. לדעתי, החשש מפגיעה מופרזת בחירות ניתן לצמצום ניכר באמצעות ערובות דיוניות מתאימות, ומכל מקום אין בו כדי להצדיק התעלמות מהפגיעה החמורה בחירויות הפרט, הנגרמת כתוצאה מביצועם של מעשי עוולה מחפירים. גם 'טיעון המדרון' אינו מצדיק, לטעמי, הימנעות מהכרה

בחלקו השני של הפרק אבקש להציג ולבסס באופן פוזיטיבי טיעון **בזכות ענישה אזרחית**. במסגרתו אציג את ההצדקות האפשריות להכרה בסנקציות אזרחיות-עונשיות בכלל, ובסנקציית התשלום העונשי בפרט. טענתי היא בתמצית, שסנקציות אלה ממלאות תפקיד חברתי חשוב, שכן הן מאפשרות למערכת המשפט להתמודד עם תופעות אנטי-חברתיות שהמשפט הפלילי המסורתי אינו כשיר לטפל בהן בצורה מוצלחת. למגבלה זו של המשפט הפלילי שלושה טעמים עיקריים, עליהם אני עומד בהרחבה:

1) בעיית תת-האכיפה של הנורמות הפליליות.
2) הגנת החסר של המשפט הפלילי המסורתי מפני פגיעה מודעת באינטרסים כלכליים ונפשיים.
3) אי התאמתם של ההליך הפלילי והסנקציה הפלילית (הליך מכתים מסורבל ויקר, סיכון להרשעה ולשלילת חירות) לטיפול בהתנהגויות אנטי-חברתיות מסויימות.

ההליך האזרחי, לעומת זאת, אם יצוייד בסנקציות עונשיות כדוגמת התשלום העונשי, יוכל לבצע משימה זו ביתר הצלחה, וזאת בשל העובדה שדוקטרינה זו: 1) מופעלת על ידי הפרט המונע על ידי תמריצים ממוניים ולא-ממוניים, ואינה נשענת על מערכת האכיפה הציבורית; 2) מכוונת כלפי כל הפרה מודעת וחמורה של זכויות ללא תלות בסוג האינטרס הנפגע (גופני, רכושי, כלכלי, נפשי); 3) מוטלת במסגרת הליך אזרחי שהוא זול וחסכוני יותר בראייה חברתית, ובעיקר - מתאים יותר לטיפול בהתנהגויות אנטי-חברתיות בדרגה שאינה מצדיקה סטיגמה פלילית ושלילה של חירות פיזית.

הפרק התשיעי **בפרק ט'** תיבחן בעיית היסוד השלישית הכרוכה בהכרה בתשלום העונשי. גם בהנחה שניתן להצדיק הטלת סנקציה לבר-מפצה על המפר בהליך אזרחי מטעמים עונשיים, אין זה ברור כלל מהי ההצדקה לחייבו להעביר את כספי הסנקציה לידי התובע דווקא, ובכך להעמיד את האחרון במצב טוב מזה שבו היה נתון אלמלא נפגעה זכותו. האין בכך משום הענקת 'רווח מן ההפקר' לתובע, העלולה לעודד תביעות סרק מצידם של תובעים פוטנציאליים תאבי בצע? לאחר הצגת התנגדויות מסורתיות אלה מוצגות בקצרה ההצדקות המסורתיות לזיכוי התובע בכספי התשלום העונשי: הרצון לתת פרס ותגמול לתובע על הבאת הנתבע לדין; ויצירת תמריץ חיובי להגשת תביעות דומות בעתיד. לצידן, אני מציע הצדקה חדשה, המבוססת על הכרה בזכותו המוסרית של הנפגע מהתנהגות מחפירה לקבלת אישוש והכרה חברתית על עצם הפגיעה החמורה באוטונומיה שלו, פגיעה שאיננה ניתנת לתיקון באמצעות חיוב הפיצויים הרגיל. עם זאת, הצורך המוסרי למנוע התעשרות מופרזת של תובעים בכוח, לצד הצורך התועלתני ביצירת תמריץ מאוזן ולא מופרז לאכיפת הדין על ידיהם, מצדיקים לדעתי חלוקה של כספי התשלום העונשי בין הנפגע-התובע לבין אוצר המדינה (או גוף ציבורי אחר). חלוקה זו יש לקבוע באופן שמחד גיסא ישקף הכרה בזכותו המוסרית של הנפגע לסעד לבר-מפצה ויתמרץ

בדוקטרינה. זאת, בעיקר משום שלדעתי אין הכרח להקיש מהחמרת הסנקציות עם מפרים "מחפירים" (שאיננה פוגעת בזכות הנפגע לפיצוי) למתן פטור למפרים אחרים מחובתם לתיקון הנזק שגרמו שלא כדין (תוך פגיעה בזכות הבסיסית של נפגעים לפיצוי).

נפגעים לאכוף את הדין על הרומסים את זכויותיהם, ומאידך גיסא ימנע תמריצי יתר והתעשרות מופרזת, ויבהיר כי האינטרס שבענישת הנתבע הוא אינטרס ציבורי מובהק.[28]

הפרק העשירי השער הרביעי מוקדש, כאמור, לבחינת מקומה הראוי של הדוקטרינה בדיני החוזים. הנחת המוצא לדיון היא זו שאליה הגעתי בתום השער השלישי, היינו: קיים טיעון לכאורה בזכות הכרה בסמכותו הכללית של בית המשפט האזרחי לפסוק תשלום עונשי על פגיעה מחפירה בזכויות אזרחיות - יהא אשר יהא סיווגן המשפטי הפורמלי. לאור הנחה זו אבקש בפרק הראשון בשער זה - **פרק י'** - לבחון את השאלה, האם ניתן כעניין עקרוני להצדיק איסור על הפעלת הדוקטרינה בתחום החוזי, ובה בעת לצדד בהפעלת הדוקטרינה במסגרת תביעות נזיקין. לאחר בחינה קפדנית של הטיעונים השונים שהועלו במקורות בתמיכה לכלל האוסר, מגיע אני למסקנה, כי הם אינם עומדים במבחן הביקורת, ומכל מקום אינם מצדיקים הימנעות גורפת מהחלת הדוקטרינה בתחום החוזי.

הפרק האחד-עשר **בפרק י"א** אציג באופן פוזיטיבי טיעון סדור בזכות ההכרה בתשלום העונשי כסנקציה בהקשרים חוזיים. זאת אעשה בארבעה שלבים. **בחלקו הראשון** של הפרק תובהר - על דרך העיקרון ועל דרך ההדגמה - עדיפותה העיונית והמעשית של "הגישה האזרחית" לתשלום העונשי על פני רעותה המסורתית, "הגישה הנזיקית". **בחלק השני** אבחן את מידת ישימותם בסיטואציות חוזיות של הרציונלים הכלליים של הדוקטרינה. תכלית הדיון כאן היא להראות, כי הטעמים המוסריים, החברתיים והכלכליים שהועלו בפסיקה ובספרות כצידוקים לפסיקת תשלום עונשי בתביעות נזיקין, הינם רלבנטיים וישימים גם בתחום החוזי. כנאמר לעיל, הטעם העיקרי לכך נעוץ בעובדה, שגם תחום היחסים החוזיים איננו נקי מהתנהגויות מחפירות, וגם כאן קיים חשש ממשי כי הסנקציות הרגילות בגין הפרת חוזה לא תרתענה מפני הפרות חוזים אופורטוניסטיות או התנהגויות אנטי-חברתיות אחרות שנזקן החברתי רב. **בחלקו השלישי** של הפרק תיבחן האפשרות להחיל את הדוקטרינה בתחום החוזי באמצעות הרחבה מגמתית של דיני הנזיקין, וזאת בלא צורך "לחולל מהפכות" בדין הקיים ולהצהיר במפורש על ביטול הכלל האוסר. עמדתי היא, כי דרך "נזיקית" זו, אף שבכוחה להביא באופן פוטנציאלי להרחבה ניכרת של תחולת הדוקטרינה בתחום החוזי, הינה בעייתית ומוגבלת מבחינות שונות, ולפיכך נחותה בהשוואה להכרה מפורשת וגלוייה בתשלום העונשי כסנקציה לגיטימית בתביעות חוזיות. **בחלק הרביעי**, החותם את הפרק, נבחנה השתלבותו האפשרית של התשלום העונשי בתיאוריות מרכזיות של דיני החוזים ובמגמות כלליות בדיני החוזים המודרניים. ניתוח התיאוריות והמגמות הביאני למסקנה, כי אין קושי ליישב את ההכרה בתשלום העונשי עם מרבית התיאוריות החוזיות. זאת ועוד, ההכרה בו כסנקציה לגיטימית בתחום החוזי משתלבת היטב בתמורות העוברות על דיני החוזים במאה האחרונה, תמורות המסמנות מעבר מאינדיבידואליזם לתפיסה קהילתנית,

[28] מטעמים המובהרים בפרק ט', החלוקה המוצעת היא חלוקה שוויונית ביחס של 1:1, אולם מוצע להותיר שיקול דעת לבית המשפט לחרוג מיחס זה במידת הצורך.

מפורמליזם למהות, מניטרליות מוסרית לתובענות מוסרית, ומנטייה לבידול של דיני החוזים למגמת איחוד והרמוניזציה שלהם עם דיני הנזיקין, במיוחד בתחום התרופות.

הפרק השניים-עשר בפרק **י"ב**, החותם את עבודת הדוקטורט, אבקש להניח נדבך אחרון בבניינה של התזה שאותה ביקשתי לבנות במחקר זה. מטרת הדיון היא ליצוק תוכן קונקרטי אל מושג ההתנהגות המחפירה, תוך מיקוד המבט בתחום החוזי. כאן יאותרו וייבחנו הקטגוריות ההתנהגותיות העיקריות העשויות להצדיק - כשהן לבדן או כשהן מצטרפות זו לזו - את חיובו בתשלום עונשי של צד לחוזה או של למשא ומתן טרום-חוזי. דגש מיוחד יינתן לשאלה אימתי עשויה הפרת חוזה - כשהיא לעצמה - לשמש בסיס להפעלת הדוקטרינה. אגב המענה לשאלה זו אצביע על מגוון השיקולים הרלבנטיים לדעתי להערכת חומרתה המוסרית והחברתית של הפרת חוזה, ושבכוחם לסייע באבחונה של הפרת החוזה המחפירה מהפרת חוזה מודעת ופוגענית שאיננה עולה כדי "התנהגות מחפירה".

יצויין, כי אף שהדיון בפרק זה נעשה מתוך מבט מיוחד אל ההקשר החוזי, הוא רלבנטי במידה רבה גם להפעלת הדוקטרינה בהקשרים אחרים, ובכלל זה בתביעות נזיקין. זאת משום שחלק ניכר מגילויי ההתנהגות המחפירה האופייניים לתחום החוזי עשויים להופיע גם בהעדרו של קשר חוזי. הדברים אמורים גם בשיקולים הרלבנטיים להערכת 'מחפירותה' של התנהגות מפר החוזה, שיקולים שהינם רלבנטיים להערכת חומרתה של כל התנהגות עוולתית, ובכלל זה התנהגותו של מעוול בנזיקין. כל אלה הופכים את הדיון בפרק זה לרלבנטי לא רק לצורך שירטוט דמותה ותפקידיה של הדוקטרינה בתחום דיני החוזים, אלא גם לצורך עיצוב פניה כדוקטרינה כללית של המשפט האזרחי המודרני.

* * *

שער ראשון:

התשלום העונשי:
רקע מושגי, רעיוני והיסטורי

nevo.co.il

פרק א':

דוקטרינת התשלום העונשי -

היכרות ראשונית

nevo.co.il

I. כינויים רווחים ומינוח מוצע

1.01 באנגליה, מכורתו של התשלום העונשי, ובשאר מדינות חבר העמים הבריטי, מקובל לכנות את הדוקטרינה מושא המחקר בשמה ההיסטורי - **Exemplary Damages**.[1] בארצות הברית, לעומת זאת, רווח הכינוי המודרני יותר - **Punitive Damages**.[2] בישראל, שבה נקלטה הדוקטרינה בתחום דיני הנזיקין, מקובל לתארה באמצעות המושגים "**פיצויים עונשיים**" או "**פיצויים לדוגמה**".[3] במחקר זה נזנחו כינויים אלה לטובת מושג חדש - "**תשלום עונשי**" (או "תשלומים עונשיים").

מושג זה עדיף בעיניי משני טעמים: **ראשית,** מן הבחינה הלשונית גרידא, המונח "פיצויים" הוא בהקשר דנן פשוט תרגום שגוי למקבילו האנגלי "damages". המושג "damages", לפחות בהוראתו המשפטית המודרנית, בא לציין כל חיוב כספי המוטל במשפט אזרחי, בין שתכליתו לפצות (compensatory damages) ובין שתכליתו שונה (non-compensatory damages).[4] ודאי שכך הדבר בהקשר דנן, שבו תכליתם המוצהרת של ה-"damages" איננה פיצוי כלל, אלא ענישה.[5] **שנית,** השיבוש הלשוני האמור כורך במושג אחד את רעיון הפיצוי מזה ואת רעיון הענישה מזה, וכך יוצר אוקסימורון רעיוני, העלול ליצור - והיוצר בפועל - בלבול

---

[1] מונח זה מופיע לראשונה בפסיקה אנגלית משנת 1763. לדיון בפסיקה זו ר' סע' 2.04 להלן.

[2] עם זאת, גם בקנדה ואפילו באנגליה קיימת כיום נטייה בקרב מלומדים להמליץ על אימוצו של מושג מודרני זה ולהעדיפו על פני רעהו ההיסטורי. להמלצות ברוח זו ר': **The Law Commission** (Law Com. No. 247): **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages** (London, 1997) s. 5.39; **Report on Exemplary Damages** (1991) Ontario Law Reform Commission, 38, 103. הכינוי punitive damages רווח יותר גם במקורות קונטיננטליים השוואתיים המזכירים את הדוקטרינה. נוסף לשני הכינויים הנזכרים, ניתן למצוא בספרות ובפסיקה, בעיקר מהמאה ה-19, מגוון רחב של שמות תואר נוספים, שהשימוש בהם כיום נדיר למדי. אלה הם: Vindictive Damages; Retributory Damages; Smart Money; Penal\Punitory Damages; Imaginary\Presumptive\Speculative Damages; Plenary Damages; Added\Additional Damages. לפירוט הכינויים השונים ולמגוון דוגמות מן הפסיקה לשימוש בהם ר': **Words & Phrases** (St. Paul, 1963) (corresponding entries); **American Jurisprudence 2d.** (N.Y., 1988) s. 731; D.G. Owen, "Punitive Damages in Products Liability Litigation" 74 **Mich. L.R.** (1976) 1257, 1257; S. Freifield, "The Rationale of Punitive Damages" 1 **Ohio St. L.J.** (1935) 5, 5. המונח "aggravated damages" אף הוא שימש בעבר כשם נרדף של הדוקטרינה, אולם כיום הוא נתפס כמתאר דוקטרינה נפרדת - "פיצויים מוגברים". לדוקטרינה זו וליחס בינה לבין התשלום העונשי ר' סע' 1.13.

[3] בספרות הישראלית ניתן למצוא זכר גם למונח "פיצויים למופת". ר' למשל: ז' צלטנר, **דיני חוזים של מדינת ישראל** (ת"א, תשל"ו) 471. ביטוי זה לא השתרש בפסיקה ובספרות.

[4] אכן, מובנו ההיסטורי המקורי של הביטוי "damages" הוא "דמי נזק", היינו, סעד כספי, שתכליתו פיצוי על נזק ("damage"), ובמובן זה הוא משמש לעיתים בשפה האנגלית גם כיום. ר' למשל: **"Damages,** *Law*: **The estimated money equivalent for detriment or injury sustained." Webster's Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language** (N.Y., 1996). אלא שבעגה המשפטית המודרנית משמש המונח במובן רחב יותר. ר' למשל הגדרת הרסטייטמנט האמריקני, הקובע במפורש כי: **"Damages" means a sum of money awarded to a person injured…" Restatement (Second) of Torts** (St. Paul, 1977) s. 902. יתרה מזאת, הרסטייטמנט מבחין במפורש בין שלושה סוגים שונים של "damages", שרק אחד מהם "compensatory damages" נועד לשמש כפיצוי. האחרים הם התשלום הסמלי - "nominal damages", והתשלום העונשי - "punitive damages". סוג נוסף של תשלום בלתי-מפצה הוא תשלום ההשבה - "restitutionary damages" (לדיון בדוקטרינה זו ר' סע' 1.15 להלן). לדיון בתשלומים בלתי-מפצים לסוגיהם ר' למשל: A.S. Burrows, "Reforming Non-Compensatory Damages", in **The Search for Principle** (Oxford, 1999, Swadling & Jones Eds.) 295; P. Cane, "Exceptional Measures of Damages: A Search for Principles" in: **Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.) 249. הכרה במשמעות הרחבה של המונח "damages" ניתן לגלות גם בספרות הישראלית: **"המונח compensation בא לציין, כנראה, אותם סכומי כסף שאדם מקבל בגלל הפרת זכותו, והבאים להשיב את המצב לקדמותו. <u>המונח damages, לעומתו, רחב יותר</u>. הוא כולל בחובו, בנוסף לתשלום הבא להשיב את המצב לקדמותו, תשלומי כסף אחרים המשתלמים על ידי המזיק לניזוק, בעקבות הפרת זכותו של האחרון על ידי הראשון."** י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, **דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית** (ירושלים, מהדורה שנייה, תשל"ז, טדסקי עורך) 569. ההבחנה העיונית היסודית בין סוגי התשלומים במשפט האזרחי טרם נקלטה בתרבות המשפטית הישראלית, ככל הנראה בשל מיעוט השימוש בתשלומים בלתי-מפצים.

[5] אמנם, בספרות הועלתה הסברה כי הרציונל האמיתי של הדוקטרינה הוא רציונל של פיצוי. ר' סע' 1.10 להלן. אך כפי שיובהר בהמשך, למרות שמבחינה היסטורית התשלום העונשי אכן מילא תפקיד קומפנסטורי, הרי שהיום לא ניתן להצדיקו באמצעות רציונל של פיצוי.

nevo.co.il

וספקות מיותרים באשר לבסיס הרעיוני של הדוקטרינה.[6] בסיכום, המושג "תשלום עונשי" מהווה תרגום נאמן יותר לכינוייה של הדוקטרינה במדינות מוצאה מאשר המושגים השגורים "פיצויים עונשיים" או "פיצויים לדוגמה", והוא אינו סובל מהקושי העיוני שמעוררים מושגים אלה.[7]

II. התשלום העונשי - הגדרה

א. הערה מקדימה - הצורך במתן הגדרה

1.02 תופעות ומושגים ניתנים להגדרה ביותר מדרך אחת, לא כל שכן מושגים משפטיים, שעל פי רוב אין להם מקבילה מוחשית בעולם הפיזי.[8] יחד עם זאת, הגדרה עשוייה לשרת מטרות מתודולוגיות חשובות, אם בכוחה להבהיר מושג טעון ומורכב בשפה פשוטה יותר ובמונחים טעונים פחות.[9] שלושה טעמים הניעוני לעסוק בהגדרה בפתח החיבור: **ראשית**, במשפט הישראלי - בניגוד למצב הקיים במשפט האנגלו-אמריקאי - העיסוק השיפוטי והאקדמי בתשלום העונשי ובמהותו היה עד כה זניח למדי.[10] דומה אפוא, שבפתחו של מחקר הנערך בנושא זה בישראל, יש מקום להציג קווים כלליים לדמותו של המוסד המשפטי מושא המחקר. **שנית,** ההגדרה המוצעת בפרק זה תאפשר לקורא לעמוד על הקרבה מחד גיסא, ועל השוני מאידך גיסא, בין מוסד התשלומים העונשיים לבין מוסדות משפטיים דומים אחרים. **שלישית,** העיון במגוון ההגדרות הרחב שניתן לדוקטרינה מעלה, שלמרות ההסכמה הרחבה הקיימת ביחס למאפיינים מסויימים שלה, הרי שביחס למאפיינים אחרים קיימת אי בהירות ולעיתים אף מחלוקת. בניסוח ההגדרה המוצעת ביקשתי להימנע מאי בהירויות שנראו לי מיותרות,[11] תוך הבהרת גדר הספק או המחלוקת, מקום שאלה אכן קיימים.[12] ההגדרה המוצעת והדיון המלווה אותה נועדו אפוא לשמש בידיי הן ככלי עזר מתודולוגי להבהרת מושא המחקר וגבולותיו, והן לשם יצירת בסיס מושגי שבו בכוונתי להסתייע לאורך החיבור כולו.[13]

ב. דוקטרינת התשלום העונשי - הגדרה מוצעת

1.03 לצורך חיבור זה הגדרתי את דוקטרינת התשלום העונשי כך:

"מוסד משפטי שמכוחו רשאי בית משפט לחייב נתבע בהליך אזרחי לשלם לתובע או לגוף ציבורי סכום כסף, שתכליתו המוצהרת היא להעניש את הנתבע על התנהגותו המחפירה; זאת בלא תלות בחיובים אחרים שהוטלו על הנתבע בפסק הדין, ככל שהוטלו."

---

[6] הבלבול מיותר, שכן כאמור, כיום אין כמעט מחלוקת שתכליתה העיקרית של הדוקטרינה היא להעניש ולא לפצות. אולם המונח "פיצויים" יוצר רושם שמדובר בסוג של פיצוי.

[7] המונח "תשלום עונשי", עדיף בעיניי גם על המונח "תשלום לדוגמה", באשר זה האחרון מתמקד רק באחד ממגוון טעמיה של הדוקטרינה - הטעם ההרתעתי-חינוכי. המושג תשלום עונשי, לעומת זאת, מסוגל מטיבו לשמש כאכסניה רעיונית גם לרציונלים עונשיים אחרים של הדוקטרינה (כגון גמול) וזאת מבלי לגרוע מהאפשרות לייחס לה מטרה הרתעתית או חינוכית.

[8] לדיון בבעיות הייחודיות הכרוכות במתן הגדרה למושגים משפטיים ר': H.L.A. Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence" 70 **L.Q.R.** (1954) 37. לביקורת ריאליסטית על הניסיון להגדיר באופן חד מוסדות משפטיים ר': F. S. Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach" 35 **Colum. L.R.** (1935) 809.

[9] עמד על כך הפילוסוף האנגלי בנת'האם: **"Useful and legitimate definition… ..explains terms less familiar by terms more familiar, terms more abstract by terms less abstract, terms with a larger assemblage of simple ideas belonging to them, by terms with an assemblage less extensive."** Citation from a draft preface, left in manuscript, to J. Bentham, **A Fragment on Government** (1776). The draft appears in: J. Bentham, **A Fragment on Government** (Cambridge, 1988, Hart & Burns Eds.) Appendix B, p. 123.

[10] לעניין זה ר' הערות 10 ו-13 למבוא לחיבור והטקסט המלווה על ידיהן.

[11] אי בהירות "מיותרת" קיימת בהגדרה נתונה, כשנשמטו ממנה מאפיינים שקיומם אינו שנוי במחלוקת (פירוט חסר) או כשנכללו בה מאפיינים שקיומם אינני הכרחי גם לשיטתו של המגדיר (פירוט יתר). אי בהירות מסוג זה היא מיותרת, שכן אין היא משרתת את מטרת ההגדרה - העברת האופן שבו תופס המגדיר את מושא ההגדרה אל הקורא.

[12] בהגדרה המוצעת נמנעתי בדרך כלל מלכלול רכיבים השנויים במחלוקת, למעט כאשר הכרעה במחלוקת נראתה לי בעלת נפקות מעשית חשובה. במקרה כזה הובהרה הגישה המושגית הנוגדת.

[13] ההגדרה המוצעת משמשת גם בסיס להגדרת התשלום העונשי בהצעת החקיקה הנספחת לחיבור. ר' סעיף 1 להצעה.

nevo.co.il

להלן אדון בתמצית ביסודות השונים המרכיבים את ההגדרה המוצעת. מטעמים שבנוחות הדיון תחולק ההגדרה לשלושה חלקי משנה, שידונו בנפרד.

1. "מוסד משפטי שמכוחו רשאי בית משפט לחייב נתבע בהליך אזרחי"

1.04 בחלק זה של ההגדרה באים לידי ביטוי מספר מאפיינים של הדוקטרינה מושא המחקר:

ראשית, בפנינו סנקציה שיפוטית, ולא סעד עצמי.[14] **שנית**, ההגדרה מבהירה, כי הסמכות להיזקק לדוקטרינה היא סמכות רשות, להבדיל מסמכות חובה.[15] **שלישית**, המונח "לחייב נתבע" (להבדיל מ"לזכות תובע") מדגיש, שתכליתו העיקרית של התשלום העונשי איננה תרופתית, אלא עונשית.[16] **רביעית**, בפנינו דוקטרינה המופעלת כנגד נתבעים,[17] בגדרי ההליך האזרחי.[18]

---

[14] להבחנה בין תרופות שיפוטיות לתרופות עצמיות ר' למשל: A.S. Burrows, **Remedies for Torts and Breach of Contract** (London, 2nd ed., 1994) 1.

[15] תפיסה זו מקובלת בכל המדינות שבהן נוהגת הדוקטרינה ללא יוצא מן הכלל. ר' למשל: **"the recovery of punitive damages is a windfall and not a right… ..the jury has entire discretion to refrain from giving any punitive damages at all even though all the elements of malicious and damaging misconduct may have been fully established." McCormick**, 296. לאסמכתות מן הפסיקה לעקרון זה ר': K. Redden, L. Schulter, **Punitive Damages** (Charlottesville, 3rd ed., 1995) Vol. II, 339 & n. 4, 7; D.D. Ellis, "Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages", 56 **S. Cal. L.R.** (1982) 1, 20 & n. 108. העקרון האמור מודגש במרבית ההנחיות לדוגמה למושבעים הנהוגות בארצות הברית. כך, למשל, בפורמט ההנחיות המומלץ על ידי לשכת עורכי הדין בארה"ב (A.B.A. Model Jury Instructions) נאמר: **"Whether or not to make any award of punitive or exemplary damages... ..is a matter exclusively within the province of the jury…; ...you, the jury, may, should you so choose, add… such punitive and exemplary damages as you shall find to be proper."** cited in J.D. Ghiardi, J.J. Kircher, **Punitive Damages Law and Practice** (N.Y., Comulative Supplement, 1998) Vol I, ch. 11, 2-3. עמדה זו משמעותה למעשה, כי גם כאשר התנהגותו של הנתבע היתה מחפירה, אין הדבר בהכרח מחייב פסיקת תשלום עונשי כנגדו. השיקולים העיקריים העשויים להביא למתן פטור כאמור מרוכזים בסע' 4 ו-5 לנספח החקיקה. ר' גם סע' 7.05 להלן.

[16] אמנם, במרבית המדינות שבהן נוהגת הדוקטרינה משולם התשלום העונשי לתובע, ובכך יש פן תרופתי מובהק. עם זאת, התכלית העיקרית המיוחסת כיום לדוקטרינה היא עונשית, ולא מפצה. לתובנה זו ניתן ביטוי גם בשמו של חיבור זה (תיאור התשלום העונשי כ"סנקציה" להבדיל מ"תרופה"). זאת ועוד, במדינות לא מעטות בארה"ב התשלום העונשי משולם בחלקו לידי אוצר המדינה או גוף ציבורי אחר, וזוהי אף המלצת החיבור. עובדה זו אף היא מעידה על הכרה בעליונות המאפיין הסנקציוני על פני המאפיין התרופתי של התשלום העונשי.

[17] הנתבע המסורתי שכנגדו נפסקים תשלומים עונשיים הוא הנתבע הנזיקי, המכונה בספרות "מעוול" או "מזיק" ("tortfeasor\injurer"). בהגדרה המוצעת נמנעתי מנקיטת מונחים אלה, כדי שלא לשלול באופן א-פריורי את תחולת הדוקטרינה מחוץ לדיני הנזיקין, אפשרות שתיבחן לעומק בחיבור זה.

[18] שאלה מעניינת היא, האם ניתן להיזקק לדוקטרינה במסגרת דיון בעל אופי אזרחי המתקיים בגדרי ההליך הפלילי (ר' למשל סע' 81-77 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), המסמיכות את בית המשפט הדן בעניין פלילי לפסוק בנסיבות שונות פיצויים לקורבן או לנאשם. לדעתי, באורח עקרוני אין לפסול אפשרות זו על הסף, אם כי דווקא במסגרת ההליך הפלילי הצורך בפסיקת תשלום עונשי אינו גדול, לאור האפשרות להיזקק למגוון רחב של סנקציות עונשיות אחרות. דוגמה לפסיקת תשלום עונשי בהליך הפלילי ייתכן שניתן להביא מת"פ (טבריה) 519/97 **מ"י נ. אבו-אלהיג'א** תקדין-שלום, כרך 97(4), 1984, שם במסגרת גזר דין על תקיפה מינית פסק בית המשפט בנוסף לעונש מאסר פיצוי למתלוננת בסך 12,000 ₪, תוך שמחד גיסא בית המשפט מציין ש"**בעת קביעת הסכום נלקח בחשבון הפיצוי הנפסק בגין כאב וסבל בתביעות נזיקין וזאת כאשר אין ראיות לנזקי גוף ממשיים**" אך מאידך טורח להדגיש במפורש ש"**יובהר כי הפיצוי הינו פיצוי עונשי הבא לבטא את חומרת ההתנהגות... בהתאם יובהר כי אין זה פיצוי נזיקי**" (פסקה 6 לפסק הדין); שאלת מהותן של הוראות הפיצוי בחוק העונשין זכתה לאחרונה לדיון בבית המשפט העליון, שם נחלקו הדעות בדבר אופיין ותכליתן (עונש או פיצוי). ר': רע"פ 2976/01 **אסף נ. מ"י** פ"ד נו (3) 418. לדעתי, מלשונן של הוראות הפיצוי בחוק העונשין ומתוכנן, עולה בבירור כי אין הן מיועדות לקבוע תשלום עונשי כהגדרתו לצורכי חיבור זה. הבלבול ביחס למהותן של הוראות אלה ניכר היטב בפסיקה הישראלית. נראה כי שופטים בכל הערכאות מכנים פיצויים אלה בטעות "פיצוי עונשי", למרות היותם מודעים למטרתם המפצה. ר' למשל ת"פ (כ"ס) 1445/99 **מ"י נ. גרגורי** תקדין-שלום 2001(3) 180, 181 (טרם פורסם, ניתן ביום 16.10.01): "**בשל הנזקים הנפשיים.. אני מחייבת את הנאשם לשלם פיצוי עונשי למתלונן...**"; ת"פ (חיפה) 378/01 **מ"י נ. תוהמי** תקדין-מחוזי 2002(1) 7972, 7974 (טרם פורסם, ניתן ביום 4.3.02): "**ראוי, כי מעבר לעונש הנגזר על נאשם, עונש שיש בו כדי להביא לידי ביטוי את הפגיעה בכלל החברה, יש מקום לגזור פיצוי עונשי שיביא לידי ביטוי את הפגיעה בקרבן האינדיבידואלי.**" לשגיאה דומה ר': ע"פ (ת"א) 71377/00 **פז-גז חברה לשיווק בע"מ נ. מ"י** תקדין-מחוזי 2001(2) 205, 225 (פסקה כ"א לפסק הדין) (טרם פורסם, ניתן ביום 3.4.2001. השימוש במונח "פיצוי עונשי" לתיאור הוראות הפיצוי בחוק העונשין חזר על עצמו גם בבית המשפט העליון. רע"פ 4771/01 **פז-גז חברה לשיווק בע"מ נ. מ"י** תקדין-עליון 2001(2) 266, 267 (סעיף 4 לפסק) (טרם פורסם, ניתן ביום 16.7.01; שימוש זה במושג "פיצוי עונשי" הוא שגוי, שכן הסעיף קובע מפורשות, שהתשלום לפיו נועד "**לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו**" (ס"ק א') ושיעורו ייקבע "**לפי ערך הנזק או הסבל שנגרמו**" (ס"ק ב'). יצויין, שמסקנה זו מתיישבת עם עמדת שופטי הרוב בעניין **אסף**, אך סותרת את עמדת השופטת נאור אשר סברה כי "**הפיצוי לפי סעיף 77 הוא עונש**" (שם, בעמ' 428-9).

nevo.co.il

2. *"לשלם לתובע או לגוף ציבורי סכום כסף, שתכליתו המוצהרת היא להעניש את הנתבע על התנהגותו המחפירה"*

1.05 בחלק זה של ההגדרה כלולים המאפיינים המובהקים והייחודיים ביותר של הדוקטרינה: **ראשית**, מובהר, שהחיוב המוטל על הנתבע במסגרת הדוקטרינה הוא חיוב **כספי**, דהיינו, חיוב המכוון כנגד רכושו של הנתבע.[19] **שנית**, סכום זה נפסק באופן מסורתי לטובת התובע, מה שמדגיש את אופיו האזרחי-פרטי של התשלום העונשי.[20] עם זאת, ההגדרה המוצעת פותחת פתח לאפשרות - שהוכרה במדינות אחדות ואומצה גם בחיבורנו - שהתשלום העונשי לא ייפסק במלואו לזכות התובע, אלא יתחלק בינו לבין אוצר המדינה או גוף ציבורי אחר שיימצא ראוי למטרה זו.[21] **שלישית**, בהגדרה המוצעת ניתן ביטוי לתכליתה של הדוקטרינה - תכלית עונשית מובהקת. מטרת התשלום העונשי איננה תיקון הפגיעה בתובע, ואף לא מניעת התעשרות בלתי צודקת מצד הנתבע, כי אם הטלת עונש טהור על הנתבע בשל התנהגותו הפסולה.[22] **רביעית**, ההגדרה המוצעת

---

19 בכך נבדל התשלום העונשי מסנקציות משפטיות מסוגים אחרים (כגון מאסר, ציוויים למיניהם, סעד הצהרתי).

20 להבדיל מהקנס הפלילי או המינהלי, המשולמים באופן טיפוסי לאוצר המדינה או לרשות ציבורית.

21 השאלה לידי מי ראוי שישולם התשלום העונשי נדונה בהרחבה בפרק ט'.

22 המוטיב העונשי מופיע בצורה זאת או אחרת בכל מקור משפטי שהגדיר את הדוקטרינה או עסק בה, לעיתים קרובות תוך שלילה של רעיון הפיצוי (ולעיתים אף שלילה של רעיון מניעת ההתעשרות). ר' למשל: **"Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future." Restatement, Torts,** s. 901(1); **"The object of damages in the usual sense of the term is to compensate. The object of exemplary damages is to punish and deter." Rooks v. Barnard** [1964] A.C. 1129, 1221. (H.L.) (Lord Devlin); **"The purpose of such damages is not to compensate the claimant, nor to even to strip the defendant of his profit, but to express the court's disapproval of the defendant's conduct."** G.H. Treitel, **The Law of Contract** (London, 10th ed., 1999) 872; **"..an award made for the purpose not of compensating the plaintiff but of punishing the defendant."** S.M. Waddams, **The Law of Damages** (Toronto, 2nd ed., 1991) s. 11.10; **"Punitive damages are defined as damages to a plaintiff over and above the amount needed to compensate him for his loss or injury, as punishment to the defendant."** J.D. Ghiardi, "The Case Against Punitive Damages", 8 **Forum** (1972) 411, 411. **"Damages are called punitive, or exemplary, when they are assessed by way of punishment to the wrongdoer and example to others, and are not measured by the pecuniary loss or injury of the plaintiff as a compensation to him… they exceed just compensation for the harm that is actually suffered."** A.L. Corbin, **Corbin On Contracts** (St. Paul, 1964) 438; **"Punitive damages are extracompensatory damages that punish a party for serious wrongdoing."** H. Mather**, Contract Law and Morality** (London, 1999) 117; **"Punitive or exemplary damages are assessed in addition to compensatory damages to punish the defendant for the commission of an aggravated or outrageous act of misconduct and to deter him and others from such conduct in the future." Owen**, 1265; **Punitive damages, which are intended to punish and thereby deter blameworthy conduct, are generally not recoverable for breach of contract." Black's Law Dictionary** (St. Paul, 7th ed., 1999, Garner Ed.); **"Damages awarded to a plaintiff in excess of due compensation for his injury to punish the defendant for wanton or reckless behaviour causing the injury." Webster** ("exemplary damages"); **"..very substantial damages or damages additional to compensatory damages, sometimes awarded to mark the court's or jury's disapproval of the defendant's conduct as deliberate, aggravated or outrageous tort."** D.M. Walker, **The Oxford Companion to Law** (Oxford, 1980); **"Exemplary damages are damages awarded against the defendant as a punishment, so that the assessment goes** התכלית העונשית **beyond mere compensation of the plaintiff." Chitty On Contracts** (London, 27th ed., 1994) 1206. מובלטת גם בהגדרות שניתנו במקורות ישראלים: **"פיצויים לדוגמא הם פיצויים שעל המזיק לשלם לניזוק בסכום שאינו משקף הערכה כנה של הנזק שגרם המזיק לניזוק על ידי עוולה, אלא בא להעניש את המזיק על התנהגותו המזיקה ובכך לבטא סלידה ממנה." דיני הנזיקין**, 579; "[פיצויים עונשיים הם] **התופעה המשפטית של חיוב מי שהוטלה עליו אחריות בנזיקין לשלם סכום כסף יתר על הסכום המבטא את השומה הכספית של הנזק שנגרם לנפגע, וזאת כעונש לנתבע על העוולה שהוטלה עליו אחריות בגינה, נוכח החומרה המיוחדת שאפיינה את ביצועה."** ש' פרידלנדר, **פיצויים עונשיים בדיני הנזיקין** (עבודת גמר לקבלת תואר מוסמך, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ט) 10. ממקבץ ההגדרות דלעיל ניתן לראות, שלמרות האחידות הרבה בנוגע להכרה בתכלית העונשית של התשלום העונשי, אין ביניהן אחידות ביחס לשאלת ההצדקה לענישת הנתבע והעילה לה. שאלה זו תידון בהרחבה בפרק ז'. אציין כבר כאן, כי מטרות כגון פיצוי או מניעת התעשרות שלא כדין ניתנות אמנם לעיתים להשגה באורח אגבי באמצעות פסיקת תשלום עונשי, אך אין בהן משום הצדקה מלאה ועיקרית לדוקטרינה. להסברת הנקודה ר' סע' 7.85, 7.86 להלן. עוד יצויין, שפסיקת תשלום עונשי משרתת באופן אגבי גם את הצורך בהצהרה ומתן אישוש סמלי לזכות התובע שנפגעה. בכך ממלאת הדוקטרינה את התפקיד המיוחס לתשלום הסמלי (nominal damages). להבהרת התפקיד הסמלי-חינוכי של התשלום העונשי ר' במיוחד סע' 7.83.

nevo.co.il

מבהירה, כי השיקול העונשי עומד באופן **מוצהר** וגלוי ביסוד הדוקטרינה.[23] מאפיין זה של הדוקטרינה מאפשר להבחין בינה לבין דוקטרינות אזרחיות אחרות בעלות היבטים עונשיים מוסווים ומוצנעים יותר.[24] **חמישית**, ההגדרה מצביעה על העילה להטלת הסנקציה ועל המבחן לתחולתה של הדוקטרינה - **"התנהגות מחפירה"**. מושג שסתום זה משקף לדעתי בהצלחה את התפיסה הרווחת במרבית השיטות שבהן הדוקטרינה מוכרת ביחס למבחן לתחולתה: מחד גיסא מדובר במבחן עמום ורחב; אך מאידך גיסא המבחן מבטא היטב את הדרישה להתנהגות שלילית ומקוממת ביותר מבחינה מוסרית וחברתית.[25]

3. "זאת ללא תלות בחיובים אחרים שהוטלו על הנתבע בפסק הדין, ככל שהוטלו עליו"

1.06 יסוד זה בהגדרה בא להבהיר, שהתשלום העונשי נפסק בנפרד ובמובחן מכל סעד אזרחי אחר העשוי להיפסק לטובת התובע (וכנגד הנתבע) במסגרת ההליך האזרחי (כגון פיצויים, השבה, הצהרה, ציוויים למיניהם, או כל סעד אחר).[26] המשמעות היא, כי **התשלום העונשי הוא סנקציה לבר-מפצה** העשוייה להביא לחיובו של המפר

---

[23] מאפיין זה של הדוקטרינה איננו נזכר במפורש במרבית ההגדרות הקיימות. עם זאת, העיון במקורות מלמד, שלמעשה אין כל מחלוקת על היותו מאפיין מובהק של הדוקטרינה. הוא עולה במשתמע מחלק מההגדרות שהובאו בהערה הקודמת, המציינות, כי התשלום העונשי מוטל "**כ**עונש" ("**as** punishment"; "**by way of** punishment") וכי הוא נועד להשגת גינוי והרתעה (מטרות שקשה להשיג בלא ענישה מוצהרת). היסוד ההצהרתי זכה להבלטה מפורשת אצל **Sedgwick**, שהדגיש כי במסגרת הדוקטרינה סוטה בית המשפט מעקרון הפיצוי לא רק במהות, אלא גם ברטוריקה: **"..the law, instead of adhering to the system, or even the language of compensation, adopts a wholly different rule. It permits the jury to give what it terms punitory, vindictive, or exemplary damages."** T. Sedgwick, **A Treatise On The Measure Of Damages** (N.Y., 4th ed., 1868) 35; see also M.J. Tilbury, **Civil Remedies** (Sydney, 1990) Vol I, 258: **"Here the object of the damages award is, expressly, punishment."**

[24] לסקירה פרטנית של דוקטרינות מעין אלה בתחום החוזי ר' סע' 6.14 ואילך. לדוקטרינות דומות מדיני הנזיקין ר' סע' 8.06(23).

[25] דיון נרחב יותר בתוכן הדרישה ל"התנהגות מחפירה" אני מקיים בפרק ז', בסע' 7.02 ואילך. כמובהר שם, התנהגות מחפירה חייבת להיות כרוכה בהפרה של חיוב משפטי שחב התובע לנתבע, ואיננה יכולה להתמצות בהתנהגות בלתי מוסרית גרידא. הצורך בהתנהגות מגונה ביותר מבחינה מוסרית עולה מרובן המכריע של ההגדרות הקיימות של הדוקטרינה, אם כי אין אחידות ביחס למונחים שבהם התנהגות מגונה זו מתוארת. התיאורים הנפוצים הם: **outrageous, malicious, wanton, aggravated, reckless, reprehensible, fraudulent, oppressive, high-handed, arrogant, anti-social, tortious, willful, shocking, callous, contumelious, insolent, etc.** ר' למשל: **Rest. Torts**, s. 908: **"conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others."; "Exemplary or punitive damages are generally defined or described as damages which are given as an enhancement of compensatory damages because of the wanton, reckless, malicious, or oppressive character of the acts forming the basis of the complaint." Am. Jur.**, s. 731; "[Exemplary damages could be awarded] **Where either of these elements - fraud, malice, gross negligence, or oppression - mingles in the controversy." Sedgwick**, 35; **"Damages on a high scale, given mainly in respect of tortious acts committed through malice or other circumstances of aggravation." Mozley & Whiteley's Law Dictionary** (London, 11th ed., 1993, Ivamy Ed.); **"Damages are exemplary when they are awarded by a court for the purpose of punishing and/or deterring the defendant, and/or others.. because the defendant has wronged the plaintiff in a manner which is outrageous, anti-social, high-handed, or otherwise reprehensible." Tilbury**(II) 258; **The purpose of the award is to vindicate the strength of the law and to demonstrate to the offender that the law will not tolerate conduct which wilfully disregards the rights of others."** D.A. Dukelow, B. Nuse, **The Dictionary of Canadian Law** (Barrie, 2nd ed., 1995) citing **Warner v. Arsenault** 27 C.P.C. 200, 205 (N.S.C.A., 1982).

[26] בשיטות האנגלו-אמריקאיות מצטרף התשלום העונשי על פי רוב לסעד כספי (פיצויים, תשלום סמלי, או סעד כספי אחר) ולא לסעדי אכיפה או הצהרה. הסיבה למגבלות אלה היא ככל הנראה היסטורית גרידא: במשפט האנגלי ניתנו סעדים כספיים בעיקר בבתי המשפט הרגילים (courts of common law), ולפיכך בהם גם התפתח השימוש בדוקטרינת התשלום העונשי, המעניקה סעד כספי. לעומת זאת בבתי המשפט ליושר (courts of equity), שבהם הוענקו סעדי הביצוע בעין והסעד ההצהרתי, נחשב הסעד הכספי לסעד חריג, והטלת עונשים על מתדיינים אף היא נתפסה כזרה לדין היושר. פער היסטורי זה משתקף עד היום ברתיעתם של בתי משפט בארצות המשפט המקובל מפסיקת תשלום עונשי בתביעות המבוססות על דיני היושר. עם זאת, במספר מדינות משתקפת מגמה של התנערות מהבחנה זו. לסוגייה בפירוט ר': **Redden**, 117-21; **Kircher**(II) s. 20.02-20.06. לדעתי, במציאות הישראלית, שבה אין לסעדים כספיים מעמד עדיף על פני סעדים אחרים, אין מקום להצבת הגבלות כאלה על הסמכות לפסוק תשלום עונשי, וראוי להכיר באפשרות לצרפו לכל סעד משפטי אחר. זאת ועוד: לדעתי אין לשלול מבית המשפט את הסמכות לפסוק תשלום עונשי אפילו כסעד יחיד. עם זאת, באופן מעשי מצבים כאלה יהיו נדירים, שכן התנהגות מחפירה צפוייה להצמיח כמעט תמיד זכות לפיצויים (למצער, על נזק לא-ממוני והוצאות משפט). רכיב זה בהגדרה עוצב אפוא בהתחשב בהשגות אלה, והוא נבדל במעט מההגדרות הרווחות בארצות המשפט המקובל, המציינות כמעט תמיד את הסמיכות שבין התשלום העונשי לתרופת הפיצויים (ר' הערה 22 לעיל). לשאלה אם ניתן לפסוק תשלום עונשי בגין הפרת חיוב שלא גרמה נזק בר-פיצוי ר' סע' 7.04 (14).

nevo.co.il

בסכום כסף העולה על הסכום הדרוש לשם פיצוי הנפגע על נזקיו.[27] אמנם, בראשית ימיה של הדוקטרינה לא נהגה הפרדה ברורה בין הרכיב העונשי לבין הרכיב המפצה של הסנקציה הכספית שהוטלה על הנתבע, ולפיכך קשה היה להבחין בין שניהם.[28] אולם בפרקטיקה הנוהגת כיום במרבית המדינות מקפידים על הפרדה ברורה של התשלום העונשי מיתר הסעדים הנפסקים לתובע.[29]

III. התשלום העונשי - ההצדקות המסורתיות

1.07 העיון במקורות האנגלו-אמריקאיים מגלה מגוון רחב יחסית של הצדקות להכרה בדוקטרינה.[30] ההצדקות השונות של הדוקטרינה והביקורות עליהן תוצגנה ותיבחנה לעומק בשער השלישי לחיבור. עם זאת, כבר בפתחו של החיבור ראוי להציג, ולו בקליפת האגוז, את המסורתיות והמבוססות שבאלה.[31]

א. גמול

1.08 הרעיון של ענישת הנתבע כגמול על התנהגותו המחפירה נתפס מאז ומעולם כאחד מהצידוקים המרכזיים לפסיקת תשלומים עונשיים.[32] רציונל הגמול משמיע לנו, כי חומרתה המוסרית או החברתית של התנהגות הנתבע, ובמיוחד היסוד הנפשי המחמיר המאפיין התנהגויות מחפירות, מחייבים ומצדיקים תגובה עונשית הולמת. התשלום העונשי, המוטל בנוסף לחיוב הפיצויים הרגיל, ממלא תפקיד זה, בהיותו:

> **"..punishment of the guilty party for the wicked, corrupt and malignant motive and design, which prompted him to do the wrongful act."**[33]

---

[27] סנקציה לבר-מפצה (extra-compensatory remedy\sanction) היא סנקציה המושתת על הנתבע בידיעה שהדבר עשוי להביא להעמדת התובע במצב טוב מזה שבו היה נתון אלמלא נפגעה זכותו. חיוב הנתבע בסכום העולה על הנדרש לצורך פיצוי התובע נעשה במקרים רבים מטעמים עונשיים, אך הדבר אינו מחוייב המציאות. כך למשל, פיצוי מוסכם (ולמעשה כל סוג של פיצוי ללא-הוכחת נזק) עשוי להביא להטלת חיוב לבר-מפצה על נתבע לאו דווקא מטעמים עונשיים. הוא הדין בסנקציה המכונה תשלום סמלי(nominal damages), המשמשת במשפט המקובל להצהרה על עצם הפגיעה בזכות התובע. גם תשלומי ההשבה הנדונים בסע' 1.15 להלן נועדו, לפחות במישור ההצהרתי, למנוע התעשרות שלא כדין ולא להעניש את הנתבע על התנהגותו. עם זאת, כמובהר שם, לדעתי גם דוקטרינה זו מושתתת במידה רבה על רציונלים עונשיים.

[28] הבחנה כזו החלה להיווצר רק עם התפתחותם של דיני הפיצויים במאה ה-19. לפני כן שימשה הסנקציה הכספית האזרחית להשגת תכלית עונשית ומפצה בעת ובעונה אחת. לסקירה היסטורית ר' פרק ב'.

[29] פרקטיקה של הפרדה רווחה בארצות הברית ככל הנראה כבר בראשית שנות השלושים: **"..the punitive damages verdict is usually found separately from the "compensatory" damage verdict."** C. Morris, "Punitive Damages in Tort Cases" 44 **Harv. L.R.** (1931) 1173, n. 3. ההפרדה עולה כיום מההנחיות לדוגמה למושבעים (Model Jury Instructions) אשר במרבית המדינות מבהירות למושבעים כי בסמכותם לפסוק תשלום עונשי **בנוסף** לתשלום המפצה שראו לנכון לפסוק לתובע (כלומר, בנפרד ממנו). דוגמות להנחיות כאלה מרוכזות אצל: **Ghiardi**, ch. 11; **Redden**(II) 292-324, esp. 294 & n. 13. מעניין לציין, שבמשפט האנגלי פרקטיקת ההפרדה היתה מושרשת פחות, לפחות עד אמצע שנות ה-60. הדבר עולה מפסק הדין ***Rooks***, שם נאמר: **"..the fact that the two sorts of awards** [compensatory & exemplary] **differ essentially does not necessarily mean that there should be two awards."** ***Rooks***, 1228. יחד עם זאת, בפסק הדין מודגש הצורך ב'חילוץ' ואיתור המרכיב העונשי מתוך התשלום הכספי הכולל, וזאת לשם הערכת סבירות החלטות המושבעים.

[30] רב-גוניותה הרעיונית של הדוקטרינה עולה כבר מפסקי הדין הראשונים שעיגנו אותה בדין האנגלי: **"A jury have it in their power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself." Wilkes v. Wood**, [1763] 98 Eng. Rep. 489, 498-9. ניתן לראות, שמטרות עונשיות אלה מיוחסות בפסק הדין ל"תשלומים" (damages), ולאו דווקא ל"תשלומים עונשיים". עובדה זו נובעת מכך, שבשחר ימיה של הדוקטרינה טרם השתרשה הבחנה ברורה בין הרכיב העונשי לבין הרכיב המפצה של ה-"damages". ר' סע' 2.03 להלן.

[31] מההצגה שלהלן נשמטו רציונלים מודרניים יותר, ורציונלים שמשקלם בספרות ובפסיקה זניח. כאמור, הדיון המפורט והשיטתי בכל צידוקי הדוקטרינה נערך במסגרת השער השלישי.

[32] רציונל הגמול משתקף בבירור באחד מכינוייה הישנים של הדוקטרינה - **Retributory Damages**. הוא ממשיך לשמש כהצדקה מרכזית של הדוקטרינה גם במקורות המודרניים. לדיון נרחב וביקורתי ברציונל הגמול ר' סע' 7.07 ואילך.

[33] **Simpson v. McCaffrey** 13 Ohio 508, 522 (1844). התכלית הגמולית של התשלומים העונשיים מעוגנת במרבית ההגדרות המודרניות של הדוקטרינה, המתארות אותה באמצעות המושג "to punish" (ר' הערה 22 לעיל). במרבית המקורות העוסקים בצידוקים לדוקטרינה אין הבחנה ברורה בין מושג הגמול למושג הענישה, ונעשה שימוש באחרון ("punishment") לתיאור הראשון ("retribution"). לחשיבות ההבחנה בין מושגים אלה ר' סע' 7.07(24).

nevo.co.il

ב. הרתעה

1.09 לצד רעיון הגמול, שימש רציונל ההרתעה כצידוק מרכזי של הדוקטרינה משחר ימיה ועד ימינו אלה.[34] בבסיסו עומדת ההנחה, כי לעיתים ענישת הנתבע באמצעות הכבדת הסנקציה הכספית המוטלת עליו היא חיונית על מנת להרתיע אותו ושכמותו מביצוע מעשים דומים בעתיד, בבחינת - 'למען יראו וייראו'.[35] בסגנונו הארכאי משהו של שופט אנגלי בן המאה ה-19:

> **"I wish to know, in a case where a man disregards every principle which actuates the conduct of gentlemen, what is to restrain him except large damages?"**[36]

ג. פיצוי

1.10 בצד התיאוריות ה"עונשיות", החלה מתפתחת במאה ה-19 תיאורייה חלופית. לפיה תיאוריה זו, שבראשית ימיה של הדוקטרינה זכתה לעדנה, הטעם האמיתי להטלת חיוב כספי מוגדל על הנתבע איננו עונשי כלל. למעשה, הרציונל לכך נעוץ ברצון להבטיח פיצוי נאות ומלא לנפגעים ממעשי עוולה מחפירים בגין ראשי נזק שאינם בני-פיצוי במסגרת הדין הנוהג.[37] גם בספרות המשפטית המודרנית נזכר רעיון הפיצוי כצידוק אפשרי לדוקטרינה.[38]

---

[34] לדיון נרחב ברציונל ההרתעה ר' סע' 7.20 ואילך.

[35] רעיון זה משתקף במידה מסויימת בכינוי **Exemplary Damages** ('תשלומים לדוגמה').

[36] **Merest v. Harvey** [1814] 128 Eng. Rep. 761, 761. באותו מקרה פסק חבר המושבעים סך של 500 ליס"ט כנגד הנתבע, שפלש בגילופין לאדמתו של התובע וירה באויר מספר מטחים מרובהו, לאחר שזה סרב לשתפו בארוע ציד שקיים שם. על אף שסכום זה נראה לבית המשפט שלערעור מופרז למדי במונחי פיצוי, הוא סרב להתערב בו בשל השיקול ההרתעתי. אסמכתות נוספות מתקופה זו מפורטות בסע' 7.23(105) להלן.

[37] ביטוי לצורך זה יש בפסקי הדין האנגליים הראשונים שבהם נפסקו תשלומים עונשיים. כך למשל, בעניין ***Merest*** הנ"ל בהערה הקודמת שאל בית המשפט: **"[Are we] to lay it down as a principle that the jury are not justified in giving more than the absolute pecuniary damages that the plaintiff may sustain?.. <u>would that be a compensation</u>? I cannot say that it would be."** ***Merest***, 761. להכרה מפורשת בצורך לפצות באמצעות התשלום העונשי על נזקים שאינם בני פיצוי כגון הוצאות משפט, עוגמת נפש, וכיו"ב ר': ***Burr***, 217-8. בפסקי דין אחרים הוסבר, כי מה שנראה כ"תוספת פיצוי" לנפגע איננו אלא פיצוי על הנזק המוגבר שגורמים מעשי עוולה זדוניים ומחפירים. ר' למשל: **Sedgwick**, 523, 535: **"It might be said.. ..that the malicious or insolent intention does in fact increase the injury, and the doctrine of exemplary damages might thus be reconciled with the strict notion of compensation. … Pecuniary indemnity for a wrong is unsatisfactory at best, and there is practical need in the injured party getting more than actual compensation, if it be proper that the offender should pay it."** הסבר זה אומץ רשמית בפסק הדין המנחה בעניין ***Fay***. תפיסה זו היא למעשה בסיס להכרה בדוקטרינת הפיצויים המוגברים, אשר עד לשנת 1964 לא אובחנה בבירור מדוקטרינת התשלום העונשי. ליחס שבין שתי הדוקטרינות ר' סע' 1.13 להלן. אכן, באנגליה מקובלת הדעה שלפיה רבים מפסקי הדין שבהם נפסקו תשלומים עונשיים לא היו אלא "פיצויים מוגברים": **"Certainly, it is difficult to find an English case where an award of exemplary damages could not equally well have been justified as aggravated damages."** H. Street, **Principles of the Law of Damages** (London, 1962) 30; see also **Mayne & MgGregor On Damages** (London, 12th ed., 1961, McGregor Ed.) 200: **"..many of the above cases point to the rationale not of punishment of the defendant but of extra compensation for the plaintiff for the injury to his feelings and dignity."** ר' גם דבריו של הלורד Devlin בעניין **Rooks**: **"When one examines the cases in which large damages have been awarded for conduct of this sort.. ..it is not at all easy to say whether the idea of compensation or the idea of punishment has prevailed."** ***Rooks***, 1221. גם בספרות המודרנית ניתן למצוא מקורות המנסים להצדיק את הדוקטרינה באמצעות הצורך בהתגברות על בעיות של תת-פיצוי הטבועות בדיני הפיצויים הקיימים. לדיון בבעיית תת-הפיצוי ר' סע' 7.48. עיקר תשומת הלב בעידן המודרני מופנית בהקשר זה לאו דווקא לפיצוי בגין נזק לא-ממוני (אשר כיום מוכר באופן נרחב יותר מבעבר) אלא לרכיב של הוצאות ההתדיינות, שבמשפט האמריקאי ככלל אינו מוכר כנזק בר-פיצוי. ר' למשל: **"to the extent they reimburse the plaintiff's litigation costs, which compensatory damages do not offset, punitive damages serve the goal of compensation"** Note, "An Economic Analysis of the Plaintiff's Windfall from Punitive Damage Litigation" 105 **Harv. L.R.** (1992) 1900, 1903. לדיון ביקורתי ברציונל הפיצוי ר' סע' 7.86.

[38] דעה זו מקובלת במיוחד באנגליה. ר' האסמכתות הנ"ל בהערה הקודמת. לדיון נרחב במיוחד ברציונל הפיצוי ובהשלכות המעשיות הקונקרטיות הנגזרות מהכרה עקרונית בו ר': B. Chapman, M. Trebilcock, "Punitive Damages: Divergence in Search of A Rationale" 40 **Ala. L.R.** (1989) 741, 761-78. יש הרואים בתשלום העונשי אמצעי לפתרון בעיות קשות של תת-

nevo.co.il

ד. ריצוי רגשות נקם

1.11 אחד מצידוקיה המסורתיים של הדוקטרינה רואה בה אמצעי לשיכוך או ריצוי (satisfaction) יצר הנקמה של מי שזכותו המשפטית הופרה באופן מחפיר, יצר שאינו ניתן לריצוי אך באמצעות חיוב הפיצויים הרגיל.[39] השתת תשלום עונשי על הנתבע נותנת לרגש הנקם פורקן במסגרת החוק וכך משרתת את האינטרס שבשמירה על הסדר הציבורי.[40]

ה. תמריץ לאכיפה פרטית של הדין

1.12 אחד מצידוקיה המודרניים יותר של הדוקטרינה רואה בה אמצעי לייעול מערכת אכיפת החוק ולהגברת ההגנה על זכויות הפרט מפני הפרתן המודעת וחסרת ההצדקה. לפי תיאורייה זו, הדוקטרינה מעודדת נפגעים להביא לדין נתבעים שפגעו בזכויותיהם באורח מחפיר, מקום שידו של המשפט הפלילי קצרה מלהגיב על פגיעות אלה. כפי שיובהר בהמשך החיבור, לדעתי, בעידן המודרני תיאורייה זו ממלאת תפקיד מרכזי ביותר בהצדקת הדוקטרינה.[41]

IV. תיחום הדוקטרינה - דוקטרינות קרובות והיחס ביניהן לבין התשלום העונשי

כחתימה לפרק מבואי זה, אבקש לעמוד בקצרה על היחס בין דוקטרינת התשלום העונשי לבין מספר דוקטרינות אזרחיות אחרות שהינן בעלות סממנים רעיוניים דומים. זאת, כחלק מהניסיון בפרק זה לאפיין את הדוקטרינה, לתחום את גבולותיה, וליצור תשתית מושגית נאותה להמשך הדיון.

א. פיצויים מוגברים

1.13 בארצות המשפט המקובל וגם בישראל נוהגת כיום הבחנה מושגית בין דוקטרינת התשלום העונשי לבין דוקטרינה קרובה אחרת הידועה בכינוי **"Aggravated Damages"** (להלן: "פיצויים מוגברים").[42] דוקטרינה זו מקורה בדיני הנזיקין של המשפט המקובל, ואף היא - בדומה לתשלום העונשי - לא הוכרה בעבר בדיני החוזים.[43] במסגרתה מוסמך בית המשפט להתחשב בחומרת התנהגותו של המזיק שעה שהוא קובע את

---

39 פיצוי בתחום החוזי. ר': A. Sebert, "Punitive and Nonpecuniary Damages In Actions Based Upon Contract: Toward Achieving the Objective of Full Compensation" 33 **U.C.L.A. L.R.** (1986) 1565.
על רציונל זה מעיד במישרין אחד מכינוייה המסורתיים של הדוקטרינה - "Vindictive Damages".

40 רציונל זה של הדוקטרינה זכה בימים עברו להדגשה ניכרת בפסיקה האנגלו-אמריקאית. כך למשל, במקרה של תקיפה שלא גרמה נזק פיזי הבהיר בית המשפט, ש': **"..when a blow is given by one gentleman to another, a challenge and death may ensue, and therefore the jury have done right in giving exemplary damages; …the plaintiff has been used unlike a gentleman by the defendant by striking him… ..tending to provoke him to seek revenge in another way than by law, and therefore we think the damages are not excessive." Grey v. Grant** [1764] 95 Eng. Rep. 794, 795. מעמדו של רציונל זה דעך בעידן המודרני, אך יש לו חשיבות גם בימינו אנו. להרחבת הדיבור בו ולאסמכתות נוספות ר' סע' 7.84 ואילך.

41 טענה זו אני מבסס בהרחבה בפרק ח', בסע' 8.17 ואילך.

42 להגדרת דוקטרינה זו ולדיון תמציתי בה וביחס בינה לבין התשלום העונשי ר' למשל: **דיני הנזיקין**, 579; **Street**, 22-25; **Street On Torts** (London, 10th ed., 1999, Brazier & Murphy Eds.) 527-8; **Salmond & Heuston On the Law of Torts** (London, 21st ed., 1996, Heuston & Buckley Eds.) 503; K.D. Cooper-Stephenson, **Personal Injury Damages** (Toronto, 2nd ed., 1996) 94-97; **Damages and Remedies in Tort** (Toronto, 1995, Rainaldi Ed.) ch. 27, s. 64-66.2; **English Report**(1) s. 3.2-3.32; **English Report**(2) s. 2.1-2.38. לדיון מקיף יותר ביחס בין הדוקטרינות ר' מחקרו של **רוטנשטיין**, M. Tilbury, "Factors Inflating Damages Awards" in **Essays on Damages** (Sydney, 1992, Finn Ed.) 86, 89-96. ; 119-43 יצויין, שהדוקטרינה איננה מוכרת בדרך כלל במשפט האמריקאי, לפחות לא בכינוי זה.

43 **English Report**(2) s. 2.10 גם בישראל נזקקים בתי המשפט לדוקטרינה רק בתביעות נזיקין, אם כי בהערת אגב הועלתה האפשרות להחילה גם בתביעות חוזיות. ר' דברי השופט ברק בע"א 348/79 **גולדמן נ. מיכאלי**, פ"ד לה (4) 31, 41. מגבלה מסורתית זו על תחולת הדוקטרינה הולכת ונפרצת כיום, עם התרחבות ההכרה בזכות לפיצוי על נזק לא-ממוני בגין הפרת חוזה. הלכה מפורשת המחילה את הדוקטרינה בתחום החוזי נקבעה בבית המשפט העליון של קנדה בפסק הדין המנחה בעניין.(S.C.C.) 193 (4th) 58 D.L.R. (1989) **Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia** לדיון בפסק הדין ר' סע' 4.15 ואילך.

nevo.co.il

גובה הפיצויים שבהם יחוב ולקבעם "על הצד הגבוה" כאשר התנהגותו היתה ראוייה לגינוי מיוחד.[44] ההצדקה הפורמלית להכרה בדוקטרינה נעוצה ברעיון שלפיו המעשה המקומם או המניע הזדוני של המזיק הביא ל"החמרה" או "הגברה" (aggravation) אובייקטיבית של נזקו של התובע.[45] במישור הרטורי מבוססת אפוא דוקטרינה זו על רציונל קומפנסטורי טהור, וזאת במובחן מדוקטרינת התשלום העונשי, המושתתת על אדנים עונשיים.[46]

אולם מתחת למעטה הסמנטי והרטורי, דומה שהמשותף לשתי הדוקטרינות רב על המבדיל ביניהן: במסגרת שתיהן מטילים על הנתבע, בנוסף לחיוב הפיצויים השגרתי, חיוב כספי נוסף, שעילתו בהתנהגותו המחפירה או הזדונית כלפי התובע. דמיון זה מעמיד בספק את הניסיון התיאורטי להעמיד את הפיצויים המוגברים על רציונל טהור של פיצוי.[47] ואכן, על אף שבתי המשפט משלמים בדרך כלל מס שפתיים להבחנה המושגית בין הדוקטרינות, הרי בפרקטיקה נראה שהם מפעילים את דוקטרינת הפיצויים המוגברים באופן שאיננו מתיישב עם תיאורה כמפצה (קומפנסטורית) גרידא.[48] בסיכום, ההגדרה המודרנית של הפיצויים

---

[44] וזאת כחריג לעיקרון הנוהג בדיני הפיצויים, שלפיו נזקו של התובע והרצון להשיב מצב לקדמותו - ולא הערכת טיבה המוסרי של התנהגות הנתבע - הם המדד המשפיע על גובה הפיצויים. כיום נעשה השימוש בדוקטרינה בעיקר במסגרת תביעות שבהן בשל אופיו הלא-ממוני של הנזק נהנה בית המשפט מגמישות רבה בקביעת שיעור הפיצויים (תביעות לשון הרע, פגיעה בפרטיות, הפלייה, הטרדה מינית, וכיו"ב).

[45] תיאור ציורי זה של "הגברה" או "החמרה" הוצמד לדוקטרינה בימים בהם לא הכירו דיני התשלומים של המשפט האנגלי בנזק לא-ממוני כנזק בר-פיצוי. הדוקטרינה אפשרה אז לבתי המשפט לתרץ את אי התאמת הסכום שנפסק כפיצויים לגובה הנזק הממוני שנגרם. תירוץ זה אינו נחוץ עוד בימינו, שכן כיום מכירים דיני החוזים והנזיקין, לפחות במידה מסויימת, באפשרות לפסוק פיצוי לא-ממוני (לעיתים גם בהעדר התנהגות זדונית).

[46] הבחנה רטורית ברורה זו בין הדוקטרינות לא היתה קיימת מאז ומעולם. ראשיתה בשנת 1964 בפסק דינו המונומנטלי של הלורד Devlin בעניין ***Rooks*** (בעמ' 1221) והיא אומצה בעקבותיו במהרה בפסיקה ובספרות ברחבי המשפט המקובל. לפירוט ספרי טכסט חשובים שבהם נקלטה ההבחנה ר' **English Report**(1) s. 3.24 & n. 116. ר' גם המקורות המפורטים בהערה 42 לעיל. לאסמכתות מן הפסיקה שאימצה את ההבחנה בקנדה, באוסטרליה, ובניו-זילנד ר': **Tilbury**(2) 92 & n. 46-49 ההבחנה אומצה גם בישראל: "**שני סוגי הפיצויים נבדלים אלו מאלו בכך, שהפיצויים לדוגמא 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.**" **דיני הנזיקין**, 579. יחד עם זאת, מבחינה היסטורית נראה שעד לפסק הדין ***Rooks*** לא נהגה כל הבחנה ברורה בין שתי הדוקטרינות, והן נתפסו לעיתים כמושגים נרדפים: **"The courts** [until Rooks] **had used the terms 'punitive', 'exemplary', 'aggravated', 'retributory', and 'vindictive', interchangeably..."** **English Report**(2) s. 2.2; see also: **Uren v. Fairfax & Sons Pty. Ltd.** (1966) 117 C.L.R. 118, 129 (Taylor, J.): **"...there had been a degree of confusion between "aggravated" and "exemplary" damages and sufficient attention has not, in the past, been given to the distinction between these two concepts".** כפי שיוסבר להלן, טשטוש זה איננו מקרי, והוא נובע מדמיון מהותי בסיסי בין שתי הדוקטרינות.

[47] במסגרת עיקרון של פיצוי, התנהגות חמורה של נתבע אמורה לשמש רק כראייה לסכום הפיצויים שיש לפסוק לתובע, אך לא כעילה לפסיקתם. יתר על כן, במסגרת רציונל של פיצוי אין מקום להבחין, לעניין היקף הפיצויים, בין תובע שסבל נזק לא-ממוני כתוצאה מהתנהגות זדונית במיוחד, לבין תובע שסבל אותו נזק כתוצאה מהפרת חיוב שאינו מלווה בהתנהגות מחפירה. הבחנה כזו ניתן להצדיק רק באמצעות רציונל עונשי. אכן, לדעתי, העמדת הפיצויים המוגברים על בסיס של פיצוי הופכת אותם ל'סרח עודף' בדיני התרופות, לאור האפשרות להשיג את מטרותיהם במסגרת תרופת הפיצויים הרגילה (כאמור, בעידן המודרני מכירים הן דיני הנזיקין והן דיני החוזים, במגבלות ידועות, באפשרות לפצות על נזק נפשי שנגרם שלא כדין, וזאת גם ללא כל דרישה מיוחדת להתנהגות מחפירה או זדונית מצידו של הנתבע). על אף פי כן ראוי לציון נסיונו של מלומד אוסטרלי 'להציל' את הדוקטרינה מ'מוות קליני' תיאורטי מעין זה. לדעתו של מלומד זה, הרבותא שבדוקטרינה היא באפשרות לפסוק פיצוי לא-ממוני על נזק שנגרם בגין מעשה שכשלעצמו אינו חלק מעילת התביעה העיקרית, ואשר לפיכך ברגיל אינו בר-פיצוי. **Tilbury** (2) 94-95. דא עקא, עצם ההבחנה בין עילה "עיקרית" למשנית היא בעיני מוקשית. כל חיוב בפיצויים, לרבות חיוב בפיצויים מוגברים, חייב להיות מושתת על פגיעה באינטרס מוגן של התובע, היינו, על עילת תביעה משפטית מוגדרת.

[48] זוהי המסקנה אליה הגיעה הוועדה האנגלית שחקרה סוגיה זו: **"Whilst in form judges maintain that aggravated damages are compensatory, the way these awards are used in practice suggests that they are also used in order to pursue punitive aims."** **English Report**(1) s. 3.28. מסקנות אלה לא נשתנו גם בדו"ח הסופי של הוועדה. הממצאים העיקריים שהביאו את הוועדה למסקנה זו הם שלושה: **ראשית**, חומרת התנהגותו של המפר איננה אמורה להיות רלבנטית כשלעצמה לעניין שיעור הפיצויים, ובכל זאת מתחשבים בה. **שנית**, פעמים רבות פיצויים מוגברים נתבעים (ולעיתים נפסקים) **בנוסף** לפיצויים על נזק לא-ממוני, שעה שלכאורה אין הגיון בכפילות כזו (שהרי שני סוגי הסכומים מתייחסים לכאורה לאותו ראש נזק); **3) שלישית**, הרתיעה השיפוטית מפסיקת פיצויים מוגברים בתביעות בשל הפרת חוזה ובתביעות רשלנות, מעידה שבתי המשפט סבורים שמדובר למעשה בתשלומים עונשיים (שפסיקתם איננה מותרת בדין האנגלי בתביעות מסוג זה). לפירוט

nevo.co.il

המוגברים, לא רק שהיא בעייתית מאוד במישור האקדמי, אלא שאין היא משקפת את המציאות המשפטית כפי שהיא נוהגת למעשה. במציאות, הקווים המבחינים בין דוקטרינה זו לבין דוקטרינת התשלום העונשי מעורפלים, ובמידה רבה דמיוניים.[49]

ב. תשלום עונשי מוסכם

1.14 כאשר התובע והנתבע הם צדדים להתקשרות חוזית, נתונה בידיהם האפשרות לקבוע מראש בהסכם שביניהם סנקציה כספית, שבה יחוייב צד לחוזה שיפר אותו. כאשר הסכום שנקבע משקף את הערכת הצדדים באשר לשיעור הנזק הצפוי להיגרם כתוצאה מסתברת של הפרת החוזה, ראוייה תניית התשלום המוסכם לתואר "**פיצוי מוסכם**".[50] אולם הצדדים עשויים לייחס לתשלום המוסכם שקבעו משמעות עונשית, ולראות בו

מסקנות הוועדה בנושא זה ר׳: **English Report**(2) s. 2.17-2.38. השופט האוסטרלי Windeyer הביע את ספקנותו באשר לחשיבות ההבחנה בין הדוקטרינות כבר בשנת 1966: **"Limiting the scope of terms that often were not distinguished in application, makes possible an apparently firm distinction between aggravated compensatory damages and exemplary or punitive damages. How far the different labels denote concepts really different in effect may be debatable. I suspect that in seeking to preserve the distinction we shall sometimes find ourselves dealing more in word than ideas."** ***Uren***, 152. ואמנם, הדעת נותנת שאבחון שתי הדוקטרינות בפסק הדין **Rooks** לא שיקף את המצב המשפטי הקיים, אלא נעשה באופן מגמתי על מנת להצדיק את ההלכה החשובה שנפסקה שם, הלכה שצמצמה באופן משמעותי את היקף ההכרה בתשלום העונשי בדין האנגלי. אבחון זה אפשר ללורד דבלין לקבוע שבעוד התשלום העונשי מבטא אנומליה בלתי רצויה במשפט, הרי הפיצויים המוגברים שיסודם ברעיון של פיצוי, הינם לגיטימיים. קביעה זו, לצד המאמץ להראות כי במרבית המקרים שבהם נפסקו תשלומים עונשיים ניתן היה להצדיק זאת מכוח דוקטרינת הפיצויים המוגברים, אפשרו ללורד דבלין לצמצם את ההתנגדות לתקדים המהפכני שקבע (ביטול כמעט מוחלט של מוסד התשלומים העונשיים). לדיון בהלכת ***Rooks*** ר׳ סע׳ 3.02(9) להלן.

49 קשיים עיוניים אלה שמעוררת ההכרה בדוקטרינה הפיצויים המוגברים, לצד הבלבול, חוסר הבהירות, וחוסר העקביות הקיימים במשפט האנגלי הן בנוגע לבסיסה הרעיוני והן בנוגע לכללי הפעלתה, הביאו את וועדת המשפט האנגלית שעסקה בסוגייה להמליץ על ביטול מוחלט של דוקטרינה זו. הוועדה סבורה שאת מטרותיה ניתן להגשים במישרין באמצעות דוקטרינת הפיצוי הלא-ממוני: **"wherever possible the label 'damages for mental distress' should be used instead of the misleading phrase 'aggravated damages'."** **English Report**(2) s. 2.42. גם בקנדה אין מבחינים הבחנה של ממש בין פיצוי לא-ממוני לבין פיצויים מוגברים. הדבר עולה בבירור מפסק הדין המנחה בעניין ***Vorvis***, שם נזכרים מושגים אלה לסירוגין ללא הבחנה ביניהם (לפסק ר׳ סע׳ 4.15 להלן). גם בישראל התקשו בתי המשפט ליישם את ההבחנה התיאורטית, ולעיתים נכשלו אף בהצגתה המילולית. ר׳ למשל: ע״א 1370/91 **משעור נ. חביבי** פ״ד מז (1) 535, 538, שם קבע השופט 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 בתיאורייה משמשים הפיצויים המוגברים להטבת נזק ממשי. בלבול דומה ניכר גם בת.א. (י-ם) 1549/96 **לוי נ. הסתדרות מדיצינית הדסה** תקדין-מחוזי, כרך 98(1), 1922 (טרם פורסם, ניתן ביום 11.1.98) (פסקה 15 לפסק) שם לצד הקביעה כי **"..יהא ראוי להבחין, הבחן היטב, בין "פיצויים עונשיים" לבין "פיצויים מוגברים"** מסיק השופט גל, בטעות, ש"**פשיטא לכן, ששיעורם** [של הפיצויים המוגברים] **יכול להיות גבוה יותר משיעור הפיצויים ההולם והראוי בכדי להיטיב את הנזק."** באמירה זו מטשטש השופט את ההבחנה המרכזית בין שתי הדוקטרינות, שאת חשיבותה ביקש להדגיש מלכתחילה. הבלבול נותן את אותותיו גם בספרות המשפטית. ר׳ למשל א׳ שנהר, **דיני לשון הרע** (ירושלים, תשנ״ז) 373, המבלבל מושגית ותוכנית בין המושגים לאורך כל הדיון. לפסקי דין נוספים שבהם נזכרות דוקטרינות אלה בנשימה אחת ר׳ למשל: ע״א 670/79 **הוצאת עיתון הארץ נ. מזרחי**, פ״ד מ״א (2) 169, 205-6; עניין ***משעור***, 7-536 (פסקות 3,4 לפסק); 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. ר׳ גם ת.א. (ב״ש) 930/89 **מנור נ. סונול ישראל בע״מ** תקדין-מחוזי, כרך 97(2) 841, 846 (טרם פורסם, ניתן ביום 15.7.97): **"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 ההבחנה בין שתי הדוקטרינות מצוייה באחד מפסקי הדין הראשונים שבהם נדונה הדוקטרינה בארץ, שם ציין בית המשפט העליון, כי מבחינה מעשית כוללים הפיצויים המוגברים כמעט את כל האלמנטים של התשלום העונשי. ע״א 30/72 **פרידמן נ. סגל** פ״ד כז (2) 225, 1-240 (השופט עציוני). לדיון בשאלה, אם לאור הקירבה ביניהן יש בהכרה בפיצויים מוגברים כדי לייתר את הצורך בתשלומים עונשיים ר׳ סע׳ 7.95 להלן.

50 בישראל מעוגנת הזכות לפיצויים מוסכמים בסע׳ 15 לחוק התרופות. במשפט המקובל מכונה תניית פיצויים מוסכמים Liquidated Damages. במשפט הקונטיננטלי אין מבחינים בין תנייה כזו לבין תנייה שמטרתה עונשית, ושתיהן מכונות Clause Penal (במשפט הצרפתי) או Vertragsstrafe (במשפט הגרמני). לדיון השוואתי ר׳: ר׳ סנילביץ, **תרופות בשל הפרת חוזה במשפט הקונטיננטלי** (ירושלים, תשנ״ז) 111-97; J. Thilmany, "Fonctions et Revisibilite des Clauses Penal en Droit Compare" **Revue Int. de Droit Compare** (1980) 17; G.H. Treitel, **Remedies for Breach of Contract** (Oxford, 1988), 219-33.

nevo.co.il

אמצעי ענישה שמטרתו להרתיע מראש, ולגמול בדיעבד, למי שפעל בניגוד להסכם. במקרה כזה, מן הבחינה המהותית אין בפנינו "פיצוי מוסכם", אלא סנקציה הראוייה לכינוי "**תשלום עונשי מוסכם**".[51]

מבחינה רעיונית קיים דמיון לא מבוטל בין התשלום העונשי המוסכם לבין התשלום העונשי מושא מחקרנו: שניהם מהווים סנקציה כספית המוטלת על הנתבע כעונש על התנהגותו. עם זאת, חשוב לעמוד גם על ההבדלים החשובים שבין הדוקטרינות: **ראשית**, נראה שהטעם העיקרי להכרה בתשלום העונשי המוסכם - מתן תוקף להסכמתם המפורשת של הצדדים - אינו חל שעה שבית המשפט מפעיל את סמכותו במסגרת דוקטרינת התשלום העונשי.[52] **שנית**, מהבדל רעיוני זה נגזר שוני במבחן המהותי לתחולתן של שתי הדוקטרינות: בעוד שפסיקת תשלום עונשי טעונה הוכחת התנהגות שלילית וחריגה במיוחד מצד הנתבע ("התנהגות מחפירה"), הרי שלשם פסיקת העונש המוסכם די בכך שהתנהגותו היתה מנוגדת לחוזה.[53] הבדלים אלה הופכים את שתי הדוקטרינות, על אף הדמיון שביניהן, לשתי דוקטרינות תרופתיות שונות בתכלית, שחשוב להימנע מזיהויין זו עם זו.

ג. תשלומי השבה

1.15 דוקטרינה תרופתית נוספת הראוייה לאיבחון מדוקטרינת התשלום העונשי, היא זו הידועה במשפט המקובל בכינוי **Restitutionary Damages** (להלן: תשלומי השבה). במונח זה נעשה בעשור האחרון שימוש במשפט המקובל לתיאור סעד שיפוטי, שבמסגרתו שולל בית המשפט מהנתבע - ומעביר לתובע - את הרווח שהראשון הפיק מהפרת חיובו כלפי האחרון.[54]

---

[51] בשיטות משפט המכירות בתוקפה המשפטי של תנייה שכזו, ניתן לראות בה למעשה דוקטרינה משפטית נפרדת, המשתייכת אנליטית לקטגוריית התשלומים הבלתי-מפצים (non-compensatory damages). במשפט הקונטיננטלי ניתנות תניות תשלום מוסכם לאכיפה כעניין שבשגרה, גם אם הן עונשיות באופיין, אם כי בית המשפט מוסמך להפחית את שיעורן. ר': **Treitel**, 229-31. 208-33; B. Nicholas, **The French Law of Contract** (Oxford, 1992) ר' גם: ר' סנילביץ', "פיצויים מוסכמים - השוואה בין המשפט הישראלי ובין המשפט הקונטיננטלי", **ספר אורי ידין** (ירושלים, תש"ן, כרך ב') 133. לעומת זאת, במשפט המקובל אין תוקף בדרך כלל לתניית תשלום מוסכם שהיא במהותה עונשית. תנייה כזו מכונה Penalty והיא נתפסת כמנוגדת לתקנת הציבור. ר': **Burrows**, 323; F.H. Lawson, **Remedies of English Law** (London, 2nd ed., 1980) 42-43; **Treitel**, 228-9. השאלה אם תנייה עונשית שכזו הינה תקפה טרם הוכרעה בפסיקה הישראלית. בספרות נשמעה הדעה, כי ההבחנה בין פיצויים מוסכמים ובין קנס "אינה קיימת עוד" במשפט הישראלי, וכי הדרך לביקורת שיפוטית של תניות מוסכמות היא של התערבות בדרך של הפחתת הסכום. **סנילביץ**, 98, *99*. עם זאת, בפסיקה ישנו רמז לכך שתניות שמטרתן עונשית אינן תקפות. ע"א 156/82 **ליפקין נ. דור הזהב בע"מ** פ"ד לט (3) 85, 97 (השופטת נתניהו): [התנאות על תרופות מותרות] "**כל עוד מטרתן תרופתית ואין בהן לא עונש כלפי המפר (השווה עם סעיף 15(ב) של חוק התרופות) ולא עושק כלפי הנפגע.**" בפועל נראה, כי ההסדר החוקי הקבוע בסעיף 15 לחוק התרופות מאפשר לבית המשפט ליתן תוקף לתשלום עונשי מוסכם, בכפוף לסמכותו להפחית את שיעורו בהעדר **כל** יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו בעת הכריתה.

[52] במסגרת הדוקטרינה האחרונה קשת השיקולים הרלבנטיים להטלת הסנקציה ולקביעת היקפה רחבה בהרבה, ואינה מוגבלת לדלת אמותיו של החוזה שבין הצדדים. עם זאת, גם את ההכרה בתשלום העונשי מכוח הדוקטרינה הכללית ניתן לבסס על רצונם המשתמע או המשוער של הצדדים לחוזה. ר' סע' 10.12 ואילך.

[53] לכך ניתן להוסיף, שלפחות בפרקטיקה התשלום העונשי המוסכם ייפסק על פי רוב במקום סעד הפיצויים ולא בנוסף לו, וזאת בניגוד לתשלום העונשי מושא מחקרנו, המצטרף לתשלום המפצה. אמנם, באורח עקרוני אין מניעה לקבוע תשלום עונשי מוסכם בנפרד מתניית הפיצויים המוסכמים, אולם פרקטיקה כזו איננה נוהגת בפועל.

[54] לדיון בדוקטרינה זו ר': H. McGregor, "Restitutionary Damages" in: **Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.) 203; **Tilbury**(2) 107-112; **Burrows**, 293-9; **Winfield & Jolowicz On Tort** (London, 15th ed., 1998, Rogers Ed.) 750-2. הביטוי "restitutionary" מעיד על היותו של התשלום מבוסס על עקרון של השבה (restitution) ועל מטרתו - מניעת התעשרות שלא כדין. עם זאת, יושם אל לב, שמושג תשלומי ההשבה מתייחס אך ורק למצבים שבהם התעשרות הנתבע נובעת מביצוע עוולה אזרחית (unjust enrichment by wrongs), ואינו חל על מצבים שבהם חיוב ההשבה אינו כרוך בהפרת חיוב כלשהו מצד המתעשר (autonomous unjust enrichment). לעניין זה ר' למשל: G. 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 בארה"ב ר': G.E. Palmer, **The Law of Restitution** (Boston, 1978) Vo. 1, 1-6; D.B. Dobbs, **The Law of Remedies** (St. Paul, 2nd ed., 1993). Vol I, 5-6. בקנדה ר': **Waddams**, s. 9.10-9.60 באוסטרליה ר': **Tilbury**(I) 194-200 כיום

באופן מסורתי הוגבלה תחולתה של דוקטרינה זו לדיני הנזיקין בלבד.[55] בתביעות חוזיות לא הוכר סעד זה בעבר,[56] אך כיום ניכר שינוי מסויים במגמה זו.[57] אולם דווקא בישראל, בהלכה הידועה שיצאה מלפני בית המשפט העליון בעניין ***אדרס***,[58] נפסק ברוב דעות, כי בית המשפט מוסמך לפסוק תשלומי השבה גם בשל הפרת חוזה.[59]

מעצם מהותם חולקים תשלומי ההשבה מאפיינים משותפים חשובים עם התשלומים העונשיים: **ראשית**, בדומה לתשלום העונשי, תשלום ההשבה הוא תשלום בלתי-מפצה (non-compensatory). בתור שכזה, שיעורו נקבע שלא לפי גובה הנזק שנגרם לתובע, ופסיקתו אף אינה מותנית כלל בקיומו של נזק. **שנית**, על אף שהרווח שהפיק הנתבע עשוי לעיתים להיות נמוך משיעור הנזק לו גרם, הרי שבאורח מעשי נזקקים בתי

גובר השימוש בכינוי חלופי לדוקטרינה זו - "**Disgorgement Damages**". מושג זה מדגיש את ההיבט הנגטיבי של התרופה (שלילת הרווח מהמפר) ומאפשר להבחין טוב יותר בינה לבין תרופות השבה אחרות. עדות לשימוש הגובר במושג זה יש בשמו של סימפוזיון חשוב שנערך לאחרונה בארה"ב ושבחן את דוקטרינות התשלום העונשי ותשלומי ההשבה ר': Symposium: "Private Law, Punishment and Disgorgement" 78 **Chi.-Kent. L.R.** (2003) 1.

55 בפסיקה האנגלית הוכרה הדוקטרינה באורח היסטורי רק בהקשר לביצוע עוולות נזיקין מסויימות (הקשורות בשימוש או בהפרעה למקרקעין), אולם כיום קיימת נטייה להכיר במושג כמשקף דוקטרינה רחבה יותר, העשוייה לחול באורח פוטנציאלי על כל מעשה עוולה. **"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** (2) 107. הוועדה הבריטית שדנה בסוגייה המליצה להכיר בסמכות כללית לפסוק תשלומי השבה בכל מקרה שבו עוולה נזיקית בוצעה תוך "התעלמות מכוונת ומקוממת מזכויות התובע" ר': **English Report**(2) s. 3.39-3.47 מבחן זה מזכיר מאוד את המבחן לתחולת דוקטרינת התשלום העונשי.

56 פסק הדין המנחה באנגליה בעניין זה הוא **Surrey CC. v. Bredero Homes Ltd.** [1993] 3 All. E. R. 705, ובו נקבע, כי מטרת התשלומים בדיני החוזים היא לפצות, ולא למנוע מהמפר להתעשר עקב ההפרה. ר' גם: **Burrows**, (London, 4th ed., 1993) 31; R. Goff, G. Jones, **The Law of Restitution** 308-310.

57 בספרות המשפטית באנגליה ומחוצה לה נשמעו בעשורים האחרונים קולות הקוראים להחיל את הדוקטרינה גם בתחום החוזי. ר' למשל: G. Jones, "The Recovery of Benefits Gained from a Breach of Contract" 99 **L.Q.R.** (1983) 443; D. Friedman, "Restitution of Profits Gained by Party in Breach of Contract" 104 **L.Q.R.** (1989) 383; M. Chen-Wizart, "Restitutionary Damages for Breach of Contract" 114 **L.Q.R.** (1998) 363; R. O'dair, "Restitutionary Damages for Breach of Contract and the Theory of Efficient Breach: Some Reflections" 46 **Curr. Leg. Probs.** (1993) 113; H. Dagan, "Restitutionary Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory" 1 **Theoretical Inquiries in Law** (2000) 115. למחקר חדש ומקיף המבוסס על עבודת דוקטורט והקורא להכרה נרחבת בתשלומי השבה במשפט האזרחי בכלל ולרבות בדיני החוזים ר': J. Edelman, **Gain-Based Damages** (Oxford, 2002) לדעה שמרנית המתנגדת להכרה בסעד זה ר' למשל: S.M. Waddams, "Restitution as Part of Contract Law" in **Essays on the Law of Restitution** (Oxford, 1991, Burrows Ed.) 197, 207-12. לעמדה המתנגדת נחרצות לדוקטרינה זו בטענה שהדבר סותר את עקרון הצדק המתקן ר': E. Weinrib, "Restitutionary Damages as Corrective Justice" 1 **Theoretical Inquiries in Law** (2000) 1; E. Weinrib, "Punishment and Disgorgement As Contract Remedies" 78 **Chic-Kent L.R.** (2003) 55. יצויין, שהוועדה הבריטית שדנה בסוגייה, ואשר המליצה בשנת *1997* על הרחבת תחולתם של תשלומי ההשבה בנזיקין, המליצה להותיר את המצב בתחום החוזי על כנו. ר': **English Report**(2) s. 3.39-3.47 שינוי דרמטי במצב המשפטי התחולל לאחרונה בפסק הדין התקדימי שבו קבע בית הלורדים **Her Magesty's Attorney General v. Blake** [2000] (H.L.) (Publications on the Internet): בעניין האנגלי, בדעת רוב, כי תשלומי השבה עשויים להינתן במקרים נדירים גם בגין התעשרות הנובעת מהפרת חוזה: **"there seems to be no reason, in principle, why the court must in all circumstances rule out an account of profits as a remedy for breach of contract. … When, exceptionally, a just response to a breach of contract so requires, the court should be able to grant the discretionary remedy of requiring a defendant to account to the plaintiff for the benefits he has received from his breach of contract."** ***Blake***, p. 2 (Lord Nicholls) לדיון בפסק הדין ובשאלות שהוא מותיר פתוחות ר': C. Mitchell, "Remedial Inadequacy in Contract and the Role of Restitutionary Damages" 15 **J. of Contract Law** (1999) 133. גישתו של המשפט האמריקאי, לעומת זאת, היא שמרנית יחסית, והוא אינו מכיר בדרך כלל בזכות לתשלומי השבה בתביעות חוזיות, שבהן התעשרות המפר לא נבעה משימוש במשאב שלנפגע היו בו זכויות קניין. ר': **Palmer**, **Dobbs**(III) 170-8. see also 437-52.

58 ד"נ 20/82 **אדרס נ. Harlow & Jones G.M.B.H.** פ"ד מב (1) 221.

59 בית המשפט העליון לא השתמש בפסק הדין במונח "תשלומי השבה", אך נראה כי הוא הולם את החיוב הכספי שהוטל בפסק הדין על מנת לשלול ממפר חוזה את הרווח שהפיק עקב הפרת החוזה. לדיון בפסק הדין ר' סע' 6.15 להלן.

nevo.co.il

המשפט לדוקטרינה זו במצבים שבהם הרווח עולה על הסכום לו זכאי התובע בתורת פיצויים.[60] במילים אחרות, בפועל משמש תשלום ההשבה כסנקציה לבר-מפצה, וזאת בדומה לתשלום העונשי. **שלישית**, והוא עיקר, קשה להתעלם מההיבט העונשי הטבוע בפסיקת תשלומי ההשבה: תכליתם אינה להיטיב עם התובע, אלא לפגוע בנתבע ולשלול ממנו את רווחיו הבלתי חוקיים. שלילה זו משרתת במישרין את הצורך להרתיע מפרים פוטנציאליים, ובמידה רבה גם להביע סלידה מדרך התנהגותו של הנתבע ולגמול לו עליה.[61]

אולם, למרות הקירבה האמורה, חשוב להצביע על ההבדלים המעשיים בין הדוקטרינות, הנגזרים מההבדלים הרעיוניים שביניהן: **ראשית**, תחולת התשלום העונשי מוגבלת למעשי עוולה מחפירים, בעוד שתשלומי ההשבה עשויים להיות רלבנטיים בכל מקרה שעוולה אזרחית הביאה להתעשרות הנתבע שלא כדין.[62] מאידך גיסא, תשלום עונשי ניתן לפסוק גם כאשר העוולה המחפירה לא הצמיחה למעוול רווח כלשהו. **שנית**, גם היקף הסנקציה איננו זהה: בעוד שגובהו של התשלום העונשי ייקבע בהתאם לשיקולים עונשיים (גמול, הרתעה, וכו') הרי גובה תשלומי ההשבה מוכתב ותחום תמיד על ידי שיעור הרווח שהפיק הנתבע בפועל. המשמעות היא, כי לא קיימת חפיפה מלאה בין הדוקטרינות, וכי ייתכנו מצבים רבים שבהם לא יוכלו תשלומי ההשבה למלא את תפקידיו של התשלום העונשי, ולהיפך.[63]

<u>ד. תשלומי בוז</u>

1.16 דוקטרינה אחרונה הראוייה לאיזכור היא דוקטרינת 'תשלומי הבוז' (Contemptuous Damages).[64] בספרות הישראלית תוארה הדוקטרינה ככזו המאפשרת לבית המשפט להפחית את שיעור הפיצויים המגיע לתובע, וזאת לצורך הבעת סלידה מהתנהגותו.[65]

---

[60] שהרי רק במצבים אלה יעדיף התובע 'למחול על זכותו' המוקנית לפיצויים ולבחור תחתיה תביעה להשבת רווחי ההפרה. על האפשרות להמיר את העילה הנזיקית לפיצויים בעילה מדיני עשיית עושר מעיד גם הכינוי ההיסטורי של דוקטרינת תשלומי ההשבה במשפט האנגלי - "waiver of tort". במצבים אלה זוכה התובע בסכום המעמידו, מבחינה כלכלית, במצב טוב מזה שבו היה עומד אלמלא בוצעה העוולה מלכתחילה, וזאת בדומה למצבו של תובע הזוכה בתשלום עונשי.

[61] היבטים עונשיים אלה של תשלומי ההשבה זכו לביטוי מפורש בדבריהם של שופטי הרוב בעניין ***אדוס*** הנדונים בסע' 6.15 להלן.

[62] מבחינה זו מהווים תשלומי ההשבה סנקציה פוגענית ובעייתית יותר מהתשלום העונשי, באשר לכאורה אין פסיקתם מותנית בהתנהגות מחפירה במיוחד מצד המפר. חפיפה בין הדוקטרינות תיווצר כאשר ההתעשרות נבעה מהפרה מתוכננת מראש, שנעשתה תוך מודעות לאפשרות שהנפגע ייפגע מכך. ואכן, לפי הלכת ***Rooks*** אחד משני החריגים הבודדים שבמסגרתם מותר כיום לפסוק תשלום עונשי בדיני הנזיקין חל בנסיבות כאלה. ר' סע' 3.02(13) להלן. יתרה מכך, מאחר שפסיקת תשלומי השבה אינה זכות מוקנית של התובע, אלא כפופה לשיקול דעתו של בית המשפט, אין זה מן הנמנע שבפועל תופעל דוקטרינה זו רק במקרים חמורים במיוחד. רמז לנטייה זו מצוי בפסק דין קנדי, שבו העיר השופט: **"It seems to me.. ..that the benefits to the defendant are only relevant in cases where punitive damages are recoverable…" City of North Vancouver v. Apex Tire Co.** (1992) 33 A.C.W.S (3d) 1174, para. 90 (B.C.S.C.).

[63] כך למשל, שלילת הרווח מהנתבע עשוייה שלא להספיק לשם גמול או הרתעה ראויים (במיוחד כאשר הרווח שהופק קטן, או שלא הופק רווח כלל). לחלופין, פסיקת תשלומי השבה עשוייה להיות מוצדקת ונדרשת משיקולים של מניעת התעשרות גם כשחומרת התנהגותו של הנתבע אינה מספקת לשם פסיקת תשלום עונשי. לביקורת הטענה כי תשלומי ההשבה עשויים לייתר את הצורך בתשלומים עונשיים ר' גם סע' 7.95, 7.85 להלן.

[64] לדיון בדוקטרינה אנגלית זו ר': A.I. Ogus, **The Law of Damages** (London, 1973) 26-27; **Burrows**, 270; **Tilbury**(II) 183; **Waddams**, s. 10.40. העיון במקורות מלמד, שהיקף ההיזקקות לדוקטרינה זו היה מאז ומעולם מצומצם יחסית (היא הופעלה בעיקר בתביעות לשון הרע) ובימינו כמעט אין זכר לשימוש בה. יצויין, שדוקטרינת התשלומים לבוז לא נקלטה במשפט האמריקאי.

[65] ר': **דיני הנזיקין**, 579; **שנהר**, 272. בישראל נדיר למצוא שימוש בדוקטרינה זו. מחברי **דיני הנזיקין** טוענים, כי היא הופעלה בע"א 231/67 **והריק נ. ונגלוביץ**, פ"ד כ"א (2) 656, אולם עיון בפסק הדין מעלה, שהפחתת הפיצויים שם נעשתה בעיקר משיקולי סיבתיות, ולא בשל התנהגותו הפסולה של התובע, כשלעצמה. דוגמה לפסיקת תשלומים לבוז מצוייה בע"א 461/64 **טמסיט נ. פחימה**, פ"ד יט (4) 129, שם בתביעה על הפרת הבטחת נישואין שהוגשה על ידי גבר הפחית בית המשפט העליון עשרת מונים את הסכום שפסק לזכותו בית המשפט המחוזי, תוך שהביע הסתייגות מעצם הגשת התביעה; ר' גם ע"א 473/75 **רון נ. חזן** פ"ד לא (1) 40, שם הפחית בית המשפט העליון במחצית את הסכום שנפסק לטובת האישה בתביעה דומה. אחד השופטים (שרשבסקי) נימק את ההפחתה, בין היתר, באי-מוסריות התובעת. לדיון ביקורתי בפסק הדין ר': ר' גביזון, "אכיפת

nevo.co.il

לפי פירוש זה, בפנינו כעין 'דוקטרינת ראי' של דוקטרינת התשלום העונשי: בעוד התשלום העונשי מתמקד בנתבע ומגביר את הסנקציה הכספית המוטלת עליו מטעמים עונשיים, הרי תשלומי הבוז מתמקדים בתובע ומפחיתים את הסעד הניתן לו, מאותם טעמים ממש.[66] עם זאת, קיים הבדל חשוב בין הדוקטרינות: ראשית, התשלום העונשי נפסק כנגד נתבע, שההנחה לגביו היא כי פגע בזכותו המשפטית של התובע; מה שאין כן בהכרח לגבי התובע החשוף לפסיקת תשלומי בוז. שנית, הכרה בתשלומי בוז, בניגוד להכרה בתשלום העונשי, שוללת מהנפגע את זכותו המוקנית לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו שלא כדין על ידי הנתבע. נראה אם כן, שהכרה בדוקטרינת התשלום העונשי אינה גוזרת בהכרח הכרה בדוקטרינת התשלומים לבוז.[67] בסיכום, על אף הקירבה הרעיונית שבין הדוקטרינות, קיימים ביניהן הבדלים המצדיקים הימנעות מכריכתן יחד בחיבור זה. זאת ועוד, אין להשוות בין החשיבות המעשית של שתי הדוקטרינות: בעוד שמוסד התשלומים העונשיים מעורר עניין והינו בעל השפעה עצומה על המשפט במדינות רבות, הרי ההתייחסות לתשלומי הבוז והשימוש בהם הלכה למעשה הם כיום זניחים ושוליים ביותר.

* * *

המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה" **משפטים** ח (תשל"ח) 282. העיון במקורות האנגליים מעלה, שבמשפט המקובל אין מייחסים לדוקטרינת תשלומי הבוז משמעות כה מרחיקת לכת, כפי שניתן להסיק מעיון במקורות הישראליים. למעשה, אין מדובר בהפחתה מסכום הפיצויים המגיע לתובע כדין, אלא בפסיקת סכום זעום במשפטי דיבה (בדרך כלל יחידת המטבע הקטנה ביותר) כביטוי לכך שלמרות שזכה טכנית במשפט והוכיח פרסום לשון הרע כנגדו, הרי התנהגותו המגונה מעידה שלא ייתכן שנהנה משם טוב גם קודם ללשון הרע שהופצה נגדו ולכן אינו זכאי לפיצויים. לדיון בהלכות אלה ר' **Ogus**, 26-27. ודוק: גם בהנחה שהנמקה זו הינה פקטיבית, וכי הטעם האמיתי לפסיקה זו היה עונשי במהותו, עדיין נעדר מדוקטרינה זו המאפיין ההצהרתי המיוחס לדוקטרינה זו בספרות הישראלית. עם זאת, לדוקטרינה האנגלית גם היבט עונשי דומיננטי יותר, המתבטא באפשרות לשלול מהתובע את זכותו לפיצוי בגין הוצאות המשפט, ואף לחייבו בתשלום הוצאות משפט לנתבע בשל תביעתו הקנטרנית. במובן זה מתקרבת הדוקטרינה האנגלית לפרשנות שיוחסה לה בספרות הישראלית: **Rainaldi**, ch. 27, 47: **"Contemptuous damages are a form of nominal damages… Where a plaintiff has received nothing more than an award of contemptuous damages, he will be denied his costs and will sometimes be required to pay the defendant's cost's."** בישראל אין צורך בפסיקת תשלומי בוז לשם השגת מטרה זו, אותה ממלאת בהצלחה רבה הסמכות הרחבה לפסוק הוצאות משפט כנגד בעלי דין במשפט אזרחי (אפילו כנגד תובע שזכה לניצחון "טכני" בתביעה קנטרנית). לשימוש הנעשה בישראל בפסיקת הוצאות לשם הגשמת מטרות עונשיות ר' סע' 6.21.

66 בכך שונה דוקטרינה זו באופן מהותי מדוקטרינות תרופתיות אחרות המגבילות את זכותו של התובע לפיצויים כדוגמת אשם תורם, והקטנת נזק. השוני נעוץ בכך, שתחולתן של האחרונות מותנית בקיומו של קשר סיבתי בין התנהגות התובע לבין היקף הנזק שנגרם לו, בעוד שפסיקת תשלומי בוז איננה תלוייה בקיומו של קשר כזה, לפחות לפי הפרשנות המרחיבה שניתנה לה בישראל. לפיכך לא מן הנמנע, כי חלק מהדיון שייערך בחיבורי זה עשוי להיות רלבנטי גם לשאלות שמעוררת דוקטרינת תשלומי הבוז.

67 בתובנה זו אני עושה שימוש להדיפת 'טיעון המדרון החלקלק', אותו ניתן להעלות כנגד ההכרה בדוקטרינה. ר' סע' 8.15 להלן.

nevo.co.il

פרק ב':

תולדות התשלום העונשי -

התבססותו בדיני הנזיקין וצמיחת האיסור על פסיקתו בתביעות חוזיות

nevo.co.il

<u>הערה למתווה הפרק ומטרתו</u>

2.01 בפרק זה אבקש לפרוש בפני הקורא בתמצית את תולדותיהם של הדוקטרינה ושל הכלל האוסר את החלתה בתחום החוזי. אפתח בסקירה קצרה של עברו הרחוק של התשלום העונשי. אמשיך בסקירת הגורמים לצמיחתה של הדוקטרינה המודרנית אל דיני הנזיקין האנגליים במאה ה-18. לסיום, אבקש להתחקות אחר הגורמים להשתרשות האיסור ההלכתי על פסיקת תשלומים עונשיים בתביעות חוזיות.

I. תשלומים עונשיים בעולם העתיק

א. המשפט הקדום

2.02 אחת ההבחנות היותר מושרשות בתודעתו של כל משפטן בן זמננו, בפרט בשיטות המשפט המקובל, היא ההבחנה שבין משפט פלילי-ציבורי לבין משפט אזרחי-פרטי.[1] אולם הבחנה יסודית זו לא היתה נחלת המחשבה המשפטית מאז ומעולם. המשפט הקדום לא הכיר בהבחנה - דיונית או עיונית - בין "עניין פלילי" או "ציבורי" שבין הפרט למדינה, לבין "עניין אזרחי" או "פרטי" שבין אזרח למשנהו. ההליך המשפטי במתכונתו הקדומה שימש בעת ובעונה אחת הן כאמצעי לענישה על הפרת החוק, והן כאמצעי להבטחת סעד הולם לנפגעים ממנה. מטרה כפולה זו הושגה באמצעות חיוב העבריין-הפוגע לשלם לנפגע מהעבירה או למשפחתו, בכסף או בשווה כסף, תשלום בשיעור שלעיתים קרובות עלה באופן משמעותי על שיעור הנזק שנגרם לנפגע בפועל.[2]

---

[1] עוד במאה ה-18 קבע הלורד Mansfield כי: **"..there is no distinction better known, than the distinction between civil and criminal law." Atcheson v. Everitt** 98 Eng Rep. 1142, 1147 [1775]. במסורת הקונטיננטלית ההבחנה התורת-משפטית היסודית איננה בין משפט אזרחי לפלילי, אלא בין משפט פרטי למשפט ציבורי (שתי הבחנות אלה חופפות במידה ניכרת, אך אינן זהות). גם במשפט המקובל מוכרת כיום ההבחנה העיונית בין משפט פרטי למשפט ציבורי, אך היא איננה מושרשת עדיין כמו ההבחנה המסורתית בין משפט פלילי למשפט אזרחי. לדיון במעמדה של ההבחנה בין משפט פרטי לציבורי במשפט המקובל ר': **International Encyclopedia of Comparative Law,** Vol. 2, **The Legal Systems of the World** (N.Y., 1971, David Chief Ed.) ch. 2 (Structure & the Divisions of the Law, by R. David and al.) 12-13, 94-97; M.A. Glendon, M.W. Gordon, C. Osakwe, **Comparative Legal Traditions** (St. Paul, 2nd ed., 1994) 663-4; R. David, J.E.C. Brierly**, Major Legal Systems in the World Today** (London, 3rd ed., 1985) 334. ניצניה ההיסטוריים של ההבחנה בין משפט פרטי למשפט ציבורי מצויים כפי הנראה במשפט הרומי. היא אומצה אל המשפט הקונטיננטלי משחר התפתחותו כבר במאה ה-12, ונתפסת בו כבעלת חשיבות עליונה מן הבחינה העיונית והמעשית: **"The main division of law in the civil law tradition is into public law and private law. This distinction seems to most civil lawyers to be fundamental, necessary, and, on the hole, evident."** J.H. Merryman, **The Civil Law Tradition** (Stanford, 2nd ed., 1985) 91. לדיון במעמדה של ההבחנה במסורת הקונטיננטלית, בגורמים השונים שהשפיעו על עיצובה, ובמגמות מודרניות של הגמשתה ר': **I.E.**, Divisions, 10-11, 15-20; **David**, 81-83; **Merryman**, 90-98; **Glendon**, 256-64. להיסטוריה של ההבחנה בין משפט פרטי וציבורי ר' גם: W. Jones, **Historical Introduction to the Theory of Law** (Oxford, 1940, rep. 1970) ch. V ("Public and Private Law").

[2] החיוב הכספי ה"אזרחי" שימש אפוא בעת ובעונה אחת הן כסנקציה עונשית, והן כתרופה: חלק ממנו שימש כפיצוי לנפגע, ואילו חלקו האחר נועד לשרת את מגוון המטרות המיוחסות כיום לענישה הפלילית (הרתעה, גמול, ריצוי רגש הנקמה של הקורבן ומשפחתו, וכיו"ב). במונחים מודרניים, ההליך המשפטי של ימי קדם היה הליך פלילי-אזרחי מעורב, על אף שמן הבחינה הצורנית-דיונית דמה יותר להליך אזרחי, באשר היוזם והמנהל אותו היה הפרט שנפגע (או לחלופין ראש המשפחה או השבט אליהם השתייך) ולא המדינה או הקהילה כישות נפרדת. **"The primitive law knew scarcely any public offences, that is to say, offenses which directly involved the State and called for a repression of its behalf… ..<u>the old penal law consisted in a system of private offences and private penalties and was not distinguishable from private law</u>"** J. B. Brissaud, **A History of French Private Law,** Vol. III of the **Continental Legal History Series** (N.Y., 1968) 454; see also F.C. Montague, F.W. Maitland, **A Sketch of English Legal History** (N.Y., 1915) 17: **"..in ancient days.. ..these purposes** [punishing crime and redressing wrongs] **are indistinguishably blended."** במילים אחרות, בעולם העתיק מילאו המשפט האזרחי ודיני הנזיקין גם את התפקיד המיוחס כיום באורח בלעדי למשפט הפלילי. בלשונו של היסטוריון המשפט הידוע, Henry Maine: **"..the penal law of ancient communities is not the law of Crimes; it is the law of Wrongs, or, to use the English technical word, of Torts. The person injured proceeds against the wrong-doer by an ordinary civil action, and recovers compensation in the shape of money-damages if he succeeds… If therefore the criterion of a *delict, wrong,* or *tort* be that the person who suffers it, and not the state, is conceived to be wronged, it may be asserted that <u>in the infancy of jurisprudence the citizen depends for protection against violence or fraud not on the Law of Crime but on the Law of Tort</u>."** H.S. Maine, **Ancient Law** (London, 13th ed., 1890) 370, 371.

nevo.co.il

טכניקה משפטית זו של חיוב העבריין-המזיק בתשלום לבר-מפצה זכתה לעיגון חקיקתי מפורש בקודקסים הקדומים ביותר הידועים לאנושות.[3] דוגמה מובהקת ניתן למצוא כבר במשפט עמנו העתיק - המשפט העברי. וכן מצינו בספר שמות:

"כי יגנוב איש שור או חמור או שה וטבחו או מכרו - חמישה בקר ישלם תחת השור, וארבע צאן תחת השה."[4]

הוראות דומות, הקובעות 'תשלומי מכפיל' עונשיים (multiple damages) על מעשי עוולה-עבירה שונים, ניתן למצוא גם בקודקס הקדום ביותר הידוע לאנושות, הלא הוא קוד חמורבי (2000 לפנה"ס).[5] סנקציות דומות היו קיימות גם בשיטות קדומות נוספות, כגון המשפט החיתי (1400 לפנה"ס),[6] המשפט היווני הקדום,[7] המשפט הרומי העתיק,[8] ואף בקוד Manu ההינדי (200 לפנה"ס) לא נעדרים עקבותיהן.[9]

מאפיין טיפוסי של התשלום העונשי הקדום הוא אפוא היותו מעוגן בחוק חרות, המסדיר באופן קזואיסטי ונוקשה - על פי רוב באמצעות 'מכפיל' קבוע מראש - הן את העילות לפסיקתו והן את שיעורו. בכך הוא נבדל

---

[3] לדיון בספרי החוקים החשובים של העולם העתיק, הכוללים הוראות הקובעות תשלומים עונשיים ר': H.F. Jolowicz, "The Assessment of Penalties in Primitive Law" in **Cambridge Legal Essays** (Cambridge, 1926) 203; M.M. Belli, **Modern Damages** (Indianapolis, 1959) Vol. I, 64-91; **Redden**, 1-5; J.B. Sales, K.B. Cole, "Punitive Damages: A Relic that has Outlived it's Origins" 37 **Vand. L.R.** (1984) 1117, 1119 & n. 1-5. נוסח מלא של מרבית הקודקסים הקדומים שיוזכרו בסעיף זה (בתרגום לאנגלית) ניתן למצוא אצל: A. Kockurek, J.H. Wigmore, **Sources of Ancient and Primitive Law** (Boston, 1915) Vol. I, 385-518.

[4] **שמות**, כ"א, ל"ז. מהוראות אחרות בתורה ניתן ללמוד, שגודל התשלום המשמש כאן כפיצוי וכעונש גם יחד עשוי להשתנות בהתאם לנסיבות ביצוע העבירה. כך, כאשר הנכס שנגזל לא הושמד ולא נמכר לאדם שלישי, אלא נמצא שלם והוחזר לבעליו, מסתפקת התורה בהטלת תשלומי כפל על הגזלן. ככתוב: **"אם הימצא תימצא בידו הגניבה משור עד חמור עד שה חיים - שניים ישלם."** **שמות**, כ"ב, ג'. גם כאן בולטת לעין המהות העונשית של הסנקציה - זו מוטלת על המזיק גם כאשר לכאורה לא גרמה הגזילה נזק כלשהו (אכן, עצם עיכוב הנכס וגזילתו עלולים לגרום נזק לא-ממוני ואולי אף ממוני, אלא שההוראה אינה דורשת הוכחת קשר סיבתי מעין זה). לדיון בהוראות אלה והוראות דומות שבתורה ר' גם: **Jolowicz**, 206-7; **Belli**, 76-78. לדיון בעונשי ממון במסורת ישראל בתקופת התנ"ך ובתקופות מאוחרות יותר ר': פ' דייקן, **דיני עונשין - חלק שישי: העונש** (תל-אביב, תשכ"ב) כרך ו', 7-1353. לדיון כללי בתורה כקודקס משפטי ר': J. Smith, **The Origin and History of Hebrew Law** (Chicago, 1931) ראוי להדגיש כי התשלום העונשי הקבוע בתורה - ממש כתשלום העונשי המודרני - אינו משולם לאוצר המדינה או הקהילה אלא לידי הקורבן עצמו. מאפיין זה של התשלום העונשי המקראי עולה בבירור הן מההקשר הכולל של פרקים כ"א, כ"ב, והן מפסוק ח' בפרק כ"ב הקובע זאת במפורש: **"על כל דבר פשע על שור, על חמור, על שה, על שלמה, על כל אבדה אשר יאמר כי הוא זה - עד האלהים** [הדיין] **יבוא דבר שניהם. אשר ירשיעון אלהים - ישלם שניים לרעהו."**

[5] אחת הדוגמות המובהקות שבקודקס היא הוראת סעיף 8 הקובעת, כי הגונב נכס ממקדש או ארמון חייב לשלם לאוצר המלך פי שלושים(!) משווי הנכס, ואילו אם הגניבה היא מאדם פרטי - פי עשרה. העובדה שבדוגמה זו התשלום העונשי משולם לידי אוצר המלך עשויה להתפרש במבט ראשון כהטלת קנס פלילי. אלא שבדוגמה דנן הרכוש הגנוב נתפס כרכושו הפרטי של המלך, ולפיכך המלך הוא גם הנפגע במישור האזרחי. לדיון בסנקציות האזרחיות-עונשיות שבקוד חמורבי ר': **Jolowicz**, 206-8 וכן: **Redden**, 2, n. 1 המפרט 8 דוגמות שונות לתשלומי מכפיל עונשיים הקבועים בקודקס. לדיון כללי בקוד חמורבי ובהוראותיו ר': A.S. Diamond, **Primitive Law** (London, 1935) 22-32; **Belli**, 69-74.

[6] לדיון בהוראות אלה ר': **Jolowicz**, 205-6; **Redden**, 2 & n. 3 לדיון כללי בקודקס החיתי ר': **Diamond**, 39-45; **Belli**, 75-76

[7] לדיון כללי במשפט היווני הקדום ר': J.H. Wigmore, **A Panorama of the World's Legal Systems** (St. Paul, 1928) 287-361; **Jolowicz**, 216; **Redden**, 2 & n. 5. **Belli**, 85-88.

[8] במשפט הרומי התבססה ההבחנה בין תביעות אזרחיות לפליליות רק בשלבים מאוחרים יחסית להתפתחותו. בתקופות קדומות יותר, לעומת זאת: **"Delictual actions were classified as penal... The purpose of the act being punitive, it was irrelevant that in this way the victim should be paid several times over"** B. Nicholas, **Introduction to Roman Law** (Oxford, 1962) 210; see also W. Buckland, A. McNair, **Roman Law and Common Law** (Cambridge, 2nd ed., 1952) 344, 345: **"Delict is imbued with the idea of vengeance, and the action is primarily not for damages but for a penalty… ..the penalty is indeed paid to the injured party, not to the State, but still it is a penalty and not damages."** See also: A.M. Prichard, **Leage's Roman Private Law** (London, 3rd ed., 1961) 395: **"These earliest rules have two major features: they seek to achieve compensation for the victim and they serve to assuage the indignation both of him and of society… ..their** [the romans'] **law of delict always possessed a strong penal flavour…";** see also: **Redden**, 3-5; **Belli**, 90-91. בקודקס הרומי הידוע בכינוי "12 הטבלות" ("The 12 Tables"). בסעיף 2 לטבלה 6 נאמר שהמפר הבטחה חייב בתשלום כפל (בשיעור כפול משווי מושא ההבטחה). בכך יש משום תשלום עונשי על הפרת התחייבות רצונית, העשויה להוות הפרת חוזה. לאזכור הוראה זו ר': **Redden**, 3

[9] לדיון בהוראות רלבנטיות מקודקס זה ר': **Redden**, 2 & n. 4 לדיון כללי בקוד Manu ר': **Diamond**, 126-33; **Belli**, 82-85

nevo.co.il

מהדוקטרינה המודרנית מושא המחקר, שבמסגרתה בית המשפט הוא המוסמך להכריע הן בשאלה אם התנהגותו של הנתבע מצדיקה את חיובו בסנקציה עונשית והן בשאלת שיעורה הראוי.[10]

ב. משפט ימי הביניים

2.03 העדר ההבחנה בין משפט אזרחי למשפט פלילי - ומכאן גם ההיזקקות ל"פיצויים עונשיים" - המשיכו להוות מאפיינים בולטים של המשפט גם בתקופות מאוחרות יותר, ולמעשה לאורך מרבית ימי הביניים.[11] במשך מאות בשנים נהגה בארופה - וגם באנגליה - פרקטיקה של חיוב העבריין או המזיק לשלם לקורבן העבירה או למשפחתו תשלומי כופר על מנת "לקנות" את הסכמתם להימנע מנקמת דם ומעשיית דין עצמי בפוגע. שיעורם של תשלומים אלה נקבע בהסכמת הצדדים, על פי המנהג או על פי חיקוק של השליט המקומי, ועלה בדרך כלל על הסכום שנתפס כמשקף את הנזק.[12]

באנגליה, למן הכיבוש הנורמני (1066) ועם כינונו של שלטון מרכזי, פחת בהדרגה השימוש במנגנון זה, שפינה את מקומו למערכת של תרופות וסנקציות שהתפתחה בבתי המשפט של המלך.[13] אלא שגם במתכונתם החדשה לא התנתקו דיני הנזיקין האנגליים משורשיהם העונשיים. גם עתה, ובמשך מאות בשנים, נהנו המושבעים משיקול דעת כמעט מוחלט בכל הקשור לקביעת שיעור התשלומים ("damages") שיוטלו על נתבעים בתביעות נזיקין.

---

[10] למנגנון העונשי הנוקשה שנהג בשיטות הקדומות יתרונות וחסרונות ביחס למנגנון הגמיש המופעל במסגרת דוקטרינת התשלום העונשי המודרנית. מחד גיסא, קביעת עונשים ברורים על התנהגויות מוגדרות מאפשרת הכוונת התנהגות יעילה יותר, מבטיחה וודאות משפטית, ואף מתיישבת טוב יותר עם עקרון החוקיות ועם העיקרון שלפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין תחילה" (לדיון בעקרונות אלה ר' סע' 7.16, 7.88 להלן). אולם, מאידך גיסא, בשל נוקשותו עלול מנגנון זה להותיר ללא תגובה מתאימה קשת נרחבת של התנהגויות אנטי-חברתיות, ואין הוא מאפשר גמישות בקביעת היקף העונש. מעניין לציין שגם במשפט המודרני ניתן למצוא שרידים לשימוש בטכניקה הקדומה של 'תשלומי מכפיל' עונשיים. בארה"ב קיימות לכך דוגמות רבות בחוקים פדרליים ומדינתיים הקובעים תשלומי מכפיל (multiple damages) על הפרה של הוראות חוק שונות. דוגמה מפורסמת במיוחד היא החוק הפדרלי הידוע בכינויו **"The Rico Act"**. בחוק זה קיימת הוראה המסמיכה את בית המשפט לחייב אדם שעבר על הוראות החוק לשלם בתביעה אזרחית למי שנפגע מהפרת החוק עד פי שלושה משיעור הפיצויים שנפסקו לטובתו (לרבות הוצאות המשפט). **Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act** 18 U.S.C.A. s. 1964(c) לריכוז של הוראות מודרניות דומות בחוקים פדרליים ר' למשל: G.R. Blakey "Of Characterization and Other Matters: Thoughts About Multiple Damages" 60 **Law & Contemp. Prob.** (1997) 97, n. 28. במשפט הישראלי נזכיר את הוראת סע' 7א(ג) **לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965,** המסמיכה את בית המשפט לפסוק כפיצוי ללא הוכחת נזק בגין לשון הרע שפורסמה בכוונה לפגוע את כפל הסכום שניתן לפסוק בהעדר כוונה כזו. מעניין להזכיר גם את הוראת סע' 63(א) ל**חוק העונשין**, המסמיכה את בית המשפט להטיל קנס בשיעור שעד פי ארבעה משוויים של הנזק שגרם העבריין או מטובת ההנאה שהפיק, בעבירות שבהם הוכחה כוונתו לגרום נזק או להשיג טובת הנאה ממעשה העבירה. אולם כאן אין מדובר בתשלום עונשי אלא בקנס ממש, המשולם לאוצר המדינה.

[11] **"The.. ..distinction between public law and private law was in practice unknown in that period** [Middle Ages**… There was no pure public law because public law took private-law forms, and there was no pure private law because all private law was tied and restricted by public-law relationships." I.E.** Divisions, 16.

[12] לדיון בתופעת תשלומי הכופר בימי הביניים ר': R. Huebner, **A History of Germanic Private Law,** Vol. IV of the **Continental Legal History Series** (N.Y., 1968) 523; **Brissaud**, 455, 462-3: **"Pecuniary Composition originally was only the buying off of vengeance… Hence it must contain <u>two elements: damages, and a penalty</u>, for it would have been very difficult for people to be content with a mere indemnity exactly equal to the damages caused."** באנגליה נמצאה עדות לשימוש בתשלומי פיצוי-עונש בקובצי החוקים של המלכים האנגלו-סכסים. חוקים אלה מפרטים קשת נרחבת של מצבים עובדתיים, ותעריף קבוע מראש שעל המזיק לשלם לנפגע בכל מצב ומצב. תשלומים אלה נקראו "bot" (תשלום על נזק) ו-"wer" (תשלום על גרימת מוות) ושולמו לידי הקורבן כפיצוי וכתחליף לענישת המעוול-העבריין, ממש כתשלומים העונשיים שאפיינו את החקיקה במשפט הקדום. עם זאת, חיקוקים אלה נבדלים מהתשלומים הקדומים יותר בכך שאין הם קובעים תשלומי-מכפיל על בסיס הנזק, אלא קובעים את הסנקציה ביחידות מטבע (שילינגים). לעיתים חוייב המזיק לשלם בנוסף ל-bot או ל-wer גם קנס (wite) למלך או לשליט המקומי. לדיון בחקיקה האנגלו-סכסית ולהבחנה בין החיובים הכספיים הנ"ל ר': **Diamond**, 62-70; W.S. Holdsworth, **A History of English Law** (London, 3rd ed., 1923) vol. II, 44-47; F. Pollock, F. Maitland, **The History of English Law** (Cambridge, 2nd ed., 1898, reissued 1968) 46-48; **Belli**, 121-4. למגוון דוגמות (מזעזעות למדי) לעוולות-עבירות טיפוסיות כנגד הגוף, שבגינן נקבעו תשלומי bot בתקופה האנגלו-סכסית ר': B. Lyon, **A Constitutional and Legal History of Medieval England** (N.Y., 1960) 92-3 לדיון במהותו של ה-bot ר' גם: **International Encyclopedia of Comparative Law** Vol. 11, **Torts** (N.Y., 1971, Tunc Chief Ed.) ch. 8 (Consequences of Liability: Remedies) 84-85.

[13] עם זאת, השימוש בתשלומי-מכפיל חקוקים לא נעלם לחלוטין. בין השנים 1753-1278 נחקקו באנגליה 65 חיקוקים שקבעו תשלומי כפל, שילוש וריבוע בגין הפרת הוראותיהם. ר': **Owen**, n.18; Note, "Exemplary Damages in the Law of Torts" 70 **Harv. L.R.** (1957) 517, 518; **Redden**, 5.

nevo.co.il

מציאות זו אפשרה למשפט האנגלי להמשיך ולהשית תשלומים עונשיים כדבר שבשגרה ללא כל צורך בפיתוחו של עיקרון משפטי מפורש.[14] כפי שיובהר להלן, עיקרון כזה עוצב רק במחצית השנייה של המאה ה-18.

II. צמיחת הדוקטרינה המודרנית

א. ראשיתה של הדוקטרינה - פסקי הדין הראשונים

2.04 שני פסקי דין אנגליים, שניהם משנת 1763, נתפסים כאסמכתות המוקדמות ביותר של הדוקטרינה המודרנית. במקרה הראשון נדונה תביעתו לפיצויים של מו"ל עיתון בגין הסגת גבול שבוצעה אגב חיפוש מקיף ופולשני בביתו שנערך ללא צו מעצר מתאים.[15] במקרה השני נעצר ונכלא שלא כדין למשך מספר שעות אדם שנחשד בהדפסת אותו עיתון, ואשר לאחר מכן תבע פיצויים בגין הסגת גבול, תקיפה ומעצר שווא.[16] במקרים אלה, ובפרשה דומה שנדונה בשנת 1964,[17] חייבו ערכאות המושבעים את הנתבעים - פקידי ממשל שביצעו את הצווים - לשלם לתובעים סכומי כסף נכבדים ביותר. בערעוריהם על פסקי המושבעים טענו הנתבעים בפרשות אלה כי הסכומים שנפסקו נגדם מופרזים ביחס לנזק שנגרם לתובעים, וכי הדבר מצדיק קיום משפט חוזר.[18] טענות המערערים נדחו. **במקרה הראשון** - בו לראשונה נזכר המונח "exemplary damages" בפסיקה האנגלית - הסכים השופט כי הנזק שנגרם לתובע היה קטן יחסית (כ-20 ליס"ט) אך אישר את הסכום העצום שהטילו המושבעים (1000 ליס"ט!) על הנתבעים בהדגישו את האופן הבוטה שבו אלה רמסו את העיקרון המקודש של חירות הפרט.[19] **במקרה השני**, בהדגישו את חומרת המעשים במישור החוקתי ואת השלכותיהם המסוכנות על חופש הפרט, ציין בית המשפט - לראשונה באופן מפורש - כי למושבעים הסמכות לקבוע את גובה ה-"damages" (באותו מקרה 300 ליס"ט) לא רק בהתחשב בגובה הנזק, אלא גם בצורך לענוש את הנתבע, להרתיעו ולהביע סלידה מהתנהגותו.[20] מכאן ואילך ניתן למצוא בפסיקה הכרה הולכת וגוברת בכך שבפסיקת תשלומים אין הכרח להיצמד להערכה אובייקטיבית של הנזק, ושחומרת התנהגותו של הנתבע היא שיקול רלבנטי ולגיטימי לעניין שיעורם.[21] הטיפוסיות שבעילות התביעה שבמסגרתן

---

[14] מקרים שבהם נפסקו "פיצויים" בסכומים גבוהים ביותר, ככל הנראה מטעמים עונשיים, הם למשל: **Wood v. Gunston** [1655] 82 Eng. Rep. 867; **Townsend v. Hughes** [1677] 86 Eng. Rep. 994; **Ash v. Ash** [1701] 90 Eng. Rep. 526; **Chambers v. Robinson** [1726] 93 Eng. Rep. 787. בשניים מהמקרים דלעיל קבע בית המשפט כי הסכום היה מופרז וביטל את פסקי המושבעים, ואילו בשניים אחרים הותיר את הפסק העונשי/המוגדל על כנו. בכל המקרים אין התייחסות מפורשת לשיקול העונשי.

[15] **Wilkes v. Wood** [1763] 98 Eng. Rep. 489.

[16] **Huckle v. Money** [1763] 95 Eng. Rep. 768. הנתבעים בשני המקרים היו פקידי ממשל, שביצעו מספר רב של חיפושים ומעצרים מכוח צו כללי שהוציא מזכיר המדינה של המלך ג'ורג השלישי, הלורד Halifax, כנגד כל אזרח הנחשד בהוצאה לאור של גיליון מס' 45 של העיתון North Briton, שכלל דברי ביקורת כנגד השלטון. העובדה שהצו לא פירט שמות ספיציפיים והוצא ללא כל מידע או עדות מהימנים עוררה ביקורת ותגובה שיפוטית קשה. ביקורת זו הפכה את פסקי הדין ***Huckle***, ***Wilkes*** ודומיהם לאבן דרך בהיסטוריה הפוליטית והמשפטית של אנגליה. לעניין זה ר' גם סע' 2.07 להלן.

[17] **Beardmore v. Carrington** [1764] 95 Eng. Rep. 790.

[18] באותם ימים הדרך לערעור על החלטת המושבעים היתה בקשה לעריכת משפט חוזר בפני ערכאת מושבעים אחרת. הבקשה נדונה בפני שופט, שבחן אם קיימת עילה לביטול פסק המושבעים ולקיום משפט חדש. העניין מוסבר גם בסעיף הבא.

[19] ראויים לציטוט דבריו, המרשימים בנועזותם, של בית המשפט: **"...the personal injury done to him** [the plaintiff] **was very small, so that if the jury had been confined.. ..to consider the mere personal injury only, perhaps 20L. damages would have been thought damages sufficient; but <u>the small injury done to the plaintiff... ..did not appear to the jury in that striking light in which the great point of law touching the liberty of the subject appeared to them</u>... I think <u>they have done right in giving exemplary damages.</u> To enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the spanish inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject."** ***Huckle***, 768-9.

[20] ***Wilkes***, 498-9. הציטוט המלא מדברי בית המשפט מופיע בסע' 1.07(30) לעיל.

[21] במקרה השלישי שנזכר לעיל, בעניין ***Beardmore***, נפסק בנסיבות דומות סך של 1000 ליס"ט, וגם הפעם סרב בית המשפט להתערב בפסיקת המושבעים. אלא שהפעם לא נימק את הכרעתו תוך היזקקות לשיקולים עונשיים, אלא בהסתמך על פרשנות מצמצת לסמכותו להתערב בקביעות המושבעים בתביעות נזיקין. עם זאת, ניתן ללמוד על הלגיטימציה לסטייה מעקרון הפיצוי מהערת אגב מעניינת של בית המשפט: **"It was strongly argued at the trial of this cause, that <u>the jury were to measure the damages by</u>**

nevo.co.il

נזקקו בתי המשפט לדוקטרינה בימיה הראשונים היו עוולות נזיקין שהגנו על אינטרסים גופניים ולא-ממוניים: תקיפה,[22] פיתוי (seduction)[23] כליאת שווא,[24] נגישה,[25] הסגת גבול,[26] וכיו"ב.[27] ברם יש לזכור, שבתקופה זו לא נהגה הבחנה חדה בין הרכיב המפצה לבין הרכיב העונשי שבתשלום האזרחי.[28] לפיכך סביר להניח שמספר המקרים בהם נפסקו בפועל תשלומים עונשיים בתקופה זו גבוה בהרבה ממספר הפעמים שבהם נזכרת הדוקטרינה בשמה המפורש.[29]

ב. <u>הגורמים שהביאו לצמיחת התשלום העונשי כדוקטרינה שיפוטית מודרנית</u>[30]

1. צמיחת הדוקטרינה כעילה לאי-התערבות בפסקי פיצויים מופרזים של מושבעים

2.05 חקר פסקי הדין הראשונים שבהם מתגלים ניצניה של הדוקטרינה מעלה, כי צמיחתה קשורה קשר הדוק להתפתחות הביקורת השיפוטית על פסקי תשלומים (damages) שיצאו מלפני חברי המושבעים במשפטים אזרחיים.[31] פיקוח זה נעשה עד למאה ה-16 באמצעות דוקטרינת ה-"attaint", שאפשרה בחינה של סבירות הפסק בפני ערכאת מושבעים חדשה.[32] עם שקיעתה של דוקטרינה זו, ועקב שינויים במבנה מוסד המושבעים, החלה

<u>what the defendant had suffered</u> by this trespass and.. ..imprisonment; but <u>this was thought a gross absurdity by the judge</u>.." **Beardmore**, 793. הערה זו מעידה שהעיקרון של השבת המצב לקדמותו, המהווה עקרון יסוד בדיני התשלומים המודרניים, לא נתפס כאמת מידה מחייבת אפילו בשלהי המאה ה-18.

22 ר' למשל: **Grey v. Grant** [1764] 95 Eng. Rep. 794, 795 עובדות הפסק מתוארות בסע' 1.11(40). בעניין **Benson v. Frederick** [1766] 97 Eng. Rep. 1130. הורה הנתבע, קצין בדרגת קולונל, שלא כדין, להלקות את התובע, חייל פשוט, באופן שגרם לו נזק גוף קל אך השפלה מרובה. הקולונל חוייב בתשלום 150 ליס"ט, ובית המשפט אישר את הפסק, בהדגישו את התנהגותו המבישה: **"he** [the defendant] **acted malo animo, and out of mere spite and revenge. And the man** [the plaintiff], **though not much hurt indeed, was scandalized and disgraced by such a punishment."** Id., 1130.

23 **Tullidge v.Wade** [1769] 95 Eng. Rep. 909.

24 ר' עניין ***Huckle*** ועניין ***Beardmore***, לעיל בהערות 17, 16. ר' גם: **Fabrigas v. Mostyn** [1774] 96 Eng. Rep. 549 שבו נפסקו 3000 ליס"ט(!) כנגד מושל האי מינורקה, בתביעה להשגת גבול וכליאת שווא שהגיש כנגדו יליד האי, בשל הליך פלילי שהמושל ניהל כנגדו ללא עילה.

25 **Leith v. Pope** [1780] 96 Eng. Rep. 777; **Hewlett v. Cruchley** [1813] 128 Eng. Rep. 696. במקרה הראשון נפסק סך של 10,000 ליס"ט(!) כנגד נושה שפתח בהליך פלילי כנגד בעל חובו ללא עילה. במקרה השני נפסקו 2,000 ליס"ט כנגד עורך דין, בגין פתיחת הליך פלילי כנגד פקידו, בטענת שווא לפיה הפקיד מעל בכספי מעבידו. ר' גם עניין **Fabrigas** הנ"ל בהערה הקודמת.

26 ר' למשל עניין ***Merest***, הנ"ל בסע' 1.09(36). ר' גם פסק הדין: **Bruce v. Rawlins** [1770] 95 Eng. Rep. 934, שעובדותיו מפורטות בהערה 43 להלן. פסקי דין נוספים שבהם נפסקו תשלומים עונשיים בגין הסגת גבול במאה ה-19 הם: **Sears v. Lyons** [1818] 2 Stark. N.P. 317 (50 ליס"ט כנגד שכן שפיזר רעל בחלקת שכנו מתוך מטרה לגרום למותם של חזירים שגידל השכן) ו-**William v. Currie** [1845] 1 C.B. 841 (לפירוט העובדות ר' הערה 47 להלן).

27 עוולות אלה מערבות פגיעה באנטרסים אישיים כגון שלמות הגוף והזכות לכבוד ולשם טוב, להבדיל מאנטרסים רכושיים גרידא, והן מכונות במסורת המשפטית האנגלית "עוולות אישיות" ("personal torts"). לריכוז של אסמכתות אנגליות ואמריקאיות, החל משנת 1763 ועד למחצית המאה ה-19 שבהן נפסקו תשלומים עונשיים ר': G.H.L. Fridman, "Punitive Damages in the Law of Tort" 48 **Can. B.R.** (1970) 373, n. 5, 8-11, 13-14; **Ellis**, n. 62-68; **Sedgwick**, 525-39.

28 הבחנה זו החלה מתפתחת רק במאה ה-19, עם התבססות העיקרון שלפיו מטרת הפיצויים (או התשלומים) היא השבת המצב לקדמותו.

29 כנזכר לעיל, במשך שנים רבות לפני 1763 הטילו מושבעים תשלומי כסף מוגדלים ועונשיים במהותם. לעיל סע' 2.03(14).

30 מקורות בהם ניתן למצוא דיון בגורמים ההיסטוריים לצמיחתה של הדוקטרינה הם: T. J. Sullivan, "Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and the Illusion of Legal Change" 61 **Minn. L.R.** (1977) 207, 208-14; **Ellis**, 12-14; **Redden**, 6-8, **Ghiardi**, ch. 1, 3-7; **Note**, 518-19; J.E. Duffy, "Punitive Damages, A Doctrine which Should Be Abolished" in: **Defence Research Institute: The Case Against Punitive Damages** (Milwaukee, 1969, Hirsch & Pouros Eds.) 4, 4-5; M.M. Belli, "Punitive Damages: An Historical Perspective" 13 **Trial** (1977) 40, 40; **Sales**, 1120-1.

31 הצורך בפיקוח על החלטות אלה התעורר במשפט האנגלי כבר במאה ה-13, מרגע שהסעד הכספי הפך לסעד הראשי בתביעות אזרחיות. הדבר ארע עם ההכרה בעילת ה-trespass, שממנה התפתחו דיני הנזיקין של המשפט המקובל. עד אז הסעדים הטיפוסיים שהוכרו בבתי המשפט של המלך היו הסעדים הקנייניים - אכיפה של זכות קניין בנכס או הצהרה עליה. תרופות כספיות ניתנו אז רק בנסיבות חריגות וכסעד נלווה לסעד הקנייני. ר': **Sullivan**, 208-9; **McCormick**, 23 לדיון בתולדותיה ובמרכזיותה של עילת ה-trespass במשפט המקובל ר' למשל: T. Plucknett, **A Concise History of the Common Law** (Rochester, 2nd ed., 1936) 328-32; S.F.C. Milsom, **Historical Foundations of the Common Law** (London, 2nd ed., 1981) 283-313.

32 ערכאת ה'ערעור' היתה מוסמכת להטיל סנקציות עונשיות חמורות ביותר על חברי ערכאת המושבעים הראשונה, אם נמצא כי הכבידו את עולם על הנתבע שלא כדין בהוציאם פסק שגוי ובלתי סביר, בזדון או ברשלנות. בשל חומרת הסנקציות שהופעלו

nevo.co.il

להתפתח באיטיות ובזהירות רבה ההכרה בפררוגטיבה של השופטים **לבחון בעצמם** את סבירות פסקי המושבעים ולשמש כערכאת ערעור על החלטותיהם.[33]

במציאות חדשה זו התעורר לראשונה הצורך בקרב השופטים לנמק ולהצדיק את החלטותיהם לאשר או להימנע מלאשר פסקי פיצויים מופרזים (לקולא או לחומרא) של המושבעים. על רקע זה צמחה ובאה לעולם דוקטרינת התשלום העונשי: ההיזקקות לה אפשרה לשופטים להצדיק את החלטתם להימנע מהתערבות בפסקי פיצויים מופרזים וגבוהים גם כאשר אלה היו בלתי סבירים במונחים של פיצוי על נזק. **השיקולים העונשיים שבבסיס הדוקטרינה שימשו הצדקה להחמרה עם הנתבע ולחיובו בתשלום לבר-מפצה, שלא ניתן היה להצדיקו במונחים של פיצוי על נזק.**[34] כך למשל, בעניין ***Benson*** *(1766)*,[35] הודה בית המשפט שפסק הפיצויים היה לדעתו

במסגרתה, ובשל ליקויים נוספים שהכבידו על הפעלתה היעילה, נעלמו עקבותיה של דוקטרינת ה-attaint מהמשפט האנגלי במהלך המאה ה-16. ר׳: G.T. Washington, "Damages in Contract at Common Law" 47 **L.Q.R.** (1931) 345, 346-51; **Sullivan**, 210-11 לדיון נרחב בתולדותיה של דוקטרינה זו ר׳: J.M. Zane, "The Attaint" 15 **Mich. L.R.** (1916) 1, 127.

[33] הגורם העיקרי לשינוי זה היה נעוץ במעבר ממושבעים שנבחרו בשל היותם בעלי ידיעה אישית לגבי עובדות המקרה, למושבעים חסרי ידיעה אישית, שבפניהם מופיעים עדים במהלך המשפט. בהחלטותיהם של האחרונים אזרו השופטים עוז להתערב ביתר קלות, מאחר שלא נודע להם עוד יתרון מיוחד על פני השופט בקביעת ממצאים עובדתיים הקשורים לארוע. גורם חשוב אחר להגברת הפיקוח השיפוטי קשור בתחרות שנוצרה באותה תקופה בין בתי המשפט ליושר (Courts of Equity) אשר נטו באותה תקופה להקל במתן צווים למשפטים חוזרים, לבין בתי המשפט של המלך (Courts of Common Law), אשר נקטו עד לתקופה זו גישה שמרנית יותר. תחרות זו גרמה לאחרונים לנקוט קו ליברלי יותר, על מנת לשמר את מעמדם ולמנוע בריחה של 'לקוחות' (עורכי דין ומתדיינים) לבתי המשפט ליושר. לדיון מפורט בתהליכים אלה ובמעבר משימוש בדוקטרינת ה- Attaint לפיקוח שיפוטי על המושבעים ר׳: J.B. Thayer, "The Jury and it's Development" 5 **Harv. L.R.** (1892) 249, 364-88; **Washington**, 350-1; **Sullivan**, 212. תחילה נעשה שימוש זהיר ומדוד בסמכות הפיקוח השיפוטית, והיא הוגבלה למקרים שבהם נתגלה פגם ברור ביושרם של המושבעים (בשל שוחד, משוא פנים, וכיו״ב). לדיון בטכניקות ההתערבות השונות והמתונות יחסית, שבהן נקטו בתי המשפט בתקופה זו ר׳: **Washington**, 351-62. רק לקראת אמצע המאה ה-17 הורחבו העילות להתערבות בפסקי המושבעים, והתבססה לאיטה ההכרה בסמכותו הכללית של בית המשפט להורות על קיום משפט חוזר בשל היות פסק המושבעים שגוי לגופו. פסק הדין המסמן את המעבר מעידן של ריסון שיפוטי לעידן של הכרה בסמכותו הכללית של בית המשפט להתערב בפסקי המושבעים הוא **Wood v. Gunston** [1655] 97 Eng. Rep. 365. לדיון בפסק הדין ומשמעויותיו ר׳: **Washington**, 362; **Sullivan**, 211 מכאן ואילך נסללה הדרך להתפתחותם המואצת של דיני התשלומים של המשפט המקובל ולהתגבשותם בשלהי המאה ה-19 כענף משפטי מפותח. **Washington**, 346 עם זאת, גם לאורך ה-18, בשל יוקרתו של מוסד המושבעים ומעמדו כמוסד 'מקודש' במורשת המשפט האנגלית, נזהרו בתי המשפט עד מאוד בהפעלת סמכותם להתערב בפסקי המושבעים, והשתדלו להימנע מכך ככל שיכלו. על רתיעה זו, שהיתה חזקה בעיקר בתביעות נזיקין, ניתן ללמוד מפסקי הדין מאותה תקופה. כך למשל, בעניין ***Huckle*** נאמר: **"it is very dangerous for the judges to intermeddle in damages for torts; it must be a glaring case indeed of outrageous damages in a tort, and which all mankind at first blush must think so, to induce a Court to grant a new trial for excessive damages."** Id, 769; see also: ***Beardmore***, 793: **"to be sure, judges are to advise, but not to control juries… ..this court does not say.. ..that there never can happen a case of such excessive damages in tort where the Court may not grant a new trial, but in that case the damages must be monstrous and enormous indeed…"** כפי שאראה בחלקו הבא של הפרק, רתיעה זו היתה חלשה יותר בתביעות חוזיות, והדבר הביא לצמצום השימוש בדוקטרינה בתביעות חוזיות. ר׳ סע׳ 2.09 ואילך. מעניין לציין, שהחיבור האנגלי הראשון על דיני הפיצויים ראה אור ממש בשנים אלה. זהו ספרו של: J. Sayer, **The Law of Damages** (London, 1770)

[34] כאשר אי הסבירות לא בלטה, נטו בתי המשפט על פי רוב להתבסס על קשיי ההערכה של הנזק (בעיקר בנזקי גוף ופגיעות בכבוד) ולא נזקקו במפורש לשיקולים העונשיים. ר׳ למשל, עניין ***Fabrigas*** הנ״ל בהערה 24, בו אושר פסק מושבעים של 3000 ליס״ט(!), מבלי שבית המשפט מזכיר כלל את חומרת מעשיו של הנתבע, אלא מסתפק בעמידה על כך ש: **"..**[it is] **very difficult to interpose with respect to the quantum of damages in actions for any personal wrong… the injury was great, and the jury (not the Court) are to estimate the adequate satisfaction."** ר׳ גם עניין ***Beardmore*** הנדון בהערה 21 לעיל. המקרים שבהם התפתחה הדוקטרינה דנן הם ככל הנראה אלה שבהם הנמקה מעין זו נראתה לשופט קלושה, או כאשר השופט הרגיש צורך לבטא את סלידתו ממעשי הנתבע באופן ברור ומפורש.

[35] הנ״ל בהערה 22.

nevo.co.il

מופרז במונחי פיצוי, אך הסתמך - בדחותו את הערעור - על התנהגותו השרירותית וחסרת ההצדקה של הנתבע.[36] הנמקות עונשיות מובהקות ניתן למצוא גם ביתר פסקי הדין הנתפסים כעיגונים לדוקטרינה.[37]

בסיכום, בתחילת דרכה, ובמשך עשרות השנים הראשונות לקיומה, שימשה הדוקטרינה את שופטי אנגליה בעיקר ככלי רטורי חשוב להצדקת החלטות שקיבלו בערעורים על פסקי פיצויים מופרזים של המושבעים.

2. *צמיחת הדוקטרינה כתחליף לפסיקת פיצוי בגין נזק לא-ממוני*

2.06 לפי תיאורייה חלופית שהוצעה במקורות, הטעם האמיתי שהביא לצמיחת הדוקטרינה במאה ה-18 נעוץ למעשה ברצונם של בתי המשפט להעניק פיצוי על ראשי נזק לא-ממוניים, אפשרות שנשללה מהם לפי כללי הפיצוי שנהגו באותה עת.[38] לפי תזה זו, הנימוקים העונשיים שהועלו על ידי בתי המשפט אגב ההיזקקות לדוקטרינה לא היו אלא אמתלה בלבד לאי התערבות בפסקי המושבעים, שעה שהכרה מפורשת בנזק הלא-ממוני כבר-פיצוי נראתה לשופטים כבלתי לגיטימית.[39]

לדעתי, תזה זו מוסיפה נדבך חשוב להבנת הרקע לצמיחת הדוקטרינה. אכן, סביר להניח שהצורך בפיצוי תובעים על נזקיהם הנפשיים והפגיעה בכבודם עמד מאז ומעולם לנגד עיניהם של שופטים ומושבעים, ותמיכה מסויימת בכך ניתן למצוא בין שיטי פסקי הדין.[40] עם זאת, ספק בעיניי אם בכוחה להסביר לבדה את צמיחתה

---

[36] ובלשונו של פקיד בית המשפט: **"..the <u>damages were very great, and beyond the proportion of what the man had suffered</u> and yet, under the whole circumstances of the case, he** [Lord Mansfield] **was not for granting a new trial… ..**[the defendant] **had manifestly <u>acted arbitrarily, unjustifiably and unreasonably</u>... Therefore, though.. ..the Court might look upon these <u>damages to be too high</u>, in a common and ordinary case, and set aside the verdict… ..yet, as in this case, the <u>defendant had acted very arbitrarily</u>.. ..**[Lord Wilmot] **did not think the court were obliged to set aside the verdict that the jury had found."** ***Benson,*** 1130.

[37] בשלושת המקרים שנסבו על פרשת העיתון North Briton (***Huckle***, ***Wilkes, Beardmore***) יוחסה החומרה המיוחדת לעובדה שהנתבעים ניצלו שררה שלטונית על מנת לרדות באזרח הפשוט שלא כדין. היבט חריף של דיכוי וניצול של שררה ומעמד עולה גם מפסקי הדין ***Benson*** ו-***Fabrigas*** ובמידה מסויימת גם מפסק הדין ***Merest***, שבו השגת הגבול בוצעה לתוך שטחו של אדם פשוט, על ידי איש פרלמנט; במקרים אחרים יוחסו הנסיבות המחמירות לחוסר המוסריות שבהתנהגות הנתבע, כגון הפגיעה בכבוד התובע (***Merest***, ***Grey***), ניצול יחסי אמון בין הצדדים (***Tullidge***) חוסר ההצדקה למעשי הנתבע וגודל הסיכון שיצר כלפי התובע (***Leith***, ***Hewlett***) וכיו"ב. פסקי הדין נזכרים בהערות 36-16 לעיל וכן בסע' 1.09(36), 1.11(40).

[38] תזה זו הועלתה בפסיקה האמריקאית כבר במאה ה-19: **"…the whole doctrine of punitory or exemplary damages has its foundation in a failure to recognize as elements upon which compensation may be given, many things which ought to be classed as injuries entitling the injured person to compensation." Stuart v. Western Union Tel. Co.** 18 S.W. 351, 353 (S.C. Tex. 1886). על תזה זו, בין היתר, הסתמך בית המשפט בעניין ***Fay*** כעילה לביטול ההכרה בדוקטרינה. למסקנה דומה הגיע גם הלורד דבלין בעניין ***Rooks***, כאשר פירש את מרבית פסקי הדין שבהם הופעלה הדוקטרינה כמקרים של "פיצויים מוגברים" (ר' סע' 1.13(48) לעיל). להצגה מודרנית של תזה זו ר': **Ghiardi**, ch. 1, 4-7; **Duffy**, 5; **Redden**, 8-10; **Ellis**, 15-17. פרופ' Ellis הצביע במאמרו החשוב **בכל** פסקי הדין הראשונים שבהם נפסקו תשלומים עונשיים ניתן לזהות מאפיין משותף, והוא הפגיעה הקשה בכבודו של התובע. את התשלום העונשי ניתן אפוא לדעתו לפרש כניסיון לפצות את התובע בגין פגיעה זו: **"Diverse as they may have been, all of these cases share one common attribute: they involved acts that resulted in affronts to the honor of the victims... ..affronts to honor cause a loss of welfare on the part of the dishonored."** **Ellis**, 15.

[39] אכן, ראשי הנזק שבגינם ניתן כיום פיצוי בדיני הנזיקין כגון כאב וסבל, אי נוחות ועגמת נפש, זכו ככל הנראה מאז ומעולם לפיצוי על ידי המושבעים, אך עד לאמצע המאה ה-19 לא הוכרו בדרך כלל באופן מפורש כבני פיצוי במסגרת תביעות נזיקין, בפרט כשלא התלוו לתביעות בגין נזקי גוף. ר' למשל: **Blake v. Midland Railway Co.** [1852] 118 Eng. Rep. 35, שבו נדחתה תביעתה של אלמנה לפיצוי בגין עגמת הנפש שנגרמה לה עקב מות בעלה, שנדרס למוות על ידי קרון רכבת. בית המשפט קבע את ההלכה לפיה: **"..the jury, in estimating damages, cannot take into consideration mental suffering or loss of society, but must give compensation for pecuniary loss only."** ***Blake*** (2), 35. חריג לכלל היתה עוולת לשון הרע, שנועדה להגן על שמו הטוב של אדם. גם כיום מוטלות מגבלות שונות על פסיקת פיצוי לא-ממוני, אולם אלה הולכות ומצטמצמות, הן בדיני הנזיקין, והן בדיני החוזים. לדיון במגמה זו ר' סע' 10.23(116), 11.43 להלן. להתפתחות ההכרה בפיצויים על נזק לא-ממוני במשפט האנגלו-אמריקאי בפרספקטיבה היסטורית ר' למשל: J. O'Connell, K. Carpenter, "Payment for Pain and Suffering Through History" 50 **Ins. Counsel J.** (1983) 411 כעולה מסע' 1.10 לעיל, הצורך בפיצוי משמש לא רק כהסבר לצמיחת הדוקטרינה אלא גם כאחת מההצדקות המסורתיות שלה.

[40] אמנם, על פני הפסק, נמנעו בתי המשפט בדרך כלל מהצהרה על כך שרציונל הפיצוי (להבדיל מהרציונלים העונשיים של הדוקטרינה) יכול לשמש כנימוק להצדקת סבירות פסק המושבעים. אך בין השיטין ניתן למצוא לעיתים ביטוי לתחושתו של השופט, כי התשלום המוגדל שפסקו המושבעים מתחייב גם משיקולים של פיצוי, ולא רק משיקולים עונשיים. דוגמה נדירה יחסית היא הציטוט מפסק הדין ***Merest***, המובא בסע' 1.09(36). ר' גם הציטוט מפסק הדין ***Benson*** (הערה 22 לעיל) המדגיש את עצמת ההשפלה (=עגמת הנפש) שנגרמה לתובע, וכן ר' עניין ***Fabrigas*** (הערה 34 לעיל) שבו לצד הנימוק העונשי מסתמך בית המשפט על עצמת הפגיעה בתובע.

nevo.co.il

והתבססותה של הדוקטרינה. **ראשית**, קיימים מקרים, אם גם נדירים יחסית, שבהם לא ניתן (או מלאכותי לנסות) להצדיק את סכומי העתק שנפסקו במונחים של פיצוי לא-ממוני.[41] **שנית**, גם אם תיאורטית ניתן לפרש את הסכום שנפסק כפיצוי עבור הפגיעה הנפשית בתובע, הרי בפועל ספק רב אם זה היה טעמם היחיד או העיקרי של המושבעים או של בית המשפט. שימת הדגש בפסקי דין רבים על התנהגותו המחפירה של הנתבע - להבדיל מהתמקדות בסבלו הנפשי של התובע - מלמדת לדעתי בבירור שלצד השיקול המפצה תפסו גם השיקולים העונשיים מקום נכבד.[42]

3. צמיחת הדוקטרינה ככלי שיפוטי במאבק על הגנת חירויות הפרט

2.07 לסיום הניתוח ההיסטורי ראוי להזכיר גורם נוסף שייתכן ונודעה לו השפעה מסויימת על צמיחת הדוקטרינה - הלא היא האידאולוגיה הליברלית המתחזקת באנגליה של המאה ה-18. בתקופה זו התחזק מאוד מעמדם החברתי והפוליטי של בתי המשפט באנגליה, והם קנו להם מעמד של גוף עצמאי ובלתי תלוי העומד לימינו של הפרט והנכון להגן על זכויותיו החוקתיות. כפי שראינו, במאבק זה היתה הדוקטרינה כלי שיפוטי חשוב בארסנל השיפוטי.[43]

4. סיכום

2.08 הניתוח ההיסטורי שלעיל מלמד שכדרכן של דוקטרינות רבות אחרות במשפט המקובל, גם עליית התשלום העונשי על במת המשפט לא היתה פרי הגות עיונית מגובשת, אלא תולדת תהליך היסטורי מורכב. בתהליך זה חברו יחדיו מספר גורמים: התפתחות הביקורת השיפוטית על פסקי המושבעים; הרצון להיטיב נזקים לא-ממוניים; והרצון לעשות צדק ולהטמיע ערכי מוסר חשובים בין אדם לחברו ובין השלטון לפרט. כל אלה הציפו והעלו על שיטי פסקי הדין את השיקולים העונשיים המאפיינים את דוקטרינת התשלום העונשי בדמותה המודרנית המוכרת לנו כיום.

III. רקע היסטורי ואידאולוגי לכלל האוסר

א. התפתחות הכלל האוסר- גדר הספקות ומטרת הדיון

סבירותה של התזה נובעת גם מהעובדה, שהדוקטרינה הופעלה בעיקר בתביעות שבהן נזקי הגוף והרכוש שנגרמו לתובע היו קטנים בהשוואה לנזק הלא-ממוני. במצב זה אין קושי לייחס את הסכום המוגדל שנפסק לנזק הלא-ממוני.

[41] ר' למשל פסק הדין ***Huckle***, שבו נפסקו לתובע 1000 ליס"ט, שעה שהנזק הוערך על ידי בית המשפט בכ-20 ליס"ט בלבד. בית המשפט ציין, שעגמת הנפש שנגרמה לתובע לא היתה חמורה במיוחד, שכן במשך מעצרו הנתבעים: **"..kept him in custody about six hours, but used him very civilly by treating him with beef-steak and beer, so that he suffered very little or no damages."** ***Huckle***, 768.

[42] אפילו פרופ' Ellis, התומך בתזה שלעיל, מודה שפסיקת תשלום עונשי בשל פגיעות בכבוד נבעה לא רק מרצון לפצות את התובע, אלא גם מרצון לספק את יצר הנקם של הנפגע, ובכך למנוע עשיית דין עצמית. **Ellis**, 17-18 שיקול זה חורג מהשיקול הקומפנסטורי הטהור, אף כי הוא קרוב אליו. לזיקה בין רעיון הפיצוי לרעיון הריצוי ר' סע' 7.84(7-376), 9.10 להלן.

[43] ההגנה על הפרט מפני עריצות השלטון עולה בבירור מפסקי הדין הראשונים שבהם מעוגנת הדוקטרינה. ר' במיוחד אלה הנזכרים בהערה 37 לעיל. על חשיבותם הפוליטית והחברתית של פסקי הדין הללו עומד **Atiyah** בספרו: **"If the propertied classes had fooled the people into thinking that it was *their* liberties which were at stake in 1688** [the english revolution] **the London mob had no doubt whose liberties were involved when they shouted 'Wilkes and Liberty', or when juries awarded huge damages against the secretary of state for authorizing an illegal search of Wilkes house."** P.S. Atiyah, **The Rise and Fall of Freedom of Contract** (Oxford, 1979) 13-14. גם בפסקי דין מאוחרים יותר מודגש זעמו של בית המשפט על ניצול הכוח השלטוני תוך אי התחשבות בזכותו של הפרט לפרטיות ולחירות. כך למשל, בעניין ***Bruce*** (1770) (לעיל הערה 26) שבו פרצו פקידי מכס לבית התובע וביצעו בו חיפוש בלא נוכחות של שוטר, שב בית המשפט ומציין פעם אחר פעם את החומרה הרבה שהוא רואה בניצול לרעה של כוח השלטון: **"This is an unlawful entry into a man's house (which is his castle), an invasion upon his wife and family at peace and quietness therein, frightened and surprised by these defendants; who under pretence of information received, and colour of legal authority, demand the keys of, and search all the boxes and drawers in the house… The entering the plaintiff's house under colour of legal authority, aggravates the trespass committed.."** ***Bruce***, 934, 935. גם בפסקי הדין ***Benson***, ***Fabrigas*** ו-***Merest*** שנזכרו לעיל הודגש פער המעמדות בין הנתבע לתובע וניצולו לרעה, והדבר עשוי להעיד על תפקידה של הדוקטרינה ככלי לחיזוק הערך הליברלי של שוויון הכל בפני החוק.

nevo.co.il

2.09 העיון בפסיקה האנגלו-אמריקאית מעלה, שבמשך כמאה שנה מיום לידתה הופעלה הדוקטרינה כמעט ללא יוצא מן הכלל בתביעות נזיקין בלבד, בעוד שבמסגרת תביעות חוזיות אין לה כמעט זכר.[44] החל ממחצית המאה ה-19 החלה פרקטיקה זו עוטה לבוש משפטי פורמלי בדמותו של כלל הלכתי ברור, השולל מבית המשפט באופן גורף את הסמכות לפסוק תשלומים עונשיים בתביעות שעילתן חוזית (בחיבור זה: "הכלל האוסר").[45] כיצד ומדוע התבססה הדוקטרינה בנזיקין, ומדוע מצאו בתי המשפט לנכון להגביל את תחולתה בתחום החוזי? הניסיון ליתן מענה לשאלה זו, שעד כה טרם נחקרה לעומק, עומד במרכז הדיון בסעיפים הבאים.[46]

ב. ההסבר המסורתי

2.10 במקורות שנזקקו לשאלת הגורמים לצמיחתו של הכלל האוסר רווחת הסברה, כי הדבר נעוץ בפער בין אופי התביעה החוזית הטיפוסית לאופי התביעה הנזיקית מבחינת קשיי הכימות של הנזק שהוא מושאן של תביעות אלה. נטען, שמושאה הטיפוסי של התביעה החוזית הוא נזק כלכלי הניתן לחישוב ולכימות בקלות יחסית, בעוד שמושאה הטיפוסי של התביעה הנזיקית הוא נזק לגוף, לכבוד או לרכוש, שכימותם קשה יותר. פער זה הביא לכך שבתחום הנזיקין התפתחה פרקטיקה של אי התערבות ומתן חופש כמעט מוחלט למושבעים בקביעת שיעור הפיצויים, ואילו בתביעות חוזיות התפתחה פרקטיקה הפוכה של התערבות תדירה וקפדנית בפסקי פיצויים מופרזים.[47] הרגל זה, כך מוסבר, הביא לצמצום השימוש בדוקטרינה בדיני החוזים, ובמשך הזמן הפך להלכה משפטית מחייבת.[48]

ג. מגבלות ההסבר המסורתי

2.11 לדעתי, למרות קסמו הלכאורי, ההסבר המסורתי מספק מענה חלקי בלבד - ולכן בלתי מספק - לשאלת צמיחתו של הכלל האוסר. גם אם ניתן להניח כי אופי התביעות החוזיות הקל על השופטים לפסול פסקי פיצויים מופרזים בתביעות חוזיות כאשר רצו בכך,[49] הרי מכאן ועד למסקנה כי בתביעות חוזיות היו הם מנועים לחלוטין מאישור

---

44 העדות היחידה שמצאתי מן המאה ה-18 לפסיקת תשלום עונשי בתביעה חוזית הוא פסק הדין האמריקאי **Coryell v. Colbaugh** 1 N.J.L. 90 (N.J.S.C. 1791). שעסק בתביעה לפיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין. לדיון בחריג מסורתי זה של הכלל האוסר ר' סע' 4.05 להלן.

45 המצב המשפטי במדינות השונות יידון בהרחבה בשער השני לחיבור.

46 כפי שיובהר להלן, פרט לחשיבותו מן הפרספקטיבה ההיסטורית, יש במענה לשאלה זו כדי להבהיר את מקורן האידאולוגי של חלק מהמחלוקות הקיימות גם כיום בשאלת מקומו הראוי של התשלום העונשי בדיני החוזים.

47 לתיאורייה זו בסיס בפסקי הדין אנגליים מהמאה ה-18 ומהמאה ה-19. הדוגמה המובהקת היא: **Sharpe v. Brice** [1774] 96 Eng. Rep. 557, 557: "**The same rule does not prevail upon questions of tort as of contract. In contract the measure of damages is generally matter of account, and the damages given may be demonstrated to be right or wrong. But in torts greater latitude is allowed to the jury: and the damages must be excessive and outrageous to require or warrant a new trial.**" בפסק הדין ***William*** (הנ"ל בהערה 26) לעיל נדונה הסגת גבול שפגעה ביבולו של התובע וגרמה לו לכל היותר אובדן רווח של 200 ליס"ט. המושבעים פסקו 300 ליס"ט. בית המשפט (מפי השופט Coltman) מצטט בהסכמה את ההבחנה בין תביעות חוזיות לנזיקיות שנקבעה ***בעניין Sharpe*** ומציין כי: "**..we must allow the jury a greater degree of latitude in an action of this sort than would be proper in a case of contract.**" Id., 847. דברים דומים השמיע שם גם השופט Creswell: "**In cases of this sort, it is not to be expected that a jury will measure their verdict so nicely as in cases of contract; and therefore it is exceedingly difficult for the court to draw the line at which their interference ought to stop.**" Id., 848. מעניין לציין, שבציטוטים אלה אין למצוא כל הנמקה מדוע הנזק החוזי קל יותר לחישוב מהנזק הנזיקי. כמוסבר בטקסט, הדעת נותנת שההבדל נעוץ באינטרסים הטיפוסיים שעליהם הגנו בעבר דיני החוזים ודיני הנזיקין.

48 ר' למשל: **Note**, 531: "**Because damages in such an action** [contract] **can be measured by a more objective standard, the power of a judge to supervise the jury in reaching the correct award was early established, and the discretion of the jury was confined to tort actions.**" **Miner**, 670, הסבר מסורתי זה מופיע בגירסות שונות אצל: **Sullivan**, 212-13, 216-19; D.E. Venour, "Punitive Damages in Contract" 1 **Can. J. L. & Jur.** (1988) 87, 95-96. **which led to exemplary damages**

49 הנחה זו אף היא בעייתית, כשלעצמה, כאשר היא מנוסחת באופן גורף. **ראשית**, גם הפרת חוזה, ממש כעוולה הנזיקית, עשויה לגרור נזק לא רכושי, כגון נזק גוף או נזק נפשי, שמטיבם קשים הם לכימות ולהערכה בכסף (ולהיפך - העוולה הנזיקית כרוכה לעיתים בנזקי רכוש שאין קושי לכמתם). **שנית**, גם הנזק הכלכלי שהוא מושאה של התביעה החוזית הטיפוסית כרוך במקרים רבים במידה לא מבוטלת של ספקולציה ביחס להיקף הרווח שהתובע היה צפוי להפיק לו קויים החוזה, והיקף הנזקים שהיו נחסכים ממנו

nevo.co.il

פסקי דין שלדעתם כללו רכיב עונשי - ארוכה הדרך. כשם שידעו שופטים אלה לאשר פסקי תשלומים לבר-מפצים במסגרת תביעות נזיקין תוך היזקקות להנמקה העונשית, כך יכלו - **לו חפצו בכך** - לאשר פסקי דין דומים גם במסגרת תביעות חוזיות, שבהן התנהגותו של הנתבע נחזתה בעיניהם כמצדיקה זאת. במילים אחרות, עצם **האפשרות** להתערב בתביעות חוזיות כדבר שבשגרה, אין בה, כשלעצמה, כדי להסביר את השימוש הקבוע שנעשה בסמכות זו בפועל, ואת האיסור העצמי שכפו השופטים על עצמם ועל המושבעים בכל הקשור לפסיקת "פיצויים עונשיים" בתביעות חוזיות.[50]

בסעיפים שלהלן אבקש להציע הסבר חלופי לנטייה השיפוטית שהתפתחה במאות ה-18 וה-19 להימנע ממתן אישור מפורש לפסיקת תשלומים עונשיים בתביעות חוזיות. כפי שיובהר מייד, הסבר זה עשוי לא רק לשפוך אור על השתרשות ההבחנה מושא המחקר, אלא גם לסייע בחשיפת ההצדקות האפשריות של הכלל האוסר, ובהערכה ביקורתית של תקפותן בימינו אנו.

ד. הסבר מוצע לצמיחת הכלל האוסר

2.12 לדעתי, צמיחת ההבחנה הגורפת בין עילות נזיקין לעילות חוזיות בהקשר דנן, והפיכתה להלכה מחייבת במחצית השנייה של המאה ה-19, יסודן בפעולתם המשולבת של ארבעה גורמים שיידונו להלן.[51]

1. התמורות הכלכליות והשפעתן

2.13 תהליך צמיחתם המואץ של דיני החוזים במאות ה-18 וה-19 מיוחס כיום במידה רבה להתפתחותם המרשימה של השווקים הכלכליים באנגליה בעקבות המהפכה התעשייתית.[52] הגידול בהיקף הפעילות המסחרית והמעבר לכלכלת שוק חופשי יצרו צורך חזק במערכת משפטית מודרנית, יעילה וקוהרנטית. נדרש דין חוזים חדש, אחיד, פשוט וברור ככל הניתן, שיוכל להתמודד בהצלחה עם היקף ההתדיינות המסחרית המתרחבת והמגוונת, תוך

אלמלא ההפרה. יתרה מכך, מבחני הסיבתיות העובדתית והמשפטית אינם מבחנים טכניים, ויישומם כרוך בדרך כלל בשיקול דעת שיפוטי רחב. לפיכך, גם במסגרת תביעה חוזית קיימת גמישות לא מעטה בהערכת הנזק.

50 הכרה מסויימת במגבלותיו של ההסבר המסורתי עולה, לדעתי, מדבריו של אחד המלומדים, שבסמוך לאחר ההסבר המובא על ידו, מעיר, כי למעשה ייתכן שהגורם להשתרשות הכלל האוסר איננו אלא "טעות היסטורית" מקרית: **"The traditional unavailability of punitive damages** [in contract] **may be considered simply an accident of historical development."** **Sullivan**, 218, n. 74. יש לזכור שגם בתביעות חוזיות, שבהן היתה ההתערבות קלה יותר, היא נתפסה כחריג לעיקרון המסורתי שנהג אז, לפיו קביעת הפיצויים היא עניין המצוי בסמכותו המלאה של חבר המושבעים, ולא בידיו של בית המשפט. אישור פסקים מופרזים בתביעות חוזיות יכול היה אפוא להשתלב היטב במגמה מסורתית זו של ריסון שיפוטי.

51 מעניין לציין, כי בתקופה שבה אנו דנים (שלהי המאה ה-18 עד מחצית המאה ה-19) החלו מתגבשות במשפט האנגלו-אמריקאי, במקביל להבחנה מושא מחקרנו, הבחנות משפטיות נוספות בין עילות הנזיקין לעילות החוזיות. הבחנות אלה הביאו בסופו של דבר להיפרדותם התיאורטית של דיני החוזים מדיני הנזיקין. לזיקה ההיסטורית שבין דיני החוזים לדיני הנזיקין ולתולדות הסתעפותם מהם ר' למשל: M. Bridge, "The Overlap of Tort and Contract" 27 **McGill L.J.** (1982) 872; W.L. Prosser, "The Borderland of Tort and Contract" in: **Selected Topics on the Law of Torts** (Ann Arbor, 1953) 380; P.J. Cooke, D.W. Oughton, **The Common Law of Obligations** (London, 3rd ed., 2000) 8-13. עד למאה ה-19 הבחין המשפט האנגלי בין עילות התביעה השונות על בסיס הסעד המבוקש והניסוחים השונים שבהם נתבע בכתב התביעה. משטר דיוני זה של "צורות תביעה" ("forms of action") ששרר באנגליה החל מהמאה ה-13, בוטל רשמית בסדרה של חיקוקים שראשיתם ב- **Uniformity of Procedure Act** 1832 וסופם ב- **Judicature Act** 1873. לדיון מקיף במשטר צורות התביעה ובתולדותיו ר': F.W. Maitland, **Equity, also The Forms of Action at Common Law** (Cambridge, rep. 1932) 293-375; see also: **Montague**, 99-101; J.H Baker, **An Introduction to the History of English Law** (London, 3rd ed., 1990) 63-83.

52 להתפתחויות הכלכליות באנגליה בתקופה זו ר': **Atiyah**, 24-35. דיון מקיף יותר בהתפתחות המשק הבריטי בתקופה דנן ניתן למצוא אצל: A.D. Gayer, **The Growth and Fluctuation of the British Economy 1790-1850** (Oxford, 1953). לתיאור המצב הכלכלי ששרר באנגליה עד למחצית המאה ה-18 ר': J. Clapham, **A Concise Economic History of Britain** (Cambridge, 1949) ch. 8 & 9. להתפתחות הכלכלה האמריקאית ולהשפעתה על המשפט האמריקאי בכלל ועל דיני החוזים בפרט במעבר מהמאה ה-18 למאה ה-19 ר': M. Horwitz, **The Transformation of American Law, 1780-1860** (Cambridge, 1977) 109-39, 173-80. למגמות הכלכליות ביתר כלליות ר': L.M. Friedman, **A History of American Law** (N.Y., 2nd ed., 1985) 177-201.

nevo.co.il

הבטחת וודאות משפטית מירבית.[53] על רקע זה נקל להבין את הרתיעה מהכרה בסמכות המושבעים לפסוק "פיצויים עונשיים" בתחום החוזי-מסחרי: בתחום זה, שנתפס כחולש במישרין על חיי המסחר והכלכלה, נחזתה הכרה בסנקציות "פתוחות" כדוגמת התשלום העונשי כפגיעה חמורה בוודאות הדין וביכולתם של הגורמים הפועלים בשוק החופשי לצפות מראש את היקף האחריות המשפטית שהם נוטלים על עצמם כלפי הצד השני להתקשרות.[54] פסיקת תשלום עונשי נתפסה אפוא כגורם מרתיע העלול לדכא פעילות כלכלית מבורכת, ולפיכך נטו שופטי אותם ימים להמעיט בשימוש בה במסגרת תביעות חוזיות, מתוך הנחה שעיקר הפעילות המסחרית במשק מתבצעת באמצעות חוזים.

2. *האידאולוגיות של התקופה והשפעתן*

2.14 לצד התמורות הכלכליות, לא ניתן להתעלם מהשפעתה הרבה על דיני החוזים בכלל, ועל הכלל האוסר בפרט, של האידאולוגיה האינדיבידואליסטית-קפיטליסטית ששלטה בכיפה באותם ימים, ואשר השפעתה ניכרה כמעט בכל תחומי החיים.[55] הגשמת שאיפותיו האישיות של הפרט, רוחניות כחומריות, ומיעוט ההתערבות בענייניו (laissez faire - נחזו כמשרתים בעקיפין גם את האינטרס החברתי הכולל.[56] בתחום המשפט הביאה אידאולוגיה זו במישרין להאדרת מושג החוזה כביטוי אולטימטיבי לאוטונומיה של הפרט.[57] במידה רבה היא האחראית לפיתוחה המואץ של "התיאוריה הקלסית" של דיני החוזים, שהגיעה לשיא פריחתה במאה ה-19, "תור הזהב של

---

53 על השפעת הגידול באוכלוסיה ובהיקף הפעילות המסחרית על היקף ההתדיינות המשפטית עמד פרופ' Atiyah בספרו: **"With the growth of population, and the huge increase in commerce and industry, there must have come a great increase in the number of situations in which people.. ..had some contact with the law." Atiyah**, 353.

54 הגיון זה עומד ככל הנראה בבסיס הלכת **Hadley v. Baxendale** הידועה (משנת 1854), שקבעה כי נזק שאינו ניתן לצפייה על ידי הצדדים בעת כריתת החוזה איננו בר-פיצוי במסגרת דיני החוזים. הוא הדין בהעדר ההכרה של הדין האנגלי בסנקציות משפטיות אחרות בתחום החוזי, כדוגמת תשלומי השבה, פיצויים מוגברים ופיצויים בגין נזק לא-ממוני. היגיון זה משתקף בפסקי דין רבים באנגליה ובארה"ב. ר' למשל דברי הלורד **Atkinson** בפסק הדין ***Addis***, הנתפס עד היום כאסמכתא לכלל האוסר על פסיקת פיצוי לא-ממוני ופיצוי עונשי בתביעות חוזיות: **"..to apply.. ..the principles on which damages are measured in tort to cases of damages for breach of contract would lead to confusion and uncertainty in commercial affairs." Addis v. Gramophone Company Ltd.** [1909] A.C. 488, 495 (H.L.). חששות אלה מושמעים עד כיום כהצדקה לכלל האוסר. להערכה ביקורתית שלהם ר' סע' 10.27 ואילך. לדיון בהלכת ***Addis*** ר' סע' 4.02 להלן.

55 בין הוגי הדעות שכתיבתם השפיעה על האידאולוגיה של התקופה ראויים לציון מיוחד אדם סמית (1723-1790) שחיבורו המפורסם אודות "עושר האומות" (1776) נתפס כבסיס לתורת הכלכלה המודרנית; עימנואל קנט (1724-1804) וחיבורו החשוב "ביקורת התבונה הטהורה" (1781) שבמרכזו חקר הרציונליות שבאדם; ג'רמי בנת'האם (1748-1832) אבי תורת התועלתנות. אל אלה הצטרף במאה ה-19 ג'ון סטיוארט מיל (1806-1873) שפיתח בכתביו הן את הרעיון הליברלי והן את הרעיון התועלתני (בחיבוריו הידועים "על החירות" ו"על התועלתיות").

56 רעיון זה עמד בבסיס התורה הכלכלית-מדינית של אדם סמית, אותה תמצת ההיסטוריון Muller במילים אלה: **"What sets the market in motion is the propensity to satisfy self-interest through exchange… ..self-interest leads to market exchange, which fosters the division of work, which leads in turn to special expertise, dexterity, and improved machinery and ultimately creates greater wealth."** J.Z. Muller, **Adam Smith - in His Times and Ours** (Princeton, 1995) 69.

57 הפרט נתפס כאדון לגורלו, והחוזה - כמבטא את רצונם המשותף של הצדדים לו. רצון הצדדים נתפס כ"חוק פרטי", שהחברה באמצעות המשפט מחוייבת להכיר בתוקפו המחייב ולאוכפו ללא כל התערבות בתוכנו. "חופש החוזים" - האוטונומיה של הפרט להתקשר בחוזים ולעצב את תוכנם לפי רצונו - נתפס מעתה כעקרון-על, המסביר והמצדיק את דיני החוזים כולם. קרקע רעיונית פורייה שממנה שאבו תפיסות אלה היתה "תיאוריית הרצון" (Will Theory). תיאורייה זו, שיסודותיה הרעיוניים והעיוניים פותחו לראשונה בכתביהם של פילוסופים קונטיננטליים מאסכולת המשפט הטבעי במאות ה-16 וה-17, הופצה בארופה במאה ה-17 על ידי הפילוסופים הנודעים Grotius (1583-1645) ו-Pufendorf (1632-1694), מייסדי האסכולה הטבעית הצפון-ארופאית. התורה אומצה בשינויים מסויימים במהלך המאה ה-18 על ידי המלומדים הצרפתיים Barbeyrac, Domat, ו- Pothier. חיבורו של האחרון - R.J. Pothier, **A Treatise on the Law of Obligations or Contracts** (Philadelphia, 1853, 3rd am. ed. Trans. by Evans) תורגם לאנגלית לראשונה בשנת 1806 ונודעה לו באותה תקופה השפעה עצומה על שופטים ומלומדים באנגליה. אלה אימצו חלק מעיקריה של תיאוריית הרצון, ודחו חלקים אחרים ממנה, שלא התאימו למורשת המשפט האנגלי ולתפיסות שרווחו בזמנם. לדיון במקורותיה ההיסטוריים והרעיוניים של תיאוריית הרצון ולאופן שבו שולבה ונקלטה במשפט המקובל האנגלי החל מראשית המאה ה-19 ר': J. Gordley, "Natural Law Origins of the Common Law of Contract" in: **Towards A General Law of Contract** (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, Vol. 8) (Berlin, 1990, Barton Ed.) 367. להשפעתו של Pothier על עיצוב דיני החוזים האנגליים ר': **Teeven,** 179-81; **Atiyah**, 399-400, 405-8.

nevo.co.il

דיני החוזים".[58] עיון בעקרונותיה המובילים של תיאוריה זו מגלה קשר רעיוני ישיר ומתבקש ביניהם ובין האידאולוגיה של התקופה מצד אחד, לבין שלילת ההכרה בתשלום העונשי בתביעות חוזיות מצד שני:[59]

ראשית, בהיות התשלום העונשי מוטל על ידי בית המשפט משיקולי מדיניות כלליים, ללא תלות בכוונת הצדדים לחוזה ובלא כל עיגון בלשונו, היה אימוץ הדוקטרינה בתביעות חוזיות סותר את עקרון-העל, שלפיו הצדדים לחוזה - ולא בית המשפט - הם המעצבים הבלעדיים של תוכנו, ובכלל זה - של התרופות בשל הפרתו.[60] **שנית**, בהיותה מכוונת לדיכוי התנהגויות בלתי מוסריות, סותרת הדוקטרינה את הרעיון, שלפיו בחיי המסחר זכאי כל פרט לעשות כאוות נפשו ולפעול באורח אגואיסטי ורציונלי למיקסום תועלתו האישית, כשהוא משוחרר מכל חובה אתית שאיננה מעוגנת מפורשות בלשון החוזה.[61] **שלישית**, בהיות תחולתה מותנית בהוכחת דרגה גבוהה של אשמה מוסרית, ובכלל זה יסוד נפשי מחמיר, סותרת הדוקטרינה גם את העיקרון שלפיו בתחום החוזי אחריות המפר היא מוחלטת ובלתי תלוייה באשמה.[62] **רביעית**, בהיותו משקף יחס עוין להפרה מודעת של חוזים, ובהיותו גורם מרתיע מפניהן, סותר התשלום העונשי את העיקרון, שלפיו "קדושת החוזה" אין פירושה חתונה קתולית בין הצדדים לו. בתפיסה זו הן ערך החירות והן הצורך בשוק חופשי יעיל ודינמי מצדיקים להתיר לאדם להשתחרר באופן חד-צדדי מהתחייבות חוזית מכבידה שנטל על עצמו, בכפוף לתשלום פיצויים לנפגע.[63] **חמישית**, ואחרון, בהיותה מגבירה

---

[58] המקור המקיף ביותר העוסק בהתפתחות התיאוריה הקלסית של דיני החוזים באנגליה במאות ה-18 וה-19 ובדעיכתה לאורך המאה ה-20 הוא ספרו המונומנטלי של Atiyah (הנ"ל בהערה 43) המוקדש כולו לחקר שורשיה התרבותיים, הפוליטיים, הכלכליים והחברתיים של תיאוריה זו. לתקציר של עיקרי חיבור זה ר': B. Mench, "Freedom of Contract as Ideology" 33 **Stan. L.R.** (1981) 753. תהליכים דומים עברו על דיני החוזים האמריקאיים. לסקירות רלבנטיות ר': **Horwitz**, 160-210; L.M. Friedman, **Contract Law In America - A Social and Economic Case Study** (Madison, 1965). **Teeven**, ch.4 (years 1689-1789) & ch. 6 (years 1800-1875); J. Beatson, D. Friedman, "From 'Classical' to Modern Contract Law" in **Good Faith and Fault in Contract Law** (Oxford, 1995, Beatson & Friedman Eds.) 3, 7-17. לסקירה ביקורתית ושנוייה במחלוקת ר': G. Gilmore, **The Death of Contract** (Columbus, 1974). לסקירה קצרה בשפה העברית ר': ג' שלו, "מה נותר מחופש החוזים" **משפטים** יז (תשמ"ח) 465, 467; ג' שלו, **דיני חוזים** (ירושלים, מהדורה שנייה, תשנ"ה) 27-25.

[59] הצגה תמציתית וסדורה של העקרונות והמאפיינים הבסיסיים של התיאוריה הקלסית ניתן למצוא אצל: P.S. Atiyah, "Contract, Promises and the Law of Obligations" in **Essays on Contract** (Oxford, 1986) 10, 11-17; P.S. Atiyah, **An Introduction to the Law of Contract** (Oxford, 4th ed., 1989) ch. 1, s. 3; **Teeven**, 179-190. ר' גם: א' פורת, **הגנת אשם תורם בדיני חוזים** (ירושלים, תשנ"ז) 35-32. דיון פרטני בשבעה מאפיינים מרכזיים של דיני התרופות בשל הפרת חוזה, המשקפים במידה זאת או אחרת את התיאורייה הקלסית, ניתן למצוא אצל: E.A. Farnsworth, "Legal Remedies for Breach of Contract" 70 **Colum. L.R.** (1970) 1145.

[60] לפיכך על בית המשפט להימנע ככל שניתן מהתערבות בתוכן החוזה. ביטוי קלסי לגישה שיפוטית זו יש בפסק הדין **Printing and Numerical Reg. Co. v. Sampson** [1875] 19 Eq. 462, 465: **"…public policy requires.. ..that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts.. ..shall be held sacred and shall be enforced by Courts of Justice. …**[judges] **are not lightly to interfere with this freedom of contract."** עיקרון זה נתפרש כחל גם על תחום התרופות: **… ..<u>in all cases of contract, the sole object of the court is to ascertain the agreement</u> of the parties, and that <u>agreement, as a general rule, controls the measure of remuneration</u>." Sedgwick**, 225. טיעונים מסוג זה משמעים למעשה גם כיום כהצדקה לכלל האוסר. לדיון ביקורתי בטיעונים אלה ר' סע' 10.12 לעיל.

[61] תפיסה 'דרוויניסטית' זו משתקפת היטב במימרה הלטינית הידועה "caveat emptor" ("היזהר הקונה!"), הנתפסת עד היום כמייצגת את הלך הרוח של המאה ה-19. בתפיסה מעין זו דגל השופט והמלומד האמריקאי Holmes. ר' הערה 63 להלן.

[62] זאת בניגוד גמור לדיני הנזיקין, שבהם שקילת כל הנסיבות הרלבנטיות לעניין, ובכלל זה מידת אשמתם המוסרית של הצדדים נתפסה באותם ימים כרלבנטית לעניין שיעור חיובו הכספי של המזיק: **"..in cases of contract** [as opposed to tort] **as a general rule, the law takes no notice whatever of the motives of the defaulting party; ..<u>whether the engagement be broken through inability or design, the amount of remuneration is the same</u>;" Sedgwick**, 33, 227; **Globe Refining Company v. Landa Cotton Oil Company** (1903) 190 U.S. 540, 544 (Holmes J.): **"If a contract is broken, the measure of damages generally is the same, whatever the cause of the breach… The motive for the breach commonly is immaterial in an action on the contract."**

[63] נציגה המובהק של גישה זו היה המלומד והשופט האמריקאי Holmes, שסבר כי: **"The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. ...it** [the law] **leaves him** [the promisor] **free to break his contract if he chooses."** O.W. Holmes, **The Common Law** (Boston, 1881), 301; see also: O.W. Holmes, "The Path of the Law" 10 **Harv. L.R.** (1897) 457, 462: **"The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it - and nothing else."** לדיון בתיאוריית האחריות החוזית של Holmes ר': P.S. Atiyah, "Holmes and the Theory of Contract" in P.S. Atiyah, **Essays on Contract** (Oxford, rep.

nevo.co.il

ומחזקת את ההגנה התרופתית על הנפגע מההפרה (ובה בעת מגבירה את עצמת הסנקציה המוטלת על המפר) עומדת דוקטרינת התשלום העונשי בסתירה למגמה הכללית הניכרת בדיני התרופות האנגלו-אמריקאיים, להקל עם המפר ולהגביל במידה משמעותית את עצמת הסנקציות בגין הפרת חוזה.[64]

בסיכום, שלילת ההכרה בתשלומים עונשיים בתחום החוזי עלתה בקנה אחד עם העקרונות המובילים שעיצבו את דיני החוזים בתקופה שבה נתגבש מוסד התשלומים העונשיים, וניתן היה להצדיקה במסגרת האידאולוגיות שהזינו את התיאורייה הקלסית של דיני החוזים. בדיני הנזיקין, לעומת זאת, לא נקלטו רעיונות אלה, וודאי לא בעצמה ובמהירות שבה התרחש הדבר בדיני החוזים.[65] בנסיבות אלה אך טבעי הוא שבית גידולה המסורתי של דוקטרינת התשלום העונשי, לפחות בראשית ימיה, היה בדיני הנזיקין ולא בדיני החוזים.[66]

3. ההבדל בין תביעות נזיקין לתביעות חוזיות מבחינת טיב האינטרס המוגן

2.15 גורם אחר העשוי להסביר באופן חלקי את הפער מושא המחקר הוא, לדעתי, ההבדל בין מאפייני התביעה החוזית לבין מאפייני התביעה הנזיקית מבחינת טיב האינטרס המוגן. אין להכחיש, כי התביעה החוזית הטיפוסית מגינה על אינטרסים כלכליים טהורים, שלא זכו בעבר להגנה נרחבת על ידי דיני הנזיקין. הפגיעה באינטרסים אלה נתפסה בעבר - ובמידה מסויימת נתפסת גם היום - כחמורה פחות מהפגיעות המסורתיות שמפניהן הגנו דיני הנזיקין בתקופה הנדונה: פגיעות בגוף, בחירות ובכבוד, וברכוש פיזי. בהחלט ייתכן שתחושה זו אחראית לכך שהצורך בפסיקת תשלום עונשי הורגש בעבר באופן חזק יותר בתביעות נזיקין, מאשר בתביעות חוזיות.[67]

4. "עידן העקרונות"

---

64 נטייה זו באה לידי ביטוי בדין הפוזיטיבי בדמות שורה ארוכה של עקרונות ומוסדות משפטיים, המקנים למפר יתרון על פני הנפגע, כגון: עדיפות תרופת הפיצויים על פני תרופת האכיפה; הגבלת שיעור הפיצויים על ידי מבחני ריחוק נזק מחמירים (השוללים הכרה בנזק לא ממוני, והדורשים צפייה סבירה של הנזק בעת הכריתה); עקרון הקטנת הנזק; הדרישה להוכחת הנזק ושיעורו בוודאות; ועוד. הדיון בעקרונות מגבילים אלה הביא את פרופ' Farnsworth למסקנה כי דיני התרופות החוזיים: **"..have the effect of restricting rather than enlarging the responsibility of the party in breach. All in all, our system of legal remedies for breach of contract, heavily influenced by the economic philosophy of free enterprise, has shown a marked solicitude for men who do not keep their promises."** **Farnsworth**, 1216; see also: **Sebert** 1571-84 (same).

65 הדברים אמורים הן ביחס לתפיסת מקורה של התרופה בנזיקין (שיפוטית, ולא נובעת מהסכמת הצדדים); הן ביחס להיקף הסנקציות (נקבע באופן ליברלי בהתאם לשיקול דעתו הכמעט מוחלט של חבר המושבעים); הן ביחס לתפיסת משטר האחריות בנזיקין (משטר המבוסס על אשמה, להבדיל מאחריות מוחלטת); והן באשר להכרה המפורשת בנזיקין בלגיטימיות של מטרות חברתיות עונשיות וחינוכיות (להבדיל מההתנכרות לתפקיד זה בתחום החוזים). על הפער בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין בתחום התרופות ניתן ללמוד מדברים שנכתבו במחצית המאה ה-19 על ידי אחד מחשובי המלומדים של התקופה: **"It has already been said, that our law makes a broad distinction on the subject of compensation between actions of contract and actions of tort, and while it permits the jury in the latter instance to take into consideration the intention of the offending party, to review all the circumstances of the case, and to make their verdict conduce to the purposes of punishment as well as compensation, that on the other hand in actions of contract the motive or animus of the defendant is entirely disregarded, and the damages are strictly limited to the direct pecuniary loss resulting from the breach of the agreement in question."** **Sedgwick**, 227. עם זאת, ראוי לציין שמייד בסמוך לקביעה זו עובר המלומד לבחון מספר 'חריקות' וחריגות שגילה בפסיקה מעיקרון כללי זה. Id., 227-30

66 אכן, חלק ניכר מעקרונות דיני החוזים המודרניים מבוסס על ההשקפה, כי דיני החוזים שונים רעיונית באופן יסודי מדיני הנזיקין. עמד על כך פרופ' עטיה: **"For at least a hundred years - and in many respects for more like twice that time… ..the fundamental distinction has been between obligations which are voluntary assumed, and obligations which are imposed by law. The former constitute the law of contract, the latter fall within the purview of the law of tort… These broad distinctions reflected a set of values and ways of thought which also exercised a most profound influence on the conceptual pattern which was imposed on contract law itself."** **Atiyah**(3) 10.

67 לדיון בשאלה אם הבחנה זו יכולה להצדיק את הכלל האוסר גם כיום ר' סע' 10.10-10.11 להלן.

nevo.co.il

2.16 לצד הגורמים שנזכרו לעיל, תרם את תרומתו להשתרשות הכלל האוסר גם הלך הרוח האנטלקטואלי שאפיין את המחשבה וההגות במעבר מהמאה ה-18 למאה ה-19, תקופה המתוארת לעיתים בכינוי "עידן העקרונות" ("The Age of Principles"). בביטוי זה הכוונה לתפיסה ששלטה באותם ימים בעולם הרוח והעיון, ולפיה כל תחום ידע ומחקר ניתן לביסוס על מספר מצומצם של עקרונות ברורים ומוחלטים. עקרונות אלה על ההוגה והחוקר לגלות, להגדיר, ולנסח ככל הניתן באופן ברור וחד-משמעי.[68] בתחום דיני החוזים באה נטייה אנטלקטואלית כללית זו לידי ביטוי בחתירה להעמדת הדין על **עקרונות, כללים והבחנות ברורים ונעדרי חריגים**, שיוכלו להבטיח קוהרנטיות, פשטות, בהירות, ולספק תשובות חד-משמעיות וצפויות מראש לכל בעייה משפטית שתתעורר.[69] כל זאת, אפילו במחיר של פגיעה ביכולתו של השופט להגמיש ולהתאים את הדין לנסיבות כל מקרה ומקרה תוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי רחב, שנתפס בעיני רבים כבלתי רצוי - הן מבחינה מעשית, הן מבחינה עקרונית.[70]

לדעתי, האיסור הגורף שהשתרש במשפט האנגלו-אמריקאי על פסיקת תשלומים עונשיים בתביעות חוזיות משקף היטב את הנטייה האמורה להפיכת פרקטיקות שיפוטיות נפוצות - בענייננו הנטייה להרבות בפסיקת תשלומים עונשיים בתביעות נזיקין, ולהמעיט בכך בתביעות חוזיות - ל'כללי ברזל' נוקשים ונעדרי חריגים. בשל נטייה זו, תחת לפתח עיקרון גמיש, המתיר את הפעלת הדוקטרינה בתביעות חוזיות שבהן נראה הדבר כמתבקש מאופייה של הפגיעה ומחומרת התנהגותו של המפר, נתגבש הדין באופן שאינו מותיר פתח לשיקול דעת שיפוטי, והמבחין **באופן גורף** בין דין העילה החוזית לבין דין העילה הנזיקית.

---

[68] נטייה זו היתה חזקה במיוחד בתחומי הידע העיוניים - בפילוסופיה, בתורת המוסר, בתורת המדינה, בכלכלה, וגם בתחום המשפט: **"The period 1770-1870 seems to have been dominated by the idea of Principles. There were principles of political economy, ethics and morality, jurisprudence, political behaviour… This stress on rule or principle is an important element in eighteenth and nineteenth-century intellectual ideals." Atiyah**, 345, 347.

[69] העמדת הדין על מספר מצומצם של עקרונות כלליים נתפסה כעדיפה וכמתחייבת הן מטעמים אסתטיים-אנטלקטואליים, והן מטעמים תועלתניים-מעשיים. במישור הראשון היסק מהכלל אל הפרט נתפס כאלגנטי יותר מקביעת מערכת מפורטת של כללים בעלי תחולה מצומצמת, שהכרעה שיפוטית על פיהם מחייבת עיסוק מייגע וטרחני בעובדותיו של כל מקרה קונקרטי; ואילו במישור השני פעולה על בסיס כללים ברורים ונוקשים נתפסה כדרך יעילה יותר להכוונת התנהגות ולהשגת וודאות ויציבות, מאשר עשיית צדק שיפוטי ממקרה למקרה על בסיס עקרונות גמישים של מוסר והגינות. הצורך בשיטתיות, קוהרנטיות וודאות הורגש במיוחד במשפט המקובל האנגלי, שעד לאותה תקופה התבסס על מערכת סבוכה של עילות תביעה וסבל מתוהו ובוהו משפטי. ואכן, מכאן ואילך אנו מוצאים לראשונה ניסיונות של מלומדים להציג את המשפט האנגלי באופן סדור, אנליטי וקוהרנטי (ציון דרך מובהק היו כתבי **Blacksone** (1768) שזכו לפרסום ולתהילה בקרב המשפטנים בני דורו באנגליה ובארצות הברית). התיאורייה הקלסית של דיני החוזים היא דוגמה מובהקת לפיתוחו של ענף משפטי שלם על בסיס תפיסה עיונית דומה: **"One of its** [contract law's] **principle characteristics was its abstractness, its lack of particularity, its attempt to treat all contracts as being of the same general character… The emphasis on the fixed rules of contract law, the emphasis on the abstract nature of these rules and of their applicability to all people and all subject-matter alike, has been treated as part of the very nature of certain and predictable rules as opposed to more flexible, but more unpredictable discretionary justice… A related idea was that of minimizing discretion in legal decisions. The law was to become more certain, more predictable, more intelligible…" Atiyah**, 402, 352; see also: **Gilmore**, 101-2: **"The reduction of the basic fields of law to self-contained and logically consistent systems of rule and doctrine was.. ..the principal feature.. ..of our late nineteenth century.. ..jurisprudence. What went on in Contract is merely a special instance of what went on everywhere."** לדיון נרחב ב"עידן העקרונות" ובהשלכותיו על עיצוב פניה של התיאוריה הקלסית ר': **Atiyah**, 345-58.

[70] **"It is absolutely necessary.. ..that the rights of the subject should depend upon certain and fixed principles of law, and not upon rules and constructions of equity, which when applied.. ..must be arbitrary and uncertain, depending.. ..upon the will and caprice of the judge."** J. Powell, Essay upon The Law of Contracts and Agreements (1790) x; cited in **Horwitz**, 160. ייתכן שתפיסות מעין אלה עומדות ברקע המימרה הבריטית הידועה **"Hard cases make bad law"**. מעניין לציין, שתפיסות שמרניות מעין אלה מובעות לעיתים גם על ידי מלומדים בני זמננו, הסבורים ש: **"Too much individualized discretion… ..is hardly compatible with the security of ordinary transactions and of the rights flowing there from, to subject them to discretion rather than to rules."** A.V. Lavontin, "Equitable Discretion: Impact on Remedies and on Rights" in **Equity & Contemporary Legal Developments** (Jerusalem, 1992, Goldshtein Ed.) 1, 3.

nevo.co.il

באיזו מידה אכן נוהג בימינו אנו איסור על הפעלת הדוקטרינה בתביעות שעילתן חוזית? לבחינת המענה לשאלה זו נשים פנינו עתה.

* * *

שער שני:

הדין הנוהג

הערה למטרת הדיון בשער השני

תכלית הדיון בשער זה היא לברר באיזו מידה, אם בכלל, מאפשר הדין הנוהג במדינות השונות שבהן מוכרת הדוקטרינה, לפסוק תשלום עונשי במסגרת תביעות חוזיות, דהיינו, תביעות שעניינן, בין היתר, בהפרת חוזה. כמצויין בפתח החיבור, וכפי שיפורט אגב הדיון, ברוב המדינות שבהן זכתה הדוקטרינה לדריסת רגל אומץ הכלל האוסר על פסיקת תשלום עונשי בתביעות אלה, לפחות במישור ההצהרתי. הדיון במצב המשפטי יתמקד אפוא מטבע הדברים בחריגים השונים שהתפתחו בצילו של הכלל האוסר. מטרתנו תהיה לברר באיזו מידה ובאילו אופנים חלחלה הדוקטרינה מתחום הנזיקין לעבר התחום החוזי. אגב כך ננסה ללמוד באיזו מידה קיימת כיום נכונות בשיטות המשפט השונות להכיר בתשלום העונשי כסנקציה לגיטימית בתחום החוזי. השער נפתח בסקירה קצרה של היקף ההכרה בדוקטרינה בתחום הנזיקין, כרקע לבחינתו המעמיקה יותר של המצב בדיני החוזים בפרקים הבאים.

nevo.co.il

פרק ג':

מבוא:
התשלום העונשי בדיני הנזיקין

<u>הערה למטרת הפרק ולמקומו במסכת הכללית של השער השני</u>

3.01 חקר מעמדה של הדוקטרינה בדיני הנזיקין וסקירת עקרונות הפעלתה בתחום זה, כשלעצמם, אינם מעניינו בחיבור זה.[1] עם זאת, **התוודעות תמציתית להיקף תחולתה של הדוקטרינה ב'ענף האם'** שבו התפתחה הינה מתבקשת, בטרם ניכנס בעובי הקורה בחקירת מעמדה בתחום החוזי. שני טעמים עיקריים לדבר: **ראשית**, מטרתו המרכזית של המחקר היא, כזכור, חקירה והערכה ביקורתית של הפער בין גישתם של דיני הנזיקין לדוקטרינה, לבין גישתם של דיני החוזים אליה. ממילא, מתבקשת עמידה על המצב הקיים בתחום הנזיקין, ולו בתמצית בלבד. **שנית**, ההיכרות עם מעמדה של הדוקטרינה בדיני הנזיקין מאפשרת להבין טוב יותר את המצב הנוהג בתחום דיני החוזים, את המגמות והתמורות שחלו בו, ואת הגישות השונות שננקטו בסוגייה. הטעם לכך הוא - כפי שיובהר בפרקים הבאים - שהחלת הדוקטרינה בתביעות חוזיות נעשתה כמעט תמיד באמצעות רטוריקה 'נזיקית'. רטוריקה זו מציגה את העילה החוזית כעילה המבוססת למעשה על הפרת חיוב נזיקי מן הדין, וזאת כדי לעקוף את הכלל האוסר.[2] היקף תחולתה של הדוקטרינה בדיני הנזיקין משפיע אפוא במישרין - לפחות להלכה - על היקף תחולתה בתביעות חוזיות.[3]

<u>א. אנגליה</u>

3.02 לאחר צמיחתה במאה ה-18,[4] המשיכה הדוקטרינה להתבסס בדיני התשלומים האנגליים במאות ה-19 וה-20,[5] אך לא זכתה מעולם לעיגון חקיקתי.[6] באנגליה, להבדיל מארצות הברית, לא לווה תהליך התבססות זה בביקורת מיוחדת מצד הפסיקה או הספרות.[7] עם זאת, ואולי דווקא בשל כך, במשך שנים רבות שרר חוסר וודאות ניכר ביחס לבסיסיה הרעיוניים של הדוקטרינה וביחס לעקרונות הפעלתה המצויים והרצויים.[8] שינוי מרחיק לכת במצב המשפטי הביא עימו פסק הדין המפורסם בעניין ***Rooks*** **(1964)**.[9] בפסק דין תקדימי זה קבע בית הלורדים, מפי הלורד Devlin, כי על אף היותה מושרשת במסורת האנגלית, הדוקטרינה מבטאת אנומליה בלתי רצויה במשפט

---

1 דיון במעמדה ובעקרונות הפעלתה של הדוקטרינה בדיני הנזיקין ניתן למצוא כמעט בכל ספר-טקסט העוסק בדיני הנזיקין או בדיני התשלומים. לסקירות טובות ר' למשל: **Am. Jur.**, s. 741-50; 757-818; **McCormick**, 275-98; **Halsbury Laws of England** (London, 4th ed. reissue, 1998) Vol 12(1) para 811, 1115-17; **Cooper**, 689-709; **McGregor**, 291-313; **Waddams**, ch. 11; F.V. Harper, F. James, O.S. Grey, **The Law of Torts** (Boston, 2nd ed., 1986) Vol 4, 526-34. לדיון סדור במיוחד במצב המשפטי באנגליה ר': **English Report**(1) 51-94; **English Report**(2) 53-93. ספרים מפורסמים המוקדשים בשלמותם לטיפול במגוון הבטיה של הדוקטרינה הם: **Redden,** (2 Vols.); **Ghiardi** (2 Vols.); J.J. Kircher, C.M. Wiseman, **Punitive Damages - Law and Practice** (St. Paul, 2nd ed., 2000) (2 Vols.).

2 דיון נרחב בטכניקות "נזיקיות" אלה ניתן למצוא בסע' 5.04 ואילך.

3 סקירה קצרה של מעמד הדוקטרינה בנזיקין משרתת בעקיפין גם מטרה נוספת. הסקירה שלהלן תבהיר, שבמרבית המדינות שבהן מכירים בדוקטרינה גם בתחום הנזיקין, קיימת מחלוקת חריפה על עצם הלגיטימיות שלה. עובדה זו מדגישה גם את החשיבות שבניתוח ביקורתי כללי של שאלת ההצדקה להכרה בתשלום העונשי כסנקציה אזרחית, כשאלה מקדמית לשאלת ההצדקה לפער בין דיני החוזים לדיני הנזיקין. על הצורך בבירור שאלה מקדמית זו עמדתי בדברי המבוא לחיבור, בעמ' כ"ד.

4 לסקירה היסטורית ר' סע' 2.04 ואילך.

5 למגוון אסמכתות מהפסיקה האנגלית בתקופה זו ר': **Fridman**, n. 11-27; ***Rooks***, 1223-5

6 החיקוק היחיד המסמיך מפורשות לפסוק תשלום עונשי (exemplary damages) בנסיבות המוגדרות בו (גזל או כל פגיעה אסורה אחרת באינטרסים אזרחיים) הוא: **Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act** (1951) s. 13(2) שני חיקוקים אחרים, הקובעים תשלומים 'מוגדלים' - ספק עונשיים - הם: **Copyright, Designs and Patents Act 1988**, s. 97(2), 191J (1) הקובע תשלומים מוגדלים (additional damages) על הפרה של זכות קניין רוחני, בהתחשב בחומרת ההפרה ובטובת ההנאה שהפיק ממנה המפר; (2) **Landlord and Tenant Act 1730,** s. 1. המטיל סנקציה של תשלום כפל שכירות על דייר הממשיך לתפוס חזקה שלא כדין במושכר. לדיון בהוראות אלה ר': **English report**(2) s. 4.21-4.22

7 למצב בארה"ב ר' סע' 3.03 להלן.

8 **ראשית**, עד לפסק הדין ***Rooks*** *לא* היה ברור אם מדובר בדוקטרינה עונשית ממש, או בדוקטרינה קומפנסטורית שעניינה בפסיקת פיצויים מוגדלים (או: "מוגברים") על פגיעות באינטרסים לא-ממוניים. **שנית**, לא היה ברור במסגרת אילו עוולות נזיקין ניתן להיזקק לדוקטרינה: האם בכל תביעה נזיקית, או שמא רק במסגרת אותן העוולות שבהן נעשה בה שימוש בתקדימים. אי הבהירות ביחס לשאלות אלה הביא לחוסר אחידות וחוסר עקביות בהפעלת הדוקטרינה, והקשה על יכולתם של בתי המשפט להכווין התנהגות באמצעותה. **שלישית**, גבר חוסר שביעות הרצון, מפסיקות פיצויים מופרזות על ידי מושבעים, וזאת במיוחד במשפטי דיבה. לדיון בבעיות אלה ר': **English Report**(2) 113, n. 56

9 **Rooks v. Barnard** [1964] A.C. 1129 (H.L.).

nevo.co.il

האזרחי, בהיותה מבוססת על שיקולי ענישה, שמקומם במשפט הפלילי.[10] בפרשו את התשלומים שנפסקו במרבית פסקי הדין בהם הופעלה הדוקטרינה בעבר כפיצויים מוגברים,[11] קבע Devlin, כי מן הראוי להגביל מכאן ואילך את תחולתה לשתי קטגוריות עובדתיות בלבד: האחת - פעולה בלתי חוקתית, שרירותית או מדכאת (oppressive) של עובד ציבור, הפוגעת בזכויות הפרט;[12] והשנייה - מעשה עוולה שנעשה תוך כוונה מחושבת להפיק רווח כספי.[13] למרות הביקורת הרבה שנמתחה על הלכת ***Rooks*** באנגליה ומחוצה לה,[14] היא אושרה על ידי בית הלורדים בעניין ***Cassell*** (1972),[15] ולא שונתה עד עצם היום הזה. בשנת 1993 צומצמה תחולת הדוקטרינה עוד יותר בפסק דינו של בית המשפט לערעורים בעניין ***A.B.***, על סמך פרשנות מצרה להלכות ***Rooks*** ו-***Cassell***.[16] חוסר הנחת מהמצב המשפטי הביא למינוייה של ועדה משפטית שבחנה באופן מקיף את הסוגייה. הוועדה המליצה לבטל את ההלכות המצמצמות שנפסקו החל מ-***Rooks*** (כולל), ולקבוע עיקרון שיאפשר פסיקת תשלום עונשי על בסיס רציונלי במסגרת כל עוולה נזיקית שהיא, לרבות עוולת הרשלנות, שבה בעת כתיבת דו"ח הועדה לא ניתן היה לעשות כן, לאור הלכת ***A.B.***.[17] המלצות אלה טרם יושמו,[18] אולם השפעתן ניכרת בפסק דין שניתן לאחרונה בבית הלורדים בעניין ***Kuddus*** (2001).[19] פסק הדין ביטל את הלכת ***A.B.*** המצמצמת, וניכרת בו מגמה אוהדת יותר כלפי התשלום

---

10 **"It may well be thought that.. ..**[exemplary damages] **confuses the civil and criminal functions of the law… ..your Lordships therefore have to consider whether.. ..to remove an anomaly from the law of England."** ***Rooks***, 1221.

11 הלורד דבלין הדגיש את ההבדל בין פיצויים עונשיים לבין פיצויים מוגברים, תוך שהוא קובע, כי הדוקטרינה האחרונה נמנעת מהקשיים הכרוכים בראשונה, ויחד עם זאת מגשימה בפועל את מטרותיו של התשלום העונשי, רובן ככולן: **"Aggravated damages… ..can do most, if not all, of the work that could be done by exemplary damages."** Id, 1230. לביקורתנו על סברה זו ר' סע' 7.95 להלן. לביקורת על עצם הניסיון להבחין בין הדוקטרינות ר' סע' 1.14 (46-49) לעיל.

12 ***Rooks***, 1226. על פי פסק הדין הרציונל להכרה בחריג זה נעוץ בצורך בחיזוק אמון הציבור בשלטון החוק ובהרתעת נאמני הציבור מפני עריצות שלטונית, גם במחיר של פגיעה בעקרון הפיצוי. כזכור, המקרים הראשונים שבהם הוכרה הדוקטרינה במשפט המקובל משתייכים לקטגוריה זו. ר' סע' 2.04, 2.07 לעיל.

13 ***Rooks***, 1226-7 על תחולתה המצומצמת של קטגוריה זו נמתחה ביקורת נוקבת. ר' למשל סע' 3.05, 3.07 להלן. בנוסף לשתי קטגוריות אלה נקבע חריג שלישי, שהוא למעשה חריג מדומה בלבד. זה האחרון חל במקרה שבו ניתנה הסמכה מפורשת בחוק לפסוק תשלומים עונשיים (החריג מדומה, שהרי באנגליה לחוק הפרלמנט כוח נורמטיבי עליון הגובר ממילא על כל הלכה פסוקה נוגדת).

14 הלכת ***Rooks*** נדחתה במפורש באוסטרליה, בניו-זילנד, בקנדה, ובישראל. ר' הפירוט בסעיפים הבאים.

15 **Cassel & Co. Ltd. v. Broome** [1972] A.C. 1027 (H.L.).

16 **A.B. v. South Water Services Ltd.** [1993] 2 W.L.R. 507. נפסק, כי תשלומים עונשיים לא ייפסקו אלא בעילות תביעה שבהן נפסקו בעבר לפני פסק הדין בעניין **Rooks**. המשמעות היא כי לא ניתן להפעיל את הדוקטרינה בתביעות רשלנות, שהן כמובן חלק הארי של תביעות הנזיקין בעידן המודרני. לביקורת הלכה זו ר': G.S. Pipe, "Exemplary Damages after Camelford" 57 **Modern L.R.** (1994) 91; **English Report**(1) s. 6.5.

17 לריכוז המלצות הוועדה ר': **English Report**(1) s. 8.3-8.13; **English report**(2) s. 5.40-5.44. המלצות הוועדה בדו"ח הראשוני תמכו 28% בביטול מוחלט של הדוקטרינה. 49% תמכו בהרחבה של הדוקטרינה, ו-23% הנותרים תמכו בהמשך הכרה חלקית בה. ר': **English report**(2) s. 5.13-5.15. המלומד Andrew Burrows, מגדולי המומחים בתחום התרופות, שעמד בראש הוועדה, תמך עד לפני מספר שנים באופן נחרץ בביטול מוחלט של הדוקטרינה. ר' למשל: A.S. Burrows, "Reforming Exemplary Damages: Expansion or Abolition?" in: **Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.) 153; A.S. Burrows, "The Scope of Exemplary Damages" 109 **L.Q.R.** (1993) 358; **Burrows**, 282-5. אולם לאחרונה הודה Burrows, כי שינה את עמדתו, וכי הוא מקבל את המלצת הוועדה בעניין זה. ר': **Burrows** (2) 297: **"I started off thinking that.. ..**[abolishing punitive damages] **was the better way forward. But approximately 72% of our consultees favoured retaining punitive damages in some form, and <u>reading their responses persuaded me of the merits of the second view</u>** [that punitive damages should be retained]**."**

18 במענה לשאילתה בנושא, השיבה ממשלת אנגליה בתאריך 9.11.99, כי כל עוד לא יושג קונצנזוס בנושא, אין בכוונתה לקדם מאמצי חקיקה שתכליתם ליישם את המלצות הוועדה. לעניין זה ר' דברי הלורד Nicholls, בפסקה 61 לפסק הדין ***Kuddus***, הנזכר להלן בהערה הבאה.

19 **Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary** [2001] 2 W.L.R. 1789 (H.L.).

nevo.co.il

העונשי, המחזקת את הלגיטימיות שלו כסנקציה אזרחית-עונשית, לפחות במסגרת הקטגוריות המסורתיות שנקבעו בפרשת ***Rooks***.[20]

ב. ארצות הברית

3.03 בשל הזיקה העמוקה בין המשפט האנגלי לבין המשפט האמריקאי בשלבי התפחותו הראשונים,[21] נקלטה דוקטרינת התשלום העונשי עד מהרה בפסיקה האמריקאית.[22] כבר במחצית המאה ה-19 זכתה הדוקטרינה למעמד מבוסס בדיני הנזיקין של מרבית המדינות.[23]

כמו באנגליה, גם בארצות הברית שררו בתחילת הדרך מחלוקת ואי בהירות באשר לרציונל העומד בבסיס הדוקטרינה (ענישה טהורה או פיצוי מוגבר ואמיתי). אולם כאן, להבדיל מבאנגליה, כבר במחצית המאה ה-19, עם התרחבות ההכרה בנזק לא-ממוני כראש נזק עצמאי ובר-פיצוי, החל האופי העונשי של הדוקטרינה מזדקר לעין.[24] בד בבד החלה מתפתחת בפסיקה ובספרות מחלוקת, לעיתים סוערת למדי, בשאלת הלגיטימיות של השימוש בסנקציה עונשית מובהקת במשפט האזרחי.[25] לביקורת העקרונית הצטרפו עם השנים חיצי ביקורת נוספים, שהצביעו על מגוון רחב של בעיות - עקרוניות ומעשיות - הכרוכות בהפעלת הדוקטרינה.[26]

---

[20] עמדה תומכת במיוחד בדוקטרינה ובהרחבת ההכרה בה הביע הלורד Nicholls: "**..cases do arise where awards of compensatory damages are perceived as inadequate to achieve a just result between the parties. The nature of the defendant's conduct calls for a further response from the courts. On occasion conscious wrongdoing by a defendant is so outrageous, his disregard of the plaintiff's rights so contumelious, that <u>something more is needed to show that the law will not tolerate such behaviour. Without an award of exemplary damages, justice will not have been done</u>. Exemplary damages, as a remedy of last resort, fill what otherwise would be a regrettable lacuna."** ***Kuddus***, s. 63 (Lord Nicholls). ועימו מספר השופטים, ציינו שייתכן שיש לבחון מחדש את הסוגייה כולה ולברר שמא יש מקום להרחיב את תחומי תחולתה של הדוקטרינה מעבר למה שנקבע בעניין ***Rooks***. יחד עם זאת, בהעדר טיעון בנושא זה, הושארה האפשרות בצריך עיון.

[21] לזיקה זו ר' למשל: E.A. Farnsworth, **An Introduction to the Legal System of the U.S.A.** (N.Y., 1963) 6-13; L.M. Friedman, **A History of American Law** (N.Y., 1973) 42-49.

[22] האסמכתה הראשונה להפעלת הדוקטרינה בשמה היא מדרום קרולינה: **Genay v. Norris** 1 S.C. 3, 1 Bay 6 (1784) באותו מקרה נפסק התשלום העונשי כנגד נתבע, שחמד לו לצון והוסיף לכוס יין שממנה שתה התובע כמות גדולה של חומר לחיזוק כוח גברא ("Spanish Fly"), אשר גרם לתובע לחלות.

[23] ראייה לכך הם דברים שנאמרו בבית המשפט העליון של ארה"ב כבר בשנת 1851: **"It is a well established principle of the common law, that in actions of trespass and all actions on the case for torts, a jury may inflict what are called exemplary, punitive, or vindictive damages upon a defendant, having in view the enormity of his offence rather than the measure of compensation to the plaintiff... By the common as well as by statute law, men are often punished for aggravated misconduct or lawless acts, by means of a civil action, and the damages, inflicted by way of penalty or punishment, given to the party injured." Day v. Woodworth** 54 U.S. 363, 371 (1851). למגוון רחב של אסמכתות מתקופה זו ולדיון במעמדה המבוסס של הדוקטרינה באותם ימים ר': **Sedgwick**, 525-38; **Owen**, 1263; **Sullivan**, 215; **Redden,** 16, n. 11.

[24] לתיאור תהליכים אלה ר': **Note**, 520; **Redden,** 15-16 ביטוי מובהק להכרה ברציונלים העונשיים של הדוקטרינה ודחייה מפורשת של רציונל הפיצוי יש בדברים שנאמרו בבית המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק בשנת 1876: **"..if the defendant, in committing the wrong complained of, acted recklessly, or willfully, and maliciously, with a design to oppress and injure the plaintiff, <u>the jury, in fixing the damages, may disregard the rule of compensation</u>, and beyond that may, as a punishment to the defendant, and as a protection to society against a violation of personal rights and social order, award such additional damages as in their discretion they may deem proper." Voltz v. Blackmar** 64 N.Y. 440, 444 (1876). ראו הגישה המפצה' לתשלום העונשי רווחת כיום בשתי מדינות בלבד. ר' הערה 27 להלן.

[25] הראשונים שהחלו להתנצח בשאלה זו הם ככל הנראה המלומדים Greenleaf ו-Sedgwick, שכתיבתם השפיעה רבות על הפסיקה בדורם. הראשון גרס שתכליתם הבלעדית של התשלומים במשפט האזרחי הינה פיצוי, וכי ניתן להסביר את כל התקדימים שבהם הופעלה הדוקטרינה לאור עיקרון זה. חברו סבר לעומתו, שרק רציונלים עונשיים מסבירים את הדוקטרינה ואף מספקים לה הצדקה עניינית. המחשה של רמות הרגש שהויכוח סביב הסוגייה התאפיין בהם יש בדברים של בית המשפט העליון של מדינת ניו-המפשייר בעניין ***Fay***, המובאים בהערה 6 למבוא לחיבור. בפסק דין תקדימי זה אומצה עמדתו של Greenleaf, ובוטלה רשמית ההכרה בדוקטרינה במדינת ניו-המפשייר.

[26] השער השלישי בחיבור מוקדש כולו להערכה ביקורתית של הדוקטרינה, ובו יידונו בנפרד ביקורות אלה ונוספות.

nevo.co.il

אולם, הביקורת והפולמוס המתמשכים סביב הדוקטרינה לא מנעו ממנה להשתרש ברובן המוחץ של מדינות הפדרציה.[27] יתרה מכך, בניגוד למצב באנגליה, בארצות הברית ניתנת הדוקטרינה עקרונית להפעלה במסגרת כל עוולות הנזיקין ללא הבחנה, לרבות עוולת הרשלנות.[28] היקף השימוש בה אף התרחב בעשורים האחרונים לתחומים חדשים, עם התרחבות תחומי האחריות בנזיקין.[29] התפשטות השימוש בדוקטרינה, והסנסציה הציבורית שעוררו פסקי תשלומים עונשיים מופלגים בשיעורם,[30] הביאו רבים לראות בדוקטרינה גורם מרכזי במשבר אליו נקלעה מערכת המשפט האזרחית החל משנות ה-80 ("The Tort Crisis") ועוררו קריאה הולכת וגוברת לביטולה של הדוקטרינה או לפחות לריסונה.[31] הדבר גרר גל של רפורמות חקיקה, שמכוחן הוטלו הגבלות שונות על פסיקת

---

[27] המלומד McCormick בספרו משנת 1935 קובע, כי המדינות היחידות שאינן מכירות בדוקטרינה הן לואיזיאנה, נברסקה, מסצ'וסטס וושינגטון. **McCormick,** 278-9 לרשימה זו מן הראוי היה להוסיף את ניו-המפשייר, שבה הופעלה הדוקטרינה כדוקטרינה של פיצויים מוגברים החל משנת 1873 (פסק הדין ***Fay***, הנ"ל בהערה 25) ועד לשנת 1986, שאז בוטלה סופית בדבר חקיקה. במדינות אלה דחתה הפסיקה באופן מסורתי את ההכרה בסמכותה לפסוק תשלומים עונשיים בתביעות אזרחיות כבר במאה ה-19 (ניו-המפשייר - 1873; נברסקה - 1878; ושינגטון ומסצ'וסטס - 1791). לפירוט האסמכתות הרלבנטיות ר': T.G. Koerner, "Contracts - Damages - Punitive Damages Awarded for Breach Accompanied by Fraudulent Act" 56 **Mich. L.R.** (1958) 448, n. 3. בלואיזיאנה, שמשפטה האזרחי מבוסס על קוד נפוליאון, לא הוכרה הדוקטרינה מעולם. עם זאת, גם במדינות אלה קיימים חיקוקים מיוחדים המסמיכים את בית המשפט לפסוק תשלומים עונשיים במקרים פרטניים. יתרה מזאת, במדינת מסצ'וסטס הכירה הפסיקה בשנות ה-80 בסמכותה לפסוק תשלומי מכפיל בתביעות על הפרה של תניית אחריות (breach of warranty) ביודעין או בחוסר תום לב, ובניגוד לחוק הליכות המסחר והגנת הצרכן. לדיון בפסיקה ובחקיקה המודרנית במדינות הנ"ל ר': **Ghiardi** s. 4.06-4.11; **Redden,** s. 21(A)(18)(21)(27)(29)(47). לצד מדינות אלה ראוי להזכיר את קונטיקט ומישיגן, שבהן מוכרת אמנם הדוקטרינה, אך מופעלת לאור רציונל הפיצוי, כפי שהיה נהוג בניו-המפשייר בעבר. המשמעות היא, שבמדינות אלה שיעור התשלום העונשי לא יעלה על הדרוש לפיצוי התובע על נזקיו (לרבות נזק לא-ממוני והוצאות משפט). לאסמכתות משתי מדינות אלה ר': **Ghiardi**, s. 4.03, 4.04; **Redden**, 27 & n. 1; **Redden**(II) s. 21(A)(7),(22); **Note**, n. 32; **Owen**, n. 186; **Ellis**, n. 39; **Am. Jur.** 2nd s. 735, n. 58-65.

[28] **"..a punitive damages award is based on the defendant's motive, state of mind, and degree of culpability rather than the particular tort committed." Redden**, 492, 512-16; **Prosser & Keeton On Torts** (St. Paul, 1984, 5th ed, Keeton Ed.) 10-11. הכרה מפורשת באפשרות תחולתה של הדוקטרינה בתביעות רשלנות ניתן למצוא כבר בפסיקה מוקדמת ביותר. ר' למשל: **Merrills v. Tariff Man'g Co.** 10 Conn. 384 (1835) (Supreme Court of Errors of Conneticut).

[29] דוגמה מובהקת היא תחום האחריות למוצרים פגומים. בתחום זה, המבוסס על משטר של אחריות חמורה, יוצרת ההכרה בדוקטרינה בעיות מיוחדות, אך משרתת מטרות חברתיות חשובות. לנושא בכלליות ר' למשל: D.G. Owen, "Punitive Damages in Products Liability Litigation" 74 **Mich. L.R.** (1976) 1257; R.C. Ausness, "Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation" 74 **Ky. L.J.** (1985) 1; J.G. Brooks, "The Dubious Extention of Punitive Damage Recovery in Pnnsylvania Products Liability Law" 23 **Duquesne L.R.** (1985) 681; M. Rustad, "In Defense of Punitive Damages in Products Liability: Testing Tort Anecdots with Empirical Data" 78 **Iowa L.R.** (1992) 1; C.R. Mabry, "Warning! The Manufacturer of This Product May Have Engaged in Cover-Ups, Lies, and Concealment: Making the Case for Limitless Punitive Awards in Product Liability Lawsuits" 73 **Ind. L.J.** (1997) 187. תחום נוסף שאליו התרחבה וחלחלה הדוקטרינה בארה"ב הוא התחום המסחרי, שבו ההיזקקות לדוקטרינה צברה תאוצה מרשימה במיוחד בעשורים האחרונים. בתחום זה החל משנות ה-80 נפסקים תשלומים עונשיים בתדירות גבוהה ובסכומים גבוהים יחסית בתביעות שעניינן הפרת חוזה או עוולות מסחריות אחרות. לנתונים אמפיריים על היקף השימוש בדוקטרינה בתחומים השונים ר' הערות 171 ו-307 בפרק ז'. דיון נרחב בתהליך החלחול של הדוקטרינה לתחום החוזי מצוי בפרק ה'. התרחבות נוספת של תחולת הדוקטרינה נובעת מההכרה בסמכות להטיל על תאגידים אחריות שילוחית לעוולות שביצעו עובדיהם במסגרת העבודה. לבעייתיות הטמונה בהרחבה כזו של תחולת הדוקטרינה ר' בקצרה סע' 7.10(37) להלן.

[30] שיא כל השיאים עד כה הוא פסק הדין שניתן בפלורידה בשנת 1999 כנגד חברות טבק וסיגריות מובילות במסגרת תביעה ייצוגית שהוגשה על ידי נפגעי עישון, ושבה נפסקו כנגד החברות 145 מליארד דולר (!!!) כתשלום עונשי. פסק הדין היה רצוף כשלים דיוניים ולפיכך בוטל לאחרונה על ידי בית המשפט לערעורים. ר': **Reynolds Tobacco Company v. Eagle** 2003 Fla. App. Lexis 7500 (Fla. 3rd Dist. Ct. App.)(21 May, 2003). פסקי דין מפורסמים אחרים שבהם נפסקו תשלומים עונשיים מופלגים הם פרשת **Texaco v. Pennzoil** (3 מיליארד דולר כתשלום עונשי בשנת 1984 - סכום שיא בשעתו - נגד חברת נפט בגין גרם הפרת חוזה); פרשת **Exxon-Valdez** (5 מיליארד דולר תשלומים עונשיים בשנת 1994 - סכום שיא בשעתו - נפסק כנגד חברת נפט גדולה בגין התרשלות מחפירה של קברניט שגרמה להתרסקות מיכלית נפט סמוך לחופי אלסקה; פסק הדין בוטל בערעור בשל היותו מופרז באופן משמעותי); פרשת **Ford Pinto** (125 מליון דולר כנגד חברת פורד בשנת 1981 בגין ייצור מיכלי דלק שסיכנו חיי אדם). מקרה ידוע אחר (אם כי בסדר גודל קטן יותר) הוא פרשת **Stella Garcia v. McDonald's** (2.7 מליון דולר כתשלום עונשי לקשישה בת 85 ששפכה על עצמה קפה רותח שקיבלה במסעדת מק'דונלד; הסכום הופחת לכחצי מליון דולר והצדדים הגיעו לפשרה לפני ערעור נוסף). למרות הסנסציות הגדולות שפסקי דין אלה ודומיהם עוררו, מחקר שנערך מטעם חברת Exxon הראה כי בעשור השנים שבין 1994-1984 ניתנו בארה"ב **בסך הכל 34 פסקי תשלומים עונשיים בסך מליון דולר ומעלה**. עובדה זו נובעת מנטייתם העקבית של בתי המשפט שלערעור להפחית סכומי עתק הנפסקים בערכאות הדיוניות על ידי המושבעים. מאמר חשוב המרכז ומנתח בתמציתיות את ממצאי המחקרים האמפיריים העיקריים שנעשו בארה"ב בנושא הוא: M. Rustad, "The Incidence, Scope, and Purpose of Punitive Damages: Unravelling Punitive Damages: Current Data and Further Inquiry" vol. 1998 **Wis. L.R.** (1998) 15.

[31] לביקורות טיפוסיות וחריפות המתריעות מפני ההרס הכלכלי הרב שהדוקטרינה גורמת ר' למשל: M.A. Crowley, "From Punishment to Annihilation: Engle v. R.J. Reynolds Tobacco Co. - No More Butts - Punitive Damages Have Gone Too Far" 34 **Loy. L.A.**

nevo.co.il

תשלומים עונשיים.[32] עם זאת, גם כיום, מוסיפה הדוקטרינה לשמור על חיוניותה ועל מעמדה המבוסס בדיני הנזיקין האמריקאיים, ודומה שמצב זה אינו צפוי להשתנות בעתיד הנראה לעין.[33]

ג. מדינות חבר העמים הבריטי

3.04 באופן טבעי התפשטה ההכרה בתשלום העונשי למרבית מדינות ה-Commonwealth הבריטי, שמשפטן שמר על זיקה למשפט האנגלי גם לאחר שזכו בעצמאות מדינית.[34] עם זאת, כמפורט להלן, ההגבלות המודרניות שאומצו באנגליה על תחולת הדוקטרינה לא אומצו בדרך כלל במדינות אלה.

3.05 ***באוסטרליה*** סרב בית המשפט העליון לאמץ את הלכת ***Rooks*** ואף מתח עליה ביקורת נוקבת.[35] הדין באוסטרליה נותר אפוא זהה באורח עקרוני לדין ששרר באנגליה לפני 1964, ולאחרונה אף ניכרת נטייה להרחבת תחולתה של הדוקטרינה לתחומים חדשים.[36]

3.06 ***בניו-זילנד***, בדומה למצב באוסטרליה, נדחתה הלכת ***Rooks*** האנגלית, אך אומצה ההבחנה המושגית בין פיצויים מוגברים לבין תשלומים עונשיים. הפסיקה קבעה, שתשלום עונשי ייפסק רק אם הסכום שניתן לפוסקו בתורת פיצויים מוגברים אינו מספק את הצורך בענישת הנתבע.[37]

L.R. (2001) 1513; M.A. Behrens, B.M. Parsons, "Responsible Public Policy Demands an End to the Hemorrhaging Effect of Punitive Damages in Asbestos Cases" 6 **Tex. Rev. Law & Pol.** (2002) 137.

[32] רפורמות אלה הונעו במקרים רבים על ידי גופים כלכליים, כגון בנקים, חברות ביטוח, תאגידי ענק, וגופים אחרים שנפגעו או חששו להיפגע מפסיקת סכומי עתק במסגרת הדוקטרינה. בין היתר כללו הרפורמות הטלת תקרות על סכומי התשלומים שניתן לפסוק, העברת נתחים מהתשלום העונשי לאוצר המדינה (וכך צמצום התמריץ לתבוע), הגבהת נטל ההוכחה ויצירת ערובות דיוניות נוספות לנתבע, הקניית חסינות לגופים שלטוניים, שלילת תחולתה של הדוקטרינה בתחומים מסויימים, ועוד. לדיון בהגבלות אלה ובתהליכי הריאקציה שקדמו להן ר' למשל: I. Englard, "Punitive Damages",ch. 11 in **The Philosophy of Tort Law** (Cambridge, 1993) 145, 149 & n. 41-45; G.L. Priest, "Punitive Damages Reform: The Case of Alabama" 56 **Louisiana L.R.** (1996) 825. למחקר המבקש להפריך - באמצעות נתונים אמפיריים - את המיתוס שלפיו הדוקטרינה יצאה מכלל שליטה ר': S. Daniels, J. Martin, "Mith and Reality in Punitive Damages" 75 **Minn. L.R.** (1990) 1; see also **Rustad** 16: "**Tort horror stories and incomplete data create the appearance of a punitive damages crisis.**" מחקרים אמפיריים נוספים וממצאים עיקריים העולים מהם מרוכזים בהערות 171 ו-307 בפרק ז'.

[33] בהקשר זה חשוב להדגיש, שעל אף הביקורות הנוקבות והצעות השיפור המושמעות חדשות לבקרים, רוב ברור של המלומדים האמריקאיים תומך בהמשך ההכרה בתשלום העונשי בדיני הנזיקין, במתכונת זו או אחרת.

[34] להשפעת המשפט האנגלי במדינות השונות אליהן התפשט ר': **Glendon**, 279-83. עם זאת, החלטות בתי המשפט האנגליים, ובכלל זה בית הלורדים, על אף היותן בעלות משקל והשפעה רבים, אינן בעלות מעמד משפטי מחייב במדינות חבר העמים הבריטי. עובדה זו הינה בעלת משמעות מיוחדת לעניין היקף ההכרה בדוקטרינת התשלום העונשי.

[35] **Uren v. Fairfax & Sons Pty Ltd.** (1966) 117 C.L.R. 129, esp. p. 131-9 (Taylor, J.). עם זאת, אומצה בפסק הדין ההבחנה המושגית שטבע הלורד דבלין בין תשלומים עונשיים לפיצויים מוגברים. מעמדו של התשלום העונשי כסנקציה נזיקית לגיטימית אושש מאז בסדרה של פסקי דין של בית המשפט העליון האוסטרלי: **XL Petroleum (NSW) Pty. Ltd. v. Caltex Oil (Aust) Pty. Ltd.** (1985) 57 A.L.R. 639; **Lamb v. Cotogno** (1987) 146 C.L.R. 1 (Australia H.C.).

[36] לדיון במצב המשפטי באוסטרליה ר': **English Report**(1) s. 4.3; **Tilbury**, 258-70; **Redden**(II) 637-43; see also: J. Glover, "Restitutionary Principles in Tort: Wrongful User of Property and the Exemplary Measure of Damages" 18 **Monash Un. L.R.** (1992) 169; H. Luntz, M. Tilbury, "Punitive Damages in Australian Law" 17 **Loy. L.A. Int. & Comp. L.J.** (1995) 769; B.W. Collins, "Tort and Punishment - Exemplary Damages: The Australian Experience", 70 **Australian L.J.** (1996) 47; M. Tilbury, "Exemplary Damages in Negligence Claims" 5 **Tort L.R.** (1997) 85; J. Edelman, "Exemplary Damages Revisited" 7 **Tort L.R.** (1999) 87. לדעה הקוראת לביטולה המוחלט של הדוקטרינה ר': **Tilbury**(2) 99-103.

[37] פסקי הדין המנחים הם: **Fogg v. McNight** [1968] N.Z.L.R. 330 (בית המשפט העליון) ו- **Taylor v. Beere** [1982] 1 N.Z.L.R. 81 (בית המשפט לערעורים). למצב המשפטי בניו-זילנד ר': **English Report**(1) s. 4.10-4.12; **Redden**(II) 644-6; S. Todd, **The Law of Torts** (Wellington ,2nd ed., 1997) 1229-37 ; A. Beck, "Exemplary Damages in New Zealand: Sunset and Evening Star" 6 **Tort L.R.** (1998) 194; S. Todd, "Exemplary Damages" 18 **N.Z. Un. L.R.** (1998) 145.

nevo.co.il

3.07 ***בקנדה***, המהווה עד היום דומיניון בחבר-העמים הבריטי, אומצה הדוקטרינה כמעט בכל המחוזות.[38] היחס להלכת ***Rooks*** היה בפסיקה הקנדית במשך שנים רבות דו-ערכי.[39] הספק הוסר לבסוף בפסק דינו המנחה של בית המשפט העליון של קנדה בעניין ***Vorvis***, שדחה את הלכת ***Rooks*** מפורשות.[40] פסק הדין אף קבע הלכה חדשנית, ולפיה במקרה המתאים בית המשפט אינו חסום מלפסוק תשלום עונשי אפילו בתביעות חוזיות.[41] ועדה משפטית שעסקה באופן מקיף בעתידה של הדוקטרינה המליצה על המשך ההכרה בה במתכונת הרחבה הקיימת, והדגישה את מטרותיה החברתיות החשובות והלגיטימיות.[42] גישה זו אומצה בשנים האחרונות גם בפסיקתו של בית המשפט העליון הקנדי.[43]

3.08 ב***אירלנד*** לא נדחתה הלכת ***Rooks*** במפורש, אך מסתמנת מגמת השתחררות מההגבלות שנקבעו בה על תחולת הדוקטרינה.[44] יחד עם זאת, כמו באנגליה, ההבחנה בין פיצויים עונשיים לבין פיצויים מוגברים מוכרת בתיאורייה, אם כי בחיי המעשה ספק אם היא מיושמת בפועל.[45]

3.09 ב***סקוטלנד*** שמשפטה האזרחי הושפע רבות מהמשפט הקונטיננטלי על אף הקירבה הגאוגרפית והפוליטית לאנגליה,[46] אין הדוקטרינה מוכרת כלל. פסק הדין המנחה בסוגייה קבע, כי המסורת הסקוטית אינה מכירה

---

[38] חריג לכלל הוא מחוז קובק, שם ניכרת השפעת המשפט הצרפתי, והדוקטרינה אינה מוכרת. עם זאת, הקודקס האזרחי של קובק מכיר באפשרות לפסיקת תשלום עונשי בגין הפרת חיוב, כאשר הדבר נקבע בחוק מפורש. **Civil Code of Quebec** (Cowansville, 1994) s. 1621. לדיון בהיקף ההכרה בתשלומים עונשיים בקובק ר׳: L. Perret, "Les Dommages Punitifs en Droit Civil Quebecois" **Can. Bus. L.J.** (1990) 285; **Quebec Civil Law** (Toronto, 1993, Brierly & Macdonald Gen. Eds.) 471.

[39] לפירוט האסמכתות השונות - התומכות והמסתייגות - ר׳: **Redden**(II) 647, n. 6, 7

[40] **"I would conclude that the *Rooks v. Barnard* decision should not apply in Canada… The law.. ..accords wider scope for the application of punitive damages than that envisaged in *Rooks v. Barnard*."** ***Vorvis***, 206. בדומה למצב באוסטרליה ובניו-זילנד, גם בקנדה ניתן לפסוק תשלום עונשי במסגרת עוולת הרשלנות, אפשרות שאינה מוכרת במשפט האנגלי. לדיון במצב המשפטי בקנדה ר׳ למשל: **Waddams**, ch. 11; **Cooper**, ch. 13; A.M. Linden, **Canadian Tort Law** (Toronto, 6th ed., 1997) 60-64; **Rainaldi**, s. 10-22; **English report**(2) s. 4.4-4.6; **Redden**(II) 646-8; **Fridman**, 378-82, 388-95; see also: B. Feldthusen, "Punitive Damages in Canada: Can the Coffee Ever Be Too Hot?" 17 **Loy. L.A. Int. & Comp. L.J.** (1995) 793; D. Gardner, "Reflexions sur les dommages Punitifs et Exemplaires" 77 **Can. B.R.** (1998) 198.

[41] לדיון בהלכה זו ר׳ סע׳ 4.15 ואילך.

[42] הוועדה, בראשותו של המלומד החשוב Feldthusen המליצה - בדומה לוועדה האנגלית שעסקה בנושא - לבטל כליל את ההכרה בדוקטרינת הפיצויים המוגברים, ולאמץ את הכינוי **Punitive Damages** תחת הכינוי האנגלי הרווח **Exemplary Damages**. זאת בשל הכרת הוועדה ברציונל העונשי-גמולי כרציונל המרכזי של הדוקטרינה, ובחשיבות הסמלית שבהדגשת רציונל זה. ר׳: **Canadian Report**, 28-30, 38, 103

[43] **"Punitive damages can and do serve a useful purpose. But for them, it would be all too easy for the large, wealthy and powerful to persist in libeling vulnerable victims… The most effective means of protection will be supplied by the knowledge that fines in the form of punitive damages may be awarded in cases where the defendant's conduct is truly outrageous." Hill v. Church of Scientology of Toronto** 184 N.R. 1 (Can. Sup. Ct.) Para. 199 (L'heureux-Dube). גישה מרחיבה הובעה גם בפסק הדין המנחה בעניין ***Whiten*** (2002) שם נפסק שהפרה של חובת תום הלב ביחסים חוזיים עשוייה לשמש עילה לפסיקת תשלום עונשי. לדיון בפסק הדין ר׳ סע׳ 4.22(75) להלן.

[44] עדות לכך היא הכרת בית המשפט העליון של אירלנד בקטגוריה נוספת שבה ייפסקו תשלומים עונשיים - כאשר מעשהו של המזיק פגע או סיכן במודע זכות חוקתית של התובע. **Conway v. Irish National Teachers' Organisation** [1991] I.L.R.M. 497 קטגוריה זו מזכירה את הקטגוריה הראשונה של ***Rooks*** אך תחולתה אינה מוגבלת לפגיעות הנעשות על ידי פקידים של הרשות המבצעת. זאת ועוד, וועדה משפטית אירית המליצה להכיר בתשלומים עונשיים במקרים של פרסום מחפיר וזדוני של לשון הרע, ובכך להרחיב גם את תחולת הקטגוריה השנייה של ***Rooks*** (המעמידה את הכוונה להפיק רווח ממוני כתנאי לתחולת הדוקטרינה). **Report on the Civil Law of Defamation** (1991) Irish Law Reform Commission, 68, cited in **English Report**(1) s. 4.9. לדיון במצב הדוקטרינה באירלנד ר׳: **English Report**(1) s. 4.7-4.9; **White,** 8-17; B.M.E. McMahon, **Irish Law of Torts** (Dublin, 2nd ed., 1989) 771-8.

[45] ר׳ למשל: **Kennedy v. Ireland** [1988] I.L.R.M. 472 (H.Ct.): **"The plaintiffs are in my opinion entitled to substantial damages and it is, in the circumstances of this case, irrelevant whether they be described as "aggravated" or "exemplary" damages."**

[46] האיחוד הפוליטי של סקוטלנד עם אנגליה ארע רק בשנת 1707. למקורותיה ותולדותיה של שיטת המשפט הסקוטית ר׳: T.B. Smith, **A Short Commentary on the Law of Scotland** (Edinburg, 1962) 3-24; D.M. Walker, **The Scottish Legal System** (Edinburg, 6th ed., 1992) 77-158.

nevo.co.il

בתשלומי כסף אזרחיים שמטרתם אינה "תיקון" (**reparation**).[47] עם זאת, במסגרת עקרון התיקון מכיר המשפט הסקוטי מכיר במושג **Solatium**, המאפשר לפסוק פיצויים על פגיעה ברגשות ובכבוד. דוקטרינה זו מאפשרת הגדלה או הגברה של הפיצוי הלא-ממוני כאשר מדובר בפגיעה זדונית או מחפירה, ובכך היא ממלאת תפקיד דומה לזה שממלאת דוקטרינת הפיצויים המוגברים במשפט המקובל האנגלי, שהוא במידה רבה בעל היבט עונשי.[48]

<u>ד. ישראל</u>

3.10 מוסד התשלומים העונשיים לא זכה מעולם לעיגון בפקודת הנזיקין, אך עובדה זו לא מנעה ממנו להיקלט אל דיני הנזיקין הישראליים מכוח הפסיקה כבר בשנותיה הראשונות של המדינה. בראשית ימיה הופעלה הדוקטרינה בעיקר במסגרת עוולות של תקיפה והסגת גבול.[49] בשנות ה-70, לאור הלכת ***Rooks*** האנגלית, בחן בית המשפט העליון מחדש את שאלת סמכותו לפסוק תשלומים עונשיים, בפסק הדין המנחה בעניין ***פרידמן***.[50] אגב דחייתם של ספקות שהועלו בשאלה זו בספרות המשפטית,[51] אישר בית המשפט העליון את ההלכה הקיימת, וקבע כי הדין הישראלי איננו כבול להלכה האנגלית המצמצמת ולא ילך בעקבותיה.[52] ואכן, למעט הסתייגות אחת שנשמעה מאז בפסיקה,[53] המשיכה הדוקטרינה להתבסס בדיני הנזיקין, ומכוחה נפסקו מפעם לפעם בעיקר בתביעות דיבה,

---

[47] **"..no authority for any distinction between damages and 'exemplary damages'** [exists] **in the law of Scotland. The very heading under which it is treated in our older books 'Reparation' excludes the idea." Black v. North British Railway Co.** (1908) S.C. 444, 453, cited in **English Report**(1) s. 4.13; see also **Sedgwick**, 532**: "In Scotland, the principle of compensation seems rigidly adhered to, even in cases of flagrant wrong."**; see also: W.M. Gloag, C. Henderson, **An Introduction to the Law of Scotland** (Edinburg, 10th ed., 1995) 177; D.M. Walker, **The Law of Delict in Scotland** (Edinburgh, 1966) Vol. I, 466.

[48] **"There is no adequate warrant in scotland for punitive, vindictive or exemplary damages, though in cases of deliberate wrongs damages may sometimes be aggravated by the outrageous nature of the conduct complained of.." Walker**, 466-7: see also **English Report**(1) s. 4.14. **"The question** : מכירה בעקיפין בשיקולים עונשיים מצד שני, ניתן ללמוד מדברים שנאמרו בפסק דין סקוטי מראשית המאה ה-19 **of damages… ..must always include both a question of *loss* and *solatium*. You** [the jury] **must consider it as a question of *reparation, not punishment*. But if a person of perfectly pure character is assailed in this manner, you will consider** הנכונות **whether a rich man ought to pay a little more" Christian v. Lord Kennedy**, 1 Murr. R. 428 cited in **Sedgwick**, 532. לחייב נתבע עשיר בתשלום גבוה יותר מזה שבו יחוייב נתבע עני מלמדת, ששיעור הסעד נקבע לאור עיקרון של הרתעה ולא של פיצוי (שהרי במונחי פיצוי אין כל מקום להבחנה כזו). תובנה זו זכתה להכרה בפסק דין ממדינת פנסילבניה מראשית המאה ה-19, שבו נאמר : **"..the extent of an injury has no imaginable relation to the means of him who is to repair it. In actions whose end is clearly compensation, and no more… ..the law inquires not into the ability of him but gives me the same damages or interest, whether he be rich or whether he be poor… ..and the converse shows that where the defendant's circumstances are brought into the account, something else than individual reparation is contemplated. M'Bride v. M'Laughlin**, 5 Watts' R. 375, 376 (S.C. Pa. 1836).

[49] ע"א 216/54 **שניידר נ. גליק** פ"ד ט, 1331, 1335 (תקיפה שגרמה חבלה) קבע השופט לנדוי, ש : **"...השיקול המכריע בקביעת הפיצויים הכלליים במקרה זה היה... ..שהתקפת המערער על המשיבה היתה זדונית, ללא התגרות מידית שקדמה לה, והיא בוצעה בפראות ובצורה שהיתה מכוונת להשפיל את כבוד המשיבה קבל עם ועדה. בית המשפט רשאי להביא בחשבון גורמים מיוחדים כאלה, כגון כוונתו הרעה של התוקף ובושת שסבל הנתקף, בקבעו פיצויים עונשיים (punitive damages)."** בע"א 81/55 **כוכבי נ. בקר**, פ"ד יא, 225, 234 (רשלנות שגרמה נזק גוף) ציין השופט ויתקון, כי : **"...יש ספק בלבנו, אם אפשר לפסוק פיצויים לדוגמה בגלל רשלנות, ותהיה זו אפילו רשלנות כה חמורה כמו במקרה דנן, אם הנזק נגרם ללא-זדון."** בע"א 256/62 **רחמני נ. משיח** פ"ד יז, 559, 559, דחה בית המשפט העליון תביעה לתשלומים עונשיים אגב אזכור האפשרות לפוסקם במקרה של תקיפה. ר' גם ע"א 277/55 **רבינוביץ נ. סלע** פ"ד יב, 1261, 1277, שם החיל השופט ברנזון את הדוקטרינה בתביעה על הסגת גבול במקרקעין, אשר בוצעה **"בזדון ובריש גלי, ללא התגרות ותוך זלזול גמור בזכויות הזולת."** ר' גם ע"א 3712/59 **הוברמן נ. עיריית בני ברק** פ"מ (תשכ"ב) לב, 359 (הסגת גבול, פיצויים עונשיים שנפסקו כנגד העירייה בשל הרישת מבנה שלא כדין). לביקורת הפסק ר' מאמרו של **ברק**, והתייחסותנו לדבריו בסע' 7.04(14) להלן.

[50] ע"א 30/72 **פרידמן נ. סגל** פ"ד כז (2) 225.

[51] ד"ר אהרון ברק, כתוארו אז, הביע בשעתו את העמדה, שלאור נוסחה של פקודת הנזיקין וההיסטוריה החקיקתית שלה, מן הראוי לפרשה כקובעת הסדר שלילי לעניין הסמכות לפסוק תשלומים בלתי מפצים (עונשיים, סמליים, וכיו"ב). כן נטען על ידיו (כפי שנטען על ידי הלורד דבלין בעניין ***Rooks***) שלפחות בחלק מפסקי הדין נעשה שימוש ברטוריקה של תשלום עונשי, שעה שלמעשה נפסק בהם פיצוי מוגבר בגין נזק ממשי שהתרחש. **דיני הנזיקין**, 4-583.

[52] **"...איננו רואה כל הגיון וכל טעם בהגבלת הכוח לפסוק פיצויים עונשיים.. ..כפי שצמצם זאת בית המשפט האנגלי בפרשת Rooks v. Barnard ולכן איני רואה צורך לסטות מההלכה שנפסקה אצלנו."** ***פרידמן***, 240. בכך הלך בית המשפט העליון בדרכה של הפסיקה במדינות חבר העמים הבריטי, שנסקרה בסעיפים הקודמים.

[53] השופט קיסטר הסתייג בשעתו מהלכת ***פרידמן*** בציינו, כי : **"כשלעצמי, לא הייתי גורס שיש סמכות כללית כזאת לבית המשפט..."** ע"א 711/72 **מאיר נ. הסוכנות היהודית** פ"ד כח (1) 393, 405.

nevo.co.il

תשלומים עונשיים או מוגברים - על פי רוב ללא הבחנה ברורה ביניהם, ועל פי רוב ללא הבחנה בין הפיצוי ה"רגיל" או האמיתי, לבין הסכום ה"מוגבר" או ה"עונשי" המיתוסף עליו.[54] בעשור האחרון ניכרת התרחבות מסויימת בשימוש בדוקטרינה גם לעילות נזיקין אחרות.[55] ברם ראוי להדגיש שלמרות זאת היקף השימוש בדוקטרינה הוא מוגבל למדיי, הסכומים הנפסקים אינם גבוהים בדרך כלל, ונטייתם הלא רשמית של מרבית השופטים היא ככל הנראה להמעיט בהיזקקות לה.[56]

---

[54] ר' למשל: ע"א 670/79 **הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ. מזרחי**, פ"ד מא (2) 169, 205, 209: **"..החלטתו של הארץ לפרסם את הכתבות לגבי מזרחי הייתה בלתי אחראית, ונתבססה על פירורי מידע שלא היה בהם אפילו בסיס לכאורי לעשות את הפרסום כפי שנעשה. כל אלה ביחד עם שאר שיקוליו של בית המשפט המחוזי יש בהם.. ..כדי להחמיר בשיעור הפיצויים במידה ניכרת ומשמעותית.."** (אושרו פיצויים מוגדלים ומוגברים בסך של כ-8,500 דולר כנגד עיתון בשל הוצאת דיבה); ע"א 802/87 **נוף נ. אבנרי** פ"ד מה (2) 489, 492-4 (פיצוי מוגבר בסך 7,500 ₪ הוכפל פי למעלה משלושה על ידי בית המשפט העליון שפסק 30,000 ₪ בגין לשון הרע); ע"א 259/89 **הוצאת מודיעין בע"מ נ. ספירו**, פ"ד מו (3) 48, 57 (נדחה ערעור על פיצויים בגין לשון הרע בסך 10,000 ₪, בין היתר בנימוק ש"**..אחת ממטרות הפיצוי במשפטי לשון הרע הינה לחנך את הקהל ולהחדיר לתודעתו כי שמו הטוב של האדם אינו הפקר. בפסיקת פיצויים יש משום מגמה עונשית ומגמה מחנכת ומרתיעה כאחד**"; ע"א 1370/91 **משעור נ. חביבי** פ"ד מז (1) 535, 538 (התנהגות העיתון ראויה לעונש, אך גם התובע נהג באופן פסול, ולפיכך אין מקום להעניק לו פיצוי מוגבר או עונשי); ת.א. (י-ם) 571/94 **סהר נ. מעריב** (תקדין-מחוזי, 96(1), 736 (פסקה 10.א.) (נפסק סך של 250,000 ₪(!) בגין הוצאת דיבה בין היתר בשל כך שאחד הנתבעים פעל בזדון מתוך רצון להכפיש את התובעת. בית המשפט ציין (בעמ' 749) כי: **"הפסיקה הכירה בזכותו של ניזוק לקבל פיצויים עונשיים במקרים בהם בית המשפט ביקש להוקיע התנהגות מכוונת או אי איכפתיות של המזיק"**); ר' עוד: ע"א (ת"א) 1751/93 **ליפשיץ נ. נתן** פ"מ, תשנ"ה (3) 133, 142 (**"בית המשפט רשאי, בהתאם לנסיבות, לחייב בפיצויים עונשיים"**; סכום של 15,000 ₪ שנפסק אינו גבוה, אך אין מקום להתערב); ת.א. (ת"א) 7165/84 **פישמן נ. בראון** פסקים (שלום) מז (3) 120, 126 (תלונה חסרת שחר של לקוח על עורך דינו, נפסקו 3,200 ₪ רק משום שזה היה סכום התביעה, תוך שבית המשפט מציין כי: **"המקרה הנדון מצדיק להטיל על הנתבע פיצויים עונשיים באשר פעל מתוך זדון ובכוונה להתחמק מלשלם לתובע את יתרת שכר טרחתו."**). לאחרונה ר' למשל: ת.א. (פ"ת) 6161/01 **רייכמן נ. יצהר** תקדין-שלום 2003(2), 939, 946 (40,000 ₪ כפיצויים על הוצאת דיבה, תוך ציון העובדה ש: **"משקבענו כי מדובר בפרסום שכוונתו לפגוע, הפיצוי נועד מעבר לאמור ואף כפיצוי עונשי מרתיע ומחנך"**).

[55] ר' למשל: ע"א 918/91 **נחשון נ. יוסף** תקדין-עליון, 91(1), 1242 (תקיפה) (טענה שסכום של 5,000 ₪ שנפסק על ידי בורר הוא מופרז נדחתה על ידי השופט אור בנימוק שהבורר **"רשאי היה לפסוק "פיצויים לדוגמה" או "פיצויים עונשיים"**); ת.א. (חיפה) 460/70 **לביא נ. מגן ליברמן בע"מ** פסקים (מחוזיים) תשל"ד (2) 263, 279 (גרם הפרת חוזה, נפסקו 8,000 ל"י נוסף על סכום הנזק, שכן הנתבע: **"התנהג כלפי התובע בצורה מחפירה. ..הפר.. ..את אמונו של התובע, ועל ידי פעולה מרושעת מאחורי גבו שלל ממנו את פרי עמלו. לאחר מכן נהג בתובע בצורה גסה ומעליבה. לפיכך יש להטיל על** [הנתבע] **פיצויים לדוגמה או פיצויים מוגברים"**); ע"א (ב"ש) 278/95 **א' נ. שבע באר-שבע בע"מ** תקדין-מחוזי, 96(3), 1224 (פגיעה בפרטיות על ידי פרסום שמה ותמונתה של קטינה בניגוד להוראות חוק הנוער ובניגוד לצו בית משפט, נפסקו 10,000 ₪ ו-6,000 ₪ בהתאמה, תוך שבית המשפט מציין כי **"על כך צריכים המפרסמים ליתן את הדין"**); ע"א (ת"א) 1059/94 **ג'אבר נ. ג'אבר** פ"מ תשנ"ה (1) 458, 466 (הפרת חובה חקוקה של גבר שגירש את אשתו בעל כורחה בניגוד לחוק העונשין, אושרו 84,000 ₪, ונאמר ש: **"גירוש אישה בעל כורחה הוא תופעה הנוגדת את התשתית הנורמטיבית של חברה מתוקנת. משום כך, מן הראוי לפסוק פיצויים עונשיים שיש בהם מרכיב מחנך ומרתיע"**); ת.א. (ב"ש) 930/89 **מנור נ. סונול ישראל בע"מ**, תקדין-מחוזי, 97(2) 841, 846 (גזל, הריסת עמודי תאורה סולריים וגניבת ציוד, נפסקו 100,000 ₪ עבור הנזק כפיצוי "גלובאלי" תוך התחשבות בכך ש: **"במקרה הנוכחי נראה לי שהפיצוי הגלובלי 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 אלמנט של פיצויים לדוגמא או פיצויים מוגברים"**); ת.א. (חדרה) 4634/95 **קעדאן נ. בדראן** דינים-שלום, יד, 422, פסקה 8 (הפרת חובה חקוקה, גירושי אישה בעל כורחה, נפסקו 100,000 ₪ כפיצויים הכוללים מרכיב עונשי); תמ"ש (ת"א) 64901/96 **פולק נ. פולק** תקדין-משפחה, 2001(3) 83, פסקה 11 (תקיפה, אלימות של גבר כלפי אשתו, נפסקו 20,000 ₪ כ"פיצוי לא ממוני", תוך שבית המשפט קובע ש: **"יש לעשות שימוש בהכרה ב"פיצויים עונשיים" בעולת התקיפה וליישמה בדיני משפחה כדרך נוספת להתמודדות עם תופעת האלימות במשפחה."**); תמ"ש 6113/97 **א.י. נ. א.ש.** תקדין-משפחה, 2002(2) 104 (תקיפה במשפחה, 40,000 ₪ נפסקו כ"פיצויים" תוך שבית המשפט מזכיר את סמכותו לפסוק פיצויים עונשיים); ת.א. (פ"ת) 6363/00 **ביטה נ. ברכר** תקדין-שלום, 2003(1), 68 (25,000 ₪ על תקיפה).

[56] הדבר עולה ממספר המקרים המצומצם שבהם מופעלת הדוקטרינה, מהסכומים הנפסקים (ר' הערות 54, 55 לעיל) ולעיתים אף מאמירות מפורשות של שופטים. למשל: **"אמת נכון הדבר, שאנו שונים מארצות הברית בשטח זה, וממעטים יחסית בהענקת פיצויי ראווה או פיצויים עונשיים."** ע"א 492/89 **סלונים נ. דבר בע"מ**, פ"ד מו (3) 827, 835 (השופט מלץ); **"יצויין, כי בניגוד למקובל בארה"ב, אין בתי המשפט בישראל נוהגים לפסוק פיצויים עונשיים."** ע"א 3654/97 **קרטין נ. עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ** נג(3) 385, 406; ר' גם ת.א. (י-ם) 1751/96 **גרוס נ. פז גז חברה לשיווק בע"מ** תקדין-מחוזי 2002(2) 2897, פסקה 27: **"בשיטה האמריקאית נוהגים בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים במקרים רבים, אולם אין זו שיטת המשפט הישראלי."** ר' גם הציטוט מעניין **בסון** בהערה 58 להלן. מיעוט המקרים מביא כנראה לעיתים משפטנים להניח כי הדוקטרינה כלל אינה מוכרת בישראל. ר' למשל דברי בית משפט השלום בבאר-שבע: ת.א. (ב"ש) 6233/96 **אפללו נ. אבו-רוסטום** תקדין-שלום 2000(2), 244 267: **"עוד יצויין, כי אף שאין בישראל פיצויי עונשין, שמץ מהם קיים"**. למרבה הפלא, דברים דומים נרמזו גם על ידי השופטת נאור, בבית המשפט העליון בעניין **אסף**, 435: **"כדוגמא ל"משפט אזרחי -עונשי-פרטי" מביא** [פרופ'] **מן את האפשרות, שאינה קיימת בארץ, לקבל פיצויים עונשיים בתביעות אזרחיות שיוזם הפרט."** שופטים אף מעלים לא אחת ספק באשר לעצם ההכרה בדוקטרינה. ר' למשל: ת.א. (י-ם) 1421/99 **שמחה נ. פזגז ירושלים**, תקדין-מחוזי 2001(2), 13703 , 13717: **"ככלל, אין בתי המשפט פוסקים פיצויים עונשיים אלא בגין עוולת המצריכות כוונה או זדון. מעבר לכך, הוטל ספק בעצם סמכותו של בית המשפט לפסוק פיצויים עונשיים, זאת לאור העדר הסמכה לפסיקת פיצויים כאלה בפקודת הנזיקין ובהתחשב בכך שפסיקת פיצויים עונשיים אינה עולה בקנה אחד עם תכליתם של דיני הנזיקין, אשר נועדו להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו ולא להעניש את המזיק."** (ציטוט בהסכמה של דברי השופט עדיאל בת.א. (י-ם) 4/95 **עזבון אטינגר נ. החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי**, דינים-מחוזי, כרך לב (65), 5, פסקות 14 ו-15). ר' עוד: ת.א. (י-ם) 1212/96 **נציגות יורשי רותם נ. ורצברגר** תקדין-מחוזי 99(2), 3970, 3983: **"אם לפני חוק יסוד: כבוד האדם**

nevo.co.il

יתר על כן: לאחרונה, בפרשת ***אמת***,[57] הועלתה על ידי הנשיא ברק בהערת אגב התנגדות מרומזת - אך עקרונית - לשימוש בדוקטרינה. לדעתו, גם בתחום המסורתי שבו הופעלה - תחום לשון הרע - מעוררת הדוקטרינה קשיים חוקתיים, ומפירה את האיזון הראוי בין הצורך בהגנה על השם הטוב לבין הצורך בהגנה על חופש הביטוי.[58] כמובהר בפרק ו', לדעתי כיום מוטלת בספק האפשרות לפסוק תשלום עונשי אך זאת לא מהטעם המהותי, אלא מהעדר עיגון חקיקתי פורמלי לפגיעה בקניינו ובכבודו של הנתבע.[59]

לסיום, מן הראוי לציין, שעל פני החקיקה האזרחית פזורות הוראות לא מעטות הקובעות - אמנם בהקשרים ספציפיים ומוגדרים - תשלומים עונשיים או מעין עונשיים על הפרתם של חיובים משפטיים.[60] עם זאת, למיטב ידיעתנו גם הוראות אלה אינן זוכות ליישום ממשי בפסיקת בתי המשפט.

וחירותו, נפסק הפיצוי העונשי במשורה ובמקרים חריגים, קל וחומר לאחר שנתקבל חוק יסוד זה ומה עוד שפיצוי עונשי הינו חריג למטרתם של דיני הנזיקין - השבת המצב לקדמותו" (לעיון בשאלת המעמד החוקתי של הדוקטרינה לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ר' להלן סע' 6.27 ואילך).

57 ע"א 4740/00 **אמר נ. יוסף** תקדין-עליון, 2001(3) 489.

58 בפסק הדין קיים מתח פנימי, הבולט לעין. מחד גיסא הנשיא ברק טורח להדגיש שהוא מותיר בצריך עיון את שאלת ההכרה בתשלומים עונשיים, שכן זו אינה טעונה הכרעה, וכי דבריו מתייחסים לתרופת הפיצויים בלבד, ואינם שוללים את ההכרה בדוקטרינה. מאידך גיסא, הוא מדגיש שוב ושוב את עמדתו, שלפיה סטייה מעקרון הפיצוי המלא מחייבת הצדקה מיוחדת, שכן היא מפירה את האיזון החוקתי הראוי וה"אופטימלי", המושג על ידי תרופת הפיצויים. הנשיא אף מציין במפורש, ש: "**לאור ההיבטים החוקתיים, קיימת בעייתיות בפסיקתם של פיצויים לדוגמה במקום שלשון הרע נגרמה מתוך כוונה להזיק.**" (שם, פסקה 14). ואכן, פסק הדין נתפרש בפסיקה כמשקף מגמה חדשה ומצרה כלפי השימוש בדוקטרינה בתביעות לשון הרע. ר' עניין ***פולק***, פסקה 13: "**לא ניתן ללמוד מהמגמה החדשה בעולת לשון הרע** [העולה מפסק הדין **אמר**] **וליישמה בעולת התקיפה..**"; לגישה מסוייגת ר' גם דברי השופטת הכט בת.א. (י-ם) 580/93 **בסון נ. בסון** תקדין-מחוזי 2001(1) 12242, פסקה 1, אשר במקרה של רצח כפול במשפחה קבעה, כי אין לפסוק כנגד הרוצח תשלום עונשי במשפטו האזרחי, תוך שהיא מציינת כי: "**אם לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נפסק הפיצוי העונשי במשורה ובמקרים חריגים, על אחת כמה וכמה לאחר שנתקבל חוק יסוד זה.**"

59 שאלת תקפותה של הדוקטרינה בנזיקין לאחר חקיקת היסוד לאחר מכשלה פורמלית זו לא זכתה עד כה להידון בפסיקה או בספרות המשפטית, אך הספק הועלה אגב אורחא בת.א. (י-ם) 1549/96 **לוי נ. הסתדרות מדיצינית הדסה**, תקדין-מחוזי, 98(1), 1922, פסקה 14 לפסק הדין (גרם מוות ברשלנות; התביעה נדחתה מטעמים אחרים). ר' גם הציטוט מעניין **בסון** בהערה הקודמת, ומעניין **נציגות יורשי רותם** בהערה 56 לעיל. לדיון בשאלת החוקתיות של הדוקטרינה ר' סע' 6.27 ואילך.

60 הדוגמות המובהקות ביותר הן הוראת סע' 183(ג) ל**חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967** והוראת סע' 65(ג) ל**חוק זכות מטפחים של זני צמחים, תשל"ג-1973**. הוראות אלה, המנוסחות באופן כמעט זהה, מסמיכות את בית המשפט לחייב נתבע שהפר פטנט או זכות מטפחים "**בתשלום פיצויי-עונשין**", בנוסף לפיצויים הרגילים שהוא מוסמך לפסוק על הפרת הזכות, וזאת במקרה של הפרה חמורה במיוחד (למשל, לאחר הזהרה של בעל הקניין הרוחני). הוראה עונשית מובהקת אחרת היא הוראת סע' 31(ב)(1) ל**חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981**, המסמיכה את בית המשפט לחייב נתבע שגרם או עלול היה לגרום בהתנהגותו "תקלה לציבור", לשלם לארגון צרכנים פיצויים בשיעור של עד פי ארבעה מהנזק שנגרם לתובע בפועל, וזאת בנוסף לתרופה שניתנה לתובע עצמו; ר' גם סע' 219(א)+(ב) ל**חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965** שמכוחם ניתן לחייב את העובר על הוראות החוק בתשלומי כפל עונשיים לועדה המקומית. ר' ע"פ 544/78 **אחים א.מ.ש. בע"מ נ. מ"י** פ"ד לג (3) 653, 655: "**סעיף 219 הנ"ל מטיל אמנם תשלום עונשי, אך החבות היא במהותה חבות אזרחית.**"; ר' גם: ע"א 615/83 **אלמרז בע"מ נ. מ"י** פ"ד מא (3) 603, 605-6. הוראות הקובעות תשלומים בעלי אופי עונשי קיימות גם במספר חיקוקים נוספים, אם כי ניסוחן של אלה אינו מגלה במבט ראשון את אופיה העונשי של הסנקציה הקבועה בהן. ר' למשל:

א) הוראת סע' 10(1) ל**חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988**, המסמיכה את בית הדין לעבודה לפסוק כנגד מעביד שהפר את הוראות החוק פיצויים ללא הוכחת נזק בסכום שעד 50,000 ש"ח, גם בהעדר נזק ממון. ההוראה פורשה כעיגון לתשלום עונשי בנ"ר/3-129 **פלוטקין נ. אחים אייזנברג בע"מ**, תקדין-ארצי, 97(3) 2599, 2610, 2611: "**בשוקלנו את תכליתו של חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה מתקבל על הדעת, על פי תכליתו, שבסעיף האמור התכוון המחוקק גם לפיצויים עונשיים מעבר לפיצויים על נזק שניתן להערכה. ...מדובר בעניינו בפיצויים עונשיים על הפרת זכות חוקתית ראשונה במעלה ועל הפעלת סטריאוטיפ לגבי נשים על ידי המעביד.**" ר' גם ע"ב (ב"ש) 1777/99 **עובד נ. חברת לאם ריסרץ'**, תקדין-עבודה 2002(1) 176, פסקה 125: "**בעניינו מדובר בפיצויים עונשיים על הפרת זכות חוקתית ראשונה במעלה ועל הפעלת אפלייה ע"י מעביד..**" ר' גם: פ' רדאי, "נשים בשוק התעסוקה", בספר **מעמד האישה** (ירושלים, תשנ"ה) 64, 15-114: "**נראה שהמטרה של סעיף 10(1) היא מתן פיצויים עונשיים על עצם העבירה על החוק...**" לדעתי, פרשנות ברוח זו עשוייה להביא לעיגון תשלום עונשי גם בהוראת סע' 3(א)(1) ל**חוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במנהל התקין) תשנ"ז-1997**, הקובעת הוראה דומה ביחס לפגיעה של מעביד בעובד שהגיש כנגדו תלונה. הוא הדין לגבי הוראת סע' 5(ב) ל**חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000**, הקובעת סנקציה דומה על הפליה האסורה לפי החוק.

ב) הוראות ס"ק 7א(א) ו7א(ב) ל**חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965** (תיקון תשנ"ט), המסמיכות את בית המשפט (האזרחי, או הפלילי) לחייב נתבע שפרסם לשון הרע לשלם לנפגע סכום של עד 50,000 ש"ח כפיצוי ללא הוכחת נזק. אכן, ייתכן שהטעם להוראה זו טמון גם בקשיי הוכחת הנזק הבלתי ממוני הכרוך בפרסום לשון הרע, אולם נראה שטעם נוסף הוא הרצון להרתיע ולהעניש על פרסום לשון הרע. הרציונל העונשי עולה בבירור מס"ק ג' הקובע, שאם הוכח כי לשון הרע פורסמה **בכוונה לפגוע**, ניתן לפסוק ללא הוכחת נזק את **כפל הסכום** האמור בס"ק א' ו-ב'. לתמיכה בפרשנות זו ר': תמ"ש (ת"א-יפו) 314827/96 **פלוני נ. פלונית**, תקדין-משפחה 2002(3), 190 197, ש: "**..כיום, לאחר התיקון, זכאי הוא גם לפיצוי בגין עצם הפרסום כנגדו, גם אם לא נפגע כלל, מעין פיצוי עונשי אם כי מוגבל בגובהו..**"

ג) הוראת סע' 3א ל**פקודת זכות יוצרים**, המסמיכה את בית המשפט לפסוק לתובע שנפגע מהפרת זכות יוצרים פיצויים בסכום שבין 10,000-20,000 ש"ח ללא הוכחת נזק; לעניין הלגיטימיות של ההתחשבות בשיקולי הרתעה ובמידת אשמתו של המפר במסגרת

nevo.co.il

ה. שיטות משפט נוספות המכירות בדוקטרינה

3.11 **בהודו**, שכמושבה בריטית היתה נתונה להשפעתו של המשפט האנגלי לפחות עד לקבלת עצמאותה המדינית בשנת 1947, נקלטה הדוקטרינה והשתרשה במשפט הנזיקין המצוי. כללי הפעלתה דומים לאלה של המשפט המקובל האנגלי, לרבות ההגבלה על תחולת הדוקטרינה בתביעות חוזיות. עם זאת, כמו במרבית מדינות חבר העמים הבריטי, ההגבלות שעוצבו בעניין ***Rooks*** אינן ישימות בהודו.[61]

3.12 גם ב**פיליפינים** נקלט מוסד התשלומים העונשיים בהשפעת המשפט האנגלי.[62] סעיפים 2229-2235 לקודקס האזרחי של הפיליפינים מעגנים את הדוקטרינה, מגדירים אותה, וקובעים את עקרונות הפעלתה.[63] מעניין לציין, שהקודקס האזרחי במדינה זו מעגן במפורש את האפשרות לפסוק תשלום עונשי **גם במסגרת תביעות חוזיות**, וזאת בניגוד למקובל במרבית השיטות שבהן הדוקטרינה מוכרת.[64]

3.13 ב**סין**, כבמרבית מדינות המשפט הסוציאליסטי, הושפע המשפט האזרחי מהעקרונות הקונטיננטליים, ולפיכך אין הדוקטרינה מוכרת בדין הנוהג. עם זאת, בשנת 1993 נחקק בסין "חוק להגנת הצרכן", אשר בסעיף 49 לו מסמיך את בית המשפט האזרחי לחייב יצרן שנתגלתה מרמה בהתנהגותו כלפי הצרכן, לשלם לאחרון סכום השווה לכפל

הוראה זו ר' דברי הנשיא שמגר בע"א 592/88 **שגיא נ. עזבון ניניו** פ"ד, מו, (2) 257, 271-2. ר' גם סע' 4א(5) ל**פקודת זכות יוצרים** המסמיך את בית המשפט לפסוק למחבר ש"זכות מוסרית" שלו נפגעה פיצויים בסכום שבית המשפט יקבע, גם בלא שהוכיח נזק ממון. הוראה זו אינה קובעת תקרה כלשהי לפיצויים, והדבר עשוי לפתוח פתח רחב לפסיקת "פיצויים עונשיים".

ד) הוראת סע' 6(ב) ל**חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998**, המסמיכה את בית המשפט לפסוק בשל הטרדה מינית או התנכלות סכום עד 50,000 ש"ח כפיצוי ללא הוכחת נזק; אכן, בדברי ההסבר לסעיף זה בהצעת החוק מודגש היבט הפיצוי לנפגע על הנזק הטבוע בהטרדה המינית. אולם נראה, שהטעם להוראה זו הוא גם עונשי-הרתעתי, והדבר עולה ממטרת החוק: **"החוק המוצע נועד <u>להוקיע</u> את ההטרדה המינית בכל הקשר שהוא.."** ר': ה"ח 2641, תשנ"ז, 483, 484. דוגמה ליישומו של החוק לצורך השגת מטרות עונשיות ר' לאחרונה פסק הדין שניתן בת.א. (ת"א-יפו) 110984/01 **פלונית נ. קאופמן**, תקדין-שלום, 2003(2), 1542, בו נפסק כנגד רופא שהעיר הערות מיניות למטופלת הסכום המירבי הקבוע בחוק. עם זאת, בית המשפט מנמק אינו מדגיש בפסיקתו את ההיבט העונשי, אלא את סבלה של המתלוננת ואת מטרותיו החינוכיות הכלליות של החוק.

ה) הוראת סע' 13 ל**חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999**, הקובעת, כי כל עוולה לפי החוק (גניבת עין, תיאור כוזב, התערבות לא הוגנת, גזל סוד מסחרי) עשויה לזכות את התובע בפיצויים ללא הוכחת נזק בסכום שעד 100,000 ₪.

ו) הוראת סע' 8 ל**חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987**, שכותרתו "**פיצויים מוגדלים**", המסמיכה את בית הדין לעבודה להטיל על מעביד, שהלין שכר מינימום של עובד, פיצויי הלנת שכר בשיעור מוגדל "ככל שייראה לו צודק בנסיבות העניין".

ז) הוראת סע' 5ד ל**חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975**, הקובעת ריבית פיגורים של 12% לשנה על איחור בביצוע תשלום תכוף תוך הפרת החובה המוטלת עליו בסע' 5(ב) לחוק.

בנוסף להוראות אלה, קיימות בחקיקה הישראלית גם הוראות הקובעות תשלום עונשי על מעשים שהם בגדר הפרת חוזה. לדיון בהוראות אלה ר' סע' 6.04-6.06 להלן. אזכיר עוד, כי בנוסף להוראות שנסקרו, הקובעות תשלום עונשי או מעין עונשי בגין עוולה או הפרת חוזה, קיימות בחקיקה הישראלית הוראות הקובעות קנסות אזרחיים הנפסקים לטובת רשויות ציבוריות בגין הפרת חיוב אזרחי כלפיהן. הוראות אלה מהוות "משפט אזרחי-עונשי מדינתי", להבדיל מ"משפט אזרחי-עונשי פרטי", שבו הסנקציה העונשית נאכפת על ידי הפרט ומשולמת לכיסו. להבחנה ר': **מן**, 53-248, וכן סע' 8.22 להלן. דוגמות לתשלומי עונשין מדינתיים ("קנסות אזרחיים") הן (מבלי למצות):

א) סע' 83 ל**פקודת המכס (נוסח חדש)** קובע תשלום עונשי המוטל על בעל רשיון של מחסן שסולקו ממנו טובין ללא הסבר בשיעור כל המכס. למהותו האזרחית של הקנס המוטל במסגרת הוראה זו ר': ע"א 4387/91 **נעמן בע"מ נ. סולל בונה שרות נמל בע"מ** תקדין-עליון, 95 (1) 872, 877.

ב) סע' 51 ל**חוק בנק ישראל, תשי"ד-1954** הקובע ריבית עונשית במהותה על הפרת חובתו של תאגיד בנקאי להחזיק נכסים נזילים. ר' ד"נ 22/61 **קופת מלווה העולה נ. פקיד השומה** פ"ד יז 533, 540.

ג) סע' 190(ב) ל**פקודת מס הכנסה** קובע אף הוא קנס אזרחי. ר' ר"ע 277/82 **נירוסטה נ. מ"י** פ"ד לז (1) 826, 829-31.

ד) **חוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994**, הקובע בסע' 114 שורה ארוכה של קנסות אזרחיים חמורים על הפרות שונות של החוק. שיעור הקנס משתנה, ומגיע עד כדי פי 15 משיעור הקנס הקבוע בסע' 61(א)(1) לחוק העונשין.

ה) סע' 27א ל**פקודת מחלות בעלי חיים [נוסח חדש], תשמ"ה - 1985** קובע קנסות אזרחיים על הפרת הוראותיו.

61 לדיון כללי במצב הדוקטרינה בהודו ר' J.P. Singhal, **Damages and Compensation** (Allahabad, 1970) ch. 1. המתבסס על **Redden**(II) 649-50.

62 מסורת המשפט בפיליפינים היא מעורבת, והשיטות העיקריות שהשפיעו על עיצובה הן המשפט הספרדי, המשפט האנגלי והמשפט האמריקאי. ר': M.J. Gamboa, **An Introduction to Phillippine Law** (N.Y., 7th ed., 1969) 59

63 סע' 2229 לקודקס קובע: **"Exemplary or corrective damages are imposed by way of example or correction for the public good, in addition to the moral, temperate, liquidated, or compensatory damages." Philippine Civil Code** (1949) s. 2229. לדיון תמציתי במצב הדוקטרינה בפיליפינים ר': **I.E.**, Remedies, 106; **Gamboa**, 365.

64 הוא הדין בתביעות שעילתן בעשיית עושר ולא במשפט: s. 2232: **"In contracts and quasi-contracts, the court may award exemplary damages if the defendant acted in a wanton, fraudulent, reckless, oppressive, or malevolent manner."**

nevo.co.il

ערכו של המוצר או השירות שבהם נתגלה הפגם. בספרות הסינית מקובלת כיום הדעה, שהוראה זו מהווה פריצת דרך חשובה וביטוי מובהק ראשון לחדירתה של הדוקטרינה למשפט האזרחי הסיני.[65]

ו. שיטות משפט שאינן מכירות בדוקטרינה

1. *המשפט הקונטיננטלי - כללי*

3.14 מושג התשלומים העונשיים הינו זר לתרבות המשפטית הקונטיננטלית (Civil Law Tradition).[66] במדינות שמשפטן האזרחי מבוסס על מסורת משפטית זו אין מכירים בתשלומים עונשיים כסנקציה אזרחית - לא בתביעות חוזיות, ולא בתביעות נזיקין.[67] עם זאת, כפי שאראה להלן, גם בקונטיננט פיתחו בתי המשפט דוקטרינות תרופתיות בעלות סממנים עונשיים, אם גם צנועים יותר מאלה המאפיינים את מוסד התשלומים העונשיים.[68]

2. *צרפת*

3.15 בצרפת כביתר מדינות הקונטיננט, דוקטרינה של תשלום עונשי אינה מוכרת ואין לה זכר בחקיקה, בפסיקה או בספרות המשפטית העניפה העוסקת בדיני החיובים.[69] העיקרון הכללי החולש במשפט הצרפתי על דיני התרופות הוא של "השבת המצב לקדמותו" (restitutio in integrum).[70] מכלל ה"הן" שבעיקרון זה נלמד ה"לאו" העקרוני ביחס לתשלומים לבר-מפצים או עונשיים.[71]

---

[65] לדיון בהוראה זו, במטרותיה ובפסיקה שיישמה אותה ר׳: W. Weiguo, "Fraudulent Conduct and Punitive Damages in the Consumer Protection Law of China" 4 **Canberra L.R.** (1998) 111. המלומד מציין, ש: **"We adopt the regime of punitive damages without hesitation because it meets the needs of our society, no matter if it is in keeping with the concpetual system of the civil law tradition."** Id. 116. See also chinese references at n. 15 therein.

[66] **Am. Jur**. s. 732: **"Exemplary or Punitive Damages are unknown to the civil law."** See also: H. Stoll, "Penal Purposes in the Law of Tort" 18 **Am. J. Comp. L.** (1970) 3, 13: **"A private fine as such - i.e., an award to the victim for the sole purpose of punishing the wrongdoer - does not exist and has never existed** [in the civil law systems]."; P.S. Coderch, "Punitive Damages and Continental Law", Vol. 2001 **Zeitschrift fuer Europaeisches Privatrecht** 604, 604: **"In Civil Law Systems, civil Courts.. ..generally cannot impose fines, monetary punishments on the defendant… Punitive Damages are usually considered alien to the Continental European legal culture."** (אני מודה לד"ר רנה סנילביץ על ההפנייה למאמר זה). העדר ההכרה בדוקטרינה עולה בקנה אחד עם מעמדה המבוסס של ההבחנה בין משפט פרטי לבין משפט הציבורי בתרבות הקונטיננטלית. טעם נוסף לכך הוא, לדעתי, שהמשפט הקונטיננטלי התפתח ועוצב באוניברסיטאות כגוף שיטתי וקוהרנטי, וזאת להבדיל מהמשפט האנגלי, שהוא בעיקרו יציר הפסיקה.

[67] עם אלה נמנות מדינות אמריקה הלטינית, המדינות שעד לשנות ה-90 היוו את משפחת המשפט הסוציאליסטי (מזרח ארופה וצפון אסיה) ומדינות נוספות שהיו נתונות תחת כיבוש או השפעה ארופית. לפירוט אזורי ההשפעה של המשפט הקונטיננטלי מחוץ ליבשת ארופה ר׳: **Glendon**, 54-58; **David**, 75-79 אמנם, מסורת המשפט הסוציאליסטית מכירה באופן מפורש בתכלית ההרתעתית והחינוכית של המשפט, אך הכרה זו לא נתגבשה מעולם בדמות מוסד של תשלום עונשי או בדומה לו: **"..the educational function would suggest that the amount of damages should be reasonably proportionate to the wrongdoer's fault.. But not one of the socialist countries has completely abandoned the principle of full compensation." Stoll**, 17-18; see also: **Redden**(II) 658-60. לדיון במשמעות ההרתעתית-חינוכית שיוחסה במדינות הקומוניסטיות לסנקציה של פיצויים בגין הפרת חוזה ר׳: B. Grossfeld, **"Money Sanctions for Breach of Contract in a Communist Economy"** 72 **Yale L.J.** (1963) 1326, esp. 1331-2. לדיונים מקיפים במאפייני מסורת המשפט הסוציאליסטית ר׳: **Glendon**, 672-964 **David**, 155-306

[68] לדיון מאיר עיניים בדוגמות לדוקטרינות מעין אלה בגרמניה, שוויץ, תורכיה, נורווגיה, אוסטריה, יוון וברזיל ר׳: **Stoll**, 3-10; **I.E.**, Remedies, 84-91; 94-98; **Coderch**, 604-6. הבולטות בדוקטרינות אלה יתוארו בסעיפים הבאים.

[69] להעדר ההכרה בדוקטרינה בצרפת ר׳ למשל: **English Report**(1) s. 4.19

[70] העיקרון נלמד מסע׳ 1382 לקודקס הצרפתי, הקובע חובת פיצוי כללית על אדם שגרם באשמו נזק לאדם אחר, חובה החלה במידה שווה הן על עוולות נזיקין והן על הפרת חוזה. **Code Civil** (Paris, 1997, Dalloz Ed.) s. 1382

[71] **"Le Principe est souvent affirme par la Cour de cassation: la reparation ne saurait exceder le montant du prejudice."** **Encyclopedie Dalloz** (Paris, 1998) Droit Civil, Vol. 5, s. 238. [בתרגום חופשי: **"בית המשפט העליון של צרפת מדגיש לעיתים קרובות את העיקרון, לפיו הפיצוי לא יעלה על גובה הנזק או הפגיעה"**]. אי הרלבנטיות של שיקולים עונשיים לעניין קביעת היקף התשלומים נובעת גם מסע׳ 1151 לקודקס האזרחי הקובע, שגם כאשר הפרת החיוב (הנזיקי או החוזי) נגרמה בזדון (dol) לא יעלה שיעור התשלומים על זה השקול לנזק הישיר והמיידי שנגרם. לדיון בהוראה זו, הישימה להפרת חוזה ולעוולות נזיקין כאחד ר׳: P.D.V. Marsh, **Comparative Contract Law: England, France, Germany** (Aldershot, 1994) 326.

nevo.co.il

עם זאת, חובת הפיצוי פורשה מאז ומתמיד כחובה רחבה וכללית המשתרעת גם על נזק לא-ממוני (dommage moral).[72] מבקרים טוענים שעל אף הרטוריקה הקומפנסטורית הרווחת, הרי בפועל מתחשבים בתי המשפט בעת שהם קובעים את שיעור הפיצוי הלא-ממוני גם במידת אשמתו המוסרית של הנתבע, ומגדילים את הסכום כשמדובר בהתנהגות הראוייה לגנאי.[73] יתרה מכך, המשפט הצרפתי מכיר במפורש בסנקציות אזרחיות-עונשיות כמו התשלום העונשי המוסכם (clause penal),[74] ודוקטרינת ה-astreintes.[75] אלה נתפסות בספרות המשפטית כמשתייכות לקטגוריה מושגית-עיונית המכונה "עונש פרטי" (Peine Privee), אשר דומה כי התשלום העונשי היה משתבץ היטב לתוכה - לו זכה להכרה בדין הנוהג.[76]

3. גרמניה

3.16 גם בגרמניה אין מכירים בדוקטרינת התשלום העונשי.[77] עקרונות דיני החיובים הגרמניים דומים בעיקרם לעקרונות הקודקס הצרפתי, ובכלל זה ההכרה בעקרון השבת המצב לקדמותו והרתיעה מהכרה בסנקציות לבר-מפצות הנגזרת ממנו.[78] כמו בצרפת, גם בגרמניה פורש העיקרון כמתיר באורח עקרוני פסיקת פיצוי לא ממוני, אך בגרמניה הזכות לפיצוי לא-ממוני בגרמניה מצומצמת ומסוייגת יותר, והדבר מכביד על היכולת להגשים תכליות עונשיות באמצעות פסיקת פיצוי לא-ממוני.[79] בסוף שנות ה-80 התעוררה בפסיקה ובספרות הגרמנית שאלת אכיפותם בגרמניה של פסקי חוץ אמריקאיים הכוללים צווים לתשלום עונשי, והחלה התעניינות גוברת במהות הדוקטרינה ובשאלת התאמתה לעקרונות המשפט הפרטי הגרמני.[80] לאחר מספר שנים של אי וודאות, קבע ה-

---

[72] לעקרונות החלים בפסיקת נזק לא-ממוני במשפט הצרפתי ר': **Amos & Walton's Introduction to French Law** (Oxford, 3rd ed., Lawson & al. Eds.) 209-10; M. Bridge, "Contractual Damages for Intangible Loss" 62 **Can. B.R.** (1984) 322, 331-8.

[73] **International Encyclopedia** Vol. 11 (Torts) (N.Y., 1971, Tunc Gen. Ed.) ch. 1 (Introduction, by A. Tunc) para 158 & n. 512; see also **Bridge**, 334: **"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.."** See also **English Report**(1) s. 4.19, n. 57. and french references cited therein.

[74] להגדרת דוקטרינה זו ר' סע' 1.14 לעיל. לדיון השוואתי בדוקטרינות של תשלומים מוסכמים ר': **Treitel**, 208-34

[75] זו האחרונה מאפשרת לבית המשפט להטיל על הנתבע קנס עבור כל יום של איחור בביצוע צו אכיפה שיפוטי. הקנס משולם לידי הנפגע מההפרה, ובמובן זה מהווה סנקציה פרטית. לדיון בדוקטרינת ה-asteintes ר' למשל: **Treitel**, 59-62. ראוי לציין, שדוקטרינת ה-asteintes הינה למעשה עונש על ביזיון בית המשפט, ולא עונש על הפרת חיוב אזרחי כלפי הצד השני להתדיינות. בכך נבדלת דוקטרינה זו מהתשלום העונשי, המוטל על הנתבע בשל הפגיעה בזכות התובע. לדיון ב-asteintes ובתשלומים מוסכמים ר' **סנילביץ**, **Marsh**, 329-32 ; 97-111 ; 22-25

[76] לדיון במהות המושג "עונש פרטי" במשפט הקונטיננטלי ר': **I.E.**, Remedies, 94-96 and references at n. 764. ההכרה במושג העונש הפרטי משותפת למדינות נוספות בקונטיננט. מקורות צרפתיים, גרמניים, ואיטליים המתמקדים בניתוח מושג משפטי זה הם למשל: V. Zeno-Zencovich, "Il Problema della Pena Privata nell'ordinamento Italiano: Un Approccio Comparatistico ai "Punitive Damages" di "Common Law" 137(4) **Giurisprudenza Italiana** (1985) 12; Le Hugueney, **L'idee de Peine Privee en Droit Contemporain** (Paris, 1904) cited in: R. Demogue, "Validity of the Theory of Compensatory Damages" **Yale L.J.** (1918) 585, 595, n. 21; B. Grossfeld, **Die Privatstrafe** (Berlin, 1961) cited in **I.E.**, Remedies, n. 764. לדיון במשמעויות האפשריות של דוקטרינת התשלום העונשי (עונש פרטי או פיצוי) כתרופה במסגרת הליכים משפטיים בינלאומיים ר': G. Carella, "I Punitive Damages e La Riparazione del Danno Morale in Diritto Internazionale", 67 **Rivista di Diritto Internazionale** (1984) 751.

[77] **"Both nominal and vindictive damages are unknown"** E.J. Cohn, **Manual of German Law** (London, 1968) 109; **"..the notion of punitive damages in a civil action so well known to american law is (in theory) ignored by the german system,"** B.S. Markesinis, **A Comparative Introduction to the German Law of Torts** (Oxford, 3rd ed., 1994) 921. see also: **Redden**(II) 654; **English Report**(1) s. 4.20.

[78] העיקרון מעוגן בהוראות סע' 823, ו-249 ל-B.G.B. **German Civil Code - B.G.B.** (New Jersey, 1975, Trans. by Forrester, Goren, & Ilgen).

[79] שכן היא מוגבלת לקטגוריות המפורשות שנקבעו בקודקס כבנות פיצוי (ר' סע' 253 ל-B.G.B.). לדיון נרחב בנושא ר' P.R. Handford, "Moral Damages in Germany" 27 **I.C.L.Q.** (1978) 849, 853; **Markesinis**, 920-23.

[80] שאלה זו זכתה לדיון אינטנסיבי בספרות המלומדים הגרמנית בעשור האחרון. ר' למשל: A.R. Fiebig, "The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany" 22 **Georgia J. Int'l & Comp. L.** (1992) 635; E. Stiefel, "The Enforceability of Excessive U.S. Punitive Damages Awards in Germany" 39 **Am. J. Comp. L.** (1991) 779, 794-5; P. Hay, "The Recognition and Enforcement of American Money-Judgements in Germany - The 1992 Decision of the German Supreme Court"

nevo.co.il

Bundesgerichtshof (בית המשפט העליון הפדרלי) בשנת 1992 מפורשות, שבהיותה מבוססת על רציונלים עונשיים השייכים למשפט הפלילי אך המופעלים במשפט אזרחי, נוגדת הדוקטרינה את תקנת הציבור הגרמני. כיוון שכך, לא ייאכף פסק דין זר הכולל תשלום עונשי, אלא אם יוכח כי תכלית התשלום העונשי היתה למעשה לפצות את התובע, ולא להעניש את הנתבע.[81]

אולם בפרקטיקה, לצד הרטוריקה השוללת את מקומה של הענישה במשפט הפרטי גם בגרמניה, כבצרפת, מהווה אשמת הנתבע שיקול לגיטימי ורלבנטי בפסיקת פיצויים בגין נזק לא-ממוני.[82] יתרה מכך, החל משנת 1994 ניכר בגרמניה שינוי מגמה בתחום פסיקת הפיצויים בגין פגיעה בפרטיות. בפסק דין מרכזי, הגדיל בית המשפט העליון הפדרלי פי שישה פיצוי שנפסק בערכאה הדיונית, תוך שהוא פוסק ששיעור הפיצוי על פגיעה בפרטיות ראוי לו שייקבע לא רק על יסוד שיקולים של פיצוי, אלא גם על יסוד השיקול ההרתעתי.[83] זאת ועוד: בהשפעת המשפט השוויצרי, נקלטה ופותחה בגרמניה דוקטרינה מיוחדת הקרוייה **Genugtuung** (ריצוי, satisfaction).[84] במסגרת דוקטרינה זו מכירים בזכותו של נפגע בתביעות בעלות אופי אישי לסעד כספי שיהא בו לא רק כדי לפצותו על נזקיו האובייקטיביים (פיצוי), אלא כדי לרצותו, לפייסו, ולהשקיט את הזעם שעוררה בו הפגיעה בזכויותיו. זעם זה גדול יותר - ולכן מצדיק סנקציה גבוהה יותר לשם ריצויו - ככל שחומרת התנהגותו של הנתבע גדולה יותר.[85] לדעתי, ההיזקקות לרעיון של ריצוי רגשות הנקם של התובע - שהוא שיקול עונשי מובהק,[86] מקנה לתרופה זו סממן עונשי מובהק. לכל הפחות בפנינו מוסד 'מעין עונשי', שבדומה ל"פיצויים המוגברים" האנגליים עשוי לשמש ויש לשער כי אף משמש בפועל אכסניה מוסווית לפסיקת תשלומים עונשיים בדין הגרמני.[87]

---

81 J. Morsdorf-Schulte, **Funktion und Dogmatik U.S. - Amerikanischer Punitive Damages** (Tubingen, 1999). למחקר מקיף במיוחד ר': 40 **Am. J. Comp. L.** (1992) 729, 744-5.
4.6.1992 IX ZR 149/91 [1992] Wertpapiermitteilungen 1451, 1461-2 cited and discussed in **Hay**. לתמיכה אקדמית בעמדה שננקטה בפסק הדין ר': **Morsdorf**, 300

82 לעניין עצם הזכות, לא ייפסק פיצוי לא-ממוני אלא אם כן מדובר בפגיעה חמורה ובהתנהגות חמורה במיוחד מצד הנתבע: **"..both the injury to the plaintiff and the conduct of the defendant must be grave…"** לעניין היקף הפיצויים: **Handford**, 870. **"..the pain and suffering award was assessed also in reference to the degree of culpablility… This occurred not-withstanding the legal doctrine that non of these factors is permitted to influence the extent of compensation for pecuniary loss."** **I.E.**, Remedies, 89; see also: **Stoll** 4 & citations at n. 6; **Stiefel**, 794-5.

83 מדובר בתביעתה הידועה של קרוליין, נסיכת מונקו: Bundesgerichtshof (B.G.H.) 15.11.1994, B.G.H.Z. 128, 1 ff., cited in **Coderch**, 606 & n. 10.

84 מקור המושג בקודקס החיובים השוויצרי, והוא זכה למעמד של דוקטרינה במשפט הגרמני בפסק דינו המנחה של ה-Bundesgerichtshof בעניין: B.G.H. G.S.Z. (Plenary decision of the Civil Chambers) 6 July 1955, B.G.H.Z. 18, 149, cited in **Stoll**, n. 7.

85 לדיון בהלכה זו וברעיון הריצוי במשפט הגרמני ר': **Stoll**, 4-5, 8-9; **I.E.**, Remedies, 88-90; **Handford**, 855-9; P. **Hay**, 744-5.

86 ריצוי רגש הנקמה של הקורבן הוא אחד הצידוקים המסורתיים לענישה בכלל, ולתשלום העונשי בפרט. לדיון בו ר' סע' 1.11 לעיל וסע' 7.83 להלן.

87 להכרה בקרבה בין "דוקטרינת הריצוי" לבין הדוקטרינות האנגליות ר': **Stoll**, 5, 19-20 יצויין, שלמרות קרבתן הרעיונית, דוקטרינת ה'ריצוי' הינה בעלת סממנים עונשיים יותר מאשר הפיצויים המוגברים, שכן היא מדגישה את הלגיטימיות של הצורך בריצוי רגש הנקמה באופן מפורש.

nevo.co.il

3.17 גם ב**שוויץ** ו**אוסטריה** אחראי הנתבע לפיצוי התובע על מלוא נזקיו - ממוניים כלא ממוניים - אך לא לתשלומים עונשיים.[88] דוקטרינת הריצוי (Genugtuung) שהוכרה בגרמניה מכוח הפסיקה, מעוגנת בשוויץ בהוראת מפורשת של קודקס החיובים (Code of Obligations).[89] יתרה מכך, בקודקס זה מצויה הוראה מפורשת, המתירה לבית המשפט לקבוע את שיעור הפיצוי (הממוני והלא-ממוני גם יחד) בהתחשב בחומרת התנהגותו של הנתבע.[90] גם באוסטריה מוכר מוסד ה"ריצוי", אולם תחולתו מצומצמת למדי, לאור התרחבות ההכרה שם בזכות לפיצויים בגין נזק לא-ממוני.[91] גם בנורבגיה מכירים ברעיון ה'ריצוי' ("opreisning"), ומייחסים לו משמעות עונשית חזקה אפילו יותר מאשר בשאר מדינות היבשת.[92]

גם ב**איטליה** נתפסים עקרונות דיני החיובים כשוללים הכרה בתשלומים עונשיים.[93] עם זאת, במגזרים שונים של הדין האיטלקי ניתן למצוא ביטוי גם לרעיון "העונש הפרטי".[94]

גם **במדינות אמריקה הלטינית** אין מכירים בתשלומים עונשיים. הגישה הרווחת מכירה בזכות לפיצוי-לא ממוני, אך מפרשת אותה כמושתתת על עקרון הפיצוי, ולא על עקרונות עונשיים.[95]

גם ב**יפן**, שמשפטה האזרחי מבוסס על אדנים קונטיננטליים, אין הדוקטרינה מוכרת. בדומה למצב בגרמניה, קבעו בתי המשפט ביפן, כי לעניין אכיפתם של פסקי חוץ רכיב התשלום העונשי אינו בר-אכיפה, בשל העובדה שאין הוא "עניין אזרחי" אלא "עניין פלילי", שכללי המשפט הבינלאומי הפרטי אינם חלים עליו.[96]

<u>סיכום לפרק ג'</u>

3.18 כעולה מסקירתנו, במדינות שמשפטן האזרחי מבוסס על עקרונות קונטיננטליים אין מכירים בסמכות לפסוק תשלום עונשי בתביעות אזרחיות - לא חוזיות ואף לא נזיקיות. לעומת זאת, בשיטות המשפט שינקו מהמשפט האנגלי המקובל, לרבות ישראל, ראינו כי הדוקטרינה מוכרת בדרך כלל בדיני הנזיקין. לאורה של סקירה מבואית זו נעבור עתה לבחון את היקף ההיזקקות לדוקטרינה בתחום החוזי, באותן השיטות המכירות בדוקטרינה.

* * *

---

88 לאי תחולת הדוקטרינה בשוויץ ובאוסטריה ר': **Redden**(II) 657-8; 655

89 **Swiss Code of Obligations** (Littleton, 1987, Goren Trans.) s. 47, 49. עם זאת, כמו בגרמניה גם במשפט השוויצי אין הבחנה ברורה בין רעיון הפיצוי (על נזק לא-ממוני) לרעיון הריצוי, ושניהם כאחד מגולמים במושג האמור. לעניין זה ר': **Stoll**, 6-7; **I.E.**, Remedies, 89. אודות הדוקטרינה ר' גם: F. Dessemontet, T. Ansay, **Introduction to Swiss Law** (Hague, 2nd rev. ed., 1995) 135-6.

90 **Swiss Code of Obligations**, s. 43(1): **"The Judge determines the kind and extent of the compensation according to the circumstances and the measure of fault."** עם זאת, בפועל נעשה בסמכות זו שימוש בעיקר לצורך הפחתה מסכום הפיצויים המלא, ולא לצורך החמרה עם הנתבע מעבר לסכום זה. לדיון בהוראות אלה ר': E. Linveh, "Factors Determining the Amount of Damages" 4 **Isr. L.R.** (1969) 175, 186-7; **Stoll**, 4,

91 למצב דוקטרינה זו באוסטריה ר': **I.E.**, Remedies, 90-91, 93

92 הדבר מתבטא הן בהכרה הפסיקתית והספרותית המפורשת במשמעות העונשית של דוקטרינה זו, והן במישור המעשי: במשפט הנורבגי לא ניתן לבטח מפני הסיכון של חיוב בתשלומי ריצוי בשל משמעותם העונשית, וזאת להבדיל מהדין הקיים ביתר המדינות (לרבות הסקנדינביות). לדוקטרינת הריצוי הנורבגית ר': **Stoll**, 9-10; **I.E.**, Remedies, 96-7

93 באיטליה אפילו הזכות לפיצוי על נזק לא-ממוני הינה מוגבלת ביותר, וקמה רק במצבים שבהם הפרת החיוב היוותה גם עבירה פלילית. לעניין זה ר': G.L. Certoma, **The Italian Legal System** (London, 1985) 366-7

94 היבטים עונשיים המצויים בדוקטרינות שונות במשפט האיטלקי נדונים במאמרו של **Zeno**.

95 ר' למשל: H. Friedler, "Moral Damages in Mexican Law: A Comparative Approach" **Loyola L.A. Int'l & Comp. L.J.** (1986) 235.

96 לדיון במצב המשפטי ביפן ולאסמכתות רלבנטיות מהפסיקה ומהספרות ביפן ר': D.F. Henderson, "Comparative Law in the Japanese Courts: Punitive Damages" 24 **Law-in-Japan** (1991) 98; N.T. Braslow, "The Recognition and Enforcement of Common Law Punitive Damamges in A Civil Law System: Some Reflections on the Japanese Experience" 16 **Ariz. J. Int. & Comp. L.** (1999) 285, esp. 288-94.

nevo.co.il

פרק ד':

המשפט האנגלי
והמשפט הקנדי

nevo.co.il

הערה למבנה הפרק

4.01 בפרק זה ייבחן מעמדו של הכלל האוסר במדינות חבר העמים הבריטי, תוך מתן דגש על המשפט האנגלי והמשפט הקנדי. בחלק הראשון תיסקר גישתו המסורתית השמרנית של המשפט האנגלי, גישה השלטת במדינות נוספות שמשפטן הושפע מהמשפט האנגלי. גישה מסורתית זו שוללת באורח עקרוני את הסמכות לפסוק תשלום עונשי בתביעות חוזיות, כפוף לחריגים מצומצמים ביותר. בחלק השני תיבחן עמדת המשפט הקנדי. כפי שנראה, למרות שבעבר שלטה בו הגישה האנגלית השמרנית, הרי בשני העשורים האחרונים חל בו מפנה של ממש, ומסתמנת נכונות להכיר בתשלום העונשי כסנקציה לגיטימית גם מחוץ לדיני הנזיקין, ובכלל זה בתביעות חוזיות.

חלק ראשון: גישת המשפט האנגלי

I. הכלל האוסר

א. עיגונו הפורמלי של הכלל האוסר במשפט האנגלי - הלכת *Addis*

4.02 התפיסה שלפיה סנקציות עונשיות מקומן לא יכירן בדיני החוזים החלה משתרשת במשפט האנגלו-אמריקאי כבר במאה ה-18.[1] אלא שבאופן מפתיע דווקא באנגליה, מכורתו ההיסטורית של הכלל האוסר, נתגבשה הכרה זו בדמות הלכה שיפוטית מפורשת רק בראשית המאה ה-20, בפסק דינו המנחה של בית הלורדים בעניין ***Addis*** (1909).[2] יחד עם זאת, העיון בפסק הדין עצמו מלמד שככל הנראה הלכת ***Addis*** לא שינתה באופן ממשי את המצב המשפטי, אלא אך נתנה ביטוי פורמלי ומחייב לעיקרון משפטי מבוסס ומוכר.[3] סברה זו מתחזקת על ידי העובדה, שבמספר מדינות בארצות הברית זכה הכלל האוסר לעיגון הלכתי מפורש עשרות שנים קודם להלכת ***Addis***, וזאת ללא ספק בהשפעתו של המשפט האנגלי.[4]

---

[1] דיון ברקע ההיסטורי לכלל האוסר מצוי בחלק השני לפרק ב'.

[2] **Addis v. Gramophone Company Ltd.** [1909] A. C. 488 (H.L.).

[3] לסברתי זו אני מוצא מספר תימוכין בפסק הדין עצמו: **ראשית**, מבין שיטי הפסק עולה, שהלורדים לא ראו עצמם כמעצבים כלל חדש אלא כמיישמים עיקרון מבוסס ועתיק יומין של המשפט המקובל האנגלי. לפי עיקרון זה, בתביעות חוזיות אין מקום להתחשב באופן בו בוצעה ההפרה בעת קביעת היקף הסעד הכספי שייפסק לטובת הנפגע. זאת, להבדיל מדיני הנזיקין, שם התחשבות בנסיבות ביצוע העוולה הינה לגיטימית ומקובלת. ר' למשל את דברי הלורד Hereford, בעמ' 492 לפסק הדין: **"..when I was a junior at the bar, I often strove to convert a breach of contract into a tort in order to recover a higher scale of damages, it having been then as it is now, the impression of the profession that <u>such damages cannot be recovered in an action of contract as distinguished from tort</u>, and therefore it was useless to attempt to recover them is such a case. <u>That view</u>, which I was taught early to understand <u>was the law in olden days</u>, remains true to this day."** ר' גם דברי הלורד-צ'נסלור Loreburn בעמ' 491: **"I cannot agree that the manner of dismissal affects these damages. <u>Such considerations have never been allowed to influence damages in this kind of case</u>… ..<u>the rule</u> as to damages in wrongful dismissal, or in breach of contract.. ..<u>has always been</u>, I believe, what I have stated. <u>It is too inveterate to be now altered</u>, even if it were desirable to alter it."** בפסק הדין מוזכרים חריגים 'מסורתיים' לעיקרון המשפטי האמור, ואלה מעידים כמובן על הכלל עצמו. לחריגים אלה ר' הערה 17 וטקסט. **שלישית**, בעלי הדין והשופטים בעניין ***Addis*** לא מצאו כל אסמכתא להחלת הדוקטרינה בתביעה חוזית, והדבר מעיד על כך שהכלל האוסר נהג בפועל שנים רבות קודם לכן. נזכר שם רק מקרה אחד מן המאה ה-19 **Maw v. Jones** 25 Q.B.D. 107 (1890) שבו נפסקו תשלומים מוגדלים בגין הפרת חוזה (עובד שפוטר מעבודתו ללא עילה ובאורח משפיל, בדומה למקרה שנדון ב-***Addis***). אלא שגם במקרה זה הדגש היה על הצורך בפיצוי מלא של הנפגע (העובד) ולא בענישת המפר (המעביד). מכל מקום, גם אסמכתא זו נתפסה על ידי בית הלורדים כמקרה חריג ושגוי המנוגד למסורת המשפטית.

[4] השפעת המשפט האנגלי על המשפט האמריקאי נמשכה לכל אורך המאה ה-19, והיתה חזקה במיוחד בתחום דיני החוזים. לעניין זה ר': **Atiyah,** 402 & n. 16 מדינת ויסקונסין היא ככל הנראה הראשונה שעיגנה במפורש את הכלל האוסר בפסיקתה, בשנת 1858. אליה הצטרפו בשנים הבאות מדינות נוספות. גם בקנדה עוגן הכלל האוסר בפסיקה כבר בשנת 1884. לפירוט האסמכתות הרלבנטיות ר' סע' 5.02, 4.13 בהתאמה (פרקים 4,5). מספרו של Sedgwick שנכתב בארה"ב באמצע המאה ה-19 עולה בבירור, שכבר בימיו נחשבה ההבחנה בין עילות נזיקין לעילות חוזיות - לעניין היקף הסעד הכספי שניתן לפסוק במסגרתן - לעיקרון מבוסס של המשפט המקובל. ר' למשל הציטוט מדבריו בסע' 2.14(65) לעיל.

nevo.co.il

יתר על כן, עיון קפדני בפסק הדין מעלה, שלמרות שהוא נחשב עד היום כאסמכתא מובהקת לכלל האוסר, הרי למעשה לא נפסקה בו במפורש הלכה ברורה האוסרת על פסיקת תשלום עונשי בתביעות חוזיות. בפועל קובע פסק הדין הלכה רק בשאלת הסמכות לפסוק נזק לא-ממוני בגין הפרת חוזה, סמכות שנשללה בפסק הדין.[5] ואילו בשאלת הסמכות לפסוק תשלום עונשי עסקו במפורש רק שני שופטים, שהיו חלוקים בעניין זה עד היסוד[6]: שופט הרוב, הלורד Atkinson, הדגיש את מעמדו העליון של עקרון הפיצוי בדיני החוזים, וגזר ממנו את המסקנה כי התשלומים (damages) בשל הפרת החוזה (להבדיל מהתשלומים בנזיקין) נועדו לפצות את הנפגע ולא להעניש את המפר.[7] לעומתו, סבר הלורד Collins, שופט המיעוט, כי הכלל האוסר יוצר הבחנה שרירותית וחסרת הגיון, בין תביעות שעילתן חוזית לבין אלו שעילתן בהפרת חוזה, שעה שפסיקת תשלום עונשי עשויה להיות מוצדקת גם במקרה האחרון.[8] עינינו הרואות, שכבר בפסק דין זה, בו זכה הכלל האוסר לראשונה לעיגון פורמלי מפורש במשפט האנגלי, התגלעה במלוא עוצמתה המחלוקת העקרונית סביב שאלת ההצדקה לעצם קיומו, שאלה העומדת במרכז חיבורנו.

ב. מעמדו של הכלל האוסר באנגליה כיום

4.03 חריפה ככל שהיתה בשעתה המחלוקת בין השופטים ב-***Addis***, הרי שקולותיה נדמו זה מכבר, לפחות באנגליה.[9] פסקי דין אנגליים מאוחרים אמצו את הלכת ***Addis***, והבהירו שהיא חלה על **כל** הפרת חוזה, ולא רק על העובדות הקונקרטיות שבהן נפסקה (יחסי עובד-מעביד). כך למשל, בעניין ***Perera*** (1953) הבהיר בית המשפט לערעורים, כי מעשיו הזדוניים של מפר חוזה - מחפירים ככל שהיו - אינם יכולים לשמש בסיס לפסיקת תשלום עונשי אם אינם בגדר עוולה נזיקית:

> **"That the defendant's action was deliberate is plain, and that it was malicious is, I think, reasonably plain, but I cannot for myself see that it amounted to a tort… It was merely a breach of contract… ..he** [the

---

[5] באותו מקרה נדונה תביעתו של עובד לפיצוי בשל נזקים לא-ממוניים שהסב לו מעבידו, אגב פיטוריו שלא כדין. בדעת רוב הכריע בית הלורדים כי במסגרת דיני החוזים, להבדיל מדיני הנזיקין, נזק לא-ממוני של פגיעה ברגשות, בשם הטוב או בכבוד איננו בר-פיצוי. נסיגה מהלכה שמרנית זו הסתמנה לראשונה רק בשנות ה-70. למגמת השינוי ר' סע' 10.23(116).

[6] עובדה זו מטילה ספק בכוחה המחייב של הלכת ***Addis*** כעיגון לכלל האוסר, ואולם בפועל לא הפריע הדבר להשתרשותה. ואכן, סביר להניח, כי לו היו יתר שופטי הרוב נדרשים לסוגייה במפורש, היו גם הם מצדדים בכלל האוסר. הטעם לכך הוא שהלכת הרוב מבוססת למעשה על ההנחה, שבדיני החוזים אין רלבנטיות לאופן שבו הופר החוזה. מהנחה זו ניתן לגזור ללא קושי גם את הכלל האוסר.

[7] **"I have always understood that damages for breach of contract were in the nature of compensation, not punishment... ..there may be circumstances of malice, fraud, defamation, or violence which would sustain an action in tort as an alternative remedy to an action of breach of contract. If one should select the former mode of redress, he may, no doubt, recover exemplary damages.. ..but if he should choose to seek redress in the form of an action for breach of contract, he lets in all the consequences... One of these consequences is, I think, this: that he is to be paid adequate compensation in money for the loss of that which he would have received had his contract been kept, and no more… In my opintion, exemplary damages ought not to be, and are not according to any true principle of law, recoverable in such an action as the present…"** ***Addis***, 494, 496.

[8] **"...an arbitrary and illogical limitation.. ..confining it** [the right of the jury to award exemplary damages] **to actions in form of tort, as though a breach of contract, which of course is in itself an actionable wrong, might not be committed with accompanying circumstances just as deserving the reprobation of a jury as those which might accompany the commission of a trespass..."** ***Addis***, 498. הלורד Collins הסתמך, בין היתר, על חיבורו של Sedgwick, המביא פסק דין אנגלי משנת 1822 ושבו נאמר, כי מפר החוזה עשוי בנסיבות מסויימות להיראות כמעוול (wrong-doer) שלגביו שיעור הפיצויים יכול להיקבע על ידי המושבעים ביתר גמישות. עם זאת, מן הראוי לציין (מה שאינו מצויין ע"י הלורד Collins) שהפסק האמור מובא אצל Sedgwick כדוגמה לחריג לכלל ולא כמשקף את ההלכה. ר': **Sedgwick**, 228-9.

[9] כפי שנראה בהמשך, המצב בארצות הברית ובקנדה שונה לחלוטין.

nevo.co.il

defendant] **did not bring himself into the area of tort which would justify the awarding of punitive damages. Accordingly, though perhaps with some reluctance, I agree that the judgement of the judge went too far…"**[10]

גם בעשורים האחרונים אין מסתמנים נסיגה או ערעור במעמדו של הכלל האוסר. החיבורים המובילים על דיני החוזים ממשיכים להתייחס אליו גם היום כעיקרון מובן מאליו, שאין להרהר אחריו.[11] התפיסה שלפיה שיקולי ענישה הינם 'מחוץ לתחום' בתביעות חוזיות היא מושרשת, וזכתה בעשור האחרון לביטוי מפורש גם בפסיקתו של בית הלורדים.[12] זאת ועוד, לא למותר לציין, כי הוועדה המשפטית האנגלית משנת 1997 שעסקה בסוגייה, ואשר המליצה על הרחבת ההכרה בדוקטרינה בתחום הנזיקין,[13] המליצה להותיר את הכלל האוסר על כנו ללא שינוי.[14]

למרות האמור, בשני פסקי דין שניתנו בשנתיים האחרונות בבית הלורדים ניתן לזהות מגמה של ליברליזציה ונכונות להרחיב את ההכרה בסנקציות לבר-מפצות בתביעות אזרחיות.[15] לדעתי, מגמה זו עשוייה להביא בעתיד לשינוי כיוון במשפט האנגלי, ולריכוך משמעותי של הכלל האוסר, כפי שקרה בקנדה ובארצות הברית.[16]

II. חריגים לכלל האוסר

4.04 למרות מעמדו המבוסס במורשת המשפט המקובל, מעולם לא היה הכלל האוסר כלל מוחלט.[17] להלן אעמוד בקצרה על חריגיו המסורתיים.

---

10 **Kenny v. Preen** [1963] 1 Q.B. 499 הכלל האוסר אושר גם בפסק הדין **Perera v. Vandiyar** [1953] 1 W.L.R. 672, 676-7 (C.A.). בשני פסקי דין אלה נדונו הפרות חוזה בוטות וזדוניות מצד משכירים כלפי שוכרי דירות שבבעלותם, ובשני המקרים ביטל בית המשפט שלערעור את התשלומים העונשיים שנפסקו בערכאות הנמוכות.

11 ר' למשל: **Halsbury**, Vol 12(1) para. 941 & n. 3, para. 1115 & n. 2; **Treitel**, (2), 872-3: **"As a general rule punitive damages cannot be awarded in a purely contractual action, since the object of such an action is not to punish the defendant but to compensate the claimant."**; **Anson's Law of Contract** (Oxford, 25th ed., 1979) 550; **Chitty On Contracts** (London, 27th ed., 1994) 1206; **Atiyah, Introduction to the Law of Contract** (Oxford, 2nd ed., 1971) 265; **Street**, 29, 237.

12 **"..damages for breach of contract must reflect.. ..the loss which the claimant sustained… <u>There is no question of punishing the contract-breaker</u>" Ruxley Electronics & Construction Ltd. v. Forsyth** [1995] 3 All E.R. 268, 270 (H.L.) (Lord Bridge). עיקרון זה, שממנו נגזר במישרין הכלל האוסר, זכה לעיגון מפורש בקודקס החוזים לדוגמה שנערך באנגליה עבור וועדת המשפט האנגלית במתכונת הרסטייטמנט האמריקאי. סע' 433 לקודקס זה קובע כי: **"Damages are not awarded for a breach of contract, however wilful, either as a punishment of the party in breach or as an example to others." Contract Code** (drawn by H. McGregor on behalf of the English Law Commission, Milano, 1993) s. 433.

13 סע' 3.02(17) לעיל.

14 **English Report**(2) s. 5.71-5.73; see also **English Report**(1) s. 3.76-3.77, 6.21. יש לציין, ששאלת מקומו של התשלום העונשי בתביעות חוזיות זכתה להתייחסות שטחית למדי בדו"ח האמור (להבדיל משאלת מקומה בתביעות נזיקין). נימוקי הוועדה לשימור המצב הקיים מובאים בדו"ח ללא כל התייחסות לטיעוני הנגד האפשריים, ודומה שמחברי הדו"ח לא היו ערים לפולמוס הנרחב הקיים בסוגייה זו בארצות הברית ובקנדה. נימוקי הוועדה ייבחנו לגופם אגב הדיון בהצדקות לכלל האוסר, בפרק י'.

15 כוונתי לפסקי הדין ***Blake*** ו-***Kuddus***, הנ"ל בסעיפים 1.15(57) ו- 3.02(19). הראשון הפך את ההלכה שלפיה בדיני החוזים אין פוסקים תשלומי השבה, והשני הרחיב את תחולת הדוקטרינה דנן בדיני הנזיקין.

16 כמוסבר בסע' 3.02(19), הלכת ***Kuddus*** ביטלה את הלכת ***A.B.***, והבהירה שניתן לפסוק תשלום עונשי במסגרת הקטגוריות של ***Rooks***, גם בעילות תביעה שבהן לא נפסקו תשלומים עונשיים לפני 1964. אחת מקטגוריות אלה חלה, כזכור, כאשר הנתבע פעל באופן מחושב מתוך כוונה להפיק רווח העולה בשיעורו על שיעור הנזק שיגרם לתובע (למעשה זו מצב של "עוולה יעילה"). לדעתי, הפרה מחפירה של חוזה עשויה במקרים רבים ליפול לגדר קטגוריה זו, אף כי אין ספק שרעיון כזה לא עלה על דעתו של הלורד Devlin, שביקש בהלכת ***Rooks*** לצמצם את ה'אנומליה', ולא להרחיבה.

17 כבר בעניין ***Addis*** מונה הלורד **Atkinson** שלוש קטגוריות מסורתיות בהן הכיר הדין האנגלי כחריגים מיוחדים לעיקרון האוסר על התחשבות באשמו המוסרי של המפר בעת פסיקת הפיצויים: **"There are <u>three well known exceptions</u> to the general rule applicable to the measure of damages for breach of contract, namely, <u>actions against a banker for refusing to pay a customer's cheque</u> when he has in his hands funds of the customer's to meet it; <u>actions for breach of promise of marriage</u>; and actions like that in *Flureau v. Thornhill*, where the vendor of real estate, without any fault on his part, fails to make title. <u>I no of none other.</u>" Addis**, 495. הקטגוריה השלישית הנזכרת מתייחסת למצב שבו בשל העדר אשמה מצד המפר מופחתת חבותו הכספית. חריג היסטורי זה מקורו בפסק הדין **Flureau v. Thornhill** [1776] 2 W. Bla. 1078 שבו נקבע כי חוזה למכר מקרקעין שהופר ללא אשמה אינו מזכה את הנפגע בפיצוי על אובדן הרווח מהעיסקה (פיצויי ציפייה), אלא רק על חסרון הכיס שנגרם לו (פיצויי הסתמכות). לדיון בהלכה זו ובתולדותיה ר': **Washington**, 94-95. לאסמכתות המאמצות אותה ר': **Sedgwick**,

nevo.co.il

.234-5 כפי שניתן לראות, מצב של הפחתת שיעור הפיצוי איננו מהווה חריג לכלל האוסר. לעומת זאת, שני החריגים האחרים הנזכרים בדברי הלורד Atkinson הם חריגים ישירים לכלל האוסר, ויידונו להלן.

nevo.co.il

א. הפרת הבטחת נישואין

4.05 החריג המפורסם ביותר לכלל האוסר בדין האנגלי מתיר פסיקת תשלום עונשי במסגרת העילה של הפרת הבטחת נישואין.[18] עילת תביעה זו הוכרה כבר במאה ה-18 וניתן להניח שנפסקו במסגרתה תשלומי כסף מוגדלים (פיצויים מוגברים או עונשיים) עוד בטרם התגבשה הדוקטרינה ובטרם התגבש הכלל האוסר. את ההצדקה לחריג זה תולים המקורות האנגליים במאפייניה ה"נזיקיים" של הפרת הבטחת נישואין: זו גורמת בראש ובראשונה לפגיעה באינטרסים לא-ממוניים (פגיעה בכבוד ובשם הטוב) המוגנים באורח מסורתי על ידי דיני הנזיקין. במובחן מהתביעה החוזית הטיפוסית שעניינה נזק כלכלי טהור, הפגיעה באינטרסים אלה איננה ניתנת לכימות ולהערכה מדוייקים, ומכאן ההצדקה לקביעת סכומי פיצוי גמישים וגבוהים.[19] כנהוג בדיני הנזיקין, פסיקת תשלום עונשי במסגרת חריג זה תלוייה במכלול נסיבות העניין, ובכלל זה התנהגותם של הגבר והאישה, ומעמדם החברתי.[20]

למרות חשיבותו ההיסטורית, באנגליה חדל חריג זה מלהיות בעל משמעות משפטית מעשית כבר בשנת 1970 עם ביטול העילה של הפרת הבטחת נישואין מכוח חוק.[21] עם זאת, במדינות אחרות במשפט המקובל מוסיפה העילה להתקיים, ותשלומים עונשיים מוסיפים להיפסק במסגרתה גם כיום.[22]

ב. סרוב בנק לכבד המחאת לקוח

4.06 חריג היסטורי אחר לכלל האוסר חל במצב שבו בנק מסרב לכבד שיק של לקוחו אף שהוא מודע לכך שהלקוח מצוי ביתרת זכות או בגבול האשראי המוסכם, רוצה לומר - תוך הפרת החוזה עימו.[23] גם חריג זה, כקודמו, איבד מכוחו, ובספרות האנגלית המודרנית אף אין לו זכר.[24] עם זאת, במשפט האמריקאי נקלט חריג מיוחד זה בהשפעת המשפט האנגלי, ותשלומים עונשיים נפסקים מכוחו כנגד מוסדות בנקאיים במסגרת 'חריג יחסי האמון'.[25]

---

[18] על ותיקותו ניתן ללמוד מדברי הלורד Atkin המובאים בהערה הקודמת, המתארים את החריג כ: ("**well known exception**"). חריג הבטחת הנישואין נזכר במקורות אחדים, בטעות, כחריג היחיד לכלל האוסר, ככל הנראה בשל היותו המוכר מבין שלושת החריגים. ר' למשל: **Sedgwick**, 235, 426-9; **Chitty**, 1206; **Atiyah** (2) 265; **Street**, 29 לדיון במעמדו של החריג ולאסמכתות רלבנטיות ר': H.F. Wright, "Action for Breach of the Marriage Promise" 10 **Va. .L.R.** (1924) 361. למהותה של עילת הפרת הבטחת הנישואין עצמה ולביקורת על עצם קיומה ר': **Street**, 29-30, 238

[19] להסבר זה ר' למשל: **Stetson Sullivan**, 223; P.G. Coleman, "Punitive Damages for Breach of Contract: A New Approach" 11 **L.R.** (1982) 250, 272-3: **"..both the special nature of the interests to be protected and the difficulty of accurately predicting damages make the analogy to tort seem more appropriate than in other contractual situations."** See also **Corbin**, 440-3. הסבר זה הינו בעייתי משני טעמים: **ראשית**, אין בו משום הצדקה לקיומו של החריג, שכן אין הוא מבהיר מדוע ראוי להגביל את תחולת הדוקטרינה למקרים של גרימת נזק לא-ממוני בלבד. **שנית**, גם כהסבר תיאורי גרידא ההסבר בעייתי, שכן הוא מצדיק לכאורה הכרה בתשלום העונשי בכל תביעה חוזית הגורמת נזק לא-ממוני. לדעתי, ההסבר ההיסטורי האמיתי להכרה בחריג זה הוא ככל הנראה רצונם של בתי המשפט האנגליים לפצות על הנזק הלא-ממוני הכרוך בהפרת הבטחת נישואין, ואשר באותם ימים לא הוכר כלל כנזק בר-פיצוי בתביעות חוזיות. ואכן, מלומדים אחדים סבורים שהפיצויים שנפסקו במסגרת חריג זה לא היו עונשיים כלל, אלא קומפנסטוריים. ר' למשל: **Street**, 29-30 & n. 7, 9; **Corbin**, 442: **"The damages that are called punitive in breach of promise cases can generally be properly regarded as compensatory."** הסיבה להכרה בזכות לפיצוי מוגדל (עונשי או מפצה) בתביעות אלה דווקא נעוצה, לדעתי, במרכזיותו של מוסד הנישואין במאות ה-18 וה-19. הפרת הבטחת נישואין נתפסה בעבר כחטא חברתי ודתי החותר תחת אושיות הקהילה והמצדיק ענישה, בפרט כשההבטחה הופרה בנסיבות מחמירות, כגון פיתוי האישה לקיום יחסי מין בהבטחות שווא, ועקב כך פגיעה חמורה בכבודה ובכבוד משפחתה. ייתכן שמסיבה זו זכה חריג זה לחיוניות רבה, וזאת בניגוד להפרות חוזים מסחריות, שלא נתפסו כחמורות מספיק כדי להצדיק חריגה מכללי הפיצוי המקובלים.

[20] כך למשל, עבר מביש של האישה עשוי היה להשמיט את העילה לחיובו בתשלום עונשי של גבר שפיתה אותה לקיום יחסי מין בהבטחות שווא. לעניין זה ר' **Sedgwick**, 427-8. כלל זה אף הוא ניתן להסבר באמצעות רציונל של פיצוי (הנזק לשמה הטוב של האישה במקרה כזה קטן יותר).

[21] ר': **The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970** s. 1(1)

[22] החריג מוכר בחלק מהפרובינציות הקנדיות ובחלק ממדינות ארה"ב. ר' סע' 4.13(41), 5.03(12) בהתאמה. במשפט הישראלי הפרת הבטחת נישואין מוכרת כעילה לתביעת פיצויים בלבד (להבדיל מתביעה לאכיפה) אם כי אינה אהודה במיוחד על בתי המשפט. ע"א 416/91 **ממן נ. טריקי** פ"ד מז (2) 652, 658. למיטב ידיעתנו, בישראל טרם נפסקו במסגרת עילה זו תשלומים עונשיים, אך נפסקו במסגרתה תשלומי בוז (ר' סע' 1.16(65)).

[23] החריג נזכר בדבר הלורד **Atkin**, הנ"ל בהערה 17 לעיל.

[24] ר' למשל: **Halsbury**, Vol. 3(1) para. 163 העוסק בחובות הבנקאי ללקוחו, אך אינו מזכיר את החריג.

[25] לדיון בחריג יחסי האמון ר' סע' 5.22 להלן.

nevo.co.il

ג. הפרת חוזה המקימה עילה עצמאית בנזיקין

4.07 לפי עיקרון דיוני בסיסי המוכר בשיטות המשפט המקובל, כאשר התנהגות הנתבע מהווה בעת ובעונה עילה בחוזים ובנזיקין, רשאי התובע להשתית את תביעתו על כל אחת מבין שתי העילות, לפי בחירתו. כלל זה מאפשר לנפגע מהפרת חוזה לתבוע סעדים נזיקיים בגין הפרה מחפירה של חוזה המקימה את כל יסודותיה של עוולה נזיקית מוכרת.[26] אמנם, מבחינה עיונית נשען התשלום העונשי במקרים אלה על העילה הנזיקית, ולפיכך ניתן לומר, כי אין זה אלא חריג מדומה לכלל האוסר שהוא בבחינת "המובן מאליו". עם זאת, לאמיתו של דבר אין החריג מדומה כלל וכלל, שכן בפועל הוא מאפשר לפסוק תשלומים עונשיים בתביעות שעניינן הפרת חוזה, ובכך מכרסם לא רק בלשונו של הכלל האוסר, אלא גם ברוחו ובתכליתו.[27] כך או כך, השימוש בחריג זה באנגליה הוא זניח, ככל הנראה בשל תחולתה המוגבלת של הדוקטרינה גם בתחום הנזיקין.[28]

III. מדינות אחרת שאימצו את גישת המשפט האנגלי

א. אוסטרליה

4.08 כבר בראשית המאה אימצו בתי המשפט באוסטרליה את הגישה האנגלית והבהירו, שאשמתו המוסרית של מפר החוזה לא תשפיע על היקף הסנקציה המשפטית שתוטל עליו בשל ההפרה.[29] אמנם, שאלת האפשרות לפסוק תשלום עונשי בתביעות שעילתן בהפרת חוזה לא נדונה במישרין, אך הדעה הרווחת בספרות המשפטית היא כי תשובת המשפט האוסטרלי לשאלה זו היתה ונותרה שלילית.[30]

ב. ניו-זילנד

4.09 גם בניו-זילנד השתרש הכלל האוסר. בפסק הדין המנחה שניתן בסוגייה זו נפסק שאפילו הפרת הבטחת נישואין - החריג המסורתי לכלל האוסר - אינה עשוייה לזכות את הנפגע בתשלום עונשי אלא אך ורק בפיצויים מוגברים, שתכליתם פיצוי ולא ענישה.[31] גישה זו היא הרווחת בפסיקה ובספרות גם היום, ועד כה טרם נפסקו תשלומים

---

[26] **"..where the claimant has a cause of action both in tort and for breach of contract, he may be able to recover punitive damages by framing the claim in tort" Treitel** (2) 872. ראוי להזכיר, שעיקרון דיוני בסיסי זה של המשפט האנגלו-אמריקאי איננו אוניברסלי. כך למשל, במשפט הצרפתי שולט עקרון אי הצירוף ("non-commul") המחייב את מי שעומדת לרשותו עילה חוזית לתבוע בעילה זו בלבד. לעמדת המשפט הצרפתי ר׳: M.A. Glendon, "Observations on the Relationship between Contract and Tort in French Civil Law and Common Law" 11 **Revue de droit de l'universite de Sherbrooke** (1980) 213, 218-26. ר׳ גם: **סנילביץ**, **I.E.** Vol. 11 (Torts) (N.Y., 1983, Tunc Gen. Ed.) ch. 12 (Complex Liabilities, by T. Weir). לניתוח השוואתי מקיף של סוגיית האחריות המקבילה ר׳: 140.

[27] כפי שאראה בפרק הבא, תהליך הכרסום בכלל האוסר באמצעות חריג זה הגיע לשיאו בארה"ב.

[28] בספרות ובפסיקה האנגליות לא זכתה קטגוריה זו אפילו למעמד של "חריג" לכלל האוסר. בארה"ב, לעומת זאת, התפתחה סביב חריג זה (המכונה שם "חריג העוולה העצמאית") פסיקה וספרות עניפה. לדיון נרחב ב׳חריג העוולה העצמאית׳ במשפט האמריקאי ר׳ סע׳ 5.04 ואילך. הסיבה לפער זה נעוצה בעובדה שבאנגליה היקף ההכרה בדוקטרינה בנזיקין מצומצם יחסית בהשוואה לארה"ב, עובדה המפחיתה באופן טבעי את חשיבותו המעשית של החריג. טעם אפשרי אחר הוא הגישה השמרנית של בתי המשפט באנגליה לעומת גישתם הליברלית של עמיתיהם מעבר לים בכל הקשור לנכונות לפתח את הדין ולהשתחרר מהגבלות מסורתיות באמצעות טכניקות פרשניות יצירתיות.

[29] **"A breach of contract may be innocent… Or it may be wilful and even malicious… But the measure of damages is not affected by any such considerations." Butler v. Faircough** (1917) 23 C.L.R. 78, 89.

[30] J.W. Carter, D.J. Harland, **Contract Law in Australia** (Sydney, 2nd ed., 1991) 706: **"…exemplary or punitive damages will not be awarded in contract."**; **Tilbury**, 262: **"It is almost certain that they** [exemplary damages] **are not available in negligence, nor for breach of contract."** עם זאת, כאשר הפרת החוזה מקימה עילה מקבילה בנזיקין, ניתן לזכות בתשלום עונשי מכוח העילה הנזיקית, אם זו נופלת לגדר העילות שבמסגרתן פוסקים תשלומים עונשיים. למקרה כזה ר׳ למשל: **Healing (Sales) Pty. Ltd. V. Inlis Electrix Pty. Ltd.** (1968) 121 C.L.R. 584 (הפרה בוטה של חוזה מכר על ידי מוכר שנטל את הממכר תוך ביצוע עוולה של גזל והסגת גבול כלפי הקונה).

[31] **A. v. B.** [1974] 1 N.Z.L.R. (S.C. New Plymouth) 673, 681: **"It seems to me that the notion of imposing a fine on the defendant is hard to reconcile with any accepted principle of assessing damages for breach of contract, even in the case of a special type of contract such as the contract to marry… ..in an action for breach of promise to marry, the assessment of damages may not include exemplary damages.."** (Mahon, J.). גם האפשרות להכיר בהפרה של חובת תום הלב ביחסים חוזיים

nevo.co.il

עונשיים באוסטרליה בתביעות חוזיות טהורות. עם זאת, בפסקי דין בערכאות ראשונות ניתן לזהות בשנים האחרונות נכונות עקרונית לסטות מהכלל האוסר.[32]

ג. אירלנד

4.10 באירלנד, כבאנגליה, אין לפסוק תשלום עונשי כנגד מפר חוזה אלא אם כן מעשיו הקימו לנפגע עילה מקבילה בנזיקין שמכוחה הדבר אפשרי.[33] עם זאת, בפסק דין משנת 1976 הובעה בהערת אגב העמדה, כי המפר את חוזהו מתוך כוונה להפיק רווח העולה על שיעור הפיצויים שבו יחוייב, עלול לחוב בתשלומי השבה לבר-מפצים שישללו ממנו את הרווח שהפיק.[34] לאור הקירבה הרעיונית שבין הדוקטרינות, נראה שמכאן ועד להכרה בתשלום העונשי כסנקציה חוזית לגיטימית הדרך איננה רחוקה.

ד. סקוטלנד

4.11 המשפט האזרחי בסקוטלנד התפתח בזיקה הדוקה למשפט הקונטיננטלי, ולפיכך אין תמה כי אין הוא מכיר בתשלום העונשי - לא כתרופה חוזית ואף לא כתרופה נזיקית.[35] זאת ועוד, בהשפעת המשפט המקובל האנגלי נקבע כבר בראשית המאה ה-20 העיקרון שלפיו בדיני חוזים אשמת המפר אינה רלבנטית לעניין היקף התשלומים שבהם יחוייב.[36]

ה. הודו

4.12 על אף שהודו לא היתה מעולם חברה בחבר המדינות הבריטי, הושפע משפטה האזרחי במידה ניכרת מהמשפט האנגלי, ואימץ אל תוכו את באופן טבעי את הכלל האוסר.[37]

חלק שני: המשפט הקנדי

I. הכלל האוסר

4.13 בהשפעתו החזקה של המשפט האנגלי קלטה המורשת המשפטית הקנדית את הכלל האוסר כבר בשלהי המאה ה-19 בפסק הדין בעניין ***Guilford*** (1884).[38] באותו מקרה אישר בית המשפט העליון הקנדי את החלטת בית המשפט שלערעור על ביטול פסק דין שהעניק לעובד שפוטר שלא כדין פיצוי גלובאלי בשיעור שמעל לאובדן הרווח הממוני

כעוולה נזיקית נפרדת העשוייה להצדיק תשלום עונשי (אפשרות שיושמה באופן נרחב מאוד בארה"ב - ר' סע' 5.25 ואילך) נדחתה בדרך כלל בפסיקה האוסטרלית, אשר איננה מכירה בחובה כללית של תום לב ביחסים חוזיים. בעניין זה ר' למשל: P. Handford, "Victoria Puts No Faith in Good Faith Tort" 4 **Tort L.R.** (1996) 21

[32] ר' למשל: **Tak & Co. Inc. v. A.E.L. Corp. Ltd.** [1995] 5 N.Z.B.L.C. 103, 887; **Cedenco Foods Ltd. v. State Insurance Ltd.** [1997] 6 N.Z.B.L.C. 102, 220 (both cases cited and discussed in **Todd**, 163-4. See also **Anderson v. Davies** [1997] 1 N.Z.L.R. 616. (H.C. Auckland) במקרה אחרון זה תבע התובע תשלום עונשי בגין הפרה של תניית איסור תחרות. התביעה נדחתה בשל העדרה של התנהגות מחפירה, אך בית המשפט אימץ גישה ליברלית בציינו כי פסיקת תשלום עונשי מושתתת על הפרה מחפירה של חיוב אזרחי "**a breach of some underlying civil obligation**" ובכלל זה חיוב חוזי. Id., 627-8. גישה מרחיבה זו מכונה בחיבורי "הגישה האזרחית" לתשלום העונשי, והיא שלטת כיום למעשה בקנדה ובמספר מדינות בארה"ב (למצב במדינות אלה ר' סע' 5.33 להלן).

[33] R. Clark, **Contract** (London, 2nd ed., 1986) 293-4.

[34] **Hickey & Co. Ltd. v. Roches Stores (Dublin) Ltd.** (No.1)(1976)(H.C. 14.7.76, unreported, 1975 No. 10078) cited in: **Clark**, 294. לעיל העליתי את הסברה שיישום ליברלי-מהותי של הקטגוריות שנקבעו בעניין ***Rooks*** עשוי להצדיק פסיקת תשלום עונשי במקרה כזה. ר' הערה 16 לעיל. לדיון בתשלומי השבה ובקרבתם הרעיונית לתשלום העונשי ר' סע' 1.15 לעיל.

[35] למצב בנזיקין ר' סע' 3.09 לעיל. בספרות דיני החוזים הסקוטית אין זכר למושג התשלומים העונשיים. ר' למשל: W.W. McBryde, **The Law of Contract in Scotland** (Edinburgh, 1987).

[36] **"The motive of the party in breach** [of the contract] **is irrelevant." Brown v. Edinburgh Magistrates** (1907) S.C. 256 cited in: D.M. Walker, **The Law of Contract and Related Obligations in Scotland** (London, 3rd ed., 1995) 546 & n. 6.

[37] **Redden**(II) 649. דבר החקיקה המרכזי בתחום החוזים בהודו הוא **The Indian Contract Act** (1970). בדומה לחוק התרופות הישראלי, חוק זה מעגן חלק ניכר מעקרונות דיני החוזים של המשפט המקובל, אך איננו מזכיר תשלומים עונשיים ולו ברמז.

[38] **Guilford v. Anglo-French Steamship Co.** (1884) 9 S.C.R. 303.

nevo.co.il

שגרמה לו הפרת חוזה העבודה. שופט הרוב, Strong, ציין שלמרות שהתובע **"..was very harshly dealt with"**, הרי שסכום הפיצויים היה ללא ספק מופרז, באשר:

> **"..vindictive damages cannot be given in actions for breach of contract."**[39]

הלכת ***Guilford*** - והלכת ***Addis*** האנגלית שנפסקה חצי יובל שנים לאחריה - שימשו בקנדה לאורך מרבית המאה ה-20 כאסמכתא מחייבת לאיסור על הפעלת הדוקטרינה בתחום החוזי.[40] אך גם בקנדה, כמו באנגליה, הוכרו מאז ומעולם הן החריג ההיסטורי של הפרת הבטחת נישואין,[41] והן החריג החל במקרה של עילה נזיקית מקבילה.[42]

II. מגמת הנסיגה מהכלל האוסר

4.14 החל מסוף שנות השבעים החלה מסתמנת בקנדה מגמה איטית אך עקבית של הסתייגות מהכלל האוסר. נסיגה ראשונה וברורה מהקו המסורתי התרחשה בעניין ***NewBrunswick*** (1978).[43] באותו עניין פסק בית משפט בפרובינציית NewBrunswick תשלום עונשי בסך 50,000 דולר כנגד ארגון עובדים, שעובדיו פתחו בשביתה אלימה ובלתי חוקית, תוך הפרת הסכם העבודה הקיבוצי ביניהם לבין המעביד. תוך התעלמות מוחלטת מהכלל האוסר קבע בית המשפט שבסמכותו לפסוק תשלום עונשי:

> **"..where one party has set about wilfully and maliciously to harm another by tortious acts <u>or by breach of contract</u>."**[44]

שנתיים לאחר מכן אישר בית משפט עליון בפרובינציה אחרת - גם הפעם תוך התעלמות מהכלל האוסר - תשלום עונשי שהוטל על אדם שמכר במכירה פומבית משאית משועבדת תוך הפרת חוזה המכר.[45]

בראשית שנות ה-80 החלה המחלוקת השיפוטית סביב שאלת ההכרה בתשלום העונשי בדיני החוזים להיחשף ולהתעצם. קריאת תיגר ראשונה וברורה על הכלל האוסר אנו מוצאים בפסק הדין בעניין ***Brown*** (1981).[46] Linden, שופט הערכאה הראשונה, דחה בנסיבות המקרה הקונקרטי את התביעה לתשלום העונשי, אך בהערת אגב מצא לנכון להביע את עמדתו בשאלה עקרונית זו. בדבריו, המרשימים בתעוזתם ובמקוריותם, ממליץ השופט לפרש את הכלל האוסר לא ככלל ברזל, אלא כעיקרון שניתן לסטות ממנו במקרים המתאימים:

> **"It is clear, that such** [punitive] **damages would rarely be awarded** [for breach of contract]**, but this does not mean that it should never be done. To tie the hands of the courts by**

---

39 Id., at 309.

40 בשנת 1960 שב בית המשפט העליון ואישר את ההלכה בקובעו כי תביעה לתשלום עונשי בשל הפרת חוזה הינה: **"obviously untenable claim." Dobson v. Winton & Robbins Ltd.** (1959) S.C.R. 775, 782 (S.C.C.). לאסמכתות נוספות מבתי המשפט לערעורים ר' **Venour**, 91 & n. 28, 31.

41 עילה זו בוטלה בחלק מהפרובינציות הקנדיות, כפי שקרה באנגליה. למעמדו של חריג זה בקנדה ר': S.M. Waddams, **The Law of Contracts** (Toronto, 3rd ed., 1993) s. 735 & n. 155, 168.

42 לאסמכתות רלבנטיות ר': G.H.L. Fridman, **The Law of Contract in Canada** (Toronto, 2nd ed., 1996) 747 & n. 319.

43 **NewBrunswick Electrical Power Commision v. I.B.E.W. Local 1733** (1978) 22 N.B.R. (2nd) 364 (N.B.S.C.).

44 Id., 375 (Dickson, J.). מעשי האלימות היו יכולים לשמש את בית המשפט כעוגן לפסיקת תשלום עונשי מכוח דיני הנזיקין (בעוולת הרשלנות או הגזל) אך מדבריו עולה שהוא לא היה חושש מלפסוק תשלום עונשי גם בהעדר עילה נזיקית מקבילה.

45 **Rowland's Transport Ltd. v. Nasby Sales & Services Ltd.** (1978) 16 A.R. 192 (S.C.T.D.). פסק הדין הוא חריג גם במובן זה שהתשלום העונשי הוטל בו בשל התנהגות **רשלנית** (רשלנותו של המוכר שלא וידא העדר שעבודים), שעה שבמסגרת הדוקטרינה אין די ברשלנות, וככל הנראה אף לא ברשלנות חמורה. לעיקרון זה ר' סע' 7.04(16-15).

46 **Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police** (1981) 136 D.L.R. (3rd) 49 (Ont. H.C.). גם מקרה זה, כמו רבים אחרים שעסקו בסוגייה דנן, נסב על פיטורי עובד בניגוד לחוזה העבודה.

nevo.co.il

> **denying them the power to penalize defendants, who flout contract law in a high-handed and outrageous fashion, is unwise and unnecessary. <u>Punitive damages awards should be part of the judicial arsenal in contract cases in the same way as they are in tort cases</u>. I can see no sound reason to differentiate between them.**[47]

על אף היותם משקפים גישה שיפוטית נועזת ונון-קונפורמיסטית (ואולי דווקא משום כך) לא זכו דברים אלה של השופט Linden להתייחסות כלשהי בבית המשפט לערעורים.[48]

בהמשך מסתמנת בפסיקה הקנדית דיכוטומיה בין הגישה השמרנית לגישה הליברלית-המרחיבה: לצד פסקי דין שסרבו לראות בכלל האוסר משום איסור מוחלט,[49] או שאישרו פסקי תשלומים עונשיים בתביעות חוזיות שבהן הפרת החוזה הקימה עילה מקבילה בנזיקין,[50] הסתמנה בפסקי דין אחרים הסתייגות נחרצת מהמגמה החדשה, ותמיכה בלתי מסוייגת באיסור המסורתי.[51]

כך, למשל, בשנת 1984 בבית המשפט לערעורים במחוז קולומביה הבריטית הביעה שופטת המיעוט הזדהות מלאה עם גישתו הליברלית של השופט Linden, אך שופטי הרוב שבו ודבקו בהלכת ***Addis*** המסורתית.[52] לעומת זאת, בשני פסקי דין מבית המשפט לערעורים של מניטובה בשנים 1985 ו-1986, נרמז כי בנסיבות מתאימות - אם כי חריגות - עשוי המשפט הקנדי לסטות מההלכה המסורתית.[53] המחלוקת וחוסר הוודאות המשפטית בשאלה קא עסקינן נמשכו לאורך שנות ה-80 עד לפסק הדין המנחה בעניין ***Vorvis*** (1989).[54]

---

[47] בשל חשיבותם ונדירותם בנוף השיפוטי, ובשל היותם עולים בקנה אחד עם השקפתי העקרונית בסוגייה, מצאתי לנכון לצטט כאן גם את המשך הדברים: **"Canadian courts, unlike English courts, have retained their broad power to award punitive damages in tort cases. Thus, if a high-handed breach of contract also happens to amount to tortious conduct, punitive damages would be awardable pursuant to tort theory. It is said that if this conduct is purely a breach of contract and not tortious then no punitive damages can be awarded, despite the callousness of the conduct. <u>That makes no sense. It is wrong to treat one contract breach different from another merely because one violates tort principles while the other does not.</u> In recent years, the principles of damages in tort and contract are becoming more consistent. That is good and should be encouraged. By allowing punitive damages for contract breach, that laudable trend will be advanced. Moreover, Hopefully those who plan to breach contracts in a callous fashion will think twice… Consequently, I conclude, that it is not beyond the power of this court to award punitive damages in those rare situations where a contract has been breached in a high-handed, shocking and arrogant fashion so as to demand condemnation by the court as a deterrent."** ***Brown***, 65. חלק ניכר מהטיעונים הנזכרים כאן על די Linden זוכים לפיתוח ולהרחבה על ידנו בפרק י"א.

[48] **Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police** (1981) 150 D.L.R. (3rd) 729 (C.A.).

[49] למקבץ אסמכתות כאלה ר': H.P. Pitch, R.M. Snyder, **Damages for Breach of Contract** (Agincourt, 1989, leaflet, updated to 2003) s. 4.4.(c) at n. 52-62; **Venour**, n. 40, 42. דוגמה אופיינית נביא מפסק הדין בעניין **Thompson v. Zurich Ins. Co.** 45 O.R. (2d) 744, 752-3 (H.C. Ont.) (Pennell, J.): **"..to allow the imposition of punitive damages in tort actions and to deny them without exception for breach of contract standing alone is a mechanical classification without sound and legitimate basis."**

[50] לפירוט האסמכתות מסוג זה ר': **Fridman**, 748 & n. 322

[51] באחר מפסקי הדין הללו, שכמו רבים אחרים עסק בפיטורים שלא כדין, קבע בית המשפט ברוח הלכות **Addis** ו-**Guilford**, ש: **"..vindictive damages are not to be awarded even… ..where the firing was accomplished in a high-handed, arbitrary and insulting fashion." Pilon v. Peugeot Canada Ltd.** (1980) 114 D.L.R. (3d) 378, 383 (Ont. H.C.); see also: **Cardinal Construction Ltd. v. The Queen In Right of Ontario** 32 O.R. (2d) 575, 577 (Ont. H.C.): **"According to the authorities, it is quite clear that punitive damages will not be awarded in a breach of contract action in Canada".**

[52] על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון של קנדה, ובו נתהפכו היוצרות. ר' סע' 4.15 ואילך. **Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia** (1984) 9 D.L.R. (4th) 40 (B.C.C.A.).

[53] ר': **Perkins v. Brandon University** (1985) 35 Man. R. (2d) 177 (Man. C.A.); see also **Fouillard Implement Exchange Ltd. v. Kello-Bilt Indus. Ltd.** (1986) 37 **Man. R.** (2d) 111 (Man. C.A.) cited in **Venour**, n. 53. רמיזה דומה הושמעה בעניין **Fazzari v. Pellizzari** (1988) 9 A.C.W.S. (3d) 80 (Ont. Div. Ct.) שם נמנע בית המשפט מלמחוק על הסף תביעה לתשלום עונשי בגין הפרת חוזה, בטענה שאין זה נעלה מכל ספק שתביעה כזו דינה להידחות בכל מקרה.

[54] לפירוט של אסמכתות לכאן ולכאן בין השנים 1976-89 ר': **Fridman**, (2) 747-8 & n. 321-23 לא למותר לציין, שבתקופה זו זכתה הגישה הליברלית של חלק מהשופטים הקנדיים לתמיכה ניכרת בספרות המשפטית, וסביר להניח שהדבר תרם לחיזוק מעמדה. מאמרי תמיכה בהכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים שפורסמו בתקופה זו הם מאמרו של **Venour**, וכן: H. Krasnick,

III. הלכת *Vorvis*

4.15 נקודת מפנה חשובה בהקשר דנן מסמן פסק דינו של בית המשפט העליון של קנדה בעניין ***Vorvis*** (1989).[55] כפי שיובהר להלן, הן גישת הרוב והן גישת המיעוט - כל אחת בעוצמה שונה - משקפות סטייה משמעותית מהדין הישן.

א. הרקע העובדתי

4.16 בדומה למרבית פסקי הדין שבהם נדון הכלל האוסר, נסב פסק הדין דנן על תביעתו של עובד לפיצויים בשל הפרת חוזה עבודה. מר Vorvis פוטר מעבודתו בתואנת שווא שאינו מתאים לעבודה, לאחר שבמשך מספר חודשים לפני פיטוריו סבל מיחס גס ומשפיל של הממונה הישיר עליו. מעבר לפיצוי על נזקיו הממוניים **העובד תבע פיצוי לא-ממוני, פיצויים מוגברים, ותשלום עונשי**. תביעותיו אלה נדחו בערכאה הראשונה שהעירה, כי לו היה הדבר אפשרי, ראוי היה לפסוק תשלום עונשי כנגד המעביד. העובד ערער. בערכאת הערעור נדחתה פה אחד התביעה לפיצוי לא-ממוני ולפיצויים מוגברים. התביעה לתשלום עונשי נדחתה בדעת רוב.[56] העובד ערער לבית המשפט העליון על דחיית תביעתו לתשלום עונשי, ובית המשפט ראה לנכון לדון גם בתביעתו לפיצויים.[57]

ב. דעת הרוב

1. *פיצויים מוגברים*

4.17 את פסק הרוב כתב השופט McIntyre. לאחר סקירת הפסיקה הקנדית פוסק השופט - בניגוד להלכת ***Addis*** המסורתית - כי ראוי להכיר בסמכות לפסוק פיצויים מוגברים גם בתביעה על הפרת חוזה.[58] אולם לדברי McIntyre, תנאי לפסיקת פיצויים (במקרה זה - מוגברים) בגין התנהגות כלשהי הוא שהתנהגות זו תהווה מעשה בר-תביעה (actionable wrong), כלומר תקים בפני עצמה עילת תביעה משפטית (נזיקית, חוזית או אחרת).[59] בנסיבות העניין מעשי ההתעמרות של המעביד לא הקימו לדעת בית המשפט עילה בנזיקין ואף לא היו בגדר הפרה של החוזה, ולפיכך דרישה זו לא התקיימה. מכאן שהנזק הלא-ממוני שגרמו מעשי ההתעמרות אינו בר-פיצוי.[60]

---

[55] B. Feldthusen, "Contract - Punitive Damages - Aggravated Damages - Damages for Mental Distress in Contract: *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*" 69 **Can. B. Rev.** (1990) 169. לדיון מפורט בפסק הדין ר' **Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia** (1989) 58 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.).

[56] פסק הדין בערעור מצוטט בהערה 52 לעיל.

[57] יצויין שהשופטים בכל הערכאות, לרבות בערכאה העליונה, לא הבחינו בין פיצוי לא-ממוני לבין פיצויים מוגברים, והשתמשו במושגים אלה בערבוביה. עובדה זו מחזקת את טענתי, כי דוקטרינת הפיצויים המוגברים היא מיותרת במשפט המודרני, שם תפקידה יכול למלא הפיצוי הלא-ממוני. ר' סע' 1.13(47) לעיל.

[58] **"I would conclude, that.. ..aggravated damages may be awarded in action for breach of contract in appropriate cases…"** ***Vorvis***, 204.

[59] **"Damages, to be recoverable, must flow from an actionable wrong. It is not sufficient that a course of conduct not in itself actionable, be somehow related to an actionable course of conduct."** Id., 205. ראוי לציין, שבית המשפט לא ציין במפורש מה נכלל בביטוי "מעשה עוולתי בר-תביעה" (actionable wrong) אך מהנמקתו משתמע בבירור שהמושג אינו מצומצם לעוולות בנזיקין, וכולל גם הפרת חוזה. עניין זה הובהר גם בפסקי דין נוספים. ר' הערה 73 להלן.

[60] בית המשפט נימק את טענתו שמעשי ההתעמרות אינם הפרת חוזה בכך שהם קדמו לאקט הפיטורים (אותו ראה בית המשפט כאקט של הפרת החוזה) ולכן לא היו חלק אינטגרלי ממנו: **"..any injury it** [the conduct complained of] **may have caused the appellant, cannot be said to have arisen out of the dismissal itself."** Id., 205. התוצאה אליה הגיע השופט McIntyre נראית בעיני תמוהה ובלתי מוצדקת לא רק במישור הנורמטיבי, אלא גם במישור הפורמלי. גרימה מכוונת של עגמת נפש לעובד ניתן וראוי לפרש ללא קושי כהפרה של חיוב חוזי משתמע (כלומר הפרת חוזה שהיא עילת תביעה עצמאית ונפרדת) וזאת ללא קשר לעילה שמקימים הפיטורים עצמם. לחלופין, ניתן לראות בהתנהגות כזו הפרה של חובת תום הלב בקיום חיובי החוזה, שאף היא הפרה של חיוב מהדין, וככזו מקימה עילת תביעה עצמאית. ואמנם, טכניקה אחרונה זו ננקטה על ידי בית המשפט העליון הקנדי בפסק הדין המנחה בעניין ***Whiten*** כדי לאשר תשלום עונשי שנפסק בגין התנהגות שלילית שליוותה את הפרת החוזה העיקרית מבלי לפגוע בדרישת "העילה העצמאית" שנקבעה בעניין ***Vorvis***. לדיון בפסק הדין ***Whiten*** ר' סע' 4.22(75) להלן.

nevo.co.il

2. *תשלום עונשי*

4.18 גם בשאלה שהיא במוקד עניינו קבע בית המשפט בעניין ***Vorvis*** הלכה תקדימית: נפסק, כי במישור העקרוני אין מניעה שתשלום עונשי ייפסק גם בתביעות בשל הפרת חוזה:

> **"In my view, while it may be very unusual to do so, <u>punitive damages may be awarded in cases of breach of contract</u>. It would seem to me, however, that it will be rare to find a contractual breach which would be appropriate for such an award.**[61]

דברים אלה מבטאים גישה חדשנית העומדת בסתירה בולטת לגישתו המסורתית השמרנית של המשפט האנגלי, שעד לפסק הדין שלטה גם בקנדה. אמנם, בית המשפט צופה כי המקרים שבהם תיושם הדוקטרינה בתביעות חוזיות יהיו נדירים מאוד, אך אין הוא מוכן לשלול אפשרות זו באורח א-פריורי.[62] עם זאת, בנסיבות העניין נדחתה התביעה לתשלום עונשי. הטעם לכך היה, בין היתר,[63] שמעשי ההתעמרות של הממונה, בזויים ככל שהיו, לא הקימו עילת תביעה עצמאית בנזיקין או בחוזים ("actionable wrong"). מכיוון שכך, לא ניתן להעניש את המעביד בגינם, גם לו היו מחפירים מבחינה מוסרית.[64]

לדעתי, למרות הגישה המצמצמת העולה מעמדת הרוב כלפי תדירות השימוש בדוקטרינה בהקשרים חוזיים, יש בה עדיין משום פריצת דרך מהפכנית: בפנינו **לא רק צמצום בהיקף תחולתו של הכלל האוסר, אלא דחייה**

---

61 Id., 207.

62 נימוקיו של McIntyre לטענתו לפיה בתביעות חוזיות תשלום עונשי יהיה חיזיון נדיר אינם משכנעים. לדבריו, בנזיקין יהיו מצבים אלה נפוצים יותר, משום שבנזיקין חייב המזיק לפצות את הניזוק על מכלול נזקיו. לעומת זאת, בתביעות חוזיות המקור היחידי לחובות הצדדים הוא החוזה עצמו, ומכאן שהנפגע אינו זכאי אלא לאותו פיצוי שהובטח לו בחוזה. לדברי השופט הבדל זה לא יחסל את האפשרות לתשלום עונשי במקרים חוזיים, אך יגרום לכך שתשלום כזה יהיה נדיר ביותר: **"In tort cases… The injured party is entitled to be made whole. …In an action based on a breach of contract, <u>the only link between the parties for the purpose of defining their rights and obligations is the contract</u>. …the remedies open to the plaintiff must arise from that contractual relationship, that "private law", which the parties agreed to accept. The injured plaintiff then is <u>not entitled to be made whole</u>; he is entitled to have that which the contract provided for him or compensation for its loss. <u>This distinction will not completely eliminate the award of punitive damages but it will make it very rare in contract cases</u>.** לדעתי, טיעון זה שגוי בעליל: **ראשית**, הנחותיו של השופט בדבר ההבדלים בין העילה החוזית והעילה הנזיקית אינן מנומקות ונראות שגויות בעליל. מטרת הפיצויים בחוזים ובנזיקין היא זהה במישור העקרוני. מטרתם להשיב את מצב התובע לקדמותו ולהעמידו במקום בו היה עומד אלמלא העוולה או הפרת החוזה. הן הנפגע החוזי והן הנפגע הנזיקי זכאים לפיצוי על מכלול הנזקים שגרמה להם הפרת החיוב (החוזי, או הנזיקי, בהתאמה) וזאת בכפוף לכללי ריחוק הנזק הרלבנטיים. גם הטענה לפיה זכויות הצדדים נקבעות אך ורק לפי החוזה שביניהם שגויה, שהרי זכויות הצדדים לחוזה מוסדרות גם על פי עקרונות משפטיים והוראות חוק שהם חיצוניים לחוזה (לעניין זה ר' גם סע' 10.09(35-32) להלן. **שנית**, וחשוב מכך, גם בהנחה שתיאור ההבדלים המובא לעיל נכון, קשה לראות את הקשר בין הבדלים אלה לבין תדירות השימוש בתשלומים עונשיים. מטרתו המוצהרת של התשלום העונשי איננה פיצוי על נזק, ולפיכך גם לו היו קיימים הבדלים בין העילות לעניין היקף הזכות לפיצויים, נראה תמוה נסיונו של השופט לחבר בין הבחנה זו לבין הצורך או ההצדקה בהפעלת הדוקטרינה (השופט גם אינו עושה כל מאמץ להצביע על קשר כאמור). נראה לי אפוא, שהשופט McIntyre לא הצליח להבהיר מדוע יהא השימוש בתשלום העונשי בתביעות חוזיות כה נדיר, כנטען על ידיו. אנו נותרים אפוא עם הקביעה העקרונית שפסיקת תשלום עונשי אפשרית בתביעה חוזית.

63 נימוק נוסף וחלופי של בית המשפט לדחיית התביעה לתשלום עונשי היה שהתנהגות הממונה על העובד, למרות היותה ראויה לגנאי, לא היתה חמורה מספיק כדי להיחשב "מחפירה".

64 **"When can punitive damages be awarded? … What is to be punished? It surely cannot be merely conduct of which the court disapproves, however strong the judge may feel. <u>The only basis for the imposition of such punishment must be a finding of the commission of an actionable wrong</u> which caused the injury complained of by the plaintiff."** Id., 206. נימוק זה, הנגזר למעשה מהרעיון שלפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירים", נראה לכאורה מושך ומשכנע, אך איננו מצדיק את המסקנה שאליה הגיע השופט McIntyre. הטעם לכך הוא שכמוסבר בהערה 60 לעיל, לא היה קושי משפטי לקבוע, כי מעשי ההתעמרות של הממונה הקימו גם הקימו עילת תביעה נפרדת מעילת הפיטורים (הפרת חיוב חוזי משתמע, או הפרת חובת תום הלב). בעייתית גם הסיפא של דברי השופט McIntyre: כרוכה בה דרישה נוספת, בלתי מנומקת לכך שהמעשה בר-התביעה יגרום לתובע נזק. לפחות לכאורה דרישה זו הינה בעייתית, שהרי אין זה קשה להעלות על הדעת מצבים שבהם הפרה מחפירה של זכות תצדיק תגובה עונשית גם אם הסיכון שיצרה לא התממש מטעם זה או אחר. ואמנם, במרבית המדינות בארה"ב פסיקת פיצויים (actual\compensatory damages) אינה תנאי הכרחי להחלת הדוקטרינה. לעניין זה ר' סע' 7.04(14) להלן.

nevo.co.il

מפורשת שלו לטובת עיקרון חלופי גמיש, המכיר עקרונית בתחולת דוקטרינת התשלום העונשי לא רק בדיני הנזיקין, אלא גם בדיני החוזים.

ג. דעת המיעוט

4.19 חשיבותו של פסק הדין בעניין ***Vorvis*** אינה מתמצית בהלכה שקבעו שופטי הרוב. במישור העקרוני נודעת חשיבות גם לפסק הדין הנועז והחדשני של המיעוט, שניתן מפי השופטת Wilson.

1. פיצויים מוגברים

4.20 לעניין הזכות לפיצויים לא-ממוניים (או מוגברים), קבעה שופטת המיעוט, כי נזק לא-ממוני ראוי להכרה כבר-פיצוי גם בתביעות חוזיות, כפוף למבחן ריחוק הנזק החל בחוזים - הלא הוא מבחן הצפיות.[65] מבחן זה יש להפעיל באופן גמיש ועניני בנסיבות כל מקרה ומקרה, ומבלי להציב הגבלות קשוחות וכלליות, כדוגמת הדרישה שהעמיד McIntyre לעילת תביעה עצמאית נפרדת.[66]

2. תשלום עונשי

4.21 גם בסוגיית ההכרה בתשלום העונשי בתביעות שעילתן חוזית נקטה שופטת המיעוט גישה ליברלית ומרחיבה יותר מגישת שופטי הרוב. באמצה ללא סייג את גישת השופט Linden בפסק הדין ***Brown***,[67] קובעת Wilson, **שהמענה הראוי לשאלת תחולתה של הדוקטרינה אינו יכול להיות נעוץ במבחן טכני-פורמלי, המתבסס על סיווגה המשפטי של עילת התביעה הנדונה כ"חוזית" או "נזיקית"**. תחת הכלל האוסר ראוי לאמץ מבחן מהותי, הבוחן את חומרת התנהגותו של הנתבע בנסיבות העניין, ואת שאלת הצורך להעניש ולגנותו באמצעות חיובו בתשלום עונשי.[68] זאת ועוד, לדעת Wilson אין גם הצדקה לדרישה המגבילה שהעמיד שופט הרוב, McIntyre, ולפיה על התנהגות הנתבע להקים עילת תביעה עצמאית.[69] בנסיבות המקרה הקונקרטי סברו שופטי המיעוט כי התנהגות הנתבע - שכללה התעללות מילולית בתובע לאורך תקופה ארוכה עד לפיטורים שנכפו עליו והאשמות סרק שהטיח בו לאחר מכן במהלך המשפט - מצדיקה בנסיבות העניין לחייב את המעביד בתשלום עונשי.[70]

---

[65] השופטת wilson הסתמכה בדבריה על שני פסקי דין מבית המשפט לערעורים באנגליה: **Jarvis v. Swan Tours** [1973] 1 All E.R. 71 (C.A.); **Cox v. Philips Industries Ltd.** [1976] 3 All E.R. 161 (C.A.) ושבהם נפסקו פיצויים על עגמת נפש שגרמה הפרת חוזה, בטענה שנזק זה היה צפוי (במקרה הראשון דובר בהפרת חוזה למתן שירותי נופש, ובמקרה השני דובר בהפרת חוזה עבודה). עם זאת, Wilson מזכירה, שגישה ראוייה זו נדחתה בפסקי דין מאוחרים יותר. בקנדה אומץ מבחן הצפיות כמבחן כללי לפסיקת פיצוי לא-ממוני בדיני החוזים בפסק הדין ***Brown***(2). עם זאת, בנסיבות המקרה הקונקרטי הגיעה השופטת Wilson למסקנה כי הנזק הנפשי שנתבע לא ניתן היה לצפייה מראש בעת כריתת החוזה, ולפיכך אינו בר-פיצוי. Id., 219-20.

[66] Id., 215. למרבה הצער, לא מובא נימוק לקביעתה זו של השופטת Wilson.

[67] ר' לעיל בסע' 4.14(47) לעיל.

[68] ***Vorvis***, 224. בפרק י"א אני מפתח ומבסס גישה זו כגישה ראוייה. ר' סע' 11.02 ואילך.

[69] Id., 223-4: **"I do not share my colleague's view, that punitive damages can only be awarded when the misconduct is in itself an "actionable wrong"."** למרבה הצער, גם כאן אין שופטת המיעוט מנמקת את קביעתה. כמוסבר בהרחבה בפרק ז', לדעתי, בדין הנוהג התשלום העונשי נפסק לעולם בתגובה להתנהגות הכוללת בתוכה, כתנאי מוקדם, הפרה של חיוב משפטי (חוזי, נזיקי, או אחר). להבהרת הנקודה ר' סע' 7.04(12). מכאן, שהדרישה למעשה בר-תביעה (actionable wrong) אותה הציבה עמדת הרוב ב-***Vorvis*** היא אכן תנאי שאין בלתו לפסיקת תשלום עונשי. עם זאת, נראה שדעת הרוב מתעלמת מכך שהעילה לעניינת הנתבע במסגרת הדוקטרינה איננה בהפרת החיוב עצמה, אלא בנסיבות המיוחדות המחמירות האופפות אותה (כגון מצב מצוקה שבו נתון הנפגע, יסוד נפשי מחמיר של המפר, חומרת הסיכון שנוצר, וכו'). נסיבות אלה מצטרפות לעובדות המקימות את עילת התביעה אך אינן מקימות בהכרח עילת תביעה עצמאית נפרדת ממנה.

[70] שופטי המיעוט המליצו על פסיקת תשלום עונשי בסך של 5,000 דולר, בציינם, כי סכום זה ישרת את מטרת התשלום העונשי ויחד עם זאת יתיישב עם הצורך בפסיקת סכומים מתונים יחסית במסגרת הדוקטרינה.

nevo.co.il

ד. הפסיקה שלאחר *Vorvis*

4.22 אין כל ספק, שבמישור העקרוני חוללה הלכת ***Vorvis*** שינוי משמעותי במצב המשפטי בקנדה. גם לשיטתו הזהירה של הרוב הובהר אחת ולתמיד כי אין כל הצדקה לאסור באופן גורף על פסיקת תשלום עונשי כנגד מפר החוזה רק משום שעילת התביעה העומדת לנפגע יסודה בהפרת חוזה ולא בעוולת נזיקין.[71]

אולם בפועל, למרות החידוש ההלכתי הנועז, פעלה הלכת ***Vorvis*** דווקא באופן הפוך: בשל ניסוחו הזהיר והמהוסס של פסק הדין, ובשל היישום השמרני והמצמצם שנעשה בו לדרישת העילה העצמאית, התקשו מעתה בתי המשפט בקנדה לאשר פסקי תשלומים עונשיים בהסתמך עליו.[72] ואכן, בשנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין, מרבית פסקי הדין שעסקו בתביעות לתשלום עונשי בשל הפרת חוזה הגיעו למסקנה שאין מנוס מדחיית התביעה לתשלום עונשי.[73] עם זאת, במקרים אחרים - בפרט בהקשר להפרות בוטות של חוזי עבודה בידי מעבידים - המשיכו בתי המשפט להפעיל את הדוקטרינה, לעיתים תוך ניסיון "לגלות" במעשי הנתבעים עוולת נזיקין זאת או אחרת.[74]

תפנית חשובה ביותר בגישתו המצמצמת של בית המשפט העליון הקנדי הסתמנה לאחרונה בפסק הדין בעניין ***Whiten*** (2002).[75] באותו מקרה נפסק סכום של מיליון דולר - סכום תקדימי במונחים קנדיים - כתשלום עונשי בגין התכחשותה המחפירה של חברת ביטוח לתביעתה הצודקת של מבוטחת.[76] בית המשפט שלערעור הפחית את הסכום פי עשרה, אך בית המשפט העליון השיב את הסכום המקורי על כנו. פסק הדין חשוב משלושה טעמים

---

[71] השינוי הדרמטי במצב המשפטי תואר על ידי המלומד הקנדי **Fridman** בספרו משנת 1996 באופן הבא: **"It seems clear that such damages can now be awarded in contract cases. The only question is the determination of an appropriate situation for such an award." Fridman,** 750.

[72] כזכור, בית המשפט ב-***Vorvis*** סרב לראות במעשי התעמרות מעשה המקים עילת תביעה עצמאית, ולפיכך סרב להעניש את המעביד על מעשים אלה. לביקורתנו על פסיקה זו ר' הערה 60 לעיל.

[73] לפירוט מספר רב של אסמכתות שמרניות בין השנים 1989-2002 ר': **Fridman**, 750 & n. 340; **Pitch**, s. 4.4(c) at n. 66. פסק הדין בעניין **Wallace v. United Grain Growers Ltd.** (1997) 3 S.C.R. 701 הוא דוגמה מובהקת להשפעת הפרשנות והיישום השמרניים שנעשו ב-***Vorvis*** לדרישת העילה העצמאית על הפסיקה. שם, בתביעה דומה לזו שנדונה בעניין ***Vorvis***, פירשה דעת הרוב בבית המשפט העליון הקנדי את הדרישה לעילת תביעה עצמאית בצורה דווקנית ומצמצמת. לפי פרשנות זו "עילה עצמאית" ("actionable wrong") תתקיים רק בהינתן הפרת חוזה או עוולה נזיקית. הפרה של חובת תום הלב, לעומת זאת, לא נחזתה כמקימה עילה עצמאית. לפיכך, **נפסל פיצוי מוגבר שנפסק לטובת עובד בשל התנהגות מגונה של מעביד, וזאת למרות שהשופטים היו מוכנים לקבל את הטענה כי מדובר בהפרה של חובת תום הלב בקיום החוזה**. שופטי המיעוט אף הם פירשו באופן דומה את הדרישה לעילת תביעה עצמאית (דרישה להפרת חוזה או עוולה נזיקית). אולם בניגוד לחבריהם, נאותו לראות בהפרה של חובת תום הלב הפרה של חיוב חוזי משתמע ועצמאי, המקיימת את הדרישה לעילה עצמאית. למותר לציין, שגישתו של בית המשפט (הרוב והמיעוט כאחד) איננה קוהרנטית ואינה מוצדקת עניינית. קשה לראות מהו הבסיס להבחנה בין עילת תביעה המקימה סעדים בדיני חוזים או בדיני נזיקין, לבין עילת תביעה אחרת המוגדרת במקור משפטי אחר (חקוק או הלכתי). אכן, בישראל מקובלת התפיסה, שלפיה דיני החיובים כוללים לא רק את דיני הנזיקין ואת דיני החוזים, אלא גם את דיני עשיית עושר וחיובים אחרים מן הדין (ובכלל זה הפרת חובת תום הלב). יתרה מכך, הפרות של חובת תום הלב ניתן כמעט תמיד לפרש כהפרות של תנייה המשתמעת מן החוזה (ואכן בארה"ב חובת תום הלב נתפסת כחובה חוזית במהותה - ר' סע' 5.25 וכן סע' 5.26(115) להלן). מכאן, שגם בעניין ***Wallace*** לא היתה מניעה פורמלית לבסס עילת תביעה חוזית ולהשעין עליה את החיוב בפיצויים מוגברים או בתשלום עונשי, וזאת גם לפי הפרשנות הדווקנית והמצמצמת שאומצה שם לדרישת העילה העצמאית. ואכן, גישה שמרנית זו ננטשה בפסק הדין בעניין ***Whiten***. ר' טקסט להערות 75, 76 להלן.

[74] לסקירה מקיפה של אסמכתות רלבנטיות ר': **Pitch**, s. 4.4.(c) at n. 69.2-74. על המגמה להימנע מפסיקת תשלום עונשי בסכסוכים חוזיים שאינם בתחום יחסי העבודה ניתן ללמוד מהדברים הבאים: **"In the normal course punitive damages are not awarded for breach of contract except in wrongful dismissal cases." Independent Order of Foresters v. Prime Air Freight Inc.** (1992) 4 B.L.R. (2d)(Ont. Gen. Div.) para. 37 (Haley, J.).

[75] **Whiten v. Pilot Insurance Company** (2002) S.C.C. 18.

[76] באותו מקרה דובר בארוע טרגי של דליקה שכילתה לחלוטין את ביתם של התובעים. במקום לשלם את דמי הביטוח, האשימה המבטחת את התובעת ואת בעלה כי הם הציתו בכוונה את בית מגוריהם, וזאת למרות שחוות דעת פנימיות של החברה שללו אפשרות זו. המבטחת גם מסרה מידע כוזב לתובעים, לחצה על המומחים מטעמה לזייף את מסקנותיהם, ודבקה בגירסה זו אף בבית המשפט. בית המשפט מצא את ההתנהגות כמחפירה וראוייה לעונש.

nevo.co.il

עיקריים. **ראשית**, הסכום שנפסק בו כתשלום עונשי חורג בבירור ובאופן חד מהסכומים הצנועים שנפסקו עד אז בקנדה בתביעות חוזיות.[77]

שנית, דעת הרוב בפסק הדין קבעה ש**הדרישה לעילת תביעה עצמאית ("actionable wrong"), עשוייה להתקיים גם בהעדר הוכחה לקיומה של עוולה נזיקית נפרדת, ואפילו בהעדרה של הפרת חוזה** נפרדת. די בכך שההתנהגות המחפירה מנוגדת לחיוב משפטי (יהא אשר יהא מקורו וסיווגו) שבו חב הנתבע כלפי התובע. בכך אימץ למעשה בית המשפט גישה מרחיבה לשימוש בדוקטרינה, גישה המכונה בחיבור זה "הגישה האזרחית" לתשלום העונשי (להבדילה מ"הגישה הנזיקית" המסורתית).[78] במקרה הנדון החיוב שהופר באופן מחפיר היה החיוב לנהוג בתום לב בקיום חוזה הביטוח, חיוב שהוא עצמאי ונפרד מהחיוב החוזי לשלם את דמי הביטוח, שגם הוא הופר, ומכאן שהתשלום העונשי שנפסק - בדין נפסק.[79]

שלישית, בית המשפט גילה גישה אוהדת ומרחיבה כלפי השימוש בסנקציית התשלום העונשי לא רק בתחום החוזי - אלא במשפט האזרחי בכלל. דעת הרוב ארוכה ומנומקת, מלווה בסקירה מלומדת של המשפט המשווה, וקובעת במפורש כי **הענישה הינה מטרה ראוייה ולגיטימית לא רק של המשפט הפלילי אלא גם של המשפט האזרחי**.[80] עמדה זו מתיישבת במלואה עם התזה שנבנתה בחיבור זה ועשוייה לבשר על מגמה חדשה במשפט הקנדי של הרחבת היקף השימוש בדוקטרינה בתביעות אזרחיות בכלל ובסכסוכים חוזיים בפרט.[81]

<u>סיכום לפרק ד': גישת המשפט האנגלי מול גישת המשפט הקנדי</u>

4.23 סקירתנו מעלה שגישתו השמרנית של המשפט האנגלי הביאה לשימורו של הכלל האוסר עד היום במרבית מדינות חבר העמים הבריטי. לעומת זאת, המשפט הקנדי השכיל בהקשר דנן - כמו בתחומים אחרים - להשתחרר מכבלי המסורת האנגלית ולפתח גישה מקורית ודינמית משל עצמו. כפי שראינו, שופטים רבים בקנדה הביעו בגלוי חוסר נחת מהכלל האוסר, ולעיתים אף פסקו בניגוד אליו. גישתם האמיצה, ונכונותם להתמודד באופן גלוי עם הבעייה שיוצר הכלל האוסר הביאו בסופו של דבר לשינויו של אחד מ"כללי הברזל" המבוססים ביותר של המשפט המקובל. עם זאת, כפי שראינו, גם הלכת ***Vorvis*** עצמה משקפת עדיין היסוס מסויים - לפחות מצד שופטי הרוב - בכל הנוגע להפעלת הדוקטרינה בתחום החוזי. היסוס זה הקרין בעשור האחרון גם על הפרקטיקה המשפטית, ויצר תחושה שלפיה הלכת ***Vorvis*** הביאה לשינוי תיאורטי בלבד בדין הנוהג. הלכת ***Whiten*** החדשה, עליה עמדנו בסוף דברינו, הביאה עימה מפנה חשוב מבחינה זו. אפשר כי היא מסמנת תחילתה של מגמה חדשה - מרחיבה וליברלית יותר - בכל הקשור ליישומה של הדוקטרינה בתביעות חוזיות בקנדה.

* * *

---

77 הסכומים הנפסקים בקנדה כתשלומים עונשיים בתביעות חוזיות אינם עולים בדרך כלל על עשרות אלפי דולר, ובמקרים חריגים ביותר עולים על מאה אלף דולר קנדי. נתונים אלה מבוססים על הסקירה הפרטנית המובאת אצל: **Pitch**, s. 4.4(c) n. 69.2-74

78 לדיון בגישה האזרחית ובעדיפותה על פני "הגישה הנזיקית" המסורתית לתשלום העונשי ר' סע' 11.02 ואילך.

79 **"..a breach of the contractual duty of good faith is independent of and in addition to the breach of contractual duty to pay the loss. It constitutes an "actionable wrong" within the *Vorvis* rule, which does not require an independent tort."** ***Whiten***, para. 79. see also Id, at para. 82: **"An independent actionable wrong is required, but it can be found in breach of a distinct and separated contractual provision <u>or other duty</u> such as a fiduciary obligation."** בכך סטה בית המשפט העליון הקנדי מהפרשנות המצמצמת שבה נקט מספר שנים קודם לכן בעניין ***Wallace***. ר' הערה 73 לעיל.

80 **"Punishment is a legitimate objective not only of the criminal law but of the civil law as well."** ***Whiten***, para. 37.

81 יצויין, כי בית המשפט התייחס בהרחבה גם לשיקולים העשויים להשפיע על השאלה אם לפסוק תשלום עונשי, ובאיזה שיעור. התייחסות לשיקולים אלה ונוספים ניתן למצוא בפרק י"ב לחיבור.

nevo.co.il

פרק ה':

ארצות הברית

nevo.co.il

הערה למטרת הפרק ותכניו העיקריים

5.01 מטרת הפרק היא להציג תמונה מפורטת ושלמה - ככל שניתן במגבלות היריעה הנוכחית - של המצב המשפטי המורכב הקיים בסוגייה דנן במשפט האמריקאי. במהלכו אבקש לבסס את הטענה, שלמרות ש**ברמה ההצהרתית** זכה הכלל האוסר למעמד של עיקרון יסוד בלתי מעורער בדיני החוזים, הרי ש**ברמה המעשית שונה המצב** תכלית השינוי. למעשה, במרבית מדינות ארה"ב לא היה הכלל האוסר מעולם בגדר איסור גורף, וכבר החל מאמצע המאה ה-19 ניבעו בו פרצות משמעותיות, שהלכו והתרחבו לאורך המאה ה-20. כפי שאראה, הכרסום במעמדו של הכלל האוסר נעשה בעיקר באמצעות טכניקות שיפוטיות שהעניקו פרשנות יצירתית מרחיבה לחריג המסורתי המאפשר לפסוק תשלום עונשי בגין הפרת חוזה המקימה עילה נזיקית עצמאית ("The Independent Tort Exception").[1] בעזרת טכניקות אלה יצרו בתי המשפט מעת לעת חריגים חדשים לכלל האוסר, והרחיבו את פוטנציאל השימוש בדוקטרינה בתחום החוזי הרבה מעבר ל"מותר" במסגרת חריגיו ההיסטוריים המסורתיים.[2] זאת ועוד, במדינות אחדות נטשה הפסיקה לחלוטין את הרטוריקה ה'נזיקית' השמרנית וקבעה במפורש, שגם בתחום החוזי ניתן וראוי להיזקק לדוקטרינה במקרים המתאימים, וזאת במישרין וללא צורך בקונסטרוקציות "נזיקיות" למיניהן.[3]

I. הכלל האוסר וחריגיו ההיסטוריים

א. הכלל האוסר

5.02 כבר במחצית המאה ה-19 השתרש במשפט האמריקאי - בהשפעת המשפט האנגלי - העיקרון שלפיו בדיני החוזים, להבדיל מדיני הנזיקין, אין מקום להתחשב באשמת המפר ובמניעי ההפרה בעת קביעת היקף הסעד הכספי בגין הפרת חוזה.[4] מעיקרון זה גזרה הפסיקה האמריקאית במישרין את הכלל האוסר, ועיגנה אותו במפורש בפסיקה המדינתית כבר בשנות ה-50 של המאה ה-19.[5] מכאן ואילך המשיכה ההלכה להתבסס עד שבראשית המאה ה-20 הפכה לעיקרון בלתי מעורער במרבית המדינות.[6] במספר מדינות זכה הכלל האוסר לעיגון חקיקתי מפורש.[7] הוא

---

1 להגדרת החריג ודיון בטכניקות האופייניות להרחבתו ר' סע' 5.04 ואילך. לחריג במשפט האנגלי ר' סע' 4.07 לעיל.

2 מציאות זו הביאה מלומדים אחדים למסקנה, שהכלל האוסר כמעט ונבלע לחלוטין על ידי חריגיו. ר' במיוחד מאמריהם של: R.L. Sassaman, "Punitive Damages in Contract Actions: Are the Exceptions Swallowing the Rule"? **Washburn L.J.** (1980) 86; **Sullivan**.

3 גישה חדשנית זו ניזונה ומשתלבת בזרם הולך וגובר של קולות הנשמעים בעשורים האחרונים בספרות המשפטית, והקוראים לבחון מחדש את שאלת ההצדקה לקיומו של הכלל האוסר, שאלה שתיבחן בהרחבה במסגרת השער הרביעי לחיבור.

4 המלומד האמריקאי Sedgwick, בן התקופה, מתאר כך את הדין הנוהג: **"..I conclude that so long as our present forms of action, rules of pleading and evidence, exist, their clear and irresistible result is, that the damages in actions of contract are to be limited to the consequence of the breach of contract alone, and that no regard is to be had to the motives which induce the violation of the agreement." Sedgwick**, 233. ר' גם הציטוט מדבריו של **Sedgwick**, בהערה 2.14(65) לעיל.

5 האסמכתא המוקדמת ביותר היא ככל הנראה ממדינת ויסקונסין: **"Vindictive or punitory damages cannot be allowed upon a mere breach of contract."** בפנסילבניה ר': **Gordon v. Brewster** 7 Wis. 355, 358 (1858); **Hoy v. Gronoble** 34 Pa. 9, 11 (1859): **"..**[the doctrine of] **vindictive damages, which is not permitted in actions for a breach of contract, with very rare exceptions, perhaps none, except the single case of breach of promise of marriage."**

6 במדינות ארקנסו ואילינוי עוגן הכלל האוסר בפסיקה בשנת 1869 ו-1869 בהתאמה; בניו-יורק ב-1885; בטקסס ב-1898; במערב וירג'יניה ב-1903; באלבמה ב-1908. לפירוט האסמכתות ולפסיקה נוספת מתקופה זו ומראשית המאה ה-20 ר': T.G. Koerner, "Contracts - Damages - Punitive Damages Awarded for Breach Accompanied by Fraudulent Act" 56 **Michigan L.R.** (1958) 448, 449 & note 3; **Sullivan**, n. 80.

7 דוגמה אחת לעיגון חקיקתי כזה היא סע' 3294 לקוד האזרחי של מדינת קליפורניה **California Civil Code** s. 3294(a) הקובע כי תשלום עונשי ניתן לפסוק בכל תביעה אזרחית **למעט** תביעות שעילתן חוזית. חיקוקים דומים קיימים גם בג'ורג'יה, מונטנה, נבדה, אוקלהומה, ודרום-דקוטה. לפירוט החיקוקים ר': **Ghiardi** s. 5.16 & n. 2; W.S. Dodge, "The Case for Punitive Damages in Contract", 48 **Duke L.J.** (1999) 629, 638 & n. 33; M.F. McNamara, "Tortious Breach of Contract in Oklahoma" 20 **Tulsa L. J.** (1984) 233, 248 & n. 100.

nevo.co.il

מופיע ברסטייטמנט על חוזים,[8] ואף אומץ בקודקס המסחר האחיד (U.C.C.).[9] גם כיום מוסיף הכלל האוסר להיחשב כאחד מהעקרונות המובהקים ביותר של דיני החוזים האמריקאיים.[10]

ב. חריגים היסטוריים לכלל האוסר

5.03 חריגיו האנגליים ההיסטוריים של הכלל האוסר נקלטו במשפט האמריקאי כבר בראשית דרכו. בניגוד לחריגים המודרניים, המתאפיינים בהגדרות עמומות ובעלות "מרקם פתוח", מתאפיינים החריגים המסורתיים בתחולה מוגדרת ומוגבלת. חריג **הפרת הבטחת הנישואין** מצא את דרכו למשפט האמריקאי עוד בשלהי המאה ה-18, בטרם עוגן הכלל האוסר בפסיקה.[11] קטגוריה זו התבססה במדינות רבות במהלך המאות ה-19 וה-20, ועל אף שחל פיחות במעמדה,[12] היא נחשבת עדיין לחריג מבוסס של הכלל האוסר.[13] החריג המיוחד החל על **סרוב בנק לכבד המחאת לקוח**, נקלט אף הוא בהשפעת המשפט האנגלי,[14] אך כיום נתפסת קטגוריה זו כמקרה פרטי הנכלל בחריגים מודרניים רחבים יותר של הכלל האוסר.[15] **הפרת התחייבות שמקורה בשטר חוב** אף היא הוכרה בעבר כחריג מיוחד לכלל האוסר, החל כשהשטר ניתן מכוח הרשאה סטטוטורית או שיפוטית (statutory or judicial bond).[16]

II. חריג "העוולה העצמאית"

א. החריגים המודרניים לכלל האוסר- כללי

5.04 להבדיל מהמשפט האנגלי, המשפט האמריקאי לא קפא על שמריו והמשיך לפתח חריגים לכלל האוסר גם לאחר שהכלל השתרש בדין הנוהג. החשובים שבאלה הם: ***"חריג העוולה העצמאית"; "חריג השירות הציבורי"; "חריג***

---

[8] על המעמד הבלתי מעורער שיוחס לכלל האוסר בשנות השלושים של המאה החולפת ניתן ללמוד מניסוחו הנחרץ של הרסטייטמנט הראשון על חוזים אשר קבע בפשטות ובלשון שאינה משתמעת לשתי פנים כי: **"Punitive damages are not recoverable for a breach of contract." Restatement of Contracts** (1932) s. 342. ניסוח נחרץ זה רוכך מעט בריסטיימנט השני, משנת 1981. בנוסף, סע' 345 לרסטייטמנט השני מונה 6 תרופות שיפוטיות שניתן לפסוק בגין הפרת חוזה, ותשלום עונשי אינו נמנה עימן (זאת במובחן מהרסטייטמנט על נזיקין, הקובע במפורש בסע' 901 כי אחת ממטרות התשלומים בנזיקין היא ענישה והרתעה).

[9] **Uniform Commercial Code** (Philadelphia, 1958, Official Text) s. 1-106(1): **"...neither consequential or special nor penal damages may be had except as specifically provided in this act or by other rule of law."**

[10] הכלל האוסר נזכר בחיבורים הקלסיים על דיני החוזים. ר' למשל: S. Williston, **A Treatise On The Law Of Contracts** (N.Y., 3rd ed., 1968, Jaeger Ed.)Vol. 11, s. 1340; **Corbin**, s. 1077; E.A. Farnsworth, **Farnsworth On Contracts** (Boston, 3rd ed., 1990) Vol. 3, s. 12.8; see also: **Dobbs**,(III) s. 12.5(2); **Am. Jur.** s. 751.

[11] אחת האסמכתות האמריקאיות המוקדמות ביותר לפסיקת תשלום עונשי היא בעילה זו: **Coryell v. Colbaugh** 1 N.J.L. 90 (1791) בפסק הדין אישר בית המשפט העליון של ניו-ג'רזי את ההנחייה שנתנה הערכאה הראשונה למושבעים, לפיה: **"..they were not to estimate the damages by any particular proof of suffering or actual loss; but to give damages for example's sake, to prevent such offences in the future..."** Id., 91.

[12] כפי שקרה באנגליה, בחלק מהמדינות בוטלה עילת תביעה זו לחלוטין, ובאחרות הוגבל הסעד במסגרתה לפיצויים בלבד. **Redden** R. Tushnet, "Rules of Engagement" 107 **Yale L.J.** (1998) 2583, 2586-91. לרפורמות ומגמות בהקשר זה ר' למשל: 390.

[13] לדיון בחריג זה ולאסמכתות לפסיקת תשלומים עונשיים במסגרתו ר': **Sedgwick**, 235, 426-9; **Sullivan**, 223 & n. 91-97; **Corbin**, 440-4 & n. 21, 22; **Redden**, 389-91; **Sassaman**, 94. כמו באנגליה, כך גם בארה"ב, עצם הפרת הבטחת הנישואין אינה עילה אוטומטית לפסיקת תשלום עונשי, והדבר תלוי בחומרת התנהגותו של המפר. בתי המשפט אימצו בהקשר זה מבחנים מילוליים שונים, כגון דרישה למרמה (fraud), זדון (malice) או אכזריות (ruthless behavior). **Sullivan**, 223 & n. 95-97 לרטוריקה ה"נזיקית" המצדיקה חריג זה ר' סע' 4.05(19).

[14] למעמדו באנגליה ר' סע' 4.06. מקורות אמריקאיים העוסקים בו הם: **Corbin**, 444-5 & n. 30; **Am. Jur.**, s. 753 & n. 16; **Am. Jur.**, Vol. 10, (N.Y., 2nd ed., 1963) s. 576 (Banks) n. 14.

[15] כגון חריג השירות הציבורי, חריג יחסי האמון או חריג העוולה העצמאית (ר' בהמשך). ההצדקה המודרנית לחריג זה גם היא 'נזיקית' באופייה: **Fidelity Nat'l. Bank v. Kneller P.C.** 194 Ga. App. 55; S.E.2d 55, 62 (1989). **"..the precedential history of this court's decisions indicates that wrongful dishonor may be tortious"**

[16] בפסיקה ובספרות המודרנית אין כמעט זכר לחריג זה, ונראה כי אין לו כיום חשיבות מעשית. המקורות היחידים בהם מצאתי עדות לקיומו של חריג היסטורי זה הם: **Sullivan**, 226, n. 108 & references therein; **Williston**, 213-4 & n. 13; **McCormick**, 491 המלומד McCormick מציין שעל פי רוב מדובר בשטרי חוב שעל פיהם מספק מבטח למבוטחו ביטוח אחריות. השאלה שהתעוררה היא, האם במקרה של חיוב המבוטח בתשלום עונשי מחוייב המבטח לכסות גם חבות זו כלפי הצד השלישי מכוח חוזה הביטוח. לדברי המלומד למעשה מדובר בחריג מדומה בלבד, שהרי חבות המבטח במקרה כזה איננה מושתתת במישרין על שיקולים עונשיים ומקורה אינו בדוקטרינה עצמה, אלא בחיוב הרצוני שנטל על עצמו המבטח.

nevo.co.il

המרמה", ***"חריג יחסי האמון"*** ; ו***"חריג תום הלב"***.[17] מאפיין בולט של החריגים המודרניים הוא היותם מבוססים על מבחני שסתום עמומים ובעלי "מרקם פתוח".[18] עמימות לשונית זו אפשרה לבתי המשפט גמישות רבה, שהוגברה עוד יותר על ידי האקטיביזם השיפוטי שגילו חלק מבתי המשפט ביישומם ופרשנותם של חריגים אלה.

להבדיל מחריגי העבר, שצמחו עוד בטרם זכה הכלל האוסר לעיגון מפורש, חייבה ההכרה השיפוטית בחריגים החדשים עיגון והצדקה פורמלית בדין הנוהג. הפתרון נמצא בדמות רטוריקה שיפוטית אופיינית אשר הבהירה כי הבסיס לחיוב המפר בתשלום העונשי במקרה הנדון **איננו בהפרת החוזה עצמה, אלא בהפרה של חובה מן הדין, הנחזית כחובה נזיקית או 'מעין נזיקית'.** שכפי שיובהר להלן, ההישענות על רטוריקה 'נזיקית' זו משותפת לעיסוק השיפוטי בכל החריגים המודרניים ללא יוצא מן הכלל.[19] מאחר שחריג העוולה העצמאית משקף היגיון נזיקי זה באופן המובהק ביותר, ומאחר שממנו התפתחו יתר החריגים המודרניים, ראוי לדון בו ראשונה.[20]

ב. הגדרת החריג ומעמדו במשפט האמריקאי

5.05 "חריג העוולה העצמאית" ("Independent Tort Exception") הוא ללא ספק החריג החשוב ביותר של הכלל האוסר.[21] על מעמדו הרם מלמדת העובדה, שהוא היחיד מבין החריגים המעוגן מפורשות ברסטייטמנט האמריקני.[22] הגדרת החריג וההצדקה המשפטית הפורמלית לו הם פשוטים: כאשר התנהגותו המחפירה של מפר החוזה מקימה את יסודותיה של עוולה נזיקית, ניתן לבסס את חיובו בתשלום עונשי במישרין על ביצועה של אותה עוולה.[23] ההצדקה הפורמלית להכרה בחריג היא שבמצב זה מוטלת הסנקציה בשל העוולה הנזיקית ולא בשל ההפרה; מכוח דיני הנזיקין ולא מכוח דיני החוזים; ולפיכך אין בפסיקתה משום סתירה כלשהי לאיסור המסורתי.[24]

---

17 דיון פרטני בכל אחד מחריגים אלה ייערך בהמשכו של הפרק.

18 זאת במובחן מהחריגים ההיסטוריים, שהינם בעלי אופי קזואיסטי. חריג השירות הציבורי הוא במידה מסויימת יוצא דופן, בהיותו בעל תחולה צרה וברורה יחסית (אם כי עדיין רחבה בהשוואה לחריגים ההיסטוריים). ואכן, היקף השימוש בחריג זה פחת מאוד בעשורים האחרונים בשל 'היבלעותו' בחריגים חדשים ורחבים ממנו.

19 לעומת זאת, במישור המהותי מבוססים החריגים השונים על טעמי מדיניות שאינם בהכרח משותפים (אם כי לעיתים קרובות מתקיימת ביניהם גם קירבה מהותית).

20 במקורות רבים מופיע חריג העוולה העצמאית בשורה אחת עם יתר החריגים הנזיקיים וכשווה מעמד להם. אולם, כפי שיובהר מייד, למעשה שימש חריג זה בסיס משפטי שדרכו ובאמצעותו פיתחו והצדיקו בתי המשפט האמריקאיים את כל יתר חריגי הכלל האוסר.

21 דיון בחריג העוולה העצמאית ניתן למצוא בכל מקור אמריקאי העוסק במעמדו של התשלום העונשי בדיני החוזים. לדיון מאיר עיניים במיוחד ר': **Sullivan**, 236-40; F.J. Cavico, "Punitive Damages for Breach of Contract - A Principled Approach" 22 **St. Mary's L.J.** (1990) 357, 381-96; P.G. Coleman, "Punitive Damages for Breach of Contract: A New Approach" 11 **Stetson L.R.** (1982) 250, 252-61; **Sebert**, 1600-6. למגוון רחב של אסמכתות המכירות בחריג זה ר' למשל: **Am. Jur.** s. 752 & n. 6; **Redden** 377 & n. 1; **Corpus Juris Secundum** Vol. 25 (N.Y., 1966) s. 120.

22 **"Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable."** **Rest.** Conts (2) s. 355. ניסוח זה מציג את חריג העוולה העצמאית למעשה כחלק אינטגרלי מהכלל האוסר, והדבר מעיד על מעמדו המבוסס בהשוואה ליתר החריגים.

23 אפשרות זו נובעת מהעיקרון הדיוני הנוהג במשפט האנגלו-אמריקאי המתיר לתובע לבסס על אותה מערכת עובדתית תביעות חלופיות. ואכן, כפי שראינו, חריג העוולה העצמאית מוכר גם במשפט האנגלי. ר' סע' 4.07(26) לעיל.

24 במילים אחרות, ניתן לטעון כי חריג העוולה אינו אלא חריג מדומה לכלל האוסר. עמד על כך אחד המלומדים: **"This exception, therefore, is <u>not a real exception</u> to the general rule, even though it is termed an exception by courts and commentators that employ it."** **Cavico**, 381; see also: **Sullivan**, 236-7: **"Courts recognizing this rule apparently believe that since the basis for awarding punitive damages is the defendant's independent, willful tort, there can be no conflict with the general rule merely because the parties' relationship fortuitiously rests on a contract."** למעשה, טיעון זה אינו נקי לגמרי מקשיים. **ראשית,** כאמור, הבסיס להכרה בחריג זה נעוץ בעיקרון דיוני של המשפט האנגלו-אמריקאי שאיננו אוניברסלי (לעניין זה ר' סע' 4.07(26)). **שנית,** העמדת התשלום העונשי במקרי העילה המקבילה על בסיס עיוני נזיקי אינה משנה מהעובדה שבפועל הוא נפסק במערכת יחסים חוזית, ובכך פוגע בכל אותם עקרונות ותכליות שהכלל האוסר מתיימר לשרת (יעילות כלכלית, וודאות, חופש חוזים, וכו'). מבחינה זאת יש בפנינו חריג מהותי לכלל האוסר ולא חריג מלאכותי בלבד.

nevo.co.il

כזכור, פסיקת תשלום עונשי מכוחו של חריג זה אפשרית גם באנגליה.[25] אולם בארה"ב נודעת לקיומו משמעות מרחיקת לכת עשרת מונים. הדבר נובע מהתפקיד המרכזי שחריג זה מילא במשך השנים כצינור להרחבת תחולתה של הדוקטרינה בתחום החוזי. עניין זה יובהר להלן.

ג. הגישה השמרנית לחריג העוולה העצמאית

5.06 לפי הגישה המסורתית והשמרנית לחריג העוולה העצמאית, אין לו תחולה אלא אם כן הוכח כי לתובע עומדת עילת בנזיקין. לשון אחר, על התובע לטעון בכתב התביעה, ולהוכיח במהלך המשפט, כי יסודותיה של עוולה נזיקית ספציפית נתקיימו במלואם, וזאת כתנאי מקדמי (אם כי לא בהכרח מספיק) לקבלת סעד של תשלום עונשי כנגד מפר החוזה. לפי גישה זו, אין די בטענה בעלמא כי הפרת החוזה או התנהגות אחרת של המפר שקדמה לה או באה בעקבותיה היא מקוממת ומחפירה, או אף מזכירה עוולה נזיקית או מקיימת חלק מיסודותיה. ללא הוכחת קיומה של עוולה נזיקית עצמאית על כל יסודותיה אין בית המשפט מוסמך לפסוק תשלום עונשי, תהא התנהגותו של מפר החוזה מחפירה ומקוממת ככל שתהא. פרשנות מסורתית-שמרנית זו לחריג העוולה העצמאית, הנותנת לו את משמעותו המקורית הפשוטה, שלטה בעבר בפסיקה האמריקאית, ולמעשה ממשיכה גם כיום להיות הגישה השלטת - לפחות במישור ההצהרתי.[26] עם זאת, כפי שיובהר מייד, במדינות לא מעטות בארצות הברית רטוריקה שמרנית זו מכסה למעשה על גישה ליברלית יותר, היוצקת תוכן מרחיב למושג "עוולה עצמאית".

ד. הגישה הליברלית לחריג העוולה העצמאית

5.07 עיון בפסיקה האמריקאית מעלה שבארצות הברית נפסקו תשלומים עונשיים במקרים רבים כנגד מפר חוזה גם כאשר לא הוכח (ולעיתים אף לא נטען) כי המפר ביצע עוולה נזיקית כלפי הנפגע. מציאות זו נוצרה על פי רוב באמצעות שימוש מרחיב ויצירתי בחריג העוולה העצמאית, אשר איפשר לבתי משפט רבים להפעיל את הדוקטרינה במצבים שבהם הדבר לא היה ניתן במסגרת הפרשנות המסורתית השמרנית של חריג זה.[27] להלן אבקש להצביע על ארבע טכניקות שיפוטיות שבאמצעותן הרחיבו בתי המשפט האמריקאיים את היקף תחולתה של הדוקטרינה בתחום החוזי. שלוש הראשונות שאזכיר, על אף ההבדלים ביניהן, משקפות דגם פעולה שיפוטי אחד: מתן פרשנות ליברלית ומרחיבה למושג "עוולה נזיקית".[28] הטכניקה הרביעית מאפשרת להשיג תוצאה דומה בדרך שונה.

1. טכניקה ראשונה: הפרה של חובה מן הדין כעוולה נזיקית

5.08 טכניקה נפוצה אחת ששימשה יסוד להכרה במרבית החריגים המודרניים מושתתת על רעיון פשוט אך מרחיק לכת: כל התנהגות המפירה סטנדרט התנהגות חיצוני שמקורו איננו בהסכמת הצדדים אלא בדין הכללי - בחוק או בהלכה שיפוטית - איננה הפרת חוזה אלא הפרה של חיוב שניתן לראותו כנזיקי או 'מעין נזיקי'.[29] הפרתו של חיוב

---

[25] ר' סע' 4.07 לעיל.

[26] להצגה תמציתית של הגישה המסורתית ולאסמכתות המבטאות אותה ר': **Am. Jur.** s. 752.

[27] רק במספר קטן של מדינות קראה הפסיקה תיגר על הכלל האוסר באופן ישיר, ולפיכך לא נזקקה לטכניקות שיידונו כאן. ר' סע' 5.33 ואילך.

[28] על תופעה זו של 'מתיחה', לעיתים נועזת ומרחיקת לכת של מושג העוולה, העיר עורך הרסטייטמנט: **"The term "tort" in the rule stated in this section is elastic, and the effect of the general expansion of tort liability to protect additional interests is to make punitive damages somewhat more available for breach of contract as well. Some courts have gone rather far in this direction." Rest**. Conts. (2), s. 355 Comment b. לדיון בתופעה של "מתיחת" חריג העוולה ר' למשל: S.E. Pochop, "*Hoffman v. Louis Dreyfus Corp.*: Punitive Damages on the Borderland of Tort and Contract" 35 **S.D.L.R.** (1990) 118.

[29] בלשונו של אחד מבתי המשפט שנקטו בטכניקה זו: **"Ordinarily, where there is no duty except such as the contract creates, the plaintiff's remedy is for breach of contract, but when the breach of duty alleged arises out of a liability independently of the personal obligation undertaken by the contract - it is a tort." Dixon v. Texas Company** 72 S.E.2d 897, 899 (1952). מעניין לציין, שהרעיון שלפיו מעשה פסול המנוגד למוסר עשוי להיתפס כ"מעין עוולה" או "כמעט עוולה" הוכר גם בבית המשפט העליון שלנו בע"א 5768/94 **א.ש.י.ר יבוא יצוא והפצה** פ"ד נב (4) 289. השופט חשין קבע שם, כי לדעתו תנאי לתחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט לצד דיני הקניין הרוחני הוא קיומו של "יסוד נוסף" בהתנהגות הנתבע פרט להתעשרות שלא כדין. יסוד נוסף זה הוא "**התנהגות פסולה ובלתי הוגנת.. ..לרבות התנהגות נטולת תום לב.**" לדבריו, התנהגות זו אינה חייבת להיות עוולת נזיקין

nevo.co.il

כזה נחשבת - לצורך תחולת הדוקטרינה - כמקימה עילה נזיקית לכל דבר. לפיכך, כאשר מדובר בהפרה מחפירה של החוזה, ניתן לפסוק כנגד המפר תשלום עונשי גם בהעדר עוולה נזיקית מוכרת.[30] החל משנות ה-50 של המאה ה-19 ולאורך המאה ה-20 מילאה טכניקה זו תפקיד חשוב בהצדקת כל חריגיו הנזיקיים המודרניים של הכלל האוסר.[31]

2. טכניקה שנייה: הכרה בעוולות נזיקין חדשות

5.09 טכניקה שונה מעט מקודמתה, היא הטכניקה של הכתרת מעשים מסויימים שטרם הוכרו כעוולות בכותרת רשמית של "עוולה נזיקית" לכל דבר ועניין. בניגוד לקודמתה, המבקשת לראות בהפרה של כל חובה חיצונית לחוזה מעשה **השקול** לעוולה נזיקית לצורך פסיקת תשלום עונשי, **הטכניקה דנן מבקשת להגדיר התנהגויות מסויימות כקטגוריות נזיקין חדשות** ולהופכן באופן רשמי לחלק מדיני הנזיקין במובנם המסורתי.[32] בעזרת טכניקה זו יצרו בתי המשפט במהלך המאה ה-20 מכוח סמכותם הטבועה מספר לא מועט של עוולות נזיקין חדשות.[33] מכוחן של עוולות חדשות אלה יכול היה בית המשפט לפסוק כעת סעדים נזיקיים (תשלום עונשי, אך גם פיצויים בגין נזק לא-ממוני שלא הוכרו בעבר בתביעות חוזיות) בגין התנהגויות שלמעשה לא היו אלא הפרות חוזים.[34] כקודמתה, גם

מוכרת: **"מדברים אנו על "מעין-עוולה, לאמור על מעשה שיצא מתחום המעשים הראויים, אך אל תחום מעשי העוולה לא הגיע."** (עמ' 2-371 לפסק הדין). גם השופט אנגלרד ציין, כי "**כינונה של זכות בעקיפין, על דרך הטלת אחריות בגין התנהגות בעלת דופי עשוי להתרחש גם מחוץ למסגרת דיני הנזיקין במובנם המושגי הצר. בסוגייתנו חשובים במיוחד המקרים של הפרת יחסי אמון.**" (שם, 444).

30 ניתן לראות, כי משמעותה העיונית של הגדרה זו היא מתן הגדרה כוללנית ומרחיבה לדיני הנזיקין, שלפיה הם כוללים את כל דיני החיובים הלא-רצוניים. בכך מצטמצמים דיני החיובים למעשה לדיני נזיקין ודיני חוזים בלבד (תפיסה זו רווחת לעיתים גם בקנדה - ר' סע' 4.22(73) לעיל). תפיסה כזו אפשרית כמובן מן הבחינה התיאורטית, אלא שהיא מנוגדת לתפיסה המקובלת של דיני הנזיקין, שלפיה ענף זה בנוי מאוסף מוגבל של נורמות בעלות יסודות משפטיים מוגדרים הקבועות בפסיקה או בחקיקה והמכונות "עוולות". יתרונה של התפיסה האורתודוכסית הוא בכך שהיא מאפשרת להבחין בין חיובים נזיקיים לבין חיובים לבר-חוזיים אחרים כגון חיובים סטטוטוריים וחיובים שמקורם בדיני עשיית עושר ולא במשפט. לסיווג דיני החיובים לארבעה ענפים אלה ר' למשל: מ' שמגר, "מגמות במשפט" **עיוני משפט** כ (תשנ"ו) 5, 14: "**כמקובל עלינו, יש ארבעה ענפים לדיני החיובים: דיני החוזים (החיוב החוזי), דיני נזיקין (חיוב נזיקי), דיני עשיית עושר ולא במשפט (חיוב ההשבה) והחיובים מן הדין.**"

31 כפי שיובהר בהמשך, טכניקה זו מילאה תפקיד מרכזי בהצדקת "חריג השירות הציבורי" ו"חריג יחסי האמון", והיא עומדת גם ברקע הפרשנות הליברלית ל"חריג המרמה". תפקיד שולי יותר נודע לה בהקשר ל"חריג תום הלב", שם היא משמשת בערבוביה לצד הטכניקה השנייה שתידון להלן. ניתן להקשות, מדוע כלל נזקקה הפסיקה לטכניקה זו במקום להכיר מפורשות בקיומה של עילה נזיקית מכוח עוולות המסגרת של רשלנות ושל הפרת חובה חקוקה. נראה, כי שניים הם הגורמים לאי הפנייה לפתרון זה: **ראשית**, היקף תחולתה של עוולת הרשלנות היה במאה ה-19 ובראשית המאה ה-20 מוגבל ביותר, במיוחד בשל ההכרה המוגבלת בנזק כלכלי ונפשי טהור. **שנית**, העוולה של הפרת חובה חקוקה הפכה לעוולת נזיקין מרכזית רק במהלך המאה ה-20, עם התפתחותה המואצת של החקיקה. לפיכך, בעת שנוצרה הטכניקה האמורה מעשים רבים המנוגדים כיום לחובות סטטוטוריות לא היו מנוגדים לחיקוק כלשהו. לדיון בשאלת מקור התוקף הנורמטיבי של עוולת הפרת חובה חקוקה במשפט המקובל ר': C. Forell, "The Statutory Duty Action in Tort: A Statutory/Common Law Hybrid?" 23 **Ind. L.R.** (1990) 781.

32 מקור הלגיטימציה לשימוש בטכניקה שיפוטית נועזת זו הוא במורשת המשפט המקובל, שבה נהנים בתי המשפט מסמכות טבועה ליצור בפסיקתם מעת לעת עוולות נזיקין חדשות. במשפט הישראלי, לעומת זאת, נעשה פיתוח דיני הנזיקין על ידי הפסיקה בגדרה ובמגבלותיה של פקודת הנזיקין. זו קובעת רשימה סגורה של עוולות, שבית המשפט אינו מוסמך להוסיף עליהן עוולות חדשות מכוח פסיקתו. לעניין זה ר' סע' 3 לפקודת הנזיקין וכן: I. Gilead, "The Evolvement of Israeli Tort Law from its Common Law Origins" in: **European Legal Traditions & Israel** (Jerusalem, 1994, Rabello Ed.) 523, 524: "[in english tort law] **Through judicial law-making, new categories of tort liability were established… However, in israel, since tort law consisted of an enactment, the judges lacked the authority to reshape and remodel the statutory formulas..**" מסורת משפטית זו עשויה אולי להסביר במידה מסויימת גם את נכונותם של בתי המשפט האמריקאיים 'למתוח' את מושג העוולה בגדר הטכניקה הראשונה שנדונה לעיל: שהרי גם פעילות זו ניתן לפרש כחקיקה שיפוטית המצוייה בתחום סמכותו של בית המשפט בשיטת המשפט המקובל. במובן מסויים הטכניקה השנייה מרחיקת לכת עוד יותר מקודמתה, שכן הכרזה על התנהגות נתונה כ"עוולה" לכל דבר ועניין משמעה למעשה החלה של כל מערכת דיני הנזיקין על ההתנהגות הנדונה (לרבות, למשל, דיני ההתיישנות המתאימים, כללי ריחוק הנזק, קשת התרופות האפשרית, וכו'). לעומת זאת, במסגרת הטכניקה הראשונה נתפסת ההתנהגות כשקולה לעוולה רק לצורך פסיקת התשלום העונשי. אולם במובן אחר טכניקה זו הינה מתונה יותר מקודמתה, שכן היא מחייבת את בית המשפט להגדיר במדוייק מהם יסודותיה של העוולה החדשה, ולהראות כי המקרה הנדון נופל לגדרה של עוולה חדשה שכזו. לעומת זאת, במסגרת הטכניקה הקודמת די להראות כי המעשה מנוגד לדין כדי לראותו כ"עוולה נזיקית". הגדרה כזו היא רחבה ועמומה הרבה יותר.

33 על תופעה זו עמדו **Prosser** ו-**Keeton**: **"New and nameless torts are being recognized constantly, and the progress of the common law is marked by many cases.. ..in which the court has struck out boldly to create a new cause of action, where none had been recognized before." Prosser**, 3.

34 החריג המרכזי של הכלל האוסר שהוכר באמצעות הטכניקה הנדונה כאן הוא חריג תום הלב (לדיון נרחב בו ר' סע' 5.25 ואילך). חריג זה מבוסס על הכרה ב"עוולה" הידועה בכינוי "**The tort of bad faith breach of contract**". מכוחה של "עוולה" זו הכירו בתי המשפט בארה"ב בשלהי שנות ה-60 בזכותם של צדדים לחוזה לפיצויי נזיקין על נזקים (ממוניים ולא-ממוניים) שגרמו הפרות

nevo.co.il

טכניקה זו איפשרה לבתי המשפט שחפצו בכך לצמצם את תחולתו של הכלל האוסר, ויחד עם זאת להציג עצמם כפועלים בגדרי חריג העוולה במובנו המסורתי השמרני.

3. טכניקה שלישית: הפרה "עוולתית" של חוזה כעוולה נזיקית

5.10 במספר מדינות ראו עצמם בתי המשפט בני חורין לפסוק תשלום עונשי כנגד מפר חוזה שהתנהגותו נחזתה בעיניהם חמורה דייה כדי להצדיק את ראייתה כ"עוולתית" או "נזיקית" - **"A tortious breach of contract"**. טכניקה זו הינה נועזת ומהפכנית עוד יותר מקודמותיה: היא מאפשרת לבית המשפט להפעיל את הדוקטרינה בהקשרים חוזיים טהורים וזאת ללא אילוצים פורמליים **כלשהם**. במסגרתה לא נדרש אפילו להגיע למסקנה כי התנהגות הנתבע הפרה נורמה לבר-חוזית (טכניקה 1) או להראות שהיא נופלת לגדר קטגוריה נזיקית חדשה (טכניקה 2). **די בכך שהתנהגות המפר היא במהותה חמורה מספיק כדי שניתן יהיה להגדירה כנושאת "אופי נזיקי" וכך להיתלות בה לשם הפעלת הדוקטרינה**.[35]

ראשיתה של גישה חדשנית זו בפסיקת בתי המשפט באינדיאנה בשלהי שנות ה-70.[36] משם התפשטה הגישה המרחיבה למיסיסיפי,[37] פלורידה,[38] צפון-קרולינה,[39] קולורדו,[40] מרילנד,[41] הוואי וורמונט.[42] רמזים בכיוון זה ניתן

---

35 במדינות בהן נעשה שימוש בטכניקה זו תוארה דרישה זו ל"הפרה עוולתית" של החוזה במגוון רחב של תיאורים לשוניים, שעיקרם הצורך להראות שהפרת החוזה: **"is very similar to a tort"; "consists of a tort"; "amounts to a tort"; "smacks of tort"; "approximates a tort"; "assumes character of a tort"; "intertwined with tort"; "is analogous to a tort"; etc.** לאסמכתות לשימוש פסיקתי בביטויים אלה ר': M. Pennington, "Punitive Damages for Breach of Contract: A Core Sample from the Decisions of the Last Ten Years" **Arkansas L.R.** (1989) 31, 63 & n. 106-12; **Cavico**, 384 & n. 181, 182. ניתן לראות, כי בפסק הדין ***Morrow*** שנדון בסוף ההערה הקודמת ננקטה למעשה טכניקה כמעט זהה, למעט העובדה שבית המשפט שם הגדיר את ההתנהגות המפירה לא כ"התנהגות עוולתית" אלא כעוולה נזיקית עצמאית ממש (ככל הנראה עוולת רשלנות).

36 הפסיקה באינדיאנה היתה במשך שנים נושאת הדגל בשימוש הליברלי בדוקטרינה בתחום החוזי ואף עוררה גל של כתיבה אקדמית: M. Miner, "The Expanding Availability of Punitive Damages in Contract Actions" 8 **Ind. L.R.** (1975) 668, 681-6; הגישה הליברלית של בתי המשפט באינדיאנה הפכה להלכה מחייבת במדינה זו בפסק הדין המנחה בעניין: **Vernon Fire & Casualty Insurance Co. v. Sharp** 349 N.E.2d. 173 (S.C. Ind. 1976) (ביטוי מוקדם לגישה שאומצה ב-***Vernon*** ישנו בפסק דין של בית המשפט לערעורים שניתן שנה קודם לכן: **Rex Ins. Co. v. Baldwin** 323 N.E.2d 270 (Ind. App. 1975). בעניין ***Vernon*** קבע בית המשפט העליון של אינדיאנה, שלמרות ההיגיון שבה, הדרישה להוכחת עוולה נזיקית עצמאית היא בעייתית במצבים שבהם מעשהו של הנתבע מצדיק תשלום עונשי אך אינו משתבץ בגדריה של עוולה נזיקית קיימת ומוכרת. במצבים אלה ראוי לוותר על הדרישה המסורתית, אם התנהגות הנתבע לוקה בפסול חמור "בעל אופי נזיקי", ואם פסיקת תשלום עונשי תשרת אינטרס ציבורי: **"...when it appears... ..**[that] **a serious wrong, tortious in nature, has been committed, yet the wrong does not conveniently fit the confines of a predetermined tort... ..**[and when]**the public interest will be served by the deterrent effect punitive damages will have... ..the independent tort requirement** [should] **be abrogated."** ***Vernon***, at 180. לפי פסק הדין התנהגותו של מפר החוזה תקיים דרישות אלה: **"Whenever the elements of fraud, malice, gross negligence or oppression mingle in the controversy."** Id. (מבחן זה מתבסס על מטבע לשון מפורסמת חמורות של חובת תום הלב ביחסים חוזיים. בראשית שנות ה-70 הפכה עוולה זו לעוגן מרכזי לפסיקת תשלום עונשי בגין הפרות מחפירות של חוזים, במיוחד בתחום חוזי הביטוח. גם חריגים אחרים של הכלל האוסר הוצדקו לעיתים באמצעות טכניקה דומה, אולם על פי רוב אין זו הרטוריקה הרווחת. לאסמכתות המציגות את חריג יחסי האמון ואת חריג המרמה באופן כזה ר': **Redden**, 380-1 & n. 24, 26. "עוולה" נוספת שהוכרה באמצעות הטכניקה הנדונה היא עוולת ה-**"intentional infliction of emotional distress"**. זו שימשה במקור כערוץ להרחבת הזכות לפיצוי בגין נזק לא-ממוני בתחום החוזי, שבו היתה זכות זו מוגבלת ביותר. כיום היא משמשת בעיקר למטרה זו, אך לעיתים נעשה בה שימוש גם כעוגן להפעלת הדוקטרינה. המאמר שבישר את ראשית ההכרה בדוקטרינה זו הוא: W.L. Prosser, "Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort" 37 **Mich. L.R.** (1939) 874 לדיון כללי בדוקטרינה זו ובקשיים שהיא מעוררת ר': D. Givelber, "The Right to Minimum Social Decency and the Limits of Evenhandedness: Intentional Infliction of Emotional Distress by Outrageous Conduct" 82 **Colum. L.R.** (1982) 42; see also **Cavico**, 386-7; **Dobbs** (III) 110 & n. 14. לפסיקת תשלום עונשי כנגד חברות ביטוח מכוח "עוולה" זו ר': **Fletcher v. Western Nat'l Life Ins. Co.** 89 Cal. Rptr. 78 (1970); **Redden**, 507-8 & n. 20-26. בפסיקה המדינתית ניתן למצוא דוגמות נוספות לשימוש בטכניקה הנדונה כאן. כך למשל, במדינת ניו-המפשייר הכיר בית המשפט העליון בעוולה חדשה של "הגנת זדון" ("malicious defense") המתקיימת כאשר נתבע מעלה בחוסר תום לב טענת הגנה ביודעו כי אין לה שחר, וכי תביעת יריבו מוצדקת. **Aranson v. Schroeder** 671 A.2d 1023 (N.H. 1995) "עוולה" זו מזכירה את עוולת הנגישה, אלא שכאן התובע הוא ה"ננגש" על ידי טענות הסרק של הנתבע. במדינת אילינוי קבע בית המשפט לערעורים כי הפרה מודעת ומחפירה של חוזה מהווה עוולה נזיקית עצמאית, למרות שלא נגרם נזק גוף או נזק רכוש (ולפיכך לא קמה עילת תביעה ברשלנות). **Morrow v. L.A. Goldschmidt Assoc. Inc.** 468 N.E.2d 414, 422 (Ill. App. 1984): **"..wilful and wanton misconduct is an independent wilful tort."** קביעה זו נהפכה בערעור, בדעת רוב, בנימוק שבית המשפט לא הצביע על עוולה נזיקית עצמאית מוכרת. **Morrow v. Goldschmidt Assoc. Inc.** 492 N.E.2d 181 (Ill. S.C. 1986).

nevo.co.il

לגלות מעת לעת גם במדינות שבהן שלטת גישה שמרנית יותר, כדוגמת דלוור, דרום-דקוטה, וירג׳יניה, טקסס, מיזורי, מישיגן, וקונטיקט.[43] עם זאת, חשוב להדגיש שדווקא בעשור האחרון החלה מסתמנת במספר מדינות נסיגה מהקו הליברלי שתואר לעיל.[44]

הטכניקה הנדונה כאן היא מהפכנית, שכן היא משקפת ויתור מפורש על הדרישה להוכחת עוולה נזיקית כתנאי להפעלת הדוקטרינה.[45] **מן הבחינה המעשית משמעות ההיזקקות לטכניקה זו שקולה ממש לנטישה**

שטבע עוד במחצית המאה ה-19 המלומד האמריקאי הנודע **Sedgwick** בתארו את המבחן לתחולת הדוקטרינה בדיני הנזיקין. **Sedgwick**, 35). פסקי דין מאוחרים שאמצו את התפיסה שעוצבה בעניין ***Vernon*** הם: **Hibschman v. Pontiac, Inc. v. Batchelor** 362 N.E.2d 845 (Ind. 1977); **F.D. Borkholder Con. v. Sandock** 413 N.E.2d 567 (Ind. 1980) לאסמכתות נוספות משנות ה-80 ר׳: **Pennington**, 82 & n. 205.

37 במיסיסיפי, בסדרת פסיקות משנות ה-80 אישרו בתי המשפט את מחוייבותם הפורמלית לדרישת העוולה העצמאית, אך בפועל החלו יוצקים לתוכה תוכן חדש לחלוטין. לפי המבחן בדמותו החדשה, פסיקת תשלום עונשי בשל הפרת חוזה מותרת כל אימת שהיתה זדונית ומקוממת מספיק כדי לקבל ׳צביון נזיקי׳: **Gulf Guar. Life Ins. Co. v. Kelley** 389 So. 2d 920, 922 (Miss. 1980); **Aetna Casualty & Sur. Co. v. Doleac Elec. Co.** 471 So. 2d 325, 332 (Miss. 1985) (**"Punitive damages are recoverable.. ..where the breach was intentionally wrong or amounted to such insult.. ..as to consist of an independent tort."**; see also **Progressive Casualty Ins. Co. v. Keys** 317 So.2d 396, 398 (Miss. 1975): **"such breach** [of contract] **is attended by intentional wrong, insult, abuse, or such gross negligence, that amounts to an independent tort."** גישה ליברלית זו שלטה בפסיקה במדינת מיסיסיפי עד סוף המאה החולפת. ר׳: **Pennington**, 66-68; **Dodge**, 649 & n. 117 מעניין לציין, שהפסיקה המודרנית עושה שימוש בביטויים לשוניים שמקורם בפסקי דין ישנים. ר׳ למשל: **Fair v. Wees** 196 Miss. 201, 221-2 (1944); **Hood v. Moffett** 109 Miss. 757, 773 (S.C. 1915): **"..the rule is, with probably two exceptions.. ..that such** [exemplary] **damages are not recoverable** [in contract actions] **unless.. ..the breach of the contract amounts also to the commission of a tort."** אלא שהעיון בפסיקה הישנה מגלה כי הדיבור ״עולה כדי עוולה״ פורש במקור באופן צר כמחייב הוכחת עוולה נזיקית ממש.

38 בית המשפט העליון של פלורידה אימץ מבחן דומה לזה הנוהג במיסיסיפי כבר בשנת 1957 בפסק הדין **Griffith v. Shamrock Village** 94 So.2d 854, 858 (Fla. 1957) (**"..where the.. ..breach of contract also amount to a cause of action in tort there may be recovery** [of punitive damages]**"**). מבחן זה שב ואומץ בפסקי דין מאוחרים תוך יישום מרחיב וליברלי יותר של הביטוי העמום ״עולה כדי עילה בנזיקין״. ר׳ למשל: **Southern Bell Telephone and Telegraph Co. v. Hanft** 436 So. 2d 40, 43 (Fla. 1983). לדיון במצב בפלורידה ר׳: **Coleman**, 252-61; **Pennington**, 68-71

39 בצפון-קרולינה קבע בית המשפט לערעורים במפורש, שמותר לפסוק תשלום עונשי על הפרת חוזה ה״מדיפה ריח״ של עוולה (**"smacks of tort"**) בשל היותה מלווה באלמנטים מחמירים כגון: **"fraud, malice, gross negligence, insult"** וכן כאשר היא נעשית: **"willfully or under such circumstances of rudeness or oppression, or in a manner which evinces a reckless or wanton disregard of plaintiff's rights." Daily v. Integon General Ins. Corp.** 331 S.E.2d 148, 154 (N.C. App. 1985).

40 מעניינת במיוחד היא גישתם הליברלית וה׳מרדנית׳ של בתי המשפט שלערעור במדינת קולורדו, שבאה לידי ביטוי בסדרה של פסקי דין שניתנו בין השנים 1983-1987. קו פסיקתי זה הביע תמיכה בהפעלת הדוקטרינה גם בעילות תביעה חוזיות, וזאת במקרים שבהם מתקיימות הנסיבות המחמירות המצדיקות את הפעלתה בנזיקין. תחילתה של מגמה זו בפסק הדין בעניין **Davies v. Bradley** 676 P.2d 1242, 1246 (Colo. App. 1983) אשר בו נקבע כי: **"[if] the maleficent intent on which…**[punitive] **damage awards in tort are based is present…** ..[punitive] **damages may be awarded though the action sounds in contract"** אלא שגישה זו צללה לתהום הנשייה בשנת 1987, כאשר בית המשפט העליון של קולורדו שב ודחה אותה במפורש בפסק הדין **Podleski v. Mortgage Finance, Inc.** 742 P. 2d 900 (Colo. 1987). לסקירת ההתפתחות ר׳: **Pennington**, 73-75

41 במרילנד הכירו בתי המשפט בסמכותם לפסוק תשלום עונשי בגין ״עוולה העולה מתוך היחסים החוזיים״ - **"Tort arising out of contractual relations"** וזאת כאשר לביצועה של העוולה התלווה יסוד נפשי של כוונת זדון - "actual malice". מחלק מפסקי הדין עולה שבמסגרת דוקטרינה זו ניתן לפסוק תשלום עונשי על הפרת חוזה זדונית גם כשזו אינה מקימה עילה נזיקית במובן המסורתי. אולם עניין זה אינו נקי מספקות, לאור מחדלה של הפסיקה במדינה זו להבהיר את הסוגייה באופן ראוי. לדיון במצב המשפטי במרילנד ר׳: **Pennington**, 63-66

42 לתיאור הגישה הליברלית במדינות הוואי וורמונט ולפסיקה עדכנית ממדינות אלה ר׳: **Dodge**, 648 & n. 104-10

43 לדוגמות מן הפסיקה המדינתית והפדרלית במדינות אלה, שמהן ניתן ללמוד על ניסוח ליברלי ביותר של חריג העוולה ר׳: **Pennington**, 77-79; **Cavico**, 394 & n. 184. בפסק דין מעניין משנת 1920 נפסק תשלום עונשי כנגד מעביד שפיטר את עובדו תוך שהוא מטיח בו בפומבי שהוא שקרן. בית המשפט ראה בהפרת החוזה הפרה ה״עולה כדי עוולה עצמאית״. **Scheps v. Giles** 222 S.W. 348 (Tex. Civ. App. 1920). יושם אל לב, שזהו מקרה מובהק שבו סרבו בתי המשפט באנגליה ובקנדה באופן מסורתי להכיר בזכותו של העובד לתשלום עונשי. דוגמה אחרת לאקטיביזם שיפוטי בתחום זה מצד בית המשפט העליון של דרום-דקוטה נדונה במאמרו של **Pochop**.

44 כך למשל, דווקא באינדיאנה, שכאמור היתה החלוצה בתחום זה, חלה ריאקציה בגישתה של הפסיקה. בפסק הדין **Miller Brewing Co. v. Best Beers of Bloomington, Inc.** 608 N.E.2d 975, 984 (Ind., 1993) שב בית המשפט העליון ואימץ את הגישה השמרנית לחריג העוולה העצמאית, תוך שהוא קובע ש: **"..independent tort, and not merely.. .."tort-like" conduct is a prerequisite to an award of punitive damages in contract actions"** Id., 982. מגמה של ריאקציה ניכרת בשנות ה-90 גם במדינות אחרות. לתיאור מגמה זו ר׳: **Dodge**, 642-4. ר׳ גם סע׳ 5.31 להלן. לדיון במצב המשפטי העכשווי באינדיאנה ר׳: J.P. Nehf, "Survey: Contract Remedies: Contract Damages as Substitute for Full Performance" 32 **Ind. L.R.** (1999) 765, 775-8.

nevo.co.il

מוחלטת של הכלל האוסר; ואילו מהבחינה הרטורית הפורמלית, רק כפסע בין גישה זו לבין הצהרה מפורשת, כי המבחן להפעלת הדוקטריה בתחום החוזי ובתחום הנזיקי הוא זהה לחלוטין; היינו - רק כפסע בינה לבין דחייה מפורשת ומוחלטת של הכלל האוסר.[46]

4. טכניקה רביעית: אי הקפדה על יישום הדרישה להוכחת עוולה עצמאית

5.11 לעיתים הרחיבו בתי המשפט את היקף תחולתו של חריג העוולה באמצעות טכניקה שונה מהשלוש שנדונו לעיל. כוונתי לאי הקפדה - במודע או שלא במודע - על יישומה הדווקני של הדרישה להוכחת העוולה העצמאית. טכניקה שיפוטית זו עולה ממספר פסקי דין, שבהם נפסקו או אושרו פסקי תשלומים עונשיים בתביעות חוזיות מכוח חריג העוולה העצמאית מבלי שבית המשפט טורח לברר אם בנסיבות העניין אכן הוכחו כדבעי יסודותיה של העוולה הנטענת.[47] ולא זו אף זו: לעיתים נעדר מפסקי הדין כל דיון בשאלה, מהי העוולה הנזיקית המיוחסת למפר החוזה.

ייחודה של טכניקה זו בכך שהיא מאפשרת לבית המשפט לסטות מהגישה השמרנית לחריג העוולה העצמאית מבלי לחולל כל שינוי נראה לעין בדין הנוהג. הגישה הליברלית מתבטאת כאן לא במתן פרשנות מרחיבה לחריג העוולה עצמו, אלא באי הקפדה - לעיתים מודעת ומגמתית - על יישומו של הכלל האוסר.[48]

ה. <u>גורמים אובייקטיביים להרחבת תחולתה של הדוקטרינה באמצעות חריג העוולה העצמאית</u>

---

[45] במאמרו המאלף משנת 1977 "Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and the Illusion of Legal Change" מביע המלומד Sullivan ספק, אם פסקי הדין הליברליים אכן מחוללים שינוי כה גדול במצב המשפטי, כפי שנדמה במבט ראשון. לדעתו, מגמת ההתפשטות של הדוקטרינה אל דיני החוזים היא ותיקה בהרבה, אלא שבעבר לא חסכה הפסיקה האמריקאית כל מאמץ להסתירה במעטה סמיך של רטוריקה. לדעתו, פסקי הדין החדשים אכן מסמנים גישה רעננה, ישירה וכנה יותר לנושא, אך ספק אם יש בהם משום מהפכה של ממש במישור המעשי: **"..the conclusion that *Vernon* and its companion cases represent a change of immense significance is undermined by examination of earlier cases which suggest that the general rule denying punitive damages in contract cases has never really been the impenetrable barrier it has appeared to be… These early cases suggest that decisions like *Vernon* really represent an outgrowth of a heretofore camouflaged doctrine rather than the announcement of any startlingly new legal principles." Sullivan**, 246-7; see also 251-2. יתרה מכך: גם במישור הרטורי-הצהרתי, אין לומר כי הנכונות לעבור מגישה פורמליסטית לגישה מהותית בפרשנות חריג העוולה העצמאית היא לחלוטין חדשה, שכן קיימים פסקי דין עוד מהמאה ה-19, המכירים בעדיפותה של הגישה המהותית. כך, למשל, בפסק דין משנת 1859(!), עומד בית המשפט העליון של מיסיסיפי על הנטייה הרווחת לסווג את עילת התביעה (כחוזית או נזיקית) שלא על פי המבחנים הפורמליים המקובלים אלא לפי חומרת התנהגותו של הנתבע: **"the character of the action must be determined by the nature of the grievance rather than the form of the declaration… ..in cases of this character… ..the courts are inclined to consider it as founded in tort unless a very special contract very clearly appears to be made the gravamen and object of the complaint.."** פסקי דין מעין אלה עשויים לחזק את הספק שהביע Sullivan במאמרו הנ"ל באשר לעוצמת השינוי בדין הנוהג שהביא עימו הזרם הפסיקתי החדש שאותו בחן המלומד. **The New Orleans v. Hurst** 36 Miss. 660, 668 (Miss. 1859).

[46] ואמנם, זוהי המשמעות שייחס Sullivan להלכת ***Vernon*** (הנ"ל בהערה 36 לעיל): **"...the *Vernon* decision can be read as eliminating any basis for treating the award of punitive damages in a contract action as subject to a materially different standard than that used in the ordinary tort case." Sullivan**, 245. יחד עם זאת, ראוי להדגיש, שעדיין אין מדובר בדחייה מוחלטת של הכלל האוסר. בית המשפט ממשיך להשתמש ברטוריקה "נזיקית" כדי להותיר עצמו מחובר אל הכלל האוסר, ולו בחוט דמיוני ורופף. בעצם הדרישה כי ההפרה תהא בעלת "אופי נזיקי" משתקפת רתיעה מקריאת תיגר טוטאלית על הכלל המסורתי ומחוייבות - אם גם רטורית בלבד - לגישה ה"נזיקית" השמרנית. בכך שונה הדין במדינות אלה מהדין הנוהג במדינות הבודדות שהצהירו במפורש על נכונותן לזנוח את הכלל האוסר. למצב במדינות אלה ר' סע' 5.33 ואילך.

[47] דוגמה אופיינית אחת להפעלתה של טכניקה זו היא חוסר הקפדה על התקיימות היסוד הנפשי המחמיר הדרוש להוכחת עוולת התרמית - העוולה הנפוצה ביותר שעליה יושם חריג העוולה העצמאית. במספר מקרים, שבהם נפסקו תשלומים עונשיים לטובת הנפגע מהפרת חוזה, הגיעו בתי משפט שונים למסקנה כי בוצעה תרמית ללא כל דיון בשאלה, אם מצג השווא נעשה ביודעין, או אם התקיימו יסודות אחרים הדרושים לשם הוכחת העילה. דוגמות רלבנטיות מרוכזות במחקרו של: **Sebert**, 1604-5 & n. 143, 144, 146; see also **"Some courts, already predisposed to rectify and punish contractual wrongdoing, seize upon the independent tort exception as the chosen vehicle so quickly, that no mention is made in the decision as to the precise independent tort." Cavico**, 393 & n. 180; 395 & n. 195; and see **Sullivan**, 238: **"Because the facts in such cases do not lend themselves to ready classification** [as "tort" or "contract"], **there is a discernible tendency on the part of some courts to relax the requirement that a plaintiff prove the existence of an independent, willful tort…"**

[48] סביר להניח שהשימוש בטכניקה זו נפוץ יותר במדינות שבהן השימוש בשתי הטכניקות הקודמות שהצגנו לעיל אינו מקובל, ושבהן רווחת גישה שמרנית יותר לחריג העוולה העצמאית. עם זאת, בהעדר מחקר אמפירי היקף השימוש בטכניקות אלה איננו ברור. לדעת Sebert, התופעה של שימוש המגמתי בטכניקה זו היא בסך הכל נדירה: **"…despite the obvious potential for using the independent tort basis as a covert tool for expanding liability for punitive damages in contract, courts on the whole have been relatively conservative and rigorous in their insistence that the elements of a recognized tort action be established before they award punitive damages on an independent tort theory." Sebert**, 1607. יודגש, כי המלומד מוציא מכלל מסקנתו זו במפורש את הפסיקה באינדיאנה ובמדינות שבהן הוכר חריג תום הלב (מדינות שבהן חריג העוולה העצמאית הופעל באופן ליברלי).

nevo.co.il

5.12 לדעתי, העובדה שחריג העוולה העצמאית שימש בארצות הברית ככלי להרחבת היקף השימוש בדוקטרינה בתחום החוזי קשורה לא רק ל'נועזות' שהפגינו שופטים אקטיביסטיים בכל הנוגע להפעלתו. הדבר התאפשר במידה רבה גם בשל מרחב התמרון שמאפשר חריג העוולה העצמאית מעצם העובדה שהיקף תחולתו תלוי בהיקף התפרשותם הגמיש של דיני הנזיקין. שני גורמים אובייקטיביים, עליהם אבקש לעמוד בקצרה, אחראים להיווצרותו של מרחב תמרון זה: האחד - הקושי הטבוע שבסימון הגבול שבין דיני הנזיקין לדיני החוזים; והשני - התהליך המתמשך של התרחבות דיני הנזיקין במאה ה-20 תוך הגדלת אזורי החפיפה שלהם עם דיני החוזים.

1. הקושי הטבוע שבסימון הגבול בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין

5.13 שרטוט גבולותיהם של דיני הנזיקין האנגלו-אמריקאיים היה מאז ומעולם בלתי ברור ושנוי במחלוקת.[49] חלק נכבד מקושי זה ניתן לייחס לתפקיד המרכזי שממלאות עוולות מסגרת כדוגמת רשלנות והפרת חובה חקוקה בדין הנזיקין המודרני.[50] מן הבחינה האנליטית, דיני החוזים מבוססים אף הם על מעין "עוולת מסגרת" - "הפרת חוזה". מושג זה כולל בתוכו לא רק מעשים המנוגדים באופן מפורש וברור למוסכם בחוזה, אלא גם מעשים המנוגדים ל'תניות מכללא', המוטלות על הצדדים בין מכוח הסכמתם המשתמעת, ובין מכוחו של הדין.[51] הפרתן של תניות משתמעות אלה עשוייה להתפרש בנקל כהפרה של סטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר, ולפיכך להקים אחריות בנזיקין. העובדה שדיני הנזיקין ודיני החוזים מבוססים כיום על עוולות מסגרת רחבות אלה יוצרת קושי גדול לתחם אותם ולהבדילם זה מזה.[52] מקושי זה נגזרת בעיית סיווג קשה שהעסיקה רבות את בתי המשפט האמריקאיים בהקשרים שונים, בין היתר גם בהקשר לפסיקת תשלום עונשי: כיצד ועל פי מה על השופט להבחין בין מצב "חוזי" טהור, שבו הפרת החוזה איננה מקימה עילה נזיקית מקבילה (ולו ברשלנות), לבין מצב "חוזי-נזיקי" שבו לצד העילה החוזית קמה לנפגע מהפרת החוזה עילה נזיקית שמכוחה ניתן לחייב את המפר בתשלום עונשי?[53]

אכן, הפסיקה האמריקאית שעסקה בסוגייה התקשתה לספק פתרונות קוהרנטיים לבעייה זו.[54] במרבית המקרים העדיפו השופטים להימנע ממתן הנמקה מהותית עקרונית להחלטתם, והסתפקו בהכרעה פרגמטית

---

49 לקשיים במתן הגדרה ותיחום לדיני הנזיקין ר' למשל: P.H. Winfield, **The Province of The Law of Tort** (Cambridge, 1931) 32-39; **Prosser**, 1-5; **I.E.**, Introd., 7-32.

50 עוולות המסגרת מגדירות באופן עמום ביותר את קשת המצבים העובדתיים הנכללים בתוכן ויסודותיהן כוללים מושגי שסתום רחבים שפרשנותם מאפשרת שיקול דעת שיפוטי נרחב. לניתוח יסודות עוולות המסגרת במשפט הישראלי ר': י' גלעד, "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" **עיוני משפט** (תשמ"ט) 319; ע' בר-שירה, "הפרת חובה חקוקה", **דיני הנזיקין - העוולות השונות** (ירושלים, תשל"ט, טדסקי עורך).

51 במשפט האנגלי מקובל להבחין בין חיוב חוזי המשתמע מהתנהגות הצדדים (implied in fact) לבין חיוב המשתמע מעקרונות הדין הכללי (implied in law), והמוטל על הצדדים למעשה בלא הסכמה אמיתית מצידם. עם זאת, ההבחנה העיונית איננה ניתנת ליישום בנקל, שכן במצבים שבהם היא רלבנטית אין זה ברור למה מתייחסת הסכמת הצדדים האמיתית.

52 **"..marking that boundary line (between contract and tort) has been acknowledged by some of our ablest scholars to be among the most perplexing challenges in the law." Sullivan**, 237. לסקירה היסטורית נדירה ומקיפה של בעיית מצבי הגבול בין דיני החוזים לדיני הנזיקין במשפט האנגלו-אמריקאי ר': W.L. Prosser, "The Borderland of Tort and Contract" in: **Selected Topics on the Law of Torts** (Ann Arbor, 1953). לקשיי היישום של ההבחנה בין העילות והשלכותיהם בסוגיות משפטיות שונות ר' למשל: P.W. Thornton, "The Elastic Concept of Tort and Contract as Applied by the Courts of New York" 14 **Brooklin L.R.** (1948) 196.

53 מן הראוי לציין, כי בעייה מעשית זו לא התעוררה במשפט האנגלי, שבניגוד למשפט האמריקאי אינו מכיר באפשרות לפסוק תשלום עונשי במסגרת עוולת הרשלנות. ר' סע' 3.02(17) לעיל.

54 בעבר נהוג היה בהקשר זה מבחן טכני שמקורו בפסיקה האנגלית, ושהתבסס על ההבחנה בין מעשה למחדל. לפי המבחן האמור, בעוד שביצוע לקוי של החוזה (שהוא מעשה) עשוי עקרונית להקים עילה נזיקית, הרי מחדל מוחלט לקיים את החוזה לא יצמיח בדרך כלל עילה נזיקית. אולם עם התרחבות האחריות בנזיקין למחדלים, ובשל הקושי שבהבחנה בין מעשה למחדל במקרים קונקרטיים, הפך יישומו של מבחן זה לבעייתי, והוא ננטש בסופו של דבר כמעט לחלוטין. לדיון במבחן זה ובקשיי יישומו ר': **Sullivan**, 237-8; **Cavico**, 387-9. לדיון מקיף בתולדות ההבחנה האנגלית בין מעשה ומחדל כמבחן לתיחום דיני החוזים מדיני הנזיקין ר': **Prosser** (2), 387-422.

nevo.co.il

המבוססת על תחושת הצדק שלהם במקרה הקונקרטי.[55] במציאות זו יכלו שופטים שחפצו לפסוק תשלומים עונשיים כנגד מפרי חוזים לעשות כן ללא קושי תוך הצגת ההפרה כמעשה נזיקין. ודוקו: אפשרות זו היתה קיימת בעבר - וקיימת כיום - גם מבלי להיזקק לטכניקות המרחיבות שעליהן עמדתי לעיל. נובע מכאן, שהרחבת תחולת הדוקטרינה באמצעות חריג העוולה העצמאית היתה אפשרית לא רק במדינות הליברליות, אלא גם במדינות השמרניות שאימצו את חריג העוולה במובנו המסורתי הצר![56]

2. התרחבות דיני הנזיקין במאה ה-20 והרחבת אזורי החפיפה ביניהם לבין דיני החוזים

5.14 אזורי החפיפה בין דיני הנזיקין לבין דיני החוזים הלכו והתרחבו עוד יותר במהלך המאה ה-20 בד בבד עם התרחבות היקף האחריות בנזיקין.[57] אחד התחומים המובהקים שבהם מורגש השינוי הוא תחום האחריות לנזק כלכלי טהור במסגרת עוולת הרשלנות. ההכרה המודרנית בראש נזק זה כבר-פיצוי במסגרת דיני הנזיקין מרחיבה את אזורי החפיפה ביניהם לבין דיני החוזים, אשר מאז ומעולם הגנו מפני פגיעה באינטרסים כלכליים טהורים. באורח תיאורטי עשוייה התפתחות זו להביא כמעט ל'בליעתם' של דיני החוזים על ידי דיני הנזיקין: אם מעשה התרשלות הגורם נזק כלכלי טהור מקים אחריות בנזיקין, הרי שכל הפרת חוזה שאדם סביר צריך היה להימנע ממנה עשויה לכאורה להקים אחריות מקבילה בנזיקין![58] תחומים אחרים שבהם ניכרת התרחבות של היקף האחריות בנזיקין הם תחום האחריות לנזק לא-ממוני טהור, ותחום האחריות למוצרים ומבנים פגומים, בו מוטלת לעיתים אחריות חמורה מכוח הדין על יצרן או ספק שהפר את חוזהו עם צרכניו וגרם להם נזק (על פי רוב נזק גוף).[59] תהליכים אלה גרמו בעשורים האחרונים להרחבת אזורי החפיפה בין דיני החוזים לדיני הנזיקין. כך הולכת ומתרחבת קשת המצבים שבהם ניתן לפסוק תשלום עונשי בגין הפרת חוזה, וזאת אפילו לשיטתם של אלה האוחזים בגישה השמרנית לחריג העוולה העצמאית.

<u>ו. חריג העוולה העצמאית - סיכום</u>

---

[55] לאפיון הפסיקה בתחום זה ר' **Sullivan**, 238-9 כפי שנראה בהמשך הדיון, תופעות של חוסר עקביות, חוסר אחידות ואף סתירות פנימיות - בין פסקי דין שונים שניתנו באותה מדינה, ולעיתים אף בתוך פסק דין בודד - מאפיינות את הטיפול המשפטי בכל חריגיו המודרניים של הכלל האוסר. לדעת Corbin זוהי תוצאה ישירה של הגמישות הרבה הקיימת בסיווג עילת תביעה כנזיקית או חוזית ב"גבול הדמדומים": **"The classification of wrongs into torts and breaches of contract often leads.. ..to an erroneous belief in exactitude and certainty. There is no exact line; instead, there is a zone of overlapping. Many cases can be classified in either field… Thus may be explained many seeming inconsistencies in the award of punitive damages." Corbin**, 440; see also **Sullivan,** 238: **"Courts frequently acknowledge that a plaintiff's cause of action may be an inextricable mix of tort and contract elements."**

[56] העוולה המרכזית ששימשה בהקשר זה היא, מטבע הדברים, עוולת הרשלנות. הפרת חוזה הגורמת נזק גוף או רכוש פיזי הוכרה באורח מסורתי במשפט האנגלו-אמריקאי כמקימה אחריות מקבילה ברשלנות. ואכן, במקרים אלה לא היססו בתי המשפט בארה"ב לפסוק תשלום עונשי בתביעות חוזיות. ר' למשל: **Harp v. Montgomery Ward Co.** 336 F.2d 255 (9th Cir. 1964) במקרה זה הפר הנתבע את הבטחתו להתקין בביתו של התובע מנגנון בטיחות במייבש כביסה שמכר לו. כתוצאה מכך התחשמלה אשתו של התובע למוות. בית המשפט קבע כי פרט לחובה החוזית הופרה כאן חובת זהירות ברשלנות שמכוחה זכאי התובע לתשלום עונשי. גם בעניין ***Fair*** (הנ"ל בהערה 37) ראה בית משפט במיסיסיפי בהתרשלות של קבלן עץ שגרמה נזק לרכוש התובע משום הפרת חוזה ורשלנות נזיקית כאחד. לעומת זאת, כאשר הפרת החוזה גורמת נזק כלכלי טהור, קיים קושי בהכרה בעילה נזיקית מקבילה ברשלנות, בשל הנטייה להגביל את היקף האחריות ברשלנות לנזק כלכלי טהור. לדיון בבעייה זו והשלכותיה על שאלת הצורך בהשתחררות מהכלל האוסר ר' סע' 11.39 ואילך.

[57] ככלל, ניתן לומר שתהליך התרחבותם של דיני הנזיקין במאה ה-20 הוא חוצה גבולות. לדיון כללי והשוואתי בתהליך זה ר': **I.E.**, Introd., esp. 39-55.

[58] אמנם, האחריות החוזית נתפסת באורח מסורתי כאחריות מוחלטת, ומכאן שבאורח תיאורטי נותרות מחוץ להישג ידם של דיני הנזיקין כל אותן הפרות חוזים שניתן לראותן כ"סבירות". עם זאת, לדעתי, לאור עליית מעמדו של עקרון תום הלב (האובייקטיבי) בדיני החוזים בישראל, הולכים ומצטמצמים המצבים שבהם תוטל אחריות חוזית על צד שהפר את חוזהו שלא מתוך התרשלות.

[59] בישראל מעוגנת אחריות זו ב**חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980**. לבסיסי האחריות למוצרים פגומים בארה"ב ר' סע' 11.44(134) להלן.

nevo.co.il

5.15 בסעיפים שלעיל ביקשתי להראות כיצד הפך חריג העוולה העצמאית בארצות הברית לדוקטרינה מהותית רבת עוצמה שהביא לשינוי דה-פקטו של הדין הנוהג.[60] כפי שראינו, נפלאות הרטוריקה ה"נזיקית" שהפעילו שופטים אקטיביסטיים לצד הקושי האמיתי שבבידוד דיני החוזים מדיני הנזיקין, איפשרו לדוקטרינת התשלום העונשי לחלחל בהדרגה לתחום החוזי, כל זאת מבלי שהדבר יתפרש כחתירה מפורשת תחת הכלל האוסר. בסעיפים שלהלן אעבור לבחינה פרטנית של שאר החריגים הנזיקיים המודרניים של הכלל האוסר. למרות שחריגים אלה מופיעים במרבית המקורות כקטגוריות נפרדות, נקל יהיה עתה לראות כי אין הם אלא חריגים-בנים של חריג העוולה העצמאית; דהיינו - יישומים או פיתוחים קונקרטיים שלו, בדמותו הגמישה והליברלית.

III. חריג השירות הציבורי

א. הגדרת החריג והטעם להכרה בו

5.16 החריג החל על הפרת חוזה למתן שירותים לציבור (Breach of A Public Service Contract) הוא ככל הנראה הוותיק מבין חריגיו המודרניים של הכלל האוסר.[61] במסגרתו הכירו בתי המשפט האמריקאיים עוד במאה ה-19 בסמכותם לחייב בתשלום עונשי גופים כלכליים גדולים, על פי רוב תאגידים, שפעלו כספקי שירותים ציבוריים והפרו באופן מקומם במיוחד את חובתם החוזית ללקוחותיהם.[62] הטעם המהותי להטלת סנקציות מוגברות על תאגידים אלה היה נעוץ בחיוניות השרותים שאותם סיפקו, במעמד המעין-מונופוליסטי שריכזו בידיהם, ובצורך להגן על הציבור מפני ניצול לרעה של פערי המיקוח הגדולים בין התאגיד לבין הצרכן הפרטי הנזקק לשירותיו.[63] עיון באסמכתות מלמד, כי בראשית המאה ה-20 נפסקו תשלומים עונשיים במסגרת חריג זה על פי רוב כנגד ספקי שירותים חיוניים כגון דואר, מים ותחבורה ציבורית (בעיקר רכבות ואוניות), ומאוחר יותר גם נגד ספקי חשמל, גז,

---

60 אציין, שלהפתעתי לא מצאתי בשום מקור אמריקאי דיון ממצה בתפקידו המגוון של חריג העוולה העצמאית בהקשר דנן, ובזיקה ההיסטורית והרעיונית בינו לבין שאר החריגים. מקורות הדנים באופן חלקי בזיקה זו הם: L.E. John, "Formulating Standards for Award of Punitive Damages in the Borderland of Contract and Tort", 74 **Cal. L.R.** (1986) 2033 הרומז לזיקה זו אך אינו עומד על ביטוייה הקונקרטיים, וכן **Coleman** שהצביעה על כך שהמשותף לכל החריגים לכלל האוסר הוא היותם מבוססים על הפרה של חובה מן הדין (להבדיל מחובה הנובעת מהחוזה עצמו).

61 בשל "ותיקותו" מסווג חריג זה במרבית המקורות כ"חריג היסטורי", הנדון לצד חריג הבטחת הנישואין. אלא שבניגוד לזה האחרון, החריג דנן נוצר לאחר התגבשות הכלל האוסר. ניצני ההכרה בחריג זה מופיעים בפסיקה האמריקאית כבר בשנות ה-50 של המאה ה-19 אך רק לקראת סופה נראה שהוא הפך לחריג ידוע ומוכר. לאסמכתות רלבנטיות מסוף המאה ה-19 וראשית המאה ה-20 ר' למשל: **Sullivan**, 224-5 & n. 102, 104, 106; **Corbin**, 443 & n. 26. האסמכתה המוקדמת ביותר שמצאתי לשימוש בחריג היא: **Heirn v. McCaughan** 32 Miss. 17 (S.C. 1856) שם נפסק תשלום עונשי בגין סרובו של ספן להוריד נוסע מספינה בתחנה היעודה בתוך הפרת החוזה. למקרה דומה ר': **The New Orleans v. Hurst** 36 Miss. 660, 668 (Miss. 1859). לפסיקת תשלום עונשי כנגד חברת רכבות, שעובדיה כפו על נוסע לרדת מהרכבת שלא בתחנה היעודה ר': **Jeffersonville R.R. v. Rogers** 38 Ind. 116 (1871).

62 לדיון בחריג השירות הציבורי ר': **Sullivan**, 223-6; **Redden**, 391; **Corbin**, 443-4; **Williston**, 213; **Coleman**, 273-5; **Cavico**, 378-81; **Sassaman**, 94; **McCormick**, 288. מפסקי הדין הרלבנטיים עולה, שאין די בעצם הפרת החוזה על ידי הספק, אך כמו בהקשרים אחרים גם כאן קיימת אי-בהירות באשר לסטנדרט ההתנהגות החיוני לתחולת החריג. **Cavico**, 380; **Prosser**, 658-3 שורשיו ההיסטוריים של חריג השירות הציבורי נעוצים במשפט האנגלי הקדום, ובאחריות המיוחדת שהוטלה במסגרתו על בעלי מקצועות חיוניים בקהילה, מקצועות שנקראו "Common Callings" (מובנה של המילה Calling בהקשר זה הוא עיסוק או מקצוע). סביב מושג זה התפתח בדין האנגלי במאה ה-15 ענף משפטי מיוחד - The Law of Common Callings. במסגרתו הוטלו חובות מיוחדות על בעלי מקצועות שנתפסו כחיוניים כגון רופא, חייט, פונדקאי, נפח, חייט (ואפילו ספר!), ובמיוחד על מי שעסקו בהובלת נוסעים או סחורות (Common Carriers). ר': **Sullivan**, 223-4 & n. 99. העיקריות שבחובות היו לספק שירות באופן שיוויוני לכל דורש ברמה נאותה ובתנאים סבירים. לדיון מקיף בחובות אלה וברקע ההיסטורי להתפתחות חריג השירות הציבורי ר': B. Wyman, "The Law of the Public Callings as a Solution of the Trust Problem" 17 **Harv. L.R.** (1904) 156, 217; C.K. Burdick, "The Origin of the Peculiar Duties of Public Service Companies" 11 **Colum. L.R.** (1911) 514, 616. לדיון מודרני וביקורתי יותר ר': M.O. Tobriner, J.R. Grodin, "The Individual and the Public Service Enterprise in the New Industrial State" 55 **Cal. L.R.** (1967) 1247.

63 חשש זה אפיין את התקופה שלאחר המהפכה התעשייתית, שהביאה ליצירת תאגידים גדולים בעלי מונופול או 'מעין מונופול' בתחום השירות אותו סיפקו. לדיון ברציונל זה להכרה בחריג השירות הציבורי ר': **Sullivan**, 224 & n. 101, 226.

nevo.co.il

טלפון, וכיוצא באלה שירותים ציבוריים מודרניים.[64] עם זאת, כיום השימוש בחריג השירות הציבורי נדיר, שכן קיימים חריגים מודרניים רחבים ממנו המחילים עצמם גם על המצבים הטיפוסיים לחריג זה.[65]

ב. ההצדקה הפורמלית להכרה בחריג

5.17 כפי שניתן לתאר, הפסיקה האמריקאית לא הסתפקה בהצדקה המהותית לחריג השירות הציבורי, ונזקקה לרטוריקה נזיקית על מנת להצדיקו. **במסגרת רטוריקה זו, לא הפרת החיוב החוזי כשלעצמה היא המצדיקה את התשלום העונשי, אלא הפרתה ה"נזיקית" של חובה מן הדין**, שבה מחוייב הספק כלפי הציבור בכללותו ("A Tortious Breach of A Public Duty").[66] לדעתי, קשה להתעלם מן התחושה שסיווג עילת התביעה כנזיקית במקרי השירות הציבורי הוא מאולץ ומגמתי. **ראשית,** הפרה של חובה מן הדין עשוייה להיחשב כעוולה בנזיקין רק במסגרת פרשנות מרחיבה וליברלית ביותר של מושג העוולה הנזיקית.[67] **שנית,** אין להכחיש כי חובתו המשפטית של הספק כלפי הצרכן, גם כשהיא מוכתרת כ"חובה מן הדין", תלוייה ומותנית בקיומו של קשר חוזי בין השניים. בהעדר קשר כזה ובלא הפרה של החוזה (מפורשת או משתמעת) לא תוכל לקום במקרים אלה אחריות משפטית כלשהי.[68] ואכן, לעיתים נאלצו בתי המשפט 'להתפתל' לא מעט כדי להבהיר מדוע העילה לתשלום העונשי איננה נעוצה בהפרת החוזה עצמה אלא בהפרתה של חובה חיצונית לו.[69]

---

64 לדוגמות טיפוסיות מהפסיקה האמריקאית ר' למשל: **Smith & Ry v. Ford** 126 P. 745 (Okla. 1912) (תשלום עונשי כנגד חברת רכבות שעובד שלה סרב ביודעין לעצור לנוסע בתחנה היעודה); **Woody v. National Bank of Rocky Mount.** 194 N.C. 549 (S.C. 1927) (תביעה לתשלום עונשי כנגד בנק שסרב שלא כדין לכבד שיק של לקוח. נפסק, שבנסיבות מחמירות ניתן לפסוק תשלום עונשי מאחר שהעילה כנגד הבנק מקבלת צביון נזיקי); **Birmingham Waterworks Co. v. Keiley** 2 Ala. App. 629 (1911). (תשלום עונשי כנגד חברה להספקת מים שניתקה את זרם המים שלא כדין); **Southwestern Gas & Elec. Co. v. Stanley** 45 S.W.2d 671 (Tex. Civ. App. 1931) (תשלום עונשי כנגד חברת גז שניתקה את שרותי הגז שלא כדין וסרבה לחדשם); **Kohler v. Kansas Power & Light Co.** 192 Kan. 226 (1963) (תשלום עונשי כנגד חברת חשמל שניתקה את החשמל שלא כדין ומתוך מודעות לכך שייגרם נזק למשפחת התובע).

65 אלה הם במיוחד חריג יחסי האמון ומבחן היחסים המיוחדים במסגרת חריג תום הלב, אשר מבוססים אף הם על הרצון למנוע ניצול לרעה של פערי כוחות כלכליים בין הצדדים לחוזה. ר' בהתאמה סע' 5.22, 5.25 להלן.

66 זוהי למעשה הטכניקה הראשונה שבה דנתי בסע' 5.08 לעיל.

67 ואכן, בפנינו דוגמה ליצירת חריג באמצעות הטכניקה שבה דנתי בסע' 5.08 לעיל.

68 זאת להבדיל ממצב שבו בצד הפרת החוזה ניתן להצביע על מעשה אחר ונפרד של הנתבע, המהווה הפרה של חיוב מהדין, והמצדיק תשלום עונשי ללא קשר להפרת החוזה עצמה.

69 דוגמה מובהקת ל'התפתלות' מאולצת כזו יש בפסק הדין **Trout v. Watkins Livery & Undertaking Co.** 148 Mo. App. 621 (1910). באותו מקרה אישר בית המשפט תשלום עונשי שנפסק כנגד מוביל ציבורי שהפר ללא הצדקה את התחייבותו להסיע אדם חולה לביתו, בנימוק ש: **"..there are cases where the tort comes into being as a result of the breach of a contract, as for instance, where there is a contract of carriage with a common carrier.. In such circumstances the breach of contract gives rise to the tort; not, however, because it was wrong to breach the contract, but only because the law laid an obligation upon the carrier to form his duty.. ..which, in the particular instance, arose from the relation created by contract… ..but in truth and in fact it amounts to no more than an allowance of such** [punitive] **damages.. ..for breach of the obligation imposed by law."** Id., 634.

nevo.co.il

IV. חריג המרמה

א. כללי

5.18 חריג ותיק נוסף של הכלל האוסר מתיר לפסוק תשלום עונשי כאשר הפרת החוזה עלתה בעצמה כדי מעשה מרמה, או היתה מלווית במעשה כזה.[70] בחלק מהמדינות ובחלק מהמקורות נתפסים מעשי מרמה המתלווים להפרת חוזה כחריג עצמאי ונפרד של הכלל האוסר, בעוד שבחלקם האחר אין הדבר כך.[71] כפי שאראה להלן, פער זה נובע מגישות פרשניות שונות למושג "מרמה", ולקיומו נודעת השלכה מעשית על היקף תחולתה של הדוקטרינה.[72]

ב. הגישה השמרנית לחריג המרמה

5.19 לפי התפיסה הרווחת במרבית המדינות בארה"ב, חריג המרמה אינו אלא מקרה פרטי של חריג העוולה העצמאית, שבו העוולה הרלבנטית היא עוולת התרמית (Deceit, Fraud, Intentional Misrepresentation).[73] לפי גישה שמרנית זו, לשם תחולת החריג **אין די בטענה סתמית לקיומה של מרמה. על הנפגע להצביע על התקיימות יסודות עוולת התרמית במלואם**, היינו: הסתמכות לרעה מצידו על מצג כוזב של המפר, שנעשה בכוונה להטעות, וגרם לו נזק.[74] בהתקיים תנאי זה, חריג העוולה העצמאית מאפשר לפסוק תשלום עונשי, וזאת בין אם התרמית התרחשה לאחר כריתת החוזה, ובין אם התרחשה במהלך המשא והמתן לכריתתו.[75] לפי גישה שמרנית זו, לפחות להלכה אין בכוחו של חריג המרמה להרחיב את תחולת הדוקטרינה בתחום החוזי מעבר למה שמתאפשר ממילא

---

70 הביטויים המקוריים הם: "Fraudulent Breach of Contract"; "Breach of Contract Accompanied with a Fraudulent Act"

71 מקורות הדנים בחריג המרמה כחריג עצמאי לכלל האוסר הם למשל: L.P. Simpson, "Punitive Damages for Breach of Contract" 20 **Ohio St. L.J.** (1959) 284, 284; **Sullivan**, 229-36; **Coleman**, 261-9; **Sassaman**, 94-95. מלומדים אחרים רואים מצבים אלה משום "תרמית" או "מצג שווא", ולפיכך דנים בהם כמקרה פרטי של חריג העוולה העצמאית. ר' למשל: **Cavico**, 382-5; **Sebert**, 1601-2; **Redden**, 381-3.

72 החלוקה שאני עורך כאן בין הגישה השמרנית לבין הגישה הליברלית לחריג המרמה אינה קיימת במקורות, לפחות לא באופן מפורש. מקור המרמז לקיומה של הבחנה כזו הוא **Simpson**, 287-8, המבחין בין המשמעות הצרה המיוחסת למושג המרמה בטקסס לבין המשמעות הרחבה הרווחת בצפון-קרולינה. רמז נוסף לקיומו של פער עקרוני בין הגישות עולה מהביטויים השונים שבהם תואר חריג המרמה בספרות ובפסיקה. בעוד שבחלק מהמקורות מדברים על "fraudulent breach of contract" (הפרה שמטרתה להונות את הנפגע אף שאינה עולה כדי תרמית) הרי בחלקם האחר מדגישים כי החריג יחול רק כאשר ניתן להצביע על "breach of contract accompanied with a fraudulent act", היינו, מעשה נפרד מהפרת החוזה, המקיים את יסודות עוולת התרמית. לדיון בפסיקה שניסתה ליישם הבחנה זו ר': D.P. Devers, "Exemplary Damages in Contract Cases" 7 **Willamette L.J.** (1971) 137, 141-6 ר' גם: **Sullivan**, 230 & n. 123 המזכיר את ההבחנה בין ביטויים אלה, אך אינו מבחין ביניהם לצורך המאמר.

73 מן המקורות עולה, שעוולת התרמית היא העוולה השכיחה ביותר שבגינה נפסקים תשלומים עונשיים במסגרת חריג העוולה העצמאית. ר' למשל: **Sebert**, 1601: **"Probably the most frequent example of the independent tort exception is the award of punitive damages for intentional affirmative misrepresentations…";** See also: **Redden**, 381: **"Although a variety of tort actions may be available, generally the actions are concentrated in the area of fraudulent misrepresentation."**

74 להגדרת יסודות עילת התרמית במשפט האמריקאי ר': **Prosser,** 728; **Rest**. Torts, s. 525 בפסיקה ר' למשל: **In Re Gerard,** 634 N.E.2d 51, 53 (Ind. 1994). במשפט הישראלי ר': סע' 56 לפקודת הנזיקין; ע' בר-שירה, "התרמית", **דיני הנזיקין - העוולות השונות** (ירושלים, תשל"ט, טדסקי עורך). במשפט הישראלי עוולת התרמית טעונה הוכחת נזק ממוני.

75 כאשר מדובר במצג שווא המוצג במהלך המשא ומתן, על פי רוב מתייחס המצג לאיכותו של נכס או שירות העתיד להירכש במסגרת החוזה. אך המצג יכול שיתייחס גם למצבו הנפשי של צד לחוזה, המציג עצמו כמי שמתכוון לקיימו, שעה שאין בכוונתו לעשות כן ("promissory fraud"). המצג יכול שיבוא לידי ביטוי לא רק בהתנהגות אקטיבית, אלא אף במחדל, וזאת כאשר בנסיבות העניין היתה מוטלת על צד לחוזה או למשא ומתן החובה לגלות לצד השני עובדות או מידע שהיו בידיעתו, והוא שתק מתוך כוונה להטעותו. לדיון בקטגוריות אלה של מצגי שווא טרום-חוזיים ובפסיקת תשלומים עונשיים במסגרתן ר': **Sebert**, 1601-2, 1607-13; **Redden**, 381-2. ראוי להזכיר שעוולת התרמית, בשל היסוד הנפשי המחמיר הנדרש במסגרתה, עשויה לשמש יסוד לפסיקת תשלום עונשי גם בלא נסיבות מיוחדות אחרות המתלוות לתרמית (זאת בניגוד לעוולות נזיקין אחרות, שהתקיימותן אינה מותנית בקיום יסוד נפשי של מודעות בפועל להתנהגות או לתוצאה המזיקה). ישנם אמנם בתי משפט המעמידים דרישה מחמירה עוד יותר של זדון או כוונה להרע ("actual malice"). **Cavico**, 385 & n. 129 אך המלומד מעיר, שדרישה מחמירה זו לא נשתרשה בפסיקה, ואף זכתה לביקורת. לפי דעה אחת, אקט המרמה יכול להילמד מההפרה עצמה. **Simpson**, 285 אולם קיימת גם דעה מחמירה יותר, הדורשת כי אקט המרמה יזוהה כמעשה נפרד ומנותק מהפרת החוזה, שאם לא כן לא ייפסק תשלום עונשי. לפי גישה זו תידחה התביעה לתשלום עונשי אם לא יוכח שמעשה המרמה גרם לנפגע נזק שניתן לבסס עליו עילה עצמאית לפיצויים, בנפרד מעילת הפיצויים שהקימה הפרת החוזה. לסימוכין לגישה מחמירה זו ר': **Cavico**, 384 & n. 124-8

nevo.co.il

במסגרת חריג העוולה העצמאית במובנו המסורתי הצר.[76] אולם למעשה, חלק מבתי המשפט במדינות ה"שמרניות" הרחיבו את תחולת החריג באמצעות הנמכת ריכוך הדרישה להוכחת כל יסודות העוולה ואף התעלמות ממנה במקרים מסויימים.[77] יתרה מכך, הפסיקה האמריקאית בתחום זה איננה הומוגנית, ולעיתים גם במדינות ה"שמרניות" ניתן לזהות מעבר מדרישה קשוחה להוכחת "תרמית" נזיקית, לדרישה מרוככת וגמישה למושג ה"מרמה", המתיישבת יותר עם הגישה הליברלית לחריג זה, עליה אעמוד להלן.

ג. <u>הגישה הליברלית לחריג המרמה</u>

5.20 בדרום-קרולינה ובמספר מדינות נוספות שהושפעו ממנה בהקשר דנא, פורש חריג ה"מרמה" בצורה מרחיבה, והוא מהווה קטגוריה אוטונומית, שאיננה רק בבחינת מקרה פרטי של חריג העוולה העצמאית. לפי גישה מרחיבה זו, ה"מרמה" הנדרשת לתחולת החריג אינה שקולה ל"תרמית" במובן המשפטי הטכני הדרוש להוכחת עוולת התרמית. תחת זאת, "מרמה" מתפרשת כאו כמושג שסתום רחב וגמיש, העשוי להתקיים כל אימת שמתגלים בהתנהגותו של צד לחוזה סממנים של אי יושר וחוסר הגינות המצדיקים לראותו כמי שהונה או ניסה להונות את הצד האחר.[78]

פסק הדין הנתפס כעיגון המסורתי המובהק לגישה הליברלית לחריג המרמה הוא פסק דינו של בית המשפט העליון של דרום-קרולינה *בעניין* ***Welborn*** (1904).[79] באותו מקרה התחייב נושה על פי חוזה הלוואה להשיב לחייב את החזקה במקרקעין שקיבל לידיו כערובה לפרעון החוב, מייד עם הפרעון. הנושה הפר את החוזה, ועוד בטרם הגיע זמן הפרעון מכר את המקרקעין לאדם שלישי. בית המשפט ראה במעשה זה אקט של "מרמה" כלפי החייב, וקבע, בדעת רוב, כי פסיקת תשלום עונשי במקרה כזה אפשרית היא **גם בהעדר ראיות לעוולה עצמאית של תרמית**.[80] הלכת ***Welborn*** אומצה והשתרשה בדרום-קרולינה לאורך המאה ה-20, ובהמשך קבעה הפסיקה במפורש שלשם הוכחת "מרמה" בגדר החריג די להצביע על:

> **"dishonesty in fact, unfair dealing, or the unlawful appropriation of another's property by design."**[81]

---

[76] ניתוק זה משמש לעיתים כהצדקה להכרה בחריג זה: **"Allowing such** [punitive] **damages in a contract action in cases where they could also have been allowed if plaintiff had elected to bring a tort action for deceit on the same facts, will not lead to any great uncertainty or confusion in commercial affairs." Koerner**, 450.

[77] לדיון בטכניקה זו ר' סע' 5.11 לעיל.

[78] לדיון פרטני במגוון רחב של אסמכתות מדרום-קרולינה שבהן הופעלה הגישה המרחיבה לחריג המרמה ר': H.C. Howser, "The Awarding of Punitive Damages for Breach of Insurance Contracts in South Carolina 1 **S.C.L.Q.** (1948) 150 ; H. Summerall, "Punitive Damages for Breach of Contract in South Carolina" 10 **S.C.L.R.** (1958) 444.

[79] **Welborn v. Dixon** 70 S.C. 108 (S.C. 1904). עם זאת, בפועל נראה שהגישה הליברלית של בתי המשפט בדרום-קרולינה התפתחה הרבה קודם לפסק דין זה, כבר בראשית המאה ה-19. כך, בחיבורו של **Sedgwick** מזכיר המלומד פסק דין משנת 1820(!) אשר עסק בתביעה חוזית ואשר קבע כי: **"..in cases of fraud.. ..the jury may give a verdict to the whole amount of the injury sustained, or imaginary damages** [=punitive or aggravated damages] **… it can no longer be considered, that even vindictive damages may not be given in an action of assumpsit** [=contract]**. Rose v. Beattie** Nott & M'Cord, 538 (1820) cited in **Sedgwick**, 228. ואכן, העיון בפסק הדין ***Welborn*** מעלה, ששופטי הרוב התבססו על כלל הלכתי מקומי שהיה כבר אז מבוסס במשפט המדינה.

[80] חשוב להדגיש, שאקט המרמה שיוחס למפר נגע לעצם ההעברה של המקרקעין לצד השלישי, ולא למצג שווא שהציג, כביכול, במהלך המשא ומתן לכריתת החוזה. לו כך נקבע, נראה שניתן היה לבסס את התשלום העונשי על חריג המרמה גם לפי מובנו השמרני. שופט המיעוט סבר, לעומת זאת, כי הרצון להעניש את מפר החוזה על המרמה שגילה הוא מובן, אלא שלדבריו, שכרה של יצירת פירצה כזו בכלל האוסר צפוי לצאת בהפסדה: **"The advantage of punishing the fraud would be more than counterbalanced by the disastrous uncertainty in the administration of the law of contracts which would surely result."** Id., 237.

[81] **Harper v. Ethridge** 348 S.E.2d 374, 378 (Ct. App. 1986); **Scott v. Mid Carolina Homes** 359 S.E.2d 291, 295 (S.C. Ct. App. 1987); **Perry v. Green** 437 S.E.2d 150, 152 (S.C. Ct. App. 1993). הפסיקה מבהירה, כי לשם התקיימות החריג נדרשים שלושה מרכיבים: הפרת חוזה, יסוד עובדתי (מעשה מרמה) ויסוד נפשי (של כוונה להונות). ר': ***Scott***, 294: **"To recover for breach of contract accompanied by a fraudulent act, a plaintiff must prove three elements: breach of a contract, fraudulent intent relating to the breach, and a fraudulent act accompanying the breach."**

nevo.co.il

די במבט חטוף במבחן זה, המסתפק ב"חוסר יושר, מסחר בלתי הוגן, או נטילה מכוונת של רכוש הזולת שלא כדין", כדי להבחין בריחוק הרב שבינו לבין הדרישה לתרמית במובנה המסורתי: לא זו בלבד שאין צורך בהוכחת כל יסודותיה של התרמית הנזיקית, אלא שאף **אין זה הכרחי כלל להצביע על קיומו של מצג כוזב**. על ידי פרשנות מקורית ומרחיבה זו למושג ה"מרמה", מתרחבת סמכותו של בית המשפט לבלי הכר, ומתאפשרת פסיקת תשלום עונשי כמעט בכל מקרה של הפרת חוזה שלוותה באיזושהי התנהגות שניתן לתארה כחסרת תום לב.[82]

לסיום יצויין, שהגישה הליברלית לחריג המרמה אמנם לא אומצה במפורש ובאופן שיטתי מחוץ לדרום-קרולינה, אך מעת לעת ניתן למצוא לה ביטוי גם בפסיקה במדינות אחרות, שבהן הוגדרה או יושמה הדרישה ל"מרמה" או "תרמית" באופן ליברלי וגמיש למדי.[83] מציאות זו יצרה, כמו בהקשר לחריגים אחרים של הכלל האוסר, מידה רבה של חוסר וודאות ביחס להיקף תחולתה של הדוקטרינה בתחום החוזי.[84]

<u>ד. הגישה הליברלית לחריג המרמה - גישה "נזיקית" או "אזרחית"?</u>

5.21 במשך שנים רבות לא היה ברור אם הפסיקה בדרום-קרולינה רואה במעשה "מרמה" כהגדרתו במסגרת החריג משום מעשה נזיקין, או שמא היא מוותרת לחלוטין ובאופן מוצהר על דרישה מסורתית זו.[85] הספק נובע מכך, שבמשך שנים רבות נעשו בפסיקה מאמצים 'לצבוע' את חריג המרמה בגוון נזיקי, כדי להימנע מעימות חזיתי עם הכלל האוסר.[86] אולם, כעולה מהפסיקה המודרנית שהוזכרה לעיל, עם הזמן הלכה והשתחררה הפסיקה בדרום-קרולינה מרטוריקה "נזיקית" זו. מבחינה זו ניתן בהחלט לומר כי הגישה המרחיבה לחריג המרמה, לפחות כיום, איננה משקפת עוד "גישה נזיקית" כלפי הדוקטרינה, אלא גישה "אזרחית" רחבה, שלפיה מהות התנהגותו של הנתבע ולא סיווגה המשפטי היא המכתיבה את תחולת הדוקטרינה בכל תביעה אזרחית.[87]

---

[82] כך למשל, בעניין ***Scott*** נפסק תשלום עונשי כנגד חברה לבניית בתים ניידים, אשר תוך הפרת החוזה שערכה עם התובעים מכרה את מושא החוזה לרוכש אחר בתמורה גבוהה יותר. החברה אף פדתה שיק מקדמה שנמסר לה על ידי התובעים (אם כי השיבה את המקדמה מאוחר יותר). נציג המכירות של החברה אמר לתובעים כי העיסקה לא תוכל להתבצע בשל פגם במבנה, ומשהסכימו לרכוש אותו עם הפגם, אמר להם כי הדבר אינו אפשרי. בית המשפט שלערעור קבע כי די באמירה זו, שהתבררה כלא נכונה (שהרי אותו המבנה נמכר לרוכש אחר) כדי ללמד על "כוונה להטעות" (fraudulent intent) וכי פדיון השיק יכול להיחשב כ"מעשה מרמה" (fraudulent act). ניתן לראות, כי למעשה נפסק כאן תשלום עונשי על מה שבעיקרו של דבר אינו אלא הפרה בוטה של חוזה (המלווה לכל היותר בניסיון להסתיר את המניע להפרה). מקרה זה דומה בעובדותיו היסודיות לפרשת ***אדדס***, שם נפסקו תשלומי השבה על הפרת חוזה. לדיון בהלכת ***אדדס*** ר' סע' 6.15 להלן.

[83] לדוגמות רלבנטיות ממדינות טקסס, אינדיאנה, אלבמה, מחוז קולומביה, וקנזס ר': **Cavico**, 394 & n. 187, 189-91 המלומד Sullivan הסביר, כי המונח "תרמית" (fraud) כמונחים "נזיקיים" אחרים, שימש בהקשר דנן, לפחות בידי חלק מהשופטים, כ"חומר ביד היוצר": **"The word "fraud", for example, is a catch-all term which includes, depending upon the jurisdiction, a variety of actions whose gravamen rests upon misrepresentation in some form… ..in the hand of a creative court a "fraud" action may assume any one of a bewildering array of different legal and equitable personalities… ..confusion in this area of the law is perhaps inevitable, for it is surely difficult to apply consistently a rule whose cardinal concept (fraud) many courts have persistently defined in the most sweeping and general terms." Sullivan**, 230, 235. המלומד מתייחס לפסיקה הן ממדינת דרום-קרולינה, והן ממדינות נוספות, כדוגמת קליפורניה, אינדיאנה וטקסס.

[84] Sullivan עמד על כך, שעמימות מושג המרמה וכשלונם של בתי המשפט ליצוק בו תוכן מוגדר אפשרו להם להפעיל חריג זה בגמישות יתרה, עד כדי כך שבנסיבות דומות או זהות לחלוטין הגיעו בתי משפט שונים לתוצאות הפוכות ממש. **Sullivan**, 229-36

[85] לדיון בשאלה זו ולתיאור הפסיקה הרלבנטית ר': **Summerall**, 454-8

[86] הרחיק לכת במיוחד בית המשפט לערעורים בעניין **Dyson v. Commonwealth Life Ins. Co.** 180 S.E. 475, 479 (S.C. 1935) אשר קבע מפורשות, כי הפרת חוזה המלווה במרמה מהווה עוולה נזיקית ממש. בכך יש משום הפעלה של הטכניקה הטיפוסית השנייה, שעליה עמדתי בסע' 5.09 לעיל.

[87] להבחנה בין הגישה ה"נזיקית" לבין הגישה ה"אזרחית" ר' סע' 5.33 להלן. לאזכורה של דרום-קרולינה בין המדינות ה"אזרחיות" ר' סע' 5.36. את הדיון במצב בדרום-קרולינה בחרתי לערוך כאן אגב הדיון בחריגים ה"נזיקיים" בעיקר כדי להמחיש את הזיקה ההיסטורית והרעיונית בין חריג המרמה במובנו הליברלי לבין חריג העוולה העצמאית שממנו צמח.

nevo.co.il

V. חריג יחסי האמון

א. הגדרת החריג וביסוסו בפסיקה

5.22 בסביבות מחצית המאה ה-20 החל מתפתח במשפט האמריקאי חריג חדש לכלל האוסר. חריג זה חל במצבים שבהם הפרתו המחפירה של החוזה נחזית כהפרה של חובת אמון שהמפר חב לנפגע (Breach of A Fiduciary Duty).[88] תחילת דרכו של החריג בפסק דינו של בית המשפט הפדרלי לערעורים בעניין **Brown v. Coates** (1958).[89] פסק הדין עסק בהפרת חוזה על ידי יועץ השקעות שנעשתה תוך ניצול מחפיר של אמון לקוחו.[90] באשרו את התשלום העונשי שנפסק בערכאה הראשונה פסק בית המשפט כי הפרת חוזה הכרוכה בהפרה של חובת אמון בין הצדדים לו עלולה בנסיבות מסויימות לגרור חיוב של המפר בתשלום עונשי, וזאת גם אם מעשיו אינם בגדר עוולה נזיקית עצמאית.[91] בכך הבקיע בית המשפט פתח נוסף בחומה הבצורה שבין דיני החוזים לבין דוקטרינת התשלום העונשי, תוך שהוא קובע כי מן הראוי לנטוש את הגישה המסורתית שלפיה פסיקת תשלום עונשי איננה אפשרית בתביעות חוזיות ללא תלות בסוג החוזה או בחומרת ההפרה ונסיבותיה.[92]

המקרים המובהקים שבהם הפעילה הפסיקה האמריקאית את חריג יחסי האמון הם חוזי ביטוח, חוזים שבין בנק ללקוחו, עורך דין למרשו, וחוזי תיווך בנדל"ן.[93] עם זאת, השימוש בחריג לא הוגבל על ידי הפסיקה לסוג מוגדר ומוגבל של חוזים, והוא הוחל גם בהקשרים אחרים.[94] לסיום אזכיר, שעל אף ההכרה הנרחבת יחסית בחריג זה, אין הוא מוכר בכל המדינות.[95] יתרה מכך, גם במדינות בהן הוא מוכר פחת בעשורים האחרונים היקף ההיזקקות לחריג יחסי האמון, ככל הנראה בשל התפתחותו המרשימה של חריג תום הלב, הרחב ממנו.[96]

ב. הרציונלים להכרה בחריג והיקף תחולתו

5.23 מה טיבם של אותם "יחסי אמון" (Fiduciary Relationship),[97] שהם תנאי לתחולת החריג, ומה נגזר מכך לגבי היקף תחולתו? על אף היותו חריג מודרני יחסית נכשלה הפסיקה האמריקאית בהצבת מבחנים מנחים בעלי משמעות לתחולתו. על פי רוב הסתפקו השופטים שנזקקו לחריג זה בהנמקה קזואיסטית, אך לא יצקו תוכן ברור

---

88 המקור הספרותי הראשון שעסק בחריג זה הוא ככל הנראה: Comment, "Exemplary Damages Awarded for Breach of Fiduciary Duty", 33 **N.Y.U.L.R.** (1958) 877. מקורות בהם ניתן למצוא דיון אקטואלי יותר בחריג יחסי האמון הם: **Sullivan**, 226-9; **Coleman**, 269-72; **Cavico**, 377-8; **Redden**, 392-3.

89 **Brown v. Coates** 253 F. 2d, 36 (D.C. Cir., 1958). לעובדות הפסק ולניתוח משמעויותיו ר': **Comment** (2), 878-81.

90 לאחר שלקוחותיו העבירו לו זכות קניין שבישר בביתם (על מנת שיוכל למוכרו ולרכוש עבורם בית חדש בכספי המכירה) העביר היועץ את הבעלות בבית לאדם שלישי בתמורה מלאה, אך סרב לרכוש עבור התובעים את הבית החדש. בערכאה הראשונה פסק חבר המושבעים כנגד המתווך תשלום עונשי בנוסף לחיוב הפיצויים. בערכאת הערעור הפדרלית טען המתווך, שחוייב בתשלום עונשי שלא כדין, שכן מדובר בתביעה חוזית.

91 ובלשונו של בית המשפט: **"..in certain, narrowly defined circumstances, where a breach of contract merges with, and assumes the character of, a wilful tort, calculated rather than inadvertent, flagrant, and in disregard of obligations of trust, punitive damages may be assessed."** ***Brown*** (3), 39-40. בדומה לדין החל על יתר החריגים, עולה במשתמע מפסק הדין שלשם הפעלת הדוקטרינה אין די בהפרת יחסי האמון כשלעצמה, ונדרש כי ההפרה תהא בוטה וחמורה במיוחד. מפסק הדין עולה, שדרישה זו עשויה להתקיים כאשר הפרת יחסי האמון נעשתה במודע, מתוך מודעות לפגיעה הצפוייה בצד השני, ומתוך כוונה להפיק רווח אישי על חשבונו. ר' הציטוט בטקסט הסמוך לפני הערה 100 להלן.

92 **"Some courts have refused to allow the imposition of punitive damages in any contract actions, regardless of the types of contracts involved or the circumstances surrounding their breach. We join with those courts which decline to follow such mechanical classification."** ***Brown*** (3) 39.

93 לפירוט אסמכתות מתחומים אלה ר': **Am. Jur.** s. 753 & n. 16; **Sullivan**, n. 114 בתחומים אלה מתקיימים פערי מיקוח כלכליים ו/או מקצועיים בין הצדדים לחוזה, העשויים להקים תחולה גם ל'חריג השרות הציבורי'. ואכן, כאמור לעיל, השימוש בחריג השירות הציבורי דעך במהלך המאה ה-20 בין היתר בשל התפתחות חריג יחסי האמון. ר' סע' 5.16(65) לעיל.

94 למגוון אסמכתות ר': **Coleman**, n. 98; **Cavico**, n. 90-91.

95 לדיון בפסיקה שמרנית שלא הכירה בחריג ר': **Sullivan**, 228-9 & n. 115-116.

96 לזיקה הרעיונית בין שני החריגים ר' גם סע' 5.29(125) להלן. לאסמכתות משנות ה-90 המכירות בחריג יחסי האמון ר': **Dodge**, n. 26.

97 יחסי אמון תוארו בפסיקה האמריקאית באמצעות מספר ביטויים נרדפים כגון: "fiduciary relationship", "relations of trust", "confidential relationship". **Sullivan**, n. 119.

nevo.co.il

למושג "יחסי אמון".[98] כל שניתן להעלות מן הפסיקה הוא כי משמעות המושג "אמון" בהקשר זה היא רחבה וגמישה, וכי אין צורך בקיומה של נאמנות (Trust) במובנו הקלסי של מונח זה. כמו במסגרת יתר חריגיו של הכלל האוסר, גם כאן יצרה מדיניות זו גמישות רבה שאיפשרה לבתי המשפט שחפצו בכך להפעיל את הדוקטרינה בתחום החוזי בלא מגבלות של ממש.[99]

עם זאת, מפרשת **Brown** עצמה עולה, שטעם מרכזי העומד בבסיס ההכרה בחריג הוא הצורך להרתיע בעלי מקצוע מניצול לרעה של האמון שמפקיד בידיהם הפרט הנזקק לשירותיהם:

> **"..once it has been shown that one trained and experienced holds himself out to the public as worthy to be trusted... ..and those so invited do place their trust and confidence, and that trust is intentionally and consciously disregarded, and exploited for unwarranted gain, community protection, as well as that of the victim, warrants the imposition of punitive damages."**[100]

פער הכוחות בין הצדדים לחוזה, שניצולו לרעה מהווה עילה להכרה ב"יחסי אמון", אינו נעוץ אפוא בהכרח בפערי מיקוח כלכליים דווקא.[101] הוא עשוי לנבוע מפערי מומחיות וידע, מפער בעמדות המיקוח הראשוניות, ואף מנתונים אחרים הקשורים לאופן ביצוע החוזה, והיוצרים יחסי תלות א-סימטריים בין הצדדים לו עם כריתתו.[102] אכן, ניצול לרעה של פער זה על ידי הצד החזק לקידום ענייניו הפרטיים תוך פגיעה ממשית באינטרסים שהצד החלש הפקיד בידיו במסגרת החוזה הוא לדעתי דוגמה מובהקת להתנהגות מחפירה בתחום החוזי.[103]

ג. ההצדקה הפורמלית להכרה בחריג

5.24 כמו בהקשרים הקודמים שעליהם עמדתי, גם הפעם ניסו בתי המשפט ליישב את ההכרה בחריג יחסי האמון עם האיסור המסורתי. לפי קו ההנמקה הטיפוסי העילה לפסיקת התשלום העונשי במסגרת החריג איננה נעוצה בהפרת החוזה עצמה, אלא בהפרה של חובה לבר-חוזית המוטלת על הנתבע מכוח הדין ללא קשר לחוזה. הפרתה הבוטה של חובה זו מהווה היא עוולה או 'מעין עוולה' שמכוחה - ולא מכוחה של הפרת החוזה - נפסק התשלום העונשי.[104]

---

98 **Sullivan**, 228. לדיון במהותם האפשרית של יחסי אמון ובתוכנן של החובות שמערכת כזו יוצרת, לאו דווקא בהקשר לפסיקת תשלום עונשי, ר' למשל: D.A. Demott, "Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation" Vol. 1988 **Duke L.J.** (1988) 879; P. Birks, "The Content of Fiduciary Obligation" (Lecture, Hebrew University, Jerusalem, 18 May, 2000).

99 לניתוח הפסיקה ולדיון בבעיית העמימות הקשה בהגדרת תחומיו של החריג ר': **Redden**, 392-3; **Sullivan**, 229: **"It is disingenuous to treat cases which present breach of fiduciary duty in the contractual context as wholly distinct from ordinary contract actions... In reality, such term** [as "fiduciary relationship" and "relations of trust"] **are almost as flexible as a court wishes to make them… The cases in this area of the law are impossible to reconcile because the question in each is <u>why</u> a particular judge held that particular facts implied or did not imply the existence of a fiduciary duty."** כאמור, שאלה זו נותרה על פי רוב ללא מענה הולם.

100 מבחינה זאת קיים דמיון ניכר בין חריג זה לבין חריג השירות הציבורי: שניהם כאחד מכוונים למניעת ניצול לרעה של פערי כוחות ויחסי תלות בין הצדדים לחוזה. ואכן, בספרות נשמעה הדעה, שהרציונל של מניעת ניצול לרעה של פער בעמדות המיקוח של הצדדים משותף לחריגים שונים של הכלל האוסר. ר' למשל: **Sullivan**, 249-50; **Miner**, 678. ***Brown*** (3), 40.

101 כדוגמת אלה המאפיינים את 'חריג השירות הציבורי'.

102 יחס כזה עשוי להתקיים גם בין צדדים שבשלב המשא ומתן עמדות המיקוח שלהם שוות או קרובות. רמז לתמיכה בגישתי זו מצאתי בספרות המשפטית: **Cavico**, 378: **"Some courts, for example, hold that <u>merely entering into a contract</u> frequently makes one party so dependent on the other that a fiduciary relationship arises."**

103 להרחבת הדיבור בניצול לרעה של פערי כוחות כשיקול לפסיקת תשלום עונשי בגין הפרת חוזה ר' סע' 12.28 ואילך.

104 בכך ננקטה למעשה הטכניקה הראשונה שהזכרתי בסע' 5.08 לעיל. אסמכתות "נזיקיות" רבות המתארות את האופי ה"נזיקי" של הפרת אמון מפורטות במאמרו של Cavico, בהערות 91 ו-92 למאמר. למשל: **Vale v. Union Bank** 151 Cal. Rptr. 784, 790 (Cal. Ct. App. 1979): **"..a trustee's violation of fiduciary duties breaches an obligation imposed by law."** לעיתים ננקטת גם הטכניקה השלישית בה דנתי, כלומר, עצם הטלת הדופי בהפרת האמון הופכת אותה ל"נזיקית" ("tortuous"). טכניקה כזו עולה מפסק הדין ***Brown*** (3). ר' הציטוט הנ"ל בהערה 91 לעיל. ניתן אפילו למצוא ביטוי לשימוש בטכניקה השלישית, דהיינו, טכניקה הקובעת כי הפרת יחסי אמון איננה רק דומה לעוולה נזיקית, אלא מהווה עוולה נזיקית ממש. ר' למשל: **Loehrke v. Wanta Builders, Inc.** 445 N.W.2d 717, 720 (Wis. App. 1989): **"<u>Violation of a fiduciary duty is a tort</u> for which punitive damages may be awarded if**

nevo.co.il

עינינו הרואות, שגם הפעם משמש הלבוש ה"לבר-חוזי" או ה"מעין-נזיקי" כאמתלה משפטית שנועדה לכסות על העדרה של עוולה נזיקית עצמאית. יתרה מכך, האמירה כי חובת האמון מקורה בדין ולא בחוזה אף היא בעייתית, שעה שברור למדי כי בהעדרו של קשר חוזי לא היתה חובה זו באה לעולם כלל ועיקר.[105]

VI. חריג תום הלב

א. כללי

5.25 ההלכה שלפיה כל חוזה טומן בחובו תניה חוזית משתמעת המחייבת את הצדדים לקיימו בתום לב ובדרך מסחרית מקובלת (implied covenant of good faith & fair dealing) נחשבת לעיקרון יסוד בדיני החוזים האמריקאיים.[106] על בסיס עיקרון זה - מקבילו של עקרון תום הלב בקיום חוזים במשפט הישראלי - החל מתפתח במדינת קליפורניה בראשית שנות ה-70 אחד החריגים החשובים ביותר לכלל האוסר.[107] המדובר בדוקטרינה שיפוטית מקורית שבמסגרתה רואים בהפרת חובת תום הלב עוולה נזיקית ממש - **"The Tort of Bad Faith Breach of Contract"**. מכוחה של עוולה זו ניתן - בנסיבות המתאימות - להטיל על צד לחוזה שהפר את חובת תום הלב בקיומו חיוב בתשלום עונשי לצד הנפגע.[108] בשל המרקם הפתוח של מושג תום הלב משמשת "עוולה" זו כמעין "עוולת מסגרת", בדומה לעוולת הרשלנות. מבחינה זו גלום בחריג תום הלב פוטנציאל לביטול דה-פקטו של

---

warranted." עיון בפסק הדין מעלה, שהשופטים הסתמכו על הערה b לסע' 874 לרסטייטמנט השני על נזיקין הקובע, שנאמן שהפר את חובתו כלפי הנהנה אשם בהתנהגות עוולתית ("tortious conduct"). לדוגמה אחרת ר' למשל: **Interfirst Bank Dallas v. Risser** 739 S.W.2d 882, 907 (Tex. App., 1987): **"We recognize that exemplary damages are not recoverable for a breach of contract. However, an intentional breach of a fiduciary duty is a tort justifying the award of exemplary damages."**

105 כמאמרו של Sullivan: **"..it remains a fact - not often emphasized in the cases - that the relationship which established the duty was essentially the product of contractual agreement." Sullivan**, 227.

106 **"Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement."** **Rest**. Conts. (2) s. 205 (1981). See also **U.C.C.** s. 1-203. פסק הדין הנתפס כמנחה לעניין זה הוא מבית המשפט לערעורים במדינת ניו-יורק: **Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.** 188 N.E.163 (N.Y. 1933) לדיון כללי במעמדו ובהתפתחותו ההיסטורית של עקרון תום הלב במשפט האמריקאי ר' למשל: S.J. Burton, "Breach of Contract and the Common Law Duty to perform in Good Faith" 94 **Harv. L.R.** (1989) 369; R.S. Summers, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code" 54 **Va. L.R.** (1968) 195; J.K. Lucke, "Good Faith and Contractual Performance" **Essays on Contract** (Sydney, 1987, Finn, Ed.) ch. 5, 155. כידוע, במשפט הישראלי מעוגנת חובת תום הלב ביחסים חוזיים בסע' 39 לחוק החוזים.

107 חריג זה יכונה על ידי לשם הקיצור "חריג תום הלב". בשל השלכותיו המעשיות של חריג זה בארה"ב (בעיקר על שוק הביטוח, אך גם בהקשרים אחרים) זכה חריג תום הלב בעשורים האחרונים לתשומת לב מיוחדת בספרות המשפטית האמריקאית יותר מכל חריג אחר של הכלל האוסר. מבין המקורות הרבים שעסקו בו נעזרתי במיוחד במקורות הבאים: Comment, "Punitive Damages on Ordinary Contracts" 42 **Mont. L.R.** (1981) 93; T.A. Diamond, "The Tort of Bad Faith Breach of Contract: When, If at All, Should it Be Expanded Beyond Insurance Transactions?" 64 **Marq. L.R.** (1981) 425; M.H. Cohen, "Reconstructing Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing as a Tort" 73 **Cal. L.R.** (1985) 1291; J. Monagham, "Extending the Bad Faith Tort Doctrine to General Commercial Contracts" 65 **B.U.L.R.** (1985) 355; S. Chutorian, "Tort Remedies for Breach of Contract: The Expansion of Tortious Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing into the Commercial Realm" 86 **Colum. L.R.** (1986) 377; G.E. Trem, "Commercial Bad Faith: Tort Recovery for Breach of Implied Covenant in Ordinary Commercial Contracts" 48 **Mont. L.R.** (1987) 349; R.A. Payne, "A Proposed New Tort Cause of Action in Missouri for Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing in Commercial Contracts" 31 **St. Louis Un .L.J.** (1987) 433; D. Dollar, "Tortious Breach of The Covenant of Good Faith and Fair Dealing Since *Foley*: Opportunity or Efficiency?" 26 **San Diego L.R.** (1989) 73; P.A. Volk, "Bad Faith Breach of Insurance Contract: Idaho's Misapplication of Tort Law" 28 **Idaho L.R.** (1991) 457; K.L. Macintosh, "Gilmore Spoke Too Soon: Contract Rises from the Ashes of the Bad Faith Tort" 27 **Loyola L.A.L.R.** (1994) 483; "Symposium on the Law of Bad Faith in Contract and Insurance" 72 **Texas L.R.** (1994) 1203; R.M. Baron, "When Insurance Companies Do Bad Things: The Evolution of the "Bad Faith" Causes of Action in South Dakota" 44 **S.D.L.R.** (1999) 471. See also: **Cavico**, 396-424; **Pennington**, 47-61; **Sebert**, 1613-28, 1642; **Sassaman**, 95-6. ספר העוסק באופן מקיף בחריג תום הלב ממגוון היבטיו הוא: J.C. McCarthy, **Punitive Damages in Bad Faith Cases** (Ketfield, 4th ed., 1987).

108 זוהי למעשה דוגמה לשימוש בטכניקה השנייה שבה דנו בסע' 5.09 לעיל. בספרות נשמעה הדעה, כי את התפתחותה של טכניקה זו בקליפורניה דווקא עשויה להסביר העובדה שבמדינה זו מעוגן הכלל האוסר בחיקוק האוסר במפורש על פסיקת תשלום עונשי בתביעות שעילת הפרת חיוב הנובע מחוזה ("obligation arising from contract"). ר': **Cal. Civ. Code** s. 3294(a) לפיכך, על מנת מלהימנע מהתנגשות בהוראות החוק, העדיפו בית המשפט להכיר באורח מפורש בעוולה נזיקית חדשה. להסבר זה ר': **Dodge**, 638 & n. 33; **Sebert**, 1613 & n. 177.

nevo.co.il

הכלל האוסר, שהרי כל התנהגות מחפירה ביחסים חוזיים כרוכה בהכרח בהפרה של חובת תום הלב בקיום החוזה. כל התנהגות מחפירה עשויה אפוא להקים עילה נזיקית שמכוחה ניתן לפסוק תשלום עונשי.[109] בסעיפים שלהלן אעמוד בקצרה על הרקע להתפתחותה של דוקטרינה זו, על קווי המתאר שלה ועל היקף השימוש בה במשפט האמריקאי.

ב. לידתה של "עוולת תום הלב"

5.26 תחום הביטוח הוא התחום העיקרי והמובהק ביותר שבו התבססה "עוולת תום הלב" - הן בקליפורניה מכורתה, הן מחוצה לה. בתחום זה שימשה "עוולה" זו החל משלהי שנות ה-60 כמנוף להטלת 'חבות יתר' (excess liability) על מבטחים שהפרו את חובת תום הלב כלפי לקוחותיהם.[110] הבסיס המשפטי להטלת חבות-יתר זו נעוץ ברעיון שהועלה בהערת אגב בפסק דינו של בית המשפט העליון של קליפורניה *בעניין* ***Comunale*** (1958).[111] לפי תזה זו, הפרת חובת תום הלב על ידי המבטח עשוייה בנסיבות מסויימות להקים למבוטח עילת תביעה נזיקית כלפיו, על כל המשתמע מכך.[112] רעיון זה יושם הלכה למעשה רק בשנת 1967, בפסק הדין ***Crisci***.[113] באותו מקרה, בנסיבות דומות לאלו שנדונו ב-***Comunale***, נקבע כי חברת הביטוח הפרה את חובת תום הלב כלפי מבוטחת, כאשר סרבה - ללא כל הצדקה ומשיקולי כדאיות כלכלית - ליתן את הסכמתה להסכם פשרה סביר שאליו הגיעה המבוטחת עם צד שלישי.[114] הפרתה הברורה של חובה זו, אותה ראה בית המשפט כמשתמעת מהחוזה, גרמה למבוטחת נזקים ממוניים ולא-ממוניים בשיעור העולה בהרבה על הסכום הקבוע בפוליסה. בית המשפט קבע כי על נזקים אלה זכאית המבוטחת לפיצויים מכוח העילה הנזיקית המבוססת על "עוולת תום הלב" שאותה ביצעה חברת הביטוח.[115]

---

109 ואכן, בתי המשפט עמדו על הפוטנציאל הנרחב הגלום בחריג תום הלב, ולפיכך נקטו גישה זהירה ומצמצמת בכל הקשור להפעלתו. גישה זו התבטאה בקביעה, כי הפרת חובת תום הלב תיחשב כעוולה נזיקית רק בנסיבות מיוחדות, אותן נטו בתי המשפט להגדיר בצמצום. ר' סע' 5.28 ואילך.

110 במונח "חבות יתר" (excess liability) הכוונה לחבות כספית המוטלת על המבטח בשיעור שמעל ומעבר לזה המתחייב מפוליסת הביטוח עצמה. חבות כזו ניתן לבסס על עילת נזיקין מקבילה העומדת למבוטח לצד העילה החוזית. ההשלכה העיקרית של הכרה בחבות נזיקית מקבילה לאחריות החוזית היא חשיפת המבטח לחבות ביחס לנזק תוצאתי ולנזקים לא-ממוניים, שאינם מכוסים בגדרי הפוליסה. השלכה נוספת היא, כמובן, הסיכון שבחיוב בתשלום עונשי, סיכון שאינו קיים כאשר התביעה חוזית. בארה"ב קיימת ספרות מקצועית נרחבת העוסקת בבעיית אחריות היתר של מבטחים. ר' למשל: P. Magarick, **Excess Liability: The Law of Extra-Contractual Liability of Insurers** (N.Y., 3rd ed., 1989). לרשימה של מעל למאה מאמרים בנושא זה ר': **Ghiardi**, s. 8.06 ("bibliography").

111 **Comunale v. Traders Gen. Ins. Co.** 50 Cal. 2d 654 (S.C. 1958).

112 בית המשפט קיבל השראה לרעיון זה ממאמרו של פרופ' Keeton מאותה תקופה, שעסק בחבות נזיקית של מבטחים (אם כי לא מכוח חובת תום הלב): R.E. Keeton, "Liability Insurance and Responsibility for Settlement" 67 **Harv. L.R.** (1954) 1136 בעניין **Comunale** בית המשפט ראה את הפרת חובת תום הלב בסרוב המבטח להגן על המבוטח בתביעת צד שלישי נגדו, ובסרובו לפשרה סבירה עם אותו צד. בהתנהגות זו הפר המבטח את חובת תום הלב, שכן: **"..there is an implied covenant of good faith and fair dealing in every contract… ..that neither party will do anything which will injure the right of the other to receive the benefits of the agreement".** Id., 656.

113 **Crisci v. Security Ins. Co.** 426 P.2d 173 (S.C. 1967).

114 הסיבה לסירוב היתה, שסכום הפשרה ($9,000) היה קרוב מאוד לתקרת הכיסוי הביטוחי ($10,000). במצב דברים זה העדיפה חברת הביטוח לסרב לפשרה ולהמשיך לנהל את ההליך המשפטי בשם המבוטחת. זאת, משום שידעה, שגם אם המבוטחת תפסיד במשפט, הרי היא (חברת הביטוח) מסתכנת לכל היותר בתשלום $1,000 מעבר לסכום הפשרה (כל יתר הסיכון - גדול ככל שיהא - 'יפול' על המבוטחת עצמה). בעקבות הסרוב נאלצה המבוטחת לנהל משפט שבסיומו חוייבה לשלם מכיסה לצד השלישי סכום הגדול עשרות מונים מסכום הפשרה שהוצע בשעתו (הסך הכולל של הפיצויים היה $101,000 ומתוכם שילמה חברת הביטוח רק $10,000, שבו היתה מחוייבת מכוח הפוליסה). כתוצאה מכך נגרם למבוטחת הרס פיננסי ואף נזק נפשי חמור, שהביאה עד כדי נסיון התאבדות.

115 בית המשפט פסק, שבסרובה הבלתי סביר של המבטחת בנסיבות אלה היא הפרה באורח בוטה את חובתה - הנגזרת מחובת תום הלב ומחוזה הביטוח - לשמור על אינטרס המבוטחת לקבלת הגנה ראוייה מפני חבות כלפי צדדים שלישיים. במסגרת הרטוריקה ה'נזיקית' הטיפוסית הבהיר בית המשפט כי חבות היתר מוטלת על המבטח לא בשל הפרת החוזה אלא בשל הפרת חובת תום הלב, שהיא חובה לבר-חוזית: **"..liability is imposed… ..not for a bad faith breach of contract but for failure to meet the duty to accept reasonable settlements. That responsibility is <u>not the requirement mandated by the terms of the policy itself… It is the obligation, deemed to be imposed by the law</u>.. ..to deal fairly and in good faith..."** ***Crisci***, 177. גם כאן, כמו בהקשרים

nevo.co.il

5.27 המקרה הראשון שבו נפסקו תשלומים עונשיים בהתבסס על "עוולת תום הלב" הוא פסק הדין ***Gruenberg*** **(1973)**.[116] כאן לראשונה הכיר בית המשפט העליון של קליפורניה מפורשות בסמכותו לפסוק למבוטח תשלום עונשי מכוח עילה נזיקית שהקימה לו הפרת חובת תום הלב על ידי המבטח. מעבר להיותו 'החולייה החסרה' אך המתבקשת בשרשרת הפסיקתית שקדמה לו, הביא עימו פסק הדין שני חידושים נוספים. **ראשית**, נודעת לפסק הדין חשיבות רבה בשל העובדה שבו, לראשונה במשפט האמריקאי, נעשה שימוש ב"עוולת תום הלב" במסגרת תביעה ישירה של המבוטח כנגד המבטח עצמו (תביעת צד א'), להבדיל מתביעה לכיסוי חבות של המבוטח כלפי צד שלישי (תביעת צד ג').[117] **שנית**, ואולי חשוב מכך לענייננו, **ההנמקה המובאת בפסק הדין תולה את החיוב בתשלום העונשי** בעילה נזיקית שמקורה בהפרת חובת תום הלב, **ולא באופיו המיוחד או החריג של חוזה הביטוח**, בהשוואה לחוזים אחרים. עובדה זו התפרשה בשעתה כהבעת עמדה של בית המשפט, לפיה פסיקת תשלום עונשי אפשרית מכוח חריג תום הלב לא רק בהקשר הביטוחי, אלא למעשה בכל מערכת יחסים חוזית שהיא![118]

קודמים עליהם עמדנו, הנמקה זו נראית מלאכותית למדי. חיוב המבטח להסכים לפשרות סבירות הוא ללא ספק חיוב המשתמע מחוזה הביטוח ואשר הפרתו מנוגדת לרוחו של חוזה הביטוח. זאת ועוד, מעניין לציין, שראיית חובת תום הלב כחובה נזיקית מן הדין עומדת בסתירה לגישה האמריקאית המסורתית, הרואה בה חובה חוזית משתמעת, העשויה להשתנות בכל מקרה ומקרה בהתאם לרצונם המשוער של הצדדים. לעניין זה ר': **Chutorian**, 379-80: **"the scope of the good faith duty is dependent upon the parties' actual agreement… ..the traditional view** [is] **that the parties' intent governs the duties that will be enforced by law."** See also A.E. Farnsworth, **Contracts** (Boston, 1982) 526-7.

116 **Gruenberg v. Aetna Ins. Co.** 9 Cal. 3d 566, (S.C. 1973).

117 להבחנה בין שני סוגי התביעות ר' למשל: **Ghiardi**, s. 8.03, 8.04 ההכרה בעוולת תום הלב במסגרת תביעות צד ג' באה מוקדם יותר, ככל הנראה בשל העובדה שהמבטח נחזה כאן כסוכן, שליח, או נאמן של המבוטח, המופקד על ענייניו כלפי הצד השלישי ('נאמנות'). לעומת זאת, בתביעת צד א' מדובר בעימות ישיר בין שני צדדים לחוזה פרטי בעלי אינטרסים מנוגדים, ומכאן הקושי להכיר בחובת נאמנות מוגברת של המבטח כלפי המבוטח. להבהרת הנקודה ר' **Cavico**, 401. כיום, במידה רבה בעקבות ***Gruenberg***, 45 מדינות בארה"ב מכירות בחריג תום הלב כעוולה נזיקית בתביעות צד א' (first-party actions) ולפחות 25 מדינות מכירות בכך בהקשר של תביעות צד ג' (third-party actions). **Dodge**, n. 27. חיבור מקיף המתמקד בתחום הביטוח בתביעות צד א' הוא ספרו של **McCarthy**. ר' גם: G.O. Kornblum, "The Current State of Bad Faith and Punitive Damages Litigation in the U.S." 23 **Tort & Ins. L.J.** (1988) 812. למחקר עדכני יותר ר': R.C. Henderson, "The Tort of Bad Faith in First-Party Insurance Transactions after Two Decades" 37 **Ariz. L.R.** (1995) 1153. במספר קטן של מדינות מתנגדת הפסיקה עקרונית להכרה בעוולת תום הלב כמנוף להטלת אחריות נזיקית, אפילו בהקשר הביטוחי. עם אלה נמנות פלורידה, מישיגן, קנזס, מינסוטה ומרילנד. לאסמכתות שמרניות ממדינות אלה ר' למשל: **Sebert**, n. 179 במדינות אחרות החריג אינו מוכר אך הדבר אינו נובע מהתנגדות עקרונית לו, אלא מכך שהוא מיותר (לפחות בהקשר הביטוחי) לאור קיומם של חריגים אחרים לכלל האוסר. אלה הן: אינדיאנה, איווה, ניו-יורק ומערב וירג'יניה. לאסמכתות ר' **McCarthy**, s. 1.32. בספרות המשפטית קיימת הסכמה רחבה בדרך כלל בדבר נחיצותו וראויותו של השימוש בחריג תום הלב בהקשר הביטוחי. דעה שונה, השוללת את ההכרה בחריג תום הלב מכל וכל - גם בהקשר הביטוחי - מועלית במאמרו של **Volk**.

118 פסק הדין התפרש בשעתו כבעל פוטנציאל לשינוי מהפכני בכל הקשור להיקף תחולתה של הדוקטרינה בתחום החוזי, גם בהשוואה לחריגים אחרים של הכלל האוסר: **"… the *Gruenberg* decision may have a substantially broader precedential significance than either the fiduciary duty or public service company cases… If.. ..there is a duty of good faith at every stage of the contractual process.. ..and in nearly all kinds of contract, the *Gruenberg* rationale may reach very far indeed." Sullivan**, 243.

nevo.co.il

ד. הפסיקה המצמצמת שלאחר *Gruenberg*

5.28 דא עקא שבעשור השנים שלאחר ***Gruenberg*** ניתנה לחריג תום הלב - בקליפורניה ומחוצה לה - פרשנות מצמצמת ביותר, שהגבילה את תחולתו לחוזי ביטוח בלבד. פסיקה מאוחרת הבהירה, ש**לא כל הפרה של חובת תום הלב מקימה את "עוולת תום לב" הנזיקית**. למעשה, כך הובהר, מאפייניו המיוחדים של חוזה הביטוח הם המצדיקים את הפעלת הדוקטרינה בהקשר הביטוחי, והעדרם במערכות יחסים חוזיות אחרות שולל את תחולתה מחוץ לתחום הביטוח.[119] זאת ועוד, גם בתחום הביטוח עצמו התאמצה הפסיקה שלאחר ***Gruenberg*** להצר את גבולותיו של חריג תום הלב, בהבהירה כי לשם פסיקת תשלום עונשי **אין די אפילו בהפרה מודעת של חובת תום הלב מצד המבטח, אלא נדרש בנוסף יסוד התנהגותי מחמיר של דיכוי, מרמה או זדון**.[120]

ה. חריג תום הלב מחוץ להקשר הביטוחי - עניין *Seaman's* ומבחן "היחסים המיוחדים"

5.29 לצד המגמה המצמצמת שתוארה לעיל החלה נשמעת בספרות ובפסיקה הקליפורנית החל מסוף שנות ה-70 דעה ליברלית יותר. זו גרסה, כי אין כל היגיון או הצדקה להגביל את תחולת חריג תום הלב להקשר הביטוחי בלבד.[121] דעה זו הפכה להלכה מחייבת בפסק הדין בעניין ***Tameny*** (1980), שהחיל את חריג תום הלב בתחום יחסי העבודה.[122] הגישה המרחיבה זכתה לגושפנקא סופית מובהקת עוד יותר בפסק הדין המפורסם בעניין **Seaman's** (1984).[123] באותו מקרה ניסה בית המשפט העליון, לראשונה, להתמודד חזיתית עם השאלה העיקרית שריחפה עד

---

[119] המאפיינים העיקריים של חוזה הביטוח שהודגשו בפסיקה המצמצמת הם אלה: יחסי אמון ותלות של המבטח במבוטח; מעמדו ה"מעין ציבורי" של המבטח בשל טיבו החיוני של השירות בעידן המודרני ובשל היות ענף הביטוח מוסדר בחקיקה; פערי הכוחות הכלכליים בין הצדדים לחוזה הביטוח; החולשה והמצוקה שבהן נתון המבוטח במקרה של ארוע ביטוחי; האינטרס הלא-ממוני שמבטיח חוזה הביטוח (שקט נפשי). לדיון תמציתי במאפיינים אלה ולאסמכתות מתאימות ר': **Cavico**, 401, 403-6.

[120] **"For punitive damages to be awarded, a defendant must not only intentionally have breached his duty of good faith, but in addition must have been guilty of oppression, fraud or malice…" Anderson v. Continental Ins. Co.** 271 N.W.2d 368, 379 (Wis. 1978). עניין זה הובהר עוד קודם לכן בקליפורניה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **Silberg v. California Life Ins. Co.** 113 Cal. Rptr. 711 (1974). בחלק מפסקי הדין מוצגת הבחנה אנליטית בין **שלוש דרגות של חומרה בהתנהגות המבטח**, שרק בהתקיימן במצטבר עשוי להיפסק תשלום עונשי במסגרת חריג תום הלב: **האחת** - הפרת חובת תום הלב כשלעצמה - (breach of the implied covenant of good faith and fair dealing); **השנייה** - הפרה מודעת (שלא בתום לב) של חובת תום הלב האמורה (intentional/bad faith breach of the covenant of good faith and fair dealing) אשר בהקשר הביטוחי מקימה עילה נזיקית; **והשלישית** - הפרה "מחפירה" של החובה להימנע מהפרה מודעת (שלא בתום לב) של חובת תום הלב (committing the tort of bad faith breach of the covenant of good faith with malice, fraud or oppression). בעוד שהמבחן לקיומה של הפרה מהדרגה הראשונה הוא אובייקטיבי, היינו: האם בנסיבות העניין היתה למבטח עילה סבירה או הצדק סביר לנהוג כפי שנהג? (לסרב לפשרה, לסרב לשלם תגמולים למבוטח, וכיו"ב) (**Cavico**, 401), הרי המבחן לקיומה של הפרה מהדרגה השנייה הוא מבחן סובייקטיבי, הדורש יסוד נפשי שמעבר לרשלנות: **"the bad faith tort is appropriately regarded as a species of intentional tort.. ..**[it] **comprehends.. ..an intentional breach of the implied duty of good faith and fair dealing." Cavico**, 409 & 406-7. אולם נראה שבפרקטיקה מתקשים בתי המשפט להקפיד על יישום מבנה אנליטי זה. היטיב לתאר זאת בית משפט במונטנה: **"the failure to settle may have been the result of either bad faith or negligence.. ..there is no clear distinction.. ..between the two terms in such cases… There may be theoretical differences.. ..but the resulting neatness is highly illusory, and the two tests have tended to coalesce." Gibson v. Western Fire Ins. Co.** 682 P.2d 725, 731 (Mont. 1984). למותר לציין שהבחנות עיוניות אלה אין בכוחן כדי להצדיק א-פריורי את צמצום תחולת הדוקטרינה להקשר הביטוחי בלבד.

[121] דעה כזו נשמעה, למשל, בדעת מיעוט, בפסק דין של בית המשפט לערעורים בקליפורניה, שבאותה תקופה אימץ גישה שמרנית ודחה את האפשרות להכיר בחריג תום הלב ביחסים שבין בנק ללקוחו: **Sawyer v. Bank of Am.** 83 Cal. App. 3d 135, 140-2 (Ct. App. 1978) (Rattigan, J., dissenting). לדעה דומה בספרות ר' למשל: **Cohen**; **Payne**; **Volk**; **Chutorian**. לדעה הפוכה, הקוראת להימנעות מהרחבת השימוש בחריג זה ומהחלתו בחוזים שאינם חוזי ביטוח ר' למשל: **Chutorian**.

[122] **Tameny v. Atlantic Richfield Co.** 164 Cal. Rptr. 839 (S.C. 1980). מכאן ואילך הופעל החריג בעיקר בתביעות עובדים כנגד מעבידים בשל פיטורין ללא עילה או בנסיבות משפילות, הפעלת שררה ודיכוי כלפי העובד, הבטחות שווא שהופרו באופן בוטה, אי תשלום שכר או פיצויים, וכיו"ב. לתיאור מגמה זו ולאסמכתות רלבנטיות מתחום יחסי העבודה ר': **Cavico**, 415-20; **Chutorian**, 384-6; **Sebert**, 1634-7; **Pennington**, 56-57; see also: Note, Good Faith and Fair Dealing in Illinois: An Application in the Employment Context" Vol. 1987 **Un .Ill. L.R.** 183; J.P. Mallor, "Punitive Damages for Wrongful Discharge of At Will Employees" 26 **William & Mary L.R.** (1985) 449. כמפורט להלן, מגמה זו קיבלה חיזוק נוסף בפסק הדין החשוב בעניין ***Seaman's***, הנזכר בהערה הבאה.

[123] **Seaman's Direct Buying Services v. Standard Oil Co.** 206 Cal. Rptr. 354 (1984). לסקירה מקיפה וביקורתית של פרשת ***Seaman's*** ומשמעויותיה ר': S.B. Katz, "The California Tort of Bad Faith Breach, the Dissent in *Seaman's v. Standard Oil*, and

nevo.co.il

אז בחלל המשפטי ללא מענה: **מהו המבחן הכללי שלפיו ייקבע אם הפרה נתונה של חובת תום הלב ביחסים החוזיים מהווה עוולה נזיקית שמכוחה ניתן יהיה במקרים המתאימים לפסוק תשלום עונשי?**

כמענה לשאלה זו הציע בית המשפט ב-***Seaman's*** *את* מבחן **"היחסים המיוחדים"** ("Special Relationship").[124] "יחסים מיוחדים" יתקיימו בין צדדים לחוזה, לפי פסק הדין, כל אימת שמתקיימים מאפייניו הטיפוסיים של חוזה הביטוח: אינטרס ציבורי (public interest) בקיום החוזה, פער מיקוח בין הצדדים (adhesion), וחובת אמון בין הצדדים לחוזה (fiduciary responsibility).[125]

ניתן לראות, שאימוץ מבחן זה בעניין ***Seaman's*** **טומן בחובו השפעה פוטנציאלית על הדין הנוהג בשני כיוונים מנוגדים בעת ובעונה אחת: מחד גיסא** משמיע המבחן, כי לא בכל מערכת יחסים חוזית עשוייה הפרת חובת תום הלב להקים עילה נזיקית, ובכך משקף גישה שמרנית ומהוססת כלפי השימוש בחריג תום הלב.[126] **מאידך גיסא**, נובע ממנו שהסמכות להכיר בעוולת תום הלב ולפסוק תשלום עונשי מכוחה במקרים הראויים איננה מוגבלת א-פריורי להקשר הביטוחי בלבד, אלא קיימת בכל חוזה שבו יחסי הצדדים לחוזה הם "מיוחדים". בכך נפתח, לפחות באורח פוטנציאלי, צוהר להרחבה משמעותית של תחולת חריג תום הלב. זאת ועוד: עצם אימוץ מבחן היחסים המיוחדים משקף גישה רעננה וחדשה כלפי העיסוק בשאלה שהיא שאלת המחקר שלנו: במובחן מפסיקות העבר, המתאפיינות ברטוריקה נזיקית שמרנית ופורמליסטית שתכליתה להאפיל על הכרסום המהותי בכלל האוסר, מסמנת הלכת ***Seaman's*** מעבר לעיסוק בשיקולים המהותיים המצדיקים סטייה ממנו.[127]

<u>ו. חריג תום הלב בהקשר המסחרי הרגיל - עניין *Seaman's* וחריג ה"התכחשות לחוזה"</u>

5.30 אולם החידוש והחשיבות שבפסק הדין ***Seaman's*** אינם מתמצים באמור לעיל. באופן פרדוקסלי, דווקא במקרה הקונקרטי שנדון בפניו בחר בית המשפט לסטות מהמבחן הכללי שהוא עצמו הגדיר - מבחן היחסים המיוחדים -

---

the Role of Punitive Damages in Contract Doctrine" 60 **S. Cal. L.R.** (1987) 509; see also: Comment, "Sailing the Uncharted Seas of Bad Faith: *Seaman's Direct Buying Services v. Standard Oil Co*." 69 **Minn. L.R.** (1985) 1161.

[124] הדרישה ל"יחסים מיוחדים" כתנאי להכרה בחריג תום הלב נזכרת גם בפסיקה קודמת בקליפורניה, אולם רק ב-***Seaman's*** הועמדה כמבחן כללי ומחייב ונוצק לתוכה תוכן מוגדר.

[125] **"In holding that a tort action is available for breach of the covenant** [of good faith and fair dealing] **in an insurance contract, we have emphasized the 'special relationship' between the insurer and insured, characterized by elements of public interest, adhesion, and fiduciary responsibility... ..<u>no doubt there are other relationships with similar characteristics and deserving similar treatment</u>."** Id., 362. המונח adhesion פרושו המילולי 'היספחות' או היצמדות, ונעשה בו שימוש לתיאור המצב הטיפוסי לחוזים אחידים, שבהם צד אחד 'מסתפח' לחוזה שתנאיו מוכתבים על ידי הצד האחר. אולם יש לשים לב לכך שבית המשפט נמנע משימוש במושג חוזים אחידים ("contracts of adhesion"), והדבר עשוי ללמד כי דרישה זו עשוייה להתקיים גם בחוזים שאינם אחידים strictu sensu. ואכן, למבחן זה ניתנה משמעות מרחיבה בפסק דינו של בית המשפט לערעורים בקליפורניה בעניין **Quigley v. Pet. Inc.** (5th Dist.) 162 Cal. App. 3d. 877 (1984) (באותו מקרה נדחתה התביעה לתשלום עונשי בשל העדר פער מספק בין עמדות המיקוח של הצדדים לחוזה **רגיל**). כפי שראינו, רציונל זה - מניעת ניצול לרעה של פערי כוחות כלכליים - משותף לחריגים נוספים של הכלל האוסר כדוגמת חריג יחסי האמון וחריג השירות הציבורי. יש הסבורים, כי הוא מסביר את ההכרה המתרחבת בדוקטרינה בתחום החוזי בכללותו. ר' למשל: **John**, 2049-50; **Sullivan**, 248-50; **Miner**, 678-9 הדרישה לקיומם של יחסי אמון מצביעה על הזיקה הרעיונית שבין חריג תום הלב לבין חריג יחסי האמון. הדרישה לקיומו של "אינטרס ציבורי" היא העמומה והכללית ביותר, ואכן היא לא שימשה על פי רוב מחסום ממשי מהחלת הדוקטרינה במקרים קונקרטיים.

[126] אמנם, בית המשפט לא שלל באופן מוחלט את האפשרות להחיל את חריג תום הלב בין צדדים לחוזה רגיל, אך ציין, שתחולה רחבה כזו של החריג זו עלולה להיות בעייתית, באשר בחוזה רגיל קשה להבחין בין הפרת חובת תום הלב לבין הפרת החוזה עצמה, והדבר עלול לגרור אחריות בנזיקין במקרים רבים מדי, ובכך לפגוע בציפיות הצדדים ובוודאות המסחרית. ***Seaman's***, 363.

[127] עם זאת, חשוב לזכור שהמסגרת הכוללת שבתוכה פועל פסק הדין היא עדיין "נזיקית", בהיותה מבוססת על "עוולת תום הלב". בכך נבדל חריג תום הלב - גם במתכונתו הרחבה - מהגישות ה"אזרחיות" לתשלום העונשי, עליהן אעמוד בסע' 5.33 ואילך. זאת ועוד: דעת הרוב בפסק הדין משקפת עדיין את התפיסה שלפיה פסיקת תשלום עונשי בתחום החוזי היא בגדר חריג שיש להפעילו בצמצום, קל וחומר בהקשר המסחרי הרגיל (כלומר, בין צדדים המוחזקים כשווים). עם זאת, ראויה להדגשה העובדה, שנשיאת בית המשפט, השופטת Bird, שהיתה במיעוט בפסק הדין, הביעה בו עמדה ליברלית ומרחיבה בסוגייה העקרונית מושא מחקרנו. לדעת השופטת, במישור העקרוני לא צריכה להיות מניעה לפסוק תשלום עונשי **בכל הקשר חוזי שהוא**. המגבלה היחידה שראוי להציב בעניין זה קיימת, לדעתה, כאשר הדבר אינו מתיישב עם ציפייתם הסבירה המשותפת של הצדדים לחוזה במקרה הקונקרטי. להשוואה מאלפת וביקורת בין גישה "חוזית" זו לבין גישתם ה"נזיקית" של שופטי הרוב בעניין ***Seaman's*** ר' מאמרו של **Katz**.

nevo.co.il

ופרץ בו חריג מיוחד, נוסף. בנסיבות המקרה דובר בסכסוך בין שני גופים עסקיים, בעלי עמדות פתיחה כלכליות דומות, אשר אחד מהם התכחש ביודעין ובחוסר תום לב לעצם קיומו של החוזה שביניהם, ובכך גרם לשני נזק כלכלי כבד ביותר.[128] בית המשפט קבע אפוא, כי מבחן היחסים המיוחדים אינו מתקיים. יחד עם זאת, על מנת לאפשר פסיקת תשלום עונשי **הכיר בית המשפט בחריג מיוחד למבחן היחסים המיוחדים**. לפי חריג זה, הפרה של חובת תום הלב עשוייה לגבש עילה נזיקית גם בהעדר "יחסים מיוחדים" (כלומר, למעשה בכל חוזה!), כאשר מפר החוזה מתכחש לקיומו ביודעין וללא הצדקה סבירה מתוך מטרה לחמוק מהאחריות החוזית שנטל על עצמו.[129] בכך, יצר בית המשפט חריג חדש, ופתח פתח חשוב להרחבת השימוש בדוקטרינה ביחסים חוזיים "רגילים".[130]

ז. הפסיקה שלאחר *Seaman's* - ריאקציה שמרנית לקראת סוף האלף

5.31 הפסיקה שבאה בעקבות ***Seaman's*** משקפת את שתי המגמות הנוגדות שפסק הדין עצמו מבטא. **מחד גיסא**, בעקבות פסק הדין אומץ מבחן היחסים המיוחדים רשמית בארבע מדינות מחוץ לקליפורניה,[131] וגברה הנכונות (הן בקליפורניה והן מחוצה לה) להחיל את חריג תום הלב גם מחוץ להקשר הביטוחי, במיוחד בתחום חוזי העבודה,[132] והחוזים הבנקאיים.[133] במדינות בודדות נעשה במבחן זה שימוש מרחיב אף יותר מאשר בקליפורניה עצמה.[134] **מאידך גיסא**, ברוח הלכת ***Seaman's*** נמנעה הפסיקה במרבית המדינות מלהרחיב את חריג תום הלב להקשרים מסחריים רגילים, וגם בתחומים ה"מיוחדים" היא משקפת על פי רוב גישה זהירה ושמרנית למדי.[135]

---

128 הצדדים לחוזה היו Seaman's, עסק למכירת ספינות ותחנת תדלוק לספינות, וחברת דלק שהתחייבה לספק לו דלק לצורך פרוייקט גדול. ביצוע החוזה היה מותנה בקבלת אישור שלטוני, ו-Seaman's הסתמך עליו ונכנס להשקעות רציניות לקידומו. למרות שידעה זאת, החליטה חברת הדלק כי ביצוע ההסכם אינו כדאי עבורה, והתכחשה לקיומו. כתוצאה מכך נשלל מ-Seaman's האישור לפרוייקט, והוא פשט רגל.

129 בלשונו של בית המשפט: **"..a party to a contract may incur tort remedies when, in addition to breaching the contract, it seeks to shield itself from liability by denying, in bad faith and without probable cause, that the contract exists… Such conduct goes beyond the mere breach of contract. It offends accepted notions of business ethics."** ***Seaman's***, 366.

130 לדיון בקטגורייה העוולתית החדשה והמיוחדת שנוצרה בפסק הדין, המכונה לעיתים "stonewalling" ר': **Pennington**, 58-60; **Sebert**, 1640; M.J. Barett, "Contort: Tortious Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing in Noninsurance, Commercial Contracts - Its Existence and Desirability" 60 **Notre Dame L.R.** (1985) 510; J.H. Cook, "*Seaman's*: Tortious Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing in a Noninsurance, Commercial Contract Case" 71 **Iowa L.R.** 893. (1986) קטגוריית ה-stonewalling התקבלה בקרב 'אוהדי' התשלום העונשי בארה"ב ברגשות מעורבים: מצד אחד, היא סימנה הרחבה מסויימת בתחולת הדוקטרינה והתיישבה עם תחושת הצדק במקרה הקונקרטי. אולם מצד שני, נמתחה ביקורת על צמצום ההכרה בחריג תום הלב (בתחום המסחרי הרגיל) לקטגוריה זו דווקא. לביקורת זו ר' למשל: **Sebert**, 1640-42. מצד שני, זכתה הקטגוריה החדשה לגינוי חריף מצד המתנגדים להרחבת תחולתו של חריג תום הלב להקשרים חוזיים רגילים. לטענתם, לא ניתן להבחין הגיונית בין הכחשת החוזה כולו, לבין הכחשת חלקים ממנו, והדבר יביא בסופו של דבר לכך, שכל הפרת חוזה שלא תלווה בהודאה מצד המפר תחשוף אותו לתשלום עונשי. לביקורת זו ר': **Chutorian**, 401-2. מבחינה מהותית ניכר דמיון בין "עוולת" ה-"stonewalling" לבין "עוולת" ה- "malicious defense", החלה כשמפר חוזה מעלה טענת הגנה חסרת שחר כדי למוטט את תביעת יריבו. לעוולה מודרנית זו ר' סע' 5.09(34) לעיל.

131 אלה הן מונטנה, נבדה, אריזונה וויומינג. לדיון במצב המשפטי במדינות אלה ולאסמכתות רלבנטיות ר': **Dodge**, 647-8 & n. 97.

132 בתחום זה החלה מגמת ההתרחבות עוד קודם ל-***Seaman's***, והיא התחזקה לאחריו. לעיל סע' 5.29.

133 ר' למשל **Cavico**, n. 336 המביא דוגמות מפסיקה בקליפורניה, מונטנה ופלורידה בתחום הבנקאות. עם זאת, מגמה זו לא זכתה לתהודה במדיינות רבות, וגם בקליפורניה עצמה ניתן למצוא פסקי דין ברוח מנוגדת. **Chutorian**, 389-90.

134 באריזונה פורש מבחן היחסים המיוחדים בהרחבה רבה ונקבע במפורש כי יחסים מעין אלה עשויים להתקיים בין מבטח ומבוטח, עובד ומעביד, רופא וחולה, עורך דין ולקוחו, נהג ונוסע, מלון ואורח הנזקק לשרותיו, וכיוצא באלה הקשרים (כזכור, בהקשרים אלה נפסקו תשלומים עונשיים במסגרת חריגים אחרים של הכלל האוסר, בעיקר חריג השירות הציבורי וחריג יחסי האמון). ר': **Rawlings v. Apodaca** 726 P.2d 565, 574-6 (Ariz. 1986). במונטנה הרחיב בית המשפט העליון בשנת 1985 את תחולת חריג תום הלב אף מעבר לכך, בקובעו שיחסים כאלה יכול שיימצאו בכל חוזה שהוא. ר': **Nicholson v. United Pacific Insurance Co.** 710 P.2d 1342, (Mont. 1985). לביקורת על פסק הדין ועל המגמה המרחיבה שסימן ר' מאמרו של **Trem**. אולם הלכת ***Nicholson*** התהפכה בשנת 1990, עת שבית המשפט העליון של מונטנה קבע מפורשות כי מהדרישה לקיומם של "יחסים מיוחדים" נובע שאין להחיל את חריג תום הלב בהקשרים מסחריים רגילים. לתיאור ההתפתחות באריזונה ובמונטנה ר': **Dodge**, n. 57, 70.

135 לתיאור מגמה זהירה זו ר': **Cavico**, 422-4; **Chutorian**, 386-90. הגישה השמרנית קיבלה ביטוי, בין היתר, בפיתוח מבחני משנה שתכליתם העיקרית היתה לצמצם את היכולת להקיש מחוזי הביטוח לחוזים אחרים. כך, למשל, בית המשפט לערעורים בעניין: **Wallis v. Superior Court** 207 Cal. Rptr. 123 (Ct. App. 1984) קבע (סמוך לאחר ***Seaman's***) כי "יחסים מיוחדים" דורשים: **1**) פער טבוע בעמדות המיקוח של הצדדים; 2) המניע לכניסה לחוזה אינו הפקת רווח ממוני טהור; 3) פיצויים חוזיים רגילים אינם מספקים; 4) צד אחד לחוזה חלש במיוחד בשל סוג הנזק שהוא חשוף אליו ולכן מפקיד את אמונו בצד השני 5) הצד השני מודע

nevo.co.il

זאת ועוד, בטווח הרחוק הסתבר שהאיתותים הליברליים העולים מפסק הדין ***Seaman's*** והמגמה הליברלית שהוא משקף לא זכו להיקלט ולהתבסס במשפט האמריקאי, אפילו לא בקליפורניה עצמה. **ראשית**, מבחן היחסים המיוחדים אומץ כאמור רק בארבע מדינות, בעוד שבכל יתר שאר המדינות המשיכה הפסיקה להגביל את תחולתו של חריג תום הלב לתחום הביטוח בלבד.[136] **שנית**, גם בקליפורניה עצמה החלה מסתמנת כבר בשלהי שנות ה-80 ריאקציה והקשחה משמעותית בעמדות הפסיקה. הנסיגה החלה בפסק הדין בעניין ***Foley*** (1988),[137] שבו לראשונה מאז ***Seaman's*** שלל בית המשפט העליון את תחולת חריג תום הלב בתחום יחסי העבודה, תחום שבו הופעל החריג בעבר באופן ליברלי למדי. בהסתמכו על תיאוריית "ההפרה היעילה" (efficient breach) מבית מדרשה של הגישה הכלכלית למשפט, קבע בית המשפט שפסיקת תשלום עונשי פוגעת בתמריץ להפרות יעילות ולפיכך ראוי להגבילה ככל שניתן.[138] מכה אנושה ניחתה על הדוקטרינה בפסק הדין ***Freeman*** (1995).[139] ברוח הלכת ***Foley*** ובהסתמך על תורת "ההפרה היעילה" קבע בית המשפט העליון של קליפורניה מפורשות, כי ההלכות שנקבעו בעניין ***Seaman's*** בטלות ומבוטלות - הן לעניין ההכרה בחריג המיוחד של "התכחשות לחוזה", והן לעניין עצם ההכרה במבחן כללי של "יחסים מיוחדים".[140]

ח. חריג תום הלב - סיכום

5.32 כפי שראינו, חריג תום הלב החל את דרכו בהקשר הביטוחי, שם זכה לקונצנזוס כמעט מלא ברחבי ארה"ב. לעומת זאת, בתחומים אחרים נזהרו בתי המשפט מליישמו באופן מרחיב. על אף שלמשך מספר שנים היתה לדוקטרינה זו עדנה, בעיקר בתחום יחסי העבודה והבנקאות, הרי בסופו של דבר חלה נסיגה בנכונות בתי המשפט להפעילה, ומגמה זו טרם השתנתה באופן משמעותי עד עצם היום הזה.[141] יחד עם זאת, אין כל ספק שלפיתוחו של חריג תום הלב נודעה בעבר - ובמידה מסויימת נודעת גם היום - השפעה רבה על המשפט האמריקאי - הן במישור העיוני והתיאורטי והן במישור המעשי.

VII. גישות "אזרחיות" לתשלום העונשי

א. הגישה ה"אזרחית" מול הגישה ה"נזיקית" - כללי

לחולשתו של הצד האחר. Id., 129 ניתן לראות, כי דרישות אלה מאפיינות את תחום הביטוח (ביטוח נועד לספק גם שקט וביטחון נפשיים למבוטח) ומגבילות את היכולת להרחיב את חריג תום הלב להקשרים חוזיים רבים אחרים, שניסוחו המקורי הגמיש של המבחן היה יכול לאפשר את יישומו בהם ביתר קלות.

136 כאמור לעיל, חריג תום הלב מוכר בצורה זאת או אחרת ברובן המוחץ של מדינות ארה"ב. לעיל סע' 5.27(117).

137 **Foley v. Interactive Data Corp.** 765 P.2d 373 (Cal. 1988).

138 Id., 389. **Harris v. Atlantic Richfield Co.** 17 גישה עויינת זו ברוח דומה הובעה גם בשנת 1993 על ידי בית המשפט לערעורים בעניין Cal. Rptr. 2d 649 (Ct. App. 1993). לדיון ביקורתי בתיאוריית ההפרה היעילה ובהשלכותיה על שאלת המחקר ר' סע' 10.18 ואילך. מעניין לציין, שהריאקציה המתוארת כאן נגרמה ככל הנראה בעקבות שינוי פרסונלי שחל בהרכבו של בית המשפט העליון של קליפורניה בין השנים 1988-1984. בתקופה זו, לאור ביקורת ציבורית על מדיניות ענישה מקילה של בית המשפט העליון (במיוחד בנושא עונש המוות) הועברו מתפקידם במסגרת בחירות מספר שופטים בעלי עמדות ליברליות-שמאליות, וביניהם שלושת השופטים שישבו לדין בעניין ***Seaman's*** בשנת 1986. תחתיהם נתמנו שופטים בעלי אידאולוגיה שמרנית-קפיטליסטית, העולה בקנה אחד עם התערבות שיפוטית מינימאלית בפעילות הכלכלית והמסחרית. לעניין זה ר' : **Dodge**, n. 67

139 **Freeman & Mills, Inc. v. Belcher Oil Co.** 900 P.2d 669 (Cal. 1995).

140 בית המשפט ביטל את חיובה בתשלום עונשי של חברה שהתכחשה באופן מחפיר לקיומו של חוזה שכרתה ולחובתה לשלם בגין שירותים שקיבלה במסגרתו.

141 **"To this day, the majority of states still recognize a separate contract, tort, or hybrid bad faith cause of action for breach of the implied covenant of good faith arising from an insurance contract that allows for damages beyond those permitted in a simple breach of contract action. However, this claim has been largely confined to dealings between an insured and its insurer, and generally is not implicated by breaches between parties having any other "special relationship."** " S.W. Goren, "Looking for Law in All the Wrong Places: Problems in Applying the Implied Covenant of Good Faith Performance" 37 **U.S.F.L. R.** (2003) 257, 275-6.

nevo.co.il

5.33 עד עתה סקרתי את המצב המשפטי באספקלריה של הגישה ה"נזיקית" לתשלום העונשי, שהיא הגישה הרווחת והדומיננטית בפסיקה המדינתית האמריקאית. במסגרת גישה זו, שאליה התוודענו עד כה, נקודת הפתיחה לכל דיון בשאלת הפעלתה של הדוקטרינה בתחום החוזי היא בכלל האוסר. כפי שראינו, למרות ההטרוגניות הרבה הקיימת בקרב המדינות ה"נזיקיות", כולן חולקות מאפיין יסודי משותף: קבלת מרותו של הכלל האוסר וראיית התשלום העונשי כתרופה "נזיקית" שהפעלתה איננה אפשרית בתביעות חוזיות טהורות. חריגה מעיקרון זה אפשרית במסגרת גישה זו רק בהינתן נקודת אחיזה נזיקית, היינו - התנהגות 'נזיקית' או 'מעין נזיקית' - שעליה ניתן להשעין את התשלום העונשי. כפי שהראיתי, 'רטוריקה נזיקית' כזו קיימת במידה זאת או אחרת בכל המדינות שנסקרו עד כה, לרבות אלה שבהן פותחו החריגים הרחבים והגמישים ביותר של הכלל האוסר.[142]

בסעיפים שלהלן אבקש להציג בקצרה את גישתן של חמש מדינות שבהן הפסיקה משקפת לדעתי "גישה אזרחית" לבעיית התשלום העונשי. במושג זה כוונתי לתפיסה הגורסת שהצבת מחסומים פורמליים בפני תחולת הדוקטרינה במשפט האזרחי איננה ראוייה. בתפיסה זו הסמכות לפסוק תשלום עונשי ראוי לה שתוכר בכל הקשר אזרחי שבו טעמי הדוקטרינה עשויים להצדיק את הדבר, ובכלל זה ביחסים חוזיים. ואמנם, כפי שאראה להלן, במדינות אלה קראה הפסיקה תיגר על הכלל האוסר באופן ישיר ומפורש, והכירה בסמכותה לפסוק תשלומים עונשיים בתביעות חוזיות שלא בהתבסס על קיומה של עילה נזיקית או "מעין נזיקית" מקבילה.

ב. איידהו

5.34 אין ספק כי ספינת הדגל בין המדינות ה"אזרחיות" היא איידהו. צעד ברור ראשון בכיוון זה סומן כבר בשלהי שנות ה-60 בפסק הדין בעניין ***Boise*** (1969).[143] באותו מקרה רכש התובע מידי החברה הנתבעת רכב משומש שהוצג בפניו ונמכר לו כרכב חדש.[144] בדחותו את ערעור החברה על חיובה בתשלום עונשי קבע בית המשפט ברורות, כי **לא סיווגה הפורמלי של עילת התביעה אלא חומרת התנהגותו של המפר** היא המבחן הרלבנטי בפסיקת תשלומים עונשיים. ובלשונו של בית המשפט:

> **"…from the legal point of view of the imposition of punitive damages in this case, it does not matter whether respondent's counter claim technically sounded in contract or tort… ..punitive damages may be assessed in contract actions where there is fraud, malice, oppression or other sufficient reason for doing so.**[145]

---

142 כדוגמת חריג ה"הפרה העולתית" שפותח במדינת אינדיאנה, חריג המרמה שפותח בדרום-קרולינה, וחריג תום הלב שפותח בקליפורניה (סע' 5.10, 5.20, 5.25 בהתאמה). ממחקר שנערך לאחרונה עולה, שהגישה הנזיקית לתשלום העונשי שלטת כיום ב-41 מדינות בארה"ב. המדובר במחקרו של **Dodge**. ב-7 מתוך המדינות הנזיקיות מסתמנת לדעת המלומד גישה ליברלית למדי. אלו הן, לדעתו, ארבע המדינות שבהן נוהג כיום מבחן ה"יחסים המיוחדים" (אריזונה, מונטנה, נבדה, וויומינג) ו-3 המדינות שבהן מקובלת גישת "ההפרה העולתית" (מיסיסיפי, הוואי, ווורמונט). ביתר המדינות שוררת לדעתו גישה שמרנית יחסית (המלומד מגדיר כ"שמרניות" את כל המדינות המכירות בחריג העוולה במובנו המסורתי, בחריג הבטחת הנישואין, בחריג השירות הציבורי, בחריג יחסי האמון, או בחריג תום הלב בהקשר הביטוחי). לאסמכתות עדכניות מן הפסיקה המדינתית במדינות שמרניות אלה ר': **Ghiardi**, s. 5.16 & n. 2; **Dodge**, 645-7 & n. 87, 88, 96. יצויין, שהמלומד מוסיף לרשימת 7 המדינות ה"ליברליות" גם את חמש המדינות המסווגות על ידי כמדינות שבהן רווחת הגישה ה"אזרחית" לתשלום העונשי, והנדונות בסעיפים שלהלן בנפרד. יש לזכור כי בנוסף ל-41 המדינות ה"נזיקיות" קיימות חמש מדינות בארה"ב אשר אינן מכירות כלל בדוקטרינת התשלום העונשי - אף לא בדיני הנזיקין. כמצויין בסע' 3.03(27) לעיל, אלה הן וושינגטון, לואיזיאנה, מסצ'וסטס, נברסקה וניו-המפשייר.

143 **Boise Dodge v. Clark** 453 P.2d 551 (Idaho, 1969).

144 לפני המכירה שימש הרכב בידי החברה כרכב הדגמה, עובדה שהוסתרה מפני הרוכש על ידי איפוס מד הקילומטרים.

145 Id., 556. במאמרו המונומנטלי משנת 1977 תיאר המלומד **Sullivan** את משמעותו של פסק הדין במילים אלה: **"It is a judicial admission - in direct terms - that punitive damages sould be, and perhaps have been, more broadly available than the black letter rules suggest. The important question is.. ..whether decisions like those are harbingers of fundamental legal change or whether they are isolated examples of judicial candor destined to be overridden by subsequent declarations of fidelity to the orthodox rule." Sullivan**, 240.

nevo.co.il

על גישה זו חזר בית המשפט העליון של איידהו פעם נוספת בפסק הדין ***Linscott*** *בעניין* (1980).[146] באותו עניין הודגש מפורשות כי **המבחן לפסיקת התשלום העונשי בדיני החוזים זהה לזה המופעל בדיני הנזיקין** ודורש התנהגות מחפירה מצד המפר.[147]

ואכן, העיון בפסיקה המודרנית באיידהו אלה מגלה שהשימוש בדוקטרינה רווח לא רק בתחומים מסורתיים כגון חוזי ביטוח, עבודה, בנקאות, שירותים ציבוריים וכו', אלא גם בחוזים מסחריים רגילים.[148] נראה אפוא, שלגישה ה"אזרחית" שאומצה באיידהו נודעת השפעה מעשית חשובה מעבר לחשיבותה במישור העיוני-עקרוני.

ג. ניו-מקסיקו

5.35 מדינה "אזרחית" חשובה נוספת היא ניו-מקסיקו. כאן קבע בית המשפט העליון באופן הנחרץ ביותר, כי לעניין תחולתה של הדוקטרינה אין כל הבחנה בין עילות חוזיות לבין עילות נזיקין:

> **"The courts of New Mexico do not distinguish between tort and contract in the application of punitive damages."**[149]

גישה זו מתיישבת עם מסורת פסיקתית מבוססת שהכירה כבר החל משנות ה-40 בסמכות לפסוק תשלומים עונשיים בתביעות חוזיות גם מחוץ לגדרי חריג העוולה העצמאית.[150] המבחן לתחולת הדוקטרינה בתביעות נזיקין ותביעות חוזיות חד-הוא, והוא מתבסס במישרין על חומרת התנהגותו של הנתבע ולא על סיווג עילת התביעה.[151]

ד. דרום-קרולינה

5.36 דרום-קרולינה היא אמה הורתה של הגישה הליברלית לחריג המרמה.[152] אמנם, מבחינה היסטורית נגזרת גישה זו מחריג העוולה העצמאית, שהוא החריג הנזיקי המובהק ביותר לכלל האוסר. עם זאת, כפי שהראיתי לעיל, במשך השנים הפך חריג זה לחריג אוטונומי ונפרד העומד על רגליו שלו, והמנותק רעיונית ופורמלית מחריג העוולה העצמאית. מסיבה זו, אף שמטעמים מתודולוגיים דנתי במצב המשפטי בדרום-קרולינה בסעיף קודם, הרי למעשה ראויה מדינה זו להימנות כיום עם המדינות ה"אזרחיות" הנדונות בחלק זה של הפרק.[153]

ה. טנסי ורוד-איילנד

5.37 אחרונות חביבות אזכיר יחדיו את מדינות טנסי ורוד-איילנד. מדינות אלה דגלו בעבר בגישה נזיקית והצהירו על מחוייבותם לכלל האוסר,[154] אולם בשנים האחרונות מסתמן בהן שינוי גישה.[155] אמנם, בשתיהן טרם נפסקו בפועל

---

146 **Linscott v. Rainier Nat'l Life Ins. Co.**, 606 P.2d 958, (Idaho, 1980).

147 **"..wanton, malicious, or gross, and outrageous** [behavior]**, or where the facts are such as to imply malice and oppression."** Id., 961. בדברים אלה חזר בית המשפט מילה במילה על המבחן שננקב בפסק דין משנת 1911, שעסק בתביעה נזיקית טהורה. למרבה הצער, בפסקי הדין ***Boise*** *בעניין* ו-***Linscott*** אין התמודדות ישירה עם שאלת ההצדקות האפשריות לכלל האוסר וניסיון להפריכן. בית המשפט בעניין ***Linscott*** הסתפק באמירה, שגם הפרת הבטחה יכולה להוות סטייה קיצונית מסטנדרט ההתנהגות הסביר, וכי במקרים שבהם קיים פער גדול בעמדות המיקוח של הצדדים עשוי התשלום העונשי לשלם כגורם מרתיע מפני ניצול לרעה של פער כזה בחיי המסחר. יצויין, שתרומתו של פסק הדין ***Linscott*** מתבטאת גם בהבהרת מהות הדרישה ל"התנהגות מחפירה". ר' סע' 7.05(20) להלן.

148 ר' למשל: **Davis v. Gage** 682 P.2d 1282 (Idaho, 1984) (תשלום עונשי בשל הפרה בוטה של תנייה חוזית שקבעה איסור התחרות); **Young v. Scott** 700 P.2d 128 (Idaho, 1985) (תשלום עונשי כנגד משכיר שהפר באופן מחפיר את חוזה השכירות). לדיון במצב המשפטי באיידהו ולאסמכתות שונות ר': **Pennington**, 86-88; **Dodge**, n. 116 & text.

149 **Hood v. Fulkerson** 699 P.2d 608, 611 (N.M. 1985).

150 למגוון אסמכתות משנות ה-40 ועד שנות ה-90 ר': **Dodge**, n. 31, 118 & text; **Pennington**, 72-73; **Cavico**, n. 388.

151 **"..**[behavior that is] **malicious, fraudulent, oppressive, or committed recklessly with a wanton disregard for the plaintiff's rights." Romero v. Mervyn's** 784 P.2d 992, 998 (N.M. 1989); **Albuquerque Concrete Coring Co. v. Pan Am. World Serv. Inc.** 879 P.2d 772, 775 (N.M. 1994).

152 לעיל סע' 5.20.

153 להבהרת השיקול המתודולוגי ר' גם סע' 5.21(87).

154 לאסמכתות "מסורתיות-נזיקיות" ממדינות אלה ר': **Ghiardi**, s. 5.16 & n. 2.

155 לדיון במגמה זו ר': **Dodge**, 651.

nevo.co.il

תשלומים עונשיים בהקשרים חוזיים טהורים, אולם בתי המשפט רמזו על נכונותם לעשות כן בנסיבות קיצוניות ומיוחדות שבהן התנהגותו המחפירה של המפר תצדיק זאת.[156] דומה אפוא שלפי הגישה הרווחת כיום בטנסי וברוד-איילנד המבחן לפסיקת תשלום עונשי בתביעות חוזיות מושתת על חומרת התנהגותו של המפר, ולא על סיווגה הפורמלי של עילת התביעה כ"חוזית" או "נזיקית".[157]

<u>סיכום לפרק ה'</u>

5.38 בפרק זה עמדתי בהרחבה יחסית על היקף תחולתה של הדוקטרינה מושא המחקר בדיני החוזים האמריקאיים. אגב הסקירה ביקשתי להראות, שניתן להצביע על שתי גישות מנוגדות בסוגייה דנן: האחת - הגישה ה"נזיקית", השוללת עקרונית את ההיזקקות לדוקטרינה בתחום החוזים בהעדר עוולה נזיקית או "מעין נזיקית"; והשנייה - הגישה ה"אזרחית", הרואה בתשלום העונשי תרופה שיפוטית לגיטימית בתחום הנזיקי והחוזי גם יחד, ללא הבחנה עקרונית. כפי שהראיתי, בעוד שבמישור הרטורי הגישה השלטת היא ללא ספק הגישה הנזיקית, הרי שמתחת למעטה הרטוריקה משקפת הפסיקה במדינות רבות גישה אקטיביסטית וליברלית, שמשמעותה במישור המעשי היא התקרבות של ממש לעבר הגישה האזרחית. כפי שראינו, החריגים החדשים והרחבים שנוצרו לכלל האוסר במסגרת גישה אקטיביסטית זו חרצו חריצים עמוקים במוחלטותו, ושינו לבלי הכר את המצב המשפטי במדינות רבות בארצות הברית. בכך הלכה הפסיקה האמריקאית - אם לא להלכה הרי למעשה - כברת דרך נכבדה לעבר אימוץ התשלום העונשי כסנקציה לגיטימית בדיני החוזים.[158]

* * *

---

[156] בית המשפט העליון של רוד-איילנד ציין ש: **"..punitive damages do not lie in contract actions, absent the most egregious circumstances." O'Coin v. Woonsocket Instit. Trust Co.** 535 A2d 1263, 1266 (R.I. 1988); see also **Cavico**, n. 388. במדינת טנסי קבע בית המשפט לערעורים ברוח דומה, כי: **"as a general rule punitive damages are not proper in breach of contract cases. There are exceptions, however, in cases involving 'fraud, malice, gross negligence or oppression'." Medley v. A.W. Chesterton Co.** 912 S.W.2d 748, 753 (Tenn. Ct. App. 1995).

[157] עובדה זו מצדיקה את שיוכן של מדינות אלה לקבוצת המדינות ה"חוזיות" למרות שניסוחיה הזהירים של הפסיקה מעידים עדיין על היסוס בכל הקשור ליישום הדוקטרינה בתחום החוזי.

[158] Sullivan, שהקדיש את המאמר המונומנטלי שלו בנושא לבחינת משמעותו האמיתית של השינוי שחל בפסיקה החל משנות ה-70, קבע באותו מאמר, שההלכות התקדימיות שנפסקו בתקופה זו (באיידהו - ***Boise***, באינדיאנה - ***Vernon***; בקליפורניה - ***Gruenberg***) הן בהחלט מהפכניות ומרשימות במובן הפורמלי והרטורי, אך למעשה הן ממשיכות את הקו הפרגמטי שבו נקטה הפסיקה האמריקאית בתחום זה כבר מראשית המאה ה-20. עם זאת, גם Sullivan ער לאפשרות שהשינוי ברטוריקה עשוי לגרור גם שינוי ממשי במצב המשפטי - על ידי הפיכתו לרציונלי ועקבי - ולכן גם לברור וודאי יותר. לניתוחו המעניין ר': **Sullivan**, 240-51 מחקר אמפירי מקיף שנערך בראשית שנות ה-80 (המחקר בדק 25,627 תביעות אזרחיות ב-47 מחוזות ב-11 מדינות שונות בארה"ב) העלה, כי **31.7%(!)** מכלל התביעות שבהן נפסקו תשלומים עונשיים נסבו על תביעות פיננסיות (מסחריות-עסקיות) (מדובר ב9.2% מכלל פסקי הדין הנתונים בתחום הפיננסי). ר': S. Daniels, J. Martin, "Mith and Reality in Punitive Damages" 75 **Minn. L.R.** (1990) 1 הנתונים הפיננסיים מפורטים בעמ' 50-47 למאמר. נתונים אלה מעידים בבירור על כך, שבאורח מעשי הכלל האוסר איננו מהווה מחסום של ממש בפני השימוש בדוקטרינה בתחום החוזי-מסחרי במדינות שבהן נערך המחקר.

nevo.co.il

פרק ו':

המשפט הישראלי

nevo.co.il

מבוא

6.01 שאלת סמכותם הכללית של בתי המשפט בישראל לפסוק תשלום עונשי כנגד מפר חוזה לא נדונה ולא הוכרעה עד היום בחקיקה או בפסיקה הישראלית, והיא לדעתי בגדר שאלה פתוחה. בפרק זה אבקש לבסס טענה זו, וכן אבקש לבחון כיוונים אפשריים לפתרונה של השאלה. טענתי היא, בתמצית, כי את שתיקת המחוקק בסוגייה אין הכרח לפרש כהסדר שלילי, וכי גם מן הפסיקה אין לחלץ איסור מפורש על ההיזקקות לדוקטרינה בתחום החוזי, וניתן אף לזהות מגמה של התחשבות גוברת בשיקולים עונשיים בתחום התרופות החוזיות. יחד עם זאת, בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתחדד הצורך בעיגונו המפורש של מוסד התשלומים העונשיים בחוק חרות.

I. החקיקה

א. שתיקתו של חוק התרופות ומשמעותה

6.02 בחוק החוזים ובחוק התרופות אין זכר ל"תשלומים עונשיים", "פיצויים עונשיים" או דומיהם. האם ראוי לפרש שתיקה זאת כהסדר שלילי?[1] לדעתי, התשובה לשאלה זו היא בשלילה. **ראשית**, עיון בדברי ההסבר לחוק התרופות מעלה ששאלת ההכרה בתשלום העונשי כתרופה בשל הפרת חוזה לא נדונה כלל בעת חקיקתו.[2] עובדה זו עשויה ללמד כי לא הסדר שלילי בפנינו, אלא חסר בחקיקה הטעון השלמה.[3] **שנית**, גם בתחום דיני הנזיקין לא זכה התשלום העונשי לעיגון חקיקתי, אך הדבר לא מנע מבית המשפט העליון להכיר בדוקטרינה כחלק ממשפטנו הנוהג. מדוע זה אפוא יישלל ממנו כוחו לעשות כן בתחום החוזי?[4] **שלישית**, כפי שיובהר להלן, גם בדיני החוזים עצמם פיתח בית המשפט העליון מספר לא מבוטל של דוקטרינות תרופתיות אשר זכרן לא בא בחוק התרופות, ובין היתר הכיר בסנקציות לבר-מפצות בעלות רציונלים עונשיים.[5] מגמה זו מלמדת שבית המשפט העליון אינו רואה בשתיקת המחוקק הסדר שלילי שיש בו כדי למנוע הכרה בתרופות או סנקציות חדשות המתבקשות מטעמי מדיניות ראויים.[6]

---

1 שתיקת המחוקק בנקודה זו פורשה על ידי מרבית המלומדים שעסקו בסוגייה כהסדר שלילי, אם כי נשמעו בהקשר זה גם דעות אחרות. ר' סע' 6.25, 6.26 ואילך. יצויין, שלפני חקיקת חוק התרופות חלו על סוגיית התרופות בשל הפרת חוזה הוראות סע' 111-106 למג'לה העות'מאנית. לפי המג'לה היה הנפגע מהפרת חוזה זכאי לפיצויים בשל אובדן רווח (להבדיל מפיצויים על חסרון כיס) רק במקרה של הפרה זדונית, דבר המצביע על התחשבות ברציונלים עונשיים. אולם הלכה למעשה לא החילו בתי המשפט בישראל את הדין העות'מאני והתבססו על הדין האנגלי, שאינו מכיר בתשלום עונשי על הפרת חוזה. לעניין זה ר': **גביזון**, הערה 22. יצויין, שהוראת סע' 11 לחוק התרופות, הקובעת "פיצויים ללא הוכחת נזק" אינה מעגנת סמכות לפסיקת תשלום עונשי, אלא מושתתת על הנחה (חלוטה) בדבר קיומו של נזק ממשי. ע"א 146/88 **אזורים נ. כהן** פ"ד מד(3) 374, 382: "**..מטרת סעיף 11(א) היא פסיקת פיצוי, קל יחסית לחישוב, על נזק שנחזה מהפרת סוג מסוים של חוזים.**"

2 ה"ח 857, תשכ"ט, 400-396.

3 לדיון מקיף בתורת השלמת החסר במשפט הישראלי ר' למשל: א' ברק, "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט" **משפטים** כ (תשנ"א) 233.

4 גישה עקבית לגבולות הלגיטימיות הפורמלית של בית המשפט במלאכת היצירה השיפוטית מחייבת לדעתי רק אחת משתי מסקנות אפשריות: או שבית המשפט מוסמך לפתח את המשפט ולהכיר בדוקטרינות חדשות שלא בא זכרן בחוק - הן בנזיקין, הן בחוזים - או שאין הוא רשאי לעשות כן באף אחד מהתחומים. אמנם, ניתן לטעון, כי אימוץ הדוקטרינה בנזיקין התאפשר בשעתו מכוח הצינור של סימן 46 ל**דבר המלך במועצתו לארץ ישראל (1922)** ואינו אפשרי עוד לאחר ביטולו בסע' 2 לחוק יסודות המשפט. אלא שאין בטיעון זה כדי לשלול את סמכותו של בית המשפט להשלים חסר בחקיקת הנזיקין או החוזים מכוח סמכותו הטבועה כפרשן המוסמך של הדין, ברוח הוראת סע' 1 ל**חוק יסודות המשפט, תש"מ-1980.**

5 לדיון בדוקטרינות עונשיות אלה ר' להלן סע' 6.14 ואילך.

6 לצד חקיקת החוזים הכללית, ראוי אולי להזכיר את הוראתו הכללית של סע' 75 ל**חוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד-1984**, המסמיכה כל בית משפט אזרחי להעניק בנוסף לסעדים המיוחדים המפורטים בסעיף "**כל סעד אחר, ככל שייראה לנכון בנסיבות..**" לפי לשונה, עשוייה הוראה זו לכאורה לשמש עוגן לפסיקת כל סעד הנראה לבית המשפט ראוי ובכלל זה תשלום עונשי - הן בחוזים, הן בנזיקין. ואמנם, בפסיקת בית המשפט העליון פורשה הוראה זו באופן מרחיב כמתירה גם יצירת סעדים חדשים. ר' ע"א 447/92 **רוט נ. אינטרקונטיננטל** פ"ד מט (2) 102, 111 (הנשיא שמגר): "**..אין המדובר ברשימה סגורה של סעדים... הסמכות האמורה טומנת בחובה.. ..את האפשרות לסלול הדרך לסעדים חדשים..**" עם זאת, בספרות נשמעה הדעה שלפיה סמכות זו מוגבלת לפיתוח סעדים בעלי אופי דיוני בלבד, להבדיל מדוקטרינות תרופתיות מהותיות. **דיני הנזיקין**, 584. לדעתי, ההבחנה בין סעדים דיוניים וסעדים מהותיים היא קשה. על דרך המשל, האם הסעד ההצהרתי, שהסמכות לתיתו מעוגנת בהוראה זו, הוא סעד דיוני בלבד? יתרה מכך, מלשון הסעיף לא עולה הגבלה על טיב הסעד שרשאי בית המשפט ליתן. העדר הגבלה כאמור עולה גם מדברי השופט חשין

nevo.co.il

ב. סעיף 15(א) לחוק התרופות

6.03 סעיף 15(א) לחוק התרופות מעגן את סמכותם של הצדדים לחוזה לקבוע בו פיצויים מוסכמים, ואת סמכותו של בית המשפט להפחיתם אם נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו מראש בעת הכריתה. האם עשוייה הוראה זו ללמד על התנגדות עקרונית של המחוקק לרעיון של פסיקת תשלום עונשי ביחסים חוזיים, או שמא היא דווקא תומכת באפשרות כזו?

לדעתי, התשובה לכך אינה חד-משמעית. מחד גיסא ניתן לטעון שסמכות ההפחתה נעוצה ברצונו של המחוקק להגביל את כוחם של הצדדים לחוזה להטיל זה על זה סנקציות שתכליתן עונשית וחורגת ממטרת הפיצוי.[7] אולם מאידך גיסא, גם אם נקבל הנחה זו,[8] עדיין רחוקה הדרך מכאן ועד למסקנה כי הוראה זו מבטאת התנגדות עקרונית להכרה בדוקטרינת התשלום העונשי: **ראשית,** יש לזכור כי מדובר בסמכות הפחתה בלבד ולא בסמכות ביטול; כי הסמכות היא סמכות רשות ולא סמכות חובה; וכי בית המשפט מפעיל את סמכות ההפחתה בזהירות ובצמצום יתרים.[9] כל אלה מצביעים על חוסר נכונות מצד המחוקק לאסור באופן גורף על שימוש בפיצויים עונשיים להגשמת מטרות עונשיות. **שנית,** והוא עיקר, יחסו החשדני-משהו של המחוקק כלפי הרעיון של ענישה פרטית המבוצעת על ידי צדדים לחוזה בעצמם אין בו ולא כלום עם המסקנה, כי המחוקק מסתייג מפסיקת תשלום עונשי על ידי בית המשפט במסגרת הדוקטרינה. הטעם לכך הוא, ש**תשלום עונשי מוסכם נקבע מראש על ידי צדדים פרטיים בשל ההפרה עצמה והוא בגדר זכות מוקנית** לנפגע. מאפיינים אלה עלולים להביא לכך שאכיפת התשלום המוסכם תהווה ענישה גורפת ובלתי מידתית של המפר. לעומת זאת, **התשלום העונשי נפסק בדיעבד על ידי ערכאה ציבורית מוסמכת בשל התנהגות מחפירה ואנטי-חברתית, ופסיקתו ושיעורו לעולם כפופים לשיקול דעת שיפוטי**.

בהתייחסו לסעיף זה ברע"א 6339/97 **רוקר נ. סלומון** נה(1) 199, 268: "**סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, מסמיך כל בית משפט בענין אזרחי להעניק כל סעד שיראה לנכון... סמכות ליתן כל סעד יש לו לבית המשפט..**" עם זאת, מאידך גיסא השופט מתאר שם את עבודת השופט בהקשר לסעיף זה כעבודה של בחירה בין סעדים קיימים (ולא יצירה של חדשים): "**אץ-רץ בית המשפט אל מחסן הסעדים ונוטל הוא מעל למדפים את הסעד הראוי כי יינתן, לדעתו, לתובע.**" שם, שם. מקור אפשרי אחר לסמכות ליצור סעדים חדשים היא 'הסמכות הטבועה' של בית המשפט. דא עקא שגם סמכות זו נתפרשה בפסיקה כחלה על סעדים דיוניים בלבד. בג"צ 3914/92 **לב נ. בית הדין הרבני האיזורי** תקדין-עליון, 94 (1) 1139, 1141-2 (השופט ברק): "**סמכות עזר זו** [הסמכות הטבועה] **אינה בלתי מוגבלת. אין היא רחבה יותר מהסמכות המפורשת לקבוע סדרי דין. מטיבה וטיבעה שהיא פועלת בגדרי הדין הדיוני ועניינה הניהול הראוי של ההליך השיפוטי והשליטה הראויה עליו.**"; ר' גם בג"צ 305/89 **ניר נ. בית משפט השלום (תעבורה)** פ"ד מה (3) 206, 207-8. עם זאת, בספרות קיימת גישה המצדדת בשימוש בסמכותו הטבועה של בית המשפט גם להענקת סעדים מהותיים שאינם נזכרים בחוק. ר': ד' אבן, "סמכותו הטבועה של בית המשפט: מקור לסעדי יושר" **משפטים** ז (תשל"ז) 490 והפסיקה הנבחנת שם. לעמדה זו יש תמיכה בדברי השופט חשין בפסק הדין **רוקר** הנ"ל, שם הוא מביע את עמדתו, כי למרות ההלכה המפורשת לכאורה, הרי למעשה "**היקף פרישתה של הסמכות** [הטבועה] **אינו בהיר לחלוטין. ...הסמכות סמכות-של-מהות היא, ולא אך סמכות של דיון ונוהל.**" שם, 264. בהמשך הדיון מבהיר השופט, כי גבולות הסמכות הטבועה ייקבעו על פי תפיסות עולמו של בית המשפט, אך אינו מתייחס במפורש לאפשרות של הכרה בסעדים חדשים (להבדיל מהסמכות לשלול סעדים קיימים בשל חוסר תום לב או שימוש לרעה בזכות, אפשרות שנדונה בפסק הדין).

[7] פרשנות כזו ניתנה להוראה בפסיקת בית המשפט העליון. ר': ע"א 156/82 **ליפקין נ. דור הזהב בע"מ** פ"ד לט (3) 85, 97, שם נקבע, כי התנאות על תרופות מותרות הן "**כל עוד מטרתן תרופתית ואין בהן לא עונש כלפי המפר (השווה עם סעיף 15(ב) של חוק התרופות) ולא עושק כלפי הנפגע**". לפרשנות דומה בספרות ר': ד' קרצ'מר, "על שיקול הדעת השיפוטי ותוצאות ביטול חוזה שהופר", **משפטים** ח (תשל"ז) 138, 150. לדעת המלומד גם סע' 6 לחוק התרופות, השולל תוקף מתניה גורפת בחוזה, נועד להבטיח שהנפגע לא ייעשה שימוש עונשי בזכותו לביטול החוזה. גישה זו יונקת מהמשפט המקובל האנגלי, שבו דינה של תנייה עונשית חמור אף יותר - דינה להיבטל בשל סתירה לתקנת הציבור. ר' סע' 1.14(51).

[8] ניתן למשל לטעון, כי חששו של המחוקק אינו מפני הסכמה מפורשת של הצדדים לענוש זה את זה, אלא מפני מצב שבו כוונתם המקורית היתה לקבוע פיצויים אמיתיים (ולא עונשיים), אלא שהם שגו בהערכת היקף הנזק הצפוי מההפרות שבגינן נקבע הפיצוי המוסכם. במקרה כזה קיים חשש שכוונת הצדדים עצמם תצא מסוכלת אם בית המשפט לא יתערב ויפחית את סכום הפיצויים שנקבע (בטעות) על דרך ההפרזה.

[9] סמכות ההפחתה קמה רק משלא נמצא **כל** יחס סביר לנזק הצפוי (משמע, לא בכל מקרה של חריגה מאמת מידה זו). לגישתם המצמצמת של המחוקק ושל בתי המשפט בכל הקשור להתערבות בתניית פיצויים מוסכמים ר': ע"א 4481/90 **אהרון נ. בן גיאת בע"מ** פ"ד מז(3) 427, 432-7; ע"א 300/77 **רוזנר נ. בנייני ט.ל.מ. בע"מ** פ"ד לב (3) 682, 686: "**הפחתת הפיצוי המוסכם מותרת רק במקרה חריג, בו מצא בית-המשפט העדר "כל יחס סביר" בין אותו פיצוי לבין הנזק שניתן היה לחזותו מראש. המילה "כל" שהודגשה על-ידי היא הנותנת שהתערבותו של בית-המשפט בפיצוי המוסכם היא מצומצמת ונדירה, כל עוד קיים יחס סביר כלשהו, ולו גם דחוק, משאירים את הפיצוי המוסכם בתקפו.**"

nevo.co.il

בסיכום, גם בהנחה שניתן לייחס למחוקק סלידה מסוימת מאכיפת סנקציות מוסכמות עונשיות בשל הפרת חוזה, אין בכך כדי ללמד בהכרח על יחס עוין כלפי האפשרות של פסיקת תשלום עונשי בדיני החוזים.[10]

זאת ועוד, כפי שנראה מייד, בהקשרים שונים הסמיך המחוקק הישראלי את בתי המשפט במפורש להטיל סנקציות כספיות עונשיות על אדם המפר חוזה. בכך גילה המחוקק את דעתו, כי לפחות בהקשרים מיוחדים המצדיקים זאת, אין כל פסול בהיזקקות לתשלומים עונשיים.

ג. <u>הסדרים חקיקתיים מיוחדים הקובעים תשלום עונשי בגין הפרת חוזה</u>

6.04 **חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981** קובע בסעיף 28א שבו, כי בגין הפרת חיובו של מבטח לשלם למבוטח תגמולי ביטוח בהעדר מחלוקת בתום לב רשאי בית המשפט לחייב את המבטח ב"**ריבית מיוחדת**". ריבית זו תיתוסף על התגמולים עצמם שבהם מחוייב המבטח מכוח חוזה הביטוח ועל הריבית הרגילה הנצברת עליהם עד לרגע התשלום.[11]

אין כל ספק, וכך עולה גם מהרקע החקיקתי להוראה האמורה ומהפסיקה שדנה בה, שבפנינו דוגמה מובהקת לסנקציה עונשית המוטלת על נתבע בשל הפרת חוזה.[12] החיוב בריבית המוגדלת לא נועד לפצות את המבוטח על אובדן ערך הכסף (לכך נועד חיוב הריבית הרגיל) אלא בא להעניש את המבטח וכך להרתיע אותו ומבטחים אחרים מלעכב תגמולי ביטוח, שעה שהם יודעים כי לעיכוב אין כל הצדקה. בפנינו אפוא הקשר מיוחד שבו אימץ המחוקק הישראלי הלכה למעשה סנקציה של תשלום עונשי, ששיעורה קבוע בחוק.[13]

6.05 ב**חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958** קבועה הוראה המחייבת מעביד שהלין שכר עובד לשלם לעובד **בנוסף** לשכר המולן עצמו גם "**פיצוי הלנת שכר**" בשיעורים הקבועים בחוק.[14] בדומה ל"ריבית המיוחדת" בחוק חוזה הביטוח, פיצויי ההלנה מהווים עונש כספי המוטל על המעביד ללא קשר להיקף הנזק שנגרם לעובד, וזאת בשל החומרה המיוחסת להפרה מודעת של חוזה עבודה על ידי מעביד.[15] הרציונל העונשי-הרתעתי של פיצויי ההלנה עולה בבירור גם מהרקע החקיקתי,[16] ומפסיקתם המפורשת של בתי הדין לעבודה.[17]

---

[10] מסקנה זו יפה בשינויים המחוייבים גם לגבי הניסיון להסיק מסקנה דומה מהוראת סע' 6 לחוק התרופות, השוללת תוקפה של תנייה גורפת. ר' הערה 7 לעיל.

[11] הריבית הרגילה מעוגנת בסע' 28(א) לחוק. שיעור הריבית המיוחדת יכול שיגיע עד פי שלושה מהריבית שלפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961.

[12] מדברי ההסבר לחוק עולה בבירור כי מטרתו ההיסטורית היתה עונשית-הרתעתית: "**סעיף זה נועד להרתיע את חברות הביטוח מלהשהות את חיוביהן שאינם שנויים במחלוקת על ידי אימוץ מכשיר עונשי, המקובל בארצות חוץ...**" הצעת חוק חוזה הביטוח (תיקון מס' 2) תשמ"ח-1988, ה"ח תשמ"ח, 136. והשוו ע"א 196/88 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ. הפועלים ליסינג בע"מ** פ"ד מו (1) 756, 2-771. ההתחשבות בחומרת ההפרה באה לידי ביטוי בדרישה להעדר תום לב מצד המבטח בעיכוב כספי התגמולים. לעניין זה ר' גם: ע"א 4819/92 **אליהו חברה לביטוח בע"מ נ. ישר** פ"ד מט (2) 740, 8-776 (פסקה 20 לפסק).

[13] זוהי גם עמדתה של פרופ' נ. כהן במאמרה "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה", **הפרקליט** לט (תש"ן) 304, 309, בהערה 22, שם היא מביאה את ההוראה הנדונה כדוגמה ל"פיצויים עונשיים" הנפסקים בדיני החוזים. ניתן לראות, כי הוראה זו מאמצת למעשה את הדין האמריקני, שבו נעשה שימוש נרחב בדוקטרינה בהקשר הביטוחי. לעיל סע' 5.25 ואילך.

[14] החוק קובע פיצויי הלנה גם בגין עיכוב בתשלום פיצויי פיטורים ובגין עיכוב בתשלום מעביד לקופת גמל או בתשלום קצבה מקופת הגמל. ר' סע' 20(ב), 19א(א)+(ב), ו-16(ג) לחוק, בהתאמה.

[15] ההתחשבות במידת האשמה של המעביד עולה באופן ברור מסע' 18 לחוק, המסמיך את בית הדין לעבודה לבטל את החיוב בתשלום פיצויי ההלנה או להפחית ממנו בהתקיים נסיבות מקילות (טעות כנה, מחלוקת בתום לב או אי-יכולת למנוע את העיכוב בתשלום). לדיון נרחב בפיצויי הלנה ובמהותם העונשית ר': מ' פסטרנק, א' בן טובים, "פיצויי הלנת שכר - הצורך ברפורמה" **הפרקליט** מד (תש"ס) 483, במיוחד עמ' 7-484.

[16] לפירוט האסמכתות הרלבנטיות ר' **פסטרנק**, 486, הערות 22-16.

[17] "**פיצויי הלנת השכר שנקבעו בחוק הינם פיצויים עונשיים...**" תב"ע (נצרת) נה/1336-15 **נסאר נ. טירם תעשיות בע"מ** פד"ע-אור, 971, פסקה 5(א) לפסק הדין; "**פיצויי הלנה הם פיצוי עונשי על איחור בתשלום בגין זכויותיו של עובד לפיצויי פיטורין ושכר עבודה.**" דב"ע מט/438-3 **לאב נ. Ecision Systems Israel בע"מ** תקדין-ארצי, 97(3), 2590; "**פיצויי הלנה אינם פיצוי נאות על פיגור בתשלום השכר, אלא הם פיצוי מוגדל פי כמה וכמה מונים... ..הם פיצויים עונשיים, יש בהם יסוד של קנס והם בשיעור כזה שניתן לקרוא להם דרקוניים... המטרה היתה <u>הרתעתית</u> ונועדה קודם כל <u>לפגוע בנתבעים</u> המלינים שכר עובדיהם <u>ולחנכם</u>, באמצעות שוט זה, לבל ילינו שכר עובדיהם**". תב"ע (ב"ש) נה/148-15 **ברקל נ. מרציאנו** תקדין-עבודה, 96(2), 1821 (פסקה 34). לדעה חריגה, שלפיה פיצויי הלנה אינם בגדר תשלום עונשי ר': ס' אדלר, "פיצויי הלנה: חוק ופסיקה" **שנתון משפט העבודה** ו (ירושלים, תשנ"ו) 30-29; אך ר' **פסטרנק**, 487, הסבור כי מדובר במחלוקת סמנטית בלבד.

nevo.co.il

6.06 סעיף 37ד ל**חוק יישוב סכסוכי עבודה (תיקון מס' 2) תשל"ב-1971** מסמיך את בית הדין לעבודה לחייב מעביד בשירות הציבורי שהפר הוראה בהסכם קיבוצי לשלם לעובדו "**פיצויים מוגדלים**" בגין ההפרה, וזאת גם כאשר ההפרה לא גרמה נזק ממון כלשהו. נראה כי גם הפעם בפנינו סנקציה עונשית על הפרת חוזה, הנתפסת בעיני המחוקק כבעלת חומרה מיוחדת בשל הצורך להגן על העובד ולהרתיע את רשויות הציבור מניצול לרעה של מעמדן.[18] עם זאת, יש לציין שבית הדין הארצי לעבודה סייג את השימוש ב"תשלום עונשי" זה, והגבילו למקרים שבהם הוכחה זכות העובד לפיצוי רגיל.[19]

ד. השלכות ההסדרים המיוחדים על שאלת ההכרה בדוקטרינה בתחום החוזי

6.07 מהי המשמעות שראוי לייחס לקיומם של ההסדרים המיוחדים שנסקרו זה עתה? היש ללמוד מהם בהכרח על קיומו של הסדר שלילי השולל הכרה בדוקטרינה כללית של תשלומים עונשיים בדיני החוזים? לדעתי, גם הפעם התשובה היא בשלילה. **ראשית,** הכרת המחוקק בהסדרים מיוחדים לא פורשה בפסיקה כהסדר שלילי בתחום דיני הנזיקין, ונראה כי שיקולים של עקביות בפרשנות החקיקה מחייבים תוצאה דומה גם בהקשר החוזי.[20] **שנית,** בהסדרים אלה גילה המחוקק את דעתו, כי אין הוא נרתע באורח עקרוני מהטלת סנקציות עונשיות על צד לחוזה, כאשר הדבר נראה כמתחייב מחומרת ההפרה. על רקע זה, העובדה שהמחוקק טרם גיבש הסדר כללי, והסתפק עד כה בקביעת הסדרים ספציפיים ומקומיים, אינה נראית לי כבסיס מספק למסקנה בדבר קיומו של הסדר שלילי בסוגייה דנן.[21]

---

[18] הכוונה העונשית-הרתעתית של ההסדר עולה גם מדברי ההסבר להצעת החוק, אשר מתייחסים לצורך ב"הגנה נוספת לעובדים מפני הפרת ההסכם הקיבוצי על ידי המעביד" ולא לצורך בהבטחת פיצוי על נזק לא-ממוני. ר' ה"ח 965, תשל"ב 63, 66. יצויין, כי הסדר זה קובע משטר אחריות מחמיר במיוחד, באשר אינו דורש התקיימות יסוד נפשי מחמיר אצל המעביד המפר. עם זאת, יש לשער ששיקול זה יילקח בחשבון על ידי בית הדין בשוקלו אם להפעיל את סמכות הרשות הנתונה לו.

[19] **"רק באותם המקרים שניתן לפסוק פיצויים, ניתן לפסוק "פיצויים מוגדלים... ..בין שיטענו לפירוש הדיבור "פיצויים מוגדלים" כמכוונים ל"פיצויים עונשיים", ל"פיצויים כלליים", ל"פיצויים לדוגמה" ול"פיצויים כפייתיים", דבר אחד ברור: אין עילה לאחד מאלה באין כל פגיעה בזכות של הטוען לפיצויים"; ..."באין "בסיס" אין על מה לבנות את "המוגדל"."** מג/14-4 **ההסתדרות הכללית נ. המוסד לביטוח לאומי** פד"ע-אור, 169 (פסקות 4, 7). משמעות הדבר היא, כי ניתן להפעיל את הסנקציה רק משהוכח נזק, או משהוכחה זכות לפיצויים בלא הוכחת נזק. פרשנות זו של בית הדין נראית לי דחוקה למדי, בהיותה סותרת הן את לשון החוק והן את התכלית העולה מלשונו - לאפשר הטלת סנקציה אזרחית כספית על הפרת ההסכם הקיבוצי כשלעצמה, ללא קשר לקיומה של זכות לפיצויים על נזק (ממוני או לא-ממוני). גם הנימוק עליו מסתמך בית הדין הוא בעיניי שגוי, שהרי זכות העובד נפגעת מעצם הפרת החוזה, והיא קיימת בנפרד וללא תלות בשאלת זכותו של העובד לפיצויים. אכן, במספר מדינות בארה"ב הזכות לתשלום עונשי מותנית בהוכחת זכות לפיצויים, אולם במרבית המדינות די בעצם הפגיעה בזכות ואין צורך בהוכחת נזק בר-פיצוי. דרישה כזו גם אינה מתיישבת עם הרציונלים העונשיים של הדוקטרינה. לסוגייה זו ר' סע' 7.04(14).

[20] כזכור, בתחום הנזיקין קבע כי בסמכותו לפסוק תשלום עונשי גם בהעדר הוראת חוק מפורשת. לעיל סע' 3.10 לעיל.

[21] כידוע, ההכרעה בשאלה אם הסדר חקיקתי יוצר חסר או קובע הסדר שלילי אינה טכנית. זו שאלה של פירוש החוק, שהכרעה בה כרוכה בהפעלת שיקול דעת שיפוטי. לעניין זה ר' א' ברק, **פרשנות במשפט,** כרך ראשון, **תורת הפרשנות הכללית** (ירושלים, תשנ"ב) 469-71. שיקול הדעת בפרשנות החקיקה הוא רחב במיוחד, שכן הוא מחייב התייחסות לא רק לתכליתו הסובייקטיבית של החוק (כוונת המחוקק) אלא גם לתכליתו האובייקטיבית (המטרה הראוייה המיוחסת לחוק על ידי בית המשפט כדי שיישומו יתאים לערכי היסוד של השיטה ולשיקולי מדיניות ראויים). למקומה של התכלית האובייקטיבית בפרשנות החקיקה ר' למשל א' ברק, **פרשנות במשפט,** כרך שני, **פרשנות החקיקה** (ירושלים, תשנ"ג) 4-202. לאור האמור, אין כל מקום להניח א-priori כי ההסדרים המיוחדים שנדונו לעיל מהווים בהכרח הסדר שלילי לעניין תחולתה של הדוקטרינה בתחום החוזי. זאת ועוד, הוראות חוק אלה נחקקו בתחום חוזי הביטוח והעבודה, שבהם הופעלה הדוקטרינה בהרחבה יתרה בקנדה ובארה"ב. גם עובדה זו עשוייה ללמד, שהמחוקק הישראלי הלך עד כה בעקבות המסורת האמריקאית, מבלי לתת את דעתו באופן כוללני לסוגייה הכללית ומבלי לקבוע בה עמדה נחרצת - לכאן או לכאן.

nevo.co.il

II. הפסיקה - התייחסות ישירה

א. מבוא

6.08 בפסיקה הישראלית אין למצוא כל שימוש מפורש בדוקטרינת התשלום העונשי בתחום החוזי,[22] ודומה שההנחה הרווחת בקרב משפטנים היא כי אפשרות זו איננה קיימת.[23] עם זאת, עד כה לא זכתה השאלה להידון לגופה בערכאות המשפט הישראליות, ולפיכך במישור הפורמלי לא נסתם עדיין הגולל על אפשרות זו. בתת-פרק זה ייבחנו בקצרה מספר פסקי דין, שבהם קיימת התייחסות ישירה, או כמעט ישירה, לשאלת הסמכות לפסוק תשלום עונשי כתרופה בשל הפרת חוזה. מהסקירה עולה כי בבית המשפט העליון הובעה בעבר גישה מסוייגת כלפי אפשרות זו. עם זאת, הדברים עודם בגדר דברי אגב, ובערכאות הנמוכות אף קיים רמז לנטייה הפוכה.

ב. עניין ***שרם*** (1974)[24]

6.09 בפרשה זו, שנדונה בראשית ימיו של חוק התרופות, עסק בית המשפט בשאלת הסמכות לחייב מפר חוזה לשלם לנפגע שלא הוכיח את נזקו, תשלום סמלי בגין עצם הפגיעה בזכותו החוזית.[25] בית המשפט, מפי השופט חיים כהן, ניתח קצרות את הבעייה הפרשנית שניצבה לפניו וקבע, כי מאז חקיקת חוק התרופות אין בית המשפט האזרחי בישראל מוסמך עוד לפסוק סעדים כספיים שלא בא זכרם בחוק, ובכלל זה סעד של תשלום סמלי.[26] מפסק הדין עולה אפוא גישה פרשנית מצמצמת לסמכות בית המשפט לפתח תרופות שלא עוגנו בחוק במפורש, כדוגמת התשלום העונשי.[27] עם זאת, בית המשפט בעניין ***שרם*** לא התייחס לשאלה הקונקרטית קא עסקינן, וגם לו היה עושה כן, לא היה הדבר צריך להכרעה שם, ולפיכך לא היה בדבר משום פסיקת הלכה מחייבת. זאת ועוד, בעשורים האחרונים הכיר בית המשפט העליון בסמכותו לפתח את דיני התרופות החוזיים גם מעבר לתשתית הפורמלית שבחוק התרופות, ודומה שבכך נדחתה במשתמע הגישה המצמצמת העולה מעניין ***שרם***.[28]

ג. עניין ***גולדמן*** (1981)[29]

6.10 בפרשה זו נקבעה ההלכה שלפיה גם בפסיקת פיצויים לפי סעיף 13 לחוק התרופות אין בית המשפט פטור מעולם של מבחני הסיבתיות והצפיות, הקבועים בסעיף 10 לאותו חוק.[30] מסקנה זו ביסס השופט ברק, בין היתר, באמצעות פנייה לעיקרון הכללי שלפיו מטרת הפיצויים - גם במסגרת סעיף 13 - היא השבת המצב לקדמותו ולא

---

22 'ספק חריגים' הם עניין ***דדון*** ועניין ***עוויסאת*** (סע' 6.12, 6.13 להלן).

23 להצגת עמדות המלומדים ר' סע' 6.24 ואילך.

24 ע"א 140/73 **שרם נ. גרינברג** פ"ד כט (1) 194.

25 דוקטרינת התשלום הסמלי (בלשון הפסיקה: "פיצויים סמליים"; באנגלית: "nominal damages") היא דוקטרינה של המשפט המקובל, שבמסגרתה מוסמך בית המשפט האזרחי לפסוק לנפגע ממעשה עוולה או מהפרת חוזה סכום כסף סמלי, שמטרתו לציין את הפגיעה בזכותו המשפטית של התובע ולהצהיר עליה. במשפט המקובל מותרת פסיקת תשלום סמלי רק במקרים בהם התובע לא סבל או לא השכיל להוכיח כי סבל נזק כלשהו עקב הפגיעה בזכותו. בעבר שימש סעד זה כתחליף לסעד ההצהרתי, ולעיתים גם כאמצעי לפיצוי התובע על הוצאות המשפט. לדיון בדוקטרינה זו ר': **דיני הנזיקין**, 575-8; **Burrows**, 269-70; **Lawson**, 131-2; **Ogus**, 22-25; **McCormick**, 85-96.

26 **"אם לא התכוון המחוקק לשלול מאת בית המשפט את הסמכות לפסוק פיצויים סמליים.. ..כי אז שומה עליו לתקן את החוק ולומר זאת בלשון מפורשת; באין הסמכה מתאימה בחוק, אין לתובע שסבל נזק ממון ולא הצליח להוכיח את שיעורו, זכות לסעד זולת סעד הצהרתי בלבד..." שרם**, 196.

27 זוהי ככל הנראה הסיבה לכך שפרופ' שלו בספרה על דיני החוזים נסמכת על הלכה זו כאסמכתא לקביעתה, כי בדיני החוזים אין לפסוק תשלום עונשי. **שלו**, 576 והערה 11.

28 כוונתי במיוחד להכרה בתשלומי השבה בפסק הדין ***אדדם*** ולהכרה בפיצויי הסתמכות אוטונומיים בפסק הדין ***צוקים***. להלן סע' 6.15, 6.16.

29 ע"א 348/79 **גולדמן נ. מיכאלי** פ"ד לה (4) 31.

30 שם, 41. הלכה זו אומצה בפסיקה מאוחרת. ר' למשל: ע"א 611/89 **דרוקר זכריה חברה קבלנית בע"מ נ. נחמיאס** פ"ד, מו (2) 60, 65-66.

nevo.co.il

ענישה של מפר החוזה. מכאן גם הסיק השופט, שסעיף 13 אינו בגדר אכסניה אפשרית לפסיקת תשלום עונשי בדיני החוזים.[31]

לדעתי, מדברים אלה אכן עולה גישה מסוייגת כלפי דוקטרינת התשלום העונשי, לפחות בהקשר החוזי.[32] שלילת ההכרה בסעיף 13 לחוק התרופות כ"מנוף" להכרה בדוקטרינה עשויה ללמד שלדעת השופט ברק אין הדוקטרינה מוכרת בדין החוזים הישראלי כעניין שבעובדה, וכי אין זה רצוי לשנות את הדין הנוהג בעקיפין באמצעות הסעיף האמור.[33] אולם לעניות לדעתי, אין בדברי השופט ברק משום הלכה מחייבת בענייננו, וזאת ממספר טעמים:

ראשית, דברים אלה לא נדרשו להכרעת הדין, אלא נאמרו אגב אורחא. **שנית**, גם ההערה עצמה אינה שוללת במפורש את ההכרה בתשלום העונשי בדיני החוזים, אלא אך דוחה את האפשרות לעגנו בסעיף 13 לחוק התרופות. לפיכך, גם אם נכונה הקביעה שמטרת הפיצויים (בסעיף 13, ובכלל) איננה להעניש את המפר, אין היא מספקת מענה לשאלת ההכרה בתשלום העונשי, שהרי זה איננו פיצוי כלל.[34] **שלישית**, ניתן גם לחלוק על הקביעה הגורפת של השופט ברק, שלפיה מטרת הפיצויים איננה לענוש את המפר, והדבר עשוי להחליש גם את המסקנה אליה הגיע.[35] **רביעית**, נכונותו של השופט ברק להכיר בדוקטרינת הפיצויים המוגברים (aggravated damages)[36] מרככת במידת מה את התנגדותו לדוקטרינת התשלום העונשי, וזאת בשל קשיי ההבחנה שבין שתי הדוקטרינות.[37] בסיכום, דבריו של השופט ברק בעניין ***גולדמן*** עשויים אמנם להתפרש כהתנגדות עקרונית מרומזת להחלת הדוקטרינה בדיני החוזים, אך הדבר נתון בספק, ומכל מקום אין בדברים משום קביעת הלכה בסוגייה דנן.[38]

<u>ד. עניין *צוקים* (1992)</u>

6.11 המקום היחיד בו נקבע בפסיקה הישראלית מפורשות כי בדיני החוזים אין תחולה לדוקטרינת התשלום העונשי, הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין ***צוקים***.[39] בפסק דין זה הביעו השופטים חשין ומצא תמיכה עקרונית

---

31 **"...<u>מטרת הפיצוי היא החזרת המצב לקדמותו, ואין מטרתו הענשת המפר</u>. בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת סעיף 13 לחוק התרופות, <u>על בית המשפט לשאוף לפיצוי הנפגע, ולא להענשת המפר</u>. <u>סעיף 13 לחוק התרופות לא נועד להוות מנוף לפסיקת פיצויים עונשיים בדיני החוזים</u>. מכאן, שזדונו של המפר עשוי להיות רלוואנטי, רק במידה שהוא משפיע על חומרת הפגיעה של הנפגע (aggravated damages).** שם, 41.

32 לדעתי, מההקשר הכללי שבו נאמרו הדברים בפסק הדין ניכר כי השופט ברק סולד מהכרה בסנקציות עונשיות במשפט האזרחי לא רק בתחום החוזים, אלא גם בתחום הנזיקין. התנגדות זו הובעה על ידיו עוד בטרם עלייתו לכס השיפוט. ר': **דיני הנזיקין**, 4-583. השופט ברק שב וביטא את גישתו העויינת כלפי התשלום העונשי, אם כי באופן זהיר ומרומז יותר, בפסק הדין בעניין ***אמר***, הנ"ל בסע' 3.10(58-57).

33 ואכן, השופט קציר מביא את פסק הדין כאסמכתא לשלילת תחולתה של הדוקטרינה בדיני החוזים. י' קציר, **תרופות בשל הפרת חוזה** (ת"א, תשנ"א) כרך ב, 889, והערה 28.

34 נראה שהשופט ברק עצמו אינו חולק על כך, שצד לחוזה עשוי לזכות לא רק בתרופות מפצות, אלא גם בתרופות שמטרתן שונה. כך למשל, לשיטתו, מטרתה העיקרית של תרופת ההשבה היא מניעת התעשרות שלא כדין ולא השבת המצב לקדמותו: **"בכך נבדלת תרופת ההשבה מתרופת הפיצוי. הראשונה באה למנוע התעשרות שלא כדין.. ..ואילו האחרונה באה לפצות על נזק."** ע"א 741/79 **כלנית השרון נ. הורוביץ** פ"ד לה (3) 533, 540. ר' גם דבריו בעניין ***אדדש***, 8-267 (פסקה 13). זאת ועוד, חיוב המפר בהשבת הרווח שהפיק עקב ההפרה מכוחה של הלכת ***אדדש***, שהשופט ברק היה שותף לעיצובה, משרת אף הוא תכליות לא מפצות, ואף עונשיות במהותן. להרחבה בנקודה זו ר' להלן סע' 6.15.

35 לדיון בהיבט העונשי הטבוע בעצם הזכות לפיצויים בגין הפרת חיוב אזרחי ר' סע' 8.05 ואילך. להמחשת השימוש העונשי שעושה בית המשפט בדיני הפיצויים בתחום החוזי ר' סע' 6.14 ואילך. על הפשטנות שבקביעה הנדושה כי מטרת הפיצויים היא פיצוי עמד בשעתו גם המלומד ידין: **"..לא תמיד נכונה האמרה השגורה, כי הפיצויים מטרתם "להחזיר את המצב לקדמותו"** א' ידין, **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970** (ירושלים, מהדורה שנייה, תשל"ט) 96-95 (הדברים נאמרו שם בהקשר לפיצויים ללא הוכחת נזק לפי סע' 11 ו-15 לחוק התרופות).

36 ר' הציטוט המובא בהערה 31 לעיל.

37 על קשיים אלה עמדתי לעיל בסע' 1.13(49-47).

38 בפסקי הדין הרבים שבהם אוזכר פסק הדין עד היום, לא הובא הוא מעולם כאסמכתא לשלילת תחולת הדוקטרינה בדיני החוזים.

39 ע"א 3666/90 **מלון צוקים נ. עיריית נתניה** פ"ד מו (4) 45.

nevo.co.il

בזכותו של הנפגע מהפרת החוזה לפיצויי הסתמכות גם בחוזה הפסד.[40] בהביעו את ביקורתו על עמדה זו, קבע השופט מלץ, כי עמדת חבריו:

"מנוגדת היא להלכה המושרשת, לפיה בדיני החוזים הישראליים אין מקום לפיצויים עונשיים בגין הפרת חוזה."[41]

לכאורה, דברים ברורים המלמדים על קיומה בישראל של הלכה מושרשת, האוסרת על פסיקת תשלום עונשי בתביעות חוזיות. דא עקא, ובכל הכבוד הראוי, נראה כי על אף נחרצותם של הדברים, אין בהם משום אסמכתא למצב המשפטי בישראל. **ראשית,** מדובר באמרת אגב, שלא היתה צריכה לעניין, ושנאמרה על ידי שופט יחיד, שגישתו העקרונית לא נתקבלה על דעת חבריו. **שנית,** השופט אינו מביא אסמכתא כלשהי מן הפסיקה לביסוס טענתו בדבר קיומה של "הלכה מושרשת" בעניין, וכפי שהראיתי לעיל, ספק רב אם אסמכתא כזו אכן קיימת.[42]

<u>ה. עניין *דדון* (1995)</u>

6.12 למיטב ידיעתי המקרה היחיד שבו קבע בית משפט בישראל מפורשות כי מן הראוי לפסוק "פיצוי עונשי" כנגד מפר חוזה, הוא פסק הדין בעניין ***דדון*** שניתן בבית משפט השלום בחיפה.[43] המקרה נסב על תביעתם של רוכשי דירות כנגד חברה קבלנית בשל ליקויי בנייה והפרות נוספות של חוזי הרכישה עימם. בסמוך לציון העובדה שהנתבעת הפרה את התחייבותה למסור לתובעים דירה ראוייה למגורים ולשימוש סביר, וכי התובעים זכאים לפיצוי על המצוקה שנגרמה להם בשל כך, מצא בית המשפט לנכון להוסיף את המשפט הבא:

"הסבל שעבר על התובעים ומשפחותיהם הוא משמעותי, ויש מקום לפיצוי עונשי על האופן בו זלזלה הנתבעת בתובעים והתיחסה אליהם בחוסר הגינות ובאדישות ראויה לגנאי."[44]

לכאורה מהווים דברים אלה אימוץ ברור של דוקטרינת התשלום העונשי כתרופה על התנהגות מחפירה המתגלה במסגרת תביעה חוזית. עם זאת, ספק רב בעיניי אם ניתן להיתלות בדברים אלה כאסמכתא של ממש. **ראשית,** בולט בהעדרו דיון כלשהו בשאלת הסמכות לפסוק תשלום עונשי על הפרת התחייבות חוזית. עובדה זו מפחיתה מחשיבותם של הדברים, שייתכן ונאמרו אגב אורחא, אולי אף מבלי משים.[45] **שנית,** בראשית דבריו מציין בית המשפט, כי התביעה התבססה על עילה נזיקית וחוזית כאחת, מה שעשוי לפתוח פתח לטענה כי התשלום העונשי נפסק מכוח העילה הנזיקית המקבילה (רשלנות) ולא מכוח העילה החוזית.[46]

---

40 לדיון בחידוש זה ומשמעותו ר' סע' 6.16 להלן.

41 ***צוקים***, 58.

42 כסימוכין לדבריו מפנה השופט מלץ לדבריהם של המלומדים פרידמן, כהן ושלו. דא עקא, שגם מלומדים אלה בכתביהם אינם מתבססים על הלכה ישראלית שנפסקה בנושא, וחלקם אף הטיל ספק לגבי המצב המשפטי הקיים בארץ. לכל היותר עשויים מקורות אלה ללמד, כי לפי הדעה המקובלת בספרות הישראלית אין הדוקטרינה מוכרת בדיני החוזים. לתיאור עמדות המלומדים ר' סע' 6.24 ואילך.

43 ת.א. (חיפה) 7575/92 **דדון נ. אנג'ל חברה לקבלנות כללית בע"מ** (לא פורסם), דינים-שלום, ב', 90. פסק הדין ניתן על ידי השופטת ד"ר דנון ביום 25.7.95. אני מודה לפרופ' איל זמיר על הפניית תשומת הלב לפסק הדין.

44 עמ' 25 לפסק הדין.

45 האפשרות שמדובר בהערת אגב מתחזקת לאור העובדה שבין ראשי הפיצוי שנפסקו לזכות התובעים אין זכר ל"פיצוי עונשי" כראש נזק נפרד (אם כי ייתכן, שהתשלום העונשי נכלל במסגרת הסכום הנכבד יחסית (40,000 ש"ח), שנפסק לתובעים בגין אובדן הנאה ועוגמת נפש). ייתכן אף, שבית המשפט התכוון במונח "פיצוי עונשי" ל"פיצוי מוגבר", אם כי מנימת הדברים עולה שהטעם העיקרי להגדלת הסכום היה עונשי, ולא טעם של פיצוי.

46 כזכור, במשפט האמריקאי נופלים מצבים אלה בגדר חריג העוולה העצמאית. ר' סע' 5.04 ואילך.

nevo.co.il

6.13 במקרה מעניין זה הטיל בית הדין הארצי לעבודה על מעביד חיוב כספי, המקיים כמעט את כל מאפייני התשלום העונשי.[48] ברקע הפסק עמדה תביעה לפיצויי פיטורים שהגישו שני אחים שהועסקו במפעל לעיבוד בשר. בחלוף מספר שנות עבודה במפעל נחשדו השניים במעשה מעילה ופוטרו מעבודתם בלא ששולמו להם פיצויי פיטורים מלאים. בתביעת דיבה שהגישו האחים לבית המשפט המחוזי הושגה פשרה אשר קיבלה תוקף של פסק דין. במסגרת הפשרה חזר בו המעביד מהאשמותיו כלפי התובעים, ואף התחייב לפרסם התנצלות רשמית. למרות התחייבות זו, במהלך התדיינות מאוחרת בין הצדדים בבית הדין האזורי לעבודה (שעסקה בזכות האחים להשלמת פיצויי הפיטורין) חזר המעביד על האשמותיו כטענת הגנה בפני תביעת הפיצויים. בית הדין האזורי קבע שהתובעים אכן מעלו בתפקידם, ודחה את תביעתם ברובה.

בערעור בפני בית הדין הארצי טענו התובעים, שבית המשפט האזורי היה מנוע מכוח "מעשה בית דין" לסתור את הממצאים שנקבעו בהסכם הפשרה בדבר חפותם. עוד טענו, כי בנסיבות העניין ראוי לחייב את המעביד ב"פיצויים מוגדלים" מעבר לפיצויי הפיטורים.[49] בית הדין הארצי קיבל טענות אלה וקבע, ש:

> **"בנסיבות העניין זכאים המערערים, לדעתנו, בנוסף ל100% פיצויי הפיטורים כנ"ל, גם לפיצויים בגין חוסר תום ליבה של המשיבה בדרך ניהול המשפט בבית הדין האזורי, ועל העוול שנגרם להם בפיטוריהם, ובהחשדתם..** [בנסיבות המקרה] **היתה הפרת עקרון תום הלב מצד המשיבה בוטה, ומידת הזלזול בעקרונות היושר המתחייבים ניכרת.."**[50]

לדעתי, מבחינה מהותית בפנינו מקרה מובהק של פסיקת תשלום עונשי המוטל על הנתבע בנוסף לחיוב הפיצויים כעונש על התנהגותו המחפירה כלפי התובע. למרות השימוש במונח "פיצויים נוספים בגין חוסר תום לב" (העשויים ליצור רושם שבית הדין פסק כאן פיצויים בגין נזק ממשי) ניכר בבירור שהשיקול העיקרי שהנחה את בית הדין הוא השיקול העונשי, ולא השיקול המפצה.[51]

יחד עם זאת, גם הפעם לא ניתן למצוא בפסק הדין דיון כלשהו במקור הסמכות לפסוק "פיצויים נוספים", "מוגדלים" או "עונשיים" נוסף על פיצויי הפיטורים, ובשאלה, האם עקרון תום הלב (הנזכר בפסק הדין) עשוי לשמש עוגן להטלת סנקציות מעין אלה.[52] חסר זה מקשה על ראיית פסק הדין כאסמכתא של ממש לענייננו.[53]

---

[47] דב"ע נה/3-103 **עוויסאת נ. הוד חפר בע"מ** (לא פורסם) פסק הדין ניתן ביום 25.12.96. אני מודה לידידי, עורך הדין מנחם פסטרנק, על הפניית תשומת הלב לפסק הדין.

[48] לדיון במאפיינים אלה ר' לעיל סע' 1.03-1.06. המאפיין היחיד שהתקיימותו אינה מלאה הוא המאפיין ההצהרתי (הצהרה מפורשת על המטרות העונשיות של הסנקציה). למאפיין זה ר' סע' 1.05(24-23).

[49] יצויין, שהתובעים לא תבעו פיצויי הלנת שכר.

[50] פסקות 20, 22 לפסק הדין. בית הדין אף חייב את המעביד בהוצאות בסך 10,000 **"בשים לב לתוצאה ולנסיבות"** (פסקה 24 לפסק הדין). לשימוש בפסיקת הוצאות משפט ככלי להגשמת מטרות עונשיות ר' סע' 6.21 להלן.

[51] בית הדין מזכיר אמנם את **"העוול"** שגרמו לעובדים החשדתם ופיטוריהם, אך נראה לי כי הדגש בביטוי זה אינו על ה**סבל** שנגרם לתובעים כשלעצמו, אלא על האשמה המוסרית שבמעשה המעביד. סברה זו נתמכת בעובדה שבית המשפט ראה בסמכותו לפסוק את ה"פיצויים" סמכות שבשיקול דעת, התלויה ב"חוסר תום לב בוטה", ולא זכות מוקנית של התובעים. זאת ועוד, בית הדין אינו מזכיר ולו ברמז את האפשרות לראות ב"פיצויים" המוגדלים "פיצויים מוגברים" או פיצויים בגין נזק לא-ממוני, למרות שהדבר היה מתבקש, לו אכן דובר בפיצויים ולא בסנקציה עונשית. בית המשפט אף מציין, ש"**יש לקחת בחשבון גם את השלכות חוסר תום הלב הנ"ל על עשיית הדין והצדק על ידי הערכאות**" (פסקה 22) שיקול שבינו לבין הצורך בפיצוי הנפגע על נזקיו אין ולא כלום.

[52] הוראות סע' 12 ו-39 לחוק החוזים והפסיקה שפרשה אותם אף אינן נזכרות כלל בפסק הדין. לדיון בשאלת עיגונה האפשרי של הדוקטרינה בהוראות תום הלב ר' להלן סע' 6.30.

[53] קושי נוסף נובע מכך שלמרות הרמזים הברורים לשיקולים העונשיים, בית הדין אינו מזכיר את המונח "ענישה" או "פיצוי עונשי" בפסק דינו (להבדיל, למשל, מפסק הדין בעניין ***זדון***, הנ"ל בסע' 6.12).

nevo.co.il

III. הפסיקה - התייחסות עקיפה

א. מבוא

6.14 הסקירה שלעיל מעלה, שלפחות בבית המשפט העליון קיימת גישה עויינת כלפי האפשרות להכיר בסנקציות עונשיות לבר-מפצות בתחום החוזי. אולם לדעתי, מזה מספר שנים מסתמנת מגמה הפוכה בפסיקה הישראלית. בתחום התרופות בשל הפרת חוזה קבעה הפסיקה בעשור וחצי האחרונים מספר הלכות חדשניות, ויישמה דוקטרינות תרופתיות קיימות, תוך התחשבות בשיקולים עונשיים מובהקים. בסעיפים הבאים אבקש להצביע בקצרה על **מספר הקשרים שבהם שיקולים עונשיים שימשו - בין במפורש ובין באופן מוצנע יותר - כבסיס להטלת סנקציות מוגברות על התנהגות פסולה של צד לחוזה.** לדעתי, "פסיקה עונשית" זו מלמדת על הכרה גוברת בלגיטימיות של שיקולי ענישה בתחום החוזי, העשוייה לשמש בעתיד קרקע פורייה לקליטתו של התשלום העונשי כסנקציה מן המניין גם בדיני החוזים.[54]

ב. תשלומי השבה

6.15 בפסק דינו התקדימי של בית המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין ***אדרס*** (1988) עוגנה במשפט הישראלי לראשונה הסמכות לפסוק תשלומי השבה כנגד מפר חוזה.[55] עיון בפסק דין חשוב זה מגלה כי בית המשפט ביסס ונימק את סמכותו זו בטעמים עונשיים מובהקים: **הרתעה** מהפרה מודעת של חוזים; **גמול** הולם למפר החוזה על חטאו המוסרי (הפרת החוזה והתעשרות על חשבון הנפגע); **הבעת סלידה וגינוי** כלפי התנהגות המפר; **מתן פורקן** לתחושת הצדק של הציבור; **וחינוך** המפר והציבור לכיבוד הערך החברתי של קיום הבטחות.[56] יתרה מכך, למרות שבית המשפט לא הגדיר מהן הנסיבות שבהן ייפסקו תשלומי השבה,[57] נראה בבירור כי הוא מניח שדוקטרינה זו תהיה רלבנטית רק במקרים כדוגמת עניין ***אדרס***, שבהם הפרת החוזה - גם אם אינה בהכרח מחפירה - היתה הפרה מודעת שנעשתה ללא הצדקה מוסרית מספקת.[58] הלכת ***אדרס*** משקפת אפוא נכונות ברורה של בית המשפט העליון להחמיר את הסנקציות בגין הפרת חוזה מטעמים עונשיים מובהקים.[59]

---

[54] כמוסבר בהמשך, הדוקטרינות שיידונו להלן חולקות מאפיינים משותפים עם דוקטרינת התשלום העונשי, אך גם נבדלות ממנה בהיבטים מסויימים. ר' במיוחד סע' 6.23 להלן.

[55] ד"נ 20/82 **אדרס נ. הרלו אנד ג'ונס** פ"ד מב(1) 221. על מהותם של תשלומי ההשבה ועל קירבתם הרעיונית לתשלומים העונשיים עמדתי בסע' 1.15 לעיל.

[56] ההכרה ברציונלים עונשיים אלה עולה מאמירות שונות של שופטי הרוב. למשל: **"..הכרה בזכותו של הקונה-הנפגע לקבלת התמורה הנגדית** [התמורה שקיבל המפר מצד שלישי עבור מושא החוזה, היינו - הרווח שהפיק מההפרה] **יש בה כדי להוות גורם מדרבן לקיום החוזה, גורם שירתיע את המוכר מפני הפרתו."** (השופט ברק, 277); **"הפתרון של מתן אפשרות לתבוע את רווחו של המפר ישרת את המדיניות המשפטית של עידוד כיבודם של חוזים והחלשת הפיתוי להפרתם."** (השופט בך, 283); **"..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."** (השופט בך, 283); **"אכן, הכרה בזכות ההשבה של הנפגע תחזק את הקשר החוזי ותגביר את כיבודו"; "קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם."** (השופט ברק, 277, 278); **"מי שדורש 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."** (השופט ש. לוין, 237). על המשמעות העונשית של הלכת **אדרס** עמדה המלומדת רנר, בקובעה כי: **"התפיסה, כי על המפר לשלם מחיר מסויים עבור ההפרה היא במהותה תפיסה בדבר פיצוי עונשי".** ש' רנר, "דיני חוזים - מגמות והערכה", משפטים **כא** (תשנ"א) 33, 71. המלומדת סבורה שהלכת **אדרס** משתלבת במגמה כללית של הקשחת החבות ביציאה מהתחום החוזי.

[57] כל שנאמר הוא שקיומה של חובת השבה תלוי בשיקולים הכוללים: **"..את עוצמת זכותו של התובע, את אופי הפגיעה באינטרס שלו, את התנהגות הצדדים ואת טיב הפעילות שמכוחה זכה הנתבע ברווח."** (שם, 273, השופט ברק).

[58] לדעתי, מסקנה זו עולה בבירור מהציטוטים שהובאו בהערה 56 לעיל. מציטוטים אלה עולה בבירור כי ההפרה היתה מודעת, כי המניע לה היה רצונו של המפר להפיק רווח כלכלי, וכי המפר מנצל הזדמנות עסקית חלופית ומתעשר על חשבונו של הנפגע. מהנימה הכללית ומעובדות פסק הדין עולה גם שמדובר בהפרה אופורטוניסטית, וכי החברה המפירה לא עשתה כל מאמץ יזום לנהל עם הנפגע משא ומתן לשחרור מהחוזה או לפצותו על נזקיו, ועובדה זו אף היא מהווה נסיבה מחמירה. שיקול זה עולה גם מדברי השופט חשין בעניין ***צוקים***, המובאים בהערה 65 להלן.

[59] זאת, מבלי לגרוע מההבדלים בין תשלומי ההשבה לתשלום העונשי. לדיון בהבדלים אלו ר' סע' 1.15 לעיל, וכן סע' 7.95 להלן.

nevo.co.il

ג. פיצוי על אינטרס ההסתמכות בחוזה הפסד

6.16 בפרשת ***צוקים*** (1992),[60] הביעו שניים מבין שלושת השופטים שישבו לדין, בהערת אגב, עמדה חדשנית שלפיה ראוי להכיר בזכותו של הנפגע מהפרת חוזה לפיצוי בגין אינטרס ההסתמכות ללא תלות בשיעורו של אינטרס הציפייה, דהיינו גם כאשר מדובר ב"חוזה הפסד".[61] לפי דעה זו הנפגע זכאי לתבוע מהמפר להעמידו במצב שבו היה עומד אלמלא התקשר בחוזה, הוי אומר במצב טוב מזה שבו היה נתון לו קויים החוזה כהלכתו.[62] קביעה זו עומדת בסתירה לעקרונות הפיצוי המסורתיים, שכן משמעותה הטלת סנקציה כספית על המפר בשל נזק שלא גרם, ובכך ויתור על הדרישה הבסיסית להוכחת קשר סיבתי בין הפרת החוזה לבין נזקו של הנפגע.[63] עיון בפסק הדין מעלה, שבבסיס הצעה חדשנית זו עמדו שיקולים דומים לאלה שעמדו בבסיס הלכת ***אדוס***, היינו, שיקולים עונשיים מובהקים של חינוך והרתעה מפני הפרה מודעת של חוזים, ואף שיקול של גמול או ריצוי תחושות הצדק של החברה.[64] יתרה מכך, גם כאן כבעניין ***אדוס*** נראה שהשופטים מניחים שהזכות לפיצויי הסתמכות תקום רק כאשר ההפרה נעשתה בנסיבות מחמירות, כגון שהיתה מודעת ואופורטוניסטית.[65]

אכן, לא בכדי ראה השופט מלץ בעמדת חבריו בעניין ***צוקים*** משום הכרה עקיפה בתשלום העונשי בדיני החוזים.[66] למרות ההבדלים שבין דוקטרינה זו לבין התשלום העונשי שתיהן מבוססות על טעמים עונשיים ומעידות על נכונותו של בית המשפט להתחשב בהם בקובעו סנקציות על הפרת חוזה.

ד. אשם תורם בדיני החוזים

6.17 בפסק דינו החשוב בעניין ***Eximin*** (1994) החיל בית המשפט העליון, מפי הנשיא שמגר, את הגנת האשם התורם המוכרת בדיני הנזיקין על היחסים שבין צדדים לחוזה.[67] לכאורה, עניינה של הלכה זו אינו בהטלת סנקציה כספית

---

60 פסק הדין נדון בסע' 6.11 לעיל.

61 בחוזה הפסד אינטרס ההסתמכות גבוה מאינטרס הציפייה, שהרי אלמלא נכרת החוזה (אינטרס ההסתמכות) היה הנפגע במצב טוב מזה שבו היה לו קויים החוזה (אינטרס הציפייה). להגדרת האינטרסים המוגנים בדיני החוזים ר' מאמרם המונומנטלי של L.L. Fuller, W.R. Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 Yale L.J. (1936) 52, 54. להגדרות ישראליות של "אינטרסים" אלה ר': למשל ***אדוס***, 8-267; ***ליפקין***, 95.

62 לעיגונה של עמדה זו בפסק הדין ר' עמ' 76-78 (השופט חשין); עמ' 80 (השופט מצא). עם זאת, השופט מצא הביע ספק באשר ליכולת לעגן גישה ראוייה זו בדין הנוהג. שם, 80. השופט מלץ התנגד לדעת הרוב. לעמדתו ר' סע' 6.11 לעיל.

63 בחוזה הפסד נזק ההסתמכות (ולמצער אותו חלק בנזק ההסתמכות העולה בשיעורו על אינטרס הציפייה) לא נגרם כתוצאה מההפרה אלא כתוצאה מהחלטתו של הנפגע להתקשר בעיסקה גרועה. חיוב המפר לפצות את הנפגע על נזק שלא גרם אינו ניתן אפוא להצדקה על ידי עקרונות הפיצוי המקובלים. לביקורת על פסק הדין מטעמים אלה ר' דברי השופט מצא בעמ' 58 לפסק, וכן: M. Deuch, "Reliance Damages Stemming from Breach of Contract: Further Reflection and the Israeli Experience" 99 **Commercial L. J.** 446. (1994) ואמנם, לפי ההלכה האנגלו-אמריקנית, זכותו של הנפגע להעדיף פיצויי הסתמכות קיימת רק כל עוד אין זה ברור שנזקי ההסתמכות שלו על החוזה עולים על נזקי הציפייה שלו מקיומו. ר' למשל: **Rest**, Conts. (2), s. 349; **Treitel**, 97-8; **CCC Films Ltd. v. Impact Films Ltd.** [1984] 3 All. E.R. 298 (Q.B.): "**It is.. ..common ground that a claim for wasted expenditure cannot succeed in a case where, even had the contract not been broken by the defendant, the returns earned by the plaintiff's.. ..rights the subject matter of the contract, would not have been sufficient to recoup that expenditure.**"

64 ובלשונו של השופט חשין: "**..הסכמים נועדו לקיום ולא להפרה - (pacta sunt servanda) - והמפר נוטל עליו סיכון... משעמד והפר את החוזה באורח חד-צדדי.. ..עליו לשאת בכל התוצאות הרעות. אכן, הפרת ההסכם כמו מביאה רווח לנפגע - שלולא ההפרה, היה יוצא בהפסד.. ..אך דומה בעיניי שראוי הוא כי האלמנט החינוכי-המוסרי יגבר. ... כך יגבר הקשר החוזי, תגבר הנחיצות לקיימו כיאות ורגש המוסר שבנו יבוא על סיפוקו.**" (עמ' 78-77 לפסק הדין). השופט חשין אף משווה בין הצורך להרתיע מהפרות חוזים לבין הצורך להרתיע ולמנוע עוולות נזיקין הכרוכות בהפרה של אמון "**באותו עניין** [המובא בפסק הדין כדוגמה לצורך בענישת מעוול שמעל באמון] **מדובר היה, אמנם, בעוולת נזיקין, ואילו אנו עניינו אינו אלא בהפרת חוזה, אולם לדינא לא מצאנו להבחין בין מקרה אחד למשנהו.**" שם, 77.

65 המילים "**משעמד** [המפר] **והפר את החוזה באורח חד-צדדי**" (ר' בהערה הקודמת) מרמזות לדעתי על הפרה שלא קדמו לה נסיונות כלשהם מצד המפר לקבל את הסכמתו של הנפגע לשחרורו מהחוזה ושלא לוותה בנכונות מצידו לפצות את הנפגע על נזקיו. לדיון במקומו של שיקול זה במסגרת הדוקטרינה ר' סע' 12.34, 12.35 להלן. מעניין להעיר, שכבר במאמרם המונומנטלי של Fuller ו-Perdue, נדונה השאלה שנדונה בעניין ***צוקים***, והמלומדים הגיעו למסקנה, כי עקרונית אין מקום לפצות על מלוא אינטרס ההסתמכות בחוזה הפסד, אלא אם כן התנהגות המפר היתה חמורה במיוחד: **Fuller**, 75-80, esp. at 80.

66 לציטוט מדבריו ר' סע' 6.11 לעיל. במובן מסויים מהווה דוקטרינת פיצויי ההסתמכות שאומצה על ידי הרוב בעניין ***צוקים*** אמצעי עונשי פוגעני ומרחיק לכת אף יותר מן התשלום העונשי, שכן בדומה לתשלומי ההשבה, הפעלתה אינה מותנית לכאורה בהתנהגות חמורה במיוחד של המפר. עם זאת, כאמור, מנימת הדברים נראה כי יסוד של התנהגות מחמירה אכן נדרש.

67 ע"א 3912/90 **Eximin S.A. תאגיד בלגי נ. טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראי בע"מ** פ"ד מז (4) 64.

nevo.co.il

על הפרת חוזה, אלא אך בחלוקת האחריות לנזקי ההפרה בין הצדדים לחוזה.[68] אלא שהמשמעות המעשית של קבלת הטענה בדבר אשם תורם היא הטלת סנקציה כספית על הנפגע מההפרה. סנקציה זו באה לידי ביטוי בהפחתת סכום הפיצויים לו הוא זכאי. יתרה מכך, שיעור ההפחתה נקבע לא רק על פי מבחנים של תרומה סיבתית לנזק, אלא גם **בהתחשב בדרגת האשם המוסרי** שנפל בהתנהגותו של הנפגע.[69] ההכרה בצורך להטיל סנקציה על התנהגות בת-אשמה (בפרט התנהגות שיש בה משום חוסר תום לב) מטעמי **"מוסר, צדק ואי-עשיית עושר שלא כדין"**[70] מחזקת את המגמה הכללית המסתמנת בפסיקתו של בית המשפט העליון להחריף מטעמים עונשיים את הסנקציות על התנהגות פסולה של צדדים לחוזה.[71]

<u>ה. שיערוך חלקי למפר החוזה</u>

6.18 כדי להתמודד עם שחיקת ערך הכסף בתקופות אינפלציה הכירה הפסיקה בסמכותה להתנות אכיפת חוזה בשערוך התמורה החוזית, וזאת כדי למנוע התעשרות שלא כדין של הנפגע על חשבון המפר.[72] אולם בפועל, במרבית המקרים נמנעים בתי המשפט מלהורות על שערוך מלא של הסכומים המשולמים למפר.[73] עיון בפסיקה מגלה שהטעמים העיקריים להלכה זו הם עונשיים: ההימנעות ממתן שערוך מלא למפר משמשת כאמצעי שיפוטי לענוש את המפר, ולהבטיח הרתעה הולמת מפני הפרה מודעת של חוזים.[74] בכך חורג בית המשפט במודע מאמת המידה של "השבת המצב לקדמותו", תוך שהוא מטיל למעשה סנקציה כספית עונשית על המפר (הפחתת התמורה החוזית הריאלית).

יתרה מכך: במסגרת דוקטרינת השיערוך החלקי מהווה השיקול העונשי לא רק בסיס רעיוני לעצם הטלתה של הסנקציה, אלא גם בסיס לקביעת היקפה ועוצמתה.[75] מהפסיקה עולה בבירור, שמידת חלקיות השיערוך תיקבע

---

68 לדיון מקיף במהותה של הגנת האשם התורם בהקשר החוזי ר' חיבוריו של **פורת**, הנ"ל בהערה 21 למבוא לחיבור.

69 "..[לצורך חלוקת האחריות] **יש להשוות הן את התרומה הסיבתית של כל אחד מהצדדים לנזק, והן את מידת חוסר תום הלב של כל אחד מהם.**" ***Eximin***, 87 (הנשיא שמגר).

70 עמ' 84 לפסק הדין.

71 יתרה מכך, התנהגות שיש בה משום אשם תורם ניתן לראות כהפרה של חיוב משתמע, אשר בהעדר ראייה לסתור נכלל בחוזה או נובע ממנו. תוכן החיוב הוא להימנע מפעולה או מחדל שיש בהם כדי להכשיל את המפעל החוזי או לגרום נזק לאחד מהצדדים לחוזה. ראייה זו של הגנת האשם התורם אינה מודגשת בפסק הדין ***Eximin***, אך היא נדונה בהרחבה אצל **פורת** (2), 7-182, והיא מאפשרת לראות את הגנת האשם התורם כסנקציה בגין הפרת חוזה.

72 ע"א 158/77 **רבינאי נ. מן שקד** פ"ד לג (2) 281, 5-291; ע"א 260/80 **נוביץ נ. ליבוביץ** פ"ד לו (1) 537, 52-547; **שלו**, 9-538 והאסמכתות המפורטות שם. לסוגיית השערוך כתנאי לאכיפה ר': ד' פרידמן, "שיערוך, פיצויים ושיקולי עשיית עושר ולא במשפט" **הפרקליט** לד (תשמ"א) 88; ר' מ' הורק, "שערוך המחיר בחוזה" **עיוני משפט** ח (תשמ"א) 88. הפסיקה הכירה גם בסמכות לשערך סכומים שעל צד לחוזה להעביר במסגרת השבה הבאה בעקבות ביטול החוזה. ר' למשל: **כלנית השרון** 5-543; ע"א 7211/96 **Sicar S.P.A. נ. צ.מ.ל.** פ"ד נב(4) 259, 266; **שלו**, 7-566. הסמכות לשערך מוכרת כמובן גם לעניין תרופת הפיצויים.

73 בהקשר להשבה מורים בתי המשפט בדרך כלל על שערוך מלא גם למפר, אם כי הפסיקה הכירה עקרונית באפשרות לסטות מכלל זה ולהורות על שערוך חלקי גם כאן: **שלו**, 567; **"על אף שחובת ההשבה אינה מבחינה כאמור בין מפר לנפגע, עשוי בית-המשפט, בנסיבות מסוימות, להתחשב באשם של הצדדים לעניין שערוך דמי ההשבה."** עניין **צ.מ.ל.**, 266; ר' גם: ע"א 423/80 **אבדני נ. קסוטו** פ"ד לז (1) 701, 707; **רנר**, 56-48. שאלת השערוך החלקי אינה מתעוררת בדרך כלל בהקשר לפסיקת פיצויים, שכן השערוך ניתן כאן לצד התמים: **"בדיני הפיצויים השיערוך הינו מלא, שכן שיערוך חלקי עשוי לעודד צד להפר את חיוביו."** **שלו**, 581; ר' גם **רנר**, 53.

74 **"..הוראת האכיפה בשיערוך אינה צריכה לתת לצד המפר תמורה ריאלית מלאה, אלא תמורה פחותה, <u>כדי שלא יהא המפר נשכר</u>... בכך יינתן ביטוי לעיקרון, כי <u>את החוזים יש לקיים</u>, ואין המפר יכול לצפות לכך, כי השיערוך יעמידו באותו מצב, בו היה נתון לולא הפר את החוזה וקיימו במלואו. <u>משהופר החוזה, חייב המפר לשלם "מחיר" מסויים על כך"</u>.** עניין **נבין**, 551; ובמקרה אחר נאמר: **"...חתימה על חוזים אינה בקעה פרוצה, שכל חותם יעשה בה כישר בעיניו, מתוך שבטוח הוא שגם אם ייצא נפסד בדינו, מובטח לו שהכסף המגיע לו צמוד הוא לטבין ותקילין. כשם שמצווים אנו לעשות צדק במקרה הראוי וההגון לכך, מצווים אנו, כדברי הרא"ש, ללכוד כל מחבל תחבולה בערמתו.."** ע"א 315/79 **אלפרוביץ נ. מזרחי** פ"ד לד(4) 731, 741 (השופט אלון). בעניין **אבדני**, בעמ' 708 נאמר, הפעם בהקשר לשערוך חלקי אגב השבה: **"לגיטימי הוא לקחת בחשבון את השיקול, כי הענקת מלוא הצמדה וריבית כדי לשמור על הערך הריאלי של ההשבה במקרה של הפרת חוזה עשויה לשמש עידוד להפרת חוזים, כשהסיכון הוא מועט מבחינת המפר, אשר יסמוך על כך שבסופו של דבר ממילא יישמר הערך הריאלי של מה ששילם על-פי החוזה"**; ר' גם: ע"א 540/79 **שמואלי נ. לויט** פ"ד לו(2) 45, 55. המלומדת **רנר** רואה בהלכות השיערוך החלקי ביטוי למגמה כללית של הקשחה ביציאה מתחום החבות החוזי. **רנר**, 53.

75 בכך נבדלת דוקטרינה זו מדוקטרינות עונשיות או מעין עונשיות אחרות (למשל: תשלומי השבה, פיצויי הסתמכות בחוזה הפסד, וכיו"ב) שאינן מותירות בידי בית המשפט גמישות רבה באשר להיקף הסנקציה העונשית שתוטל.

nevo.co.il

בהתאם לחומרת התנהגותו של המפר, וכי במקרים של הפרה מודעת ובלתי מוצדקת בעליל יהיה השיעורך חלקי יותר מאשר בהפרה סתם.[76] ולא זו אף זו: התנהגותו המחפירה של המפר עלולה במקרים מתאימים אף להביא לשלילה מוחלטת של זכותו לשערוך.[77]

<u>ו. פיצוי בגין נזק לא-ממוני</u>

6.19 לפי הרטוריקה הרווחת בפסיקה הישראלית, בדיני החוזים אשמתו המוסרית של מפר החוזה אינה רלבנטית שעה שבית המשפט עוסק בפסיקת פיצוי - ממוני או לא-ממוני. ההחלטה בשאלת הזכות לפיצויים אלה ושיעורם נגזרת מעקרון הפיצוי (או עקרון השבת המצב לקדמותו) ונשלטת על ידי מבחני הצפיות והסיבתיות, ולא על ידי שאיפה להעניש, להרתיע או לגנות את המפר על התנהגות פסולה.[78]

אלא שעיון בפסיקה הישראלית מגלה שבפועל - בניגוד לרטוריקה אופיינית זו - הסמכות לפסוק פיצוי לא-ממוני בשל הפרת חוזה מופעלת פעמים רבות לאורם של שיקולים עונשיים, וזאת לצד ההתחשבות בנתוני הנזק ובשיקולי הסיבתיות המסורתיים. כפי שנראה מייד, במקרים אחדים מודגשת במפורש הזיקה בין חומרתה המוסרית של התנהגות המפר לבין היקף הפיצויים שנפסקו לנפגע.[79]

---

[76] **"בעיקרון אין לזכות את המוכר המפר בשערוך מלא. במקרים השונים שנדונו בפסיקה הותנתה האכיפה של חוזי מכר דירה, שהופרו על ידי המוכר, בדרך כלל ב70% מהסכום המשוערך... <u>כל אלה במקרים של הפרה, שאינה עולה כדי התנהגותו הזדונית של המפר שלפנינו</u>, שמכר את הדירה פעמיים לשני קונים!"** לפיכך הורה בית המשפט על שערוך של 50% בלבד מהתמורה החוזית. ע"א 176/82 **הררי נ. ורטהיימר** פ"ד לט(3) 660, 671. הרלבנטיות של זדונו של המפר לעניין היקף השערוך הודגשה גם בפסיקה מאוחרת יותר. ר' למשל, עניין ***צ.מ.ל.***.

[77] **"במספר פסקי דין העניק בית משפט זה צו אכיפה <u>וסירב לשערך</u> את המחיר... ..תוך שהוא מדגיש את <u>זדונו של המוכר</u>, שלא רק היפר את החוזה, אלא אף דחה את הקונה בלך ושוב, <u>והתכחש במכוון</u> לכיבוד ההסכם שעשה. באותו אופן נהג בית משפט זה תוך שהוא מדגיש את התנהגותה של המוכרת שהפרה את החוזה <u>בגסות ובעזות פנים</u>, בעוד שהקונה היה נקי מכל רבב."** עניין ***דבינאי***, 292 (השופט ברק).

[78] הלכה זו מיוחסת לשופט ברק בעניין ***גולדמן***, שם הובהר, כי זדון לבבו של המפר אינו רלבנטי אלא אם כן הוא החמיר באופן אובייקטיבי את עוגמת הנפש שנגרמה לנפגע. ר' סע' 6.10 לעיל. **"מטרת הפיצויים היא לפצות את הנפגע על נזק שנגרם או פוטנציאל שאבד, ולא להעניש על עוול שנעשה". שלו**, 576. לעומת זאת, בדיני הנזיקין שוררת הלכה הפוכה, שלפיה חומרת התנהגותו של המזיק, אשמתו המוסרית והצורך להעניש הם שיקולים לגיטימיים בפסיקת פיצוי לא-ממוני. **"בפסיקת פיצויים יש משום מגמה עונשית ומגמה מחנכת ומרתיעה כאחד." הוצאת מודיעין**, 57 (השופט בך). הדברים נאמרו בהקשר לפסיקת פיצוי לא-ממוני בעוולת לשון הרע אך נוסחו בצורה כללית; **"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."** עניין ***פרידמן***, 244. בית המשפט קבע באותו עניין, שהתנהגות הנתבע היתה **"..התנהגות מרושעת, המצדיקה פסיקת פיצויים מירביים"**. ר' גם ת.א. (ת"א) 22815/85 **נוף נ. אבנרי** פ"מ תש"ן(ג) 9, 33, 35, שם נקבע, כי הנתבע פרסם לשון הרע מתוך זדון ורדיפה אחרי סנסציות, באופן שהצדיק לדעת בית המשפט פיצויים במלוא סכום התביעה. במקרה אחר, בתביעת רשלנות נפסק סכום נכבד ביותר על הכאב והסבל שנגרמו לניזוק עקב דליקה שפרצה בשל רשלנות עובדי בית החולים שבו שהה. בית המשפט ציין שלא מצא מקום לפסוק תשלום עונשי, אך: **"עם זאת, נראה לי כי <u>יהיה מקום לקחת בחשבון את חומרת התנהגותו הרשלנית של הצוות המטפל</u> במסגרת פסיקת הפיצויים בגין הכאב וסבל... בנסיבות המקרה ניתן, אפוא, לתת <u>ביטוי לגישה, שבפיצוי על כאב וסבל יש להביא בחשבון את עוצמת חטאו של המזיק</u>, וזאת בנוסף לסבל ולמשך הטיפול בריפויו."** ת.א. 687/93 **מרום נ. מ"י** דינים-מחוזי, כו(4) 388, פסקה 6(א)+(ב). באותו מקרה נפסקו לתובעת 600,000 ש"ח תחת ראש נזק זה בלבד (את עילת התביעה ניתן היה להשתית באותו מקרה גם על הפרת חוזה בין הניזוק לבין המוסד המטפל). לעומת זאת, כאשר המזיק פועל בתום לב וללא זדון, עשוי בית המשפט להתחשב בכך לקולא גם כשהנזק הלא-ממוני שנגרם הוא משמעותי. ר' למשל ת.א. (י-ם) 1726/88 **יצחקוב נ. עיריית ירושלים** פ"מ תשנ"א(ב) 192, 6-205, שם הדגיש בית המשפט, כי שקל את מכלול הנסיבות **"ובמיוחד את העובדה, שהתובע היה הצד החף בכל האירוע, מצד אחד, ושהמפקח והעיריה** [הנתבעים] **לא פעלו בזדון, דהיינו, לא מתוך מניע פסול, מצד שני..."** באותו מקרה העירייה חוייבה בפיצוי בסך 2,500 ש"ח בלבד, אף שדובר בתובע נכה, שמכוניתו 'סונדלה' שלא כדין, ושנגרמו לו עוגמת נפש ואי נוחות לא מבוטלים.

[79] סממן אופייני של הפסיקה הישראלית בתחום הפיצוי הלא-ממוני על הפרת חוזה הוא העדרו הבולט של דיון סדור בשיקולים המנחים את בית המשפט - הן לעניין שאלת הזכאות לפיצויים, הן לעניין קביעת שיעורם. במרבית המקרים אנו מוצאים הנמקה קצרה ביותר, מינימליסטית, או אמירה סתמית שלפיה בנסיבות העניין סכום זה או אחר נראה לבית המשפט "הולם בנסיבות העניין". בפסקי דין לא מעטים אין ההכרעה באשר לגובה הסכום (להבדיל מההחלטה אם לפסוק פיצוי כלשהו) מנומקת כלל, ובמקרים אחרים ההפנייה לנסיבות היא כללית וסתמית. הסכומים ננקבים ללא פירוט פנימי, במספרים עגולים, על פי רוב באלפי שקלים בודדים, ובמקרים רבים הסכומים הנפסקים דומים בשיעורם. נראה שהסכום ה"פופולארי" ביותר בשנים האחרונות הוא 10,000 ש"ח, אם כי נפסקים גם סכומים נמוכים יותר כגון 5,000 ש"ח, ו-3,000 ש"ח. לעיתים רחוקות יחסית נפסקים סכומים בעשרות אלפי שקלים, על פי רוב, לא מעל 30,000 ₪, בדרך כלל בתביעות שבהן הנזק הממוני גבוה במיוחד (ממצאים אלה מבוססים על עיון במאגר הפסיקה הממוחשב של "תקדין", ובפסקי דין מחוזיים ועליון שפורסמו בקבצים הרשמיים ואינם כלולים במאגר). במציאות זו בית משפט החפץ בכך יכול ללא כל קושי לעשות 'שימוש עונשי' בסמכות הקבועה בסע' 13 לחוק התרופות. אכן, מלומדים לא מעטים הכירו בכך, שפיצוי על נזק לא-ממוני עשוי לשמש אכסניה לפסיקת תשלומים עונשיים 'מוסווים'. כך למשל, **Treitel** מעיר, ש: **"If the court is particularly outraged by the defendant's conduct, it can sometimes achieve much the same result** [as punitive damages

nevo.co.il

דוגמה נדירה ומובהקת לסתירה בין מחוייבותו הרטורית של בית המשפט לעקרון הפיצוי מחד גיסא, לבין שאיפתו להגשים מטרות עונשיות מאידך גיסא, מצאתי בפסק הדין ***מזרח***.[80] בדונו בתביעה לפיצוי לא-ממוני בגין הפרת חוזה, הקפיד בית המשפט לשלם ׳מס שפתיים׳ לעקרון הפיצוי, בהדגישו כי: "**הפועל היוצא בפסיקת פיצוי לפי סעיף 13 אינו בהענשת מפר החוזה, אלא במתן פיצוי מתאים לצד האחר שהתאכזב..**"[81] אולם באותה נשימה ממש נפסק, כי:

> "**...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. במקרה שלפנינו אין סיבה להתייחס בסלחנות אל הנתבעת. היה כאן נסיון נועז להשתמט מכיבוד התחייבות ללא כל סיבה מקילה, אלא פשוט כדי להרוויח מעליית המחירים בשוק הדירות...**".[82]

מדברים מפורשים אלה עולה בעליל, כי מניעי ההפרה וחומרתה המוסרית הינם רלבנטיים ביותר - הן לעניין עצם הזכות לפיצוי והן לעניין שיעור הפיצויים שייפסקו.[83]

רמזים להתחשבות בשיקולים עונשיים קיימים, אם כי באופן מוצנע יותר, גם בפסיקה בת-זמננו. כך למשל, במקרה אחד שבו נפסק פיצוי לא-ממוני בשל הפרת חוזה שכירות, ייחס בית המשפט משקל מיוחד לחוסר

---

do] **by awarding damages for injury to the claimant's feelings. In theory such damages are meant to compensate the claimant for mental suffering, rather than to punish the defendant… But in practice the distinction is often hard to draw and - from the defendant's point of view - to perceive." Treitel** (2) 872; see also **Waddams** (2), s. 738: "**…the allowance of damages for mental distress.. ..though overtly resting on compensatory principles, is hard to separate entirely from punitive considerations."** גם אצלנו הועלתה הסברה ש: "**המרחק בין פסיקת "נזק כללי" לנפגע, לבין הטלת תשלום עונשי על המפר, כאשר מדובר בפיצויים המסורים לשיקול דעת, אינו רב... נראה הדבר, שבין "נסיבות" אלו** [״נסיבות העניין״ הנזכרות בסע׳ 13 לחוק התרופות] **יובאו בחשבון הן התנהגותו של המפר, והן הלך רוחו, או מצבו הנפשי בעת ההפרה.**" **קציר**(ב) 1080, 1091. לדברי המלומד, החשש מהתחשבות בשיקולים עונשיים עשוי להסביר את רתיעתו המסורתית של המשפט האנגלי מהכרה בזכות לפיצוי לא-ממוני בגין הפרת חוזה. לדעה שלפיה סע׳ 13 עשוי להתפרש כמעגן סמכות לפסוק תשלום עונשי ר׳ סע׳ 6.26(127) להלן. בהקשר זה ראוי אולי לציין, שהתערבות ערכאות הערעור בשיקול דעתן של ערכאות דיוניות בתחום זה הינה נדירה ביותר, ושמורה למקרים קיצוניים בלבד. לעניין זה ר׳ למשל: ע״א 4445/90 "**עמיגור**" **(ניהול נכסים) בע"מ נ. מאיוסט** תקדין-עליון, 94 (2) 674, 681; ***דוקר***, 65. ר׳ גם **קציר**(ב) 1090 והאסמכתות המפורטות שם בהערה 45. במצב זה מתרחבים עוד יותר מתחם שיקול הדעת ומרחב התמרון של שופטים בערכאות הדיוניות. על חוסר הבהירות וחוסר השיטתיות המאפיינים את הפסיקה הישראלית בתחום זה, ועל הקושי להתערב בהכרעות הערכאה הדיונית ניתן ללמוד מדברי השופט גולדברג בע״א 48/89 **בוים נ. ויצאר אינטרנשיונל בע"מ** פ״ד מו(3) 473, 484: "**אודה, כי לא נתבהרה לי הדרך בה הגיע השופט המלומד לפיצוי אותו קבע** [כנזק כללי] **אך מוצא אני, כי בסופו של דבר מבטא הסכום הכולל שיקבל הקונה, בצורה נאותה, ראש נזק זה, ואין מקום להתערב בו**". תופעה זו קיימת גם בסוגיית פסיקת ההוצאות. להלן סע׳ 6.21. באופן תיאורטי ניתן היה לתרץ את ההתחשבות במידת אשמו המוסרי של המפר באמצעות דוקטרינת הפיצויים המוגברים, שלפיה גורם זה איננו כשלעצמו עילה להגדלת הפיצוי אלא אך נתון רקע הבא ללמד על עוצמת הפגיעה בנפגע. ברם העיון בפסיקה מעלה שבפועל במרבית המקרים התנהגות הנתבע אינה מובאת כנתון המצביע על "הגברה" או "החמרה" בנזק הנפשי של התובע, אלא כשיקול בפני עצמו. אציין, שהתופעה הנדונה בסעיף זה בולטת במיוחד בערכאות הנמוכות, ואין לה כמעט ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון. פער זה נובע, לדעתי, מכך שעניינים אלה אינם נדונים כמעט בבית המשפט העליון (מהטעמים שהוסברו לעיל). ייתכן גם ששופטי העליון רגישים ומודעים יותר לרתיעה המסורתית מהחדרת שיקולים עונשיים לדיני החוזים, ולפיכך נזהרים ממתן לגיטימציה מפורשת לשיקולים אלה. לסיום אציין, שלדעתי, התופעה של התחשבות בטעמים עונשיים בהקשר לפסיקת פיצויים בכלל, ופיצויים לא-ממוניים בפרט, רחבה בהרבה ממה שניתן להעלות משיטי פסקי הדין. עם זאת, מטבע הדברים השערה זו קשה יותר לביסוס והוכחה בשל אופייה הנסתר של התופעה.

[80] ת.א. (חיפה) 1556/72 **מזרח נ. בורשטיין בע"מ** פסקים (תשל"ד)(3) 404. פסק הדין ניתן ביום 9.7.74 ועסק בתביעה לאכיפת חוזה לבניית דירה ולפיצויים בשל איחור במסירת החזקה בה.

[81] ***מזרח***, 410.

[82] שם, שם.

[83] התמקדות עקבית ברציונל הפיצוי אמורה להוביל באורח מתבקש לפיצוי הנפגע על **מלוא נזקו** הלא-ממוני (כפוף למבחן ריחוק הנזק, הלא הוא מבחן הצפיות) ותהא ההפרה שגרמתהו זדונית, רשלנית או אף חסרת אשמה כלשהי. ציון העובדה ש׳נסיבות מקילות׳ עשויות **לא רק להפחית** את הפיצוי **אלא אף לשלול** אותו לחלוטין מסיר כל ספק כי **מידת האשמה של המפר ולא מידת סבלו של הנפגע היא הטעם להבחנה** בין ההפרות השונות, שהרי ׳נסיבות מקילות׳ מבחינת המפר אינן מונעות לחלוטין את עוגמת הנפש שבהפרה. מכאן, שדברי השופט אינם עולים בקנה אחד עם רעיון של ׳פיצויים מוגברים׳, הנזכר כאפשרות לגיטימית בעניין ***גולדמן*** (סע׳ 6.10(31) לעיל). אכן, פסק דין זה ניתן לפני פסק דינו של השופט ברק בעניין ***גולדמן***. לפיכך, ניתן היה לכאורה לראותו כפסק דין מוטעה וחריג, שאינו משקף את הלך הרוח הכללי בפסיקה. אולם כפי שנראה מייד, אין מדובר במקרה יחיד או חריג. מידת אשמתו המוסרית של המפר ממשיכה להוות גם כיום שיקול רלבנטי בפסיקת פיצויים על נזק לא-ממוני, אם כי הדבר אכן נעשה באופן פחות מפורש.

nevo.co.il

המוסריות שבהתנהגות השוכרים הנתבעים.[84] במקרה אחר יוחס משקל לעובדה שהמשכיר הפר **במודע** את חוזה השכירות כאשר עשה דין לעצמו והחליף את המנעולים במושכר.[85] חומרת התנהגותו של המפר מופיעה כשיקול להחמרה עימו גם במקרים נוספים.[86] לסיום אזכיר, כי ביטוי להתחשבות בשיקולים עונשיים בפסיקת פיצוי לא-ממוני מצאתי גם בדברים שנאמרו בבית המשפט העליון. בעניין ***קסלר*** [87] נימק הנשיא שמגר החלטה לפסוק פיצוי לא-ממוני בכך ש:

> **"...יהיה זה בלתי סביר אם כל מה שיקרה כתוצאה מן ההתנהגות של שלוחה של המשיבה, שהוא שותפה לבעלות בנכס ואשר הסתיר את העובדות האמיתיות במגעו עם המערערים, יהיה רק השבת הכסף ששולם ותו לאו."**[88]

מדברים אלה עולה במשתמע, שיותר מאשר השיקול של סיבתיות וצפיות הנזק, עמד לנגד עיני הנשיא הצורך בתגובה עונשית על התנהגות פסולה ומקוממת של הצד המפר.

<u>ז. סיבתיות עובדתית</u>

6.20 שאלת הסיבתיות העובדתית נתפסת על פי רוב כשאלה טכנית, "נקייה מערכים", שעניינה בחקר שרשרת הארועים שהביאה לנזקו של התובע.[89] אולם במצבים מסויימים גם שאלת הסיבתיות העובדתית עשוייה לעורר קשיים לא מבוטלים ולחייב היזקקות לשיקולי מדיניות משפטית.[90] במצבים אלה, שבהם מבחן 'הסיבה שאין בלתה' אינו

---

[84] נקבע כי השוכרים: "**ניצלו את תמימותם** [של המשכירים], **נכנסו לדירה, גרו בה ועזבו בלי לשלם פרוטה אחת שכר דירה. הנתבעת סובבה את התובעים בכחש משיחה לשיחה ומפגישה לפגישה... בנוסף התנהגה בגסות שלוחת רסן... סיפור המעשה.. ..הוא סיפור של חוצפה והתעללות שלא נשמע כמותו במקומותינו.**" ת.א. (חיפה) 6208/91 **אדר נ. אלביליה**, עמ' 15-14 (לא פורסם, ניתן ביום 5.6.96). בית המשפט אף מתייחס להתנהגותה הנלוזה של התובעת במהלך ההליך המשפטי, ולעובדה שהרבתה בבקשות סרק לדחיית הדיון. דברים ברוח דומה אנו מוצאים בת.א. (רמלה) 2259/96 **גרשון נ. פלסים בע"מ** תקדין-שלום, 98 (1), 1542, 1550. באותו עניין נפסק פיצוי בסך 20,000 ש"ח על עוגמת נפש שנגרמה לתובעים בשל חוסר תום לב במשא ומתן מצד הנתבעים, אשר: "**סובבו את התובעים בכחש, הוליכו אותם שולל, הריצו אותם להביא בעלי מקצוע, הללו בלשון העם "טורטרו" בלי סוף. דומני כי בנסיבות הענין יש לפסוק לתובעים את מלוא הפיצוי בגין ראש נזק זה.**" גם במקרה זה נראה כי אשמת הנתבעים השפיעה במישרין על גובה הפיצוי. אמנם, באופן תיאורטי ניתן לפרש את החיוב הכספי במקרים אלה כ"פיצוי מוגבר", אלא שנראה, כי הדגש העיקרי בהם היה על חומרת התנהגותו של המפר כשלעצמה, יותר מאשר על הקשר שבין התנהגות זו לבין סבלם הנפשי של הנפגעים.

[85] "**...אני רואה בהחלפת המנעולים מעשה של נטילת החוק בידי התובעים תוך הפעלת העקרון של "כל דאלים גבר" וביתר חומרה מכיוון שמדובר באדם** [המשכיר] **שעיסוקו תיווך בנכסי דלא ניידי וחזקה עליו שמכיר דיני המקרקעין... <u>ובשים לב לחומרת מעשיהם של התובעים</u> מקובלת עלי הערכתו של הנתבע 1 בסך 5,000 ש"ח.**" ת.א (הרצליה) 251/94 **בלום נ. פלורנטין** תקדין-שלום, 96 (1), 1173, 9-1178.

[86] בת.א. (רמלה) 1929/95 **דה-קסטרו נ. פרספוליס בע"מ** תקדין-שלום, 97 (3) 1980, 1989, נפסק פיצוי בסך 40,000 ש"ח(!) כנגד חברה קבלנית בשל התנהגותם של מנהליה: "**התנהגותם לכל אורך הדרך ראויה לכל גינוי. הם התנהגו בציניות בוטה, הפרו את ההסכם בלא להניד עפעף, זלזלו בתובעים ובמצוקותיהם, והביאו לכך שבסופו של דבר בוטל ההסכם..**" למקרה דומה ר' עניין ***דדון*** הנ"ל בסע' 6.12. בת.א. (חיפה) 16059/91 **גורה נ. פרג'** תקדין-מחוזי, 98 (2) 2796, 2803 פסק בית משפט מחוזי פיצוי גלובאלי על נזק ממוני ולא-ממוני גם יחד למרות שסבר כי הנזק הממוני לא הוכח כדבעי. כנימוק לכך הדגיש בית המשפט את העובדה ש: "**יש ויש כאן מעשה הטעיה וניהול משא ומתן שלא בתום לב.**" במקרה זה נראה שאשמתו המוסרית של המפר הביאה לא רק לחיובו בפיצוי לא-ממוני, אלא גם לחיובו בפיצוי על הנזק הממוני (שעה שלפי הרטוריקה המקובלת אשמת המפר איננה רלבנטית כשלעצמה לגובה הנזק, וודאי שאיננה תחליף להוכחת נזק!). על ההתחשבות בשיקולים עונשיים ניתן ללמוד גם מפסקי דין שבהם נפסק לתובע פיצוי בסכום נמוך יחסית בשל אשמתו המוסרית המופחתת של המפר. כך למשל, בית המשפט עשוי להתחשב לקולא בעובדה שהמפר לא פעל מתוך "**זדון כלשהו ואף לא רצון רע**". ע"א (ת"א) 359/83 **אל-על שירותי שכר בע"מ נ. ויזל** פ"מ תשמ"ד (ב) 123, 130. מעניין לציין, שבמקרה זה התחשב בית המשפט בהנחייה המגבילה של השופט ברק בעניין ***גולדמן***, וקבע, שגם לו היה מדובר בכוונת זדון, הרי כוונה זו לא פגעה בתובע. שם, 131. במקרה אחר נקבע, שלכאורה ראוי היה לפסוק לתובעים "**סכום ניכר מאוד כפיצוי על צערם ועוגמת נפשם**" אך הסכום הופחת בשל העובדה שבמהלך המשפט הביעה הנתבעת את הסכמתה לתיקון ההפרה בעוד שהתובעים סרבו להצעה סבירה זו. ת.א. (י-ם) 674/83 **אשכר נ. שיכון ופיתוח לישראל בע"מ** פ"מ תש"ן (א) 474, 480 (השופט צבי טל). גם כאן ניכר השיקול העונשי בבירור, אם כי הוא פועל כאן לרעת התובעים (כעין 'פיצויים לבוז').

[87] ע"א 49/83 **קסלר נ. מאירוב** פ"ד מא(2) 547.

[88] שם, 551-2. יצויין, שהתביעה נסבה על נזק לא-ממוני שנגרם עקב חוסר תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה (פיצוי לפי סע' 12ב לחוק החוזים) ולא עקב הפרת חוזה. דברי הנשיא שמגר בעניין ***קסלר*** הובאו כתימוכין גם בת.א. (באר-שבע) 166/83 **כהן נ. עירית באר-שבע** תקדין-מחוזי 91(2) 418, 450.

[89] ר' **ידין**, 99, **שלו**, 578. זאת להבדיל מהסיבתיות המשפטית. זו האחרונה בוחנת, בין היתר, האם כעניין שבמדיניות משפטית ראוי להטיל על הנתבע אחריות לנזק שאותו גרם כעניין שבעובדה. סיבתיות משפטית מזוהה לעיתים עם המושג "ריחוק נזק", אם כי בספרות הוצע להבחין בין שני המונחים. י' גלעד, "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי - בחינה מחודשת" **משפטים** יד (תשמ"ד) 15, 19-21). עיגונה הפורמלי של הסיבתיות העובדתית הוא בדרישה שהנזק ייגרם "עקב" הפרת החוזה. ר' סע' 10 ו-13 לחוק התרופות.

[90] לבעיות שמעוררת הדרישה לסיבתיות עובדתית בדיני הנזיקין ר': I. Gilead, "Cause-In-Fact in Israeli Tort Law" in **Toward a New European Ius Commune** (Jerusalem, 1999, Rabello Ed.) 279. יצויין, כי בעיות דומות מתעוררות גם בנוגע לאחריות הפלילית לגרימתן של תוצאות מזיקות. ר': ש.ז. פלר, **יסודות בדיני עונשין** (ירושלים, תשמ"ד) כרך א', 93-756. דווקא בהקשר החוזי לא זכתה

nevo.co.il

מביא לתוצאות סבירות, עשוי השופט להתחשב גם בדרגת אשמתם המוסרית של הגורמים האנושיים המעורבים. דוגמה מובהקת לאופן שבו שיקולים עונשיים משפיעים על ההכרעה בשאלות של סיבתיות עובדתית בהקשר החוזי היא פרשת ***קרטין***.[91] באותו עניין נתבע לדין מנהל תיקי השקעות שפעל תוך ניגוד עניינים מובהק כאשר השקיע את כספי לקוחותיו בניירות ערך של חברות שבהן היה בעל עניין. בכך הפר המנהל את החוזה ואת חובת האמון שבה חב מכוחו כלפי לקוחותיו. הלקוחות תבעו פיצויים בגין ירידת ערכם של הניירות, בשיעור ההפרש שבין ערכם במועד רכישתם על ידי המנהל, לבין ערכם במועד ביטול החוזה עימו בשל ההפרה.[92] התביעה נדחתה בערכאה הראשונה, בין היתר על סמך הקביעה כי לא הוכח קשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק. נפסק, שלאור ירידות השערים הכלליות שחלו בשוק ניירות הערך, קיימת אפשרות סבירה שהנזק היה מתרחש ממילא גם אלמלא ההפרה.[93]

בית המשפט העליון, מפי השופט אנגלרד, הציג שלוש חלופות להכרעה בשאלת הסיבתיות העובדתית.[94] מבין חלופות אלה אומצה החלופה השנייה, שלפיה ראוי להכיר בקיומו של קשר סיבתי ולייחס למנהל את גרימת הנזק למרות שהקשר הסיבתי העובדתי שבין ההפרה לנזק למעשה לא הוכח! יצויין, שהשופט אנגלרד הכיר מפורשות בכך שהכרעה זו משקפת סטייה ברורה ממבחני הסיבתיות המסורתיים.[95] עם זאת, לדעתו, הטלת האחריות על המנהל במקרה זה מוצדקת לאור התנהלותו החמורה בנסיבות העניין, והצורך להרתיע מפני הפרות דומות בעתיד.[96]

עינינו הרואות כיצד פעם נוספת נוצרת בבית המשפט העליון הלכה, המשנה את מערך התרופות המסורתי בתחום החוזי, וזאת משיקולים עונשיים מובהקים. הצורך להבטיח תגובה עונשית הולמת על הפרה מחפירה של החוזה הביא גם הפעם להענקת "פיצויים" למי שלפי עקרונות הפיצוי אינו זכאי לכל פיצוי. כך הוטל למעשה תשלום עונשי על מפר החוזה, וזאת באיצטלה של "כללי סיבתיות" גמישים.[97] הדעת נותנת שתופעות דומות של

בעיית הסיבתיות העובדתית (והמשפטית) לדיון מעמיק בספרות הישראלית. המלומד ידין הביע את סברתו, כי ניתן להקיש בעניין זה מהפתרונות שניתנו לבעייה בדיני הנזיקין. **ידין**, *99*. בחינה מקיפה של נושא הסיבתיות העובדתית והמשפטית נערכה בחיבורם המונומנטלי של: H.L.A. Hart, A.M. Honore, **Causation in the Law** (Oxford, 2nd ed., 1985) לדיון בבעיות הכרוכות בקביעת סיבתיות עובדתית ר' שם, בעמ' 29-109. לדיון בבעיות הסיבתיות (העובדתית והמשפטית) המיוחדות לתחום החוזי ר' שם, בעמ' 308-24.

[91] ע"א 3654/97 **קרטין נ. עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ** פ"ד נג(3) 385.

[92] החוזה במקרה הנדון היה יפוי הכוח שניתן למנהל ההשקעות, וביטולו סימן את ניתוק הקשר המשפטי בין הצדדים.

[93] במילים אחרות, גם לו רכש המנהל ניירות ערך אחרים (או לא רכש ניירות חדשים), היה ערכם של ניירות הערך שבידי הלקוחות צפוי לרדת ממילא.

[94] לדבריו, במצב זה שאלת הסיבתיות היא קשה, שכן הכרעה בה כרוכה בספקולציה באשר לגורלה ההיפותטי של ההשקעה אלמלא ההפרה. במצב כזה ניצבות בפני השופט שלוש חלופות להכרעה (לתיאור החלופות ר' פסקות 25-23 לפסק הדין): **האחת** - קביעה כי הקשר הסיבתי העובדתי לא הוכח, ולפיכך הנזק אינו בר-פיצוי; **השנייה** - קביעה כי הקשר הסיבתי התקיים, וכי הירידה בערך הניירות נגרמה בשל ההפרה (במצב זה יוחזר הלקוח למצב בו עמד ערב ההפרה, כלומר ערב ההשקעה); **השלישית** - ניסיון להעריך (למרות הספקולטיביות שבדבר) מה היה עולה בגורל ההשקעה אלמלא ההפרה. לדיון בבעיות דומות המתעוררות בדיני הנזיקין בשל הקושי להעריך "מה היה קורה אילו" ר' 82-279 ,(3) **Gilead**.

[95] **"לפי שיטה זו, הלקוח עשוי לזכות ביתרון כלכלי ממשי החורג ממידת הפיצויים שהייתה מגיעה לו לפי מבחני הסיבתיות המסורתיים."** ***קרטין***, פסקה 24.

[96] על החומרה הרבה למד השופט מהמניע הפסול שלשמו פעל המנהל וממשך הזמן הרב שבו פעל תחת ניגוד עניינים ברור: **"מן הראוי לאמץ במישרין את הגישה השנייה הנזכרת.. וכל כך למה? התנהגותו של אייזנברג** [המנהל] **לא הייתה ארוע חד-פעמי. ניגוד העניינים נמשך לאורך כל תקופת השליחות... כל הפעולות שנעשו בניירות הערך.. ..חשודות שבוצעו מתוך המטרה לשמירת האינטרס האישי שלו... בנסיבות אלה של ריבוי פעולות ומחדלים במצב של ניגוד עניינים לאורך זמן, אין לשמוע את טענתו.. ..כי אפשר והנפגע היה מפסיד גם בניהול תקין של תיק ההשקעות.. דומה, כי בנסיבות הנדונות, גם אלה מבין השופטים המסתייגים מהחלה כללית ובלעדית של שיטה זו, יודו כי כאן היא מוצדקת..."** שם, פסקות 29, 30. השיקול ההרתעתי נזכר בפסקה 24 לפסק הדין, תוך הפנייה לפסיקה קנדית. יצויין, שבקשה לדיון נוסף בהלכת **קרטין** נדחתה על ידי הנשיא ברק, אשר קבע כי השאלה אמנם **"אינה שאלה פשוטה"**, אך אין עילה מספקת לדיון נוסף, בין היתר משום ש**"בית המשפט לא קבע הלכה נוקשה, אלא קבע, כי ניתן יהיה לבחור בין שלוש שיטות הערכת הנזק המוצעות בפסק הדין, או בשיטות אחרות.."** דנ"א 5083/99 **עתרת ניירות ערך (2000) נ. קרטין** תקדין-עליון 2000(2), 924 (פסקה 11).

[97] עם זאת, במסגרת הרטוריקה הקומפנסטורית המקובלת, ממהר השופט אנגלרד להבהיר בפסק הדין, כמעט בנשימה אחת עם דבריו הקודמים, כי עדיין **"..המטרה היא להשיב את מצב הנפגע לקדמותו"** וכי **"בניגוד למקובל בארה"ב, אין בתי המשפט בישראל**

nevo.co.il

ענישה מוסווית קיימות, וביתר שאת, שעה שבתי המשפט מיישמים את מבחני ה"סיבתיות המשפטית", שהם מעצם טיבם מבחני שסתום גמישים ורחבים עוד יותר ממבחני הסיבתיות העובדתית.[98]

ח. הוצאות עונשיות והוצאות לדוגמה

6.21 הפרקטיקה של פסיקת הוצאות משפט לתובע הזוכה בתביעתו משמשת, כידוע, כאמצעי לפיצוי התובע על הנזק הכלכלי הכרוך בפתיחתו וניהולו של הליך משפטי מוצדק.[99] ואמנם, לאור היגיון זה קבע בית המשפט העליון מפורשות, כי הפרקטיקה של פסיקת "הוצאות עונשיות" כנגד בעל דין הינה אסורה.[100] אלא שבפועל, נראה כי גם בהקשר זה משמש שיקול הדעת הרחב המוקנה לבית המשפט האזרחי כאמצעי לענישתם של בעלי דין על התנהגות פסולה. הפסול בהתנהגות שבגינה מוטלות הוצאות עונשיות מתבטא על פי רוב בניצול לרעה של ההליך המשפטי. אולם לעיתים מובאת בחשבון גם התנהגות שקדמה להליך והנוגעת לארוע המקים את עילת התביעה עצמה.[101] השיקול העונשי בא לידי ביטוי בפסיקת הוצאות משפט במספר דרכים:[102]

ראשית, האיסור על פסיקת הוצאות עונשיות נתפרש באופן שאינו שולל מבית המשפט את הכוח **להפחית** מסך ההוצאות הריאליות שהוציא הצד הזכאי לפסיקת הוצאות לטובתו. הפחתה כזו תיתכן כאשר בית המשפט מוצא לנכון להביע סלידה מהתנהגותו של הצד הזכאי להוצאות במהלך הארוע המהווה יסוד לתביעה או במהלך המשפט עצמו.[103] **שנית,** בתי המשפט הכירו בסמכותם לפסוק "**הוצאות לדוגמה**", כלומר, **להוסיף על סכום ההוצאות "הרגיל"** שהיה אמור להיפסק לזכות המנצח במשפט סכום נוסף, וזאת כדי "לבוא חשבון" עם הצד המפסיד בשל התנהגותו הראוייה לגנאי.[104] אמנם, ניתן לטעון כי "הוצאות לדוגמה" אינן אלא תיאור בלתי מדוייק למה שהוא

נוהגים לפסוק פיצויים עונשיים" (שם, פסקה 30). מובן, שאמירה זו אינה מתיישבת עם הטעם העיקרי להכרעה בעניין ***קדטיין***, שהוא כמוסבר טעם עונשי מובהק. מעניין להזכיר, שפסק הדין עסק בהפרת חוזה שנעשתה על רקע יחסי אמון מיוחדים. כזכור, במשפט האמריקאי קיומם של יחסי אמון מהווה אחד החריגים לכלל האוסר (לעיל סע' 5.22).

98 אסמכתות רלבנטיות בנושא זה מרוכזות בסע' 8.06(23) להלן.

99 "**יש להביא לידי ביטוי בפסיקת הוצאות את ההוצאות האמיתיות המשולמות ע"י צד בדיון וזאת כדי שמי שזכה בדיון ונמצא כי טענתו צודקת, לא יפגע מעצם קיום ההליך המשפטי ... חוק היסוד קובע כי אין פוגעים בקנינו של אדם. בהתאם פסיקת הוצאות צריכה להיות כזו שלא יפגע קנינו של אדם אך ורק מהטעם שנתבע בבית משפט.**" ת.א. (טבריה) 3493/96 **אילת נ. אילת** תקדין-שלום, 98(2), 833, 1-840.

100 "**למותר להוסיף, כי בית המשפט אינו מוסמך להטיל הוצאות עונשיות...**" ר"ע 551/83 **ברגר נ. ונטורה** פ"ד לח(1) 266, 270 (הנשיא שמגר).

101 ר' הציטוטים המודגשים בקו-תחתי בהערות השוליים 105-103 להלן.

102 בסקירה שלהלן לא הבחנתי בין תביעות חוזיות לתביעות אזרחיות אחרות, באשר נראה לי שגישתו העקרונית של בתי המשפט איננה תלויה בסוג העילה שהיא מושא הדיון (חוזית, נזיקית, מינהלית או אחרת). לדיון בתופעה מקבילה של פסיקת הוצאות עונשיות במשפט האמריקאי ר': J.P. Mallor, "Punitive Attorneys' Fees for Abuses of the Judicial Process" 61 **N.C.L.R.** (1982-3) 613

103 אכן, הנשיא שמגר בעניין ***ברגר*** הדגיש, כי על אף שאין הסמכה לפסוק הוצאות עונשיות, הרי בית המשפט "**..יכול, על כן, בעיקר, להפחית מן ההוצאות הריאליות..**" ***ברגר***, 270. ר' גם ע"א 406/80 **אלקיים נ. הוברמן** פ"ד לו(4) 416, 420: "**כשצד מתנהג בצורה בלתי הולמת, בין אם בנסיבות המקרה, שהולידו את ההליכים המשפטיים בין הצדדים, ובין אם באופן ניהולו את המשפט, יכולה עובדה זו לשמש נימוק לאי-פסיקת הוצאות לזכותו, אפילו זכה בדין..**"; ע"א 716/82 **עירית הרצליה נ. אמר** פ"ד לט(4) 218, 221: "**מותר לו לשופט להביא בחשבון את התנהגותו הבלתי הולמת של אחד הצדדים במהלך אשר הוליד את ההליכים המשפטיים בעת פסיקת הוצאות.**" במקרים חריגים עשוי בית המשפט אף לשלול לחלוטין את הזכות להוצאות מהתובע שזכה. ר' למשל דברים שנאמרו בע"א 216/80 **בויאר נ. שיכון עובדים בע"מ** פ"ד לח(2) 561, 572: "**כדי להביע את מורת רוחנו על התנהגותן של המשיבות אנו מחליטים שהמערער לא יישא בהוצאות המשיבות**".

104 עיון בפסיקה הישראלית מעלה, כי פסיקת הוצאות לדוגמה היא חיזיון נפרץ בבתי המשפט האזרחיים, וכי נעשה שימוש נרחב בדוקטרינה זו. כך למשל, במקרה אחד השית בית המשפט הגבוה לצדק הוצאות לדוגמה על עותר שעתירתו נדחתה, באשר זה: "**הטריח וחזר והטריח כל האנסטנציות השיפוטיות האפשריות בטענות סרק, שנדחו וחזרו ונדחו.**" בג"צ 692/85 **אש נ. ביה"ד הצבאי לערעורים** תקדין-עליון, 86 (1) 25, 26. שיקולים אלה משמשים במידה שווה גם בתביעות אזרחיות רגילות. ר' למשל: ת.א. (תל-אביב) 2172/90 **פז נ. מנהל מקרקעי ישראל** תקדין מחוזי, 93(2) 140, 142: "**צודקים ב"כ הנתבעים שהתביעה היתה קנטרנית מלכתחילה, וראויים הם להוצאות משפט ושכ"ט עו"ד לדוגמה.**"; ת.א. (תל-אביב) 681/92 **ליפשיץ נ. דיירקס ישראל** תקדין מחוזי, 92(3) 427, 432: "**בנסיבות המקרה ראוי היה לקבל את עמדת ב"כ המשיבות ולהטיל הוצאות לדוגמה, באשר ככל הנראה הוגשה הבקשה כדי להשיג דחית התשלום.**" במקרה אחר, שבו ניסה הצד שהפסיד במשפט לזכות בפיצוי שלא הגיע לו, התערב בית המשפט שלערעור בשכר הטרחה שנקבע בבית משפט קמא, והגדילו עד כדי 30,000 ₪, תוך שהוא קובע, כי: "**הגשת תביעה בעילה שקרית במודע היא בגדר מעשה שלא יעשה ומחייבת פסיקת הוצאות לדוגמה.**" בתביעה חוזית נקבע, כי על אף שהמניע המחפיר להפרת החוזה אינו משפיע על גובה הפיצויים בשל נזקי ההפרה, יש בו כדי להביא להגדלת סכום ההוצאות שייפסקו לנפגע: "**אין ספק שהנתבע הפר את התחייבותו כלפי התובעים, ומה הביאו לכך אינו עשוי להשפיע על סכום הפיצויים שפסקתי. אולם עשויה להיות לכך השלכה לענין ההוצאות.**" ת.א. (תל-אביב) 2380/90 **משה נ. שמיר** תקדין-מחוזי, 93(2) 1206, 1208 (השופט קלינג). ניתן לראות,

nevo.co.il

למעשה הוצאות ריאליות וממשיות.[105] אלא שגם אם טענה זו נכונה, הרי עצם העובדה שרק במקרים חמורים פוסקים בתי המשפט הוצאות לדוגמה מלמדת שלנגד עיני בית המשפט עומד קנה מידה "רגיל" של פיצוי מופחת, וקנה מידה "חריג" של פיצוי מלא, המופעל רק בהינתן התנהגות המצדיקה גינוי חריף. משמעות הדבר היא, שמבחינה מעשית גם פסיקת הוצאות ריאליות "לדוגמה" משמשת בפועל כעונש על התנהגות חריגה.[106] יתרה מכך, במרבית המקרים אין בתי המשפט חוקרים ודורשים מה היו הוצאות המשפט לאשורן. במצב זה אין מניעה שה"הוצאות לדוגמה" עשויות לעלות בשיעורן על ההוצאה הריאלית שהוצאה בפועל, ולשמש כתשלום עונשי לכל דבר.[107]

שלישית, בית המשפט העליון אף הרחיק לכת וקבע, כי במקרים קיצוניים של שימוש לרעה בהליכי המשפט מוסמך בית המשפט האזרחי לא רק להפחית מהוצאותיו של צד שזכה במשפט, אלא אף לחייבו בהוצאות הצד השני, שהפסיד במשפט.[108] כאן בפנינו סנקציה עונשית טהורה בגין התנהגות מבישה, להבדיל מחיוב הממלא גם תפקיד של פיצוי (שהרי לכאורה הצד המפסיד אינו זכאי לכל פיצוי).[109]

<u>ט. עניינה בגין חוסר תום לב</u>

כי בית המשפט נרתע כאן מהתחשבות גלוייה בשיקולי אשמת המפר בפסיקת הפיצויים בדיני החוזים, אך מתיר לעצמו לעשות כן במסגרת פסיקת ההוצאות. בתביעה אחרת הודגש הצורך בענישת התובע שהפסיד במשפט על התנהגותו המגונה, שכללה הפרה בוטה של חיוב חוזי: "**במסגרת תביעה זו סבור אני כי יש לפסוק הוצאות שישקפו את התנהגות התובעת. כפי שמסתבר בדיעבד, התובעת נקטה בהליך זה מתוך כוונה לעכב ביצועם של צווים שנתנו בעניינה ערכאות גבוהות יותר, <u>ובניגוד להתחייבותה המפורשת בהסכם</u>... במהלך הדיון הסתירה התובעת עובדות מהותיות מבית המשפט ונקטה בדרך הגובלת בהטעיה. כמו כן, גרמה התובעת להארכת וסרבול הדיון, ולא לצורך...**" עניין ***אילת***, 1-840. בהקשר זה נזכיר את הוראת תקנה 514 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, המסמיכה את בית המשפט או הרשם להטיל את הוצאות ההליך על צד שהאריך את הדיון שלא לצורך. שופטים מסויימים רואים בתקנה זו עיגון משפטי לפסיקת הוצאות עונשיות או הוצאות לדוגמה. ר' למשל בש"א 3324/92 **מימון נ. אומרן** תקדין-עליון, 92(2) 2291, בו נזכרת האפשרות לפסוק הוצאות לדוגמה מכוח התקנה האמורה. ר' גם ת.א. (טבריה) 3952/96 **מחאמיד נ. עילית חברה לביטוח בע"מ** תקדין-שלום, 97(2) 3509, 3511: "**תקנה 514 לתקנות סדר הדין האזרחי** [מסמיכה] **לפסוק הוצאות עונשיות בגין ניהול הליך סרק... בהתאם אני סבור, כי יש מקום לפסוק הוצאות עונשיות לדוגמא שירתיעו מפני הגשת תביעות מסוג זה...**" אותו שופט חזר על דברים ברוח זו בת.א. (טבריה) 1542/95 **טאלב נ. סהר בע"מ** תקדין-שלום, 98(2) 1496, 1502, וגם בעניין **אילת**, בעמ' 841: "**מי שיוזם הליך שיפוטי צריך לדעת כי אם יתברר שלא היה בסיס לטענותיו, ישא בהוצאות הצד שכנגד. אשר על כן אני מחייב את התובעת לשלם לנתבע הוצאות לדוגמא..**" ר' עוד: ע"א (חיפה) 4310/96 **עבאס נ. דיב** תקדין-מחוזי, 97(2) 411, 412.

[105] ואכן, לעיתים טורח בית המשפט להדגיש באופן מפורש, כי על אף שהעילה לפסיקת הסכום הגבוה נעוצה בהתנהגותו המחפירה של הצד המפסיד, הרי הוא נועד בסופו של דבר לשמש כ"הוצאות ממשיות ומלאות", ולא מעבר לכך. ר' למשל, בג"צ 2338/95 **אדמיר טכנולוגיות (1991) בע"מ נ. מע"צ**, תקדין-עליון, 96(2) 39, 41-40, שם ציין בית המשפט העליון, בין היתר, את "**<u>יחסה המזלזל של המשיבה וחוסר האכפתיות שלה</u>**" וקבע לעותרת את "**הוצאותיה הממשיות המלאות שהוציאה**" בסך 30,000 ש"ח. הנמקות מעין אלה מזכירות את נסיונם הכושל של בתי המשפט באנגליה להבחין בין פיצויים מוגברים לתשלומים עונשיים. ר' לעיל סע' 1.13(47-49).

[106] מבחינה זו הוצאות לדוגמה ממלאות תפקיד זהה לזה של "פיצויים מוגברים". ר' סע' 1.13 לעיל.

[107] ואמנם, מומחה בתחום המשפט הדיוני בישראל העריך, כי הנטייה להגדלת סכומי ההוצאות הנפסקים מושתתת לא רק על טעמים של פיצוי, אלא גם על טעמים הרתעתיים-עונשיים: **"The Supreme Court attitude in this regard has been based expressly not only on the desire to make winning litigants "whole", but also on the presumed deterrent effects of high cost awards on the filing and pursuing of frivolous claims and defenses."** S. Goldstein, "Punishment: Civil Style - A Comment" 25 **Isr. L.R.** 779, 787. (1991) המלומד למד על כך, בין היתר, ממספר פסקי דין שבהם פסק בית המשפט העליון הוצאות בסכומים שמעל ומעבר להוצאות הדיון הממשיות. **Goldstein**, 787 & citations at n. 22 נזכיר, כי בהקשר דנן, בדומה למצב הקיים בסוגיית הפיצוי הלא-ממוני, גישתם העקבית של בתי המשפט שלערעור היא להימנע מהתערבות בפסקי הוצאות של ערכאות הדיון: "**כלל הוא כי אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בשאלת הוצאות משפט, אלא במקרים חריגים ונדירים...**" ע"א 769/86 **רובינשטיין ושות' נ. זמרן** פ"ד מב(3) 581, 592-3; ר' גם עניין ***אלקיים***, 420, והאסמכתות המפורטות שם. עובדה זו אף היא מקילה על שופטים החפצים בכך לעשות בפסיקת הוצאות 'שימוש עונשי.' דוגמה מובהקת לפסיקת הוצאות עונשיות ניתן להביא מת.א. 1254/96 **טרלובסקי נ. מ"י** תקדין-מחוזי 99(3) 2946, בו נפסקו כנגד הנתבעים (וביניהם מדינת ישראל!) בתביעת נזיקין בגין ניהול טורפני ובזוי של המשפט כל הוצאות המשפט לרבות תשלומים למומחים, ובנוסף סך 150,000 ₪ שכ"ט עו"ד, תוך שבית המשפט מציין שהוא מוצא לנכון בנסיבות החריגות שליוו את ניהול ההגנה להטיל "**הוצאות בשיעור מיוחד ועונשי**" (פסקה 61).

[108] ע"א 419/80 **הולנדר ושות' בע"מ נ. הוד אווז בע"מ** פ"ד לה(4) 433, 438.

[109] קביעה זו יש לסייג במקרים שבהם הצד הזוכה במשפט סרב לקבל פיצוי מהצד שכנגד וגרם להתמשכות ההליכים שלא לצורך, תוך הסבת נזק לצד המפסיד.

nevo.co.il

6.22 דיון נרחב בעקרון תום הלב וביישומיו בדיני החוזים חורג כמובן מגדרו של חיבור זה.[110] עם זאת, בהקשר דנן ראוי להצביע בקצרה על הפוטנציאל העונשי הרחב והמגוון הגלום בעקרון יסוד זה של דין החוזים הישראלי. מעצם היותו מושתת על אדנים של מוסר, צדק והגינות, יש בכוחו של עקרון תום הלב להצמיח תרופות וסנקציות הדרושות לשם עשיית צדק בין צדדים לחוזה או למשא ומתן טרום-חוזי, ובכלל זה 'צדק עונשי'.[111] ואמנם, בהקשרים שונים ומגוונים דומה שהפסיקה הישראלית אכן עושה 'שימוש עונשי' שכזה בעקרון תום הלב. מבלי למצות נזכיר כאן את העובדה שהפרת חובת תום הלב עלולה: 1) להביא להטלת סנקציות שונות על מפר החובה כגון אכיפה ופיצויים;[112] 2) להביא להטלת חבות חוזית מלאה על פרישה בחוסר תום לב ממשא ומתן המצוי בשלבים מתקדמים;[113] 3) למנוע מהמפר תרופות להן הוא זכאי לכאורה בשל הפרת חוזה על ידי הצד השני או לשלול ממנו חירויות שהוא זכאי להן לכאורה;[114] 4) להביא לעריכת שינוי במבנה החוזה ובסדר קיום החיובים המקורי שנקבע בו;[115] 5) להביא להטלת חיובים שלא בא זכרם בחוזה על צד לו שפעל בחוסר תום לב,[116] או לשלילת זכותו להסתמך על הוראות מפורשות הקבועות בו;[117] 6) ואף לזכות את הצד הנפגע מהפרת חובת תום הלב בשלב הטרום-חוזי באפשרות להשתחרר מהחוזה אפילו לא נפל פגם בכריתתו.[118] בכל אלה ובהקשרים נוספים **משמש עקרון תום הלב ככלי המאפשר לבית המשפט להעניש את אותו צד להתדיינות שבהתנהגותו נפל פסול מוסרי או חברתי, ובה בעת להיטיב עם הצד השני.** כאשר ענישה זו מביאה - במישרין או בעקיפין - להגדלת חיוביו הכספיים של המפר את חובת תום הלב או להפחתת הסכומים להם הוא זכאי לכאורה, היא שקולה במידה רבה לפסיקת תשלום עונשי כנגדו.[119]

י. "הגישה העונשית" בפסיקה בתחום החוזי - סיכום

---

110 לסקירה מקיפה אודות עקרון תום הלב ויישומיו השונים בפסיקה הישראלית ר': י' וינבוים, **בדרך מקובלת ובתום לב** (תל-אביב, 2000).

111 להבחנה בין "צדק מעניש" לבין סוגים אחרים של צדק (כגון "צדק מתקן", "צדק הסכמי", "צדק חלוקתי") ר': א' פורת, "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כב (תש"ס) 647, 55-649.

112 ע"א 59/80 **שרותי תחבורה ציבוריים באר-שבע נ. ביה"ד הארצי לעבודה** פ"ד לה(1) 828, 838: **"לעיתים תוצאת אי-קיום החובה היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה."**

113 ר' למשל ע"א 986/93 **קלמר נ. גיא**, פ"ד נ(1) 185, שם נקבעה ההלכה שלפיה חוסר תום לב קיצוני עשוי לשכלל חוזה שלא נתקיימה בו דרישת כתב מהותית כאשר "זעקת ההגינות" מחייבת זאת; ע"א 6370/00 **קל בניין בע"מ נ. ע.ר.מ. רעננה לבנייה ולהשכרה בע"מ** פ"ד נו(3) 289, שם נקבע כי חוסר תום לב של צד למשא ומתן עשוי להצמיח חבות בפיצויי ציפייה חוזיים, אף שכלל לא נכרת חוזה.

114 **"לעיתים התוצאה** [של הפרת חובת תום הלב] **היא בשלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר. לעיתים תוצאת ההפרה היא במתן כוח לבעל החוזה האחר לפעול פעולות מסוימות בתחום החוזה, שאחרת היו נחשבות להפרה, או שלילת כוח, הנתון לבעל החוזה המפר, על פי הוראות החוזה." שרותי תחבורה**, 9-838; ר' גם (דעות יחיד; בצריך עיון): ע"א 409/78 **גולן נ. פרקש** פ"ד לד(1) 813, 821 (שלילת הזכות לבטל חוזה בשל הפרה יסודית, השופט ח' כהן); ע"א 2825/97 **אבו-זייד נ. מקל** פ"ד נג(1) 402, 15-413 (כנ"ל, השופט אנגלרד); ד"נ 21/80 **ורטהיימר נ. הררי** פ"ד לה(3) 253, 271 (שלילת הזכות לאכיפה בשל חוסר תום לב, השופט ברק).

115 בע"א 701/79 **שוחט נ. לוביאניקר** פ"ד לו(2) 113 פסק בית המשפט העליון, שגם כאשר לפי לשון החוזה חיוב מסויים שבו הוא עצמאי (כלומר, על החייב לבצעו ללא תלות בקיום חיוביו של הנושה), הרי שהתנהגות בחוסר תום לב של הנושה עשויה להפוך את החיוב העצמאי לחיוב שלוב ולהתיר לחייב לעכב את ביצוע החיוב. אפשרות זו התקבלה על דעתו של השופט ברק בע"א 765/82 **אלתר נ. אלעני** פ"ד לח(2) 701, 714.

116 **שרותי תחבורה**, 836.

117 ע"א 4268/93 **מ"י נ. אפרופים שיכון וייזום בע"מ** פ"ד מט(2) 265, 8-327: **"..בכוחו** [של עקרון תום הלב] **להביא לשינוי לשונו המפורשת של החוזה, "תוך שינוי החיוב החוזי עצמו".."** והשוו לע"א 554/83 **אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ. עזבון המנוח זולוטולוב** פ"ד מא(1) 282, 300.

118 בעניין זה ר' פסק היחיד של השופט חשין בע"א 1569/93 **מאיה נ. פנפורד (ישראל) בע"מ**, פ"ד מח(5) 705, 29-716 אשר הכיר בקיומה של כפייה כלכלית בנסיבות שבהן לא נתקיימו המבחנים המסורתיים להתקיימותה, וציין כי ניתן היה להגיע לתוצאה גם באמצעות חיוב בפיצויים על הפרת חובת תום הלב; והשוו לפסק המיעוט של השופט קדמי בע"א 4839/92 **גנז נ. כץ**, פ"ד מח(4) 749, 9-753 (שחרורו מהחוזה של נפגע מחוסר תום לב שלא הוכיח את התקיימות יסודות עילת העושק, וזאת באמצעות הוראת סע' 12 לחוק החוזים).

119 הדיבור "חוסר תום לב" הינו רחב דיו כדי להכיל את מרבית ההתנהגויות העשויות להיתפס כ"מחפירות" לצורך פסיקה של תשלום עונשי. עם זאת, לדעתי, אין חפיפה מלאה בין המושגים, שכן לצורך התנהגות מחפירה אין די בכל סטייה מסטנדרט ההתנהגות הסביר, ונדרשת סטייה בוטה ומשמעותית. ר' סע' 7.03 להלן. ר' גם סע' 5.28(120). לדיון באפשרות לעגן את הדוקטרינה בתחום החוזי באמצעות עקרון תום הלב ר' להלן סע' 6.30.

nevo.co.il

6.23 באף לא אחד משמונת ההקשרים שבחנתי לעיל עסקה הפסיקה במישרין בשאלת סמכותה לפסוק תשלום עונשי בתביעות חוזיות. עם זאת, בכולם מסתמנת **מגמה אחת משותפת:** החמרת הסנקציה המוטלת על צד לחוזה או למשא ומתן טרום-חוזי בשל התנהגותו הפסולה, תוך שמירה על מיתאם (קורלציה) בין חומרת ההתנהגות במישור המוסרי לבין עוצמת הסנקציה המוטלת בתגובה לה. כל התופעות שנבחנו חולקות עם דוקטרינת התשלום העונשי **מספר מאפיינים משותפים חשובים**: **ראשית**, בכל המקרים שנבחנו בית המשפט מגלה נכונות לסטות מאמת המידה התרופתית ה"רגילה", "המקובלת" או ה"מתבקשת", ומחריף את הסנקציה המוטלת על הנתבע (או מפחית את התרופה הנפסקת לטובתו). **שנית**, העילה להטלת חבות היתר (או החסר) נעוצה תמיד בהתנהגות מקוממת הראוייה בעיני בית המשפט לגינוי מוסרי ולענישה.[120] **שלישית**, התנהגות מקוממת זו פוגעת באינטרס מוגן של התובע, ששיטת המשפט רואה בהגנתו ערך חשוב. עם זאת, התופעות שנסקרו נבדלות מהתשלום העונשי בשני היבטים חשובים: **ראשית**, התשלום העונשי הוא סנקציה עונשית מוצהרת וגלויה, להבדיל מהסנקציות שנסקרו, אשר במידה רבה הינן סנקציות עונשיות מוסוות.[121] **שנית**, עוצמתה של סנקצית התשלום העונשי נקבעת במישרין לאורו של השיקול העונשי, ואילו עוצמת הסנקציות העונשיות שנסקרו לעיל נקבעת ומוגבלת (לפחות להלכה) על ידי אמות מידה שאינן עונשיות (כגון רווח שהופק, נזק שנגרם, וכו').[122]

לסיכום, ניתוחנו הביקורתי את הפסיקה הישראלית בתחום החוזי מלמד שבניגוד להתרשמות הראשונית העולה מהתייחסותה הישירה של הפסיקה לסוגייה דנן, קיימת כיום הכרה הולכת וגוברת של שופטים בכך ששיקולים עונשיים הינם רלבנטיים ולגיטימיים בתחום החוזי. תשתית זו מקילה, לדעתי, על השתלבות עתידית של התשלום העונשי במערך התרופות החוזיות, אם וכאשר תאומץ הדוקטרינה אל דין החוזים הישראלי בפסיקה או בחקיקה.

IV. דעות מלומדים

6.24 העיון בדברי מלומדי המשפט בישראל מעלה שגם כאן - כמו בחקיקה ובפסיקה - לא זכתה השאלה המעניינת אותנו לדיון מעמיק ושיטתי, וגם כאן אין להצביע על מסקנות חד-משמעיות.

---

120 במרבית המקרים חומרת יתר זו מיוחסת לעובדה שההפרה נעשתה במודע, ללא הצדקה מוסרית נראית לעין, ותוך זלזול מופגן או חוסר התחשבות באינטרס הלגיטימי של הנפגע. כמובהר בפרק הבא, זלזול בזכויות הזולת הוא מאפיין התנהגותי המשותף לכל "התנהגות מחפירה". ר' סע' 7.10.

121 כפי שראינו, בית המשפט מקפיד להימנע מנקיטה בלשון "עונש" או "ענישה", והרציונלים העונשיים עולים לעיתים רק במשתמע מההקשר הכולל או מנימת הדברים.

122 למשל: תשלום השבה מוגבל תמיד לרווח המירבי שהפיק מפר החוזה בפועל; פיצויי הסתמכות והוצאות משפט מוגבלים תמיד (לפחות להלכה) בתקרת הנזק או ההוצאה שנגרמו בפועל; הסנקציה המוטלת על מפר זדוני של חוזה מכוח דוקטרינת השערוך החלקי מותנית בקיומו פער בין ערך ריאלי לנומינלי ובשיעורו של פער זה; וכן הלאה. לדיון במשמעות הבדלים אלה בין הדוקטרינות העונשיות ה"עקיפות" לבין דוקטרינת התשלום העונשי ר' סע' 7.95 להלן.

nevo.co.il

א. הדעה לפיה אין תחולה לדוקטרינה בתחום החוזי

6.25 בספרות הועלתה הסברה כי פרשנותם הנכונה של דיני החוזים מוליכה למסקנה שמקומו של התשלום העונשי לא יכירנו בתחומם. כך, בספר היסוד שכתבה אודות דיני החוזים קובעת פרופ' שלו:

> **"בהיותה של מטרת הפיצויים.. ..פיצוי הנפגע ולא ענישת המפר, ברור על שום מה אין זכר בחוק התרופות והפסיקה שהתפתחה על יסודותיו, לפיצויים עונשיים. מבחני ריחוק הנזק.. ..הם המבחנים הקובעים במימוש הזכות לפיצויים, ולא גורמים כמו התנהגות המפר או מניעי ההפרה. העדר מושג הפיצויים העונשיים בחוק אינו מקרי, אלא נובע מתפיסה עקרונית של דין החוזים, כדין של אחריות חמורה, או מוחלטת... דין החוזים בישראל אינו מכיר איפוא בפיצויים שאינם מיועדים לפצות את הנפגע. אין לבית המשפט סמכות כללית לפסוק פיצויים סמליים או נומינליים, ואף לא פיצויים עונשיים".**[123]

סברות דומות נשמעו גם בדבריהם של מלומדים נוספים, אם כי בדרך כלל בלא הנמקה מהותית.[124]

ב. דעות ספקניות יותר באשר למצב המשפטי

6.26 לצד הדעות הנחרצות דלעיל נשמעו בספרות המשפטית גם דעות ספקניות יותר. כך למשל, המלומדים פרידמן וכהן מציינים בספרם על דיני החוזים, כי:

> **"חוק התרופות אינו מאזכר אפשרות זו והדעה המקובלת היא שאין לפסוק פיצויים עונשיים בשל הפרת חוזה."**[125]

ספק מפורש יותר מופיע בכתביה של פרופ' כהן, אשר ציינה כי שאלת סמכותו של בית המשפט לפסוק תשלום עונשי מכוח סעיף 13 לחוק התרופות **"אינה נקייה מספק"**,[126] וכי **"התשובה לשאלה, אם ניתן להטיל על מפר חוזה פיצויים עונשיים, אינה שלילית פסקנית במשפט הישראלי."**[127]

יסודו של הספק שהועלה בכתבים אלה מבוסס ככל הנראה על רעיון שהובע בעבר הן על ידי פרופ' צלטנר והן על ידי פרופ' גביזון, לפיו שיקול הדעת הרחב המוקנה לבית המשפט במסגרת סעיף 13 לחוק התרופות עשוי לשמש כעוגן להחלת הדוקטרינה בתחום החוזי.[128] דא עקא, ככל הנראה רעיון זה אינו ישים עוד כיום בשל דחייתה

---

123 **שלו**, 7-576. המלומדת מפנה לפסק הדין בעניין ***שרם***, אשר כזכור לא הכריע מפורשות בשאלה, אך משקף גישה מצמצמת ומסתייגת כלפי הכרה בתרופות שלא בא זכרן בחוק התרופות. ר' סע' 6.09 לעיל. לדעתי, עובדת היות האחריות החוזית מוחלטת איננה צריכה להשפיע - לכאן או לכאן - על שאלת ההכרה בתשלום העונשי, והוא הדין באשר לעובדה שהזכות לפיצויים ושיעורם אינם תלויים לכאורה בשיקולי אשמה מוסרית. לנימוקיי ר' סע' 10.04 להלן. עמדה נחרצת כנגד ההכרה בתשלום העונשי כתרופה בדיני החוזים ובמשפט האזרחי בכלל הביעה פרופ' שלו בעבר גם בחוות דעת מפורטת מפרי עטה, ממנה עולה התנגדות להצעה לערוך תיקון בחוק חוזה הביטוח, ולעגן בו הוראה הקובעת תשלום עונשי במקרה של עיכוב תגמולי ביטוח שלא בתום לב. חוות הדעת פורסמה בכתב העת: **ביטוח** יג (תשמ"ז) גיליון 137, 16-8.

124 בדעה נחרצת למדי מחזיק המלומד קציר, הסבור כי **"במסגרת הגישה הקומפנסטורית לפסיקת פיצויים בשל הפרת חוזה, נקבעה גם ההלכה שאין לפסוק אצלנו פיצויים עונשיים, תהא חומרת ההפרה כאשר תהיה." קציר**(ב) 889. המלומד מסתמך בקביעתו על דברי השופט ברק בעניין ***גולדמן***, אשר כמבואר לעיל משקפים אמנם הסתייגות מהדוקטרינה, אך אינם קובעים הלכה מחייבת בעניינו (לעיל סע' 6.10). גם פרופ' קרצ'מר הביע בעבר את הדעה, ש: **"בדיני חוזים אין כוונה מיוחדת להעניש צד שהפר חוזה.." קרצ'מר**, 150. המלומד הסיק זאת מהוראות סע' 6 ו- 15(ב) לחוק התרופות, שמשמעותן האפשרית בהקשר זה נדונה בסע' 6.02 לעיל. פרופ' ידין, לעומת זאת, הסתפק בקביעה הסתמית, ש: **"אין בחוק התרופות "פיצויים לדוגמא..." ידין**, 95 והערה 4.

125 ד' פרידמן, נ. כהן, **חוזים** (ירושלים, תשנ"ג) 635. המלומדים מסתמכים על דבריו של פרופ' ידין שהובאו לעיל, ועל דבריה של פרופ' כהן, שיובאו להלן.

126 **כהן**, 310-309 והערה 26. המלומדת מפנה לעמדתו של צלטנר, המוצגת להלן.

127 נ. כהן, **התערבות ביחסים חוזיים** (תל-אביב, תשמ"ב) 25.

128 **"סעיף 13 מקנה לבית המשפט שיקול דעת הן לגבי עצם פסיקת הפיצויים בעד נזק, שאינו "נזק ממון", והן לגבי גובה הסכום שייפסק, ואינו מפרש מה יהיו השיקולים, שינחו את בית המשפט, כאשר יעשה שימוש בשיקול דעת כפול זה. הפסיקה לא פיתחה עד עתה עקרונות מנחים לסיוג שיקול דעת זה, ועל פניו אין בחוק כל הוראה האוסרת לקחת בחשבון את התנהגותם של הצדדים בחישוב גובה הפיצויים." גביזון**, 289. בעמדה זו תמך בשעתו גם צלטנר, שסבר כי בעוד שבדין האנגלי אין סמכות לפסוק תשלום עונשי בעילות חוזיות אלא בעילות נזיקיות בלבד, הרי בישראל: **"ייתכן שלפי הדין החדש תהא לבית-המשפט יד חופשית יותר. החוק הרי מרשה לו לפסוק פיצויים בעד נזק שאינו נזק ממון..." צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל** (תל-אביב, תשל"ו) 471-2. עם זאת המלומד הטיל ספק באשר להיקף השימוש העתידי בסמכות זו: **"אבל כנגד זה עומד עיקרון ה- restitutio in integrum, כך שמקרים בהם יוטלו על המפיר** [כך!] **פיצויים עונשיים יהיו כנראה מאוד נדירים."**

nevo.co.il

המפורשת של אפשרות זו בעניין ***גולדמן***.[129] לטעמי, הצעה זו בעייתית גם מבחינה עניינית. הטעם לכך הוא שהוראת סעיף 13 עוסקת ב"פיצויים בעד נזק שאינו של ממון", ומצוייה בסימן ג' לפרק ב' לחוק התרופות שעניינו "פיצויים", בעוד שהתשלום העונשי אינו פיצוי כלל.[130] הניסיון לעגן את הדוקטרינה במסגרת סעיף 13 אינו מתיישב אפוא עם לשונה ותכליתה של הוראת חוק זו, ואף עלול ליצור בלבול וחוסר וודאות באשר למהותה ועקרונות הפעלתה.

V. השפעת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו

א. כללי

6.27 עד כה ביקשתי להראות שניתוח נכון של החקיקה והפסיקה הרלבנטיות איננו מנביע מסקנה חד-משמעית בשאלה קא עסקינן. מן המקורות המשפטיים הרלבנטיים אין ללמוד בהכרח על הסדר שלילי, ובהחלט ייתכן כי אנו ניצבים בפני חסר משפטי הטעון השלמה. אלא שלדעתי, אם בעבר רשאי היה בית המשפט להכיר בתשלום העונשי מכוח סמכותו למלא חסרים בחקיקה, הרי עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד) חל שינוי חשוב במצב המשפטי, אשר קרוב לוודאי מונע אפשרות זו. השלכותיו האפשריות של חוק היסוד בהיבט זה תיבחנה בקצרה בסעיפים הבאים.[131]

ב. התשלום העונשי - פגיעה בכבודו ובקניינו של הנתבע

6.28 מטרתו של חוק היסוד היא להגן על כבוד האדם ועל חירותו.[132] חיוב בתשלום עונשי בגין התנהגות מחפירה כרוך מטבעו בהבעת סלידה קשה מהנתבע וממעשיו וכתוצאה מכך - כרוך בפגיעה בכבודו.[133] זכות יסוד נוספת הנפגעת בעת פסיקתו של תשלום עונשי היא הזכות לקניין.[134] בפוסקו תשלום עונשי מטיל בית המשפט על הנתבע חיוב כספי, ובכך גורע במישרין ממצבת נכסיו הפיננסית. גריעה כפוייה זו היא פגיעה בקניינו של הנתבע, במובן הרחב שניתן למושג זה לעניין פרשנותו של חוק היסוד.[135] בקצרה, פסיקת תשלום עונשי במסגרת הדוקטרינה טעונה הצדקה לפי מבחניו של חוק היסוד, שכן היא פוגעת בכבודו, בקניינו, ולכן גם בחירותו של הנתבע.

---

[129] לעיל סע' 6.10. אמנם, כמוסבר שם, קביעתו של השופט ברק לא היתה צריכה להכרעה, אך אין להתעלם מכוחה המשכנע והמנחה של קביעתו על פסיקת בתי המשפט בישראל. כפי שהראיתי בסע' 6.19 לעיל, למרות ה'איסור' שנקבע בעניין ***גולדמן***, בפועל מפעילים בתי המשפט בישראל את סמכותם לפסיקת נזק ממוני תוך התחשבות בצורך בענישת המפר.

[130] לביקורת על הניסיון להסביר את הדוקטרינה באמצעות רציונל של פיצוי ר' סע' 7.86 להלן.

[131] השלכות חוק היסוד על מעמדה של הדוקטרינה טרם נבחנו בפסיקה ובספרות המשפטית, גם לא בהתייחס לדיני הנזיקין. יוצא דופן הוא עניין **לוי**, בו הובע, בהערת אגב, ספק באשר לחוקתיותה של הדוקטרינה. בית המשפט המחוזי העיר, ש: **"בנושא זה אפשר שחלו תמורות שונות ואין כל בטחון בדבר, כי הדין ששרר בעבר חל עוד; לאור נושא המידתיות ובאין הסמכה חוקית מפורשת להעניש מזיק כלפי הניזוק, מעבר להיקף הפיצויים כפי שנקבע בהוראות החיקוקים הרלוונטיים. עם זאת, לנוכח התוצאה שאליה הגענו להלן, ממילא מתייתר הצורך לבחון נושא זה לגופו. לפיכך, הנחת המוצא לדיון דידן תהא, שהדין ששרר הוא גם הדין הנוהג."** שם, 1227. התייחסות מרומזת לקושי החוקתי שמעוררת ההכרה בתשלומים עונשיים עולה גם מדברי השופט ברק בעניין ***אמר***, הנ"ל בסע' 3.10(58).

[132] ר' סע' 1א ו-2 לחוק היסוד.

[133] העובדה שגינוי הנתבע נעשה במסגרת הדוקטרינה למטרות ראויות כגון חינוך, הרתעה, גמול, וכיו"ב, איננה גורעת מעצם העובדה שמטרות אלה מוגשמות, בין היתר, באמצעות גינוי הנתבע, פעולה הכרוכה מעצם טיבה בפגיעה בכבודו.

[134] סע' 3 לחוק היסוד קובע: **"אין פוגעים בקניינו של אדם"**.

[135] מובנה של הזכות לקניין לעניין חוק היסוד הוא רחב, וכולל לא רק זכויות חפצא (זכויות 'קנייניות'), אלא גם זכויות גברא (זכויות אישיות-אובליגטוריות, ובכלל זה זכויות חוזיות). עמדה זו אומצה במפורש לראשונה בע"א 6891/93 **בנק המזרחי נ. מגדל כפר שיתופי** פ"ד מט(4) 221, 328 (הנשיא שמגר); 431 (הנשיא ברק) ואושרה מאז בפסקי דין רבים נוספים. לתמיכה עיונית בגישה מרחיבה זו למושג ה"קניין" ר': י' ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין" **הפרקליט** מב (תשנ"ה) 258, 70-266. עם זאת, ראוי להעיר שעל פי גישות חדשניות למושג ה"קניין" מסקנה זו איננה מתחייבת. כך למשל, יש הגורסים ש"קניינו" או רכושו של הפרט אינו מוגדר על פי אוסף זכויות הקניין שלו במובן המסורתי של המושג, אלא מבטא את מכלול זכויותיו וחובותיו כלפי הקהילה המדינית שבה הוא חי - לא רק המשפטיות, אלא אף המוסריות, החברתיות והפוליטיות. **בתפיסה זו פגיעה ב"רכושו" של הפרט איננה בהכרח פגיעה בקניינו.** הטעם לכך הוא, שייתכן שהאיזון החברתי הראוי בין האינטרסים של הפרט לאינטרסים של הקהילה מחייב לאפשר לחברה להפיק תועלת ממשאבים המצויים בשליטתו של היחיד. בתפיסה כזו של מושג הקניין נראה שיש מקום לטענה שהטלת סנקציות כספיות, ואפילו חיוב בתשלום עונשי, איננה בהכרח משום פגיעה בקניינו של הנתבע אם היא מתחייבת מחלוקה צודקת של העושר בחברה. בניסוח אחר: ניתן לטעון שאדם המפר את חיוביו כלפי הזולת באורח מחפיר מפקיע מעצמו במו ידיו את זכות הקניין בכספו באותו שיעור הדרוש לענישה הולמת שלו. לפיכך אין כלל מקום לדיון ב"פגיעה בקניין" כהגדרתה לצורך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי, פרשנות מרחיבה מעין זו למושג הקניין, מעבר להיותה כרוכה בשבירת גבולותיו המושגיים המסורתיים של מושג

nevo.co.il

ג. המכשול החוקתי הפורמלי - הצורך בהסמכה חקיקתית

6.29 לדעתי, המכשול החוקתי הכבד ביותר הניצב בפני הכרה בתשלום העונשי כסנקציה בתחום החוזי נובע מהמבחן הפורמלי שקובע חוק היסוד. סעיף 8 לחוק היסוד מבהיר, כי הפגיעה בזכויות היסוד המעוגנות בחוק יכול שתיעשה אך ורק "בחוק" או "לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו". מכאן - ובהנחה שפסיקת תשלום עונשי פוגעת בכבודו ובקניינו של הנתבע - ש**בהעדר עיגון סטטוטורי לכאורה אין בית המשפט בישראל מוסמך כיום לפסוק תשלומים עונשיים, לפחות בתחום החוזי**.[136]

עם זאת, בספרות ניתן למצוא תימוכין לגישה פרשנית מרחיבה, שלפיה את המונח "חוק" בפסקת ההגבלה ראוי לפרש במובן פונקציונלי רחב, הכולל בתוכו "משפט מקובל נוסח ישראל".[137] לפי דעה זו, הפעלת הדוקטרינה בתחום החוזי מכוח הפסיקה בלבד צפוייה לעמוד בתנאי הפורמלי שבפסקת ההגבלה, שכן היא תיעשה "בחוק".

ד. עקרון תום הלב - עיגון חקיקתי לדוקטרינה בתחום החוזי?

6.30 ראינו כי במשפט הישראלי אין למצוא עיגון חקיקתי מפורש למוסד כללי של תשלומים עונשיים. הניתן לטעון, כי עיגון כזה מצוי בהוראות תום הלב שבחוק החוזים?

מפסיקת בית המשפט העליון, ובפרט מפסיקתו של השופט ברק, עולה כי עקרון תום הלב עשוי להצמיח מגוון רחב, דינמי ובלתי מוגדר של סעדים:

> **"אכן, הוראת סעיף 39 לחוק החוזים היא הוראה "מלכותית" רבת פנים. יש והיא מטילה חובות שזכרן לא בא במפורש בחוזה שבין הצדדים <u>יש והיא מעניקה סעדים חדשים</u> הדרושים להגשמתה... <u>יש והיא פועלת כחרב</u>, יש והיא מהווה אך מגן, יש והיא פועלת במישור הזכויות, <u>יש והיא פועלת במישור הסעדים</u>."**[138]

אכן, יש הטוענים כי הפרשנות המפליגה שניתנה לעיקרון זה מאפשרת לבית המשפט בישראל להשיג באמצעותו כמעט כל תוצאה הנראית לו צודקת.[139] ואמנם, בעבר שימש עיקרון תום הלב בפועל לא אחת ככלי שבאמצעותו עיגן בית המשפט העליון את ההכרה בדוקטרינות תרופתיות חשובות, שזכרן המפורש לא בא בחוקי החוזים.[140]

ה"קניין" (ואפילו של המושג העממי המקביל - "רכוש"), איננה מתיישבת עם הגיונו הפנימי של חוק היסוד, ועם הכוונה שניתן לייחס למכונניו. היא הופכת את מבחן הסף לכניסה לגדרו של חוק היסוד ממבחן וודאי, פשוט וטכני (כל פגיעה באינטרס רכושי) למבחן מהותי ערכי, המתבסס על איזון ראוי בין שיקולים וערכים חברתיים. בכך, במקום לחדד את ההתנגשות בין אינטרס הפרט לאינטרס הציבורי בשלילת זכותו בקניינו, ולהעמידה במבחניו הפורמליים והמהותיים של חוק היסוד, מאפשרת גישה זו לעקוף את הדיון כולו, על ידי 'רתימת העגלה לפני הסוסים'. באופן זה נותרים הן הדרישה הפורמלית להסמכה חקיקתית והן המבחנים המהותיים הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוק ככלי שאין חפץ בו. אין כל ספק שזו לא היתה כוונת מכונניו של חוק היסוד. גישה מרחיבה זו אף נדחתה במשתמע בפסיקתו של בית המשפט העליון. ר' **גרוס**, 20-415, המבהיר כי בעניין ***בנק המזרחי*** נקט בית המשפט העליון בגישה "רכושית" מסורתית למושג הקניין, גישה שאינה מתיישבת עם גישתו שלו.

136 בתחום הנזיקין עשויה הדוקטרינה למצוא מפלט בהוראת "שמירת הדינים". ר' סע' 6.32 להלן. ראוי לציין, שהמכשול הפורמלי רלבנטי לא רק להכרה בתשלום העונשי, אלא למעשה להכרה בכל סנקציה שיפוטית הפוגעת בקניינם של נתבעים (לרבות חיוב בפיצויים). שאלה מעניינת עשויה להתעורר שעה שבית המשפט מורה על השבה (בעין, או בשווי). במצב זה ניתן לטעון, כי אין מדובר בשלילת קניינו של הנתבע, אלא בהשבת קניינו של התובע לידיו. עם זאת, לדעתי, השאלה אינה נקייה מספק, בפרט במקרים שבהם עובר לצו ההשבה כבר רכש הנתבע או אדם שלישי זכות קניינית או חוזית טובה בנכס שקיבל.

137 א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שלישי, **פרשנות חוקתית** (ירושלים, תשנ"ד) 12-507. ר' במיוחד עמ' 511: **"לדעתי, ..הדיבור "חוק" בשפה העברית הוא רב-משמעי... לעיתים הוא מתייחס ל"חוק" במובנו הפונקציונלי, כלומר: משפט."** לדעה זו ר' גם: א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א (תשנ"ב) 9, 28-27. לדעת פרופ' ברק השאלה של הגבלת זכות יסוד בהלכה פסוקה איננה מתעוררת כאשר בית המשפט משלים חסר, שכן אז הוא פועל "על פי חוק" (חוק יסודות המשפט). הבעייה מתעוררת, לדעתו, רק כאשר מדובר על פעולה של "פיתוח המשפט".

138 בג"צ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ. בית הדין הארצי לעבודה** פ"ד מז(4) 702, 9-708 (השופט ברק); ע"א 7824/95 **תשובה נ. בר נתן**, פ"ד נה(1) 289, 304 (השופט ברק): **"אכן, הפרת עקרון תום הלב גוררת מגוון של תוצאות. הן משתנות על פי הנסיבות."**. ר' גם ***שירותי תחבורה***, 838 (השופט ברק).

139 **פורת**, 26-25. עמדה זו זכתה לאחרונה להכרה גם בפסיקתו של בית המשפט העליון עצמו: **"שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט באמצעות תום הלב ה"אובייקטיבי" הוא בעל עוצמה כה אדירה, הוא כה רחב ממדים, הוא כה עמוק, הוא כה גבוה, עד שבכוחו לבקע כל קונספציה, לעבור בעד כל חוק, ולקרקר כל חומה... ניתנה בידיו** [בידי בית המשפט] **<u>סמכות על שדבר לא יעמוד בפניה</u>.**" דברי השופט חשין בעניין ***רוקר***, 269.

140 בפסק הדין ***Eximin*** (שנדון בסע' 6.17 לעיל) ביסס הנשיא שמגר את ההכרה בדוקטרינת האשם התורם באמצעות עקרון תום הלב. גם בעניין ***אדוס*** ציין השופט ברק, כי אלמלא ניתן היה להכיר בסעד הרצוי (תשלומי השבה) מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ניתן

nevo.co.il

לדעתי, **במסגרת גישה מרחיבה זו אין כל מניעה לעגן בהוראת סעיף 39 לחוק החוזים גם את הסמכות לפסוק תשלום עונשי בדיני החוזים**, ובאופן זה להתגבר על המכשול החוקתי הפורמלי שיוצר חוק היסוד בהקשר דנן. התנהגות מחפירה או זדונית של צד לחוזה עשוייה ללא קושי מיוחד להיתפס כהפרה קיצונית של חובת תום הלב ביחסים שבין הצדדים לחוזה, וככזו להצדיק הכרה בסעד חדש לנפגע, ובסנקציה חדשה למפר.[141] כפי שראינו, במשפט האמריקאי אכן שימשה חובת תום הלב בקיום החוזה ערוץ מרכזי להרחבת תחולתה של הדוקטרינה בתחום החוזי.[142]

לדעתי, גם אם מן הבחינה הפורמלית ניתן "לקרוא" לתוך הוראת סעיף 39 הסמכה חקיקתית לפסיקת תשלום עונשי בתביעות חוזיות, הרי שספק רב אם ראוי לעשות כן. הוראת סעיף 39 לא נועדה לשמש כאבן שואבת לבתי המשפט להטלת סנקציות משפטיות ככל העולה על רוחם. אמנם, חובת תום הלב איננה חובה מוסרית נטולת סנקציות משפטיות, וניתן להניח, שלפחות קשת הסעדים שהיתה מעוגנת בדיני החוזים עובר לחקיקת הוראה זו היתה לנגד עיניו של המחוקק בחוקקו את הוראת סעיף 39 לחוק החוזים. יחד עם זאת, אין לכחד כי התשלום העונשי הוא סנקציה חריגה ומיוחדת בנוף התרופות החוזיות, הנבדלת מהן מבחינת בסיסה הרעיוני ומבחינת עוצמת פגיעתה הפוטנציאלית במפר. מסיבה זו נראה שאין זה קל לייחס למחוקק כוונה לעגן במסגרת סעיף 39 לחוק החוזים סנקציות חריפות כדוגמת התשלום העונשי. ייחוס כזה גם איננו רצוי מבחינה מהותית. מעבר לפגיעה בוודאות המשפטית הכרוכה במתן פרשנות מפליגה לעיקרון תום הלב, פוגעת פרשנות כזו גם בעיקרון היסוד המוסרי והמשפטי לפיו "אין עונשין אלא אם מזהירין תחילה".[143] עיקרון זה מחייב שסנקציות משפטיות בכלל, וסנקציות עונשיות מובהקות בפרט, תוטלנה על ידי בתי המשפט רק מכוחן של הוראות חוק מפורשות, ברורות, ובעלות תחולה פרוספקטיבית.[144]

היה לגוזרו מחובת תום הלב הקבועה בסע' 39 לחוק החוזים. ***אדרס***, 279. בפסקי הדין ***אתא*** ו-***אפרופים*** הציע השופט ברק לראות בעקרון תום הלב עיגון לסמכות השופט לשנות או לתקן במקרים המתאימים את לשון החוזה הברורה. לדוקטרינות תרופתיות נוספות שפותחו מכוח עקרון תום הלב ר' סע' 6.22 לעיל.

141 העובדה שבישראל אימצה הפסיקה מבחן אובייקטיבי לתום הלב עשוייה באופן תיאורטי לאפשר פסיקת תשלום עונשי גם כשהתנהגות המפר אינה זדונית או מכוונת, אלא רשלנית בלבד. לאימוץ המבחן האובייקטיבי ר' למשל: ***שרותי תחבורה***, 5-834; עניין ***רוקר***, עמ' 5-282 (הנשיא ברק) עמ' 6-251 (השופט חשין); ד"נ 7/81 **פנידר נ. קסטרו** פ"ד לז(4) 673, 689 (הנשיא שמגר). עם זאת, כמובהר בסע' 7.04 להלן, הדרישה למודעות בפועל היא תנאי מוקדם לקיומה של התנהגות מחפירה.

142 לעיל סע' 5.25 ואילך. מעניין לציין, שבספרות הישראלית הועלתה האפשרות לעגן בסע' 12 לחוק החוזים תשלום עונשי על הפרה של חובת תום הלב במשא ומתן. **פרידמן וכהן**, 635. לדעת המלומדים אפשרות זו עולה לכאורה מאופיו הנזיקי של סע' 12 (שהרי בנזיקין הדוקטרינה מוכרת). אפשרות זו מותנית, כמובן, באימוץ הגישה המרחיבה לקשת התרופות הגלומות בהוראת סע' 12, גישה שהובעה לראשונה בע"א 829/80 **שיכון עובדים בע"מ נ. זפניק** פ"ד לז(1) 579, 583, וזכתה לתימוכין בפסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון. ר' למשל: ע"א 651/81 **מ"י נ. החברה האילתית** פ"ד מ(2) 785, 795 (השופט מלץ, הערת אגב); ע"א 579/83 **זוננשטיין נ. אחים גבסו בע"מ** פ"ד מב(2) 278, 292 (השופט ברק, דעת מיעוט); עניין ***קלמר*** (השופטים ברק וגולדברג, בדעת רוב; חוסר תום לב עשוי לגבור על דרישת הכתב המהותית במקרקעין ולהביא לשכלול חוזה שלא נכרת); עניין ***קל בניין*** (הכרה בפיצויי ציפייה כסעד לגיטימי בגין חוסר תום לב במשא ומתן).

143 עיקרון זה, שאינו אלא אחד מהיבטיו של "עקרון החוקיות" ("Principle of Legality") מעוגן כיום בסע' 1 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (תיקון תשנ"ד). שאלת תחולתו של עיקרון זה גם מחוץ למשפט הפלילי אמנם אינה נקייה מספקות, אך כלשעצמי נראה לי שבמישור העקרוני עיקרון זה ראוי לאימוץ בכל הקשר שבו מתבצעת ענישה. לדיון בביקורת האפשרית על דוקטרינת התשלום העונשי בהיבט של פגיעתה האפשרית בעיקרון זה ר' סע' 7.16 ואילך. ודוקו: כל האמור לעיל יפה גם ביחס לסנקציות משפטיות אחרות המוטלות כיום בשל הפרת חובת תום הלב מכוח הפסיקה בלבד. כמובהר בהמשך החיבור, גם המשטר התרופתי האזרחי הרגיל הוא עונשי במהותו, אם כי רמת המובהקות העונשית שלו איננה גבוהה (ר' סע' 8.05 ואילך).

144 לעיגון החקיקתי של הדוקטרינה יתרונות נוספים. הסדר חקיקתי הוא על פי רוב נגיש יותר לציבור הרחב מאשר הלכות הגלומות בין שיטיהם של פסקי דין, ובמקרים רבים גם קוהרנטי, ברור ומפורט יותר. לחיבור זה נספחת הצעת חקיקה, שתכליתה לשמש תשתית להסדר חקיקתי עתידי שיעגן את הסמכות לפסוק תשלום עונשי בגין הפרה מחפירה של חיובים משפטיים. הצורך בחקיקה מוסבר גם בסע' ג' של המבוא לחיבור, עמ' כ"ז.

nevo.co.il

ה. הבעייה המהותית - התשלום העונשי במבחניה הערכיים של פסקת ההגבלה

6.31 גם בהנחה כי תימצא הדרך להתגבר על המכשול הפורמלי שמציב חוק היסוד,[145] עדיין תידרש כמובן התמודדות עם המגבלות המהותיות שמטילה פסקת ההגבלה על כל פגיעה חוקית בערכים המוגנים בחוק היסוד, ובכלל זה על פגיעה הנעשית אגב פסיקתם של תשלומים עונשיים בתביעות חוזיות.[146] האם אכן הדוקטרינה מושא המחקר הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, נועדה לתכלית ראוייה, ופוגעת בכבודם וקניינם של נתבעים במידה "שאינה עולה על הנדרש"?[147]

הדיון בשאלות נכבדות אלה מחייב כניסה לעובי הקורה ובחינה מעמיקה של מכלול מעלותיה וחיסוריה של הדוקטרינה - במשפט האזרחי בכלל, ובתחום החוזי בפרט. הניסיון לבצע הערכה ביקורתית מקיפה כזו עומד במרכזו של החיבור, ויהיה מושא לחקירתנו בשני שעריו הבאים. בשלב זה לא אקדים אפוא את המאוחר, ואסתפק אך בציון מסקנתי האישית בשאלה נכבדה זו: לדעתי, הפעלה נכונה ומושכלת של דוקטרינת התשלום העונשי לאור הרציונלים העומדים בבסיסה אינה עומדת בסתירה לדרישות המהותיות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו. נהפוך הוא: פסיקת תשלומים עונשיים בגין התנהגות מחפירה במקרים שבהם הדבר נדרש עתידה לשפר במידה ניכרת את יכולתו של המשפט לספק לאזרחי המדינה הגנה אפקטיבית וממשית על זכויותיהם המשפטיות. הפגיעה (המידתית) ברווחתם הרוחנית והכלכלית של נתבעים המפרים את זכויות הזולת במודע ובאופן מחפיר היא אפוא, לדעתי, לא רק מוצדקת, אלא אף מתחייבת מהצורך להגן על ערכי החירות וכבוד האדם, אותם בא חוק היסוד לעגן ולרומם, ערכים הנרמסים ברגל גסה על ידי נתבעים המפרים באופן מחפיר את זכויות זולתם.[148]

---

145 בין באמצעות פרשנות מרחיבה למונח "חוק" או לסעיף שמירת הדינים שבחוק היסוד (ר' בסעיף הבא), בין באמצעות עיגון הדוקטרינה בהוראות תום הלב, ובין באמצעות חקיקה מפורשת חדשה.

146 המגבלות המהותיות צפויות להיות רלבנטיות גם לדיון עתידי במעמדה של הדוקטרינה בדיני הנזיקין, וזאת בין אם ייקבע כי סעיף שמירת הדינים חל עליה, ובין אם לאו. במקרה האחרון תהיה הדוקטרינה חשופה לתקיפה ישירה באמצעות חוק היסוד, ואילו במקרה הראשון עשוי חוק היסוד להביא לאימוץ פרשנות מצמצמת לסמכות לפסוק תשלום עונשי בתביעות נזיקין, ואף לביטול ההכרה בדוקטרינה בדרך של שינוי ההלכה הקיימת. לאפשרות של שינוי הדין הקיים מכוח פרשנות חדשה לאור חוק היסוד ר' למשל: ע"א 5546/97 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אתא נ. הולצמן** פ"ד נה(4) 629, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת דורנר והאסמכתות המובאות שם. דומה שצעד בכיוון של שינוי הדין הקיים (אם כי לטעמנו לא בכיוון הנכון) נעשה בפסק דינו של השופט ברק בעניין ***אמד*** הנ"ל בסע' 3.10(58).

147 לדיון כללי במבחנים המהותיים הקבועים בפסקת ההגבלה בחוק היסוד ר' למשל **ברק** (6) 34-26; **ברק** (5), 557-473.

148 כמובהר בפרק הבא, התנהגויות מחפירות פוגעות פגיעה קשה וחמורה בערכים של כבוד, חירות ושוויון, וגורמות נזק רב לנפגעים מהן ולחברה בכללותה. ר' במיוחד סע' 7.10, 7.11, 7.25, 7.26, 7.29. על הסכנה שביישום חוק יסוד כבוד האדם וחירותו באופן חד-צדדי רק לטובת נתבעים ונאשמים, תוך הזנחת מקומם של קורבנותיהם, עמד בשעתו נשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר: "**על כבוד האדם יש להסתכל, איפוא, בשני הכיוונים, כאילו בעיניו של האל יאנוס. אין להטות את הפנים רק לכיוון אחד, ולנהוג בסלקטיביות. גישה הומנית מחייבת הגינות והכרה בכבודו של כל אדם, גם זה שבית המשפט אינו רואה לאמץ את עמדתו, ובוודאי של קרבן העבירה.**" **שמגר**, 14. על דברים ברוח זו חזר הנשיא שמגר בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ. מ"י** פ"ד מט(4), 589 (פסקה 2 לפסק הדין): "**באופן כללי ניתן לכן לקבוע כי המעצר - שהוא בגדר הכרח בל יגונה בתנאי שמשתמשים בו באופן מושכל וזהיר - בא לשים מחסום מיידי בפני מעשי עבירה... בכך משרת החוק את החברה ואת מרכיביה, שהם בני האדם מן השורה המבקשים להרחיק מעצמם במידת האפשר חרדה וחוסר בטחון אישי. ...מרבים לדבר על איזון בין זכויות החשוד או הנאשם לבין זכויות הציבור. מבחינת אופן התייחסותו של השומע, נושא עימו ניסוח זה דימוי של פרט נרדף (החשוד או הנאשם) מול עוצמת הגולית החברתי, אח גדול קולקטיבי אדיר, המניף, כביכול, את אגרופו. אולם, תיאור כאמור אינו נותן בהכרח את דעתו למציאות לאשורה: העבריין האלים, האנס, השודד, האדם הפזיז המסכן חיי אדם, הם האיום המיידי, התדיר והאפקטיבי על הקרבן חסר הישע, שהחברה אינה יכולה או אינה מסוגלת להגן עליו בעת צרה; על פי רוב היא נחלצת לפעולה רק לאחר מעשה, ולעתים קרובות, גם מאוחר מדי. במלים אחרות, האיזון אינו, למעשה, בין ציבור אנונימי ורב-כוח לבין החשוד או הנאשם, אלא בין מי שמואשם בעבירה וממשיך להיות מסוכן לחברה ולפרטים שבה לבין קרבן העבירה בפועל או בכוח ומי שהיה עד לעבירה..**" דברים אלה נאמרו בהקשר לנפגעי עבירות פליליות, אך לדעתי הם יפים גם ביחס לקורבנות הנפגעים מהפרת הדין האזרחי. עליית ההכרה במעמדם של קורבנות מעשי עבירה קיבלה חיזוק לאחרונה עם חקיקת **חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001**, המעגן בחוק את מעמדו של הקורבן בהליך הפלילי והמקנה לו זכויות שונות, דיוניות בעיקרן. הצורך בחיזוק מעמדו של הקורבן הוכר עד כה בעיקר בתחום הפלילי, אך לטעמי הוא קיים גם בתחום האזרחי, שבו אשר פעמים רבות הפגיעה בזכויות הפרט נותרת ללא מענה הולם מצד שיטת המשפט. דיון נרחב בבעיית הגנת החסר על הזכות האזרחית ובהצדקה לענישה אזרחית יתקיים בפרק ח', במיוחד בחלקו השני.

nevo.co.il

ו. דוקטרינת התשלום העונשי - "דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד"?

6.32 העשוי סעיף שמירת הדינים שבחוק היסוד,[149] לשמש לדוקטרינה כ'אמצעי מילוט' לעקיפת המחסומים החוקתיים (הפורמליים והמהותיים) שעליהם עמדנו עד כה? התשובה לשאלה זו תלוייה במענה לשאלה אחרת, והיא, אם המונח "דין" בסעיף שמירת הדינים כולל גם דוקטרינות שיפוטיות נעדרות עיגון סטטוטורי כדוגמת התשלום העונשי.[150] ככל שידיעתנו מגעת שאלה זו טרם הוכרעה בפסיקה. מחד גיסא ניתן לומר, שבלשון המשפט "דין" הוא "משפט", ולפיכך אין קושי בהחלת סעיף שמירת הדינים על מוסדות משפטיים הלכתיים.[151] מאידך גיסא, בספרות הובעה הדעה כי אין זה ראוי להחיל את הגנת החוק על הלכות שנוצרו בבתי המשפט ערב חקיקתו.[152]

אימוץ הגישה השנייה מותיר את מוסד התשלומים העונשיים חשוף לביקורת חוקתית לא רק בתחום החוזי אלא גם בנזיקין, שם הוא מוכר מזה עשורים רבים. אימוץ הגישה הראשונה, לעומת זאת, יגן על הדוקטרינה, שכן זו הוכרה בפסיקה בטרם הוחק חוק היסוד. עם זאת, מאחר שעד היום לא אומצה היא במפורש בתחום החוזי, ייתכן שהגנת שמירת הדינים תחול רק על פסיקת תשלום עונשי בתביעות נזיקין, ולא בתביעות חוזיות.[153]

סיכום לפרק ו'

6.33 בפרק זה ביקשתי לבחון את שאלת סמכותו של בית המשפט בישראל לפסוק תשלום עונשי במסגרת תביעה חוזית. הראיתי שבחקיקה האזרחית אין למצוא עיגון לסמכות כללית מעין זו (להבדיל מהסדרים מיוחדים), וטענתי כי שתיקת המחוקק איננה מלמדת בהכרח על קיומו של הסדר שלילי בסוגייה. אשר לפסיקה, גם כאן ביקשתי להראות כי למרות הערות אגב מסוייגות כלפי הרעיון של פסיקת תשלום עונשי בתביעות חוזיות, הרי למעשה טרם נקבעה הלכה מחייבת בסוגייה, וספק זה משתקף גם בספרות המשפטית. יתרה מכך, בחינתה המעמיקה של הפסיקה הישראלית בתחום דיני החוזים בעשורים האחרונים מלמדת דווקא על מגמה ברורה של נכונות להתחשב בשיקולים עונשיים בעת עיצובן של תרופות חוזיות. מגמה זו עשוייה לשמש כר נוח לקליטתו של התשלום העונשי בדיני החוזים, אם וכאשר תוכר סנקציה זו בפסיקתו של בית המשפט העליון או בדבר חקיקה אשר יעגן אותה בהתאם לעקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.[154]

* * *

---

149 סע' 10 לחוק היסוד קובע: **"אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד."**

150 סע' 3(3) ל**חוק הפרשנות, תשמ"א-1981** קובע כי בהגדרת **"דין"** נכללים גם דיני המשפט המקובל ודיני היושר האנגליים, אך איננו מזכיר את האפשרות שהלכה ישראלית מקומית תיחשב כ"דין".

151 כאמור לעיל, זו היתה עמדתו של פרופ' ברק אפילו ביחס למושג "חוק", הנתפס על פי רוב כמושג צר מהמושג "דין". סע' 6.29(137).

152 זוהי דעתו של פרופ' ברק: **"דין צריך להתפרש במסגרתו הרחבה... ספק בעיני, לעומת זאת, אם הוא משתרע על הלכות שיפוטיות... מדוע לא יידרש בית המשפט לסטות מהלכתו הקודמת, אם הלכה זו פוגעת בזכות אדם חוקתית?" ברק** (4), 561. עמדה זו איננה מתיישבת עם פרשנותו של פרופ' ברק למונח "חוק" בחוק היסוד, אשר לשיטתו כולל גם "משפט מקובל נוסח ישראל". ר' האמור בהערה הקודמת.

153 אלא אם כן תתפרש ההכרה הפסיקתית בה בנזיקין כביטוי להכרה כללית בסמכות לפסוק תשלום עונשי בתביעות אזרחיות, לרבות תביעות חוזיות.

154 גישתה העקרונית של הפסיקה אותה ניסיתי לברר בפרק זה חשובה, לדעתי, גם אם הסמכות לפסוק תשלום עונשי תעוגן בעתיד בחיקוק מפורש. במקרה כזה תשפיע גישת הפסיקה על היקף השימוש בדוקטרינה בחיי המעשה, ועל הפרשנות (מצמצמת או מרחיבה) שתינתן לסמכות זו.

nevo.co.il

שער שלישי:

התשלום העונשי

כסנקציה במשפט האזרחי:

הערכה ביקורתית

<u>השער השלישי: מטרתו, מבנהו, ועיקרי התזה המועלית בו</u>

כמעט מאז באה לעולם ספגה דוקטרינת התשלום העונשי קיטונות רבים של ביקורת נוקבת מפי שופטים ומלומדים כאחד. כך למשל, נטען כי מדובר במוסד משפטי אנומלי, שעצם קיומו משבש את ההבחנה העיונית בין המשפט הפלילי למשפט האזרחי ואת חלוקת התפקידים שביניהם; כי ענישה במסגרת הליך אזרחי אינה הוגנת ואינה אפקטיבית; כי היא מביאה להתעשרות שלא כדין של התובע; כי אמות המידה לתחולת הדוקטרינה ולקביעת הסנקציה במסגרתה אינן ברורות; ועוד כהנה וכהנה ביקורות במישור המושגי, הערכי והמעשי גם יחד.

כפי שציינתי במבוא לחיבור, הספרות האנגלו-אמריקאית העוסקת בהערכה ביקורתית של מוסד התשלומים העונשיים ובמקומו במשפט האזרחי, בפרט בדיני הנזיקין, היא עצומה ורבה. בישראל לעומת זאת, היה עד היום הדיון בשאלות העקרוניות שמעוררת הדוקטרינה דל למדיי.[1] במסגרת השער הנוכחי נעשה ניסיון להציג באופן שיטתי - ולהעריך באופן ביקורתי, את מגוון הביקורות שהועלו שניתן להעלות בעד ונגד ההכרה בתשלום העונשי **כסנקציה כללית במשפט האזרחי**.[2] כמוסבר במבוא לחיבור, יידונו כאן **אך ורק טיעונים בעלי אופי כללי**, שלפחות לכאורה הינם רלבנטיים להערכה ביקורתית של הדוקטרינה לא רק בדיני הנזיקין שבהם התבסס השימוש בה, אלא גם בתחומים אחרים לרבות התחום החוזי, מושא מחקרנו.[3]

---

[1] מקורות שבהם ניתן למצוא אזכור או התייחסות קצרה (על פי רוב קצרה מאוד) לדוקטרינה הם (לפי סדר פרסומם): ג' קלינג, "אכיפת הוראות עונשיות בדיני הנזיקין", **הפרקליט** לא (תשל"ב) 431, 3-431; **דיני הנזיקין**, 84-579; ר' גביזון, "אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה" **משפטים** ח (תשל"ח) 282, 90-287; א' ברק, "האם עשוי נזק ממון נומינלי לשמש קולר לתלות בו פיצויים לדוגמא?", **הפרקליט** כ (תשל"ט) 216; ק' מן, "סנקציות אזרחיות-עונשיות" **עיוני משפט** טז (תשנ"ב) 243, 256; I. Gilead, "Tort Law" in **The Law of Israel** - **General Surveys** (Jerusalem, 1995, Zamir & Colombo Ed.) 279, 474-5. חריגים ראויים לציון הם שני מחקרים לתואר שני שבחנו את מעמדה של הדוקטרינה בדיני הנזיקין. אלו הם: צ' רוטנשטיין, **פיצויים עונשיים כתרופה במסגרת דיני הנזיקין** (עבודת גמר לתואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 1977); ש' פרידלנדר, **פיצויים עונשיים בדיני הנזיקין** (עבודת גמר לקבלת תואר מוסמך, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ט). החוקר הראשון קרא בשעתו לביטולה המוחלט של הדוקטרינה, ואילו האחר השמיע קריאה נלהבת להרחבת השימוש בה. עם זאת, גם במחקרים אלה לא מצאתי דיון מעמיק במגוון שאלות היסוד שמעוררת הדוקטרינה. תרומה חשובה לספרות יש במאמר שראה אור במקביל לכתיבתו של מחקרנו, ואשר קרא להחלת הדוקטרינה בתביעות של מבטחים כנגד מבוטחים. ש' ולר, "חובת הגילוי לאחר קרות מקרה הביטוח וחיוב מבוטחים בפיצויים עונשיים בגין מרמת ביטוח", **עלי משפט** א (תשס"א) 277, 297-315. המאמר רלבנטי רק באופן חלקי לשאלת המחקר, שכן הוא הצטמצם לבחינתה של קטגוריה התנהגותית אחת מיוחדת (תרמית ביטוח). למעשה, קטגוריה זו אינה אלא מקרה פרטי של קטגוריה נזיקית מוכרת (עוולת התרמית) שמכוחה נפסקו תשלומים עונשיים מאז ומעולם במסגרת הדוקטרינה. יתר על כן, מרמה בביטוח מהווה גם עבירה פלילית, וזאת בניגוד להפרת החוזה הטיפוסית, שהיא במוקד עניינו בחיבור זה. עם זאת, ניתן למצוא במאמר זה דיון תמציתי (אם כי לא נקי מאי-דיוקים וסתירות פנימיות) בחלק מהטיעונים המתבררים בהרחבה בחיבורנו. בפסיקה בולט בבדידותו המזהרת פסקו של השופט עציוני בעניין ***פרידמן***, שבחן את מעמד הדוקטרינה בנזיקין. התייחסות לשאלת הלגיטימיות של הדוקטרינה בנזיקין (אם כי מעורפלת למדי מבחינת העמדה העולה ממנה כלפי הדוקטרינה) ניתן למצוא גם בפסק דינו של השופט ברק בעניין ***אמר***. לדיון בפסקי הדין ***פרידמן*** ו-***אמר*** ר' סע' 3.10 לעיל.

[2] הדיון בטיעונים המיוחדים הנוגעים לשאלת ההכרה בדוקטרינה בתחום המיוחד של דיני החוזים, ייערך בנפרד במסגרת השער הרביעי לחיבור. על השיקולים המתודולוגיים להפרדה המבנית בין השער השלישי לשער הרביעי עמדתי בדברי המבוא לחיבור. ר' שם הטקסט בעמ' כ"ד (המתייחס לנדבך הראשון בתזה) וכן הערה 21.

[3] מבחינה כמותית מרבית המקורות שעסקו בבעיות הכלליות הנדונות בשער זה התמקדו בתחום הנזיקי. אך כאמור, התייחסותנו תהיה אך ורק להיבטים ולטיעונים הנראים לנו על פניהם כישימים גם בתחום החוזי. שאלת ישימותם של הטיעונים הכלליים שהועלו בהקשר הנזיקי על תחום היחסים החוזיים תיבחן לעומק במסגרת השער הרביעי.

nevo.co.il

מבחינה מבנית נחלק הדיון לשלושה פרקים. חלוקה זו נובעת מסברתי, כי הבעיות היסודיות שמעוררת ההכרה בדוקטרינה מצויות בשלושה מישורים נפרדים המחייבים דיון נפרד ועצמאי. מתודולוגיה זו שונה מהאופן הרווח שבו נערך הדיון הביקורתי בדוקטרינה בספרות המשפטית.[4]

<u>בפרק ז'</u> תיבחן בעיית היסוד הראשונה שמעוררת הדוקטרינה: ***האם בכלל ובאילו נסיבות מוצדק להטיל על אדם שהפר חיוב אזרחי (נזיקי, חוזי או אחר) סנקציה כספית לבר-מפצה בשל "התנהגות מחפירה"?***

<u>בפרק ח'</u> לאור ההנחה שהטלת סנקציה כאמור עשויה להיות מוצדקת בנסיבות מסויימות, תיבחן לעומק בעיית היסוד השנייה שמעוררת הדוקטרינה: ***האם ניתן להצדיק ענישה במסגרת משפט אזרחי*** (להבדיל ממשפט פלילי, שהענישה היא מטרתו המוצהרת וה'טבעית')?

<u>בפרק ט'</u> לאור ההנחה שיש צידוק לענישה אזרחית, תידון בעיית היסוד השלישית שמעוררת הדוקטרינה - הלא היא שאלת ההצדקה לזיכוי התובע בכספי הסנקציה העונשית המוטלת על הנתבע.

המסקנה המתגבשת בתום הדיון בשער השלישי היא, שבכפוף למספר שינויים מתבקשים בעקרונות הפעלתה של הדוקטרינה, מדובר במוסד משפטי ראוי שבכוחו לסייע בידי מערכת המשפט במדינה המערבית המודרנית להגשים מטרות חברתיות חשובות. לאור מסקנה מקדמית זו אעבור בשער הרביעי לבחון את שאלת ישימותה של הדוקטרינה בתחום החוזי, ואת שאלת ההצדקה להבחנה המסורתית שאומצה לעניין זה בדין הנוהג בין דיני החוזים לדיני הנזיקין.

* * *

[4] הדיון המסורתי בוחן את ההצדקות האפשריות של הדוקטרינה (או את הביקורות עליה) בזו אחר זו ובלא הבהרה של היחס ביניהן ושל המקום שכל הצדקה ממלאת בהצדקה הדוקטרינה כולה. בכך נמנע לא רק דיון סדור ושיטתי, אלא לעיתים גם מוחמץ בירור מעמיק של סוגיות חשובות. יתרה מכך, כריכתן יחד של הבעיות השונות עלולה להביא לסברה המוטעית, כי דחייה או קבלה של אחת ההצדקות לדוקטרינה (או של אחת הביקורות עליה) מחייבת בהכרח את המסקנה כי הדוקטרינה ראוייה להידחות מכל וכל (או לחלופין, להיות מאומצת בשלמותה). ההפרדה בין בעיות היסוד השונות מונעת ליקויים אלה, ומבהירה היטב הן את היחס המורכב בין ההצדקות השונות, והן את כוחן ומשקלן היחסי של ההצדקות והביקורות השונות בהערכתה הכוללת של הדוקטרינה.

nevo.co.il

פרק ז':

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

nevo.co.il

מטרת הפרק ומבנה הדיון

7.01 בעיית היסוד הראשונה שמעוררת ההכרה בתשלום העונשי נובעת מהיותו סנקציה כספית לבר-מפצה הנפסקת כעונש על התנהגות מחפירה.[1] מאפיין זה מורכב למעשה משלושה מאפייני משנה, שכל אחד מהם מעורר שאלות וטעון הצדקה: **1)** היות התשלום העונשי סנקציה לבר-מפצה; **2)** היותו מוטל במוצהר מטעמים עונשיים; **3)** היותו מוטל בתגובה ל"התנהגות מחפירה". המאפיין הראשון מעורר את השאלה מהי ההצדקה להטיל על אדם שפגע בזולתו סנקציה בשיעור שמעל ומעבר לנדרש לתיקון הפגיעה? השני מעורר את השאלה שכל מוסד עונשי מעורר מעצם טיבו: מהי ההצדקה לגרום לנענש את הסבל הכרוך בהענשתו?[2] המאפיין השלישי מעורר את השאלה, מה טיבה של אותה "התנהגות מחפירה" שבגינה מוטל התשלום העונשי, ומהי ההצדקה להטיל עונש לבר-מפצה דווקא עליה? בפרק זה אבקש לדון בשאלות אלה ולהראות, שהתשובה להן מובילה (אולי באורח לא מפתיע) לעבר הרציונלים המסורתיים של מוסד הענישה - גמול, הרתעה, חינוך, וריצוי (של רגשות נקם).[3] מטרת הפרק היא לברר באיזו מידה יש בצידוקים מסורתיים אלה של הענישה כדי לספק הצדקה תקפה להטלת סנקציות כספיות לבר-מפצות כעונש על התנהגות מחפירה. **הפרק נפתח** בדיון קצר במושג "התנהגות מחפירה" ובמבחנים הכלליים לתחולת הדוקטרינה. **בחלקו השני** אדון ברציונל הגמול כצידוק לענישת התנהגויות מחפירות ובביקורות שניתן להעלות כנגד ענישה זו במונחי גמול. **בחלק השלישי** יידונו השאלות שמעורר רציונל ההרתעה במובנו הקלסי של מושג זה (הרתעה שתכליתה למגר התנהגויות מחפירות). **בחלק הרביעי** תיבחן לעומק שאלת האפשרות להצדיק ענישה לבר-מפצה של התנהגויות מחפירות במונחים של "הרתעה כלכלית" (או "הרתעה יעילה"). **בחלק החמישי** יידונו בקצרה מספר רציונלים נוספים למאפיין הנדון בפרק זה (חינוך, ריצוי, מניעת התעשרות שלא כדין ופיצוי). **בחלק השישי** אדון במספר ביקורות כלליות (דאונטולוגיות ותוצאתניות) שניתן להעלות כנגד ענישת התנהגויות מחפירות.[4] **הפרק נחתם** בדיון קצר בשאלת המתח בין ענישה לבר-מפצה לבין עקרון הצדק המתקן. מסקנתי בסיומו היא שטעמים מוסריים וחברתיים מגוונים חוברים יחד ומספקים הצדקה רעיונית מוצקה להכרת המשפט באפשרות להטיל סנקציה עונשית לבר-מפצה על התנהגות מחפירה כהגדרתה במסגרת דוקטרינת התשלום העונשי.

חלק ראשון: התנהגות מחפירה - מהי?

א. הערה למטרת הדיון

---

[1] כמוסבר בהערת הפתיחה לשער השלישי, שתי בעיות היסוד האחרות שמעוררת הדוקטרינה הן שאלת ההצדקה להטלתה של הסנקציה העונשית הלבר-מפצה בהליך האזרחי דווקא, ושאלת ההצדקה לזיכוי התובע בכספי סנקציה זו. דיון בבעיות אלה ייערך בפרקים ח' ו-ט' בהתאמה.

[2] כל מוסד עונשי טעון הצדקה, שכן הענישה מעצם טיבה כרוכה בגרימה מכוונת של סבל לנענש: **"Punishment requires justification because it is morally problematic. It is morally problematic because it involves doing things to people that (when not described as 'punishment') seem morally wrong."** A. Duff, D. Garland, "Introduction: Thinking about Punishment" in: **A Reader on Punishment** (Oxford, 1994, Duff & Garland Eds.)

[3] לסקירות כלליות של צידוקי הענישה בפלילים ר' למשל: N. Walker, **Why Punish?** (Oxford, 1991) 13-49; **Kenny's Outlines of Criminal Law** (Cambridge,15th ed., 1936, rep. 1945, Phillips Ed.) ch. 2. לסקירות בעברית ר': י' בזק, **הענישה הפלילית** (ירושלים, מהדורה שנייה, תשנ"ח) פרק שלישי; פ' דייקן, **דיני עונשין - חלק שישי: העונש** (תל-אביב, תשכ"ב) כרך ו'; ש' ג' שוהם, ג' שביט, **עבירות ועונשים - מבוא לפנולוגיה** (תל-אביב, תש"ן) 142-79. היחידה מבין מטרות הענישה בפלילים שאינה רלבנטית בהקשר דנן, היא זו של הרחקת הנענש מהחברה למניעת יכולתו לשוב ולפעול באופן עברייני(incapacitation, disablement). מטרה זו מושגת בדיני העונשין על ידי עונשי מאסר (ולעיתים ע"י עונש המוות) ולפיכך אינה רלבנטית להצדקת התשלום העונשי, בהיותו סנקציה כספית שאינה מגבילה במישרין את חופש התנועה והפעולה של הנענש.

[4] ביקורות אלה הן כלליות במובן זה שהן מכוונות כלפי עצם הענשתם של נתבעים על התנהגות מחפירה, ולאו דווקא כלפי רציונל זה או אחר של הענישה.

nevo.co.il

7.02 התשלום העונשי מוטל בתגובה להתנהגות פסולה של נתבע, אותה בחרתי לתאר בחיבור זה באמצעות הביטוי "התנהגות מחפירה".[5] מהו טיבה ומהם המבחנים לאיתורה של התנהגות כזו? על אף שעניינו העיקרי בחיבור זה איננו בחקר דוקטרינת התשלום העונשי כשלעצמה אלא בבחינת מקומה בדיני החוזים, הרי פטור בלא דיון כלשהו בשאלה זו - אי אפשר. כדי להבין מהו טיב האשם המיוחס לנתבע ואם אשם מסוג זה מאפיין גם התנהגויות בתחום החוזי, אין מנוס מדיון קצר בתוכנו של המבחן הכללי לתחולת הדוקטרינה. העיון במקורות מעלה, שאין אחידות מושגית בנושא זה, וכי משמשים כאן בערבוביה ערב רב של ביטויים - חלקם נרדפים, חלקם משלימים, וחלקם חלופיים.[6] יתרה מכך, למרות העיסוק הרב בדוקטרינה לא הושקע עד כה מאמץ רב בניסיון להבהיר את תוכנם המדוייק של מושגים אלה ואת היחס ביניהם.[7] ככלל, שוררים אפוא אי-וודאות ואי-בהירות לגבי שאלה יסודית זו.[8] מטרתנו היא לנסות ולגבש הגדרה אשר תצביע באופן ברור ונהיר על היסודות הנדרשים לצורך תחולת הדוקטרינה ועל היחס ביניהם, ויחד עם זאת תישאר נאמנה למבחני התחולה של הדוקטרינה הרווחים במרבית המדינות.[9]

ב. המבחן האולטימטיבי לתחולת הדוקטרינה: סטייה חריפה מסטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר

7.03 דומה שמכל ההגדרות כולן עולה דרישה אחת מוסכמת, שלגביה אין מחלוקת: זוהי הדרישה לקיומה של התנהגות שלילית ביותר במישור המוסרי או החברתי. התנהגות זו מתוארת בביטויים לשוניים שונים ומשונים, אך מכולם ללא יוצא מהכלל עולה תחושה חזקה של התקוממות, סלידה וגינוי לא שגרתיים כלפי התנהגותו של הנתבע. ממרבית התיאורים עולה ניחוח חזק של חוסר מוסריות במובן הדאונטולוגי.[10] לעיתים ניתן למצוא גם ניסוחים בעלי אופי

---

5 לטעמים לבחירת המושג "התנהגות מחפירה" ר' סע' 1.05(25) לעיל.

6 לאוסף מרשים של תיאורים מילוליים שונים ומשונים ר' סע' 1.05(25).

7 לניסיון - נדיר למדי - ליצוק תוכן למושגים הרווחים ולאבחן ביניהם ר' 37-34 ,20-21 **Ellis**, מעניין לציין, שדיון נרחב בתוכנו של המושג "התנהגות מחפירה" ("outrageous conduct") קיים דווקא במקורות שעסקו בפסיקת פיצוי לא-ממוני בגין גרימה מכוונת של נזק נפשי (intentional infliction of mental distress). ר' למשל: D. Givelber, "The Right to Minimum Social Decency and the Limits of Evenhandedness: Intentional Infliction of Emotional Distress by Outrageous Conduct" 82 **Colum. L.R.** (1982) 42, esp. 51-75 (and citations at n. 3). אולם יש לזכור שמדובר בהקשר שונה מזה שבו עסקינן, והדבר עשוי להשפיע על התוכן הניצוק לתוך המושג.

8 כך, למשל, בהגדרות המקובלות אין למצוא מענה לשאלה, אם החומרה המיוחדת המאפיינת את מעשי הנתבע חייבת להילמד מעובדות המקימות בעצמן עילת תביעה נפרדת (כפי שראינו בפרק ד', הלכת ***Vorvis*** הקנדית הטילה מגבלה כזו) או מכל נסיבה מחמירה שהיא. כמו כן אין זה ברור אם הנסיבות המחמירות נלמדות מיסודות עובדתיים או נפשיים שבהתנהגות הנתבע. גם אין זה ברור די הצורך, אם ביצוע עוולה אזרחית אחת עשוי להספיק לצורך תחולת הדוקטרינה, או שמא יש צורך בהוכחת נסיבות נוספות (בין אם אלה מקימות עילה עצמאית, ובין אם לאו). לכאורה, נראה שנדרשות נסיבות נוספות. אולם למעשה עוולות נזיקין מסויימות כוללות בהגדרתן יסודות התנהגותיים מחמירים למדי, העשויים לענות בעצמם אחר הדרישה ל"נסיבות מחמירות" (דוגמה מובהקת לכך הן עוולות הכוונה המסורתיות "intentional torts" שקיומן טעון הוכחת יסוד נפשי מחמיר של כוונה או של מודעות (תרמית, נגישה, כליאת השווא, גרם הפרת חוזה, וכיו"ב). עובדה זו מוכיחה, שהקביעה בעניין ***Vorvis*** בדבר הצורך בהוכחת עילת תביעה עצמאית נוספת ונפרדת אינה נכונה. כמובהר בסעיף 7.04 להלן, לדעתי, קיומה של עילת תביעה אזרחית (הפרת זכות) אחת לפחות היא תנאי מוקדם אך לא בהכרח מספיק לשם התקיימותה של "התנהגות מחפירה".

9 יומרה זו מבוססת על תחושתי, כי למרות הבדלי הניסוח הגדולים בין ההגדרות השונות הדומה שביניהן עולה על השונה והמבדיל. לתחושה זו מצאתי תמיכה בדבריו של **Ghiardi**, שאף הוא סבור כי: **"Although.. ..no precise uniformity exists.. ..as to the terms used to describe the conduct... ..an analysis of the authorities demonstrates a conceptual uniformity." Ghiardi**, ch. 5, p. 8. ואכן, תחושה זו מתחזקת, שעה שבוחנים את שלל המבחנים ההלכתיים (מכל המדינות בארה"ב המכירות בדוקטרינה) המובא אצל המלומד בספרו. ר': **Ghiardi**, s. 5.01, p. 3.

10 הגנאי המוסרי הנדרש לשם הפעלת הדוקטרינה עולה ממרבית הביטויים שנקטו לתיאור מבחני הדוקטרינה. סע' 1.05(25) לעיל. מאפיין זה הודגש במיוחד בפסיקה הקנדית: **"The basis of such an award is actionable injury to the plaintiff done in such a manner that it <u>offends the ordinary standards of morality or decent conduct in the community in such marked degree</u> that censure by way of damages is, in the opinion of the Court, warranted." Paragon Properties Ltd v. Magna Envestments Ltd.** [1972] 24 D.L.R. (3rd) 156, 167 (Alta. S.C.) (Clement, J.). במשפט הישראלי ר' למשל דברי השופט צבן בת.א. (ירושלים) 2424/00 **קורמן נ. וורצל** תקדין-מחוזי 2001(2) 15108, פסקה 8: **"לבית המשפט הכוח לפסוק במקרים מיוחדים וחריגים פיצויים עונשיים, אולם הדבר נעשה כאשר מדובר <u>בהתנהגות קיצונית, מחפירה ומרושעת</u>..."** מעניין לציין, שהביטוי "התנהגות מחפירה", שאומץ בחיבור זה, ננקט על ידי המחוקק הישראלי במספר הקשרים. כך, למשל, לפי סעיף 5(ג) ל**חוק המתנה**, תשכ"ח-1968, התנהגות מחפירה של הזכאי לקבל מתנה מאפשרת לנותן המתנה לחזור בו מהתחייבותו לתיתה. הביטוי "התנהגות מחפירה" פורש בפסיקה הישראלית כמבטא דרישה להתנהגות שלילית ביותר במישור המוסרי. ר' דברי השופט לוין בע"א 350/96 **וייסר נ. שביט** פ"ד נב(5) 797, 810: **"משמעותו הרגילה והשגורה של ביטוי זה** ["התנהגות מחפירה"] **היא התנהגות שלילית ביותר, התנהגות שהנפש סולדת ממנה."** גם השופט טירקל, הסכים לכך ש"**..שבלשון הדיבור אכן זאת משמעותו של הביטוי..**" (שם, 814) אף כי בהקשר המיוחד של חוק המתנה הציע טירקל

nevo.co.il

״נייטרלי״ יותר, המתמקדים בסטייה החמורה והקיצונית של התנהגות הנתבע מסטנדרט ההתנהגות הסביר מבלי שנרמז אם מדובר בסטנדרט מוסרי (דאונטולוגי) או סטנדרט חברתי (תועלתני).[11] כך או כך, אין מחלוקת, שלשם פסיקת תשלום עונשי אין די בהתנהגות פסולה, אלא **נדרשת התנהגות המשקפת חריגה בוטה וחריפה מכל סטנדרט סביר (מוסרי או חברתי) של התנהגות ראוייה.** התנהגות כזו היא תנאי הכרחי (אם כי לא בהכרח מספיק) לצורך החלת הדוקטרינה. דרישה זו היא ״אולטימטיבית״ (סופית, אחרונה) במובן זה שבהתקיים מספר תנאי סף, די בה כדי להוביל למסקנה כי התנהגות הנתבע היתה ״התנהגות מחפירה״.

ג. התנאים המוקדמים להתקיימותה של התנהגות מחפירה

7.04 בנוסף לאחידות בנוגע לדרישה האולטימטיבית שתוארה לעיל, עולה מההגדרות השונות אחידות מפתיעה באשר למספר יסודות התנהגותיים, שהתקיימותם במצטבר בהתנהגות הנתבע היא תנאי מוקדם והכרחי (אם כי לא בהכרח מספיק) לראיית התנהגותו כ״מחפירה״. לדעתי, **תנאים מוקדמים ומצטברים אלה הם חמישה: 1)** הנתבע **הפר חיוב משפטי** שהוא חב בו כלפי התובע (ולכן הפר את זכותו של התובע).[12] **2)** להפרת החיוב (או לפגיעה בזכות) **לא היה**

לפרש את המושג באופן ליברלי ומרחיב יותר. באופן דומה, קובע סעיף 9 ל**חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) תשי״ט-1959**, כי בית המשפט רשאי מטעמי צדק לפטור אדם החב במזונות על פי דין מחובתו, אם הזכאי נהג כלפיו באופן מחפיר. למקרה חריג שבו יושמה הוראה זו, ובן, שאביו נהג בו באורח מחפיר, זכה לפטור חלקי ממזונות אביו ר׳ ע״א 498/73 **סלומון נ. סלומון** פ״ד כח(2) 3. למקרה שבו נדחתה טענה להתנהגות מחפירה שהפנה אב כלפי ביתו ר׳ ע״א 66/84 **למברג נ. למברג** פ״ד לח(3) 315. והשוו להוראת סעיף 45 ל**חוק השיפוט הצבאי**, תשט״ו-1955, הקובעת עונש של 15 שנות מאסר על התנהגות מחפירה של חייל הנוטש את משמרתו, מסגיר עצמו לאוייב, מוסר לאוייב ידיעות, וכיו״ב.

[11] **Owen** הגדיר זאת כדרישה ל: **"extreme departure from lawful conduct"** **Owen** (3) 730 בפסיקה של מדינת איידהו אומץ מבחן דומה, המדבר ב: **"extreme deviation from reasonable standards of conduct"** **Linscott**, 962 מבחן דומה אומץ בקנדה בעניין ***Vorvis***: **"..the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment."** ***Vorvis***, 208. עניין החריגה המשמעותית או הקיצונית מודגש גם בציטוטים שהובאו בהערה הקודמת, אלא ששם הניחוח האנטי-מוסרי בולט יותר מאשר בניסוחים דהכא.

[12] בפסיקה ובספרות הדרישה למעשה בלתי חוקי (הפרה) מצד הנתבע כלפי התובע נתפסת כמובנת מאליה, ואינה שנוייה במחלוקת. היא עולה במשתמע מתיאורים כגון: **"malicious or oppressive character of the acts forming the basis of the complaint"; "aggravated or outrageous act of misconduct"; "serious wrongdoing"; "aggravated or outrageous tort"; "tortious acts committed through malice"; "defendant has wronged the plaintiff in a manner which is outrageous"; "outrageous tort"; "wrongdoer"**. ביטויים אלה לקוחים מתוך ההגדרות המובאות בסע׳ 1.05(22)(25) לעיל. הדרישה למעשה עוולתי המקים ״עילת תביעה״ (actionable/legal wrong) זוכה לעיתים להדגשה מפורשת בפסיקה. ר׳ למשל: **"offender"**. ***Podleski***, 903: **The award of exemplary damages is not a separate and distinct cause of action, but is permitted only in conjunction with an underlying and independent "civil action"**. היא מעוגנת מפורשות ברסטייטמנט: **"It is essential.. ..that facts be established that, apart from punitive damages, are sufficient to maintain a cause of action."** דרישה נוספת המקופלת בתנאי הנדון כאן היא שתופר זכות משפטית **של התובע**. המשמעות המעשית היא, שאדם אינו זכאי לתבוע תשלום עונשי בגין התנהגות מחפירה שלא הפרה את זכויותיו שלו (אלא רק את זכויותיהם של אנשים אחרים). לעיגונה של דרישה זו במשפט האנגלי ר׳: **"..the plaintiff cannot recover exemplary damages unless he is the victim of the punishable behaviour. The anomaly inherent in exemplary damages would become an absurdity if a plaintiff totally unaffected by some oppressive conduct which the jury wished to punish obtained a windfall in consequence."** ***Rooks***, 1227. לדעתי, נימוקו של בית הלורדים איננו משכנע משני טעמים: **ראשית**, מגבלה זו על תחולת הדוקטרינה איננה מובנת מאליה במונחי גמול או הרתעה. **שנית**, הטענה כי מדובר ב-"windfall" לתובע ניתן לטעון, שהתובע משמש כאן כנציג הציבור, הראוי לתגמול על הבאת מפרים מחפירים לדין, גם אם אלה לא פגעו בו עצמו (לטיעון דומה ר׳ סע׳ 9.05 להלן). במקורות קשה למצוא דיון בהגיונה של הגבלה זו. לדעתי, למרות הביקורת על נימוקי בית הלורדים, יש למגבלה זו על תחולת הדוקטרינה היגיון רב. הצדקה אחת לה עשויה להיות נעוצה בחשש, שבהעדר נוכחות של הקורבן כצד בהליך עלול התשלום העונשי להיות מוטל בהעדר תשתית עובדתית מספקת. על חשש זה ניתן להתגבר לכאורה באמצעות זימון הקורבן כעד במשפט, אולם עניין זה עשוי להתגלות כבעייתי במקרים שבהם לקורבן אין תמריץ להעיד. חשש אפשרי נוסף הוא מפני הצפת בתי המשפט בתביעות סרק של גורמים שעניינם האמיתי איננו באכיפת החוק, אלא בניסיון ׳לדוג׳ נאשמים כדי להפיק מכך רווח ממוני. שכרה של הרחבה כזו של מעגל התובעים עלול לצאת בהפסדה, שכן כאשר הקורבן אינו צד לתביעה, גובר החשש לתביעות סרק חסרות בסיס משפטי ועובדתי מוצק. חשש נוסף הוא מבזבוז חברתי העלול להיגרם בשל ריבוי תביעות בגין אותה הפרה. ביטוי לחשש זה יש בדברי הוועדה הקנדית: **"Without some such device of excludability, a number of different enforcers would likely be chasing the penalty."** **Canadian Report**, 33 & n. 6. (גם בהינתן מגבלה זו עשויות להיות מוגשות תביעות רבות, שכן מעשה עוולתי אחד עלול לגרום ל׳קורבנות׳ רבים, אולם מספרן יהיה מוגבל). בעייה נוספת העלולה להיגרם היא שקורבנות התנהגות מחפירה שיתבעו ׳באיחור׳ לא יזכו בתשלום עונשי, שכן זה כבר נפסק במסגרת תביעה של צד שלישי שלא נפגע כלל מההתנהגות המחפירה. במקרה כזה מאבד התשלום העונשי את אפקט הריצוי שלו (לרציונל הריצוי ר׳ סע׳ 7.83 ואילך). בחיבור זה אינני מציע להסיר מגבלה מסורתית זו על היקף השימוש בדוקטרינה, מגבלה הנראית לי מוצדקת מכל הטעמים המצטברים שפורטו כאן.

nevo.co.il

צידוק או פטור בדין בנסיבות העניין.[13] **3)** ההפרה יצרה **סיכון לפגיעה של ממש** ברווחת התובע או ברווחתם של אנשים אחרים (בין אם הסיכון התממש, ובין אם לאו).[14] **4)** בעת הפרת החיוב **הנתבע היה מודע למשמעות העובדתית של מעשיו,** היינו, היה מודע למעשהו (המהווה הפרה) ולעובדה שהוא מסכן באופן ממשי את רווחת

---

[13] דרישה זו עולה בדרך כלל רק במשתמע מהמקורות, אך לדעתי היא דרישה מרכזית וחשובה. היא נרמזת לעיתים בחלק מהמקורות, אם כי הגבול בין הצדקה משפטית לבין הצדקה מוסרית איננו מוגדר בהם בחדות. ר' למשל: **Waddams**, ch. 11. p. 10: **"…the defendant deliberately exposes the plaintiff to a risk without justification"** (ניתן לראות שהגדרה זו מחזקת את העדר הצורך בגרימת נזק מוחשי - ר' הדיון בהערה הקודמת). המשמעות המעשית של תנאי זה היא, שתשלום עונשי לא ייפסק כאשר למעוול עומד צידוק למעשה העוולה או פטור מאחריות לביצועה (למשל, כשהעוולה נעשתה בנסיבות של צורך, כורח או אי-שפיות, או כאשר הפרת חוזה נעשתה בנסיבות של סיכול הפוטרות מאחריות חוזית). הטעם לכך הוא פשוט: קיומו של צידוק או פטור בדין הופך את מעשה העוולה להפרה טכנית בלבד - הפרה שהיא מוצדקת, או לכל הפחות נסלחת בנסיבות העניין. הפרה כזו איננה מבטאת חריגה, ודאי לא חריגה משמעותית מסטנדרט ההתנהגות המצופה מאדם סביר, ולכן איננה בגדר התנהגות מחפירה. ההבחנה המושגית בין פטור לצידוק מקורה במאה ה-19 בספרות המשפט הפלילי הגרמני, והיא מושרשת כיום גם במשפט האנגלו-אמריקאי הן בפלילים והן בנזיקין. צידוק הוא מצב שבו מעשה, אף כי הוא מנוגד לכאורה לחוק, הינו צעד הראוי לעידוד מבחינה מוסרית וחברתית. פטור הוא מצב שבו המעשה המנוגד לחוק, אף כי איננו ראוי לעידוד ואולי אף פסול, הרי מצד שני בשל נסיבותיו המיוחדות איננו מצדיק את הטלת הסנקציה השגרתית הקבועה בחוק על ביצועו (לעיתים הנסיבות יצדיקו פטור מוחלט, ולעיתים פטור חלקי מאחריות). להבחנה זו ר' למשל: ח' גנאים, **ההבחנה בין הצדקה-בדין לבין סליחה-בדין ערוכה על פי סייג הצורך**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים (האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"ב) 123, 124, 6-235: **"..סייג של הצדקה-בדין נועד לשלול את האופי האנטי-חברתי של הפגיעה בערך החברתי המוגן... ..מדובר בהפרת כללי המשפט בהיותם כללים מופשטים.. ובהתקיים סייג של הצדקה-בדין מדובר בהפרה מוצדקת של האיסור; ...** [סייג של] **סליחה-בדין הינ**[ו] **מצב השולל את האחריות הפלילית על עושה שעשה מעשה אנטי-חברתי ואסור, קרי: מעשה שפוגע בסדר החברתי-משפטי."** לספרות נוספת בנושא ההבחנה בין צידוק לבין פטור ר' למשל: **Justification and Excuse in The Criminal Law** (N.Y., 1994, Corrado Ed.); J.C. Smith, **Justification and Excuse in the Criminal Law** (London, 1989).

[14] רכיב זה בהגדרה מדגיש שני היבטים חשובים: **ראשית,** רכיב זה בהגדרה מלמד, ש**אין די ביצירת סיכון לגרימת נזק פעוט** או שולי מבחינת רווחתו של התובע. נדרש כי הסיכון שנוצר היה משמעותי. תנאי מוקדם זה עולה, לדעתי, הן מהביטויים החריפים שבהם מקובל לתאר את התנהגות הנתבע **("wanton"; reckless"; "outrageous"; "malicious"; "insolent"; "oppressive"; "tortious"; etc.)** ביטויים אלה אינם מתאימים לתיאורן של התנהגויות היוצרות סיכונים פעוטים. גם העיון בפסיקה מגלה כי אין פוסקים תשלום עונשי על הפרות שאינן חמורות מבחינת התוצאה שנגרמה או הסיכון שנוצר. **שנית, הדיבור "סיכון" להבדיל מ"פגיעה" או "נזק" בא ללמד שהתנהגות מחפירה איננה חייבת להיות כרוכה בגרימת נזק מוחשי** (ממוני או לא-ממוני) לתובע. די בכך שהיא סיכנה את רווחתו, גם אם סיכון זה לא נתממש. אמנם, עוצמת הנזק שנגרם לנפגע עקב מעשה עוולה היא אחד השיקולים הרלבנטיים לקיומה של התנהגות מחפירה. עם זאת, שיקול זה הוא רק אחד מבין השיקולים הרלבנטיים להערכת דרגת חומרתה של התנהגות נתונה. לדעתנו, שיקול זה הינו בעל משקל פחות בהרבה משיקולים כמו היסוד הנפשי שליווה את ביצוע המעשה, ועוצמת הסיכון הגלום בו. לדיון בשיקולים אלה ר' סע' 12.17-12.39 ואילך. אמנם, יש להודות שמבחינה סטטיסטית במרבית התביעות שבהן נפסקים תשלומים עונשיים הם מצטרפים לפיצויים על נזק, ולו נזק לא-ממוני. הטעם לכך הוא ככל הנראה שסבילת נזק מתמרצת נפגעים לתבוע, ומגבירה גם במידה מסויימת את העניין הציבורי שבענישת המפר, מה גם שהתנהגות מחפירה מעצם טיבה תסב בדרך כלל נזק לא-ממוני לנפגע. אולם במישור העקרוני צידוקי הענישה מצדיקים להטיל עונש על התנהגויות מסוכנות גם כאשר מסיבה זאת או אחרת הסיכון שבהן לא התממש. תמיכה בעמדה זו יש בחוק העונשין הישראלי, אשר בתיקון משנת תשנ"ד ביטל את העונש המופחת על עבירת הניסיון, והשווה אותו לעונש המוטל על ביצוע העבירה המושלמת (אך ר' את סע' 27 לחוק, הקובע כי עונש חובה או עונש מינימום הקבוע בגין עבירה לא יחול על הניסיון לביצוע אותה עבירה). ואמנם, הדין הנוהג במרבית המדינות שבהן מוכרת דוקטרינת התשלום העונשי אינו דורש הוכחת נזק כתנאי להפעלתה. עניין זה מובהר במפורש ברסטייטמנט האמריקאי: **"Punitive damages are today awarded when there is substantial harm and when there is none… ..it is not essential to the recovery of punitive damages that the plaintiff should have suffered any harm, either pecuniary or physical." Rest.** Torts, s. 908, Comment c. (אם כי יש להודות שהסיפא מעוררת את השאלה, האם נדרש כי התנהגות הנתבע תגרום לנזק לא-ממוני (להבדיל מנזק פיזי או כלכלי). במקרים שבהם לא נגרם נזק ממשי יצטרף התשלום העונשי על פי רוב לתשלום סמלי (nominal damages). התנגדות לאפשרות זו הביע בשעתו על ידי פרופ' ברק במאמרו: א' ברק, "האם עשוי נזק ממון נומינלי לשמש קולר לתלות בו פיצויים לדוגמא?" **הפרקליט** כ (תשל"ט) 216. במאמר זה ביקר ברק את פסק הדין ***הובּרמן*** שבו נפסק תשלום עונשי בעילה של הסגת גבול במקרקעין, כאשר בהעדר נזק ממון צורף תשלום עונשי בסך 4,000 ל"י לתשלום סמלי בסך לירה אחת. לדבריו: **"אין זה הגיוני לאפשר פסיקת פיצויים לדוגמה במקום שהמחוקק מביע במפורש את דעתו כי אסור לפסוק פיצויים בהעדר נזק ממון. האיסור לפסוק פיצויים נובע מגישת המחוקק כי אין להעניק הנאה כספית לנתבע אם הוא לא סבל נזק ממון. גישה זו מן הראוי שתחול גם על פסיקת פיצויים לדוגמה, שהינם עונש מנקודת מבטו של המיזק, אך מעניקים הנאה לניזוק."** (שם, 7-216). לדעתי נימוק זה אינו עומד, שכן העובדה שהניזוק נהנה מהתשלום העונשי היא שולית ואגבית למטרה העיקרית, שהיא ענישת המזיק. מכאן, שהמסקנה בדבר איסור על תשלום עונשי בעילות שבהן נזיקין שבהן דורשת הפקודה נזק ממון איננה מתחייבת לא מהגיונו של הסעיף, ואף לא מלשונו (פיצויים אינם תשלומים). בשיטות האנגלו-אמריקאיות משמש התשלום הסמלי כסעד הצהרתי הבא לציין את דבר הפגיעה בזכותו של התובע, והעשוי לשמש יסוד לפסיקת הוצאות. בישראל, שבה השימוש בתשלומים סמליים אינו מקובל, יצטרף התשלום העונשי במקרים אלה להצהרה על דבר הפגיעה בזכותו של הנפגע או לסעד אחר כדוגמת אכיפה, השבה, ביטול, וכיו"ב. עם זאת, יש לזכור, שהוכחת עילת תביעה ברשלנות מחייבת הוכחת נזק בר-פיצוי, ובהעדר נזק לא תקום עילת היסוד, שעליה נשענת התביעה לתשלום עונשי. בעיניי תוצאה זו אינה רצוייה ואף אינה מתחייבת, שכן החיוב הנזיקי מופר, לדעתי, לא בעת שנגרם הנזק, אלא בעת שמופרת חובת הזהירות (הקונקרטית). גישה ראוייה תאפשר אפוא לפסוק תשלום עונשי כל אימת שהנתבע הפר במודע ובאופן מחפיר את חובת הזהירות שלו, גם אם בדיעבד הסיכון שיצר לפגיעה בתובע (או באנשים אחרים) לא התממש. להרחבת הדיון בטענות אלה ר' סע' 11.42, 11.09. לסיום ראוי להדגיש שלמרות כל האמור, **ישנן מדינות לא מעטות שבהן הדין שונה. במדינות אלה נדרשת הוכחת זכות לפיצויים (compensatory\actual damages) כתנאי לפסיקת תשלום עונשי.** כאמור, לדעתי דין זה איננו ראוי, שכן הוא חוטא למטרותיה העונשיות של הדוקטרינה. לרשימה מפורטת של אסמכתות מכל המדינות בארה"ב שבהן ניתן למצוא התייחסות לעמדתה של כל מדינה בסוגייה זו ר' **Kircher**, s. 5.21.

nevo.co.il

התובע או את רווחתם של אנשים אחרים (תנאי 3).[15] אין די ברשלנות, ואפילו היתה זו רשלנות חמורה.[16] **5)** בעת ההפרה **הנתבע היה מודע למשמעות המשפטית של מעשיו**, היינו: ידע שהם מקיימים את תנאים 1 ו-2 לעיל.[17]

---

15 הדרישה למודעות בפועל לקיומו של סיכון עולה במפורש מהרסטייטמנט האמריקאי, הקובע, כי התנהגות תיחשב מחפירה ("outrageous") כאשר הנתבע פעל מתוך מניע זדוני ("evil motive") או מתוך אדישות חסרת אחריות כלפי זכויותיהם של אחרים. ("reckless indifference to the rights of others") **Rest.** Torts, s. 908(2). (כידוע, אדישות היא מצב של מודעות לאפשרות התרחשותה של תוצאה מזיקה או לפחות עצימת עיניים בפניה). ביטויים נוספים שמהם עולה במפורש או במשתמע הדרישה למודעות לקיומו של סיכון לזולת הם: **"reckless/conscious disregard for the interests/rights of others"; "willful \intentional\ deliberate \malicious\ conscious\ indifferent\ fraudulent\ reckless\ wanton\ high-handed\ arrogant** (conduct/tort/wrong/etc.)" שלא נדרשת מודעות לכך שהתובע הספציפי חשוף לסיכון שיצרה התנהגות הנתבע, ודי במודעות לאפשרות כי אדם פלוני, מקבוצת האנשים שאליה השתייך התובע, עלול להיפגע: **"..the identity of the actual victim often will have been unknown to the defendant in advance of the injury... ..the actor knew of should have known that the contemplated conduct endangered a class of persons that included the actual victim.." Ellis**, 35. עניין זה עולה גם מהביטוי **"others"** (ר' בראשית ההערה). לדרישת המודעות במשפט הישראלי ר' עניין ***קודמן***: "[פיצויים עונשיים ייפסקו] **..במקרים מקוממים בהם היסוד הנפשי של המזיק הינו של כוונה מיוחדת, זדון או אדישות המתבטאת בחוסר איכפתיות..**"; עניין ***פז-גז***, פסקה 26: **"פיצויים עונשיים נפסקים בישראל רק כאשר.. ..המעשה נעשה בזדון.. אך לא ברשלנות רגילה ואפילו חמורה.**" ר' גם עניין ***פולק*** (פסקה 9): **"הפיצויים העונשיים.. נפסקים בעוולה שיש בה אלמנט של כוונה, ולא בעוולה של התרשלות, אף אם היא חמורה.**" עם זאת, יש לציין, שהמושג "recklessness" המשמש פעמים רבות לתיאור המבחן לתחולת הדוקטרינה כולל גם מצבים של התרשלות חמורה הנעשית מתוך מצב נפשי של העדר מודעות לה או לסיכון הכרוך בה. הגדרה רחבה כזו אומצה ברסטייטמנט. **Rest. Torts**, s. 500 & comment a והשוו להגדרתו של **"reckless conduct: conduct involving a conscious choice of a course of action entailing a disproportionately great risk of harm to another relative to the utility of the conduct, and undertaken with knowledge of the danger or of facts that would disclose the danger to a reasonable person." Ellis**, 21: Ellis לדעתי, פרשנות זו למושג "reckless conduct" היא פרשנות לשונית סבירה, אך בהקשר לדוקטרינה אין די ב-"reckless conduct" ויש צורך ב"reckless indifference" (ר' למשל הגדרת הרסטייטמנט בראש ההערה). ניסוח זה מבהיר כי הדוקטרינה לא תופעל כנגד התנהגות רשלניות (במישור הנפשי). כמובהר בהערה הבאה, לדעתי זהו לא רק הדין הרצוי אלא גם הדין הנוהג במרבית המדינות. המושג "recklessness" גרר לא מעט התייחסות מצד אנשי אקדמיה, בשל עמימותו הרבה. ר' למשל: J.A. Henderson, A.D. Twerski, "Intent and Recklessness in Torts: The Practical Craft of Restating Law" 54 **Vand. L.R.** (2001) 1133.

16 אמנם, במספר מדינות מופיע כמבחן חלופי הביטוי **"gross negligence"**. אלא שהעיון בפסיקה ובספרות מלמד בבירור, שבביטוי זה הכוונה היא בדרך כלל להתרשלות חמורה במישור העובדתי, שממנה ניתן ללמוד על אדישות או חוסר אכפתיות (מודעות בפועל) להבדיל מהסתפקות ביסוד נפשי מופחת של רשלנות (מודעות בכוח). ר' למשל: **"There is general agreement that.. ..mere negligence is not enough, even though it is so extreme in degree as to be characterized as "gross", a term of ill-defined content, which occasionally.. ..has been stretched to include the element of conscious indifference to consequences.." Prosser**, 10; **"a positive element of conscious wrongdoing is always required…" McCormick**, 280; see also: **Ghiardi**, s. 5.01, p. 3. במישיגן, למשל, הסבירה הפסיקה, שבמונח **"gross negligence"** הכוונה ל: **"negligence so great as to indicate a reckless disregard of the rights or safety of others." Bailey v. Graves** 411 Mich. 510, 513 (1980). צורך במודעות בפועל מצד הנתבע הוכר גם בפסיקה ובספרות הקנדית: **Jackson v. Canadian Pacific Ry. V.** (1915) 24 D.L.R. 380, 387 (Alta. S.C. App. Div.): **"In.. ..**[actions based on] **negligence.. ..punitive damages cannot be recovered unless there was such entire want of care as to raise a presumption that the defendant was conscious of the probable consequences of his carelessness and was indifferent, or worse, to the danger of the injury to other persons."; Cooper**, 963: **"There must be.. ..at least, a conscious wrongdoing.."**. ר' גם **Waddams** s. 11.210. עם זאת, לעיתים נדירות ניתן למצוא גם חריגות לכאורה מעיקרון זה. ר' למשל **McLaren Transport Ltd. v. Somerville** [1996] 3 N.Z.L.R. 424 (H.C., Dunedin) שם נקבע, שהפרה בוטה וקיצונית של חובת הזהירות ברשלנות המסכנת אינטרס גופני עלולה להספיק לשם פסיקת תשלום עונשי: **"The level of negligence displayed by** [the defendant] **had been so high that it amounted to an outrageous and flagrant disregard for** [the plaintiff's] **safety."**. והשווה לפסק הדין הקנדי ***Rowland's*** הנ"ל בסע' 4.14(45). לחריגות נוספות ר' **Waddams**, s. 11.210, at n. 48. לדעתי, אין זה מן הנמנע, שגם במקרים חריגים אלה בית המשפט מסיק מחומרת ההתרשלות על קיומה של עצימת עיניים, היינו, מודעות בפועל לקיומו של הסיכון (ר' הציטוט מפסק הדין ***Jackson*** לעיל בהערה זו). בישראל הדגישה הפסיקה בבירור, שאין די ברשלנות לשם פסיקת תשלום עונשי. ר' האסמכתות המובאות בהערה הקודמת, והמדגישות כי נדרש לכל הפחות יסוד נפשי של אדישות (מודעות בפועל). חריגים לדרישת המודעות בפועל חלים לכאורה כאשר: 1) פוסקים תשלום עונשי כנגד תאגידים מכוח אחריותם האישית/השילוחית למעשי עובדיהם; 2) פוסקים תשלום עונשי בגין הפרה מחפירה שבוצעה במצב של שכרות. אלא שלמעשה נראה שמדובר בחריגים מדומים, שכן גם במצבים אלה מיוחסת למעוול אחריות ישירה ומודעות בפועל (בין באמצעות תורת האורגנים, ובין באמצעות רעיון דוקטרינת "הכוונה החופשית במקור" או דומותיה). (לדיון בבעיות שמעוררת אחריות שילוחית ר' הערה 37 להלן). כמוסבר בהערה הבאה, בנוסף לדרישה למודעות בפועל של הנתבע למעשיו ולסיכון שהם יוצרים, נדרשת מודעות גם למשמעות המשפטית של התנהגות הנתבע.

17 דרישה זו נגזרת לדעתי במשתמע, אך בבירור, מאחד המבחנים השגורים ביותר בפסיקה האמריקאית לתיאור המבחן לתחולת הדוקטרינה: **"willful/conscious/reckless disregard of\indifference to the rights of others"** (**"התעלמות מודעת מזכויות התובע/הזולת"**). לדעתי, הניסוח "התעלמות מודעת/מופקרת" (להבדיל מסתם "התעלמות") נועד להדגיש את העובדה שהנתבע מודע בפועל (או לפחות עוצם עיניו) לקיומן של זכויות שהתנהגותו מסכנת, ולמרות זאת איננו פועל בהתאם להימנעות מהסיכון או להפחתתו (כאמור בהערה הקודמת, הביטוי "reckless" הוא מעט בעייתי בהקשר זה, בהיותו בעל גוון אובייקטיבי יותר, המסוגל להכיל בתוכו גם רשלנות במישור הנפשי). זאת להבדיל מסתם "התעלמות" מזכויות הזולת העשוייה להתרחש לעיתים בהיסח הדעת או בלי משים (אם תרצו: "התעלמות רשלנית"). ניתן לראות, שגם כאן המבחן אינו דורש מודעות לזהותו של התובע הספציפי שנפגע, ודי במודעות לכך שזכויותיו של מאן דהוא עלולות להיפגע כתוצאה מההתנהגות הבלתי-חוקית. משמעות הדרישה הנדונה כאן היא, כי טעות במצב

nevo.co.il

ד. נסיבות העשויות לשלול את יסוד המחפירות מהתנהגות שנתקיימו בה התנאים המוקדמים

7.05 התקיימות חמשת התנאים המפורטים לעיל הינה הכרחית, אך לא בהכרח מספיקה כדי ללמד על קיומה של התנהגות מחפירה. כאמור לעיל, לשם כך נדרש תמיד להצביע על התקיימות המבחן האולטימטיבי לתחולת הדוקטרינה, כלומר, - על כך **שהתנהגות הנתבע כמכלול - יותר מאשר מעשה חד-פעמי שלו - משקפת בנסיבות העניין כולו דפוס התנהגות פסול ואנטי-חברתי** המבטא סטייה משמעותית מסטנדרט ההתנהגות הראוי של האדם הסביר.[18] **דרישה אולטימטיבית זו עשוייה שלא להתקיים כאשר קיימות נסיבות מקילות ההופכות את ההפרה המודעת וחסרת הצידוק של הנתבע למעשה נסלח** בעיני בית המשפט. נסיבות כאלה יכולות להיות למשל: העובדה שהפגיעה בתובע היתה מעשה חד-פעמי שלא חזר על עצמו; העובדה שסיכון שיצר הנתבע נועד למנוע פגיעה חמורה ביותר באדם שלישי או בתובע עצמו; העובדה שהתנהגות הנתבע באה בתגובה ישירה לקינטור מצד התובע או לפעולה של התובע שפגעה בזכויות הנתבע ושאדם סביר עלול היה להיגרר אליה עקב כך; העובדה שהפגיעה בזכויות התובע נעשתה מתוך יחס נפשי של אי-רצון בגרימתה (יסוד חפצי של קלות דעת); העובדה שהנתבע פעל במצב של מצוקה שהקשתה עליו להפעיל שיקול דעת נכון; העובדה שהנתבע הביע חרטה כנה על מעשהו או ניסה למנוע את התממשות הסיכון שיצר; העובדה שהנתבע הציע לנפגע בדיעבד פיצוי הולם על הפגיעה בו; העובדה שהנתבע הציע לתובע מראש פיצוי סביר בתמורה לפגיעה קלה יחסית בזכויותיו, והתובע סרב; ועוד. לעומת זאת, בהעדר נסיבות מקילות כאמור, או בהינתן נסיבות מחמירות אחרות, גוברת ההסתברות שהתנהגותו העוולתית של הנתבע תיחשב כ"מחפירה" בנסיבות העניין.[19]

הדברים המשפטי (טעות באשר לעצם קיומה של זכות הזולת, או באשר לקיומו של צידוק או פטור למעשי הנתבע) בין בשוגג ובין ברשלנות חוסמת את תחולת הדוקטרינה. לעניין זה ר' למשל **Greenwood & others v. C-D Inv. Co.** 18 Cal Rptr. 2d. 144 (1993). באותו מקרה קיבל בית המשפט העליון של קליפורניה את ערעורו של נתבע שחוייב בתשלום עונשי ופטר אותו מסנקציה זו. הנימוק: הערכאה הדיונית לא הורתה למושבעים לשקול, כטענת הגנה בפני חיוב בתשלום עונשי, אם ייתכן שהנתבע פעל בתום לב תוך הסתמכות סבירה על עצת עורך דינו (שלפיה מותר היה לו לפעול כפי שפעל). עיקרון זהה חל, לדעתי, גם כשהנתבע פועל בלא עצה של עורך דין. אלא שבמקרה כזה יקשה עליו יותר להוכיח כי האמין שמעשיו חוקיים (שכן מעשים הנעשים מתוך מודעות לסיכון ממשי שהם יוצרים לזולת צפויים במקרים רבים ליצור חזקה של מודעות להיותם בלתי חוקיים). לטעות בתום לב (innocent mistake) כהגנה בפני חיוב בתשלום עונשי ר' גם: **Prosser**, 10 לסיכום: התנאי המוקדם החמישי לפסיקת תשלום עונשי הוא שהנתבע התעלם במודע מזכויות התובע, היינו: פעל מתוך מודעות לכך שהתנהגותו אינה כדין.

[18] דפוס ההתנהגות האופייני להתנהגויות מחפירות הוא של זלזול בוטה בזכויות הזולת. לדיון במאפיין זה ר' סע' 7.10 להלן. מעניין לציין, שהכרה מפורשת בהבחנה המרכזית שאני עורך כאן בין התנאים המוקדמים לבין המבחן האולטימטיבי לתחולת הדוקטרינה מצאתי בספרות רק בכתיבתו של פרופ' Feldthusen הקנדי. בדו"ח הקנדי שבראשו עמד צויין, ש: **"..a threshold condition for punitive damages is advertent wrongdoing, that is, that the defendant knew, or ought to have known, that the act was wrong."** **Canadian report**, 54; see also id, at 38: **"..punitive damages should be awarded only where the defendant has advertently commited a wrongful act deserving of punishment, and where the defendant's conduct was exceptional."** (הכרה משתמעת בקיומו של מבחן משולב עולה גם מדברי **Cooper**, המובאים בהערה הקודמת). אולם גם הגדרתו של Feldthusen איננה שלמה, שכן אין היא מבהירה מהם היסודות השונים המרכיבים את הדרישה המקדמית ל"התנהגות עוולתית מודעת".

[19] נסיבות מחמירות כאלה תתקיימנה, למשל, כאשר המניע להפרה חסרת הצידוק או היסוד החפצי כלפי התוצאה המזיקה שתיגרם לתובע הם חמורים במיוחד, כגון רצון להזיק לתובע או להתעמר בו (**"evil motive, "malicious", "ill will", "spite"**), כאשר ההפרה כרוכה בהונאה של התובע (**"fraudulent"**), כאשר ההפרה מסכנת ערכים חברתיים חשובים במיוחד (כגון שלמות הגוף, בריאות, חירות וכו'). דיון נרחב בשיקולים לחומרא ולקולה בהקשר החוזי ייערך בפרק י"ב, בסע' 12.17 ואילך. העיקריים שבשיקולים אלה מעוגנים בסע' 4 להצעת החקיקה. נסיבה רלבנטית במיוחד בהקשר זה היא השאלה, האם מדובר בהפרה חד-פעמית של זכות התובע, או בתופעה של הפרות חוזרות ונשנות מצד הנתבע של חיובים שונים שלו: **"I do not think that it can be stated with any precision what may be classed as aggravating circumstances but malice, wantonness, insult and <u>persistent repetition</u> have always been regarded as elements which might be taken into account." Denison v. Fawcett** 12 D.L.R. (2d) 537, 542 (1958, Ont. Ct. App.). שאלת היחס בין ההפרה הספציפית המקימה את עילת התביעה העיקרית לבין ההתנהגות המחפירה שבגינה נפסק התשלום העונשי לא זכתה להתלבן בספרות המשפטית. לדעתי, במרבית המקרים שבהם מופעלת הדוקטרינה נפסק התשלום העונשי לא בשל אופי ההפרה המקימה את עילת התביעה העיקרית (לפיצויים, אכיפה וכו'), אלא בשל אופן התנהלותו של המפר לאורך כל הפרשה. לדוגמה: לאחר ההפרה המפר מתמיד בסרובו להכיר בהפרה, חוזר עליה או מבצע הפרות נוספות, מתכחש לאחריותו (ובכך מפר חיוב משני לשלם פיצויים, או חיוב ראשוני לנהוג בתום לב) וכיו"ב. בין היתר מסיבה זו הגדרתי את התשלום העונשי כסנקציה המוטלת בגין "התנהגות מחפירה" (העשויה לכלול מספר רב של הפרות) להבדיל מ"הפרה מחפירה" (אחת). להרחבת הדיון בשיקול של התנהגות עוולתית חוזרת ונשנית מצידו של הנתבע כשיקול מרכזי בפסיקת תשלום עונשי ר' סע' 12.37, 7.77 להלן. את העיקריים שבשיקולים הנזכרים כאן מוצע לעגן בהסדר החקיקתי שיעגן את הדוקטרינה. ר' סע' 4 להצעת החקיקה.

nevo.co.il

ניתן לראות, שהשיקולים הרלבנטיים (לקולא או לחומרא) קשורים ליסוד הנפשי של הנתבע (המניע למעשיו, היסוד החפצי וההכרתי שבו פעל) או ליסוד העובדתי שבהתנהגותו (חומרת הפגיעה או הסיכון לאינטרס התובע, מספר הפעמים שבהם חזר הנתבע על מעשים מסוכנים, וכיו"ב). אכן, באופן הפשטני ביותר ניתן לומר, שהתנהגות מחפירה, בדומה לעבירה פלילית, מהווה תמיד שילוב בין "מעשה רע" (bad act) לבין "מחשבה רעה" (bad state of mind).[20] כאשר המעשה או המחשבה אינם "רעים מספיק" (בשל התקיימותה של נסיבה מקילה - במישור העובדתי או הנפשי) הרי למרות שההתנהגות פסולה מבחינה חוקית ומוסרית, הרי שדרגת האנטי-חברתיות שבה לא תצדיק את ראייתה כ"מחפירה".[21]

ה. התנהגות מחפירה - הגדרה מוצעת

7.06 בניסיון לקבץ תחת קורת גג אחת את המסקנות העולות מהדיון שערכתי לעיל מוצעת בחיבור זה ההגדרה הבאה למושג "התנהגות מחפירה":[22] **"התנהגות מחפירה היא התנהגות של נתבע שבנסיבות העניין כולו משקפת חריגה בוטה [נוסח חלופי: משמעותית] מכל סטנדרט סביר של התנהגות, ואשר התקיימו בה כל התנאים הבאים:**

1) **ההתנהגות כללה לפחות מעשה אחד שהיה בו משום הפרה נעדרת צידוק או פטור בדין של חיוב שבו חב הנתבע כלפי התובע (להלן בסעיף זה - "המעשה").**
2) **המעשה פגע בתובע או באנשים אחרים פגיעה של ממש או סיכן אותם סיכון של ממש.**
3) **בעת ביצוע המעשה היה הנתבע מודע למעשה, להיותו שלא כדין, ולעובדה כי הוא פוגע פגיעה של ממש בתובע או באנשים אחרים או מסכן אותם סיכון של ממש.**

הגדרה זו משלבת את שני הנדבכים שעליהם עמדתי לעיל: 1) דרישה אולטימטיבית להתנהגות בלתי סבירה באופן חריג וקיצוני; ו- 2) שורה של תנאי סף מוקדמים - אם כי לא בהכרח מספיקים - להתקיימותה של דרישה אולטימטיבית זו. לאורו של מבחן משולב זה, שהגיונו ייבחן בהרחבה יחסית בחלק הרביעי,[23] יקל עלינו עתה לעבור לבחינה ביקורתית של ההצדקות האפשריות לענישה לבר-מפצה של התנהגויות מחפירות.

חלק שני: עקרון הגמול

I. מבוא

א. עקרון הגמול כהצדקה לדוקטרינת התשלום העונשי - ההסבר המסורתי

7.07 כמצויין בפתחו של החיבור, בפסיקה האנגלו-אמריקאית הוכר רעיון הגמול, לצד רציונל ההרתעה, כצידוק מרכזי לפסיקת תשלומים עונשיים.[24] בבסיס ההכרה הרחבה ברציונל הגמול כצידוק לדוקטרינה עומדת הנחה

---

20 את ההשראה לתובנה זו קיבלתי מפסק הדין **Linscott**: "**The activity** [deserving punitive damages]**.. ..however it is phrased,** ***requires an intersection of two factors: a bad act and a bad state of mind.***" ***Linscott***, 962.

21 יש לזכור, שגם כשהתנהגות הנתבע נראית לבית המשפט מחפירה, עדיין רשאי הוא להימנע מפסיקת תשלום עונשי, משיקולים שהם חיצוניים להתנהגותו של הנתבע. שיקולים העשויים למנוע פסיקת תשלום עונשי הם למשל, העובדה שהנתבע נענש כבר באופן מלא או חלקי על אותה התנהגות, או העובדה שהתובע אף הוא נהג באופן פסול ולכן לא ראוי שייהנה מכספי התשלום העונשי. ר' למשל דברי השופט מצא בעניין ***משעוד***, 8-537: "**טענתו העיקרית** [של המערער] **היתה, כי בנסיבות העניין מוצדק היה לחייב את המערערים בתשלום פיצויים מוגברים. כשלעצמי, נוטה הייתי לקבל טענה זו אילמלא קביעתו של השופט המלומד, כי בהזדמנויות קודמות השתמש גם המשיב, במאמריו, בלשון חריפה כלפי המערער 1. ... מקום בו מתברר, כי הנפגע נהג בפוגע שלא כהוגן - ולוא גם שלא על-פי אותה אמת-מידה ממש - כגון שהתגרה בו קודם לפירסום הפוגע, או גמל לו על הפירסום הפוגע, זכאותו לפיצוי מוגבר מוטלת בספק ממשי.**" שיקול נוסף העשוי להצדיק הימנעות מהענשת התנהגות מחפירה הוא העובדה שדי בסנקציות מפצות כדי לשמש עונש הולם ומרתיע. בחיבור זה לא אוכל לדון בכל השיקולים הרלבנטיים להפעלתה של הדוקטרינה. עם זאת, את העיקריים שבהם מצאתי לנכון לעגן בהצעת החקיקה. העובדה ששיקול הדעת של בית המשפט אם לפסוק תשלום עונשי הוא רחב וגמיש מתבטאת בכלל הידוע במשפט האנגלו-אמריקאי, ולפיו לנפגע מהתנהגות מחפירה לעולם אין זכות מוקנית לתבוע תשלום עונשי. לאסמכתות להלכה זו ר' למשל: **Ellis**, 20 & citations at n. 108.

22 הגדרה זו מעוגנת בסעיף 3 להצעת החקיקה.

23 ר' סע' 7.63 ואילך.

24 סע' 1.09 לעיל. לדיון ברציונל הגמול כצידוק לדוקטרינה ר' למשל: **Chapman**, 779-804; B. Kuklin, "Punishment: The Civil Perspective of Punitive Damages", 37 **Cleveland State L.R.** (1989) 1, 23-84; **Owen**, 1279-82; **Ellis**, 4-8. לתמיכה ברעיון הגמול כצידוק העיקרי של הדוקטרינה ר': B. Feldthusen, "Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages" 16 **Can. Bus.**

nevo.co.il

אינטואיטיבית פשוטה: כאשר הפגיעה בזכותו המשפטית של התובע נעשית בשגגה או ברשלנות, כי אז די - מבחינת עקרון הגמול - לחייב את הנתבע בסנקציות האזרחיות הרגילות, שעניינן בתיקון העוול שנגרם לתובע; אולם כאשר זכותו של התובע מופרת בנסיבות מחמירות (ביודעין, מתוך מניע פסול, באופן חוזר ונשנה, וכיו"ב) כי אז עקרון הגמול עשוי לחייב הטלתה של סנקציה עונשית לבר-מפצה, וזאת כדי להשיב לנתבע כגמולו.[25]

ב. השאלות המתעוררות - מתווה הדיון

7.08 בחינת ההצדקה לחיובם של נתבעים בתשלום עונשי בגין התנהגותם המחפירה לאור עקרון הגמול מחייבת התייחסות לשלוש דרישות מוסריות שמקובל לראותן כנגזרות ממנו. **ראשית**, עקרון הגמול מחייב, כי סנקציות עונשיות תוטלנה רק על מי שבהתנהגותו נפל פגם מוסרי (להלן: **עקרון האשמה**). **שנית**, עקרון הגמול מחייב, כי לעושה הרעה ישולם כגמולו, היינו, כי הרעה שתוטל על החוטא בתגובה למעשיו תהלום בעוצמתה את גודל העוול המוסרי לו גרם בהתנהגותו - לא מעבר לכך, אך גם לא פחות מכך (להלן: **עקרון המידתיות**). **שלישית**, ניתן לראות כנגזרת מעקרון הגמול גם את הדרישה למתן הזהרה ברורה מראש - למי שעלולים להיות חשופים לעונש בגין הפרתו של איסור נתון - על דבר קיומו של האיסור ועל דבר קיומה של סנקציה שלילית בגין הפרתו (להלן: **עקרון ההזהרה**). בסעיפים שלהלן אבחן באורח ביקורתי את השאלה באיזו מידה, אם בכלל, מקיימת הענישה המופעלת במסגרת הדוקטרינה שלוש דרישות מוסריות אלה, המעוגנות בעקרון הגמול.

II. עקרון האשמה

א. רעיון הגמול כצידוק דאונטולוגי לענישה

7.09 בתפיסות מוסר דאונטולוגיות (של מוסר החובה) נתפס רעיון הגמול כאחד מביטוייה המובהקים ביותר של השאיפה לצדק ומוסר.[26] האינטואיציה המוסרית הבסיסית המשותפת למרבית בני האדם מורה, כי בה במידה שאין לענוש את

במרבית המקורות שעסקו בדוקטרינה המחברים אינם דקים פורתא, ואינם **L.J.** (1990) 241, 250-1; **Canadian report**, 31-34. מבחינים בין מושג הגמול (retribution) לבין מושג הענישה (punishment), שהוא רחב יותר, ומשתמשים במושג האחרון כמילה נרדפת למושג הגמול. דוגמה לשימוש מבלבל זה מצוייה ברסטיימנט האמריקאי, הקובע, שמטרת הדוקטרינה היא "to punish and deter". המצב אינו טוב יותר גם בספרות המלומדים. על תופעה זו עמד אחד המלומדים באומרו: **"Although the term punishment properly refers to the act of inflicting penalties for any purpose, including that of deterrence, it is often used by the courts to designate a separate function of exemplary damages** [namely, retribution]**."** **Note,** 522; see also M.E. Wheeler, "The Constitutional Case for Reforming Punitive Damages Procedures" 69 **Va. L.R.** (1983) 269, 310: "**Because "punishment" usually appears as one of two expressly articulated purposes of punitive damages (the other being deterrence) it seems to have been intended to mean retribution.**" הערבוב המושגי מקורו ככל הנראה בעובדה שלמושג "ענישה" שני מובנים שונים. בהוראתה הרחבה הענישה היא כל גרימה מכוונת של רעה בתגובה להפרת איסור. אך לעיתים נעשה שימוש ב"ענישה" במשמעות צרה וטעונה יותר, של גמול על חטא, מעשה בלתי מוסרי הראוי לגינוי. ר' למשל המילון העברי המרוכז (ירושלים, תשמ"ח, אבן-שושן עורך), שם מוגדרת הענישה כ"הטלת עונש", ואילו העונש עצמו מוגדר, בין יתר מובניו, כ"**גמול על חטא**". תמיכה בקיומה של הבחנה זו מצאתי אצל Feinberg: **"There may be a very general sense of the word 'punishment'…; but even if that is so, we can distinguish a narrower, more emphatic sense that slips through its meshes."** J. Feinberg, "The Expressive Function of Punishment" in **Crimes and Punishments** (N.Y., 1994, Coleman Ed.) 87, 87-88. השימוש במושג "ענישה" לתיאור מושג הגמול הוא לדעתי בלתי רצוי, שכן הוא עלול ליצור רושם מוטעה שגמול הוא מושג נרדף לענישה, וכי עקרון הגמול הוא הצידוק היחיד לענישה, שעה שלמעשה אין הוא אלא אחד מבין צידוקים רבים. בשנים האחרונות ניכר בתחום זה שינוי לטובה בספרות המלומדים, וגובר השימוש במונח "גמול", תוך איבחונו ממושג ה"ענישה". כך, למשל, במאמרו האחרון בנושא הכיר פרופ' Owen במפורש בכך שהמינוח "retribution" עדיף בהקשר זה על המונח "punishment" (שבו נקט המלומד עצמו במאמריו הקודמים לתיאור רציונל הגמול), מהטעם ש: **"[the term "punishment"] describes the more general function of punitive damages, whereas retribution and deterrence are more particular subgoals of punishment."** **Owen** (3) n. 1. בחיבור זה ישמש המונח "ענישה" לתיאור ההוראה הכללית יותר של מושג זה, ואילו המונח "גמול" ייוחד לציון הוראתו השנייה, הטעונה והצרה יותר. יצויין, שהעדר ההבחנה בין גמול לענישה גם מכביד על זיהוי ההקבלה והמתאם הברורים בין מטרות הענישה לבין צידוקי הדוקטרינה. ואכן, נראה כי הקבלה זו נעלמה מעיניהם של מלומדים רבים שעסקו בדוקטרינה, אשר אינם מזכירים אותה כלל. דוגמה יוצאת דופן בהקשר זה היא מאמרו של **Kuklin**, העורך הקבלה כזו במפורש.

[25] הצורך להחמיר עם מעוולים שגרמו נזק לזולת בנסיבות מחמירות ומתוך יסוד נפשי פסול הודגש כבר בכתבי אפלטון. עם זאת, הדגש אצלו היה על הצורך התוצאתני בהרתעת מעוולים בעתיד, ולא על מימושו של גמול על מעשי העבר. לעניין זה ר' הציטוט מחוקי אפלטון המובא בהערה 92 להלן.

[26] גדולי הפילוסופים של תורת הגמול בזמן החדש הם הפילוסוף הגרמני עימנואל קנט בן המאה ה-18 ותלמידיו הגל (בגרמניה) וברדלי (באנגליה) בני המאה ה-19. חיבוריהם המפורסמים, שבהם הטיפו באדיקות להכרה בעליונותה של תורת הגמול בענישה, מפורטים

nevo.co.il

החף מכל עוון, קיים צורך מוסרי לגמול לרשע כרשעתו. על פי תורת הגמול, ההצדקה היחידה לענישת אדם נעוצה באשמתו המוסרית האישית. זהו עקרון האשמה.[27] עשיית עוולה מוסרית היא תנאי הכרחי ומספיק להצדקת ענישתו של העושה, וזאת בלא תלות בשאלת הטובה או התועלת שתצמח מענישה זו בטווח הקצר או הארוך.[28]

ב. מהות האשם המוסרי המשותף להתנהגויות מחפירות: זלזול בזכותו השווה של הזולת לחירות ולכבוד

7.10 עצם נקיטת המושג "התנהגות מחפירה" (או מקביליו) מעורר קונוטציה שלילית, ומלמד כי מוסד התשלומים העונשיים מכוון כנגד התנהגויות הנתפסות כשליליות ומגונות ביותר במישור המוסרי. אולם מה מהות הפגם המוסרי המאפיין "התנהגות מחפירה"? האם ניתן להצביע על מכנה משותף שהתנהגויות כאלה חולקות?[29]

לדעתי, התשובה לכך חיובית. אמנם, התנהגויות מחפירות עשויות להיבדל זו מזו, הן מבחינת היסודות העובדתיים המרכיבים אותן, הן מבחינת היסוד הנפשי המלווה את ביצוען. יחד עם זאת, לדעתי, ניתן להצביע על חוט מקשר או מכנה המשותף להתנהגויות אלה. **מכנה משותף זה נעוץ לא ביסוד העובדתי שבמעשי הנתבע, אלא ביחס הנפשי הנלווה להם, שהוא יחס של זלזול בזכויותיו של הזולת**. כפי שהראיתי לעיל, תנאי מוקדם והכרחי לשם התקיימותה של התנהגות מחפירה הוא מודעות בפועל של המפר את זכות הזולת למשמעות העובדתית והמשפטית של מעשיו.[30] בכך נבדלת ההפרה המחפירה מהפרת זכויות הנעשית במצב נפשי של העדר מודעות - לעובדות או למשמעותן המשפטית. אף כי פגיעתן הקונקרטית של האחרונות בנפגע הפוטנציאלי עשויה להיות קשה, הרי השלכותיהן

בהערה 28 להלן. מבחינה היסטורית קיימת זיקה בין רעיון הגמול לרעיון הנקמה, ובמקורות העתיקים משמשים רעיונות אלה בערבוביה. לעניין זה ר' **דייקן**, 1217-23. לדיון מודרני ביקורתי בעקרון הגמול ר' T. Honderich, **Punishment: The Supposed Justifications** (Suffolk, 1976, rev. ed.) 22-50; **Primoraz**, 67-110; **Walker**, 67-118. בעשורים האחרונים עלה מעמדו של עקרון הגמול כצידוק לענישה בהשוואה למעמדם של צידוקי הענישה התועלתניים, שנתפסו בשיח המשפטי בשנות ה-50 וה-60 כצידוקים ראויים יותר. לדיון במגמה זו ר' **Duff**, 6-16. להבחנה בין תפקידו של עקרון הגמול כעיקרון יישומי בענישה, לבין תפקידו כצידוק כללי למוסד הענישה ר' מאמרו המפורסם של הרט: H.L.A. Hart, "Prolegomenon to the Principles of Punishment" in: **Punishment and Responsibility** (Oxford, 1968) 1.

27 עקרון האשמה ("Schuld Prinzip") מהווה עיקרון יסוד בתיאורייה הפלילית של המשפט הגרמני, שם הוא נתפס גם כעיקרון חוקתי. לעניין זה ר' M. Kremnitzer, K. Ghanayim, "Book Review: of Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Wigend Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil [The General Part of the Criminal Law]" 34 **Isr. L.R.** (2000) 302, 306-9. לדיון בעקרון האשמה במעמדו במשפט הפלילי הישראלי ר' למשל ש.ז. פלר, **יסודות בדיני עונשין** (ירושלים, תשמ"ד) כרך א', 44-39, 42; **"אחד מן המרכיבים בהגשמת היבט זה של הענישה** [ההיבט הגמולי] **הוא יסוד האשמה."** ר' גם ע' פרוש, "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם - על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 87 (המכנה את העיקרון "עקרון האחריות המוסרית").

28 **"judicial punishment can never be used merely as a means to promote some other good for the criminal himself or for civil society… He must first be found to be deserving of punishment before any consideration is given to the utility of this punishment.."** I. Kant, **The Metaphysical Elements of Justice** (1797) (Indianapolis, 1965, Trans. By Ladd) 100; **"..crime is to be annulled, not because it is the producing of an evil but because it is an infringement of the right as right."** G. Hegel, **Philosophy of Right** (1821) (Oxford, 1952, Trans. by Knox); see also F.H. Bradley, **Ethical Studies** (1876) (Oxford, rep. 1988) 26-27: **"Punishment is punishment only where it is deserved. We pay the penalty because we owe it, and for no other reason; and if punishment is inflicted for any other reason whatever than because it is merited by a wrong, it is a gross immorality, a crying injustice, an abdominable crime, and not what it pretends to be."** להצגה מודרנית של עקרון הגמול ר' למשל: J. Rawls, "Two Concepts of Rules" 64 **Phil. L.R.** (1955) 3, 4-5: **"..the retributive view** [of punishment] **is that punishment is justified on the grounds that wrongdoing merits punishment. … The state of affairs where a wrongdoer suffers punishment.. ..is better irrespective of any of the consequences of punishing him."** רעיון הגמול מתואר בספרות המודרנית לעיתים באמצעות המושג **"desert"** או **"just desert": "When a detriment is deserved, the imposition of the detriment is itself the "good" being sought, and it is not necessary that any other good consequence result. Desert is necessary and sufficient, and provides a complete answer to the question: "Why should X be punished?" Ellis**, 4. עקרון הגמול נבדל אפוא מעקרונות מוסר תוצאתניים, שבמסגרתם השיפוט הערכי של פעולות נעשה בהתאם לתוצאותיהן העתידיות. להבחנה בין עקרונות מוסר תוצאתניים לעקרונות מוסר דאונטולוגיים ר' סע' 7.20(93) להלן.

29 למרבה הפליאה, בספרות המשפטית העניפה שעסקה בדוקטרינה קשה למצוא דיון בשאלה יסודית זו. אחד המלומדים היחידים שהתייחס אליה בהרחבה יחסית בכתיבתו הוא פרופ' David Owen: D.G. Owen, "The Moral Foundations of Punitive Damages" 40 **Ala. L.R.** (1989) 705, 708-13. הצגה ראשונית וגולמית יותר של רעיונותיו של Owen ניתן למצוא במאמר קודם שלו: D.G. Owen, "Civil Punishment and the Public Good" 56 **S. Cal. L.R.** (1982) 103

30 ברמה העובדתית הנתבע חייב להיות מודע להתנהגותו, לנסיבות שבהן היא מתרחשת, ולסיכון שהיא יוצרת לזולת; ברמה המשפטית עליו להיות מודע, או לפחות לעצום את עיניו בפני האפשרות שהתנהגותו אינה כדין. לדרישות אלה ר' סע' 7.04 לעיל.

nevo.co.il

העקיפות וארוכות הטווח פעוטות בהשוואה לאלו של הפרות מחפירות.[31] **ההפרה המחפירה מבטאת התנכרות והתעלמות של הפרט מהגבולות שהציבה הקהילה על חירותו באמצעות החוק והזכויות שהוא מקנה. היא מבטאת התרסה והתכחשות לזכותו היסודית של כל אדם החי בקהילה מדינית לאוטונומיה וחירות** (במובן הרחב) במסגרת הגבולות האמורים.[32] בכך היא משקפת זילות כלפי זכותו השווה של הזולת לכבוד ולחירות (במובן הרחב) ולפיכך **פוגעת ברגל גסה בערך השוויון**, שהוא ערך יסוד במרבית תורות המוסר המודרניות.[33] התנהגות כזו פוגעת קשות בחירותו ובכבודו של הנפגע הקונקרטי, אך לא רק בו: היא **מסכנת בעקיפין את חירותם של הרבים, חירות שמימושה תלוי בקבלת מרותה של הקהילה ובכיבוד האוטונומיה של כל פרט ופרט בה**.[34] יתרה מכך, זלזול והתכחשות שכאלה לזכויות הזולת אינם מתיישבים מבחינת ההיגיון עם שאיפתו של כל אדם - בכלל זה המפר עצמו - לחיים של חופש וכבוד.[35] התנהגות מחפירה, כהגדרתה במסגרת הדוקטרינה, עומדת אפוא בסתירה חזיתית לכל

---

31 ההכרה בנזק ארוך טווח זה היא לדעתי הבסיס להבנת ההצדקה הכלכלית-תועלתנית לפסיקת תשלום עונשי. לתובנה זו ר' במיוחד סע' 7.59, 7.60 להלן.

32 זאת ועוד: ניתן לטעון שהפרה מודעת של החוק עומדת בניגוד מובהק להתחייבותו המשתמעת של כל אדם החי בקהילה לקבל על עצמו את עול החוקים והזכויות שהם קובעים. טיעון זה, המכונה לעיתים "טיעון ההסכמה", הוא אחד הצידוקים המסורתיים של החובה לציית לחוק. לצד טיעונים נוספים, הוא שימש את סוקרטס להדיפת מאמצי קריטון תלמידו לשכנעו להימלט מאימת פסק דין המוות שהוציאו עליו שופטי אתונה. ר': קריטון, **כתבי אפלטון**, (ירושלים, תרפ"ט, תרגם שאול טשרניחובסקי) כרך א' 201, 212, 216: "**ומה יהא, אם החוקים יאמרו לי כך: "כלום זהו מה שהוסכם בינינו ובינך, סוקרטס, או הסכמת לקבל על עצמך את כל הגזירות שתגזור העיר? ... כלום לא תעמוד במה שהוסכם?**"" רעיון עתיק יומין זה זכה לפיתוח והאדרה בתורות "האמנה החברתית" מבית מדרשם של תומס הובס וג'ון לוק, שמהן התפתח הליברליזם המודרני. הגדיל לעשות הובס, אשר זיהה את מושג הצדק עם קיום הבטחות והסכמים, ובכלל זה ההסכם שבין הפרט למונארך: "**in this law of nature** [that men performe their covenants made] **consisteth the fountain and originall of justice… And the definition of injustice is not other than the not performance of covenant.**" T. Hobbs, **Leviathan** (1651) (London, 1973). תוכן החוזה החברתי ניתן לניסוח כהתחייבות לוויתור על זכותו הטבעית של אדם לפעול באורח אגואיסטי לקידום טובתו הפרטית ללא מגבלות על חירותו ולהימנע מלפגוע באינטרסים חיוניים של הזולת, וזאת בתמורה לקבלת הגנה חברתית על אינטרסים חיוניים של אותו אדם: "**..in exchange for surrendering his own freedom to steal from others, one might well expect the group to provide by law a disincentive against such waste and "theft" by others..**" **Owen** (2), 111. בניתוח של Owen (בשני מאמריו הנ"ל בהערה 29) אין זה תמיד ברור אם הנימוק המוסרי להגנה על הפרט באמצעות תשלום עונשי הוא נימוק דאונטולוגי (של הגינות, או חירות) או נימוק תועלתני (הצורך במניעת בזבוז חברתי) והטיעונים המוסריים משני הסוגים משולבים זה בזה.

33 "**When a thief intentionally violates the border rights of another, he assigns to himself more than the equal share of freedom the community assigned by law to him.**" **Owen** (3) 712. על החובה המוסרית של כל אדם לכבד את זכותו השווה של הזולת לחיים, כבוד וחירות עמדו פילוסופים רבים. Rawls, למשל, הגדיר כך את הראשון מבין שני עקרונות ה"צדק כהגינות" ("Justice as Fairness"): "**each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberty compatible with a similar liberty for others.**" J. Rawls, **A Theory of Justice** (Cambridge, 1971, rep. 1997) 60. פגיעתן של ההתנהגויות המחפירות הנופלות בתחומי הדוקטרינה בערך השוויון הודגשה במאמרו של **Owen** (3), 711: "**When one person intentionally violates the rights.. ..of another he "steals" the victim's autonomy, manifesting the idea that the thief is more worthy than the victim.. ..punishment serves to restore the equality of the victim in relation to the thief by diminishing the worth and freedom of the thief..**" תזה דומה לזו פותחה בכתיבתה של פרופ' Hampton, הסבורה כי הקריטריון המרכזי שלפיו המשפט הפלילי קובע את האיסורים הקבועים בו הוא קריטריון המבקש לזהות התנהגויות מזיקות המבטאות זלזול והשפלה של כבודו של הזולת, וכך התרסה כנגד זכותו השווה לכבוד וחירות: "**..a wrongful action that produces moral injury and which merits retributive punishment is an action that… ..and by doing so, represents herself as elevated with respect to him, thereby according herself a value that she does not have.**" J. Hampton, Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution" 39 **U.C.L.A. L.R.** (1992) 1659, 1677. [represents another person] **as worth far less than his actual value…** כמובהר בסעיפים הבאים, ההתנהגות המחפירה מושא הדוקטרינה חולקת במובן זה מאפיין משותפים חשובים ביותר עם העבירה הפלילית הטיפוסית. ר' במיוחד סע' 7.11, 7.25 להלן.

34 טיעון תוצאתני ברוח זו עומד ביסוד התזה של רוברט נוזיק בספרו **Anarchy, State and Utopia** (N.Y., 1974), בו הוא מבקש לספק לגיטימציה במונחים ליברליים להכרה בכוחה הכופה של המדינה. הטיעון המרכזי של נוזיק הוא, שהענישה הציבורית היא האמצעי היחיד שבכוחו לשמור על חירויות הפרט מפני סוגים מסויימים של פגיעות. טיעון זה נדון בסע' 7.25 להלן. טיעון תוצאתני להצדקת ענישתם של מפרי חוק עלה כבר בכתבי אפלטון, מפי סוקרטס, כטיעון בזכות החובה המוחלטת לציית לחוק: "**..שמא סבור אתה כי יש קיום לאותה מדינה שבתוכה לא יהיה תוקף לפסקי הדין.. והיא לא תיהרס?**" **אפלטון**, 249. אולם יש לשים לב, שטיעון תוצאתני זה עשוי להתפרש גם כטיעון תועלתני (הרס המדינה יפגע ברווחה הכללית, ולכן אינו רצוי) בעוד שהטיעון של נוזיק הוא טיעון מוסרני, השם את הדגש הרלבנטי בעוול המוסרי שייגרם בטווח הארוך לערך החירות עקב ערעור הסדר החברתי.

35 לפי תורת המוסר של קנט ותורת הזכויות של הגל, חדירה לאוטונומיה של הזולת ופגיעה בקנייניו וחירותו כפי שהוגדרו על ידי המשפט סותרת את הציווי הקטגורי, מעמידה את מפר הזכות במצב של סתירה פנימית עם עצמו, ולפיכך הינה מעוותת מבחינה מוסרית. עיוות מוסרי זה מסירה הענישה שכן היא מבטלת את אי השיוויון שיצר הפוגע במעשיו בינו לבין הנפגע, וכך מאלצת את הפוגע לנהוג לפי צו התבונה, המחייבו לנהוג יחס שיוויוני עם עצמו ועם זולתו (היינו, לקבל על עצמו את הסבל שאותו כפה קודם לכן על הזולת): "**The law concerning punishment is a categorical imperative… ..any undeserved evil that you inflict on someone else.. ..is one that you**

nevo.co.il

תורת מוסר המכירה בחירות, כבוד ושוויון כערכי יסוד ראשונים במעלה.[36] תובנה זו מבהירה מדוע במונחי גמול קיימת הצדקה ואף הכרח להבטיח כי יוטל עונש הולם על התנהגויות מחפירות, כהגדרתן במסגרת הדוקטרינה.[37]

ג. ההתנהגות המחפירה כהתנהגות בעלת מאפיינים פליליים

7.11 הניתוח שערכנו זה עתה מצביע על דמיון מהותי בין ההתנהגות המחפירה מושא הדוקטרינה לבין העבירה הפלילית הטיפוסית: שתיהן משקפות זלזול בוטה של העבריין בזכותו של הקורבן לחירות, כבוד ושוויון, ובזכותה של החברה לתבוע מחבריה ציות לחוקיה.[38] יתרה מכך, מבחינת היסוד הנפשי המלווה את ביצוען, התנהגויות מחפירות מצויות בדרגת חומרה זהה, ואולי אף חמורה יותר, מדרגת החומרה המאפיינת עבירות פליליות. להמחשת טיעון זה נוח להבחין בין שלושה סוגים של הפרות חוק הכרוכות בפגיעה בזולת: 1) הפרה הנעשית כשהמפר אינו מודע למשמעות מעשיו - לא במישור העובדתי ולא במישור המשפטי.[39] 2) הפרה המתרחשת כשהמפר מודע למשמעות מעשיו ולסיכון שהוא יוצר, אך אינו מודע לכך שהפעולה אסורה.[40] 3) הפרה המתבצעת כשהמפר מודע הן למעשיו ולסיכון/הפגיעה בזולת, והן לעובדה שהם אסורים.[41] המפר בקטגוריה הראשונה לא יפול בדרך כלל בתחומי המשפט הפלילי, ומעשיו לא ייחשבו כעבירה, וזאת בהעדר יסוד נפשי מתאים.[42] אצל המפר השני מתקיים היסוד הנפשי ההכרתי הדרוש להטלת אחריות פלילית - מודעות ליסודות העובדתיים שבמעשה. מפר כזה עשוי לחוב בסנקציות פליליות גם בהעדר

Hegel, 70: "**The injury** [the penalty] **which falls on the** עניין זה מוסבר גם על ידי הגל בספרו: **do to yourself.." Kant**, 100, 101. **criminal is.. ..an embodiment of his freedom, his right..; ..his action.. ..implies that it is something universal and that by doing it the criminal has laid down a law which he has explicitly recognized.. ..and under which in consequence he should be brought.."**

36 אך לאו דווקא בסתירה לתורת מוסר תועלתנית. ר' סע' 7.27, 7.28.

37 שאלה שבה לא אעסוק במסגרת חיבור זה היא שאלת ההצדקה להטיל על אדם או תאגיד אחריות שילוחית להתנהגות מחפירה של אדם אחר. לכאורה, הטלת אחריות כזו מנוגדת לעקרון האשמה. עם זאת, בשיטות המשפט שבהן נוהגת הדוקטרינה מוכרת האפשרות להטיל אחריות שילוחית לתשלומים עונשיים, והדבר אף נעשה בפועל במקרים רבים, במיוחד כאשר מדובר באחריות של תאגיד (על פי רוב פרטי, אך לעיתים גם ציבורי) למעשי עובדיו. במרבית המדינות הטלת אחריות שילוחית כזו מותנית בהוכחת אשמה מוסרית אישית של אורגן מוסמך בתאגיד, אשר קיים קשר סיבתי בינה לבין ההפרה המחפירה. אשמה כזו תוכר בדרך כלל כאשר התאגיד (באמצעות האורגן המוסמך) אישר מראש או אישרר בדיעבד את ההתנהגות המחפירה או השתתף בדרך אחרת בביצועה: **"It is a well established rule.. ..that a principal may be held liable for punitive damages when the principal has in some way authorized, ratified, or participated in the wanton, oppressive, malicious, fraudulent, or criminal acts of its agent." Albuquerque Concrete Coring Co. v. Pan Am. World Serv. Inc.** 879 P.2d 772, 775 (N.M. S.Ct, 1994). ענישת התאגיד במקרה כזה מתיישבת לכאורה עם עקרון האשמה, שכן לפי תורת האורגנים פעולת האורגן מיוחסת לתאגיד. אולם גם דין זה מעורר קושי במונחי גמול, שכן מי שסובל במישרין כתוצאה מחיוב התאגיד בתשלום עונשי אינם המנהלים אלא בעלי המניות. בחלק מהמדינות נוהג דין מקל עוד יותר, המאפשר להטיל אחריות שילוחית על תאגיד כאשר זה התרשל התרשלות מחפירה בעצם העסקתו של העובד. זוהי גם עמדתו של הרסטייטמנט. **Rest.** Torts, s. 909 מדינות אחדות אף מקילות עוד יותר, ומתירות לפסוק תשלום עונשי בכל מקרה שבו הוכחה אחריות שילוחית רגילה של התאגיד (לתשלום פיצויים בגין נזק שגרם העובד). דין כזה עשוי להיות מוצדק משיקולי הרתעה (מוסרנית או תועלתנית) אך קשה ליישבו עם עקרון הגמול. הספרות העוסקת בשאלת האחריות השילוחית לתשלומים עונשיים היא נרחבת. לסקירות כלליות של הדין הנוהג במדינות השונות ר': **Kircher** (II), ch. 24; **Dobbs** s. 3.11(6) לדיונים ביקורתיים ר' למשל: Note, "The Assessment of Punitive Damages Against An Enterpreneur for the Malicious Torts of His Employees" 70 **Yale L.J.** (1961) 1296; R.B. Grave, "Bad Faith Denial of Insurance Claims: Whose Faith, Whose Punishment? An Examination of Punitive Damages and Vicarious Liability" 65 **Tul. L.R.** (1990) 395; R.S. Parlee, "Vicarious Liability for Punitive Damages: Suggested Changes in the Law thorough Policy Analysis" 68 **Marq. L.R.** (1984) 27; T.R. Zinnecker, "Corporate Vicarious Liability for Punitive Damages" Vol. 1985 **Brigham Young Un. L.R.** 317; see also **Ellis**, 63-71.

38 כפי שיובהר בפרק הבא, התנהגויות מחפירות רבות מבין אלה שבגינן נפסקים תשלומים עונשיים בדין הנוהג מהוות עבירות פליליות ממש, אשר מטעמים שונים אינן נאכפות על ידי רשויות האכיפה. ר' סע' 8.18 ואילך.

39 למשל: אדם הזורק אשפה בחצר ביתו, מבלי לדעת שהדבר גורם נזק בריאותי לשכניו, ומבלי לדעת שהפעולה מסוכנת ואסורה על פי החוק (הפלילי או האזרחי).

40 למשל: אדם הזורק אשפה בחצר ביתו, בידיעה שהדבר גורם נזק בריאותי לשכניו, אך מתוך אמונה מוטעית (למשל, בהסתמך על עצה שגויה של עורך דין) כי בתור בעל המקרקעין זכותו לפעול באופן זה.

41 למשל: אדם הזורק אשפה בחצר ביתו, והממשיך בכך לאחר שהובהר לו כי הדבר גורם נזק בריאותי לשכניו ואסור על פי החוק (הפלילי או האזרחי).

42 העיקרון שלפיו אחריות פלילית מותנית במחשבה פלילית, היינו, מודעות לרכיבים העובדתיים של העבירה, מעוגן כיום במפורש בסעיף 19 לחוק העונשין.

nevo.co.il

מודעות למשמעות המשפטית של מעשיו.[43] אולם רק המפר השלישי, שהיה מודע לא רק למעשיו ולסיכון שבהם אלא גם למשמעותם המשפטית, חשוף לסיכון של חיוב בתשלום עונשי.[44] ניתוח זה מאפשר להסביר את האינטואיציה המוסרית החזקה הגורמת לשופטים ומלומדים רבים להמשיך ולצדד בפסיקת תשלומים עונשיים בתגובה לפגיעה מחפירה בזכויות, למרות הביקורות הנוקבות על מוסד משפטי זה.

[43] לשם הטלת אחריות פלילית אין זה נדרש בדרך כלל, כי העבריין יבין את המשמעות המשפטית של מעשיו (אי ידיעת הדין אינה פוטרת מעונש"). אך ר' החריג הקבוע בסע' 34יט לחוק העונשין, המכיר בהגנה של טעות בדין כאשר הטעות היתה בלתי נמנעת באופן סביר. יש להניח שהויתור על הדרישה לידיעת הדין נובע מהנחת המחוקק, כי חזקה על אדם שהוא מודע לאיסורים הבסיסיים שקובעים דיני העונשין.

[44] כזכור, תנאי להתקיימותה של התנהגות מחפירה הוא כי המפר ידע (או עצם את עיניו בפני האפשרות) כי הוא פועל שלא כדין.

nevo.co.il

ד. החשש מפני טעות שיפוטית בזיהוי "מפרים מחפירים"

7.12 לסיכום הדיון בעקרון האשמה, מן הראוי לעורר שאלה, המתעוררת מעת לעת בספרות המשפטית: האין בעמימות המבחנים לתחולת הדוקטרינה כדי להביא לחיובם בתשלום עונשי של מי שלמעשה לא חטאו כלל בהתנהגות זו, ובכך לפגוע קשות בעקרון האשמה?[45] החשש העיקרי מתעורר ביחס לשתי קטגוריות של נתבעים פוטנציאליים, העלולים להיות מסווגים בטעות כ"מפרים מחפירים": 1) נתבעים שהפרו את זכות הזולת וסיכנוהו באופן חמור, אך פעלו מתוך רשלנות או בתום לב מתוך טעות בעובדה או בדין; 2) נתבעים שפגעו בזולת או סיכנוהו מתוך מודעות מלאה (במישור העובדתי והמשפטי) אלא שנסיבות העניין הופכות את מעשיהם לנסלחים, ולכל הפחות חמורים במידה שאינה מצדיקה גינוי חברתי משמעותי כדוגמת זה הנלווה לפסיקת תשלום עונשי.[46]

אכן, בהעדר הגדרה מניחה את הדעת למבחן לתחולת הדוקטרינה, חשש זה נראה כחשש ממשי. עם זאת, ככל שהדיון שערכתי לעיל במושג "התנהגות מחפירה" משקף נכונה את הדין הנוהג, נראה שחששות אלה אינם מבוססים, ולכל הפחות מופרזים. הטעם לכך הוא שקטגוריות אלה מצויות מחוץ לתחום פרישתה של הדוקטרינה: הראשונה - מעצם העובדה שאין היא עונה לתנאים המוקדמים לתחולתה;[47] והשנייה - מעצם העובדה שהתנהגות הנתבע איננה נחזית כחריגה משמעותית מסטנדרט ההתנהגות הסביר לאור מכלול נסיבות העניין.[48] אמנם, חשש מסויים מטעות בשיקול דעת שיפוטי קיים תמיד - בהקשר דנן כמו בכל הקשר שבו מוטלות סנקציות משפטיות (לרבות בפלילים).[49] אולם אין בחשש זה כדי להצדיק הימנעות מוחלטת מהיזקקות למוסדות משפטיים חיוניים, ולדעתי, הוא הדין גם בהקשר דנן. יתרה מכך, כמוסבר בחלק הרביעי, מבחני העזר לזיהוי "התנהגויות מחפירות" מסייעים למניעת טעויות שיפוטיות. לבסוף, ראוי להזכיר, שהעברת הסמכות לפסוק תשלומים עונשיים מידי חבר המושבעים לידי גוף שיפוטי (כנהוג בישראל) וקביעת דרישה ראייתית מוגברת בתביעות לתשלום עונשי, עשויים אף הם לצמצם עוד יותר את החשש מפני "הרשעתם" של חפים מפשע בביצוע התנהגות מחפירה.[50]

III. עקרון המידתיות

א. השאלות המתעוררות

7.13 העובדה שעקרון הגמול מצדיק ואף מחייב הטלת עונש הולם על התנהגות מחפירה, עדיין איננה הופכת את התשלום העונשי לעונש צודק במונחי גמול. לשם כך עליו להתיישב עם דרישת המידתיות בענישה.[51] בהקשר זה מתעוררות

---

45 ביקורת זו, למרות חשיבותה, לא זכתה לפיתוח אצל מרבית הכותבים שעסקו בדוקטרינה. יוצא דופן הוא Ellis, אשר העלה את החשש, כי אמת מידה של "reckless conduct" עלולה להביא להטלת תשלום עונשי על מעוולים שפעלו מבלי מודעות סובייקטיבית לכך שהם מפירים באורח בוטה את סטנדרט ההתנהגות החברתי. **Ellis**, 22-23. כמוסבר בסע' 7.04(15-17) לעיל, לדעתי, בדרך כלל אין די ב"reckless conduct" ויש צורך ב "reckless indifference", שהוא מצב נפשי של אדישות המתאפיין בהכרח במודעות בפועל (או לפחות עצימת עיניים) אצל המפר לעובדה שהוא מפר את זכויותיו של הזולת.

46 מהטעמים שהוסברו בסעיף הקודם, נתבעים שאינם נופלים לקטגוריות אלה אינם זכאים לטעון כי התנהגותם אינה ראוייה לעונש חמור.

47 נתבעים אלה למעשה אינם מקיימים את התנאים המוקדמים לפסיקת תשלום עונשי, המפורטים בסע' 7.04 לעיל.

48 נתבעים אלה מקיימים את התנאים המוקדמים לפסיקת תשלום עונשי, אך התנהגותם אינה מצדיקה חיוב בתשלום עונשי. לדיון בקטגוריה זו ר' סע' 7.05 לעיל.

49 בפלילים חשש זה אמור להצטמצם באמצעות הטלת נטל הוכחה מחמיר על מי שמבקש להוכיח את אשמתו של הנאשם.

50 לדיון בסוגיית נטל הראייה ולהמלצותנו בנושא זה ר' סע' 8.28 להלן. לדיון במבחני העזר לזיהוי התנהגויות מחפירות ר' סע' 7.76 ואילך.

51 בכך, בין היתר, נבדל רעיון הגמול מרעיון הנקמה, שאיננו מעמיד דרישה של מידתיות כתנאי להצדקת העונש. בספרות האנגלו-אמריקאית מקובל לתאר את דרישת המידתיות באמצעות הכינוי "**just desert**". דרישת המידתיות בענישה נזכרת אצל קנט בסמוך לעיסוק שלו בעקרון הגמול ובסוג העונש המתחייב ממנו, ובמיוחד בהקשר של עונש המוות על עבירת הרצח, בו צידד קנט. **Kant**, 101-107. עקרון המידתיות זכה להדגשה גם בספרות היסוד של המשפט הפלילי בישראל. ר' למשל: **פלר**, 46: "**אסור שהעונש לא ייקבע, בין היתר, גם על פי הערכים הרווחים בציבור, תודעתו המוסרית והמשפטית, תפיסותיו בנוגע ליחס בין הרע לגמולו, ומושגיו על הצדק. עונש שסותר ערכים אלה, על ידי הפרזה או המעטה, פוגע באושיותיה של החברה וגורע מהיות המדינה מדינת שלטון הצדק, אף כי היא מדינת שלטון החוק.**" לדיון תמציתי בעקרון המידתיות ומקומו בתורת הגמול ר' למשל: **Ellis**, 6 & references at notes 23-25 לדיון קלסי בעקרון המידתיות ובהצדקותיו המסורתיות והמודרניות - גמולניות ותועלתניות גם יחד, ר': A. von Hirsch,

nevo.co.il

מספר שאלות: **ראשית**, ניתן לתהות, מדוע אין די בסנקציות האזרחיות הרגילות המוטלות על הנתבע במסגרת ההליך האזרחי בלא קשר לתשלום העונשי, כדי לגמול לו על התנהגותו המחפירה? **שנית**, גם בהנחה שסנקציה לבר-מפצה מתחייבת מטעמי מידתיות, מתעוררת השאלה כיצד יובטח, שלא יוטל על הנתבע עונש מופרז? לבחינת שאלות אלה אעבור עתה.

ב. מדוע אין די במשטר התרופות האזרחי המסורתי כדי להבטיח גמול הולם?

7.14 במקורות המזכירים את עקרון הגמול כצידוק לדוקטרינה עוברת כחוט השני הנחה, על פי רוב סמוייה, שלפיה בהעדר תשלום עונשי לא ניתן להבטיח ענישה ראוייה של נתבעים שהפרו באופן מחפיר את זכויות הזולת. הנחה זו איננה מובנת מאליה, והיא מעוררת קושי. הקושי הוא בהתעלמות מכך שהתנהגות מחפירה כוללת בהגדרתה הפרה של זכות התובע, ולפיכך מצמיחה לו זכאות לקבלת סעדים שונים בגין הפרה זו. מבחינת התובע, מהווים סעדים אלה טובות הנאה שהוא מקבל, אולם מבחינת הנתבע מדובר בדרך כלל בסנקציות שליליות הגורעות מרווחתו (כגון צו לבצע חיוב בעין, לשלם לתובע סכום כסף כפיצויים, להשיב לתובע נכס או טובת הנאה שנתקבלו, וכיו"ב). האם לא ניתן לטעון, כי בעצם הטלתן של סנקציות אלה יש משום עונש המוטל על התובע בגין הפגיעה בזכות התובע? אם אכן כך הדבר - מנין שעונש זה אין בו משום עונש מספיק כדי לגמול לנתבע על הפרתה המחפירה של זכות התובע?

תשובה אפשרית אחת לקושי האמור היא, כי הסנקציות האזרחיות המסורתיות (תרופות האכיפה, הפיצויים וההשבה) אינן כלל בגדר עונש, שכן תכליתן היחידה היא תיקון תוצאות העוולה האזרחית, להבדיל מענישת הנתבע בגין ביצועה. אלא שלדעתי, תשובה זו אינה עומדת במבחן הביקורת. לדעתי, **כל סנקציה אזרחית שלילית המוטלת על נתבע בשל העובדה שהפר חיוב משפטי כלפי תובע מקיימת את ההגדרות המקובלות של מוסד הענישה ולפיכך מהווה סנקציה עונשית**.[52] הסנקציה האזרחית משרתת אם כן לא רק את הצורך בתיקון הפגיעה בתובע, אלא גם את הצורך בהענשת המפר על הפרתו של חיוב משפטי (חוזי, נזיקי או אחר).

אך עובדה זו איננה מייתרת בהכרח את הצורך בפסיקת תשלום עונשי בנוסף לסנקציה האזרחית הרגילה המוטלת על הנתבע. הטעם לכך הוא פשוט: היקפה של הסנקציה האזרחית הטיפוסית, ולעיתים קרובות גם המבחן הקובע באילו מקרים תוטל, אינם נקבעים אך ורק לאורם של קריטריונים עונשיים (גמוליים או אחרים), אלא

"Proportionality in the Philosophy of Punishment" in 16 **Crime & Justice** (1992) 55. פון הירש סבור, כי ניתן לדרג מעשי עבירה שונים לפי דרגת חומרתם באופן אורדינלי (כלומר, באופן יחסי זה לזה) אך לא באופן קרדינלי (כלומר, להצמיד להן ערך מספרי או כמותי מוגדר). לסקירה תמציתית של הגישות השונות ליישום דרישת המידתיות בהקשר לענישה הפלילית ר' ר' קנאי, "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" **מחקרי משפט** י (תשנ"ג) 39, 58-42 ("מודל ענישה תגמולי"). בישראל דרישת המידתיות בענישה מעוגנת כיום בסעיף 2 להמלצות דו"ח וועדת גולדברג, לענייין שיקול הדעת בענישה, הקובע בדעת רוב, כי: "**העיקרון המנחה העיקרי בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין העונש לבין חומרת המעשה ואשמו של הנאשם.**" **דין וחשבון הועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין** (ירושלים, תשנ"ח), סעיף 1(א) לנוסח הצעת הרוב. מן הראוי להדגיש, כי את עקרון המידתיות ניתן להצדיק לא רק במונחי גמול צודק, אלא גם במונחי תועלת והרתעה יעילה. על עמד כבר **Beccaria** בפרק השישי לספרו.

52 טענה זו אני מבסס בפרק ח', בסעי' 8.05 ואילך. ההנחה כי הסנקציות האזרחיות אינן בגדר עונש מתיישבת היטב עם הפרדיגמה הקלסית של תפקידי המשפט האזרחי, אותה אני מתאר ומבקר בהרחבה בפרק ח', בסעי' 8.02 ואילך. פרדיגמה מושרשת זו אחראית, לדעתי, לכך ששופטים ומלומדים רבים ממשיכים להתעלם גם כיום מההיבטים העונשיים החשובים שיש בפסיקת תרופות אזרחיות. תפיסה מוטעית זו אחראית ככל הנראה גם להתייחסות הדלה של המקורות לשאלה שאני מעורר כאן, בדבר הצורך, במונחי גמול, להוסיף על הסנקציות האזרחיות הרגילות סנקציה עונשית נוספת. הכרה משתמעת במשמעות העונשית של פסיקת פיצויים עולה לעיתים מדבריהם של שופטים המדגישים, כי אין לפסוק תשלום עונשי כאשר די בפיצויים הרגילים כדי לשמש עונש הולם דיו על ההפרה המחפירה: **"..even to the extent that damages are awarded as compensation to the plaintiff for the injury he receives, <u>they</u> <u>also accomplish the purpose of punishing the defendant</u>.. ..where the damages found by the jury as compensation for the injury inflicted are sufficient of themselves to punish the defendant for the wrong he has done.. ..no additional** [punitive] **damages should be awarded for that purpose." Hess v. Marinari**, 94 S.E. 968, 970 (S.C.W.Va. 1918); see also: ***Rooks***, 1228: **"..a jury should be directed that if, but only if, the sum which they have in mind to award as compensation.. is <u>inadequate to</u> <u>punish</u> him** [the defendant] **for his outrageous conduct.. ..then it can award some larger some."** אסמכתות נוספות התומכות בתזה המועלית כאן מרוכזות בסעי' 8.05(15).

nevo.co.il

מותנים ומושפעים מנתונים נוספים - בעיקר נתוני הפגיעה המוחשית ברווחתו של התובע. נתונים אלה אינם רלבנטיים כלל, ולמצער - משקלם זניח למדי, מנקודת המבט הגמולית. כך, למשל, החיוב לשלם פיצויים מותנה בדרך כלל לא רק בקיומה של הפרה, אלא גם בכך שההפרה גרמה נזק לתובע. היקפו של חיוב זה אף הוא כפוף לשיעור הנזק שנגרם, ואינו נמדד (לפחות להלכה) לפי עוצמת אשמתו המוסרית של המפר.[53] מגבלות אלה מונעות מהסנקציות האזרחיות בכלל, ומסנקציית הפיצויים בפרט, למלא אחר דרישת המידתיות בענישה: כך למשל, במצבים שבהם ההפרה היתה זדונית ומחפירה אך לא גרמה לנזק בר-פיצוי (או שגרמה לנזק קטן יחסית) צפוי שיעור הסנקציה שתוטל על המפר להיות נמוך מדי במונחי גמול.[54] במצב כזה יש צורך בהוספת סנקציה נוספת, שכן הסתפקות בסנקציה האזרחית הרגילה תסתור את עקרון המידתיות ותהיה מנוגדת לתחושת הצדק הבסיסית של האדם הסביר.[55] דוקטרינת התשלום העונשי מאפשרת להתמודד בהצלחה עם ליקוי זה על ידי התאמת עוצמת הסנקציות השליליות המוטלות על נתבעים לדרגת אשמתם המוסרית: אם מסתבר, כי התנהגות הנתבע היתה אנטי-חברתית במיוחד ("התנהגות מחפירה"), וכי אין די בסנקציות מתקנות (רסטיטוטיביות) כדי להבטיח ענישה גמולית מידתית, הדוקטרינה מאפשרת להטיל סנקציה נוספת המלווה גם בגינוי מוסרי.

ג. כיצד ניתן להתמודד עם החשש מפני ענישה מופרזת של הנתבע?

7.15 לפי אחת הביקורות היותר נפוצות המושמעות כנגד הדוקטרינה היא גורמת לענישה בלתי מידתית ומופרזת של נתבעים. **ראשית**, טוענים המבקרים, הדוקטרינה אינה קובעת תקרה לגובה התשלום העונשי שניתן לפסוק במסגרתה, וכך נפתח פתח לפסיקת סכומי עתק בלתי מוגבלים שאינם עומדים ביחס הגיוני לחומרת המעשים שבגינם הם נפסקים. **שנית**, הדוקטרינה אינה מגדירה אמות מידה לקביעת שיעור התשלום העונשי שראוי לפסוק במקרים שונים. במצב זה, כך נטען, נוצרים חוסר אחידות וחוסר עקביות, וכתוצאה מכך גם הפליה בין נתבעים שונים. חששות אלה מחריפים שבעתיים במדינות שבהן מופקדת קביעת שיעור התשלום העונשי לא בידי שופט מקצועי, אלא בידי מושבעים, המושפעים לעיתים קרובות מדעות קדומות ומשיקולים חלוקתיים שאינם ממין העניין.[56] **שלישית**,

---

[53] בפועל, כפי שהראיתי בפרק ו', וכמפורט גם בסע' 8.06(23)להלן, בהקשרים רבים בתי המשפט האזרחיים מביאים בחשבון את שיקולי האשמה המוסרית בעת שהם קובעים את היקף הפיצויים.

[54] ולהיפך: כאשר ההפרה היתה רשלנית, תמת לב, או נעשתה בנסיבות מקילות אחרות, אך יחד עם זאת גרמה לנזק כבד, עלול שיעור הסנקציה האזרחית הרגילה להיות גבוה מדי במונחי גמול, וגם הפעם יוצא עקרון המידתיות נפגע. אלא שבניגוד לליקוי המתואר בטקסט, ליקוי זה איננו ניתן לפתרון באמצעות הדוקטרינה דנן, שכן זו איננה מאפשרת להפחית את היקף החבות האזרחית, אלא רק להגדילה. באורח תיאורטי ניתן לפתור ליקוי זה באמצעות הפחתת היקף הסעדים להם זכאי התובע באותם המצבים שבהם זיכויו בסעדים הרגילים משמעותו הטלת סנקציה חמורה מדי על הנתבע במונחי גמול. פתרון זה בעייתי יותר מאשר הפתרון לליקוי הראשון שבו דנתי, שכן הוא פוגע בזכותו של התובע לתיקון הפגיעה בו, הנתפסת לעיתים כזכות מוקנית. ואמנם, במרבית שיטות המשפט אין מכירים במפורש בשיקול הגמולי כעילה להפחתת סעדיו של התובע. עם זאת, בפועל נראה שבתי המשפט אכן מעצבים את דיני התרופות תוך התחשבות גם בשיקולים אלה - הן לחומרא, והן לקולא. ר' הערה 53 לעיל. יצויין, שבעיות דומות של העדר מידתיות נוצרות גם כאשר פוסקים תרופות אחרות, כגון אכיפה, ביטול, השבה וכו'. גם תרופות אלה אינן מבטיחות ריצוי של עקרון הגמול, שכן היקפן, ולעיתים גם עצם הזכות לקבלתן, תלויים בשיקולים לבר-גמוליים (כגון טיב הפעולה הנדרש לשם ביצוע החיוב בעין, קיומה של טובת הנאה שהועברה למפר על ידי התובע, וכיו"ב).

[55] **"The deep-seated sense of fairness which revolts against punishment of the innocent, revolts also against any treatment of the guilty which appears to confound guilt and innocence. It is felt to be unfair that a man's grievous fault should make no difference to the treatment he receives.."** W.H. Moberly, **The ethics of Punishment** (London, 1881, rep. 1968) 80.

[56] לביקורות ברוח זו ר' למשל: **Ellis**, 56: "[in the absence of criteria for assessment] **Juries are free to base their decisions on preexisting biases or redistributional inclinations. … Such ad hoc decisionmaking invariably results in the disparate treatment of similarly situated defendants, thereby frustrating the goals of equal treatment, proportionality, and fair notice."; Sales**, 1159: "**..juries possessing neither expertise in deciding what constitutes just punishment nor skill in determining who should be punished are inflicting large punitive damage awards even though society has not deemed it appropriate to declare the offending conduct criminal."**; see also M. Brandwen, "Punitive-Exemplary Damages in Labor Relations Litigation" 29 **Un. Chic. L.R.** (1962) 460, 466-8, 467, 468: "**At best, such** [punitive damages] **awards generally are haphazard. ..such awards may reflect excesses and injustice rather than reasonable admonition… Twelve men, deliberating secretly, have the vast power of fixing dollar punishment, which in criminal law is left to legislatures and judges."** בארה"ב משמשים טיעונים אלה יסוד לתקיפה חוקתית של פסקי תשלומים עונשיים בטענה כי הם עומדים בסתירה לתיקון ה-8 לחוקה שעניינו

nevo.co.il

אם התנהגות מחפירה של נתבע מהווה גם עבירה פלילית, מתעורר החשש כי הנתבע יימצא נענש פעמיים בגין אותה התנהגות - פעם אחת בהליך הפלילי, ופעם נוספת בהליך האזרחי.[57]

לדעתי, חששות אלה ראויים להתייחסות רצינית, אך אין הם מצדיקים את המסקנה כי לא ניתן להגשים את עקרון המידתיות בגדרי הדוקטרינה. **ראשית,** אשר לתקרה, יש לזכור שההתנהגות המחפירה מושא התשלום העונשי - להבדיל מהעבירה הפלילית הטיפוסית - איננה התנהגות ספיציפית שיסודותיה ניתנים להגדרה מראש. המדובר בקטגורייה רחבה ועמומה, העשויה לכלול קשת נרחבת ביותר של התנהגויות אנטי-חברתיות.[58] קביעת תקרה נוקשה בהקשר דנן עלולה אפוא דווקא לסכל את הצורך בענישה גמישה ומידתית, ולא לשרתו.[59] אולם מכל מקום אין מניעה לקבוע תקרה מעין זו בחוק, ככל שפתרון זה יימצא ראוי.[60] **שנית,** אשר לאמות המידה לקביעת העונש, יש לזכור,

---

באיסור על קנסות מופרזים ("excessive fines clause") ולתיקון ה-14 לחוקה שעניינו בהליך הוגן ("due process of law"). טענות אלה נדחו בעבר באופן מסורתי על ידי בית המשפט העליון הפדרלי. ר' למשל: **Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip** 499 U.S. 1, 22 (1991). (נדחה ניסיון לתקוף בטענה של סתירה לתיקון ה-14 לחוקה פסק דין של בית המשפט העליון של אלבמה שאישר תשלום עונשי בסך 840,000 דולר) והשווה ל: **Browning-Ferris**,**Indus., Inc. v. Kelco Disposal Inc.** 492 U.S. 257 (1989) (נדחה ניסיון לתקוף בטענה של סתירה לתיקון השמיני לחוקה פסק דין של בית משפט פדרלי שבו נפסקו 6 מליון דולר כתשלום עונשי). אולם לפני מספר שנים התהפך הגלגל. בפרשת **B.M.W. of North America, Inc. v. Gore** 517 U.S. 559 (1996), ברוב של 5 שופטים כנגד 4 נפסל תשלום עונשי בסך 2 מליון דולר שאושר בבית המשפט העליון של אלבמה בנימוק שבנסיבות העניין סכום זה מופרז עד כדי כך שהוא מפר את התיקון ה-14 לחוקה (גובה הפיצוי הרגיל עמד על 4,000 דולר בלבד, כלומר נמוך פי 500 משיעור התשלום העונשי). לניתוח משמעויות פסק הדין ר' למשל: B.J. McKee, "The Implications of *BMW v. Gore* for Future Punitive Damages Litigation: Observations from a Participant" 48 **Ala. L.R.** (1996) 175. בית המשפט קבע לראשונה הנחייה כללית, שלפיה בקביעת גובה התשלום העונשי חובה לשמור על מידתיות בין הסכום הנפסק, לבין שלושה קריטריונים: 1) מחפירותה של התנהגות הנתבע (המונחית בתורה על ידי מספר רב של מבחני עזר); 2) גודל הנזק שההתנהגות גרמה או היתה יכולה לגרום; ו-3) גודלם של קנסות אזרחיים שנקבעו בחוק או נפסקו בגין התנהגויות דומות בעבר. פסק דין נוסף שעסק במגבלות החוקתיות על סמכות המושבעים לקבוע את שיעור התשלום העונשי הוא: **Cooper Indus. Inc. v. Leatherman Tool Group. Inc.** 532 U.S. 424 (2001). לפני מספר חודשים, בפסק דין תקדימי, פסל בית המשפט העליון הפדרלי בדעת רוב - בנימוק של סתירה להנחיות אלה - פסק דין של בית המשפט העליון של מדינת Utah שאישר תשלום עונשי בסך 145 מליון דולר כנגד חברת הביטוח הגדולה בארה"ב בגין פרקטיקות פסולות כלפי מבוטחים. המדובר בפרשת **State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell** 538 U.S. ___ (April, 7, 2003). יצויין, שבתחום המיוחד של לשון הרע הטיל בית המשפט העליון הפדרלי מגבלות חמורות יחסית על אפשרות השימוש בדוקטרינה וזאת כדי לשמר את מעמדו של עקרון חופש הביטוי, המעוגן בתיקון הראשון לחוקה. פסק הדין המנחה לעניין זה ניתן בפרשת **Gertz v. Robert Welch, Inc.** 418 U.S. 323, (1973). בישראל, ניתן להעלות טענות דומות במישור החוקתי תוך הסתמכות על דרישת המידתיות המעוגנת כיום בסעיף 8 ל**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**.

57 לדיון נרחב בחשש מפני ענישת כפל ובפתרונות האפשריים לסילוקו של חשש זה ר' סע' 8.26 להלן.

58 להצדקה לעמימות וגמישות זו בהגדרת הנורמה האוסרת ר' סע' 7.17 להלן.

59 קביעת תקרה קשוחה עלולה כמובן גם לסכל את היכולת להשיג רמה נאותה של הרתעה. הוא הדין בתקרה גמישה, שאיננה נקבעת לאור השיקול ההרתעתי, אלא, למשל, כפופה לגובה הנזק שגרמה ההתנהגות המחפירה. ואכן, בספרות הכלכלית מקובלת הדעה כי קביעת תקרות אינה ניתנת להצדקה במונחים של הרתעה יעילה: **"Such caps** [on punitive damages awards] **cannot be justified on deterrence grounds because they might preclude the proper award.."** **Polinsky**, 900. סביר להניח שליקוי זה, שממנו סובלים קנסות רבים, אחראי במידה לא מעטה לכשלונו של עונש הקנס מלשמש עונש אפקטיבי משמעותי במשפט הפלילי. כשלונו של עונש הקנס בישראל היווה מושא למחקרו של ת' עינת, **שיקול הדעת של סוכנויות אכיפת החוק בישראל בבחירת עונש הקנס הפלילי וביישומו** (עבודת דוקטור במסגרת החוג לקרימינולוגיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2001).

60 ואמנם, במדינות רבות בארה"ב נערכו רפורמות בחקיקה, אשר בין היתר הציבו תקרות מעין אלה. על פי רוב מוגדרת התקרה באופן גמיש ומתקבלת על ידי הכפלת שיעור הפיצויים שנפסקו בתביעה הנדונה במכפיל קבוע, כגון 3 או 4. במדינת קנזס אומץ פתרון מקורי, שלפיו שיעור התקרה הוא הנמוך מבין שני אלה: 1) 5 מליון דולר; 2) ההכנסה השנתית ברוטו הגבוהה ביותר של הנתבע בחמש השנים האחרונות. מתקרה זו ניתן לחרוג רק אם הרווח שהפיק הנתבע עקב העוולה עולה עליה, שאז שיעורו המירבי של התשלום העונשי הוא פי אחד וחצי מהרווח שהופק. ר': **Kansas Stat. Ann.** s. 60-3701(e)+(f) לסקירה מקיפה של הרפורמות שנערכו בקנזס ר': W.E. Westerbeke, S.R. McAllister, "Survey of Kansas Tort Law: Part I" 49 **Kan. L.R.** (2001) 1037, 1111-21. לדיון ביקורתי בשיטות השונות לקביעת תקרות ובהגיונן (או חוסר הגיונן) הכלכלי ר' למשל: A.J. Toy, "Statutory Punitive Damage Caps and The Profit Motive: An Economic Perspective" 40 **Emory L.J.** (1991) 303. במאמר שהתפרסם לאחרונה הושמעה הדעה, שהרפורמות החקיקתיות שנועדו להגביל את היקף ההיזקקות לתשלומים עונשיים ואת היקפם, בין היתר על ידי קביעת תקרות, מתבססות על ניתוח לא נכון של תהליך קבלת ההחלטות אצל מושבעים, ולפיכך אינן משיגות את מטרותיהן. J.K. Robbennolt, "Determining Punitive Damages: Empirical Insights and Implications for Reform" 50 **Buffalo L.R.** (2002) 103. בית המשפט העליון הפדרלי של ארה"ב התייחס בפסיקותיו בשנים האחרונות לשאלת קיומן של מגבלות על הסכומים שניתן לפסוק כתשלום עונשי. בפרשת ***Pacific*** נפסק כי חייב להתקיים יחס סביר בין הסנקציה לבין הנזק שנגרם (המשתקף בשיעור הפיצויים שנפסקו). מאוחר יותר רוככה קביעה זו, והובהר, שהנתון המגביל איננו דווקא הנזק המוחשי, אלא גם הנזק הפוטנציאלי (עצמת הסיכון) שהיה כרוך במעשה. **TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.** 509 U.S. 443, 460 (1993): "[There must be]**a reasonable relationship between the punitive damages award and *the harm likely to result* from the defendant's conduct as well as the harm that actually has occurred.**" אמת מידה גמישה זו אומצה גם בפרשת **B.M.W.**. לאחרונה בפרשת ***State***, דומה שבית המשפט חזר ונתן שוב את מירב המשקל לנזק שנגרם בפועל,

nevo.co.il

שגם במשפט הפלילי אין בנמצא אמות מידה ברורות להכוונת שיקול הדעת השיפוטי בשאלת גודל העונש שראוי להטיל בנסיבות כל מקרה ומקרה. אכן, התאמת העונש לחומרת המעשה איננה מלאכה פשוטה לא בהקשר הפלילי, ולא בהקשר האזרחי.[61] קיומם של חששות אלה, איננו אפוא בגדר נימוק מספק להפסקת ההיזקקות לתשלומים עונשיים, ממש כשם שאינו עילה לביטול מוסד הענישה בפלילים. לא למותר להדגיש, שהחשש מפני שרירותיות, הפלייה והפרזה אף הם קטנים בהרבה בשיטת המשפט הישראלית, שבה הסמכות להטיל סנקציות משפטיות מופקדת בידי שופטים מקצועיים, ולא בידי מושבעים.[62] זאת ועוד, מחקרים שנערכו באחרונה גילו אחידות מפתיעה בין אנשים שונים (החיים באותה מדינה) בכל הקשור לדירוג התנהגויות אנטי-חברתיות לפי מידת חומרתן.[63] אמנם, בכל הקשור לקביעת הסכום הכספי שראוי להטיל כעונש בגין התנהגויות אלה נתגלה חוסר אחידות בולט.[64] אולם הדעת נותנת שגם פערים אלה ניתנים לצמצום אם גזירת הדין בתביעות לתשלום עונשי תופקד בידי גוף אחראי ומקצועי כדוגמת בית המשפט. סביר להניח, שעם הזמן יצברו בתי המשפט ניסיון ומיומנות, ואולי אף ישכילו לגבש סטנדרטים מוסכמים לגבי שיעורי התשלומים הראויים במצבים טיפוסיים שונים, ממש כשם שהדבר נעשה בתחום

ולא לנזק הפוטנציאלי. בית המשפט אמנם לא דחה במפורש את מבחן הנזק הפוטנציאלי שנקבע ב-**B.M.W.**, אך הבהיר שלדעתו עיקר המשקל צריך להינתן ליחס בין התשלום העונשי לבין הפיצויים שנפסקו בפועל. הוא אף מצא לנכון לקבוע, כי תשלום עונשי בשיעור של פי עשרה ומעלה משיעור הפיצויים שנפסקו לא יוכל להיחשב כחוקתי, אלא במקרים חריגים: **"..in practice, few awards exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process. … In sum, courts must ensure that the measure of punishment is both reasonable and proportionate to the amount of harm to the plaintiff and to the general damages recovered."** ***State***, p. 14, 15. עם זאת, בית המשפט ציין, כי ייתכנו חריגים (כלפי מעלה או כלפי מטה) כאשר הנזק שנגרם היה קטן מאוד או גדול מאוד בהיקפו (נזק קטן עשוי להצדיק חריגה כלפי מעלה מהתקרה המוצעת, ולהיפך). בחיבור זה, לאחר התלבטות, מוצע לאמץ גם בישראל, לפחות בשנים הראשונות להפעלת ההסדר החקיקתי המוצע, תקרה גמישה המבוססת על שילוש הסכום המשקף להערכת בית המשפט את הנזק הפוטנציאלי שהיה כרוך בהתנהגות הנתבע, או לחלופין את הרווח שהנתבע הפיק, לפי הגבוה מבין השניים. לדיון להסדר המוצע ר' סע' 9 להצעת החקיקה. תקרה כזו לא תגביל לדעתנו באופן משמעותי את הגמישות הנדרשת לבית המשפט בפסיקת תשלומים עונשיים, ויחד עם זאת תמנע חרדות מיותרות באשר לאפשרות שייפסקו סכומים אסטרונומיים במסגרת הדוקטרינה, ואף תשפר את עמידתה של הדוקטרינה בדרישות שמציב עקרון ההזהרה. לעניין זה ר' גם סע' 7.18(88) להלן.

61 לדיון בשיקולי גזירת הדין בפלילים ר' מאמרה של **קנאי**. לניסיון להתוות עקרונות מנחים בסוגייה זו ר' **דו"ח גולדברג**.

62 מלומדים אמריקאיים רבים סבורים כי ראוי להעביר את הסמכות לפסוק תשלומים עונשיים מחבר המושבעים לידי בית המשפט, ואכן בקונטיקט, קנזס ואוהיו אומצה בפועל רפורמה ברוח זו. אולם קיימת גם דעה הרואה במשפט על ידי מושבעים זכות חוקתית, ודעה זו הביאה לפסילת חוקים ששללו זכות זו. לסקירה ודיון בגישות השונות בסוגייה ר' למשל: L.M. Sharkey, Judge or Jury: Who Should Assess Punitive Damages? 64 **U. Cin. L.R.** (1996) 1089; A.H. Scheiner, Judicial Assessment of Punitive Damages, the Seventh Amendment, and the Politics of Jury Power, 91 **Colum. L.R.** (1991) 142. לטענה, כי מחקר אמפירי מראה ששיעורי התשלומים העונשיים הנפסקים על ידי שופטים אינם שונים באופן משמעותי מאלה הנפסקים על ידי מושבעים ר': T. Eisenberg, N. LaFountain, B. Ostrom, D. Rottman, M.T. Wells, "Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study" 87 **Cornell L.R.** (2002) 743.

63 מחקר חשוב וחדשני נערך בנושא זה על ידי שלושה מלומדים אמריקאיים: C.R. Sunstein, D. Kaneman, D. Schkade, "Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law) 107 **Yale L.J.** (1998) 2071 המאמר בחן את האופן שבו הגיבו אמריקאים ממין, מוצא, מעמד ורקע תרבותי וחינוכי שונה ל-28 ארועים של התנהגות אנטי-חברתית. המחקר הבחין בין 1) עוצמת הזעם שעוררה ההתנהגות (outrage) לבין 2) עוצמת התגובה העונשית היחסית שהנשאל ביקש להטיל על המעוול (punitive intent) לבין 3) הביטוי הכספי של תגובה זו (dollar awards). החוקרים הופתעו לגלות, שקיימת זהות כמעט מושלמת בין הנשאלים השונים בכל הקשור לעוצמת הזעם ועוצמת התגובה העונשית שהמעשים השונים עוררו: **"The correlations** [between their average responses] **were remarkably high for judgments both of outrage and of punitive intent… Men and woman, Hispanics, blacks, and whites, and respondents at very different levels of income and education produced almost identical orderings of the twenty-eight scenarios…** [these judgements] **evidently rest on a bedrock of moral intuitions that are broadly shared in society."** **Sunstein**, 2098; see also M. Davis, "Harm and Retribution" 15 **Phil. & Pub. Aff.** (1986) 236, 263: **"..there seems to be a surprising degree of agreement among** [the general population] **concerning the ranking of crimes according to 'seriousness'."** (relating to research conducted by V.L. Hamilton, S. Rtyna, "Social Consensus on Norms of Justice: Should the Punishment Fit the Crime?" 85 **Am. J. Soc.** (1980) 1117-44). מחקרים אמפיריים אחרים שבחנו את האופן שבו מושבעים מכריעים בתביעות לתשלום עונשי מרוכזים בספר חדש: C. Sunstein, R. Hastie, J.W. Payne, W.K. Viscusi, **Punitive Damages - How Juries Decide** (Chicago, 2002).

64 **"As we hypothesized, the individual differences in dollar awards produce severe unpredictability and highly erratic outcomes" Sunstein**, 2103.

nevo.co.il

הפלילי. כך יהפוך הדין לצפוי, ודאי ושיוויוני יותר.[65] **שלישית,** החשש מפני ענישת כפל אינו עילה להימנעות מענישת התנהגויות מחפירות. חשש זה ניתן לסילוק באמצעות הסדר שיבטיח תיאום בין ערוצי הענישה השונים, ושימנע אפשרות כי מי שנענש פעם אחת בהליך פלילי ייענש פעם נוספת על אותה התנהגות מחפירה, הפעם בהליך אזרחי.[66]

IV. עקרון ההזהרה

7.16 עקרון ההזהרה מציב דרישה מוסרית, שלפיה אין להעניש אדם מבלי להזהירו מראש כי הוא עלול להיענש אם ינקוט דרך פעולה מסויימת.[67] את עקרון ההזהרה מקובל לראות כנגזרת של עקרון החוקיות.[68] אולם לטעמי, ניתן לראותו גם כהיבט של עקרון הגמול. הטעם לכך הוא, שבהעדר הזהרה נאותה נשללת מהנענש היכולת לדעת מהי ההתנהגות המצופה ממנו. במצב דברים זה פוחתת האשמה המוסרית שניתן לייחס לנענש, ולפיכך מתערערת גם ההצדקה המוסרית לענישתו.[69] להלן אבחן שתי ביקורות על הדוקטרינה שניתן לנסח תוך פנייה לעקרון ההזהרה.

א. הזהרה בדבר מהות ההתנהגות האסורה

7.17 אחת הביקורות החזקות ביותר שניתן להעלות כנגד הדוקטרינה היא, שקריטריון התחולה הבסיסי שלה - הדרישה ל"התנהגות מחפירה" - הוא עמום ביותר ולפיכך חוטא לעקרון ההזהרה. נטען, שחוסר הוודאות וחוסר האחידות הקיימים בפסיקה ביחס למבחנים ולשיקולים הרלבנטיים לשאלה אם במקרה נתון ראוי לפסוק תשלום עונשי הם כה גדולים, עד כי למעשה אדם סביר אינו יכול להעריך מראש מהי ההתנהגות שבגינה עלול נתבע פוטנציאלי לחוב בתשלום עונשי.[70]

---

65 ואמנם, אחת ההמלצות המרכזיות של **Sunstein** ועמיתיו במחקרם היא לשקול ברצינות את החלפת מוסד המושבעים בגוף מקצועי מינהלי אשר יקבע את שיעור התשלומים העונשיים באופן קוהרנטי בהתבסס על טבלות שתסווגנה לפי סוגי מקרים, חומרת הנזק, ובהתבסס על שיקולי הרתעה (אלה האחרונים אינם מובאים בחשבון בדרך כלל על ידי מושבעים). לדיון בהצעה זו ר' **Sunstein**, 2112-5, see also 2129: **"..the ideal system of punitive damage awards would not involve juries or even judges, but specialists in the subject matter at hand, who are able to create clear guidelines for punitive awards."** עם זאת, החוקרים סבורים שגם העברת הסמכות מהמושבעים לידי בית המשפט צפוייה לשפר את הבעיות של העדר שיטתיות והעדר אחידות בפסיקת תשלום עונשי, במיוחד אם בתי המשפט יטרחו ויעצבו שיטה להערכה ודירוג של מקרים באופן הגיוני. Id., 2130.

66 לדיון בהסדר המוצע ר' סע' 8.26.

67 עקרון ההזהרה מוכר במשפט הפלילי הישראלי כעיקרון שלפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין תחילה". הוא מעוגן כיום, לפחות במשתמע, בסעיף 1 לחוק העונשין, הקובע: **"אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו"**. הוא מעוגן באופן מפורש יותר ב-**Model Penal Code** האמריקאי, אשר בסעיף 1.02 קובע, כי מטרותיו הכלליות של המשפט הפלילי הן, בין היתר: **"to give fair warning of the nature of the conduct declared to constitute an offense" Model Penal Code** (Philadelphia, 1985) Vol I, s. 1.02(d). עקרון ההזהרה נדון בספרות ובפסיקה האמריקאית בדרך כלל תחת האיסור ההלכתי על חקיקה עמומה ("void for vagueness doctrine"). לדיון בדוקטרינה חוקתית זו ר' למשל: T. Maclin, What Can Fourth Amendment Doctrine Learn from Vagueness Doctrine?" 3 **U. Pa. J. Const. L.** (2001) 398, 400: **"Under the vagueness doctrine, a criminal statute… ..must provide fair and adequate notice of what conduct the law prohibits so that the ordinary person can avoid arrest and prosecution."**

68 עקרון ההזהרה מהווה למעשה היבט אחד של עקרון החוקיות (principle of legality), שהוא עיקרון יסוד במשפט החוקתי והפלילי גם יחד. היבט אחר של עקרון החוקיות הוא הדרישה כי עבירות ועונשים יעוגנו בחקיקה. היבט זה איננו נובע מעקרון הגמול, ולפיכך ידון בנפרד בסע' 7.88 להלן. לדיון בהיבטים השונים של עקרון החוקיות ר' למשל: D.N. Husak, **Philosophy of Criminal Law** (Totowa, N.J., 1987) 7-9; P.H. Robinson, **Fundamentals of Criminal Law** (Boston, 1988) 49-94. אחד הדיונים הקלסיים הראשונים בעקרון החוקיות והיבטיו השונים הוא מאמרו של J. Hall, "Nulla Poena Sine Lege" 47 **Yale L.J.** (1937) 165.

69 בכך נפגע במישרין עקרון האשמה, בו דנתי בסע' 7.09 לעיל. להעדר הזהרה ישנה כמובן גם השלכה שלילית על היכולת להכווין התנהגות באמצעות הרתעה וחינוך.

70 ביקורת זו שימשה בארה"ב בסיס לטיעון, שהדוקטרינה מנוגדת לזכותו של הנתבע ל-"Due Process of Law", הקבועה בתיקון ה-14 לחוקה: **"The Punitive damages doctrine violates the fundamental principle of due process.. ..which require all criminal conduct and sanctions to be clearly defined and described."** T.A. Ford, "The Constitutionality of Punitive Damages" in: **The Case Against Punitive Damages** (Milwaukee, Hirsh & Pouros Ed., 1969) 15, 21. טיעון כזה נתקבל על דעתה של שופטת המיעוט O'connor בפסק דינו של בית המשפט העליון של ארה"ב בעניין ***Pacific***, אשר סברה כי במדינת אלבמה, כמו במדינות רבות אחרות בארה"ב, החקיקה וההנחיות למושבעים בנושא התשלום העונשי סובלות מעמימות ומקנות שיקול דעת כה רחב למושבעים, עד כי הן בטלות: **"The state offers no principled basis for distinguishing those tortfeasors who should be liable for punitive damages from those who shold not be liable…; As is typical, the trial court's instructions in this case provided no meaningful standards to guide the jury's decision to impose pubitive damages or to fix the amount. Accordingly, these instructions were void for vagueness… Any award of punitive damages rendered under these procedures, no matter how small the amount, is constitutionally infirm."** ***Pacific***, 46, 43 (O'connor, J., dissenting). לדיון בסוג זה של ביקורת על הדוקטרינה ר' למשל: Note, "Can

nevo.co.il

לדעתי, טיעון זה, למרות שהוא מאיר בעייה אמיתית הדורשת מענה, אין בכוחו לשלול את הלגיטימציה המוסרית של מוסד התשלומים העונשיים. אמנם, התשובה לשאלה, אם במקרה נתון התנהגות המפר הינה מחפירה איננה ניתנת לצפייה מראש בכל מקרה ומקרה, שכן היא מתקבלת משקלולם יחד של שיקולים מגוונים, ולפיכך תמיד כפופה לשיקול דעת שיפוטי רחב.[71] ברם אין בעובדה זו, כשלעצמה, כדי להוליך בהכרח למסקנה כי עקרון ההזהרה אינו בא על סיפוקו. הטעם לכך הוא, ש**התנאים המוקדמים לפסיקת תשלום עונשי** - להבדיל מהמסקנה הסופית בדבר קיומה של התנהגות מחפירה - **הינם ברורים למדי**.[72] תנאים מוקדמים אלה מספקים לנתבע הפוטנציאלי מידה רבה של וודאות באשר לטיב ההתנהגות שאותה עליו להימנע מלנקוט, כדי להימנע מהסיכון לחוב בתשלום עונשי. לשם כך, די לו כי יימנע מלפעול באופן המסכן את הזולת סיכון ממשי, כאשר הוא מודע לסיכון ואינו מאמין שיש להתנהגותו הצדקה משפטית. **"הנורמה האוסרת" העולה במשתמע מדוקטרינת התשלום העונשי היא אפוא לדעתי ברורה למדי: "אל תפעל במודע באופן המסכן את רווחתו של הזולת באופן ממשי, אם אינך מאמין כי פעולה זו מותרת על פי דין."** אכן, כמוסבר לעיל, המפר 'נורמה אוסרת' זו לא בהכרח יחוייב בסופו של דבר בתשלום עונשי, שכן עשויות להתקיים נסיבות אשר יצדיקו הימנעות מראייתו כמי שנהג באופן מחפיר.[73] יחד עם זאת, מאחר שככלל התנהגות המקיימת את התנאים המוקדמים אינה רצוייה, ומקימה חזקה של אנטי-חברתיות, קיימת הצדקה לאסור עליה, בכפוף לשיקול דעתו של בית המשפט להימנע מהטלת עונש במקרים שימצא לנכון.[74] האם אדם העובר על 'נורמה אוסרת' זו זכאי להישמע בטענה, שעקרון ההזהרה לא נתקיים לגביו? לדעתי, התשובה שלילית. בהפירו נורמה אוסרת זו חושף עצמו המפר **במודע** לסיכון שיחוייב בתשלום עונשי. בנסיבות אלה, הטענה כי לא ידע כיצד היה עליו לפעול נראית בעיני קלושה ביותר במישור המוסרי.[75] אמנם, כפי שראינו במרבית המדינות לא השכילה

Punitive Damages Standards Be Void for Vagueness?" 63 **St. John's L.R.** (1988) 52; see also **Givelber**, 51-54; **Ellis**, 22-23; **Owen**(3) 727-9.

[71] לדיון בשיקולים העיקריים הרלבנטיים להכרעה בשאלה זו ר' סע' 12.39-12.17 להלן.

[72] לדיון בתנאים מוקדמים אלה ר' סע' 7.04 לעיל.

[73] לדיון בנסיבות אלה ר' סע' 7.05 לעיל. כמוסבר שם, ייתכן גם שההתנהגות תימצא מחפירה, אך בשל שיקולים אחרים (כגון התנהגות התובע, מצוקתו הכלכלית של הנתבע או עוצמתן של סנקציות אחרות שבהן חוייב) יימנע בית המשפט מלפסוק תשלום עונשי בגינה.

[74] הבחנה זו שאני עורך כאן בין התנאים הברורים יחסית, המהווים יחד את הנורמה האוסרת לבין התנאים העמומים יותר, הקובעים אימתי הפרת הנורמה האוסרת תביא בפועל לחיוב בתשלום עונשי, איננה ייחודית להקשר דנן. כך, למשל, גם במשפט הפלילי מרבית העבירות קובעות איסורים ברורים יחסית, וזאת בידיעה שבמקרים מסויימים ביצועה של עבירה איננו בהכרח מעשה אנטי-חברתי. הערוץ המשפטי המסורתי לחילוץ ה'עברייין' מעונש במקרים אלה הוא באמצעות הסייגים לאחריות פלילית, הפורשים בפני בית המשפט קשת נרחבת של שיקולים עמומים, שעל פיהם עליו להחליט אם התקיים הסייג. עניין זה קיים למעשה גם בתחום האזרחי. דיון בהבחנה זו בין כללים ברורים המופנים לציבור, לבין שיקולים עמומים המופנים לשופט, ושמטרתם לאפשר לו לסייג את תחולתם של הכללים מצאתי במאמרו המאלף של M. Dan-Cohen, "Decision Rules and Conduct Rules" 97 **Harv. L.R.** (1984) 625 המלומד מציע להבחין בין שני סוגים של הנחיות המקופלות בתוך מוסדות וכללים משפטיים: האחד - כללי התנהגות, המופנים לציבור הרחב; השני - כללי הכרעה, המכוונים לבית המשפט ושמטרתן להבהיר לו מתי להטיל סנקציה בגין הפרת כללי ההתנהגות. בעוד שבהירות בניסוח כללי ההתנהגות היא חיונית, הרי דווקא ביחס לכללי ההכרעה נדרשת עמימות, כדי לא לפגום באפקט ההרתעתי של כללי ההתנהגות. לתפקיד שממלאת העמימות במסגרת הדוקטרינה ר' גם סע' 7.79 להלן.

[75] תמיכה יחידה בתובנה המוצגת כאן מצאתי בדברי Feldthusen: **"There may be uncertainty about whether the conduct** [which meets the first requirement - advertent wrongdoing] **will qualify as exceptional** [and thus deserve punitive damages] **..this amounts to a rather weak complaint about uncertainty as to when the actor will be spared deserved punishment."** B. Feldthusen, "Contract - Punitive Damages - Aggravated Damages - Damages for Mental Distress in Contract: *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia"* 69 **Can. B.R.** (1990) 169, 174; see also **Canadian Report**, 54-55 (same). כדאי לשים לב, שלמרות הרטוריקה המקובלת במשפט הפלילי, גם שם היכולת לצפות מראש אם מעשה פלוני מהווה עבירה מוגבלת. הטעם לכך נעוץ הן בעמימות הרבה של מושגים לשוניים המרכיבים רבות מהעבירות בחוק העונשין, והן באפשרות שהאחריות תישלל מכוח אחד מהסייגים לאחריות פלילית (זוטי דברים, צורך, כורח, הגנה עצמית וכיו"ב) שתחולתן במקרה נתון אינה ניתנת לצפייה מראש. במקרים מסויימים עשוי בית המשפט אף לקבוע שהנאשם ביצע עבירה אך להימנע מלהרשיעו (ר' סע' 71א(ב) לחוק העונשין). עמימות זו ביחס למבחנים להטלת אחריות פלילית, למרות שהיא משמעותית ביותר, לא הביאה עד היום - ולא נראה שתביא בעתיד - לתקיפת חוקתיותה או מוסריותה של הענישה הפלילית. **"..no court would conceivably hold a penal code unconstitutionaly vague because it recognized a lesser-evil defence"** M. Kadish, S. Kadish, **Discretion to Disobey** (1973) 125, cited in **Dan-Cohen**, 639. במובן מסויים מידת הוודאות ויכולת הצפייה הקיימת במסגרת הדוקטרינה אף גדולה יותר מאשר זו שמעניק הדין הפלילי, וזאת מאחר שהדין הפלילי אינו מכיר בטעות בדין כסייג לאחריות פלילית, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת (ר' סע' 34יט לחוק העונשין). לעומת

nevo.co.il

הפסיקה לגבש הגדרה משפטית אחידה ומוסכמת ל"התנהגות מחפירה", ומרבית המבחנים שהוצעו נגועים בעמימות רבה. במציאות זו עלול עקרון ההזהרה להימצא נפגע.[76] הגדרה מדוייקת יותר של התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה ברוח המוצע בסעיפים 7.06 ו-7.04 לעיל ומתן עיגון חקיקתי להגדרה זו נראים לי אפוא חיוניים הן לשם חיזוק הבסיס המוסרי של הדוקטרינה, והן לשם הגברת האפקטיביות שלה.[77] עם זאת, אין לצפות להגדרה שתגדיר בפרטנות את היסודות העובדתיים הנדרשים לביצועה של התנהגות מחפירה בדומה לאופן הטיפוסי שבו נעשה הדבר בהגדרת עבירות ספציפיות בפלילים. הטעם לכך הוא, שבניגוד לאיסור הפלילי הטיפוסי, האיסור על התנהגות מחפירה, בדומה לאיסורים אזרחיים אחרים שהם רחבים ועמומים,[78] נועד להעניק הגנה ל**כל** זכות משפטית באשר היא, ולא רק לזכויות המוגנות במשפט הפלילי.[79] משום כך, בניגוד למקובל במשפט הפלילי, בהקשר דנן מן הנמנע להכליל מראש בהגדרת הנורמה האוסרת שקובעת הדוקטרינה את סוג האינטרס שפגיעה בו תצדיק חיוב בתשלום עונשי.[80] זאת ועוד, ניתן לטעון, ש**דוקטרינת התשלום העונשי נותנת ביטוי לאיסור מוסרי בסיסי על גרימת נזק לזולת בלא הצדקה**. איסור זה איננו צריך פרסום וניסוח משפטיים, שכן הוא מופנם בקרב כל אדם כחלק מתהליך החיברות (socialization) שלו. המפר המחפיר אינו זכאי אפוא להישמע בטענה שלא ידע שפגיעה מודעת ומנוגדת לחוק בזולת הינה מעשה עניש.[81]

ב. הזהרה בדבר עוצמת הסנקציה העונשית

7.18 פרשנות מרחיבה של עקרון ההזהרה מאפשרת לראותו כמחייב הבהרה מוקדמת לא רק בדבר טיב ההתנהגות האסורה, אלא גם בדבר הסנקציה הצפוייה בגין הפרתה.[82] לאור פרשנות כזו ניתן לטעון, שעקרון ההזהרה נפגע פעם

זאת, אדם הסבור בתום לב שמעשהו הוא כדין לא יחוייב בשום מקרה בתשלום עונשי, גם אם אדם סביר בנעליו יכול היה להימנע מהטעות. כדאי לציין, שגם הטלת סנקציות אזרחיות כרוכה במידה רבה של אי וודאות, בפרט כאשר פסיקת התרופות כפופה לשיקולי צדק או לעקרון תום הלב (לעניין זה ר' גם סע' 10.31(168)).

76 **"The standard of liability is variously defined in terms of "malice", "fraud", "oppression", "outrageous" behavior, "conscious of reckless indifference to the rights of others", or "willful and wanton" misbehavior. These traditional "definitions" of the proscribed misconduct capture well the type of highly antisocial behavior that justifiably is punishable in moral theory…** [But] **Their moral deficiency.. ..is their vagueness."** ביקורת זו תקפה במיוחד בישראל, שבה החקיקה אינה מתייחס לנושא כלל, ואילו הפסיקה לא פיתחה עד היום מבחן ברור לתחולתה של הדוקטרינה. ר' למשל הציטוט מפסק הדין ***קורמן***, המובא בהערה 10 לעיל, והציטוטים המובאים בסע' 3.10(49) לעיל.

77 עיגון חקיקתי לדוקטרינה צפוי לפתור גם את הביקורת בדבר הפרת "עקרון החוקיות", המוצגת בסע' 7.88 להלן.

78 הדוגמה הקלסית היא האיסור המשתמע שקובעת עוולת הרשלנות על הפרת חובת הזהירות, והאיסור המשתמע שקובעים דיני החוזים על הפרת חוזה. אמנם, יש מי שכופרים בחובה לקיים חוזים. אך הרטוריקה הברורה של דיני החיובים מבוססת על הכרה בקיומן של חובות שהפרתן גוררת סנקציות. לדיון במשמעות העונשית של דיני התרופות האזרחיים ר' סע' 8.05 ואילך.

79 לבעיית תחולתו המוגבלת של המשפט הפלילי ר' סע' 8.30 ואילך.

80 כמוסבר לעיל, כל עוד התקיימו התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה, קיימת הצדקה לכאורה להענשת הנתבע על הפגיעה המודעת בזכויות הזולת, וזאת ללא קשר לסוג האינטרס שבו פגע הנתבע במקרה הקונקרטי.

81 טענה ברוח זו פותחה במאמרה של **Ala. L.R.** A.P. Harris, "Rereading Punitive Damages: Beyond the Public\Private Distinction" 40 (1989) 1079. ר' למשל דבריה בעמ' 1113-4: **"..the notion of internalized rules of behavior provides the basis for a defense of the doctrine.. ..against the argument that the standards for awarding punitive damages are so vague as to deprive the defendant of fair notice.. Because the rules of deference and demeanor are communally developed and inculculated into the psyche of each individual as part of the socialization process, published rules are unnecessary."** ניתן לראות, כי טיעון זה מתיישב טוב יותר עם האידאולוגיה הקהילתנית הרואה את הקשר בין היחיד לקהילה כקשר הכרחי ובל-ינותק, מאשר עם תפיסות ליברליות מסורתיות שאינן מכירות בקשר כזה. להשלכות נוספות של הפער בין האידאולוגיה הקהילתנית לאידאולוגיה הליברלית על ההכרה בתשלום העונשי ר' סע' 7.25, 7.26 להלן.

82 בספרות לא מצאתי דיון נפרד בהיבט זה של עקרון החוקיות. עם זאת, דומה שניתן לגוזרו מהעיקרון שלפיו אין עבירה ואין עונש בלי חוק, עיקרון התובע במשתמע להגדיר בחוק לא רק את העבירה אלא גם את העונש. ר' למשל **פלר**, 47: **"כשם שההגדרה המפורטת של כל סוג של עבירה מאפשרת לפרט להבחין בין מה שנאסר עליו לבין מה שמותר לו... כך גם מתבקשת מתיחה של גבולות העונש שישמשו מסגרת לקביעתו הקונקרטית..."** ר' ברוח זו גם דבריו של **Hall**(2), 165: "[Nulla poena sine lege means]: **No person shall be punished except in pursuance of a statute which fixes a penalty for criminal behavior."**

nevo.co.il

נוספת, שכן גובה התשלום העונשי שייפסק במקרה נתון איננו מוגדר במסגרת הדוקטרינה, והוא לעולם בגדר נעלם מבחינתו של הנתבע הפוטנציאלי.[83]

טיעון זה הוא, לדעתי, חלש עוד יותר מקודמו. ספק רב בעיני אם למפרי חוק זכות מוקנית לדעת מה יהא עונשם, בפרט כאשר מדובר בהפרה מודעת.[84] אכן, אפילו במשפט הפלילי ככלל אין העבריין יכול לצפות מראש מה יהא סוג העונש שיוטל עליו ומה תהא עוצמתו, שכן בנושא זה ניתנת לבית המשפט גמישות בלתי מבוטלת.[85] ההצדקה לעמימות זו במונחי גמול היא, שעקרון המידתיות בענישה מחייב גמישות בהתאמת העונש לחומרת העבירה ולנסיבות ביצועה, וגמישות זו מחייבת הימנעות מכבילת שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין.[86] אמנם, בפלילים מקובל להגדיר מראש את העונש המירבי - דבר שלא נעשה באופן מסורתי במסגרת הדוקטרינה.[87] אולם כאמור לעיל, הנורמה האוסרת על התנהגות מחפירה היא עמומה ורחבה יותר מהנורמה הפלילית. עמימות זו בהגדרת האיסור מחייבת גמישות גדולה במיוחד בכל הקשור לקביעת העונש, זאת כדי שניתן יהיה להגשים את עקרון המידתיות בענישה במקרים קונקרטיים, הנבדלים זה מזה ביסוד העובדתי והנפשי. לבסוף, יש לזכור, שבאורח עקרוני אין מניעה לקבוע תקרה לסכום שאותו ניתן לפסוק כתשלום עונשי, ובכך צפוייה להיות מוסרת לחלוטין התנגדות זו לדוקטרינה. לדעתנו, קביעת תקרה שכזו היא צעד ראוי, ובלבד ששיעורה ייקבע על פי מנגנון גמיש, אשר יאפשר לבית המשפט גמישות ניכרת בהתאמת עצמת העונש לחומרת המעשה ולצורך בהרתעה מספקת מביצועו בעתיד.[88]

<u>סיכום לחלק השני: עקרון הגמול כרציונל מבאר של הדוקטרינה - חשיבותו ומגבלותיו</u>

7.19 בחלק זה ביקשתי להראות, שלמרות הביקורות על הדוקטרינה במונחי גמול, יש בכוחו של עקרון הגמול לשמש כבסיס מוסרי מוצק לענישת התנהגויות מחפירות, כאשר הסנקציה האזרחית הרגילה איננה מספקת לשם כך. אולם יש ליתן את הדעת גם למגבלותיו של רעיון הגמול כעיקרון מסביר או מצדיק של הדוקטרינה: **ראשית,** לפחות לכאורה, אין עקרון הגמול מחייב בהכרח כי ענישת הפרות מחפירות תבוצע במסגרת הליך אזרחי דווקא (להבדיל מהליך פלילי או מינהלי).[89] **שנית,** עקרון הגמול איננו מסביר את העובדה, שכספי התשלום העונשי מועברים במסגרת הדוקטרינה לידי התובע דווקא.[90] במילים אחרות: עקרון הגמול מספק מענה לבעיית היסוד הראשונה, אך לא לשתי בעיות היסוד האחרות שדוקטרינת התשלום העונשי מעוררת.[91]

<u>חלק שלישי: רציונל ההרתעה - ניתוח מסורתי</u>

<u>I. מבוא</u>

<u>א. הרתעה כצידוק תוצאתני לענישה</u>

---

[83] טיעון זה זכה לאחרונה לתמיכה בפסיקתו של בית המשפט העליון הפדרלי בפרשת ***B.M.W.***, שם בדונו בשאלת הביקורת השיפוטית על גובהם של תשלומים עונשיים קבע בית המשפט, כי: **"Elementary notions of fairness enshrined in our constitutional jurisprudence dictate that a person receive fair notice not only of the conduct that will subject him to punishment, but also of the severity of the penalty that a State may impose."** ***B.M.W.***, 574 (Breyer, J.).

[84] לחלופין, ניתן לטעון שקיימות רמות שונות של וודאות בידיעת העונש, וכי ידיעה על סוג הסנקציה - במקרה דנן סנקציה כספית לבר-מפצה - די בה לשם קיום עקרון ההזהרה בהתייחס למפרי חוק המפרים אותו במודע.

[85] כך, למשל, על עבירה שעונשה הוא מאסר, העונש שייגזר בפועל יכול להיות מאסר בפועל, מאסר מותנה, מאסר שירוצה בעבודות שירות, קנס, שרות לתועלת הציבור, מבחן, התחייבות, או כל דרך ענישה אחרת המוגדרת בחוק. יתרה מכך, גם כאשר מוגדר עונש מאסר או קנס חובה, החוק מגדיר על פי רוב רק את העונש המירבי (ולעיתים גם המזערי) אך לא את העונש שיוטל בפועל.

[86] במונחי הרתעה, לעומת זאת, מקובל להניח שאי-וודאות בהגדרת עוצמת הסנקציה פוגמת ביכולת להרתיע. עם זאת, לאחרונה קמו קוראי תיגר על הנחה זו. לעניין זה ר' הערה 353 להלן.

[87] אם כי, כמצויין לעיל, במדינות רבות בארה"ב אומצו רפורמות אשר קבעו תקרות לסכומים שאותם ניתן לפסוק במסגרת הדוקטרינה. ר' סע' 7.15(60) לעיל.

[88] לשאלת הצורך בתקרה לתשלום העונשי ולהסדר המוצע על ידינו בחיבור זה ר' הערה 60 לעיל.

[89] שאלת ההצדקה להעדפת ההליך האזרחי על פני ההליך הפלילי תיבחן בהרחבה בפרק ח'. כפי שנראה, ההצדקה העיקרית לכך היא פרגמטית, אולם באופן חלקי ניתן להצדיק את הענישה האזרחית גם במונחי גמול. ר' במיוחד סע' 8.42, 8.47.

[90] דיון במאפיין זה ובהצדקות האפשריות לו יתקיים בפרק ט'.

[91] הערה מסייגת זו תקפה גם ביחס ליתר ההצדקות המסורתיות של הדוקטרינה הנדונות בפרק זה.

nevo.co.il

7.20 במקורות הפילוסופיים העוסקים בצידוקי הענישה משמש רציונל ההרתעה, לצד רציונל הגמול, כאחד משני הצידוקים המרכזיים של מוסד הענישה.[92] להבדיל מרציונל הגמול, שהוא דאונטולוגי, רציונל ההרתעה הוא תוצאתני-אינסטרומנטלי.[93] בניגוד לרציונל הגמול, הצופה פני עבר, צופה רציונל ההרתעה פני עתיד: אין הוא מתמקד בצורך להשיב לחוטא כגמולו על מעשיו הרעים בעבר, אלא בצורך למנוע הישנות מעשים דומים בעתיד.[94] צורך זה במניעת התנהגויות בלתי רצויות מושג, בין היתר, באמצעות האפקט ההרתעתי שיוצר החשש מפני הטלתה של הסנקציה העונשית - הן אצל העבריין עצמו (הרתעה פרטית), והן אצל הציבור בכללותו (הרתעה כללית).[95] ההרתעה שיוצרת הענישה היא אפוא אמצעי, או מטרת ביניים בדרך להשגת מטרה סופית יותר - הלא היא מטרת המניעה (prevention).[96]

ב. <u>הרתעה תועלתנית (אמצעי להשאת תועלת) מול הרתעה מוסרנית (אמצעי למניעת עוול)</u>

1. הרתעה תועלתנית

---

92 הצורך בהרתעת עבריינים הוכר גם בשיטות משפט עתיקות. הרעיון של "למען יראו ויראו" חוזר על עצמו פעמים רבות במקרא (ר' למשל דברים, י"ז, פסוק י"ג: **"וכל העם ישמעו ויראו ולא יזידון עוד."**) רציונל ההרתעה זכה להדגשה מיוחדת בכתבי אפלטון, אשר סבר, כי ההצדקה לענישת העבריין איננה נעוצה בטעמי גמול, אלא בצורך למנוע הישנות מעשי עוול בעתיד: **"..he who has done evil... ..shall pay the judicial penalty not for the sake of the evildoing - for what has been done will never be undone - but so that he and those who see him suffering justice will in future time either hate the injustice altogether, or refrain in large part from such a calamity."** Plato, **The Laws,** book IX, s. 934b (N.Y., 1980, Trans. by Pangle). למשל: J. Andenaes, **Punishment and Deterrence** (Ann Arbor, 1974); J. Andenaes, "The Morality of Deterrence" 37 **Un. Chi. L.R.** (1970) 649; J. Andenaes, "The General Preventive Effects of Punishment" 114 **U. Pa .L.R.** (1966) 949; see also: **Honderich**, 51-87; **Walker**, 13-20. לדיונים מודרניים בהרתעה כצידוק לענישה ר'

93 בהגות הפילוסופית מקובל להבחין בין עקרונות מוסר דאונטולוגיים (deontological\non-consequential principles) לבין עקרונות תוצאתניים או טלאולוגיים (teleological\instrumental\consequential\"end state" principles) להבחנה בסיסית זו ר' למשל: H.M. Hurd, "The Deontology of Negligence" 76 **B.U.L.R.** (1996) 249, 252-4 טעות רווחת היא לזהות בין טיעונים תוצאתניים לבין טיעונים תועלתניים, שעניינם בהשאת התועלת החברתית הכללית (utility). תיאוריה תוצאתנית עשויה להגדיר כ"טוב" שאליו יש לשאוף לאו דווקא את השאת התועלת הכללית, אלא ערכים אחרים (כגון מיזעור הפגיעה בזכויות, השאת חירות הפרט או השוויון בחברה, השאת התועלת הפרטית, וכו'): **"..consequentialist values need not be utilitarian; ..**[they] **can be egalitarian, in addition to valuing welfare, liberty, and individuality in themselves."** T. Nagel, **Mortal Questions** (Cambridge, 1979) 85. לדעתי, למרות ההבחנה העיונית החדה ביניהם קיימת זיקה בין עקרונות דאונטולוגיים (כמו עקרון הגמול) לבין ערכים תוצאתניים (כמו הרתעה). הדבר בא לידי ביטוי בעובדה, שכמעט כל עיקרון מוסרי דאונטולוגי ניתן להצדקה במונחים של תועלת חברתית ארוכת טווח. תובנה זו הוכרה במיוחד בהקשר לענישה הפלילית. ר' לדוגמה דבריו של: P.H. Robinson, J.M. Darley, "The Utility of Desert" 91 **Nw. U. L.R.** (1997) 453, 454: **"..because it promotes forces that lead to a law-abiding society, a criminal law based on the community's perceptions of just desert** [retribution] **is, from a utilitarian perspective, the more effective strategy for reducing crime."** להצגה תמציתית של הנסיונות שנעשו ליישב את עקרון הגמול עם התיאוריה התועלתנית ר': A.R. Strauss, Note, "Loosing sight of the Utilitarian Forest for the Retributivist Trees: An Analysis of the Role of Public Opinion in A Utilitarian Model of Punishment" 23 **Cardozo L.R.** (2002) 1549, 1563-70. התזה שלפיה שיפוט מוסרי מבוסס בדרך כלל על שילוב בין ראייה דאונטולוגית לראייה תוצאתנית פותחה בספרו החשוב של A.C. Ewing, **The Morality of Punishment** (1929, rev. ed., 1970, Monclair, N.J) esp. ch. VI.: Ewing הטענה כי השיפוט המוסרי של אנשים ותחושת הצדק שלהם מבוססים למעשה על מוסכמות חברתיות שיסודן בשיקולי תועלת ארוכי טווח מהווה נדבך מרכזי בפילוסופיה של דיויד יום. לעניין זה ר' גם הערה 356 להלן.

94 להבחנה מוכרת זו ר' למשל: A. Flew, "Retrospect and Prospect, Retribution and Deterrence" 25 **Isr. L.R.** (1991) 376

95 להבחנה בין הרתעה פרטית להרתעה כללית ר' למשל: **Andenaes**, 175-81 מקורה של הבחנה זו בכתבי בנת'האם, שהבחין בין הצורך במניעה כללית (general prevention) לבין הצורך במניעה פרטית (particular prevention).

96 בלשונו של **Paley**, מראשוני הפילוסופים התועלתניים: **"The proper end of human punishment is <u>not the satisfaction of justice,</u> <u>but the prevention of crimes</u>…**[it is] **the sole consideration which authorizes the infliction of punishment by human laws."** W. Paley, **The Principles of Moral and Political Philosophy** (London, 6th ed., 1788) Vol. II, book VI, ch. ix, 268-70 cited in: E.L. Pincoffs, **The Rationale of Legal Punishment** (N.Y., 1966) 18. מניעת התנהגות בלתי רצוייה (ועידוד התנהגות רצוייה) היא אחת ממטרותיו החברתיות של המשפט, ואולי החשובה ביותר. לעניין זה ר': J. Raz, "The functions of Law", in: **The Authority of Law** (Oxford, 1979) ch. 9, 163, 169. קלזן ראה בקיומן של סנקציות כופות (בעיקר שליליות) שמטרתן להכווין התנהגות מאפיין מגדיר של המשפט: **"..law is a coercive order, that is a normative order that attempts to bring about a certain behaviour by attaching to the opposite behaviour a socially organized coercive act."** H. Kelsen, **The Pure Theory of Law** (Berkeley, 1967) 62. על אף מרכזיותה, ההרתעה איננה האמצעי היחיד למניעת התנהגות לא-רצוייה. שני אמצעים ידועים אחרים הם "ניטרול" של העבריין (disablement, incapacitation), ושיקומו (reformation, rehabilitation). אמצעי חשוב נוסף הוא החינוך. לחינוך כרציונל של הענישה ר' סע' 7.81 להלן.

nevo.co.il

7.21 הצורך בהרתעה נתפס במרבית המקורות המודרניים כצידוק **תועלתני** של הענישה.[97] ביסוד תורת המוסר התועלתנית עומד עקרון העל - עקרון התועלתנות, לפיו הטוב או הרע שבפעולה או במצב כלשהם אינו טבוע בהם עצמם, אלא אך ורק בהשפעתם הכוללת על כמות האושר בעולם.[98] פעולה "חיובית" היא זו שהתועלת החברתית הכוללת (או "המצרפית") הצומחת ממנה עולה על העלות החברתית הכוללת שתיגרם כתוצאה מנקיטתה.[99] הצורך בענישה מרתיעה הוא אפוא מוצדק רק עד כמה שהעלות הכרוכה בהטלת העונש המרתיע עולה על התועלת הצפויה לצמוח ממנה.[100] כך, למשל, בתפיסה תועלתנית טהורה, אין הצדקה להרתיע מפני ביצועו של מעשה, המביא לעושהו תועלת והנאה בשיעור העולה על הסבל הנגרמים לזולת עקב ביצוע אותו מעשה.[101] לסיכום: בתפיסה תועלתנית טהורה אין מקום לדבר על התנהגויות בלתי רצויות כשלעצמן. מניעתה של התנהגות מסויימת באמצעות הרתעה לעולם אינה תכלית סופית כשלעצמה, אלא הדבר תלוי לעולם במאזן העלות-תועלת הקונקרטי.

2. הרתעה מוסרנית

7.22 לדעתי, למרות הנטייה הרווחת לקשר בין רציונל ההרתעה לבין התיאוריה התועלתנית, ניתן לפרש את רציונל ההרתעה גם באופן שונה. בתפיסה אלטרנטיבית זו הצורך למנוע מעשים מסויימים אינו נתפס כאמצעי בלבד (להשאת תועלת) אלא כתכלית בפני עצמה. הבסיס להבנה זו של רעיון ההרתעה מצוי בהנחה דאונטולוגית, שלפיה התנהגויות מסויימות הינן רעות מעצם טיבן ומהותן (mala per se) ללא קשר לתוצאות הנובעות מביצוען. התנהגויות רעות אלה ראויות למיגור ללא כל קשר לשאלת הטובה שתצמח מכך, אם בכלל, במונחי תועלת.[102] תפיסה

---

97 אבות הדיון התועלתני ברציונל ההרתעה כצידוק לענישה הם הפילוסוף האנגלי ג'רמי בנת'האם, הנחשב לאבי התורה התועלתנית, והאציל האיטלקי צ'זרה בקריה, שניהם בני המאה ה-18. חיבוריהם המפורסמים ביותר הם: J. Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation** (Oxford, 1789) (1823 ed., rep. N.Y. 1948); J. Bentham, **Theory of Legislation** (Paris, 1802, London, 1830, rep. in Bombay, 1975); C. Beccaria, **On Crimes and Punishments** [Dei Delitti et delle Pene] (1764) (Indianapolis, 1986, Trans. by Young). בנת'האם בחיבורו הנ"ל הציע לערוך רפורמות במערך הענישה שהיה קיים בתקופתו, תוך הפחתה משמעותית של העונשים ההרתעתית. בקריה בחיבורו הנ"ל הציע לערוך רפורמות במערך הענישה שהיה קיים בתקופתו, תוך הפחתה משמעותית של העונשים כדי שישרתו טוב יותר את הצורך בהרתעה. רעיונותיו של בקריה התקבלו ויושמו בחוקי העונשין של מדינות רבות באירופה. להצגה קלסית של ההרתעה כצידוק תועלתני של הענישה ר' למשל: **Ewing**, ch. 3 ("The Utility of Punishment").

98 עיקרון זה הוגדר על ידי בנת'האם, אבי תורת התועלתנות: **"The general tendency of an act is more or less pernicious, according to the sum total of its consequences: that is, according to the difference between the sum of such as are good, and the sum of such as are evil." Bentham**, 70.

99 המונחים "תועלת חברתית" ו"עלות חברתית" (social cost) שגורים כיום בשיח הכלכלי של המשפט, אולם מקורם בתורת המוסר התועלתנית, החולקת הנחות יסוד חשובות עם האסכולה הכלכלית למשפט: **"התכלית הכלכלית" שמדובר בה אינה אלא וריאציה על התפישה התועלתנית הרואה בהגדלת התועלת (הרווחה) החברתית הכוללת את התכלית הראויה היחידה של הקיום האנושי... השינוי הוא בכך, שאת מקום התועלת הבלתי-מדידה תפס הכסף, או הנכונות והיכולת לשלם, כמדד של רווחה."** י' גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין" **משפטים** כב (תשנ"ג) 421, 426-7. לזיקה הרעיונית בין התועלתנות לבין הגישה הכלכלית למשפט ולהבדלים ביניהן ר': R.A. Posner, "Utilitarianism, Economics and Legal Theory" 8 **J. Leg. Stud.** (1979) 103. להצגה תמציתית ומאירת עיניים של הנושא בשפה העברית ר': ע' זלצברגר, "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" **משפטים** כב (תשנ"ג) 261, 273-9.

100 **"Deterrence theorists of the utilitarian sort would suggest.. ..setting the penalty P from a crime at the least point where any penalty for the crime greater than P would lead to more additional unhappiness inflicted in punishment than would be saved to the (potential) victims of the crimes deterred by the additional increment in punishment."** R. Nozick, **Anarchy, State and Utopia** (N.Y., 1974), 61. העלות החברתית של כל ענישה במונחי תועלת מורכבת בעיקר מסבלו (הכלכלי, הגופני והנפשי) של הנענש, מסבלם של מי שייאלצו בעתיד להימנע מהתנהגות המצמיחה להם הנאה, ומהעלות המינהלית הכרוכה בהפעלת המנגנון העונשי עצמו. התועלת שבקביעת עונש מרתיע מורכבת בעיקר ממניעת סבל ממי שהיו נפגעים מההתנהגות האסורה אלמלא הוטל בגינה העונש המרתיע, וכן מההנאה הצפוייה להיגרם לאנשים כתוצאה מהטלת העונש על הנענש ומהידיעה על קיומו של עונש מרתיע, ידיעה המשרה תחושת ביטחון.

101 היישום המשפטי המודרני המוכר ביותר של עיקרון זה הוא תורת 'ההפרה היעילה', שלפיה הפגיעה המודעת בזכותו החוזית של אדם עשוייה להיות מועילה בראייה כלל-חברתית, ולכן גם ראוייה לעידוד. לדיון ביקורתי בתורה זו ר' סע' 10.18 ואילך.

102 כך, למשל, בתפיסה כזו הטלת עונשי מאסר חמורים עשויה להיות מוצדקת, גם אם יש בדבר כדי לפגוע בצורה קשה ביותר ברמת החיים וברווחה של תושבי המדינה, שכן ירידה ברמת החיים לשם הגשמתה של מטרה נעלה עשוייה שלא להיתפס כעוול כלל, ולכל הפחות כעוול חמור פחות מזה הכרוך בשחרורם של עבריינים לרחובות. בתפיסה המוסרנית הנדונה כאן המושג של "הרתעת-יתר" יתאר מצב שבו אמצעים עונשיים-הרתעתיים המכוונים כלפי התנהגויות בלתי מוסריות יוצרים אפקט הרתעתי, הגורם לאנשים להימנע מפעולות לגיטימיות, ובכך יוצר עוול מוסרי גדול מזה שאותו נתכוונו האמצעים למנוע. כמובן, שאין הכרח שתפיסה מוסרנית תתנגש בתפיסה

nevo.co.il

כזו של רציונל ההרתעה, אף שהיא תוצאתנית בניסוחה, יונקת למעשה מהשקפת עולם דאונטולוגית, שכן היא מושתתת על הערכת התנהגויות שלא לפי תוצאותיהן ארוכות הטווח אלא לפי איכותן הפנימית הטבועה.[103] תפיסה זו, שתכונה להלן "התפיסה המוסרנית" לרציונל ההרתעה, משתקפת, לדעתי, במרבית המקורות הרואים ברציונל זה צידוק לדוקטרינת התשלום העונשי.[104]

ג. רציונל ההרתעה כצידוק לתשלום העונשי - ההסבר המסורתי והשאלות המתעוררות

7.23 הצורך להרתיע נתבעים פוטנציאליים מהתנהגויות מחפירות שימש, לצד עקרון הגמול, כעמוד תווך רעיוני של דוקטרינת התשלום העונשי משחר היותה ועד עצם היום הזה.[105] ההצגה המסורתית של רציונל ההרתעה כצידוק

---

[103] עם זאת, תפיסה זו אינה דאונטולוגית טהורה, והיא נבדלת, למשל, מתפיסה גמולנית של הענישה. בתפיסה הנדונה כאן ניתן, למשל, להצדיק הטלת עונשים שאינם מתיישבים עם עקרון הגמול (חמורים יותר), ובלבד שהעוול הכרוך בכך קטן מהעוול הכרוך באי מניעתם של מעשי עוולה שניתן למונעם (אם ניתן) במחיר של פגיעה בעקרון הגמול. יצויין, שבספרות הפילוסופית לא מצאתי התייחסות מפורשת לרציונל ההרתעה מזוית מוסרנית-דאונטולוגית. רמז להכרה בהבחנה אפשרית בין הרתעה תועלתנית לבין הרתעה שאינה תועלתנית מצאתי במאמרם של H. Dagan, J.J. White, "Governments, Citizens, and Injurious Industries" 75 **N.Y.U.L.R.** (2000) 354, 420. המלומדים מבחינים שם בין התפקיד שממלאת ההרתעה בתפיסה ליברטריאנית של הקניין (מניעת הפגיעה בזכות) לבין התפקיד המוגבל יותר שהיא ממלאת בתפיסה תועלתנית (שמירת הרווחה הגלומה בזכות). מעניין לציין, שעיגון לתפיסה תוצאתנית אך יחד עם זאת ליברטנית-מוסרנית של הענישה ניתן למצוא גם בכתביו של קנט עצמו, הנחשב כדאונטולוג-גמולן מושבע. הדבר עולה מפיסקה בחיבורו על המרכיבים המטפיסיים של הצדק, שבה מתאר קנט את מטרת המשפט, כמניעת שימוש בחירות הפרט שיש בה משום פגיעה בחירות הנוגדת את החוקים האוניברסליים. לדיון בפיסקה מעניינת זו ר': E. Weinrib, "Law as A Kantian Idea of Reason" 87 **Colum. L.R.** (1987) 472, 499-500: **"The requirement of right that every act of wrongdoing be answered by an equal and opposite reaction has a deterrent as well as a retributive aspect. Coercion.. ..is consistent with freedom when it is deployed to prevent a hindrance to freedom."** תפיסה כזו של רציונל ההרתעה עולה גם מדבריו של אפלטון שצוטטו בהערה 92 לעיל. למרות שמטרת הענישה לפיו היא מניעת פשיעה ולא גמול לפושע, הרי מנימת דבריו ומהשימוש החוזר במושגים של "עוול" ו"צדק" עולה כי תפיסת המוסר שלו היא ביסודה דאונטולוגית ולא תועלתנית.

[104] כאמור, בספרות בדרך כלל נוטים להתעלם בדרך כלל מהעובדה שהרתעה איננה בהכרח ערך תועלתני, וקיימת נטייה לקשר באופן אוטומטי בין הרתעה לבין תועלתנות או בין תוצאתנות לבין תועלתנות. ר' למשל: **קנאי**, 78: **"בוועדה הפדרלית בארצות הברית הסכימו, שהמטרה הסופית של הענישה היא תועלתנית, כלומר מניעת פשיעה."** והשווה לאמור אצל **שוהם**, 86: **"אין ספק שההרתעה הינה מטרה תועלתית."** כמוסבר, מניעת פשיעה איננה בהכרח אידאל תועלתני. טעויות דומות רווחות גם בספרות הזרה, אפילו בקרב פילוסופים האמונים על צידוקי הענישה. למשל: **Robinson**, 454: **"Criminal punishment can be justified on two broad grounds. The first is utilitarian (sometimes called "consequentialist"). Punishment for a past offense is justified by the future benefits it provides."** לדעתי, לתפיסה המוסרנית של רעיון ההרתעה המתוארת כאן (הרתעה כאמצעי למניעת עוולות מוסריות) מתכוונים רוב השופטים והמלומדים הדנים בהרתעה כצידוק לענישה בפלילים. לעומת זאת, במקורות העוסקים בניתוח כלכלי (של המשפט האזרחי בכלל, ושל דוקטרינת התשלום העונשי) משתקפת לרוב תפיסה תועלתנית של רעיון ההרתעה (הרתעה כאמצעי להשאת תועלת). רמז לתמיכה בעמדתי זו יש בדבריו של מלומד אחד, אשר ציין, כי: **"The traditional notion of deterrence in the criminal punishment literature is one of "complete deterrence", of stopping offenders from committing offensive acts… The alternative, more recent notion of deterrence, largely observed in the torts literature, is that of "appropriate or optimal deterrence".** K.N. Hylton, "Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties" (1998) 421, 421. עם זאת, יש לשים לב, שגם בתפיסה מוסרנית אין בהכרח הצדקה להרתעה מוחלטת (מחירה המוסרי של הרתעה כזו עלול לעיתים לעלות על הרווח המוסרי הצפוי להיות מופק ממנה).

[105] הכינוי **Exemplary Damages** (תשלומים "לדוגמה", או "למופת") מדגיש, לצד ההיבט החינוכי של הדוקטרינה, את ההיבט ההרתעתי שלה - בבחינת 'למען יראו וייראו'. הצורך בהרתעה זכה להכרה כבר בשנת 1763 בפסק הדין Wilkes, שבו נאמר, כי מטרת התשלום העונשי היא, בין היתר: **"to deter from any such proceeding for the future" Wilkes**, 498-9, שבו הנתבע נמצא אשם ב"פיתוי" (seduction) ביתו של התובע. בית המשפט הבהיר, שחומרת המעשה מצדיקה עונש כספי מרתיע בשיעור העולה על שיעור הנזק: **"Actions of this sort are brought for example's sake; and although the plaintiff's loss in this case may not really amount to the value of twenty shillings, yet the jury have done right in giving liberal damages. If much greater damages had been given, we should not have been dissatisfied therewith; the plaintiff having received this insult in his own house." Tullidge v. Wade** 95 Eng. Rep. [1769] 909, 909. בפסק דין מראשית המאה ה-19 (1814) אושר תשלום בסך 500 ליס"ט שהוטל על נתבע שבהיותו בגילופין פלש לאדמתו של התובע וירה באויר מספר מטחים מרובהו, לאחר שזה סרב לשתפו בארוע ציד שקיים שם. בית המשפט הבהיר, כי הסנקציה הכספית הגבוהה והלבר-מפצה מתחייבת משיקולי הרתעה: **"I wish to know, in a case where a man disregards every principle which actuates the conduct of gentlemen, what is to restrain him except large**

לדוקטרינה נעשית במקורות בדרך כלל באופן לקוני ופשטני, תוך הסתמכות על שתי הנחות יסוד, הנתפסות כמובנות מאליהן: **<u>האחת</u>** - התנהגות מחפירה היא מעצם טיבה התנהגות בלתי רצוייה, ולכן הרתעת מעוולים פוטנציאליים מפני ביצוען של התנהגויות מחפירות היא מטרה ראוייה. **<u>השנייה</u>** - הטלת סנקציה כספית לבר-מפצה כדוגמת התשלום העונשי הינה נחוצה לשם הגשמת מטרה זו.[106]

אלא שבמונחי הרתעה, אף אחת מהנחות יסוד אלה איננה מובנת מאליה. **ראשית**, בתפיסה תועלתנית אין זה מובן מאליו, שמניעת התרחשותן של התנהגויות מחפירות היא תמיד רצוייה.[107] העדר כל דיון במקורות הקלסיים העוסקים בדוקטרינה באפשרות שהתנהגות מחפירה תהא חיובית ולכן מוצדקת בראייה תועלתנית מלמד לדעתי על תפיסה מוסרנית של רציונל ההרתעה.[108] **שנית**, גם בהנחה שמניעת התנהגויות מחפירות היא לעולם בגדר תכלית רצוייה, נשאלת השאלה מדוע ואימתי קיים צורך בפסיקת תשלום עונשי לשם הגשמתה של תכלית זו. להלן אבחן תשובות אפשריות לשתי שאלות אלה במונחי הרתעה - מוסרנית ותועלתנית גם יחד.

<u>II. מדוע ראוי להרתיע מפני התנהגות מחפירה?</u>

<u>א. הצורך בהרתעת התנהגות מחפירה - הסבר מוסרני</u>

7.24 בדוני לעיל בעקרון הגמול עמדתי על כך שהתנהגויות מחפירות מעצם טיבן והגדרתן מתאפיינות בדרגה גבוהה של אנטי-מוסריות בשל פגיעתן הקשה בערכי מוסר יסודיים כגון חירות (במובן הרחב), כבוד ושוויון.[109] מובן אפוא מאליו, שבמסגרת התפיסה המוסרנית של רציונל ההרתעה קיים צורך ברור למנוע התנהגויות מחפירות, שהרי אלה מביאות לעולם מידה ניכרת של אי-מוסריות ואי-צדק. כמובהר להלן, מסקנה זו ניתן להצדיק הן במסגרת תיאוריות אינדיבידואליסטיות-ליברליות, והן תיאוריות קהילתניות.

1. תיאוריות ליברליות-אינדיבידואליסטיות

רציונל ההרתעה אומץ במאה ה-19 גם בפסיקה **damages?" Merest v. Harvey** [1814] 128 Eng. Rep. 761, 761. האמריקאית: **"..smart money** [punitive damages] **allowed by a jury, and fines imposed at the suit of the people, depend on the same principle. Both are penal, and intended to deter others from the commission of the like crime." Cook v. Ellis**, 6 Hill 466, 467 (S.C. of Judicature, N.Y. 1844) ובפסק דין אחר מאותה תקופה נאמר: **"..are not jurors daily charged to give such damages as shall not only remunerate the plaintiff, but operate as a punishment to the defendant - as shall deter him and others in like case offending, from the perpetration of similar enormities?" Burr v. Burr** 7 Hill 207, 217 (1843, Court for the Correction of Errors, N.Y.). לאסמכתות נוספות מהפסיקה האמריקאית המודרנית יותר ר' למשל: **Owen**, n. 12 לדיון אקדמי ברציונל ההרתעה **Owen,** 1282-7 ; **Note**, 522; **Ellis**, 8-9; **Morris**, 1183-8; **Mather**, 119-21; **Ghiardi**, s. 2.06; 2.07, 2.09; **Chapman**, 805-25; ר': **Kuklin**, 12-23. המקורות העוסקים בניתוח כלכלי של רציונל ההרתעה יידונו בנפרד בחלקו הרביעי של פרק זה.

106 התחושה כי סנקציות לבר-מפצות אינן מספיקות כדי להשיג הרתעה נאותה מפני מעשי עוולה מחפירים עולה במשתמע ממרבית הציטוטים המרוכזים בהערה הקודמת. מעניין לציין, שהכרה מפורשת בצורך להטיל סנקציות לבר-מפצות על מעשי עוולה מחפירים כדי להרתיע מפני ביצועם מצאתי כבר בכתבי אפלטון, אשר בדונו במעשי עוולה רצוניים ציין, כי: **"..our cure for injustice proceeds in... ..making it so that whatever injustice, great or small, someone might commit, the law will teach and compel him in every way either never again to dare voluntarily to do such a thing…; this is <u>in addition to paying compensation</u> for the injury."** ר' גם הציטוט מדברי אפלטון המובא בהערה 449 להלן. אולם יש לשים לב, שהדגש אצל אפלטון איננו על הגמול דווקא, אלא על הצורך למנוע אי-צדק בעתיד. לעניין זה ר' גם דבריו של אפלטון המובאים בהערה 92 להלן. **Plato**, s. 862c-d.

107 הנקודה מוסברת בסע' 7.28 לעיל.

108 רמזים לתמיכה במסקנה זו מצאתי אצל שני מלומדים, אשר ציינו, כי: **Owen** (2) 111: **"Deterrence** [as a rationale for punitive damages] **looks at theft from <u>a starting point that views the act as wrong</u>, and then considers methods that the group may use to discourage persons from commiting such acts."** See also: **"This deterrence** [referred to by judges in the punitive damages context] **is <u>not efficiency related</u>; it is punishment oriented."** T.C. Galligan, "Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages" 51 **Louisiana L.R.** (1990) 3, 33. כאמור, נראה שגישה מוסרנית להרתעה רווחת גם במקורות המסורתיים העוסקים במשפט הפלילי.

109 סע' 7.10 לעיל.

nevo.co.il

7.25 הליברליזם והאינדיבידואליזם רואים בשאיפה למיקסום חירותו של היחיד ערך עליון בפני עצמו.[110] אי-צדק בתיאוריות אלה הוא אפוא בראש ובראשונה פעולה הפוגעת בחירות הפרט. על מנת להצדיק הרתעה של התנהגויות מחפירות במונחים ליברטניים, יש להצביע על הפגיעה הישירה והעקיפה בחירויות הפרטים הנגרמות על ידיהן. כמוסבר לעיל, התנהגות מחפירה, מעבר לפגיעתה בחירותו של היחיד הנפגע ממנה, מבטאת התרסה כלפי משטר הזכויות החברתי, ומעידה מעצם טיבה על זלזול מופגן כלפי ערכים ליברליים מקודשים כמו שוויון, כבוד וחירות.[111] אולם מדוע יש צורך להטיל עונשים מרתיעים על התנהגויות מחפירות? מדוע לא ניתן לבטל את פגיעתן הרעה על ידי חיוב המפרים לתקן בדיעבד את פגעי ההפרה באמצעות תשלום פיצויים?

מענה לקושיה זו מצאתי בתיאוריה הליברטריאנית שמציג Nozick בספרו הידוע **Anarchy, State and Utopia**.[112] לדברי Nozick, הצידוק העיקרי לכוח הכפייה העונשי-הרתעתי של המדינה טמון בהכרח להגן על יחידים מפני פגיעות בחירות ("border-crossings") שאת פגיעתן הרעה לא ניתן לתקן בדיעבד באופן מלא. לדעת Nozick אלה הן בעיקר פגיעות מכוונות בכבוד ובגוף, שכן פגיעות כאלה יוצרות בציבור תחושות חזקות של חרדה וחוסר ביטחון. תחושות אלה פוגעות בתחושת החירות של אנשים רבים, אך לא ניתן לפצות עליהן באופן מלא בדיעבד, בין משום שקשה לייחסן סיבתית למפר ספציפי, ובין משום שנזקן כה גדול, עד כי אין לשער שמפרים רבים יוכלו לעמוד בנטל לתקנו. במילים אחרות, מאחר שסוגים מסויימים של הפרת זכויות יוצרים נזקי חירות שאינם בני פיצוי באופן מלא, הרי שבמונחים ליברליים קיימת הצדקה מוסרית למנוע מראש את התרחשותן, באמצעות קביעת איסורים והטלת עונשים מרתיעים.[113] לדעת Nozick הבחנה זו בין סוגי הפרות מסבירה את ההבחנה הבסיסי בין עוולות פרטיות לעוולות ציבוריות: פגיעות בחירות שניתן לפצות עליהן באופן מלא ראוי להתיר בכפוף להבטחת פיצוי מלא, ואילו הפרות היוצרות "נזקי חרדה" שאינם ניתנים לפיצוי יש למגר באמצעות ענישה מרתיעה שתופעל על ידי רשויות המדינה.[114]

לדעתי, התזה הליברטנית של Nozick מציגה הצדקה ברורה להטלת סנקציות עונשיות לבר-מפצות על כל התנהגות מחפירה כהגדרתה בחיבור זה. כמוסבר לעיל, כל התנהגות מחפירה מעצם טיבה בפגיעה חמורה בזכויות הזולת, ומשקפת התנכרות של המפר למשטר הזכויות החברתי. התנהגות כזו צפוייה לעורר רגשות זעם, כעס, חרדה

---

110 לסקירות קצרות של עיקרי התיאוריה הליברלית ותולדותיה ר' למשל: J. Gray, **Liberalism** (Minneapolis, 2nd ed., 1995); I. Collins, **Liberalism in Nineteenth-Century Europe** (London, 1957, rep. 1971). לפילוסופיה האינדיווידואליסטית, מאפייניה, התפתחותה והוגים מרכזיים ר' למשל: R. Gross, P. Osterman, **Individualism: Man in Modern Society** (N.Y., 1972); L. Infantino, **Individualism in Modern Thought: From Adam Smith to Hayek** (London, 1998); S. Luck, **Individualism** (Oxford, 1973).

111 להסברת הנקודה ר' סע' 7.10(32,33) לעיל.

112 R. Nozick, **Anarchy, State and Utopia** (N.Y., 1974) esp at p. 65-68.

113 **Nozick**, 65-6: "**If some injuries are not compensable, they would not fall under a policy of being allowed so long as compensation is paid… Leaving that difficulty aside, even some acts that can be compensated for, some arouse fear. … Some things we would fear, even knowing we shall be compensated fully for their happening or being done to us. To avoid such general apprehension and fear, these acts are prohibited and made punishable.**" כשלעצמי, אני מסופק אם נכון הדבר שאנשים היודעים בוודאות כי יפוצו באופן מלא עשויים לחוש פחד וחרדה משמעותיים. לדעתי, עצם קיומן של תחושות אלה מעיד על חשש מפני אי פיצוי מלא (בין בשל אופיו של הנזק, ובין בשל בעיות הקשורות לאכיפת הזכות לפיצויים).

114 "**Public wrongs are those people are fearful of, even though they know they will be compensated fully if and when the wrongs occur. …Therefore there is a legitimate public interest in eliminating these border-crossing acts.**" **Nozick**, 67. נראה ש-Nozick מניח, כי הטלת חובה על מפרים לפצות נפגעים אינה מלמדת על איסור (prohibition) להפר את זכויות הזולת, אלא מלמדת על היתר להפר בתמורה לפיצוי מלא. מכאן הוא מסיק, כי רק סנקציות לבר-מפצות הן סנקציות המלמדות על קיומו של איסור שהופר, ולפיכך רק הן סנקציות עונשיות. כפי שיוסבר בפרק ח', לדעתי הנחה זו איננה נכונה כלל. לאמיתו של דבר גם הסנקציות המסורתיות של המשפט האזרחי עונות להגדרות הענישה המקובלות, שכן הן מוטלות במודע על ידי רשות מוסמכת בתגובה להפרת חובה משפטית. ר' במיוחד סע' 8.05 להלן.

nevo.co.il

וחוסר ביטחון לא רק אצל מי שנפגע ממנה באופן ישיר, אלא בקרב כל אדם סביר ששמע המעשה מגיע לאוזניו. **התנהגויות מחפירות צפויות אפוא מעצם טיבן ליצור תחושה כללית של חוסר ביטחון וחרדה בציבור הרחב, וזאת ללא קשר לאינטרס או למרכיב הרווחה שבו פגע המפר במקרה הקונקרטי.**[115] מכיוון ש**"נזקי חרדה" אלה הם נזקים לא-ממוניים שקשה לפצות עליהם באופן מלא** הרי שקיימת הצדקה, לפי התיאוריה של Nozick, למונעם מראש באמצעות מנגנוני הרתעה מתאימים. התשלום העונשי הוא אחד האמצעים העיקריים שמעמיד המשפט על מנת להשיג יעד זה.[116]

2. תיאוריות קהילתניות-רפובליקניות

7.26 בניגוד לתיאוריות ליברליות, תיאוריות קהילתניות ורפובליקניות אינן רואות באדם יצור אטומיסטי אלא יצור חברתי הממלא את ייעודו ומממש עצמו רק במסגרת קהילה. מכאן נגזרת גם התפיסה, הרואה בשימור המבנה החברתי והערכים החברתיים ערך חשוב לא פחות - ואף יותר - מאשר קידום האינטרס העצמי של היחיד.[117]

כפי שראינו, הזלזול המופגן בזכויות שמקרינה כל התנהגות מחפירה מעצם הגדרתה משפיע באופן שלילי ביותר לא רק על רווחתו וחירותו האישית של הנפגע הישיר ממנה, אלא על שלמותה ולכידותה של כל קהילה מדינית באשר היא.[118] המפר את זכויות הזולת במודע מעמיד עצמו מעל לנפגע ומעל לקהילה, ופוגע ברגל גסה במוסכמה החברתית היסודית המטילה על כל פרט בקהילה את החובה לכבד גם את חירותו של הזולת. התנהגויות מחפירות מהוות אפוא, מן הזוית הקהילתנית, התנהגות אנטי-חברתית מובהקת, אשר ראוי למגרה ולעוקרה משורש.[119]

ב. <u>הצורך בהרתעת התנהגות מחפירה - הסבר תועלתני</u>

---

[115] על המשמעות ההרסנית של גרימת נזק מודעת לזולת עמד Epstein: **"..deliberate harm undermines the sense of security in other persons, on which social organization so clearly rests."** R.A. Epstein, "The Harm Principle and How It Grew" 45 **U. Toronto L.J.** (1995) 369. אמנם, כאשר מרכיב הרווחה הספציפי הוא בעל חשיבות מיוחדת כגון שלמות הגוף, להפרה עשויה להיוודע חומרה מיוחדת והיא עשויה להצדיק החמרה של התגובה העונשית. אך תגובה כזו תהיה מוצדקת גם כאשר מרכיב הרווחה הוא פחות בערכו, כגון פגיעה באינטרס לא-ממוני טהור, או פגיעה באינטרס רכושי שאינה ניתנת לפיצוי מלא (למשל, בשל היותה גוררת פגיעה באינטרסים לא-ממוניים). ואמנם, Nozick מציין זאת במפורש: **"..one should not leap to the conclusion that.. ..only physical injury or pain is viewed with apprehension. …people may fear being humiliated, shamed, disgraced, embarrassed, and so on."** **Nozick**, 70. יתרה מכך, בשל בעיות של תת-אכיפה ותת-פיצוי, גם גרימת נזק כלכלי טהור עלולה ליצור חרדה, בדומה לגרימת נזק לא-ממוני. לעניין זה ר' סע' 12.19(72).

[116] אמצעי מובהק אחר הוא כמובן המשפט הפלילי, על הסנקציות החמורות והמרתיעות המאפיינות אותו. אולם כמוסבר בפרק הבא, למשפט הפלילי מגבלות רבות ההופכות אותו במצבים רבים לכלי מוגבל ונחות בהשוואה לתשלום העונשי. יתרה מכך, תחולתו של המשפט הפלילי מוגבלת ואין הוא מעניק הגנה רחבה מפני פגיעות מכוונות באינטרסים כלכליים ונפשיים.

[117] להצגה בסיסית של האידאולוגיה הקהילתנית ולביקורות המרכזיות עליה ר' למשל: D. Bell, **Communitarianism and Its Critics** (Oxford, 1993). לסקירה תמציתית של הביקורות על הליברליזם מפרספקטיבה קהילתנית ר' למשל: A. Gutmann, "Communitarian Critics of Liberalism" in **Communitarianism and Individualism** (Oxford, 1992, Avineri & De-Shalit Eds.). ספרים העוסקים באופן מקיף ביחס בין האידאולוגיה הקהילתנית לבין האידאולוגיה הליברלית-אינדיווידואליסטית הם למשל: H.C. Triandis, **Individualism and Collectivism** (Boulder, 1995); W. Kymlicka, **Liberalism, community, and culture** (Oxford, 1989); R.L. Ketchman, **Individualism and Public Life: A Modern Dillema** (N.Y, 1987). הגבול בין "רפובליקניזם" לבין "קהילתנות" (communitarianism) איננו חד, כשם שהגבול בין ליברליזם לאינדיבידואליזם אף הוא אינו תמיד ברור. בהכללה ניתן לומר, שהקהילתן ייטה ביתר קלות לאפשר פגיעה בחופש הפרט לקידום מטרות הנתפסות ראויות בעיני הקהילה, בעוד שהרפובליקן ידגיש יותר את היות הקהילה אמצעי למיקסום רווחתם של היחידים החיים בה: **"The** [republican] **theory to be espoused here is… ..akin to the liberal theory, except that the interest maximized is that of welfare of individuals within a society. This contrasts with some liberal political theorists who conceive of the individual as a disconnected entity."** D.F. Parlett, "Punitive Damages: Legal Hot Zones" 56 **Louisiana L.R.** (1996) 781, 806. במובן זה הרפובליקניזם מציג גירסה מרוככת של קהילתנות, הקרובה יותר לליברליזם. לדיון בגירסות מודרניות של הרפובליקניזם בארה"ב ובאתגרים הניצבים בפני תורה פוליטית זו בעידן המודרני ר': R.H. Fallon, "What is Republicanism, and Is It Worth Reviving?" 102 **Harv. L.R.** (1989) 1695

[118] לעניין זה ר' גם סע' 7.10 לעיל.

[119] ניסיון להצדיק את דוקטרינת התשלום העונשי מזוית קהילתנית נעשה במאמרה של **Harris**, בעמ' 1099-1114. להצדקת הדוקטרינה במונחים של אידאולוגיה רפובליקנית ר' מאמרו של **Parlett**, המלומד מתבסס במידה רבה על התיאוריה הרפובליקנית של המשפט הפלילי המוצגת בספרם של: P. Petit, J. Braithwaite, **Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice** (Oxford, 1990).

nevo.co.il

7.27 הניתן להצדיק הטלת עונשים מרתיעים שתכליתם למנוע התנהגויות מחפירות גם משיקולי תועלת? כאמור, במקורות המסורתיים העוסקים בדוקטרינה וברציונל ההרתעה הדיון בשאלה זו הוא דל למדי.[120] לדעתי, בשל רמת ההפשטה הגבוהה שבה מנוסח העיקרון התועלתני, ניתן להציע שתי תשובות מנוגדות לשאלה זו.

1. התשובה השלילית

7.28 המבחנים המקובלים שאומצו בפסיקה לתיאור ההתנהגות שהיא מושאו של התשלום העונשי מעוררים קונוטציה אנטי-מוסרית חזקה.[121] ביטויים אלה יוצרים תחושה, שהתנהגות מחפירה אינה אלא מונח נרדף להתנהגות המתאפיינת בדרגה גבוהה ביותר של חוסר מוסריות במובן הדאונטולוגי של המונח "מוסר". אם אכן זוהי הפרשנות הנכונה של המבחן לתחולת הדוקטרינה, הרי שמבחן זה איננו מבחן תועלתני.[122] אם אכן כך הדבר, הרי שאין בהכרח מיתאם בין "מחפירות" לבין תועלת חברתית, ומכאן שקיומה של הצדקה תועלתנית להרתעת התנהגויות מחפירות מוטל בספק רב, גם אם במונחים של מוסר (דאונטולוגי) הדבר עשוי להיראות מוצדק. כך, למשל, גרימת נזק בזדון תוך הפרת זכות משפטית של נפגע פלוני עשויה להיות מוצדקת מבחינה תועלתנית, כל עוד התועלת הצומחת ממנה למפר גדולה יותר. העובדה שמאן דהוא רואה בהפרה זדונית שכזו מעשה מגונה או "מחפיר" מבחינה מוסרית איננה ממין העניין, וודאי שאין בה כדי לספק הצדקה לפעולה הרתעתית עונשית כנגד מפרים מחפירים. ואמנם, כמובהר בהמשך החיבור, כותבים רבים העוסקים בניתוח תועלתני-כלכלי של הדוקטרינה מתקשים למצוא לה הצדקה כלכלית מניחה את הדעת.[123]

2. התשובה החיובית

7.29 הניתן להצדיק את השאיפה להרתיע התנהגויות מחפירות בנימוק תועלתני? טעון, שקיימת הצדקה תועלתנית למנוע התרחשותן של התנהגויות מחפירות. בשורות הבאות ברצוני לנסות לבסס הצדקה כזו, תוך היעזרות בהבחנה בין תועלתנות פעולות (act utilitarianism) לבין תועלתנות כללים (rule utilitarianism).[124] האוחזים בתועלתנות פעולות סבורים שלא ניתן להעריך מראש אם ציות לכלל התנהגות נתון הוא רצוי, מבלי לבחון את תוצאות הציות במקרה הקונקרטי. לפיכך, לשיטתם, לא ניתן להצדיק ציות מוחלט לשום כלל התנהגות או נורמה משפטית. תועלתני הכללים, לעומת זאת, מאמינים שכלל המטיל חובות וקובע זכויות עשוי להיות מוצדק בראייה תועלתנית ארוכת

---

120 שונה המצב במקורות המודרניים העוסקים בניתוח הכלכלי של הדוקטרינה, לו מוקדש חלקו הרביעי של פרק זה.

121 ר' סע' 1.05(25) וכן סע' 7.03 לעיל.

122 למסקנה הפוכה ניתן כמובן להגיע על ידי אימוץ פרשנות "תועלתנית" למונח "התנהגות מחפירה", שלפיה הדיבור "מחפיר" פירושו רע מבחינת המוסר התועלתני. פירוש כזה הופך, בהגדרה, כל התנהגות מחפירה לבלתי יעילה, ומספק הצדקה עקרונית להרתעת התנהגויות מחפירות (לפחות כל עוד עלות המנגנון ההרתעתי אינה עולה על העלות החברתית שבהתנהגות המחפירה). אלא שפרשנות כזו נראית לי מאולצת מבחינה לשונית, לאור טיבם המוסרני הברור של התיאורים שבהם נוקטת הפסיקה לתיאור המבחן לתחולת הדוקטרינה. רמז להסתכלות "תועלתנית" על ההתנהגות המחפירה שהיא מושאה של הדוקטרינה עולה במשתמע מדבריו של Owen, הסבור, שהתנהגות כזו סותרת את המוסר מאחר שהיא מהווה בזבוז בראייה חברתית: **"The defendant's** [free] **choise… ..is in this respect a decision to "steal" some limited resources from the group. Such actions are plainly in opposition to the fundamental ethic of the group fairly to protect its resources from waste." Owen** (2) 110. דא עקא, שהמלומד אינו מבהיר מדוע "גזילה" מהזולת מביאה בהכרח לבזבוז בראייה חברתית כוללת, וייתכן שהלך המחשבה המנחה אותו הוא עדיין דאונטולוגי (למשל: "גזילה" אינה מוסרית כי היא מנוגדת להסכמה שנטל על עצמו הפרט, ולאו דווקא משום שהיא פוגעת בתועלת הכללית).

123 תופעה זו ניכרת במיוחד בניתוח הכלכלי המתייחס לתחום החוזי, שם ההתנגדות לדוקטרינה מבוססת במידה רבה על תורת "ההפרה היעילה". בתחום הנזיקין, לעומת זאת, לא רבים הם המצדדים במפורש בתורה של "עוולה יעילה". לביקורת על פער רטורי זה המאפיין את הספרות הכלכלית ר' סע' 10.20 להלן. אולם כפי שיובהר בחלקו הבא של הפרק, גם הניתוח הכלכלי המסורתי של הדוקטרינה בתחום הנזיקין אינו מספק לה הצדקה תועלתנית מניחה את הדעת.

124 לדיון טוב בהבחנה, בקשייה ובביקורות האפשריות על תועלתנות כללים ר': **Strauss**, 1563-7 לדיון בתועלתנות פעולות וצידוד בה ר': J.J.C. Smart, "Extreme and Restricted Utilitarianism" 6 **Phil. Q.** (1956) 344 ההכרה בתועלתנות כללים היא אחת הדרכים ליישב את הסתירה הלכאורית שמעוררים כתביו הפילוסופיים של ג'ון סטיוארט מיל, אשר מחד גיסא הצהיר על עצמו כתועלתן מובהק, אך מאידך גיסא, בספרו "על החירות" קבע איסור מוחלט על הפעלת כוח הכפייה של המדינה בהעדר נזק, הנראה לכאורה כאיסור ליברלי דאונטולוגי. לניסיון כזה ליישב את הסתירה ר': J.O. Urmson, "The Interpretation of the Moral Philosophy of J.S. Mill" 3 **Phil. Q.** (1953) 33. לביקורת על ניסיון זה ר': C.L. Ten, **Mill On Liberty** (Oxford, 1980) 33-37.

טווח, גם אם במקרים קונקרטיים כיבודו עלול להצמיח תוצאות בלתי מועילות בטווח הקצר.[125] הטעם לכך הוא, שפעולה שלא לפי כללים (אלא לפי העיקרון התועלתני בלבד) צפוייה ליצור בקרב האזרחים תחושה קשה של חוסר וודאות באשר לתגובת השלטון למעשיהם, ואף לעורר אצלם ספק בעצם נכונותה של הפעולה (במונחי תועלת). במצב זה של העדר זכויות וכללים צפוייה להשתרר בקרב בני הקהילה תחושות של אי-וודאות וחוסר ביטחון, שעה שביטחון ויציבות הינם מרכיבים חיוניים בהתפתחותם התקינה של הפרט והקהילה בטווח הארוך.[126] אכן, עצם הכרת היחיד בכך שהחברה נכונה להגן באורח קבוע ובאמצעים ממשיים על אינטרסים חיוניים שלו - חייו, בריאותו, קניניו או כבודו - ולהעניש את מי שפוגע בהם שלא כדין, מקנה ליחיד החי בחברה תחושת ביטחון מינימאלית.[127] תחושת ביטחון זו מאפשרת לפרט ליתן אמון בזולת, לפתח רגש סולידריות כלפי הקהילה, ולפתח קשרי חברה ומסחר שסופם להועיל לחברה כולה. לעומת זאת, בהעדרה של מערכת כללים המגדירה זכויות ועונשים על הפרתם, צפוי כל יחיד לבזבז משאבים ניכרים בשמירה ובהגנה על נכסיו ואינטרסיו מפני פגיעתם הרעה של האחרים, כל זאת על חשבון פעילות יצרנית המגדילה את רווחתו ורווחת זולתו.

טיעונים כלליים אלה, שבכוחם לספק הצדקה תועלתנית כללית ליצירת חוקים ולענישת מפרי חוק, יפים מכוח קל וחומר ביחס להפרות מחפירות של החוק, שהן המושא לפסיקת תשלום עונשי. כמוסבר לעיל, ההפרה המחפירה היא התנהגות אופורטוניסטית המשקפת זלזול בזולת ובסדר החברתי כולו.[128] זלזול זה אינו מאפיין הפרות חוק הנעשות בהיסח הדעת, ברשלנות או בתום לב מתוך טעות בדין. דפוס פעולה כזה מעורר בקרב הציבור תחושות קשות של חוסר ביטחון ושל חרדה, העולות בדרך כלל בעוצמתן במידה ניכרת על החרדות שיוצר דפוס פעולה רשלני.[129] "נזקי חרדה" אלה, מעבר להיותם גורמים עוול מוסרי,[130] פוגעים באופן חמור ברווחה החברתית המצרפית, שכן הם מערערים באורח משמעותי את בטחונו של האזרח במשטר הכללים והזכויות.[131] מכאן, שהטלת עונשים מרתיעים על

---

125 ההצגה המקיפה הראשונה של טיעון זה היתה ככל הנראה של Rawls: J. Rawls, "Two Concepts of Rules" 64 **PhiL.R.** (1955) 3. במאמר זה טען רולס, שתועלתנות כללים מאפשרת להצדיק החלטות מוסריות, הנראות במבט ראשון בלתי מוצדקות בראייה תועלתנית. באופן זה ניסה רולס לחלץ את התועלתנות מפני חלק מהביקורות הגמולניות עליה.

126 **Owen** (3) 715: **"…rules generally tend toward welfare maximization in the long run because of the security rights-based rules promote."** רולס מדגים טענה זו על מוסד הענישה. לדבריו ויתור על עקרונות היסוד של המשפט הפלילי (הנתפסים כמוסריים במונחים דאונטולוגיים) לטובת מתן שיקול דעת לפקידי הציבור להטיל סנקציות שליליות כאוות נפשם ללא כפיפות לעקרונות מוסריים ידועים מראש צפוייה לשנות לחלוטין את היחס של הציבור למוסד הענישה, לפגוע באמונו, ולהפוך את מוסד הענישה בטווח הרחוק לבלתי יעיל בראייה תועלתנית. מכאן, שהקפדה על עקרונות וכללים מוסריים ניתנת להסבר ולהצדקה במושגי תועלת. **Rawls** (2) 9-12. רולס מדגים את הטענה גם על המוסד של קיום הבטחות. Id., 13-18. לדעתי, עוצמת הביטחון שהכללים מקנים ליחיד תלויה לא רק בעצם קיומם (וכמובן במידה שבה הם נאכפים בפועל) אלא גם בתוכן הזכויות שהכללים מגדירים. ככל שהכללים מגינים בצורה טובה על אינטרסים חיוניים של היחיד, קיומם תורם לביטחון. לעומת זאת, כללים השוללים מהפרט אינטרסים חיוניים שלו או מגבילים את חירותו באופן ניכר (למשל, חוקי ריבון עריץ במדינה טוטליטרית) אינם מקנים לפרט בהכרח תחושת ביטחון רבה, ולעיתים אף פוגעים קשות בביטחון שהוא חש.

127 **"Punishment may make the victim and society more secure by providing them with a sense of confidence that future wrongdoers similarly will be held to account." Owen** (3) 713.

128 ר' סע' 7.10 לעיל.

129 ניתן להמחיש את הבדל חשוב זה באמצעות דוגמה. הידיעה על קיומם של נהגים המפרים ברשלנות את חוקי התנועה, והמסכנים אגב כך חיי אדם, איננה יוצרת חרדה או חוסר ביטחון מיוחדים, ולכן בדרך כלל איננה מונעת אנשים מלעשות שימוש בכבישים. מכאן, שלמרות שהנזק הפרטי שיכול להיגרם עקב נהיגה רשלנית הוא כבד ביותר, הנזק החברתי העקיף של נהיגה רשלנית הוא קטן יחסית. לעומת זאת, הידיעה על רוצח או שודד אכזרי אחד המסתובב בחוצות העיר ומחפש קורבנות מתאימים, צפוייה להשפיע באופן חמור בהרבה על דפוסי ההתנהגות של הציבור ועל רווחתו הנפשית, למרות שמבחינה אובייקטיבית ההסתברות להיפגע פגיעה פיזית חמורה מנהיגה רשלנית גבוהה בהרבה מההסתברות לפגוש ברוצח או בשודד.

130 להצדקה המוסרנית להרתעה ר' סע' 7.24-7.26.

131 יתרה מכך, העדר תגובה עונשית אפקטיבית כלפי פרטים הפועלים הנוהגים באופן אופורטוניסטי ומזלזל כלפי משאביהם של אחרים צפוי להביא לכך שרבים אחרים יבחרו לאמץ לעצמם דפוס התנהגות דומה, וכך יחריפו עוד יותר את חוסר היעילות לו גורמות התנהגויות מחפירות (או לכל היותר יבחרו להימנע מפעילויות יצרניות ומועילות, בשל העכבה המוסרית לנהוג באופן כזה). קו מחשבה כזה בפסק הדין בפרשת ***State*** המשפט העליון הפדרלי מדברי באי כוח התובעים, שלפיהם: **"..such wrongfully obtained competitive advantages have the** בהתייחס לטקטיקות מסחריות פסולות שבהן נקטה חברת ביטוח הרכב הגדולה בארה"ב הביא בית

פרטים המפרים באופן מחפיר את זכויות הזולת ניתנת להצדקה לא רק בתפיסה מוסרנית, אלא גם בתפיסה תועלתנית. זאת, כמוסבר, **לא משום שכל התנהגות מחפירה היא בהכרח בלתי יעילה כשלעצמה, אלא משום הנזק החברתי הכבד וארוך הטווח העלול להיגרם בהעדר איסור כללי על פגיעות מחפירות בזכויות הזולת**.[132]

III. מדוע ואימתי נדרשת סנקציה לבר-מפצה לשם הרתעת התנהגויות מחפירות?

א. הצגת הבעייה

7.30 ההנחה הסמוייה השנייה העולה מהפסיקה היא, כי מאחר שהתנהגות מחפירה ראוי למנוע ולהרתיע, הרי שמוצדק גם להטיל בגינה סנקציה כספית לבר-מפצה. הקושי בהנחה זו נעוץ בהתעלמות מכוחן המרתיע של סנקציות משפטיות מתקנות (רסטיטוטיביות) בכלל, ושל סנקציית הפיצויים בפרט. מדוע אין די בחיוב הפיצויים המוטל ממילא על כל נתבע שהפר את זכויות זולתו, כדי להרתיע מפרים בכוח גם מהפרות מחפירות של זכויות הזולת?[133]

ב. ההסבר המסורתי

7.31 בראשית המאה ה-20, בד בבד עם ההכרה הגוברת באפקט ההרתעתי של תרופת הפיצויים, החלו הספרות ובעקבותיה הפסיקה לחפש תשובות לשאלה דנן.[134] ההסבר המסורתי הקלסי שהוצע הוא פשוט: כאשר הרווח שמצפה המעוול להפיק מהפרת זכותו של הנפגע עולה בשיעורו על שיעור הנזק שלהערכתו ייגרם לנפגע, אין בחובה לשלם פיצויים כדי להרתיע את המעוול מהפרה מודעת של זכות הנפגע. הטעם לכך הוא פשוט: במקרה כזה צפוי המפר לצאת נשכר, אפילו יחוייב בתשלום פיצויים מלאים לנפגע. במצבים אלה רק הידיעה, כי בשל התנהגותו צפוי המפר להיות מחוייב בסנקציה כספית לבר-מפצה עשויה להרתיעו מכך.[135]

---

potential to pressure other companies to adopt similar fraudulent tactics, or to force them out of business. Thus, such actions cause distortions throughout the insurance market and ultimately hurt all consumers." ***State***, 14.

[132] תובנה זו בדבר הנזק ארוך הטווח שגורמות התנהגויות מחפירות משמשת נדבך מרכזי בניתוח הכלכלי של הדוקטרינה המוצע על ידינו בחלק הרביעי, ניתוח שמעצם טיבו מבוסס על תפיסה תועלתנית.

[133] על התעלמות זו של פסקי הדין המסורתיים מהאפקט ההרתעתי של תרופת הפיצויים הרגילה עמד Schwartz: **"..those opinions** [mentioning the deterrent affect of punitive damages as their justification] **are renderd almost useless by their obliviousness to the basic point that ordinary civil damages - in the course of providing compensation - concurrently function to deter."** G.T. Schwartz, "Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: A Comment" 56 **S. Cal. L.R.** (1986) 133, 137. ודוקו: פסיקת תשלום עונשי במצבים שבהם די בחיוב הפיצויים כדי להרתיע מעוררת קושי במסגרת כל אחת משתי הגישות לרציונל ההרתעה: במסגרת הגישה המוסרנית הטלת הסנקציה העונשית הנוספת במצב זה היא מיותרת שכן אין היא משרתת את הצורך במניעת מעשי עוול (יתרה מכך: מכיוון שהיא מיותרת, היא מהווה בעצמה עוול מוסרי). גם במסגרת גישה תועלתנית פסיקת תשלום עונשי במצבים אלה היא מיותרת ואף מזיקה, שכן היא משקפת בזבוז של משאבים (המשאבים הכרוכים בענישה), ועלולה אף לגרום להרתעת-יתר.

[134] את ההכרה המאוחרת יחסית באפקט העונשי המרתיע של הפיצויים ניתן לייחס לעובדה, שבמהלך המאה ה-19 שלטה בכיפה הבחנה עיונית חדה בין תפקידי המשפט הפלילי לבין תפקידי המשפט האזרחי. לראשון יוחסו מטרות של ענישה והרתעה, ואילו לאחרון - מטרה בלעדית של פיצוי ותיקון עוולות. לדיון בדיכוטומיה מסורתית זו ובהשלכותיה על היחס העויין כלפי הדוקטרינה ר' סע' 8.02 ואילך. המודעות לאפקט ההרתעתי של תרופת הפיצויים התגברה מאוד בעשורים האחרונים בעקבות הניתוח הכלכלי של המשפט, הרואה בהרתעה מטרה עיקרית של תרופת הפיצויים.

[135] בספרות הוצגה תובנה זו לראשונה במאמר פורץ הדרך: C. Morris, "Punitive Damages in Tort Cases" 44 **Harv. L.R.** (1931) 1173, 1185: **"..while "compensatory" damages provide a financial smart for a defendant who has not gained anything by his wrong, they may merely result in the payment of a bargain sale price for an advantage when the defendant has acted to further his own interests." Morris**, 1185; see also: **Note**, 522: **"The need for deterrence is particularly obvious in those torts, such as conversion, which involve wrongful gains to the defendant, since compensatory damages will at most restore the wrongdoer to the status quo ante and may even leave him with a profit."** מעניין להזכיר כאן, שאחת משתי הקטגוריות היחידות המוכרות כיום במשפט האנגלי כעילות לפסיקת תשלום עונשי בדיני הנזיקין חלה במצב זה, שבו: **"..the defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff.. ..it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay."** ***Rooks***, 1226-7. לדיון בהלכת ***Rooks*** ר' סע' 3.02 לעיל. היגיון הרתעתי זה יושם באחת הפרשות היותר מפורסמות בתולדות הדוקטרינה בארה"ב, הלא היא פרשת ***Grimshaw***. באותו מקרה חוייבה החברה הנתבעת בערכאה הראשונה (בערעור הופחת הסכום באופן משמעותי) בתשלום עונשי בסך 125 מליון דולר(!) שהוערך כסכום אותו הרוויחה עקב ההפרה המחפירה (החברה נמנעה מעריכת שינויי בטיחות במיכליהדלק ברכבים שמכרה, תוך סיכון מודע של חיי הלקוחות). ר': **Grimshaw v. Ford Motor Co.** 174 Cal. Rptr. 348 (1981). הצורך להבטיח כי התשלום העונשי יעמיד את המפר בחסרון כיס וכך ירתיע אותו להבא, הוכר על ידי בית המשפט העליון של אלבמה כשיקול לקביעת גובה התשלום העונשי: **"If the wrongful conduct was profitable to the defendant, the punitive damages should remove the profit and should be in excess of**

nevo.co.il

ג. מגבלות ההסבר המסורתי

7.32 לעניות דעתי, ההסבר המסורתי, למרות חשיבותו, מעורר מספר קשיים, המונעים ממנו לשמש כמענה מספק לשאלה קא עסקינן.[136] **ראשית,** ההסבר מבוסס על ההנחה, שלפיה הנתבע הוא הנושא בנטל תשלום הפיצויים לתובע. בעידן המודרני הנחה זו איננה תקפה בכל אותם המצבים שבהם כספי הפיצויים משולמים על ידי חברת ביטוח.[137] במצבים אלה כוחם המרתיע של הפיצויים הנפסקים בתביעות אזרחיות פוחת במידה משמעותית.[138] התשלום העונשי אינו סובל מליקוי זה, ולפיכך עשוי לפעול במישרין לשיפור האפקט ההרתעתי של המשפט האזרחי - זאת כמובן בהנחה שאין מתירים לנתבעים פוטנציאליים לבטח עצמם מפני חיוב בתשלום עונשי.[139] **שנית,** ההסבר המסורתי מניח, שכל הפרה סופה להביא לחיוב המפר בפיצויים על מלוא הנזק החברתי הכרוך בה, בעוד שלמעשה בעיות שונות הופכות הנחה זו לבלתי מציאותית.[140] במילים אחרות: התמריץ להפר את זכויות הזולת במודע - ולכן גם הצורך בפסיקת

---

the profit, so that the defendant recognizes a loss." Green Oil Co. v. Hornsby 539 So. 2d. 218, 223 (Ala. 1989) affirmed in: "**A traditional function of punitive damages is to ensure that the defendant does not treat compensatory damages merely as a license to get its way irrespective of the legal or other rights of the plaintiff.**" ***Whiten***, para. 124. נקל לראות, שרציונל ההרתעה משרת כאן בעת ובעונה אחת גם את הערך העומד בבסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט - מניעת התעשרות שלא כדין. לזיקה הרעיונית וליחסי הגומלין בין מניעת התעשרות לבין התשלום העונשי ר' גם סע' 1.15 לעיל וסע' 7.85 להלן.

136 ראוי לציין, שגם מהסבר קונקרטי זה, כמו ממרבית המקורות המסורתיים המגדירים את ההרתעה כמטרה של הדוקטרינה, עולה ניחוח מוסרני ולא תועלתני (וזאת למרות שההתמקדות במערכת התמריצים הכלכלית הפועלת על המזיק מזכירה, מבחינת המתודה, את הניתוח הכלכלי המודרני). התפיסה המוסרנית עולה בבירור מעצם ההנחה המובלעת בהסבר, שלפיה ראוי למנוע בכל מחיר את הפגיעה המודעת בזכויות הזולת, וללמד את המעוול, ש: "tort does not pay" (ר' הציטוט מפסק הדין ***Rooks***, הנ"ל בהערה הקודמת). הנחה זו איננה מובנת מאליה בתפיסה תועלתנית, והיא מעידה שוב על התפיסה המוסרנית המסתתרת מאחורי ההכרה המסורתית ברציונל ההרתעה כצידוק לדוקטרינה.

137 הסדר הביטוח יכול שיהיה הסדר כללי מנדטורי, כדוגמת ההסדר הקבוע ב**חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975** או בחוקי הביטוח הלאומי, ויכול שיהיה הסדר וולונטרי פרטי, כגון הסדר שבין חברת ביטוח לבין בעל מקצוע, קבלן, יצרן או אדם פרטי.

138 בעיית הביטוח היא בעייה מוכרת בניתוח הכלכלי של המשפט, והיא מערערת במידה רבה את הנחתם של חלק מאיש הגישה הכלכלית כי דיני הנזיקין משיגים הרתעה יעילה. לסקירת הבעייה והניסיונות להתמוד עימה, ר' **גלעד**, 91-487. ר' במיוחד דבריו בעמ' 9-488: "**משנרכש הביטוח, הופכת השקעה במניעת נזק מכוסה לבלתי-כדאית למבוטח, גם אם קיים פער גדול בין שיעור הסיכון לעלות המניעה... תופעה זו של אדישות לסיכון או גרימתו המכוונת, הידועה כ-Moral Hazard, גורמת לאובדן רווחה. המסקנה המתבקשת היא, שהביטוח מנטרל במידה רבה תמריצי-הרתעה שיוצרים דיני הנזיקין.**" יצויין, כי האפקט ההרתעתי של הפיצויים אינו נמחק לחלוטין במצב שבו למזיק יש ביטוח, וזאת בשל מנהגן של מרבית חברות הביטוח להגדיל/להפחית בשיעור מסויים את פרמיות הביטוח למבוטחים שהפעילו/לא הפעילו את הפוליסות שלהם בעבר ("בונוס/מלוס"). אולם שיעור זה רחוק מאוד משיעור הפיצויים הנפסקים, ובדרך כלל איננו תלוי בו, ולפיכך האפקט של הגדלת הפרמיה הוא זניח בהשוואה לאפקט של החיוב בפיצויים בהעדר ביטוח אחריות. לעניין זה ר' גם **גלעד**, 489.

139 השאלה אם ראוי לאסור או להתיר ביטוח אחריות מפני חיוב בתשלום עונשי היא שאלה שנוייה במחלוקת, ודיון מלא בה חורג ממסגרת החיבור. השיקול המרכזי נגד ביטוח הוא שהתרת ביטוח תעשה פלסתר את הדוקטרינה ותכשיל את מטרות הגמול וההרתעה העומדות ביסודה. מאידך גיסא, איסור על ביטוח עלול לפגוע גם באינטרס של הניזוקים, העלולים להתקשות לגבות את המגיע להם מהמזיק. זאת ועוד, איסור כזה עלול להיות בלתי מוצדק במדינות שבהן ניתן לפסוק תשלום עונשי גם בגין התנהגות רשלנית (שכן קשה יותר להצדיק איסור על ביטוח מפני נזק רשלני). ואכן, בארה"ב אין אחידות בין המדינות בנושא זה. כ-15 מדינות מתירות ביטוח, ואילו מרבית המדינות אוסרות עליו, לפחות כאשר התנהגות הנתבע לא היתה רשלנית. עם זאת, בנושא זה הדין עשוי להשתנות בהתאם לתחום המיוחד שבו מדובר, ובהתאם לשאלה אם החיוב הוטל מכוח אחריות אישית או שילוחית (באחריות שילוחית נוטים להכיר בביטוח ביתר קלות). לסקירה פרטנית של הדין הנוהג במדינות השונות בארה"ב ר': **Kircher**, ch. 7; **Ghiardi**, ch. 7, **Redden**(II) ch. 17 בספרות המלומדים נראה ששלטת הדעה שלפיה אין להתיר ביטוח מפני תשלומים עונשיים, ודאי לא באופן גורף. ר' למשל: B.H. Logan, "Liability Insurance Protection from Punitive Damages" in: **Defense Research Institute: The Case Against Punitive Damages** (Milwaukee, Hirsh & Pouros ed., 1969) 23; L.S. Carsey, "The Case against Punitive Damages: An Annotated Argumentative Outline", 11 **Forum** 57 (1975); G.S. Franklin, "Punitive Damages Insurance: Why Some Courts Take the Smart out of "Smart Money" 40 **U. Miami L.R.** (1986) 979; G.L. Priest, "Insurability and Punitive Damages" 40 **Ala. L.R.** (1989) 1009; J.D. Boyle, M.R. O'Malley, "Insurance Coverage For Punitive Damages and Intentional Conduct in Massachusetts" 25 **New Eng. L.R.** (1991) 827; R.M.J. Bushong, "*State Farm v. Wilson:* A "Common Sense" Insurance Decision from the Arizona Supreme Court" 33 **Arizona L.R.** (1991) 937; T. Baker, "Reconsidering Insurance for Punitive Damages" vol. 1998 **Wis. L.R.** 101; S.L. Grassia, "Insurability of Punitive Damages in Washington: Should Insureds Who Engage in Intentional Misconduct Reap the Benefit of Their "Bargains?" 26 **Seattle Univ. L.R.** (2003) 627. לדעתי זוהי עמדה ראוייה. **ראשית,** הרצון לאפשר למבוטחים להיפרע איננו נראה לי בעל משקל רב ככל שהוא נוגע לסכומים לבר-מפצים (לגבי חיוב הפיצויים הרגיל אין מניעה לבטח גם מזיקים "מחפירים"). **שנית,** גם החשש מפני הכבדה על מזיקים רשלניים ניתן לדעתי לפתרון על ידי הגדרה ברורה יותר של המבחן לתחולת הדוקטרינה, אשר תמנע תוצאה כזו. על מנת למנוע אי-בהירות והתדיינות מיותרת בנושא זה, דומה כי טוב יעשה המחוקק הישראלי אם יעגן עמדה זו בחקיקה מפורשת. ר' סע' 12 להצעת החקיקה.

140 אלה הן בעיקר בעיית ההתחמקות מהדין ובעיית תת-הפיצוי. לדיון בבעיות אלה ר' סע' 7.46, 7.48 להלן.

nevo.co.il

תשלום עונשי לצורכי הרתעה - עשויים להתקיים גם כאשר הרווח שמבקש המעוול להפיק מההפרה קטן משיעור הנזק שהיא גורמת. **שלישית,** אין זה ברור מתוך ההסבר, אם הוא מחייב לפסוק תשלום עונשי רק כאשר בהעדרו יצא המפר נשכר בפועל מעוולתו, או שמא הדבר נדרש בכל מקרה שבו תכנן להפיק ממנה רווח, בין אם ציפייתו נתממשה ובין אם לאו.[141] **רביעית,** ההסבר המסורתי מתמקד בתמריץ הכלכלי הטהור להפרה (רווח מול הפסד במונחים כספיים), אך מתעלם מכך שהתמריץ לפגיעה בזכויות הזולת הוא לעיתים תמריץ לא-ממוני. השיקול ההרתעתי אינו מצדיק הבחנה בין שני סוגי התמריצים, ונראה שבשני המקרים מתחייבת סנקציה לבר-מפצה.[142] **חמישית,** לפחות לפי לשונו, מצדיק ההסבר את הפעלת הדוקטרינה בכל מקרה של הפרה מודעת של זכויות אזרחיות, ואיננו מספק מענה לשאלה מדוע תשלום עונשי ייפסק רק כאשר ההפרה המודעת היא גם מחפירה.[143] בסעיף הבא אנסה להציע תשובה שלמה יותר לשאלה, אימתי ובאיזה שיעור יש הצדקה להטיל סנקציה לבר-מפצה כדי להרתיע מפני התנהגות מחפירה.

ד. המבחן המוצע

7.33 תחת ההנחה שרציונל ההרתעה (מוסרנית או תועלתנית) אכן מצדיק מאמץ למיגורן של התנהגויות מחפירות, נראה ש**פסיקת תשלום עונשי תהא נחוצה ולכן מוצדקת במונחי הרתעה בהתקיים שני תנאים מצטברים**:

1) הסנקציות המשפטיות הקבועות בדין על מעשיו המחפירים של המפר (פרט לתשלום העונשי) אינן צפויות ליצור אצלו (או אצל מפרים פוטנציאליים בנעליו) תמריץ חזק מספיק להימנע ממנה בעתיד.

2) פסיקת תשלום עונשי צפוייה לחזק אצל "המפר המחפיר" (או אצל מפרים פוטנציאליים) את התמריץ להימנע מהתנהגות מחפירה בעתיד.[144]

1. התנאי הראשון: אי דיותן של סנקציות משפטיות אחרות

7.34 התנאי הראשון מתקיים כל אימת שבהעדר תשלום עונשי ניתן להניח שתוחלת הרווח של המפר (או המפר הפוטנציאלי) מההתנהגות המחפירה קטנה מתוחלת הנזק שלו ממנה (העלות הכרוכה בה מבחינתו). **תוחלת הרווח** מתקבלת מהכפלת שיעור הרווח שהמפר צופה להפיק מההפרה, בהסתברות שההפרה אכן תצמיח לו את הרווח המצופה. שיעור הרווח של המפר נקבע בהתאם לסך הכולל של ההנאות - ממוניות ולא-ממוניות, שלשם הפקתן הוא מבצע את ההפרה המחפירה.[145] **תוחלת הנזק** מתקבלת מהכפלת שיעור הנזק שהמפר סבל או צפוי לסבול כתוצאה

---

[141] כעולה מהציטוטים המובאים בהערה 135 לעיל, חלקם מתייחסים למצב שבו הופק רווח בפועל, ואילו חלקם האחר מתייחס למצב שבו היתה כוונה להפיק רווח. אם ברווח מופק מדובר, נראה שההסבר מספק למעשה הצדקה לפסיקת תשלומי השבה, שמטרתם למנוע בדיעבד (ולהרתיע מראש) התעשרות שלא כדין. אם לעומת זאת, ברווח מתוכנן שלא התגשם עסקינן, הרי שהטלת סנקציה לבר-מפצה על המפר עשויה להיות מיותרת במונחי הרתעה. שהרי כאשר הרווח שהופק בפועל קטן מהנזק שגרמה ההפרה די לכאורה בחיוב בפיצויים כדי להעמיד את המפר בחסרון כיס, וכדי ליצור הרתעה מספקת בקרב מפרים פוטנציאליים (זאת, כמובן, רק תחת ההנחה הבעייתית בדבר אכיפה מלאה של הזכות לפיצוי מלא).

[142] עוולה או הפרת חוזה מודעות יכולות להיעשות מתוך רגשות זעם ונקם, כדי לרצות או לשאת חן בעיני אדם שלישי, מתוך רצון להתעמר בנפגע, או מכל סיבה אחרת שנועדה לגרום הנאה רוחנית למפר. במקרים אלה נראה שהעוול המוסרי הכרוך בהפרה חמור יותר (ולכן הצורך בהרתעה רב יותר) שכן המפר חפץ כאן לגרום סבל לנפגע (מה שאין כן בהכרח במקרים של הפרות שתכליתן העיקרית היא עשיית רווח ממון). אכן, ביקורת ברוח זו הוטחה באנגליה ומחוצה לה כלפי הקטגוריה השנייה שנקבע בהלכת **Rooks**, המגבילה את האפשרות לפסוק תשלום עונשי למצבים שבהם הנתבע התכוון להפיק רווח ממוני דווקא. ר' למשל דברי השופט האוסטרלי Taylor בעניין *Uren*: **"I am quite unable to see why the law should look with less favor on wrongs committed with a profit-making motive than upon wrongs commited with the utmost degree of malice or vindictively.."** *Uren*, 138.

[143] כזכור, הפרה מודעת היא תנאי הכרחי, אך לא מספיק, לתחולת הדוקטרינה. ר' סע' 7.04 לעיל.

[144] לשני תנאים אלה ניתן לצרף תנאי שלישי, והוא: שהעלות החברתית שבהטלת העונש המרתיע קטנה מהתועלת החברתית הצפויה להיות מופקת בעקבות פעולתו של מנגנון זה. דרישה זו מסבירה את עצם הדרישה ל"התנהגות מחפירה" כתנאי להפעלת הדוקטרינה, ולפיכך היא תידון בנפרד בחלק הבא במסגרת הניתוח הכלכלי של הדוקטרינה. ר' סע' 7.75 להלן.

[145] העובדה שאנשים שונים נהנים בעצמות שונות מאותן טובות הנאה מקשה מאוד על הערכה אובייקטיבית של סך ההנאות שהפרה נתונה עשויה להצמיח למפרים פוטנציאליים שיעמדו במצבו של המפר הקונקרטי. עובדה זו מקשה מאוד על האפשרות להשיג הרתעה כללית. לשם השגת הרתעה פרטית, לעומת זאת, די שבית המשפט יעריך את ההנאה שמפיק המפר הקונקרטי שלפניו. למותר לציין, שגם מלאכה זו היא מטבע הדברים בעייתית, בפרט כשמדובר בהנאות לא-ממוניות.

nevo.co.il

מההפרה (העלות הכרוכה בחיובו בסנקציות שונות - פליליות ואזרחיות כאחד)[146] בהסתברות שההפרה אכן תביא בסופו של דבר להשתת סנקציות אלה על המפר.[147] בבואו לשקול אם קיים צורך בפסיקת תשלום עונשי, ראוי אפוא שבית המשפט יתן דעתו בראש ובראשונה לשאלת התקיימותו של תנאי זה, ולמכלול הנתונים הרלבנטיים להכרעה בשאלה זו. בשל חשיבותם נראה כי יש מקום לעגן את העיקריים שבשיקולים אלה בחקיקה מפורשת וזאת כדי להנחות את שיקול הדעת השיפוטי בהפעלת הדוקטרינה.[148]

2. התנאי השני: יעילותו של התשלום העונשי בהגברת ההרתעה

7.35 במרבית המקרים שבהם הסנקציות האחרות הצפויות להיות מוטלות על הנתבע בגין התנהגותו אינן מספיקות כדי להרתיעו, הצורך בפסיקת תשלום עונשי הוא כמעט מובן מאליו. החשש מפני חיוב כספי נוסף - ששיעורו עלול להיות משמעותי ביותר, צפוי להגביר את התמריץ השלילי הקיים אצל המפר הפוטנציאלי הרציונלי וכך להגביר את רמת ההרתעה מפני ביצוע התנהגות מחפירה בעתיד. לכך יש להוסיף את ההרתעה שיוצר החשש מפני הסטיגמה החברתית השלילית הנלווית לחיוב שיפוטי בתשלום עונשי, הן במישור הפגיעה בשמו הטוב של הנתבע, והן במישור הפגיעה במוניטין העסקי שלו. מסתבר, שהגינוי והסטיגמה המתלווים לחיוב בתשלום עונשי, אף כי אינם חמורים כמו אלה המתלווים להרשעה בפלילים, עשויים להיות משמעותיים ואף להסב נזק כלכלי רב, במיוחד לנתבעים בעלי מוניטין.[149] עם זאת, גם כאן מתחייבות מספר השגות: **ראשית**, יש לזכור, שהטלת עונש כספי על מי שאין בידיו האפשרות לשלמו, היא בעלת אפקט מוגבל למדי מבחינה הרתעתית.[150] **שנית**, השפעתו ההרתעתית של חיוב כספי

---

146 **סנקציות פליליות:** הפרה מחפירה של חיוב אזרחי עלולה במקרים רבים להוות גם עבירה פלילית, שכן מרבית העבירות הפליליות מקימות גם עילות תביעה אזרחיות מקבילות. מכאן גם הצורך להתחשב באפקט ההרתעתי של סנקציות פליליות, מינהליות או משמעתיות להן עשוי המפר להיות חשוף בגין ההפרה המחפירה שביצע, וזאת כדי להימנע מעגישת כפל ומהרתעת-יתר. בעבר לא הכירה הפסיקה האנגלו-אמריקאית בזכותו של המפר לפטור מתשלום עונשי בשל העובדה שהוענש בפלילים על אותה התנהגות, אך כיום הדעה הרווחת היא, שמן הראוי להביא שיקול זה בחשבון בעת שפוסקים תשלום עונשי (אם כי לאו דווקא כמחסום גורף). ר' למשל: **Green Oil**, 223-4: "**If criminal sanctions have been imposed on the defendant for his** [outrageous] **conduct, this should be taken into account in mitigation of the punitive damages award.**" See also **Canadian Report**, 46: "**the court should be entitled to condsider the fact and adequacy of any prior penalty imposed in any criminal or other similar proceeding brought against the defendant.**" דרישה זו מעוגנת בסע' 5(ב) להצעת החקיקה. מעניין לציין, שהניתוח הכלכלי של הדוקטרינה מתעלם בדרך כלל מבעייה חשובה זו. **סנקציות אזרחיות:** גם לסנקציות האזרחיות המוטלות על המפר בנוסף לתשלום העונשי אפקט הרתעתי. לפיכך, יש לתת את הדעת לאפקט זה, בעת שבוחנים את הצורך בהרתעת המפר ודומיו. אגב, לאפקט זה מן הראוי לתת את הדעת גם בעת גזירת דינו של נאשם במשפט פלילי, דבר שלמיטב ידיעתי איננו נעשה כדבר שבשגרה כיום. זאת ועוד: כאשר אותה הפרה מהווה יסוד למספר תביעות אזרחיות (כלפי תובעים שונים) ראוי להביא בחשבון גם עובדה זו (שכן ריבוי הסנקציות האזרחיות הצפויות עשוי לייתר ולפחות לצמצם את הצורך בסנקציה לבר-מפצה). לשיקול זה ר': **Green Oil,** 224. לסיום אזכיר, שמשקל לא מבוטל עשוי להיות גם לסנקציות חברתיות לבר-משפטיות העלולות להיות מוטלות על המפר בגין התנהגותו המחפירה. לדיון בהשפעתן האפשרית של אלה על שאלת הצורך בדוקטרינה ר' סע' 7.96 להלן. לדיון נפרד בחשש מפני ענישת כפל של התנהגויות מחפירות ר' סע' 8.26 להלן.

147 הסתברות זו מושפעת בעיקר מרמת האכיפה של הדין (הפלילי או האזרחי). כאשר המדובר בסנקציות פליליות, הדבר תלוי בעיקר בסיכויי התפיסה והעמדה לדין של העבריין, בסיכוי שאשמתו תוכח מעל לכל ספק סביר בבית המשפט, בסיכוי שבית המשפט יטיל עליו את העונש המתחייב מחומרת מעשיו (סיכוי המושפע מהאפשרות לאיחוד תיקים, הסדר טיעון, וכיו"ב) ובסיכוי שהעבריין יחמוק מריצוי עונשו המלא לאחר גזר הדין (בריחה ממאסר, התחמקות מתשלום קנס, חנינה, פטור בגין התנהגות טובה, וכו'). בהקשר האזרחי הדבר תלוי בסיכויים שהנפגע יגיש תביעה, יצליח להוכיח את אחריות הנתבע לנזקו, יקבל את מלוא הסעדים להם הוא זכאי בדין, ויזכה למימושם בפועל (דבר התלוי, בין היתר, ביעילות לשכת ההוצאה לפועל).

148 להצעה לעיגון שיקולים אלה ר' סע' 5(א)-(ג) להצעת החקיקה.

149 ממצאי מחקר אמפירי שנערך בארה"ב מגלים, שלחיוב בתשלום עונשי השלכות שליליות על רווחיותם ושווים הכלכלי של תאגידים. J.M. Karpoff, J.R. Lott, "On the Determinants and Importance of Punitive Damages Awards" 42 **J. L. & Econ.** (1999) 528.

150 ניתן לטעון, שבמצב כזה אין לסנקציה הכספית העונשית אפקט הרתעתי כלשהו. לדעתי, אמירה זו מתעלמת מהעובדה, שמבחינת הנענש יש משמעות שלילית לחיוב כספי כזה גם אם ברגע הטלתו אין באפשרותו לעמוד בו. קנס או חוב בלתי משולמים מהווים מעמסה כלכלית העלולה לפגוע בנענש באופנים שונים: להקטין את סיכוייו לשיקום כלכלי בעתיד, להכביד עליו נפשית, להחמיר את הפגיעה בשמו הטוב ואף לסכן אותו במאסר (בשל אי תשלום החוב/הקנס). נראה אפוא, שאדם רציונלי יעדיף ככל הניתן לצמצם את היקף חבויותיו הכספיות ולא יוותר אדיש ביחס להיקפן גם במצב של חדלות פרעון. לכך ניתן להוסיף את העובדה, שהתשלום העונשי כרוך גם בפגיעה בכבודו של הנתבע, ומבחינה זאת אין חסינות לנתבע חדל פרעון על פני רעהו העשיר ממנו.

nevo.co.il

בשיעור נתון על נתבע עשיר שונה מאשר השפעתו על הנתבע העני ממנו.[151] לפיכך, בפסיקת תשלום עונשי ראוי לשקול באיזו מידה, אם בכלל, יש בהטלת חיוב כספי נוסף כדי להרתיע את המפר או מפרים פוטנציאליים במעמדו הכלכלי.[152] **שלישית**, הדעת נותנת שהפרות מחפירות מסוג מסויים ניתנות להרתעה יותר מהפרות אחרות. כך למשל, פגיעות זדוניות המצמיחות למפר תועלת מיידית ומוחשית (חומרית או רוחנית), ייתכן שקשה יותר להרתיע מאשר הפרות מחושבות, שפירותיהן הכלכליים למפר עתידים להיקטף במועד מרוחק יחסית ממועד ההפרה.[153] נתונים אלה ואחרים אף הם רלבנטיים להערכת תרומתו ההרתעתית של התשלום העונשי במקרים קונקרטיים.

IV. רציונל ההרתעה - ביקורות נפוצות

7.36 לסיום הדיון בחלק זה, ראוי להזכיר שתי ביקורות מרכזיות על ענישת התנהגויות מחפירות מטעמי הרתעה.

א. התשלום העונשי יוצר הרתעת-יתר

1. הצגת הטיעון

7.37 לפי אחת הביקורות הנפוצות ביותר כנגד הדוקטרינה היא איננה רצוייה שכן האפקט ההרתעתי שלה הוא מופרז ולכן יוצר הרתעת-יתר (over-deterrence). לדעתי, ראוי להבחין בין שני היבטים או שתי גרסות שונות של טיעון זה. **בגירסתו החזקה**, קורא הטיעון תיגר על עצם ההנחה, שלפיה התנהגות מחפירה אכן ראוייה בכל מקרה להרתעה ולמניעה. טיעון זה, המבוסס על רעיון "ההפרה היעילה" משמיע לנו, כי בתפיסת עולם תועלתנית גם הפרה מודעת של חיוב אזרחי עשויה למעשה להיות תופעה רצוייה ומבורכת - אפילו היא נחזית כמקוממת מבחינה מוסרית.[154] האוחזים **בגירסה החלשה**, לעומת זאת, נכונים להודות בצורך בהרתעת התנהגויות מחפירות. עם זאת, לטענתם, אי

---

[151] ככלל, ערכה של כל יחידת כסף שבידי אדם עני הוא גבוה יותר, ולפיכך האפקט ההרתעתי של הסנקציה צפוי להיות גבוה יותר מבחינתו. עם זאת, כאמור לעיל, השפעתו המרתיעה של תשלום עונשי על נתבע עני שאין באפשרותו לשלמו עשוייה להיות נמוכה מהאפקט של אותה סנקציה על נתבע עשיר.

[152] הנתון של אמידות הנתבע הוכר בדרך כלל כרלבנטי בפסיקה האנגלו-אמריקאית. למצב בארה"ב ר' : **Green Oil**, 223: "**The financial position of the defendant would be relevant.**" (affirmed in ***Pacific***). **Canadian Report,** 50: "**The present law in England and Canada is that the defendant's wealth is relevant to determining the size of the punitive award.**" זהו הדין גם בקנדה ובאנגליה : **This, in our view, is sound in principle.** עם זאת, כלל זה מעורר קשיים לא מבוטלים, הן פרגמטיים והן עקרוניים (בעיקר החשש ממשוא פנים של המושבעים לרעת העשיר). לדיון בבעיות אלה ולדעה הקוראת לאיסור גורף להתחשב בשיקול זה בטענה שהדבר איננו משרת מטרות של הרתעה יעילה ופוגע גם בעקרון שלטון החוק ר' למשל : K.S. Abraham, J.C. Jeffries, "Punitive Damages and the Rule of Law: The Role of the Defendant's Wealth" 18 **J. Leg. Stud.** (1989) 415. ביקורות אלה זכו בשנים האחרונות לתמיכה וגיבוי על ידי בית המשפט העליון הפדרלי של ארה"ב. בפרשת **Honda Motor Co. v. Oberg.** 512 U.S. 415, 432 (1994) הביע בית המשפט את חששו, כי : "**..the presentation of evidence of a defendant's net worth creates the potential that juries will use their verdicts to express biases against big businesses, particularly those without strong local presences.**" (בית המשפט קיבל שם את הטענה, כי העדרם במדינת אורגון של כלים לביקורת שיפוטית אפקטיבית על גובהם של פסקי תשלומים עונשיים נוגד את התיקון ה-14 לחוקה). ואילו לאחרונה, בפרשת ***State*** נפסק באופן מפורש, כי עושרו של הנתבע איננו רלבנטי לקביעת גובה התשלום העונשי (הנתונים הרלבנטיים הם אך ורק חומרת ההתנהגות, גודל הנזק או עצמת הסיכון שנגרם, וגודלם של קנסות אזרחיים הקבועים בחקיקה על התנהגות דומה). **The** [defendant's] **assets.. ..had little to do with the actual harm sustained by the** [plaintiffs]. "**..reference to wealth of a defendant cannot justify an otherwise unconstitutional punitive damages award.**" (p. 17, opinion No. 01-1289) (Kennedy, J.) לדעתי, אף שהתחשבות במצבו הכלכלי של הנפגע עשויה להיות מוצדקת משיקולי הרתעה, הרי שהשיקולים המצטברים נגד התרת ראיות בנושא זה (בעיקר החשש מפגיעה בפרטיות, והפליה לרעה של תובעים עשירים) מכריעים את הכף כנגדה. לפיכך, בהסדר החקיקתי המוצע על ידינו אין עיגון לשיקול זה.

[153] מעשי עבירה כגון שוד, גניבה, עבירות מין, רצח, תקיפה למיניה, היזק בזדון, וכיו"ב הם דוגמות מובהקות להפרות מחפירות (של זכויות הקורבן) המצמיחות למפר תועלת מיידית. לעומת זאת, מעשי מרמה, הפרות אמון, הפרות חוזים, עוולות כלכליות ומסחריות, וכיו"ב הם דוגמה להפרות שלעיתים קרובות תועלתן למפר צומחת בשלב מאוחר יחסית, והפקתה דורשת תכנון מסויים וחיזוי לעתיד. באופן דומה, הרתעתו של אדם חם מזג, אלים או ספונטני באופיו עשויה להיות בעייתית יותר מהרתעתו של אדם הנוטה לפעול באופן מחושב. הבחנות אלה מזכירות במידת מה את ההבחנה המקובלת בפנולוגיה ובקרימינולוגיה בין עבריינות אקפרסיבית (רגשית) לבין עבריינות אינסטרומנטלית (מכשירית). מחקרים אמפיריים מראים, שהיכולת להשיג הרתעה אפקטיבית היא טובה יותר ביחס לעבריינות מהסוג האחרון. לעניין זה ר' למשל : **שוהם**, 87. עם זאת, הנושא אינו נקי מספקות. לדעה חולקת ר' למשל : **Andenaes**, 184-5: "**It does not seem self-evident that expressive acts are less influenced by social sanctions than are instrumental acts. Experience from social intercourse shows that the fear of even mild social sanctions often leads to the suppression of expressive acts (for example, yawning, picking one's nose, or crying out angrily).**" ניתן לראות, שהמלומד מדגיש בדבריו את האפקט ההרתעתי של סנקציות לבר-משפטיות. לדיון בהשלכותיהן של סנקציות אלה על הצורך בתשלום העונשי ר' סע' 7.96.

[154] טיעון זה הוצג למעשה בסע' 7.28 לעיל.

nevo.co.il

הבהירות ואי הוודאות הקיימים ביחס למבחן לתחולת הדוקטרינה וביחס לסכומים הנפסקים במסגרתה, והעובדה שסכומים אלה עשויים להיות עצומים, מרתיעים התנהגויות שאין בהן כל פסול חברתי, אלא להיפך.[155] החשש הוא, שאנשי עסקים, יצרנים, נותני שירותים ואפילו אנשים פרטיים, יחששו להיכנס לפעילויות כלכליות מבורכות הכרוכות ביצירת סיכונים סבירים, רק מחשש פן ייקלעו למצב שבו פעולה שביצעו בתום לב תיתפס בדיעבד כ"התנהגות מחפירה". במצב זה קטן נפח הפעילות הכלכלית החיובית במשק ("chilling effect") וגדלות העלויות הכרוכות בפעילות כזו (בשל נקיטת אמצעי זהירות מופרזים - לאור חוסר הוודאות). הדבר גורר העלאת מחירים, הקטנת הצריכה, וחוזר חלילה, תוך פגיעה קשה ברווחה המצרפית. במצב זה יוצא שכרו של התשלום העונשי בהפסדו, שכן הוא יוצר אפקט הרתעתי חזק בהרבה מזה שלשמו הוא נועד, וכך מסב נזק לחברה כולה.[156]

2. ביקורת הטיעון

7.38 טיעון הרתעת-היתר בגרסתו החזקה - הלא הוא טיעון ההפרה היעילה - זכה להכרה ולפיתוח במיוחד בהקשר החוזי ולפיכך ידון בשער הרביעי (אף כי הוא ישים גם בהקשר הנזיקי).[157] בשלב זה די אם אזכיר, כי בנוסף לחולשתו הברורה במישור ההוגנות,[158] מעורר הטיעון קשיים גם במונחי תועלת. זאת, הן משום שהנחת היסוד שלו בדבר יעילות "ההפרה היעילה" איננה עומדת במבחן המציאות,[159] והן משום שהוא מתעלם מנזקיה העקיפים של ההפרה המחפירה, נזקים שקיומם מבטל ולפחות מצמצם מאוד את החשש מפני הרתעת יתר.[160]

על טיעון הרתעת היתר בגרסתו החלשה אשיב כי חשש זה, אף שראוי לתת עליו את הדעת ולנסות לצמצמו, איננו מצדיק את המסקנה שאליה הוא מתיימר להוביל. **ראשית,** החשש מפני הרתעת-יתר אינו ייחודי להקשר דנן, והוא מתעורר - אפילו ביתר שאת - גם כאשר מדובר בסנקציות מפצות כדוגמת פיצויים, המוטלות כדבר שבשגרה בתגובה לעוולות אזרחיות.[161] **שנית,** ולגופו של עניין, למרות שההחלטה הסופית על פסיקת תשלום עונשי היא לעולם בלתי וודאית, הרי דווקא התנאים המוקדמים הנדרשים לשם כך הם ברורים למדי. כל שנדרש מנתבע פוטנציאלי על מנת

---

155 ההבחנה בין שני גווניו של הטיעון בדבר הרתעת-יתר אינה עולה בבירור מהמקורות. במרביתם (במיוחד אלה שדנו בהקשר הנזיקי) משתמעת הנחה סמוייה, שלפיה הפעולות הכלכליות החיוביות שלגביהן קיים חשש להיווצרות הרתעת-יתר הן גם מוסריות (כלומר, אינן מחפירות). לדעתי, הנחה זו אינה מתחייבת בתפיסה תועלתנית טהורה, ומכאן ההבחנה שערכתי בין טיעון זה ("הגירסה החלשה") לבין הטיעון המערער על עצם ההנחה שהתנהגות מחפירה היא בלתי רצוייה ("הגירסה החזקה").

156 להצגה בסיסית של טיעון הרתעת-היתר ר' למשל: **Sales**, 1154-8; **Ellis**, 46-50 בארה"ב זוכה הטיעון מעת לעת גם לגיבוי פסיקתי מצידם של שופטים, אשר הביעו את חשש כי בשל העמימות של המבחן לתחולת הדוקטרינה, הרי ש: **"unless an individual business or professional person.. ..can insure against such liability… …a large judgment for punitive damages may well be a permanent financial disaster." Harrel v. Travelers Indemnity Company** 279 Ore. 199, 215 (S.C., 1977). ראו גם דבריה של השופטת O'cconor מבית המשפט העליון הפדרלי: **"The threat of such enormous awards has a detrimental effect on the research and development of new products."** ***Browning-Ferris***, 282 (O'cconor J. dissenting). והשוו לדעת המיעוט של השופט Renquist בפרשת **Smith v. Wade** 492 U.S. 257, 282 (1983): **"the alleged deterrence achieved by punitive damages awards is likely outweighed by the costs - such as the encouragement of unnecessary litigation and the chilling of desirable conduct.. ..at least Ellis** (2) 988: **"uncertainty as to when the standards on which the awards are based are ill-defined."** לדעה דומה בספרות ר': **potential liability induces overinvestment in liability avoidance, or worse, suppresses innovations."** לתזה הכללית שלפיה אי וודאות ביחס לתוצאות הפרת החוק משפיעה על התנהגותם של מפרים פוטנציאליים, ועלולה להביא ל"ציות יתר" (overcompliance) ר': G.E. Calfee, R. Craswell, "Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards" 70 **Va. L.R.** (1984) 965.

157 בהקשר הנזיקי מקובל להניח, שמעשה עוולה בהגדרתו אינו יעיל. אולם הנחה זו תקפה רק ביחס לעוולת הרשלנות, המוגדרת במונחים כלכליים כמעשה שעלויות ההימנעות ממנו עבור עושהו קטנות מתוחלת הנזק שייגרם לזולת כתוצאה מאותו מעשה ($B<PL$). ניסוח זה של עוולת הרשלנות ידוע בספרות כ'נוסחת הנד' (Hand's Formula) והוא מיוחס לשופט האמריקאי Learned Hand אשר קבע אותו כמבחן לאחריות בעוולת הרשלנות בפרשת **U.S. v. Caroll Towning Co.** 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947). לדיון בנוסחת הנד ר' למשל: **גלעד**, 8-467. עוולות נזיקין אחרות, לעומת זאת, עשויות בהחלט להיות "יעילות". לביקורת על היחס השונה של הניתוח הכלכלי לעוולות נזיקין ולהפרות חוזים ר' להלן סע' 10.20.

158 רעיון ההפרה היעילה מספק לגיטימציה מוסרית לפעולות המהוות למעשה "גזילה" של משאבים מהזולת, וזאת אף מבלי לדרוש מה"גזלן" לפצות את קורבנו. להשפעה החינוכית השלילית של תפיסה זו ר' סע' 11.34.

159 לביקורת טיעון ההפרה היעילה ר' סע' 10.18 ואילך.

160 על ההצדקה התועלתנית למיגורן של התנהגויות מחפירות עמדתי בסע' 7.29 לעיל. הנושא נדון ביתר הרחבה בחלק הרביעי.

161 להסברת הנקודה ר' הערה 163 להלן.

nevo.co.il

שלא להיחשף לחיוב בתשלום עונשי הוא בסך הכל להימנע מלהפר במודע את זכויות הזולת.[162] דרישה זו אין בה בדרך כלל כדי להטיל על נתבעים בכוח מעמסה כלכלית כבדה במיוחד. היא מבטיחה רמה סבירה של וודאות וביטחון משפטיים לכל אדם הפועל בתום לב ביחסיו עם הזולת.[163] **שלישית**, הדרישה להתנהגות מחפירה מבטיחה, כי התשלום העונשי יוטל רק כאשר החריגה מהנורמה המשפטית או המוסרית היתה בוטה וחמורה. הדבר יוצר "מתחם טעות", המצמצם עד מאוד את האפשרות לטעות שיפוטית.[164] מטעמים אלה אין לדעתי בסיס מוצק לחשש, כי יצרנים וספקי שירותים הפועלים בתום לב יימנעו מליזום פעילות כלכלית או חברתית מבורכת אך בשל החשש מתביעות לתשלום עונשי.[165] חשש כזה יהיה נחלתם הבלעדית של אלה המוכנים לקדם ענייניהם במודע גם במחיר של פגיעה משמעותית בזכויות הזולת.[166]

יחד עם זאת, ככל שניתן לצמצם את החשש מהרתעת-יתר ומטעויות שיפוטיות, יש לעשות כן. הגדרה בהירה בחוק של התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה ושל השיקולים הרלבנטיים לפסיקת תשלום עונשי, העמדת נטל ראייה מחמיר להוכחת תביעה לתשלום עונשי, יצירת תמריץ שלילי להגשת תביעות סרק ותביעות בעניינים פעוטים, והעברת הסמכות מידי המושבעים לידיו המקצועיות של בית המשפט, כל אלה ושיפורים נוספים עשויים לצמצם את החשש מהרתעת-יתר במידה משמעותית, גם אם לא להסירו לחלוטין.[167]

ב. <u>התשלום העונשי איננו עונש מרתיע</u>

1. הצגת הטיעון

7.39 באחדים מהמקורות הועלתה כלפי הדוקטרינה ביקורת הפוכה מזו העולה מטיעון הרתעת היתר. נטען, כי בפועל, ובניגוד להנחה המסורתית, אין בכוחו של החיוב הפוטנציאלי בתשלום עונשי כדי ליצור הרתעה משמעותית מהתנהגויות מחפירות. **ראשית**, נטען, שאין כל הוכחה אמפירית לכוחו המרתיע של התשלום העונשי.[168] **שנית**, גם

---

[162] לעניין זה ר' גם סע' 7.17 לעיל.

[163] שכן אדם תם לב לא יפגע או יסכן את זולתו במודע, מבלי להאמין כי יש לכך הצדקה משפטית. וודאות זו אינה קיימת ביחס לסיכון להיחשף לסנקציות אזרחיות רגילות, כגון חיוב בפיצויים, שכן ככלל, משטר האחריות האזרחי אינו דורש מודעות אצל המזיק להתנהגותו או לעובדה שהוא פועל שלא כדין. ואם כך, הרי שסביר להניח שמשטר האחריות הנזיקי הטיפוסי יוצר הרתעת-יתר באופן קבוע. ואמנם, החשש מפני הרתעת-יתר הוא עננה המעיבה באופן כבד ביותר על התיאורייה שלפיה דיני הנזיקין מבטיחים הרתעה יעילה של מזיקים רשלנים. לחשש זה ראו ביקורתו של **גלעד**, 470, בהערה 135. כמוסבר, חשש זה מפני הרתעת-יתר אינו חל באותה מידה בעניינו, שכן לשם חיוב בתשלום עונשי נדרשת מודעות בפועל של המפר להתנהגותו ולהיותה מנוגדת לחוק. את הטענה כי אי-הוודאות שיוצרת הדוקטרינה אינה פוגעת בנתבעים תמי לב אלא רק בנתבעים אופורטוניסטיים אני בוחן לעומק בהקשר החוזי. ר' סע' 10.29, 10.30 להלן.

[164] **Owen**, 1283, n. 135: **"..the gap between "negligent" and "reckless" behavior is probably wide enough to protect the manufacturer who acts in good faith… ..the chilling effect of the standard's vagueness should not be too great…"** לדעת המלומד, גם בהנחה שרמה מסויימת של הרתעת-יתר תיוותר, הרי נזקה של זו מתגמד לעומת הברכה שהרתעה זו מצמיחה לחברה: **This economic sacrifice, however, should be considerably more than offset by the decrease in excessive injuries prevented by the threat of punitive damages awards."** Id.

[165] האופן שבו הדוקטרינה פועלת לצמצום החשש מהרתעת-יתר נדון ביתר הרחבה בחלק הרביעי. ר' במיוחד סע' 7.63 ואילך.

[166] הד לגישה זו מצאתי בדברים של בית המשפט העליון של קנדה. בית המשפט הגיב על החשש כי הטלת חובות של תום לב והגינות על מעבידים כלפי עובדים שהם מפטרים תפגע יתר על המידה בחופש פעולתם באומרו: **"there may be those who would say that this approach imposes an onerous obligation** [of good faith] **on employers. I would respond simply by saying that <u>I fail to see how it can be onerous to treat people fairly, reasonably, and decently</u> at a time of trauma and despair. In my view, the reasonable person would expect such treatment. So should the law."** ***Wallace***, para. 102 (Iacobucci, J.).

[167] המלצות לשיפורים אלה מעוגנות בהצעת החקיקה המצורפת כנספח לחיבור זה.

[168] עוד נטען, שרמת הציות לחוק במדינות שבהן הדוקטרינה מוכרת איננה גבוהה יותר מאשר באותן המדינות הבודדות שבהן היא אינה מוכרת, והדבר מעיד על חוסר האפקטיביות שלה. לטענות מסוג זה ר': J.D. Ghiardi, "Should Punitive Damages Be Abolished? An Answer for the Affirmative" in **Insurance, Negligence and Compensation Law** (Chicago, 1966) 282, 288: **"this rationalization** [assuming a deterrent effect of punitive damages] **is strictly in the realm of fiction. Few persons, if any, have any knowledge and understanding of what punitive damages are… If comparative studies were conducted in those states which do not recognize punitive damages and in those states which do, findings would not reveal that the former are centers harbouring the malicious, the wanton and the grossly negligent… ..Thus the vague public policy.. ..**[assuming] **its deterrent effect is not supported by any empirical facts."**; **Brandwen**, 465: **"Despite the repeated ritualistic invocation of the term "deterrence",**

nevo.co.il

בהנחה שיש לסנקציה זו אפקט הרתעתי מסויים, הרי שהוא מתמסמס בשל משך הזמן הטיפוסי העובר עד לפסיקתו, ובשל העובדה שפעמים רבות אין הוא מכוון כנגד מי שאותו יש להרתיע.[169]

2. *ביקורת הטיעון*

7.40 לדעתי, ספקות אלה אינם עילה לביטול גורף של ההכרה בחשיבות ההרתעתית של הדוקטרינה. למעשה, דומה שהאפקט ההרתעתי של כל סנקציה משפטית תלוי במידה שבה מתקיימים מספר קריטריונים בסיסיים: [170] 1) חומרת הסנקציה (הסנקציה חמורה דיה); 2) וודאות בהטלת הסנקציה על המפר (הסתברות גבוהה כי תוטל עליו בפועל); 3) ידיעה מוקדמת של הנענש על האיסור ועל הסנקציה שבצידו; 4) בהירות האיסור (המשפיעה על היכולת להבין את מהותו); 5) היכולת להימנע מהפרת האיסור.

לדעתי, הדוקטרינה מקיימת בצורה מיטבית - ולמצער מסוגלת לקיים - את מרבית הדרישות הללו: היא מאפשרת להטיל סנקציות חמורות למדי (קריטריון 1);[171] במרבית המדינות שבהן היא נוהגת היא מהווה מוסד

---

there is little reliable evidence to establish that punitive-exemplary damages do, in fact, deter."; E.D. Elliott, "Why Punitive Damages Don't Deter Corporate Misconduct Effectively" 40 **Ala. L.R.** (1989) 1053, 1061: **"Does anyone believe that there is less corporate misbehavior around today than in the past as a result of the increase in punitive damages?";** see also **Sales**, 1161-4 **"The notion that the specter of punitive damages serves as a warning and deterrent is pure speculation. It has never** (same). (הטענה שימשה את בית המשפט כנימוק לדחיית הטענה שביטוח מפני חיוב בתשלום עונשי סותר את תקנת הציבור בכך שהוא פוגע בהרתעה). הטענה שלפיה התשלום העונשי איננו עונש מרתיע נזנחה במידה רבה בעשורים האחרונים, וההנחה הרווחת כיום היא שלדוקטרינה יש אפקט הרתעתי, גם אם עוצמתו אינה ברורה. עיקר הביקורת מכוונת כיום כלפי היכולת להרתיע תאגידים. ר' בהערה הבאה. **been demonstrated…" Sinclair Oil Corp. v. Columbia Casualty Co.** 682 P2d 975, 981 (Wyo. 1984).

169 ההליך האזרחי הוא הליך ממושך, העשוי לקחת שנים. בעייה זו חריפה במיוחד כאשר הנתבע הוא תאגיד, שכן נושאי המשרה האחראים להתנהגות המחפירה עלולים כבר שלא להחזיק במשרתם בעת חיוב התאגיד בתשלום העונשי. בעייה נוספת קשורה לנטיית בתי המשפט, לפחות בארה"ב, להעניש את המעביד אך לא את העובד האחראי במישרין להתנהגות המחפירה. לטענות אלה ר' **Elliott**, 1069 עיקר הספק לגבי האפקט ההרתעתי של הדוקטרינה מוטל כיום ביכולתה להרתיע תאגידים וגופים מוסדיים. ביקורות ברוח זו מובאות במאמרו של **Elliott**, הנ"ל בהערה הקודמת. לתגובה לביקורת זו ר': M. Wells, "Comments on Why Punitive Damages Don't Deter Corporate Misconduct" 40 **Ala. L.R.** (1989) 1073. לניסיון לבסס אמפירית את הטענה שהתשלום העונשי אינו מרתיע תאגידים ר': W.K. Viscusi, "The Social Costs of Punitive Damages Against Corporations in Environmental and Safety Torts" 87 **Georgetown L.J.** (1998) 285. לביקורות קשות על תקפותו של המחקר האמור ועל ממצאיו ר': D. Luban, "A Flawed Case Against Punitive Damages" 87 **Georgetown L.J.** (1998) 359; T. Eisenberg, "Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages" 87 **Georgetown L.J.** (1998) 347. מאמר המבקש להוכיח את השפעתה המרתיעה של הדוקטרינה על חברות הוא מאמרו של **Karpoff**.

170 לדיון כללי בגורמים המשפיעים על אפקטיביות הענישה ר' מאמרו של (3) **Andenaes**.

171 אחד המחקרים האמפיריים המקיפים שנערכו בתחום זה הוא מחקרם של S. Daniels, J. Martin,"Mith and Reality in Punitive Damages" 75 **Minn. L.R.** (1990) 1. מחקר זה בחן 25,627 תיקים אזרחיים בערכאות ראשונות שבהן נפסק סעד כספי ב-47 מחוזות ב-11 מדינות בארה"ב בין השנים 81-85, שנים הנחשבות כשנות השיא של הדוקטרינה בארה"ב. מהמחקר עולה אמנם, שפסיקת סכומי ענק בארה"ב איננה שכיחה כפי שבציבור האמריקאי נוטים לעיתים לחשוב, וכפי שניתן אולי לקבל את הרושם מהספרות העוסקת בתחום. לאמיתו של דבר המחקר מצביע על כך שפסקי דין שבהם נפסקים סכומי עתק הם נדירים ביותר (יחסית למספר הכולל של התביעות שבהן נפסקים תשלומים עונשיים) ואינם הכלל אלא החריג. יחד עם זאת, הסכומים הנפסקים בתביעות אלה הם בדרך כלל משמעותיים ואינם זניחים כלל וכלל. כך, למשל, עיון בתוצאות המחקר מלמד, שבמרבית המחוזות שנבחנו הסכום החציוני (median) שנפסק הוא כמחצית משיעור הסכום החציוני **הכולל** שנפסק בתביעות אלה (כלומר, התשלום העונשי מהווה באופן טיפוסי כמחצית מהסכום הנפסק לטובת התובע). תוצאות מחקרם של Daniels ו-Martin והמגמות הכלליות שעליהם הוא מצביע אושרו במרבית המחקרים האמפיריים המקיפים שנעשו בתחום זה בארה"ב, לפניו ואחריו. אחד מהמחקרים הראשונים שנערכו הוא: M.E. Peterson, **Punitive Damages: Preliminary Empirical Findings** (prepared for The Rand Institute for Civil Justice, 1985). מחקר זה בחן פסיקה רלבנטית משני מחוזות (מחוז Cooke באילינוי, ומחוז סן-פרנסיסקו בקליפורניה) בין השנים 1959-1984. המחקר גילה הבדלים משמעותיים בין שני המחוזות, בפרט בנוגע למספר התביעות המוצלחות. במחוז Cooke חל גידול משמעותי במספר התביעות, ואילו בסן-פרנסיסקו נרשמה יציבות ב-15 השנים האחרונות לפני פרסום המחקר. בשני המחוזות נרשם גידול משמעותי בהיקף הסכומים שנפסקו. עם זאת, עד שנות ה-80 הגידול היה בעיקר בסכום הממוצע (בשל מספר תביעות מוצלחות בסכומים גבוהים) אך לא בסכום החציוני (הטיפוסי) שנותר נמוך יחסית. במחוז Cooke נותר החציון יציב גם במהלך שנות ה-80 (אך הממוצע עלה פי שלושה), ובסן-פרנסיסקו הוכפל גם החציון וגם הממוצע של הסכומים שנפסקו. עם זאת, בדומה למחקרם של Daniels ו-Martin גם מחקר זה מאשר שהסכומים הנפסקים הם בדרך כלל משמעותיים הן באופן אבסולוטי (בין 10,000 ל-30,000 דולר) והן ביחס לסכומים הנפסקים כפיצוי רגיל (על פי רוב התשלום העונשי זהה בשיעורו, מעט גבוה או מעט נמוך יותר). הקורלציה המובהקת בין סכומי הפיצוי לבין סכומי התשלום העונשי הוכחה במחקר אמפירי נוסף: T. Eisenberg, John Goerdt, B. Ostrom, D. Rottman, M.T. Wells, "The Predictability of Punitive Damages" 26 **J. Leg. Stud.** (1997) 623: **"this article shows a strong and statistically significant correlation between compensatory and punitive damages."** ממצא חשוב נוסף העולה מהמחקר של Peterson הוא שכמעט מחצית מהסכומים שנפסקו הופחתו על ידי ערכאות הערעור באופן משמעותי - בשיעור ממוצא של 45% מהסכום המקורי. נתונים נוספים העולים ממחקרו של Peterson וממחקרים נוספים בקשר לסוג התביעות שבהן השימוש בדוקטרינה רווח נדונים בהערה 307 להלן. ממצאיהם

nevo.co.il

משפטי מוכר וידוע לציבור (קריטריון 3);[172] האיסור שהיא קובעת ברור יחסית (קריטריון 4);[173] ולאדם נורמלי לא צריך להיות קושי מיוחד לציית לו (כדי להפר את האיסור נדרשת מהמפר מודעות למעשיו ולמשמעותם העובדתית והמשפטית) (קריטריון 5).[174]

אמנם, העומס על בתי המשפט האזרחיים ובעיית ההתחמקות מהדין מביאים לכך שמקרים רבים המצדיקים תשלום עונשי אינם מגיעים לבתי המשפט, וכך נפגע יסוד הוודאות בענישה (קריטריון 2). אלא שבעייה זו פוגעת ביעילותה של המערכת האזרחית כולה, ואינה נובעת מפגמים בדוקטרינה עצמה. נהפוך הוא, דווקא הדוקטרינה עשויה לסייע בצמצום בעיית תת-האכיפה במשפט האזרחי.[175] יסוד הוודאות נפגע במידה מסויימת גם בשל העובדה, שהמבחן האולטימטיבי לתחולתה של הדוקטרינה כרוך בשיקול דעת שיפוטי רחב. עם זאת, בהנחה שמרבית האוכלוסיה היא שונאת סיכון, הסיכון הרב הצפוי מחיוב בתשלום עונשי צפוי לצמצם במידה משמעותית את שיעור הנתבעים בכוח שיבחרו להסתכן ולהפר מדעת את חיוביהם הפרה בוטה.[176] במובן זה העמימות המאפיינת את המבחן לתחולת הדוקטרינה איננה חיסרון, אלא דווקא יתרון. מטרתה לאפשר לבתי המשפט לפטור נתבעים מתשלומים עונשיים בגין הפרה מודעת של חיוביהם, כאשר הדבר מוצדק משיקולי גמול או הרתעה פרטית, אך זאת מבלי לפגוע פגיעה ממשית בהרתעה הכללית שהדוקטרינה יוצרת.[177]

אשר לטענה כי האפקט ההרתעתי של הדוקטרינה איננו מוכח, אסתפק בציון העובדה, כי זו אינה ייחודית להקשר דנן, והועלתה בעבר גם כלפי הענישה הפלילית. אכן, כל עוד חקר הגורמים המשפיעים על ההתנהגות האנושית נמצא בחיתוליו, נראה כי גישה ספקנית וזהירה כלפי האפשרות להשיג הרתעה נאותה באמצעות סנקציות משפטיות היא

ומסקנותיהם של מספר מחקרים חשובים נוספים שנערכו בנושאים אלה מרוכזים ונדונים יחד במאמרו של: M. Rustad, "The Incidence, Scope, and Purpose of Punitive Damages: Unravelling Punitive Damages: Current Data and Further Inquiry" vol. 1998 **Wis. L.R.** 15. סקירה דומה ובעלת מסקנות דומות, אם כי עדכנית יותר, ניתן למצוא במאמרה של J.K. Robbennolt, "Determining Punitive Damages Empirical Insights and Implications for Reform" 50 **Buffalo L.R.** (2002) 103.

172 הדבר נעוץ הן במסורת ארוכת השנים של הדוקטרינה במדינות המשפט המקובל, והן בפרסום הרב יחסית שמקבלים לעיתים פסקי דין שבהם נפסקים תשלומים עונשיים, והן בעיסוק הרב בסוגיות שמעוררת הדוקטרינה (באקדמיה, בתקשורת, ובפוליטיקה). בישראל, לעומת זאת, הדוקטרינה איננה מוכרת בציבור, אך דומה שהדבר נובע מכך, שהיקף ההיזקקות לדוקטרינה בישראל הוא כמעט זניח. בעייה זו צפוייה להיפתר ברגע שהפסיקה תתחיל לעשות שימוש של ממש בסמכות לפסוק תשלום עונשי בתביעות אזרחיות. לנתונים מספריים על היקף העיסוק בדוקטרינה בארץ בהשוואה לחו"ל ר' הערות 10 ו-13 למבוא לחיבור.

173 סע' 7.17 לעיל. כמוסבר שם, הבהרת תוכנם של התנאים המוקדמים לקיומה של "התנהגות מחפירה" עשויה לשפר במידה משמעותית את בהירות האיסור המשתמע מדוקטרינת התשלום העונשי.

174 כאשר למרות היותו מודע להפרה ולמשמעויותיה המפר לא יכול היה להימנע ממנה (או שהדבר היה כרוך מבחינתו בעלויות גדולות) הדבר ישמש בדרך כלל כשיקול להימנע מחיובו בתשלום העונשי. ר' סע' 7.05. אך ככל שמדובר בהרתעה כללית, משקלו של שיקול זה עשוי להיות מוגבל, אם ניתן להניח שלאדם הממוצע עלויות הציות לחוק אינן גבוהות.

175 הניסיון לפתור את בעיית תת-האכיפה במשפט האזרחי נתפס כהצדקה המרכזית של הדוקטרינה במסגרת הניתוח הכלכלי שלה. ר' סע' 7.46 ואילך.

176 להבדיל מהענישה הפלילית, המופנית פעמים רבות לעבריינים מועדים (מה שעשוי ללמד על אדישות לסיכון) הדוקטרינה מכוונת לקהל יעד נרחב בהרבה, המורכב ברובו מאנשים וגופים נורמטיביים (שמרביתם שונאי סיכון). דוגמה טובה להשפעה המיידית של חיוב בתשלום העונשי על קהלים אלה, במיוחד גופים מוסדיים ותאגידים, היא האופן שבו הגיבו חברות הרכבות בארה"ב לפסק דין שבו חברת רכבות חוייבה בחצי מליון דולר בשל הזנחה בטיפול בפסי רכבת שגרמה לדליקה שממנה נפגע התובע. לפני פסק הדין התעלמו חברות הרכבות מהוראות החוק הרלבנטיות בשל הקנסות הנמוכים שקבעו, ואילו לאחר פסק הדין ירד שיעור השריפות באופן דרסטי (339 בשנת 1980 לעומת 102 בשנת 1986). לתיאור הפרשה ר': M. Galanter, D. Luban, "Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism" 42 **Am. U. L.R.** (1993) 1393, 1426-7. מחקר אמפירי שנערך בארה"ב מלמד, שתשלומים עונשיים כנגד תאגידים מהווים גורם מרתיע למדי, בין היתר בשל הפגיעה במוניטין הכלכלי הכרוכה בחיוב בתשלום עונשי. ר' מאמרו של **Karpoff**.

177 Dan-Cohen הסביר, כי העמימות של מוסדות משפטיים מסויימים (כדוגמת ההגנות בפלילים) נועדה לשרת צורך דומה: **"Far from being a defect, the failure of the rules** [of criminal defences] **to communicate the the public a clear and precise normative message is.. a virtue… Indeed, in many cases they** [the policies underlying the defence] **require that the availability of the defenses not be known." Dan-Choen**, 639.

nevo.co.il

מוצדקת. עם זאת, כל עוד ממשיכה החברה האנושית להתנהל על בסיס ההנחה שלסנקציות שליליות ישנה הרתעה אנושית, אם גם מוגבלת, אין הצדקה לזנוח דווקא את התשלום העונשי.[178]

בסיכום, נראה לי שאין בכוחן של הביקורות שהוצגו לעיל כדי לבסס את הטענה שהתשלום העונשי איננו עונש מרתיע. לכל היותר יש בכוחן להפנות את תשומת הלב לצורך בעריכת שיפורים מסויימים באופן הפעלת הדוקטרינה, לצורך הגברת האפקט ההרתעתי שלה בהתאם לחמשת הקריטריונים הנזכרים לעיל.[179]

<u>סיכום לחלק השלישי: הסיכויים והסיכונים שבענישה לשם הרתעה</u>

7.41 השימוש בתשלומים עונשיים לצורכי הרתעה מעורר מספר רב של שאלות ובעיות. כפי שהראיתי, מעבר לספקות היסודיים באשר לאפקטיביות של התשלום העונשי במונחי הרתעה, החלטה מושכלת בשאלה אם הוא נדרש במקרה פלוני מחייבת שקלול של מגוון רחב של שיקולים, וניסיון להעריך את השפעתם האפשרית על התנהגותם העתידית של הנתבע הספציפי ונתבעים בכוח במקרים דומים. החלטה כזו אינה מלאכה פשוטה בשום הקשר משפטי שבו נעשה שימוש בענישה לצורכי הרתעה - לא במשפט הפלילי, ולא בהקשר דנן, ואף לא בהקשר לפסיקת סנקציות מפצות.[180] עם זאת, כל עוד החברה האנושית מתנהלת על בסיס ההנחה האינטואיטיבית (הנתמכת במחקר אמפירי) שלענישה אפקט מרתיע, אין מקום לזניחתו המוחלטת של התשלום העונשי. זאת, לפחות במקרים שבהם ברור לבית המשפט שהחלופה לפסיקת תשלום עונשי היא הותרת זכויותיהם של הנפגע ושל נפגעים בכוח במצבים דומים חשופות ופרוצות לכל רוח, בלא הגנה משפטית אפקטיבית.

<u>חלק רביעי: רציונל ההרתעה - ניתוח כלכלי</u>

<u>הרקע לדיון ותכליתו</u>

7.42 בחלק הקודם בחנתי את ההצדקה לענישה לבר-מפצה של התנהגויות מחפירות ואת השאלות שענישה זו מעוררת, כפי שהן עולות מתוך השיח המשפטי המסורתי. בחלק זה אבקש להרחיב את הדיון בחלק משאלות אלה על יסוד המושגים, המוסכמות, והעקרונות של הגישה הכלכלית למשפט. הניתוח הכלכלי של דוקטרינת התשלום העונשי החל

---

178 בספרות המקצועית נשמעו בעבר ומושמעים גם כיום קולות הטוענים כי בשל גורמים שונים הסנקציות המדינתיות (פליליות ואזרחיות כאחד) אינן מספיק אפקטיביות. טענה זו מושמעת בעיקר כלפי מנגנוני ההרתעה של המשפט הפלילי (לטענה בהקשר להרתעה במשפט האזרחי ר' הערה 185 לעיל). ר' למשל: R.L. Abel, "The Failure of Punishment as Social Control" 25 **Isr. L.R.** (1991) 740; עם זאת, הדעה השלטת היא, שלענישה הפלילית ישנו אפקט מרתיע ממשי, גם אם קשה לכמתו, וגם אם אינו אופטימלי. ר' למשל: J.Q. Wilson, "Penalties and Opportunities", in **Duff**, 178, 181: "**To assert that deterrence doesn't work, is tantamount to.. ..denying the plainest facts of everyday life..**" הצורך במחקר אמפירי לאישוש השערות וספקולציות בדבר מידת ההרתעה של הדוקטרינה הועלה בספרות המשפטית כבר בשנות השלושים. ר': **Morris**, 1184, 1206-7: "**..the problem of deterring wrongdoing - in the present state of human knowledge - is an insolvable one… ..an accurate knowledge of the limits and scope of its utility would be based on a richer acquaintance with the actual results of cases than is now available. The future of admonition by money judgements in civil actions.. ..lies in discovering the limits of its efficacy in real life..**" לניתוח מאלף של מחקרים בפסיכולוגיה ניסויית שנערכו על בעלי חיים והמצביעים על אפקטיביות הענישה בריסון התנהגות פלילית ר': B.S. Singer, "Psychological Studies of Punishment" 58 **Cal. L.R.** (1970) 405. ספר הבוחן את הניסיונות שנעשו במחקרים אמפיריים לאשש או להפריך את תיאוריית ההרתעה בענישה הוא: J.P. Gibbs, **Crime, Punishment and Deterrence** (N.Y., 1975) הפנולוג הנורבגי **Andenaes** טען בשעתו, שמרבית המחקרים האמפיריים שנערכו בנושא זה בחנו את השפעת העונש על האוכלוסיה העבריינית (הרתעה פרטית) ולא על שכבות רחבות בציבור (הרתעה כללית), דבר המציב קושי רב בפני הגעה למסקנות בנוגע ליעילות הענישה כגורם מרתיע. לבעייה זו ולבעיות נוספות שמעוררים מחקרים פסיכולוגיים אמפיריים שנערכו בתחום זה ר': **Andenaes**, 183-8. אחד מהחוקרים המפורסמים שבחן את שאלת השפעתו המרתיעה של עונש המוות הוא Issac Ehrlich ר': I. Ehrlich, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death" 65 **Am. Econ. R.** (1975) 397; see also I. Ehrlich, "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement" 1 **J. Leg. Stud.** (1972) 259, 260: "**..this article presents extensive empirical evidence.. ..that law enforcement does deter the commission of crimes.**" על האפקט המרתיע של עונש המוות חלוקות הדעות עד היום. לריכוז של מחקרים בנושא ר' למשל: www.msccsp.org/publications/death.html ר' גם: www.prodeathpenalty.com/DeterrentEffect.htm

179 כגון: הגברת התדירות של השימוש בדוקטרינה, הגדלת הסכומים הנפסקים במסגרתה, הגדרה ברורה יותר של הנורמה האוסרת שהדוקטרינה קובעת, שלילת האפשרות לבטח מפני הסיכון של חיוב בתשלום עונשי, מתן פרסום נאות לפסקי תשלום עונשי, וכיו"ב.

180 כך למשל, בעיות מידע הן אחד המכשולים העיקריים המונעים את האפשרות להגשים בפועל את חזון ה"הרתעה היעילה" באמצעות דיני הנזיקין המסורתיים. לבעייה זו ולנסיונות שונים של הגישה הכלכלית להתמודד עימה ר': **גלעד**, 85-446.

nevo.co.il

צובר תאוצה בראשית שנות ה-80, ומאז הוא תופס חלק נכבד בשיח הכלכלי-משפטי.[181] רובה הגדול של הכתיבה הכלכלית אודות הדוקטרינה מנתח את שאלת ההצדקות להכרה בה תוך התמקדות בתחום דיני הנזיקין, בו היא מוכרת ומבוססת בדין הנוהג. עם זאת, כפי שאבקש להראות בשער הרביעי לחיבור, מרבית הטיעונים והמסקנות המובאים בהקשר הנזיקי רלבנטיים וישימים גם לניתוח הכלכלי של הדוקטרינה בהקשר החוזי.[182] בחלק זה של הפרק אבקש לסקור בתמצית את הניתוחים המרכזיים של הדוקטרינה אשר הובאו בספרות הכלכלית, ולבדוק באיזו מידה יש בהם כדי לספק הצדקה או הסבר להטלת סנקציה לבר-מפצה על התנהגויות מחפירות. לאחר בחינה ביקורתית זו אפרוש בפני הקורא את מה שהוא לדעתי הסבר תועלתני-כלכלי נכון ושלם יותר לשאלה הנדונה בפרק זה. אטען, כי ניתן לספק הצדקה כלכלית למאמציו של מוסד התשלומים העונשיים למגר התנהגויות מחפירות ולאופן שבו הוא עושה כן. הדיון בחלק הרביעי משלים אפוא את הדיון בחלק השלישי, והוא נועד להראות, שהשאיפה להרתיע נתבעים בכוח מפגיעה מחפירה בזכויות הזולת ניתנת להצדקה הן במסגרת תפיסה מוסרנית, והן במסגרת תפיסה תועלתנית של רציונל ההרתעה.

I. מבוא: מושגי יסוד והנחות יסוד בניתוח הכלכלי המסורתי

א. יעילות כלכלית, הרתעה יעילה, הרתעה מוחלטת והרתעה אופטימלית

7.43 הקריטריון הנורמטיבי העליון שלאורו פועלת הגישה הכלכלית למשפט הוא קריטריון היעילות הכלכלית (economic efficiency).[183] לשיטתם של אנשי האסכולה, מטרה זו מגשים המשפט באמצעות כללים ומוסדות שתכליתם ליצור תמריצים כלכליים נכונים לפעולה. הדרך הטיפוסית שבה תכלית זו מוגשמת היא באמצעות "הרתעה יעילה", כלומר,

---

[181] ניתוח כלכלי ראשון של הדוקטרינה הופיע במהדורה הראשונה של ספרו הידוע של Posner. ר': R.A. Posner, **Economic Analysis of Law** (Boston, 1st ed., 1972) 77-78. ניתוחים מפורטים ומקיפים יותר התפרסמו לראשונה במסגרת סימפוזיון שנערך בנושא זה בקליפורניה בשנת 1982. אלו הם: D.D. Ellis, "Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages", 56 **S. Cal. L.R.** (1982) 1; R. Cooter, "Economic Analysis of Punitive Damages" 56 **S. Cal. L.R.** (1982) 79; G.L. Priest, "Punitive Damages and Enterprise Liability" 56 **S. Cal. L.R.** (1982) 123; G.T. Schwartz, "Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: A Comment" 56 **S. Cal. L.R.** (1986) 133. סימפוזיון חשוב נוסף התפרסם בשנת 1989, ורובו עוסק בניתוח כלכלי של הדוקטרינה. המאמרים המובילים בו הם: D. Friedman, "An Economic Explanation of Punitive Damages" 40 **Ala. L.R.** (1989) 1125; R. Cooter, "Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?" 40 **ALA. L.R.** (1989) 1146; D. Dobbs, "Ending Punishment in "Punitive" Damages: Deterrence-Measured Remedies" 40 **Ala. L.R.** (1989) 831; D.D. Ellis, "Punitive Damages, Due Process, and the Jury" 40 **Ala. L.R.** (1989) 975, 981-5; סימפוזיונים נוספים בנושא התפרסמו בכרך 39 של כתב העת **Villanova L.R.** משנת 1994, ובכרך 87 של כתב העת **Georgetown L.R.** משנת 1998. מאמרים בעלי חשיבות הם: J.S. Johnston, "Punitive Liability: A New Paradigm of Efficiency in Tort Law" 87 **Columbia L.R.** (1987) 1385; D.D. Haddock, F.S. McChesney, M. Spiegel, "An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions" 78 **Cal. L.R.** (1990) 1; T.C. Galligan, "Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages" 51 **Louisiana L.R.** (1990) 3; A.M. Polinsky, S. Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", 111 **Harv. L.R.** (1998) 870; K.N. Hylton, "Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties" 87 **Georgetown. L.J.** (1998) 421; M.F. Grady, "Efficient Negligence" 87 **Georgetown L.J.** (1998) 397, 418-9.

[182] ר' סע' 11.27 ואילך.

[183] הגישה הכלכלית, לפחות במתכונתה הקלסית, מבוססת על משנתו של פרופ' Posner, הדוגל בהשאת העושר ("wealth maximization") כמטרת על של המשפט. האסכולה הכלכלית הקלסית (המכונה לעיתים 'אסכולת שיקגו') מתמקדת אפוא רק באותם מרכיבי רווחה הניתנים להערכה בכסף. לכן, למרות קירבתה הרעיונית לתורה התועלתנית אין זהות בין שתי התורות. לצד אסכולה זו קיימות גישות כלכליות מרוככות יותר המשלבות, לצד ההכרה בהשאת העושר, גם הכרה בערכים תועלתניים אחרים, כגון השאת אושר ולעיתים אף ערכי מוסר לא-תועלתניים (שוויון, צדק חברתי, וכו'). דוגמה לתפיסה מרוככת, המכירה בצורך להציב מסננת מוסרית על גבי מערכת השיקולים הכלכלית היא תפיסתו של פרופ' Calabresi. ר' ספרו המפורסם: G. Calabresi, **The Costs of Accidents** (New Haven, 1970) esp. at p. 24, n. 1. להבחנה בין זרמים שונים באסכולה הכלכלית למשפט ר' **זלצברגר**, 70-266. ליחס בין הגישה הכלכלית לבין התיאוריה התועלתנית ר' מאמרו של: **Posner** (6), 111-35. ר' גם **זלצברגר**, 9-273. לביקורת ערכית ואינטלקטואלית על האסכולה הכלכלית הקלסית מבית מדרשו של Posner ר' למשל: R. Dworkin, "Is Wealth A Value?" 8 **J. Leg. Stud.** (1979) 191 לסקירה תמציתית של עקרונות ומושגי יסוד בניתוח הכלכלי של המשפט ר' למשל: **גלעד**, 434-46; R.A. Posner, **Economic Analysis of Law** (N.Y., 6th ed., 2003) 3-28; P. Burrows, C.G. Veljanovski **The Economic Approach to Law** (London, 1981) ch. 1.

nevo.co.il

קביעת סנקציות מרתיעות היוצרות תמריץ שלילי ביחס לפעולות שאינן יעילות.[184] אולם כיצד תושג אותה הרתעה יעילה? בהקשר זה חשוב להבחין בין שני סוגים של הרתעה: הרתעה מוחלטת (או ממגרת) ("complete\absolute deterrence") והרתעה אופטימלית או יחסית ("optimal deterrence"). השאיפה להשגת הרתעה מוחלטת מבוססת על ההנחה, שהתנהגויות מסויימות (למשל, עבירות פליליות חמורות) הן לעולם מזיקות בראייה חברתית ולפיכך יש לשאוף למיגורן המוחלט.[185] לעומת זאת, תפיסת ההרתעה האופטימלית מבוססת על ההנחה שכל התנהגות, אפילו היא מזיקה, עשוייה בנסיבות מסויימות להצמיח תועלת בשיעור העולה על שיעור הנזק שנגרם כתוצאה ממנה, כלומר - עשויה להיות יעילה. לפיכך, מטרת ההרתעה האופטימלית איננה למגר לחלוטין את ההתנהגות המזיקה, אלא להבטיח כי תתרחש רק כאשר היא אכן יעילה.[186]

ב. הנחת היסוד הראשונה: המשפט האזרחי שואף להרתעה אופטימלית באמצעות הפנמה

7.44 דומה שלא נטעה אם נאמר, שמרבית המלומדים העוסקים בניתוח הכלכלי מניחים, כי מטרת הסנקציות האזרחיות היא להבטיח הרתעה אופטימלית, ולא הרתעה מוחלטת או ממגרת.[187] כיצד תושג הרתעה אופטימלית? לפי התפיסה הרווחת, הדבר יושג רק אם כל מזיק בכוח ידע כי עליו לשאת בכל העלויות החברתיות של מעשיו. לשם כך על

---

184 העיסוק בהרתעה כאמצעי להבטחת יעילות כלכלית תופס חלק ניכר, אולי את החלק הארי בניתוח הכלכלי המודרני של המשפט. להצגה תמציתית של תורת ההרתעה הכלכלית ולביקורת מאירת עיניים עליה ר': **גלעד**, 31-429, 46-434. ר' גם: G. Schwartz, "Reality in The Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter" 42 **U.C.L.A .L.R.** (1994) 377, 378-9: **"..tort law provides a significant amount of deterrence, yet considerably less than the economists' formulae tend to predict."**

185 השאיפה להרתעה מוחלטת מאפיינת את התפיסה המוסרנית של ההרתעה, שבה דנתי בהרחבה בחלק השלישי. נראה שגם הניתוח הכלכלי המסורתי של המשפט הפלילי מניח כי באופן אידאלי הרתעה מוחלטת היא שאיפה לגיטימית. לעניין זה ר' גם התייחסותנו בהערה הבאה.

186 בספרות הכלכלית אין מרבים לעסוק בהבחנה בין הרתעה מוחלטת להרתעה אופטימלית, ככל הנראה בשל הנטייה להתמקד באחרונה. אולם מספר מלומדים דנו בה בהרחבה, לעיתים תחת מינוח שונה. קלברסי למשל, בספרו **The Costs of Accidents** דן בהרחבה בהבחנה בין "הרתעה כללית" או "הרתעת שוק" (general\market deterrence) המושגת על ידי הפנמה, לבין הרתעה ספציפית או קיבוצית (specific\collective deterrence) שעניינה בהרתעה המושגת על ידי החלטה חברתית כי פעילות ספציפית ראוייה למיגור מוחלט ולכן אסורה ומבצעה צפוי לעונש. להצגת ההבחנה ר': **Calabresi**, 68-9. לדיון בהרתעה הכללית, הטעמים לבחירתה, הדרכים להשגתה, ומגבלותיה ר' **Calabresi**, ch. 5, 68-94. לדיון מקביל בהרתעה הספציפית ר': **Calabresi**, ch. 6, 113-29. דיון נרחב בהבחנה בין הרתעה מוחלטת או ממגרת לבין הרתעה אופטימלית, גם הפעם תחת מינוח שונה ("סנקציות" מול "מחירים") קיים במאמרו החשוב של R. Cooter, "Prices and Sanctions" 84 **Colum. L.R.** (1984) 1523 בו הוא מבהיר, ש: **a detriment imposed for doing** [is] **what is forbidden, and a price** [is] **money extracted for doing what is permitted."** דיון מצויין בהבחנה מצוי גם במאמרו של **Hylton**, הנדון בסע' 7.59 להלן. כמובהר בהמשך הפרק, לדעתי קיימת הקבלה בין הבחנה זו לבין ההבחנה בין כללי אחריות לבין כללי קניין. ר' סע' 7.64(287) להלן.

187 **"Scholars of jurisprudence traditionally view law as a set of obligations backed by sanctions… In contrast, economists tend to view law as a set of official prices." Cooter** (3) 1523; see also D. Kretzmer, "Judicial Conservatism v. Economic Liberalism: Anatomy of a Nuisance Case" 13 **Isr. L.R.** (1978) 298, 310: **"The whole rationale of the economic analysis of tort law is that liability is not necessarily meant to prevent certain acts being performed - it is meant to place a price on those acts so that they will not be performed unless they are worth the price."** נטייה זו של המקורות ה"כלכליים" להעדפת הרתעה אופטימלית על פני הרתעה מוחלטת אינה מפתיעה: לפחות על פני הדברים תפיסה תועלתנית טהורה מתיישבת טוב יותר עם ההרתעה האופטימלית, שכן זרה לה ההנחה שלפיה התנהגויות מסויימות הן לעולם פסולות (mala per se). אולם, כפי שראינו לעיל, גם במסגרת תפיסה תועלתנית ניתן להציג טיעון בזכות הטלת איסורים גורפים באמצעות הרתעה ממגרת. ר' סע' 7.29 לעיל (ואכן, זו היתה תפיסת ההרתעה של אבות התורה התועלתנית, כדוגמת בנת'האם ואוסטין). מעניין לציין, שגם בניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי מקובל כיום לדבר על הרתעה אופטימלית, להבדיל מהרתעה מוחלטת. עם זאת, לדעתי, השימוש במושג זה בתחום הפלילי הוא מבלבל, שכן ההרתעה האופטימלית בתחום הפלילי שונה במהותה מההרתעה האופטימלית שאליה מתכוונים הכותבים בתחום האזרחי. למעשה, ההנחה הרווחת בדרך כלל היא כי הרתעה מוחלטת של עבירות פליליות היא אידאל רצוי. עם זאת, מאחר שהשגת הרתעה מוחלטת כרוכה בעלויות אכיפה גבוהות שאינן בהכרח מוצדקות מבחינה כלכלית, הרי שלעיתים אין מנוס מלהסתפק ברמה פחותה של אכיפה, המכונה בספרות "אכיפה אופטימלית". תובנה בסיסית זו פותחה במאמריהם פורצי הדרך של Becker ו-Stigler המשמשים עד היום בסיס לניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי: G.S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach" 76 **J. Pol. Econ.** (1968) 169; G. Stigler, "The Optimum Enforcement of Laws" 78 **J. Pol. Econ.** (1970) 526, 526, 533: **"The goal of enforcement.. ..is to achieve that degree of compliance with the rule of prescribed (or proscribed) behavior that the society believes it can afford. There is one decisive reason why the society must forgo "complete" enforcement of the rule: enforcement is costly. … If the scale of enforcement is correct, society is not spending two dollars to save itself one dollar of damage."** תובנה בסיסית זו, שלפיה את היקף האכיפה האופטימלי יש לקבוע תוך התחשבות בעלויות האכיפה, מיושמת בהמשך הפרק כדי להסביר את אחד ממאפייניה של הדוקטרינה. ר' סע' 7.72, 7.75.

nevo.co.il

הסנקציות האזרחיות לגרום למזיקים בכוח להפנים ("internalize") עלויות אלה. תוצאה זו מושגת על פי רוב באמצעות כלל האחריות הבסיסי הנוהג במשפט האזרחי האנגלו-אמריקאי - כלל הפיצוי המלא.[188] כלל הפיצויים הוא יעיל, שכן הוא יוצר תמריץ כלכלי להימנע מפעולות מזיקות כל אימת, ורק כל אימת, שהנזק הכרוך בביצוען עולה על התועלת שהמזיק בכוח מצפה להפיק מכך.[189]

ג. הנחה היסוד השנייה: סנקציות לבר-מפצות אינן יעילות

7.45 אם סנקציה של פיצוי מלא מבטיחה יעילות כלכלית בכל מקרה ומקרה, מסתמא שחריגה מכלל הפיצוי המלא - כלפי מעלה או כלפי מטה - איננה רצוייה.[190] הניתוח הכלכלי המסורתי של הדוקטרינה מתחיל אפוא מהנחת היסוד, שלפיה סנקציות לבר-מפצות אינן יעילות. כיצד אפוא ניתן להסביר ולהצדיק את הכרת הדין הנוהג באפשרות להטיל על מעוולים מסויימים סנקציה לבר-מפצה כדוגמת התשלום העונשי?[191] בסעיפים הבאים נבחן את ההסברים השונים שהועלו בספרות הכלכלית בניסיון ליתן מענה לשאלה זו.

II. הצדקות כלכליות מסורתיות להכרה בתשלומים עונשיים

א. התשלום העונשי כפתרון לבעיית ההתחמקות מהדין

1. ההסבר המוצע

7.46 ההסבר הכלכלי הקלסי המופיע כיום כמעט בכל מקור העוסק בניתוח כלכלי של הדוקטרינה, תולה את ההצדקה לקיומה בבעיית ההתחמקות מהדין. הטענה המרכזית היא, שההנחה המסורתית בדבר יעילות סנקציית הפיצויים מבוססת על הנחה מוקדמת ובלתי מציאותית, שלפיה סופו של כל מזיק לשלם פיצויים על מלוא הנזק שגרם. אלא שבפועל, במקרים רבים אין המערכת המשפטית אוכפת על מזיקים את חובת תשלום הפיצויים, ואלה מתחמקים מאחריותם זו. מספר גורמים אחראים לבעייה זו:[192] **ראשית**, לעיתים קיים קושי באיתור הגורם לנזק. במצב כזה עלול הניזוק להימנע מהגשת תביעה בין משום שהוא סבור כי שום גורם אנושי אינו אחראי לנזק שנגרם לו, ובין משום שאין בכוחו להצביע על הגורם האנושי האחראי.[193] **שנית**, גם כאשר הניזוק סבור שהוא יודע מיהו הגורם

---

188 כידוע, סעדי הביצוע בעין (ציווים, אכיפה וכו') נתפסים במשפט האנגלו-אמריקאי כסעדים משניים, שאינם ניתנים כדבר שבשגרה.

189 **"Optimal deterrence is generally accomplished by shifting, or "internalizing" the costs generated by the offender's conduct to the offender." Hylton**, 421; see also **Polinsky**, 873: **"…the basic principle** [is] **that, to achieve appropriate deterrence, injurers should be made to pay for the harm their conduct generates, not less, not more."** ההנחה בדבר יעילותו של כלל הפיצוי המלא מוחזקת על פי רוב כתקפה הן במשטר של רשלנות (אחריות המותנית באשם) והן במשטר של אחריות מוחלטת או חמורה (אחריות שאינה מותנית בהוכחת רשלנות). עם זאת, תקפותה של ההנחה במשטר של רשלנות כפופה לסייגים שונים. לדיון נרחב יחסית בעקרון הפיצוי ובמידת תקפותו בשני משטרי האחריות דלעיל ר': **Polinsky**, 878-87; S. Shavell, "Strict Liability Versus Negligence" 9 **J. Leg. Leg. Stud.** (1980) 1.

190 סנקציה חלשה יותר מסנקציה של פיצוי מלא עלולה שלא להספיק להרתעת המזיק ממעשה בלתי יעיל, ולכן עלולה ליצור מצב של הרתעת-חסר (under-deterrence); סנקציה חזקה יותר, לעומת זאת, עלולה ליצור הרתעת-יתר (overdeterrence) שכן היא עלולה להניא את המזיק מביצוע המעשה, גם כאשר התועלת שהוא יפיק ממנו עולה על הנזק שייגרם לניזוק. לדוגמה: אם הנזק הנגרם לניזוק הוא 100 והתועלת שמפיק המזיק מההתנהגות המזיקה היא 90 בלבד, ההתנהגות אינה יעילה. אם נטיל על המזיק חבות בשיעור הנמוך משיעור הנזק (95, למשל) המזיק עלול לנקוט בה למרות שאינה יעילה (שכן מבחינתו האישית הפעולה משתלמת). אם, לעומת זאת, התועלת שמפיק המזיק מהפעולה עולה על הנזק (למשל, 110) הפעולה היא יעילה למרות הנזק הכרוך בה. אולם אם נטיל על המזיק סנקציה לבר-מפצה (למשל 150) הוא עלול להימנע מביצועה. תוצאות שליליות אלה נמנעות כאשר מקפידים להטיל על המזיק סנקציה בשיעור הנזק בלבד.

191 **"The proponent of the deterrence rationale for punitive damages is hence required to explain why the ordinary law of damages is insufficient to accieve society's deterrence needs." Schwartz**, 137-38.

192 לפירוט חלק מגורמים אלה ר': **Polinsky**, 888; **Ellis**, 25-26.

193 למשל: אדם מועד בגרם המדרגות של הבית המשותף ונחבל עקב החלקה על קליפת בננה. מיהו האחראי לנזק? הניזוק (שלא זיהה את הסכנה)? הדיירים שלא מנעו את הסכנה? המנקה, אשר לא אסף את הקליפות? מי שהקליפה נשמטה מידיו? מתן מענה לשאלות אלה לא תמיד אפשרי, ומכל מקום הוא כרוך במשאבים. במצב כזה עלול הניזוק להעדיף לספוג את הנזק ולהימנע מהגשת תביעה, בפרט כשהנזק אינו רב. ודוגמה אחרת: שוכר מזהה סדק בתקרת ביתו הישן. האם הנזק הוא באחריותו של מאן דהוא, או שמא מדובר בפגעי טבע שאין איש אחראי להם? בהנחה שמדובר ברשלנות, מיהו האחראי? הקבלן? המהנדס? רשויות התכנון? בעלי הדירה? גם כאן זיהוי הגורם האחראי לנזק - אם בכלל ישנו כזה - כרוך במשאבים, והדבר עלול להקשות על הבאת האחראי לדין.

nevo.co.il

האחראי לנזק, הוא עלול להימנע מהגשת תביעה בשל חוסר יכולת לעמוד בהשקעה הכלכלית הכרוכה בכך או בשל סברתו כי ההשקעה אינה משתלמת.[194] **שלישית**, גם כאשר מוגשת תביעה כנגד המזיק, קיים תמיד סיכוי, שהניזוק ייכשל בהוכחת הקשר הסיבתי בין התנהגות המזיק לבין הנזק, או בהוכחת אחריותו המשפטית של המזיק לנזק שגרם.[195] **רביעית**, גם בהנחה שיינתן פסק דין לטובת הניזוק, אין כל ביטחון שהמזיק אכן ישלם בסופו של דבר את מלוא הסכום.[196]

גורמים אלה, כל אחד לחוד וכולם יחד, פוגעים במידה משמעותית ביכולתו של כלל הפיצוי המלא ליצור תמריצים יעילים לפעולה בקרב מזיקים פוטנציאליים.[197] הטעם לכך הוא פשוט: מבחינת המזיק, כאשר קיים סיכוי להתחמקות מהדין, תוחלת הרווח מהפעולה המזיקה עשויה להיות גבוהה מהעלות הכרוכה בביצועה, ולכן הוא יבצעה גם כאשר מבחינה חברתית הפעולה המזיקה איננה יעילה.[198] על מנת לתקן תקלה זו, הגורמת להרתעת-חסר (under-deterrence) של מזיקים בכוח, קיים צורך לסטות מכלל הפיצוי המלא, ולהכיר באפשרות להטיל סנקציות לבר-מפצות. סנקציות כאלה יש להטיל, כאשר הפעולה המזיקה בוצעה בנסיבות שבהן קיים סיכוי להתחמקות מהדין, ובשיעור הדרוש כדי לבטל את השפעתה השלילית של בעייה זו. כך, למשל, אם ההסתברות שהמזיק יימצא אחראי לנזק שגרם היא של 50% בלבד, הרי שיש לחייבו (באותו מקרה שבו אכן הוכחה אחריותו) בסנקציה כספית בשיעור של פי שניים מסכום הפיצויים המלא הנדרש לפיצוי בגין אותו נזק; אם ההסתברות היא של 25%, הרי שתוטל עליו סנקציה בשיעור של פי ארבעה מסכום הפיצויים; וכן הלאה. המזיק יחוייב אפוא לשלם - באותו מקרה שבו אכן יימצא אחראי למעשה עוולה כלשהו - סכום אשר ישקף נכונה את הנזק החברתי הכולל שבמעשיו: לא רק הנזק שנגרם במקרה הקונקרטי, אלא גם את הנזק שמבחינה הסתברותית ניתן להניח שנגרם בעבר (או שייגרם בעתיד) ושבגינו לא נתן (או לא יתן) המזיק את הדין בשל בעיית ההתחמקות מהדין. באופן זה מובטח כי המזיק ומזיקים כדוגמתו יחוייבו להפנים את עלויות מעשיהם גם בהינתן בעיית ההתחמקות מהדין.[199]

---

194 הגשת תביעה איננה משתלמת כאשר העלות הכרוכה בספיגת הנזק נמוכה מן העלות הצפוייה מניהול הליך משפטי. כך יהיה, למשל, כאשר הנזק קטן בהשוואה להוצאות המשפט, וכאשר הסיכוי לזכות בפיצוי על הוצאות אלה הוא קטן. הסיכוי לזכות בפיצוי על עלות הטיפול המשפטי קטן במיוחד בשיטות שאינן מכירות בזכותו של תובע הזוכה במשפט לכיסוי הוצאותיו. אך גם בשיטות המכירות בזכות זו, עלול המזיק להימנע מתביעה כאשר הוא מעריך שסיכויי ההצלחה בתביעה אינם גדולים. במצב זה נקיטה בהליך משפטי אינה משתלמת לניזוק, שכן אל מול הסיכוי הקטן לזכות בפיצוי על נזקו, עומדת ההוצאה הוודאית הכרוכה בניהול ההליך המשפטי. ודוק: בעייה כאובה זו אינה נפתרת לחלוטין גם בתיקים שבהם שכר הייצוג משולם למפרע מכספי הפיצויים. הטעם לכך הוא, שכאשר הסכום הצפוי להתקבל מזכייה בתביעה והסיכוי להצליח בה אינם גדולים מספיק, פוחת התמריץ של עורכי הדין ליטול עליהם את הייצוג בתיקים מעין אלה מלכתחילה.

195 הטעמים האפשריים לכישלון כזה הם מגוונים: התרשלות של הניזוק או הפרקליט המייצג אותו באיסוף מהיר ומקיף של ראיות אמינות ורלבנטיות, קושי אובייקטיבי בהשגת ראיות כאלה, התרשלות בניסוח המסמכים המשפטיים או בניהול ההליכים המשפטיים, קשיי זיכרון של עדים, טעויות שיפוטית (עובדתיות או משפטיות), קושי כלכלי או נפשי לנהל את ההליך המשפטי עד תומו, ועוד.

196 במקרים רבים הליכי ההוצאה לפועל של פסקי דין נכשלים באופן מלא או חלקי, בין בשל חוסר רצון או חוסר יכולת של החייב לבצע את חובתו על פי הפסק ובין בשל אוזלת ידן של הרשויות.

197 זאת ועוד: מודעות הניזוק לבעיית ההתחמקות מהדין פוגעת בתמריץ שלו לפנות מלכתחילה לשירותיה של מערכת המשפט האזרחית. עובדה זו מגבירה בתורה את התמריץ של מזיקים בכוח לנהוג באופן אופורטוניסטי (תוך החצנה מודעת של עלויות) וכך מחריפה עוד יותר את קשיי האכיפה ואת בעיית ההתחמקות מהדין. להרחבת הדיון באופורטוניזם בהקשר החוזי ר' סע' 10.25.

198 לדוגמה: נניח שהרווח שיפיק המפר הוא של 80 ₪, ושהנזק שייגרם הוא של 100 ₪. ניתן לראות שמבחינה חברתית ביצוע העוולה אינו יעיל. במצב של אכיפה מלאה (תחת כלל של פיצויים) יימנע המפר מביצוע העוולה, שכן ביצוע העוולה אינו משתלם מבחינתו. (רווח צפוי - 80 ₪ עלות צפוייה - 100 ₪). אולם במצב של תת-אכיפה התמונה משתנה. נניח, למשל, שההסתברות שהמזיק יועמד לדין ויימצא אחראי לנזק היא של 50%. במצב כזה יבצע המזיק את העוולה, שכן מבחינתו הדבר יעיל (רווח צפוי - 80 ₪, עלות צפוייה - 50 ₪).

199 ההמלצה הקונקרטית לחשב את שיעור התשלום הלבר-מפצה באופן שתואר לעיל (הנזק חלקי ההסתברות שהמזיק יימצא אחראי לו) הוצגה ככל הנראה לראשונה במאמרו של **Cooter**(2) 1148: **"In general, the punitive multiple should equal the reciprocal of the enforcement error.."**. התזה במלואה מוצגת באופן מקיף במאמרם של Polinsky ו-Shavel. לדבריהם: **"When an injurer has a chance of escaping liability, the proper level of total damages to impose on him, if he is found liable, is the harm caused, multiplied by the reciprocal of the probability of being found liable... To remedy these problems of underdeterrence, damages.. ..should be raised sufficiently so that injurers' average damages will equal the harm they cause" Polinsky**, 874,

nevo.co.il

2. *הערכה ביקורתית*

7.47 לדעתי, ההסבר הכלכלי שהוצג זה עתה לוקה הן במישור הפוזיטיבי, והן במישור הנורמטיבי.

במישור הנורמטיבי ההצעה להטיל על מעוולים תשלומי מכפיל על בסיס ההנחה הבלתי מוכחת כי הם ביצעו בעבר (או יבצעו בעתיד) עוולות נראית בעיניי בעייתית ביותר - הן במישור ההוגנות והן במישור התועלתני שבו ההצעה ערוכה.[200] ואילו **במישור הפוזיטיבי** ההסבר לקוי, שכן אין הוא מספק הצדקה או הסבר לדוקטרינה שהיא מושאו של מחקר זה.[201] הסיבה לכך היא פשוטה: משטר הסנקציות הלבר-מפצות המתואר בהסבר זה איננו המשטר התרופתי שקובעת דוקטרינת התשלום העונשי ואף איננו דומה לו:

ראשית, המבחן לתחולת הדוקטרינה דורש התנהגות מחפירה מצד הנתבע, דהיינו, התנהגות המתאפיינת בדרגה גבוהה של אשמה מוסרית וחברתית. אולם לפי התזה הנדונה כאן, סנקציה לבר-מפצה תוטל בכל מקרה שבו קיים סיכוי להתחמקות מהדין, אפילו לא נפלה אשמה חמורה בהתנהגות המזיק, ולמעשה אפילו כאשר הוא נעדר כל אשם![202] מנגד, לפי אותה תזה, גם הפרה מחפירה במיוחד שגרמה לנזק חמור לא תגרור תשלום עונשי, אם היא נעשתה בנסיבות שבהן אין חשש להתחמקות מתשלום פיצויים. זאת ועוד, כמוסבר לעיל פסיקת תשלום עונשי איננה טעונה הוכחת נזק בר-פיצוי, בשעה ש"התשלום העונשי הכלכלי" מחייב זאת.

אמת, ניתן להצביע על רמה מסויימת של מיתאם בין הדוקטרינה המסורתית לבין הדוקטרינה ה"כלכלית". הטעם לכך הוא, שהתנהגות מחפירה מתאפיינת בהכרח במודעות של העושה למעשיו ולעובדה שאינם כדין.[203] סביר להניח, כי מי שפועל מתוך מודעות מלאה שכזו ידאג לטשטש את עקבות מעשהו המזיק כדי לחמוק מאחריות. סיכוייו של המזיק המחפיר לחמוק מאחריות גבוהים אפוא יותר מאלה של מזיק הפועל בהיסח הדעת ובהעדר מודעות מלאה.[204] אולם לדעתי מיתאם זה הוא חלקי בלבד, שכן הוא מתייחס רק לאחד הגורמים לבעיית

.889 לדעת המלומדים, במקרים רבים סיכויי ההתחמקות הם נתון שבית המשפט יכול לקבוע לגביו ממצא מדוייק יחסית, וכך לנקוט במבחן עקבי ורציונלי, שיבטיח הרתעה יעילה. Id., 891-2

200 **במישור ההוגנות** הטלת סנקציה כספית על אדם על בסיס הנחה חלוטה (וחסרת בסיס ראייתי כלשהו) שאותו אדם פעל בעבר או יפעל בעתיד באופן דומה ולא נתפס (או לא ייתפס), נראית בלתי מתקבלת על הדעת, קל וחומר במקרים שבהם האשמה המוסרית של המזיק אינה גבוהה במיוחד. **מן הבחינה התועלתנית**, ההנחה שניתן לקבוע ולהעריך באופן מדוייק ושיטתי את ההסתברות שמעשה עוולה נתון ייאכף על מזיק נתון בנסיבות נתונות נראית יומרנית למדי. יומרנית לא פחות נראית השאיפה (הנזכרת במאמרם של Polinsky ו-Shavell) לקבוע מראש קטגוריות כלליות של הסתברות לגבי מעשי עוולה שונים, שעה שבפועל סיכויי ההתחמקות מהדין משתנים במידה משמעותית ממזיק למזיק, וממקרה למקרה. לתמיכה בביקורות אלו ר': **Canadian Report**, 36-7. קושי נוסף בתיאוריה זו נעוץ בהתעלמות מהעובדה, שעצם ההכרה ב"תשלומים מוגדלים" כאלה צפוי להגדיל את התמריץ של ניזוקים להגשת תביעות, ותמריץ זה צפוי להפחית בתורו את בעיית ההתחמקות מהדין מלכתחילה, ולפיכך להצדיק הפחתה בשיעור התשלום המוגדל שיש לפסוק. אולם כיצד יקבע בית המשפט את שיעור ההפחתה הנדרש בכל מקרה ומקרה? לביקורת זו ר': R. Cooter, T. Ulen, **Law and Economics** (Berkeley, 1986) 391, n. 9 התיאוריה מתעלמת גם מהעובדה (שאיננה ייחודית דווקא להקשר דנן) שחוסר הוודאות הטבוע בכללים משפטיים עלול אף הוא להכשיל את הציפייה להשגת הרתעה יעילה. נראה בלתי סביר להניח כי מזיקים בכוח יוכלו לשער מראש מה ייקבע על ידי בית המשפט (בדיעבד) בכל מקרה ומקרה כהסתברות לחמוק מהדין בעת שבוצעה העוולה. רמז לביקורת זו יש במאמרו של: **Ellis**(2), 981: **"..while this analysis may be valid under the assumption of clearly ascertainable liability rules.. ..it does not withstand scrutiny once uncertainty regarding the liability and amount of damages is introduced."** לביקורות אלה ונוספות ר' גם **Hylton**, 460-63.

201 יש להודות, שבמקורות שהציעו את ההסבר הנדון קיימת עמימות מסויימת לגבי השאלה אם מדובר בניתוח פוזיטיבי של הדוקטרינה עצמה, או בניתוח נורמטיבי שמטרתו להציע הסדר משפטי חלופי לדוקטרינה המסורתית. ממרבית המקורות משתמע ניסיון להסביר, ולא רק לבקר את הדוקטרינה. אגב, חטא זה משותף למרבית הכותבים הכלכליים שעסקו בדוקטרינה ולא רק לאלה שהציעו את ההסבר הנדון כאן. במקרים רבים אלה מציגים את מאמרם כניסיון לתת הסבר כלכלי לדוקטרינה, ובסופו של דבר מציגים הצדקה לדוקטרינה שונה לחלוטין. חריג ראוי לציון הוא מאמרו של Galligan, המבהיר כבר בשמו של המאמר, ולכל אורך הניתוח, כי אין בכוונתו להצדיק או להסביר את הדוקטרינה, אלא להציע דוקטרינה חדשה ושונה במהותה ובמאפייניה.

202 Polinsky ו-Shavell מודים בכך מפורשות: בכך מודים אפילו המלומדים הדוגלים בתזה זו: **Polinsky**, 891: **"injurers might escape liability even when their conduct is not blameworthy.. ..non-blameworthy conduct might still call for punitive damages to achieve proper deterrence."**

203 לדיון בתנאי מוקדם זה ר' סע' 7.04 לעיל.

204 אני מודה לד"ר אורן גזל על הפניית תשומת הלב לתובנה זו, אשר איננה מודגשת מספיק בספרות הכלכלית. התייחסות לאפשרות של מתאם בין הסיכויים להתחמקות מהדין לבין מחפירותה של התנהגות המעוול מצאתי במאמרם של Polinsky ו-Shavell, בו הם

nevo.co.il

ההתחמקות מהדין (קושי לייחס אחריות למזיק ספציפי), בעוד ששלושת הגורמים האחרים לבעייה זו אינם מיוחדים להפרת זכויות מודעות דווקא.[205] יתרה מכך, התנהגויות מחפירות רבות נלמדות דווקא מהעובדה שהמפר-המזיק איננו מסתיר את מעשיו מהניזוק, אלא מזלזל בו ופוגע בזכויותיו בעזות מצח ובריש גלי. במקרים אלה לא קיימת בעייה מיוחדת של התחמקות מהדין, ואף על פי כן ברור שבית המשפט לא יהסס לפסוק תשלום עונשי.[206] זאת ועוד: לא כל הפרה מודעת גוררת תשלום עונשי במסגרת הדוקטרינה מושא המחקר, אלא רק הפרות חמורות במיוחד (מחפירות). גם עובדה זו פוגעת בכוחו ההסברתי של ניסיון זה להגן על ההסבר הכלכלי הרווח.[207]

שנית, במסגרת הדוקטרינה המסורתית שיעורו של התשלום העונשי נקבע בהתאם לדרגת חומרתה המוסרית (או החברתית) של התנהגות המזיק.[208] במסגרת הדוקטרינה הכלכלית, לעומת זאת, נקבע שיעורו של "התשלום העונשי" לא בהתאם לקריטריון מסורתי זה, אלא בהתאם לסיכוייו להתחמק מתשלום פיצויים לניזוק במקרה שבו "נתפס".[209] חוסר מיתאם זה בין מאפייניה של דוקטרינת התשלום העונשי לבין מאפייניה של הדוקטרינה הכלכלית

מציינים, שבתי המשפט מתחשבים לעיתים בעובדה שהנתבע ניסה להסתיר את מעשיו, כשיקול המצדיק את חיובו בתשלום עונשי. אולם לדבריהם התחשבות זו נעשית באופן מקרי ואגבי, ומבלי שהשופטים נותנים לנתון זה את המשקל הראוי: **"Courts also do not pay systematic attention to the probability of escaping liability..** [they] **sometimes allude to** [it] **but they rarely recognize its importance.." Polinsky**, 898.

205 לפירוט הגורמים השונים ר' טקסט להערות 196-194 לעיל.

206 לתמיכה משתמעת בטענתי זו ר': **Schwartz**, 141: **"..courts have been quite willing to find malice or recklessness even when the prospect of underenforcement seems slight."** כמובן, סיכוי לחמוק מאחריות מלאה קיים תמיד, אך במקרים אלה הוא קטן בהרבה, ומכל מקום אין הוא נובע מכך שההפרה היתה מודעת.

207 ניסיון אחר 'לקרב' בין ההבנה המסורתית לבין ההבנה הכלכלית של הדוקטרינה נעשה על ידי Cooter. לדעתו, 'אפקט הסף' שיש למשטר אחריות נזיקי המבוסס על רשלנות מביא לכך שכל עוד רמת האכיפה היא טובה (גם אם לא מושלמת) המזיק בכוח יעדיף לעמוד בסטנדרט ההתנהגות הסביר, ולהימנע מהפרת חובת הזהירות ברשלנות (זאת להבדיל ממשטר של אחריות חמורה, שבו כל ירידה ברמת האכיפה תביא במישרין לירידה ברמת הציות לחוק). לדבריו, במצב כזה רק מזיקים ספורים יבחרו להתרשל במודע. אלה הם אותם "מזיקים מפוקפקים", שהציות לחוק כרוך מבחינתם בעלויות חריגות. זאת ועוד, לדבריו, מזיקים כאלה צפויים לא רק להפר את החוק במודע, אלא גם לעשות זאת "בגדול" (שכן לאחר החצייה הראשונית של סטנדרט ההתנהגות החוקי, גדלה התועלת השולית הכרוכה בהמשך ההתרחקות ממנו, בעוד שהעלות השולית של התרחקות נוספת מהסטנדרט החוקי הולכת ופוחתת): **"Intentional fault is gross because a person who deliberately exposes himselt to liability crosses a threshold, after which aggravation of the fault is less costly** [to the offender]. **Cooter** (1) 86. לדעת המלומד מזיקים מפוקפקים אלה הם אלה שהתנהגותם מוגדרת במסגרת הדוקטרינה המסורתית כ"מחפירה" (התנהגות המשקפת סטייה משמעותית מודעת מסטנדרט ההתנהגות הסביר). אלא שגם הסבר זה נראה לי בעייתי: הוא מספק הצדקה לפסיקת תשלום עונשי בכל מקרה של הפרת זכויות מודעת, מתוך הנחה שכל הפרה מודעת היא גם חמורה ומשמעותית. אולם עצם ההנחה שכל הפרה מודעת היא גם חמורה ומשמעותית נראית חזקה מדי: נסיון החיים מלמד, שלא רק שהפרת חוק מודעת אך קטנה בעוצמתה היא אפשרית, אלא שרבים ממפרי החוק מקפידים במודע להימנע מהתרחקות מסטנדרט ההתנהגות החוקי, גם לאחר הפרתו (למשל, נהיגה מעל למהירות המותרת). גם ההנחה שכל מפר חוק מדעת הוא טיפוס חריג ומפוקפק נראית לי בלתי מציאותית. משום כך, נראית כבעייתית גם ההנחה של Cooter, כי רק מעטים וחריגים הם האנשים המפירים את החוק במודע. ואמנם, לקראת סיום ההסבר המובא על ידו נראה שהמלומד מנסה להיחלץ מביקורת זו, בקובעו שלמעשה לא כל הפרה מודעת תצדיק תשלום עונשי, ויש לבחון את מידת התועלת החברתית המופקת ממנה. **Cooter**, 89. אלא שבכך הוא מרוקן מתוכן ומייתר לכאורה את התזה שהוא עצמו הציע קודם לכן. יתרה מכך, נשאלת השאלה, מדוע הפרות מודעות חריגות אלה אינן יעילות? לביקורת דומה ר' גם הדיון בסע' 7.51 להלן.

208 דרגת מחפירותה של ההתנהגות נתפסת בדרך כלל כשיקול המרכזי בקביעת גובה התשלום העונשי. **"..the most important indicium of the reasonableness of a punitive award is the degree of reprehensibility of the defendant's conduct. ..**[the sum] **Should reflect "the enormity of his offense"" B.M.W.**, 575; see also D.G. Owen, "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform" 39 **Vill. L.R.** (1994) 363, 387: **"The flagrancy of the misconduct is thought to be the primary consideration in determinig the amount of punitive damages."** שיקול רלבנטי נוסף הוא מידת עושרו של הנתבע. שיקולים אלה מעוגנים ברסטייטמנט האמריקאי: **"In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant." Rest. Torts**, 908(2). נזכיר, כי חוקתיותו של השיקול האחרון (עושרו של הנתבע) הוטלה לאחרונה בספק בפסק הדין בעניין **State**. לעניין זה ר' הערה 152 לעיל.

209 הסיבה להבדל באמת המידה לקביעת שיעור הסנקציה היא ברורה: בעוד שמטרת התשלום העונשי היא לשאוף להרתעה מוחלטת מביצוע התנהגויות מחפירות (הרתעה מוחלטת) הרי מטרת התשלום העונשי הכלכלי היא אך להבטיח הפנמה מלאה, אך לא למנוע את התרחשות ההתנהגות המחפירה (הרתעה יחסית, אופטימלית).

nevo.co.il

המוצעת מונע, לדעתי, מההסבר הכלכלי המסורתי להסביר או להצדיק את דוקטרינת התשלום העונשי במתכונתה הנוהגת.[210]

לסיום אציין, שהניתוח הכלכלי הקלסי של הדוקטרינה לוקה גם בכך שהוא אינו כולל התייחסות כלשהי לשתי בעיות היסוד האחרות שמעוררת ההכרה בדוקטרינה: האחת - שאלת ההצדקה לכך שהתשלום העונשי מוטל במסגרת משפט אזרחי (להבדיל ממשפט פלילי); השנייה - שאלת ההצדקה לזיכוי התובע בכספי התשלום העונשי.[211] לפיכך, למרות היותו ההסבר הכלכלי הרווח ביותר של הדוקטרינה, אין בכוחו לספק הצדקה או הסבר מניחים את הדעת לענישה הלבר-מפצה המופעלת במסגרתה.

ב. התשלום עונשי כפתרון לבעיית תת-הפיצוי

1. ההסבר המוצע

7.48 הסבר כלכלי רווח אחר של הדוקטרינה מייחס את ההכרה בה לבעיית תת-הפיצוי. בעייה זו נוצרת כאשר הדין עצמו - לא רק למעשה אלא גם להלכה מכיר רק בחלק מהנזק הנגרם כתוצאה מעוולות אזרחיות כבר-פיצוי.[212] כך למשל, מן המפורסמות היא שהדין מפצה רק באופן חלקי, אם בכלל, על הוצאות משפט, על נזקים לא-ממוניים, ועל נזקים ממוניים שכימותם בעייתי (כגון אובדן זמן, פגיעה במוניטין, וכו'). גם היקף הפיצוי על נזקים "רגילים" הוא מוגבל, וזאת בשל כפיפותה של זכות הפיצוי למבחנים של "ריחוק נזק", שתכליתם לצמצם את חבותם של נתבעים לנזקים עקיפים ותוצאתיים שגרמו. במציאות זו, שיטת המשפט איננה 'מגלגלת' על המפר-המזיק את מלוא העלות החברתית של מעשיו ומאפשרת לו להחצין (externalize) חלק ניכר ממנה.[213] במציאות זו גם אם יצליח הניזוק להביא את המזיק לדין ולהוכיח את אחריותו לנזק (כלומר, יצליח להתגבר על בעיית ההתחמקות מהדין), עדיין תיוותר הרתעת-חסר של מזיקים בכוח. התשלום העונשי מעצם היותו סנקציה לבר-מפצה מגדיל את הנטל הכלכלי על המפר, וכך מקזז השפעה שלילית זו של בעיית תת-הפיצוי. הצורך בפסיקת תשלומים עונשיים מוצדק אפוא כלכלית לא רק כפתרון לבעיית ההתחמקות מהדין אלא גם כפתרון לבעיית תת-הפיצוי.[214]

---

[210] ביקורת ברוח זו על אי המתאם שבין ההסברים הכלכליים לבין קווי המתאר של הדוקטרינה נשמעה גם בספרות. ר' למשל: **Schwartz**, 140-43, 140: **"However interesting…** [the economic explanations] **seem wholly inadequate for the task of describing our existing law of punitive damages."; Canadian Report**, 36: **"However justified a deterrence gross up might be in its own right, it simply does not conform to the general conception of tort law."; Friedman,** 1128: **"The problem with this solution is that it fails to explain why punitive damages are limited to a small subset of cases - traditionally to those involving deliberate or reckless acts by the tortfeasor."** אפילו Polinsky ו-Shavell מודים במאמרם במפורש ש: **"..courts' determinations of punitive damages do not reflect in any clear manner the formula that achieves optimal deterrence." Polinsky**, 897. דחה בפרשת ***State*** בית המשפט העליון הפדרלי באופן מפורש את הטיעון, שלפיו ניתן להתחשב בעיית ההתחמקות מהדין שעה שקובעים את שיעור התשלום העונשי (שם נטען, כי הסיכוי שחברת ביטוח גדולה תעמוד למשפט בגין פרקטיקות מסחריות פסולות הוא של 1 ל-50,000). נפסק, שהשיקול הלגיטימיים היחידים הם אלה שנקבעו בעניין ***B.M.W.*** (בעיקר חומרת המעשה ושיעור הנזק שנגרם) ושנתונים שאינם קשורים ישירות למקרה הנדון אינם רלבנטיים: **"..the argument that State Farm will be punished in only the rare case.. ..had little to do with the actual harm sustained.."** ***State***, 17.

[211] שאלות אלה יידונו על ידי בהרחבה בפרקים ח' ו-ט' בהתאמה.

[212] לדיון בבעיית תת-הפיצוי ובגורמים לה ר': **Ellis**, 28, 30-31.

[213] לדוגמה: מעשה חבלה לגוף או לרכוש עלול לגרום נזקים (ממוניים ולא ממוניים) לא רק לניזוק עצמו, אלא גם לקרובי משפחתו, לחבריו, ואף לקהל רחב יותר של אנשים המושפעים לטובה מפעילותו הכלכלית של הניזוק (מעבידיו, עובדיו, לקוחותיו, וכו'). עם זאת, באופן מסורתי המשפט אינו מכיר בנזקים אלה כבני פיצוי. ר': **Ellis**, 28-29. יתרה מכך, עצם הידיעה על ביצועם של מעשי עוולה עלולה לזרוע בציבור תחושות של אי נוחות וחוסר ביטחון כללי, העלולות לפגוע בעקיפין ברווחתם של כל בני החברה. נזקים אלה אף הם אינם בני פיצוי בדרך כלל. לעניין זה ר' סע' 7.25, 7.29 לעיל.

[214] להצגה כללית של הטיעון ר': **Ellis**, 26-27; **Schwartz**, 139; **Polinsky**, 896. יצויין, שאי ההכרה בפער הקיים בין נזקו הפרטי של הניזוק ממעשה עוולה לבין מכלול העלויות החברתיות הכרוכות במעשה מזיק, הביא לביקורת נוקבת ביותר על תורת ההפנמה האוטומטית, הרואה בדיני הנזיקין אמצעי המבטיח הפנמה מלאה של החצנות. לביקורת זו ר' **גלעד**, 2-460. מאמרו המקיף של Galligan מוקדש כולו לביסוס התזה, שלפיה מן הראוי לשנות לחלוטין את משטר האחריות הנוהג בתביעות נזיקין, כך שהמזיקים ישאו כדבר שבשיגרה בעלות החברתית **הכוללת** של מעשיהם. עלות זו כוללת את מכלול הנזקים שעוולות נזיקין גורמות, ובכלל זה נזקים עקיפים או ישירים שמערכת המשפט, משיקולים מינהליים בעיקרם (החשש מהצפה ומעומס יתר על המערכת) אינה מאפשרת או מקשה מאוד לקבל בגינם

nevo.co.il

2. *הערכה ביקורתית*

7.49 ניתן לראות, שהסבר כלכלי זה סובל מקשיים דומים לאלה שמהם סובל קודמו. בעיית תת-הפיצוי, ממש כמו בעיית ההתחמקות מהדין היא בעייה כללית של מערכת המשפט האזרחית, ואין היא מיוחדת להתנהגויות מחפירות דווקא. מדוע זה אפוא לא ייפסקו תשלומים "עונשיים" בכל תביעה אזרחית? זאת ועוד, גם כאן נותר על כנו הקושי הנובע מכך ששיעור התשלום העונשי איננו נקבע במסגרת הדוקטרינה בהתחשב בבעיית תת-הפיצוי, אלא בהתאם לחומרת התנהגותו של המזיק.[215] עובדה זו יוצרת יסוד סביר להניח, שפסיקת תשלום עונשי לא תמנע בהכרח פיצוי חסר, ובמקרים רבים תגרום לפיצוי-יתר, תוצאות שהן בלתי רצויות במונחים של פיצוי ושל הרתעה יעילה גם יחד. מטעמים אלה, פסיקת תשלום עונשי בגין התנהגויות מחפירות בלבד נראית אמצעי חלקי, אקראי וצולע למדי לתיקון בעיית תת-הפיצוי, ממש כשם היא אמצעי צולע לתיקון בעיית ההתחמקות מהדין.[216] רציונל של פיצוי אינו יכול אפוא לשמש כהסבר או הצדקה לשאלה דנן.[217]

ג. <u>התשלום העונשי כפתרון לבעיית "הרווח המפוקפק" (illicit gain)</u>

1. *ההסבר המוצע*

7.50 הסבר רווח שלישי המובא במקורות ה"כלכליים" מציע תשובה שונה לחלוטין - ולכאורה מוצלחת יותר משתי קודמותיה - לשאלה דנן. לפי הסבר זה, התשלום העונשי נועד להתגבר על הקושי של תרופת הפיצויים להרתיע אנשים המפיקים הנאה מיוחדת מביצועם של מעשים אנטי חברתיים, כגון מעשי אלימות, אונס, התעמרות וכיו"ב, מלבצע את זממם. החשש הוא שמעוולים "מפוקפקים" שכאלה לא יירתעו מביצוע עוולות מחפירות כל אימת

פיצוי (למשל, נזקים כלכליים ולא ממוניים, נזקי גוף ורכוש עקיפים, הנגרמים כתוצאה מהגברת אמצעי הזהירות בעקבות מעשי עוולה, נזקים הנגרמים לאנשים שאינם מקיימים יחסי "שכנות" או "קרבה" למזיק, וכיו"ב). לדעת המלומד, ניתן וראוי להביא נזקים אלה בחשבון בפסיקת פיצויים, והדבר יביא להפנמה מלאה יותר אצל מזיקים בכוח, וכך תושג הרתעה יעילה: **"..courts should try to assure that the damages they award accurately measure all the costs that the defendant's activity imposes upon society."** **Galligan**, 17. בספרות הועלתה הטענה, שבעיית תת-הפיצוי חריפה עוד יותר בתחום החוזי. ר' סע' 10.23 להלן.

215 ר' סע' 7.47(210-208) לעיל.

216 להסברת מגבלותיו של רציונל הפיצוי כצידוק לדוקטרינה, ולהבהרה כי את בעיית תת-הפיצוי ראוי לפתור באמצעות תיקון פנימי ושיטתי של דיני הפיצויים ושלא באמצעות הדוקטרינה ר': **"..the tort system may well be undercompensatory… However, we believe that punitive damages are probably a poor mechanism for bridging this gap.";** see also **Ellis**, 10-11; **Dagan**, 419: **Owen**, 1296; **Note**, 522; **Duffy**, 11. גם Polinsky ו-Shavell, התומכים בתשלומים מוגדלים לצורך פתרון בעיית ההתחמקות מהדין, אינם סבורים שראוי לעשות בהם שימוש לצורך פתרון בעיית תת-הפיצוי, מהטעם המצויין בטקסט. **Polinsky**, 939-41.

217 לתמיכה במסקנה זו ר': **Schwartz**, 139-140: **"However interesting Professor Ellis' points may be with regard to underenforcement and undercompensation, those points seem wholly inadequate for the task of describing our existing common law of punitive damages." Schwartz**, 140. גם Galligan הכיר בפערים הגדולים שבין התשלום העונשי לבין "התשלומים המוגדלים" ("augmented awards") שבהכרה בהם הוא מצדד כפתרון לבעיית תת-הפיצוי. לדבריו: **"..the augmented award is.. different from punitive damages as we know them… Augmented awards would not be designed to punish the defendant.. they would be designed to encourage actors to consider the costs of their action.." Galligan**, 3, 12. מכאן נובע גם, שאין הצדקה לצמצם את תחולת אותם "תשלומים מוגדלים" למצבים של אשמה מיוחדת מצד המזיק: **"As far as efficiency is concerned, the defendant's state of mind of culpability is irrelevant." Galligan**, 63. עם זאת, ראוי לציין, שבשתי מדינות בארה"ב (קונטיקט ומישיגן) רואים בתשלום העונשי אמצעי לפיצוי על הוצאות משפט או על נזק לא-ממוני, ומגבילים את שיעורו בהתאם (ר' סע' 3.03(27) לעיל). עם זאת, גם במדינות אלה פיצוי-יתר זה ניתן רק לנפגעי התנהגויות מחפירות, שהם חלק קטן מכלל הניזוקים בתביעות אזרחיות (לדעתי, הדבר מעיד שגם במדינות אלה הרציונל להכרה בדוקטרינה הוא עונשי, לפחות בחלקו). יתרה מכך, פיצוי מוגדל זה אינו פותר את בעיית הנזקים העקיפים שגורמים מעשי עוולה, ואשר קשה לייחסם למזיק ספציפי. מסיבות אלה אפילו גישה "קומפנסטורית" זו לתשלום העונשי איננה יכולה לספק לדוקטרינה הצדקה טובה במונחים של פיצוי. תמיכה במסקנה זו עולה מדברי מלומד אחד, שציין, כי אם יש מישהו שהתשלום העונשי נועד לפצותו, הרי זו החברה - שניתן לראותה כנפרעת מהנתבע על נזקים עקיפים שמעשהו גורם לצדדים שלישיים ולחברה בכללותה - ולא התובע: E.J. Grube, "Punitive Damages: A Misplaced Remedy" 66 **Cal. L.R.** (1993) 839, 853. **"..if punitive damages were to be paid to the state, they would serve to compensate society for societal harm inflicted by defendants' outrageous conduct."** לדעתי, ברמת הפשטה מסויימת ניתן לקבל אמירה זו, אולם כפי שיוסבר בהמשך הפרק, הטכניקה ההרתעתית הננקטת במסגרת הדוקטרינה היא טכניקה של הרתעה ממגרת, אשר נועדה למנוע מראש התנהגויות מחפירות, ולא לפצות על נזקיהן בדיעבד. ר' במיוחד סע' 7.66 ואילך.

nevo.co.il

שהנאתם "המפוקפקת" ("illicit gain") מביצוע העוולה גדולה יותר מהסבל המוסב לקורבנה.[218] מאחר שבעיני החברה הנאה מפוקפקת שכזו איננה בעלת ערך כלכלי כלשהו, על החברה לפעול למיגורן של התנהגויות אלה, למרות שמבחינתם הסובייקטיבית של המעוולים מדובר למעשה ב"הפרה יעילה". לשם כך אין מנוס מלהוסיף על גבי סנקציית הפיצויים הרגילה סנקציה נוספת בשיעור כזה שינטרל אצל המזיק המפוקפק ומזיקים שכמותו כל תמריץ לביצועם של מעשים מחפירים שכאלה.[219]

2. הערכה ביקורתית

7.51 בניגוד לקודמיו, הסבר זה מקיים לכאורה מיתאם טוב למדי עם הדוקטרינה. הטעם לכך הוא שכל התנהגות מחפירה - מעצם היותה ראוייה לגנאי מוסרי חריף - עשויה להשתבץ בקלות לקטגוריה המוצעת של מעשי עוולה "מפוקפקים". זאת ועוד, קטגוריה זו מוגבלת למעשי עוולה הנעשים בזדון ומתוך כוונה לפגוע בניזוק, ולפיכך מוציאה מגדר תחולתה מעשי עוולה הנעשים ברשלנות או בשוגג. הייתכן אפוא כי בפנינו הסבר כלכלי מניח את הדעת לדוקטרינת התשלום העונשי?

למרבה הצער, גם הפעם אנו נאלצים לענות בשלילה. **ראשית**, ההסבר המוצע אינו מציע מבחן ברור לזיהוי אותן "עוולות מפוקפקות" שבהן הוא עוסק.[220] מכל מקום, אף אחד מהמבחנים המוצעים לזיהוי "המזיק המפוקפק" אינו יוצר חפיפה טובה ומלאה עם מבחן ההתנהגות המחפירה.[221] **שנית**, והוא עיקר: אף שהסבר זה מופיע בספרות כ"ניתוח כלכלי", הרי לאמיתו של דבר אין הוא הסבר כלכלי כלל. ניתוח כלכלי טהור, המבוסס על הנחות היסוד של התיאוריה התועלתנית, איננו מכיר באפשרות להתעלם מערכן הכלכלי של התנהגויות מסויימות רק בשל העובדה שהתועלת הצומחת מהן נראית למאן דהוא (ותהא זו אפילו "החברה" כולה) כ"מפוקפקת". נראה אפוא, שלאמיתו של דבר הסבר "הרווח המפוקפק" אינו אלא הסבר מוסרני, המנסה להסוות עצמו (לא בהצלחה מרובה) מאחורי רטוריקה "כלכלית".[222]

---

[218] זאת, גם בהתעלם מבעיית תת-הפיצוי ומבעיית ההתחמקות מהדין, ובהנחה שמובטחת הפנמה מלאה.

[219] להצגת הטיעון במלואו ר': **Ellis**, 31-32; **Cooter**, 86-89; **Polinsky**, 908-9 רעיון ה"רווח המפוקפק" מקורו ככל הנראה במאמרו המונומנטלי של **Stigler**, בו הוא מציין שלמרבית מעשי העבירה הפליליים אין ערך חברתי, שכן: **"..the society has branded the utility derived from such activities as illicit." Stigler**, 527. הדוגמות הרווחות בספרות להפקת "רווח מפוקפק" הן עוולות של תקיפה, אונס, יריקה בפניו של יריב, וכיו"ב עוולות, אשר במקרים רבים מהוות גם עבירות פליליות. ההנחה היא, שהתנהגויות מעין אלה עשויות במקרים מסויימים להצמיח לתוקפן הנאה כה גדולה, העולה בשיעורה על הנזק האובייקטיבי הנגרם לקורבן. עם זאת, ממאמרו של **Cooter** עולה, שלדעתו הטיעון הוא כללי וחל עקרונית על כל הפרה מודעת של חובת הזהירות שקובע החוק (intentional fault) (ר' הערה 207 לעיל). לדעת המלומד ההצדקה העיקרית לפסיקת תשלום עונשי היא הצורך להרתיע מפני התנהגויות כאלה לא משום שתועלתן למפר קטנה מהנזק הנגרם לניזוק, אלא להיפך: דווקא משום שה"מזיק המפוקפק" יפיק רווח מביצוע העוולה המפוקפקת גם אם ישלם פיצויים מלאים, הרי שכדי להרתיעו אין מנוס מלחייבו לשלם סכום לבר-מפצה: **"..punitive damages should be computed at a level that offsets the illicit pleasure of noncompliance or the exceptional costs of compliance that motivated the injurer…" Cooter** (1) 98.

[220] נראה שבין המלומדים קיימת מחלוקת בשאלת המבחן לזיהוי "המזיק המפוקפק". כך, למשל, בעוד ש (2) **Cooter** מגדיר קטגוריה זו באופן נרחב ביותר, הכולל כל הפרה מודעת של חיוב משפטי (ר' הערה 207 לעיל) הרי לדעת Polinsky ו-Shavell ראוי לכלול בה רק פעולות זדוניות (שתכליתן לגרום סבל לזולת). ר': **Polinsky**, 909 עמדתו של Ellis בשאלה אינה ברורה, אך מהדוגמות המובאות על ידו נראה שהוא נוטה יותר למבחן המצמצם שמציעים האחרונים. מכל מקום, גם לשיטתם של האחרונים אין זה ברור מהי "עוולה זדונית": האם רק עוולות המהוות עבירות פליליות והפוגעות בגוף או ברכוש, או שמא כל מעשה מזיק שתכליתו לפגוע בניזוק (למשל, הפרת חוזה זדונית)?

[221] כך, למשל, בעוד שהקטגוריה שמציע Cooter (כל הפרה מודעת) רחבה בהרבה מזו שקובע המבחן של "התנהגות מחפירה", הרי המבחן שמציעים המלומדים האחרים (עוולות זדוניות בלבד) הוא צר יותר (הדוקטרינה איננה דורשת כוונה לגרום נזק, ועשוייה להסתפק במודעות ליצירתו של סיכון בלתי מוצדק). כך או כך, שוב לא קיים מיתאם מלא בין הקטגוריה הכלכלית לבין המבחן לתחולת הדוקטרינה בדין הנוהג. כפי שציינתי בהערה 207 לעיל, בניסיון מעגלי להיחלץ מביקורת ברוח זו מבהיר Cooter בסוף ההסבר המוצע על ידיו, שלא כל הפרה מודעת היא ראוייה להרתעה, וכי הדבר תלוי בתועלת החברתית המופקת ממנה. **Cooter**, 89 אלא שניסיון זה רק מגביר את העמימות, שכן השאלה הנשאלת היא שוב, מהו המבחן שלפיו ייקבע מהי הפרה מודעת "מפוקפקת", ומהו הגיונו הכלכלי של מבחן זה.

[222] בתפיסה תועלתנית טהורה אין כל בסיס רציונלי להבחין בין הנאה לגיטימית והנאה "מפוקפקת": **"Let a man's motive be ill-will; call it even malice, envy, cruelty; it is still a kind of pleasure..: the pleasure he takes at the thought of the pain which he sees,**

nevo.co.il

III. הסברים כלכליים אחרים

7.52 בסעיפים הבאים אבחן בקצרה מספר ניתוחים "כלכליים" אחרים של הדוקטרינה. ניתוחים אלה לא זכו עד כה להכרה ולהד משמעותי בספרות הכלכלית, אך בעיניי הם מוצלחים בהרבה מההסברים המסורתיים שנבחנו לעיל.[223] עם זאת, כמובהר להלן, אף אחד מהם איננו מציג הסבר מלא לשאלת היסוד הנדונה בפרק זה.[224]

א. Hirsch - התשלום העונשי כאמצעי להגנה על מנגנון השוק החופשי

1. *ההסבר המוצע*

7.53 בספרו על משפט וכלכלה טוען Hirsch, שההצדקה העיקרית של הדוקטרינה נעוצה בתפקיד החשוב שהיא ממלאת בשמירה על פעולתו התקינה של מנגנון השוק החופשי ועל זכויות הקניין של הפרטים.[225] לדבריו, התשלום העונשי בא להרתיע ולמנוע העברה כפוייה של משאבים מאדם לרעהו תוך עקיפת המנגנון היעיל של השוק החופשי, המבוסס על החלפה רצונית של משאבים והמבטיח הפנמה נכונה של עלויות ותועלות. בנוסף, סבור Hirsch, אכיפת האיסור על הפרה מודעת של זכויות באמצעות הדוקטרינה תגביר את הביטחון האישי של כל אדם בקניינו הפרטי, ביטחון שקיומו הינו תנאי חיוני לשגשוג כלכלי.[226]

2. *הערכה ביקורתית*

7.54 הסברו של Hirsch חשוב, שכן הוא מסב את תשומת הלב לתפקיד המרכזי שיש לדוקטרינה בניתוב עסקות לשוק החופשי, המהווה לשיטתם של מרבית הכלכלנים את המסד המרכזי להשגת יעילות כלכלית. אלא שהסבר זה מתעלם מהעובדה, שכשלי שוק פוגעים לעיתים בכוחו של השוק לעודד העברות משאבים יעילות.[227] במקרים אלה נטילה

---

or expects to see, his adversary undergo.. ..even this wretched pleasure, taken by itself, is good… ..it is good as any other "this is <u>not</u> בספרות הכלכלית נמתחה ביקורת על צידוק "המזיק המפוקפק": **that is not more intense." Bentham**, 102 & n. 1. **<u>"pure" economic reasoning</u>, but rather reasoning in favor of using economic techniques to achieve objectives that are themselves ethical rather than economic in character." Schwartz**, n. 29; **"..the notion of socially illicit utility reflects how people often would characterize the utility that individuals derive from certain reprehensible acts (such as rape). But.. ..<u>no theoretical</u>** [economical] **<u>basis exists for determining which categories of utility are socially illicit..</u>" Polinsky**, n. 117 & n. 125. לביקורת חריפה במיוחד על הטיעון ר': **Haddock,** 12, 28: **"..the illicit benefits model is empirically empty, because it does not explain why some benefits are illicit while others are not… This is <u>no explanation at all</u>."; Friedman**, 1128-30, 1129: **<u>"..what is illegitimate here is not the satisfaction of the intentional tortfeasor, but the argument…"</u>** במובן מסויים טיעון "המזיק המפוקפק" משקף את הגישה המוסרנית לרציונל ההרתעה עליה עמדתי בסע' 7.22 לעיל. הוא רואה בהרתעה לא אמצעי לקידומה של התועלת החברתית המצרפית, אלא אמצעי להשגת מטרה הנתפסת כמוסרית בפני עצמה (מניעה מוחלטת של מעשי עוולה "מפוקפקים"=בלתי מוסריים). למרות ביקורות נוקבות אלה על ההסבר הכלכלי הנדון כאן, ראוי לציין שלאמיתו של דבר ביקורות אלה תופסות רק במסגרת האסכולה הדומיננטית של כלכלת הרווחה ("Welfare Economics") הרואה בעיסוק בשיקולים חלוקתיים (צדק חלוקתי, חלוקת "העוגה החברתית") עיסוק שאיננו כלכלי טהור (להבדיל משיקולים של "הגדלת העוגה", שרק הם שיקולים כלכליים אמיתיים). לעומת זאת, קיימת אסכולה אחרת (המכונה "כלכלת הרווחה החדשה"), המבקשת לשלב בין שיקולי חלוקת הרווחה לשיקולי הגדלת הרווחה והרואה בשניהם שיקולים כלכליים לגיטימיים. המחזיקים באסכולה זו עשויים להכיר בהבחנה בין העדפות לגיטימיות שעל הכלכלן להביא בחשבון, לבין העדפות בלתי לגיטימיות, ששיקולים חלוקתיים ערכיים מחייבים להתעלם מהם (למשל, העדפות שמקורן בדעה קדומה, ביצר לפגוע בזולת, בתפיסת עולם גזענית, וכיו"ב). כמובן, שהבחנה כזו תלויה במישרין בשיקולים ערכיים, ולפיכך מטשטשת במידה רבה את ההבחנה בין תורת הכלכלה לבין תורת המוסר. אולם במסגרת אסכולה זו ניתן אולי להצדיק את הסבר "המזיק המפוקפק" שנדון לעיל. להצגה תמציתית של זרם זה בגישה הכלכלית ר' **גלעד**, 7-424, במיוחד הערות 14, 15 למאמרו והאסמכתות המובאות שם. אני מודה לד"ר רונן אברהם על הפניית תשומת הלב להשלכותיה של מחלוקת יסודית זו בתורת הכלכלה על שאלת תקפותו של ההסבר הנדון כאן.

223 הטעם לכך הוא שהסברים אלה אינם מתעלמים מהעובדה שמטרת הדוקטרינה היא להשיג הרתעה מוחלטת או ממגרת, להבדיל מהרתעה יחסית באמצעות הפנמה, ומתמודדים במישרין עם הצורך להסביר מדוע התנהגויות מסויימות ראויות למיגור באופן מוחלט.

224 כזכור, זוהי שאלת ההצדקה להטלת סנקציות לבר-מפצות על התנהגות מחפירה.

225 W.Z. Hirsch, **Law and Economics** (Boston, 3rd ed., 1999) 168.

226 Id, id. ניתן לראות שטיעון זה מזכיר במידת מה את הטיעון שהצגנו בסע' 7.29 לעיל.

227 אבי המושג "כשל שוק" הוא Keynes, מגדולי הכלכלנים בעת החדשה. כשלי השוק הנפוצים ביותר מתעוררים במצבים של מוצר ציבורי, החצנות שליליות, מונופול או קרטל, בעיות מידע, או התנהגות אסטרטגית העלולה להכשיל את העיסקה. הצגה תמציתית של הגורמים לכשלי שוק ניתן למצוא באתר האינטרנט www.bized.ac.uk/stafsup/exams/revec_mfail.htm אני מודה לד"ר אורן גזל על ההפנייה. ר' גם: M. Bator, "The Anatomy of Market Failure" 72 **Q.J. Econ.** (1958) 351. לניתוח מעניין של כשל שוק מסוג "בעיית סחטן" ("holdout") שנדון בפסק דין של בית המשפט העליון ר': א' זמיר, רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות, **משפטים** כט (תשנ"ח) 799. לדיון קצר בסיבות לכשלי שוק ר' גם י' אורון, נ' מארק, ג' עופר, **מבוא לכלכלה - מיקרו כלכלה** (תל-אביב, 1994) 7-233.

כפוייה של המשאב מידי בעליו עשויה להיות מוצדקת מבחינה כלכלית. במונחים שטבעו Calabresi ו-Melamed במאמרם הידוע,[228] כאשר עלויות העיסקה גבוהות סביר להניח שאימוצו של "כלל אחריות" (Liability Rule), שיתיר את הנטילה הכפוייה בכפוף לתשלום פיצויים מלאים בדיעבד, יהיה עדיף על אימוצו של "כלל קניין" ("Property Rule"), שיאסור על הנטילה כל עוד לא ניתנה לה הסכמת הבעלים. ההסבר המוצע איננו מתמודד עם אפשרות זו, ולפיכך במישור הנורמטיבי אין הוא משכנע כי הגנה "קניינית" על זכויות משפטיות (שהן משאבים) היא תמיד רצוייה. זאת ועוד, במישור התיאורי אין Hirsch מסביר מדוע בפועל בתי המשפט אינם פוסקים תשלום עונשי בגין כל נטילה לא-רצונית של זכויות ומשאבים, אלא רק בגין אלה המבוצעות במודע והנתפסות בעיניהם כ"מחפירות".[229]

ב. Posner - התשלום העונשי כאמצעי לריסונן של "עוולות כוונה"

1. ההסבר המוצע

7.55 בספרו אודות הגישה הכלכלית למשפט מנתח Posner את מוסד "עוולות הכוונה" (intentional torts).[230] לדעתו, עוולות הכוונה המסורתיות שבהן מכירים דיני הנזיקין (תקיפה, גזל, תרמית, הסגת גבול, לשון הרע, וכו') הן לעולם (או כמעט לעולם) ראויות למיגור. הסיבה לכך היא, שעוולות אלה מבטאות העברה מודעת של משאבים הנכפית על בעל המשאב בסיטואציה שבה עלויות העיסקה (transaction costs) הן נמוכות. העברה כפוייה שכזו - אותה אכנה בהמשך החיבור "גזילה"[231] - היא בלתי יעילה, שכן היא עוקפת את מנגנון השוק החופשי במצב שבו לכאורה לא היתה מלכתחילה כל מניעה להעברת המשאב באופן רצוני ומוסכם על שני הצדדים (בעל המשאב המקורי, והאדם המבקש לקבלו לידיו).[232] העברה מוסכמת במסגרת השוק עדיפה על פני "גזילה", שכן היא מבטיחה שיפור פרטו.[233] לעומת זאת, יעילותה של "גזילה" מותנית בביצוע הערכה נכונה של ערכו הסובייקטיבי של המשאב לכל אחד משני הצדדים על ידי בית המשפט בדיעבד (במסגרת חיוב הפיצויים). הערכה כזו היא מטבע הדברים בעייתית, ולפיכך עדיף להימנע ממנה, אלא אם כן עלויות העיסקה הרצונית גבוהות, עד כדי כך שקיים חשש סביר שהצדדים לא יוכלו להגיע בעצמם לעיסקה המבטאת שיפור פרטו.[234] לפיכך, כדי להבטיח הרתעה אפקטיבית של "גזלנים" בכוח מביצוע

---

228 G. Calabresi, A.D. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral" 85 **Harv. L.R.** (1972) 1089.

229 מעניין לציין, שבמהדורה הרביעית של ספרו, מזכיר Posner טיעון דומה לזה של Hirsch, ומציין שהתשלום העונשי משמש לניתוב עסקות לשוק החופשי ובכך מבטיח הקצאה נכונה יותר של משאבים. אך בניגוד ל-Hirsch, Posner מודה שם שטיעון זה אינו תקף, כאשר הסיכויים להתרחשותה של עסקה רצונית הם קלושים בעוד שהעיסקה עצמה יעילה. **Posner** (2) 209

230 R.A Posner, **Economic Analysis of Law** (N.Y., 5th ed., 1998) 221-4. ניתוח זה מהווה למעשה סיכום תמציתי של מאמרם של Posner ו-Landes: W.M. Landes, R.A. Posner, "Economic Analysis of Intentional Torts" 1 **Int'l R. L. & Econ.** (1981) 127 גירסה זהה כמעט לחלוטין של המאמר ניתן למצוא גם אצל: W.M. Landes, R.A. Posner, **The Economic Structure of Tort Law** (Cambridge, 1987) 149-89. אבקש להדגיש, שהצגת ההסבר של Posner כאן היא תמציתית מאוד. לחלק מהניואנסים הדקים יותר בהסברו של Posner אתייחס אגב ההערכה הביקורתית של ההסבר בסעיף הבא.

231 במונח "גזילה" אשתמש מכאן ואילך לתיאור כל נטילה לא-רצונית של משאב או זכאות בלי הסכמתו של בעל המשאב או הזכאות, בין אם מדובר בנכס, בשירות, בכסף, או בזכות משפטית אחרת. "גזילות" במובן רחב זה מתוארות לעיתים בספרות המשפטית בכינויים כגון "Border-Crossing" או "Liberty-robbing infringements". המושג הראשון הוא מרכזי בתורתו הליברטנית של Nozick. לשימוש במושג השני ר' **Parlett**, 811.

232 **"..a coerced transfer of wealth.. … ..is inefficient because it violates the principle that when market transaction costs are low, people should be required to use the market if they can, and to desist from the conduct if they can't." Posner**, 226.

233 להגדרת המושגים "יעילות פרטו" ו"יעילות קלדור-היקס" ר' סע' 10.19(94).

234 רעיון זה עומד בבסיס ההבחנה המושגית המפורסמת בין "כללי אחריות" (Liability Rules) לבין כללי קניין (Property Rules). בעוד שכללי קניין אוסרים על העברה כפוייה של זכאויות מאדם לאדם, הרי כללי האחריות מתירים זאת, כפוף לתשלום פיצויים לבעלים המקורי על אובדן הזכאות שלו. הבחנה יסודית זו מקורה במאמרם המונומנטלי של **Calabresi** (2) 1110: **"..perhaps the most common** [reason]**.. ..for employing a liability rule rather than a property rule.. ..is that market** [private] **evaluation of the**

nevo.co.il

"גזילות" בסיטואציות שבהן עלויות העיסקה הן נמוכות, יש מקום לאפשר לבתי המשפט להטיל סנקציות לבר-מפצות על ביצוען של עוולות כוונה כל אימת שיש צורך בכך.[235] התשלום העונשי מהווה סנקציה כזו, וזוהי ההצדקה הכלכלית לקיומו.[236]

לסיום חשוב להדגיש ש-Posner מסייג את תמיכתו בפסיקת תשלום עונשי בעוולות כוונה לעוולות כוונה "אמיתיות" בלבד. אלה הן, לדבריו, רק אותן "גזילות" שאינן נעשות אגב ייצורו של משאב חברתי אחר (למשל, סיכון מודע שנוטלת חברת רכבות לפגיעה בחייהם של הולכי רגל) אלא משקפות העברה כפוייה של משאבים מיד ליד. העברה כזו היא על פי רוב חסרת תכלית כלכלית, ובדרך כלל תביא אף להפחתת התועלת החברתית המצרפית.[237] "גזילות" הנעשות אגב פעילות יצרנית, לעומת זאת, אפילו הן כוללות פעולה של גרימת נזק או סיכון הזולת במודע, אינן ראויות כלל לתואר השלילי "גזילות" (או "עוולות כוונה") שכן לגביהן הנחת חוסר היעילות הינה חסרת בסיס. מעשי עוולה כאלה הם לכל היותר "עוולות כוונה מדומות", וזאת בין אם הם נופלים לקטגוריה של רשלנות, ובין אם הם נופלים לגדר קטגוריה המוגדרת באופן מסורתי כ"עוולת כוונה".[238] לדעת Posner, עוולות הכוונה האמיתיות הן אכן מושאו העיקרי של התשלום העונשי בדין הנוהג.[239]

2. הערכה ביקורתית

---

entitlement is deemed inefficient, that is, it is either unavailable or too expensive compared to a collective [judicial] **evaluation."** הגדרה בסיסית של ההבחנה עצמה מופיעה בעמ' 1092 למאמר. להרחבת הדיון בהבחנה זו ובנפקותה לענייננו ר' סע' 7.66-7.69, 7.57(252) להלן.

235 סנקציות לבר-מפצות אינן נחוצות במקרים שבהם שווי הנכס הנגזל לגזלן קטן משוויו לנגזל. במקרה זה תספיק סנקציה של פיצוי רגיל.

236 **"..because we want to channel resource allocation through the market as much as possible, we want to make sure that I am not.. ..indifferent between stealing and buying my neighbor's car. … Punitive damages are one way of doing this." Posner**, 227. המלומד מציין שם, כי דרך נוספת להשגת אותה מטרה היא לחייב את המזיק-הגזלן בתשלומי השבה. למעשה, אמצעי חשוב נוסף שבאמצעותו המשפט מרתיע מביצוען של עוולות כוונה הוא המשפט הפלילי. ואכן, במרבית שיטות המשפט עוולות כוונה מוגדרות גם כעבירות פליליות. דיון ביחס המעניין שבין שני ערוצי ענישה מקבילים אלה ולהיגיון הכלכלי של קיומם הנפרד ניתן למצוא במאמרו הקלסי של Posner אודות הניתוח הכלכלי של המשפט: R.A. Posner, "Economic Analysis of Criminal Law" 85 **Colum. L.R.** (1985) 1193, 1195-9. למעשה, הניתוח הכלכלי של המשפט הפלילי שעורך Posner במאמר זה מבוסס במידה רבה על הניתוח הכלכלי של עוולות הכוונה המופיע במאמרם של Landes ו-Posner משנת 1981.

237 **"These torts** [which are "real" intentional torts] **..involve not a conflict between legitimate (productive) activities, but a coerced transfer of wealth."** **Posner**, 225-6. לדעת Posner העברה טהורה שכזו (pure transfer of wealth) אינה יעילה גם מאחר שאין סיבה להניח שהמשאב שווה יותר לגזלן מאשר לנגזל, גם מאחר שעצם הגזילה כרוכה בהוצאות לגזלן, וגם מאחר שבטווח הארוך הגזילה גורמת לבזבוז חברתי. בזבוז זה בא לידי ביטוי בהגברת אמצעי הזהירות שיינקטו בעתיד על ידי ניזוקים בכוח, והגדלה בהתאמה של אמצעי הנגד שיינקטו על ידי מזיקים בכוח כדי לממש את העיסקה הכפוייה למרות אמצעי הגנה אלה. בראייה חברתית עלויות אלה הן בגדר בזבוז, שכן הן יכלו להיחסך לו קיבל המזיק את הסכמת הניזוק להעברה רצונית של המשאב (בהנחה שהעברה זו היא אכן יעילה). **Posner**, 226

238 כדוגמה מביא Posner חברת רכבות, המפעילה קו עמוס ביודעה שמדי שנה מספר נתון של אנשים ייהרג וייפצע עקב כך. לדעת Posner אין כאן עוולת כוונה "אמיתית", שכן מדובר בפעולה יצרנית חיובית (המגדילה את התועלת החברתית). הוא הדין, לדעתו, ברופא המבצע "תקיפה" (שהיא עוולת כוונה מסורתית) כשהוא חורג מהסכמתו של המטופל בעת ניתוח מתוך רשלנות. לדעתי, הדוגמות שמביא Posner הן בעייתיות. הדוגמה הראשונה בעייתית שכן התנהגות חברת הרכבות במקרה זה איננה בהכרח עוולה כלל, דהיינו, איננה בהכרח בגדר התרשלות (יצירת סיכון לחיי אדם איננה התרשלות,אם הסיכון הניטל הוא סביר). ואילו הדוגמה השנייה בעייתית מאחר שלא מתקיימת בה דרישת המינימום לקיומה של עוולת כוונה - מודעות להתנהגות ולתוצאותיה האפשריות. כדי לשכנע היה על פוזנר, למשל, להדגים מדוע חברת רכבות המורה לנהגיה לעבור במודע על המהירות המותרת כדי לקצר את זמן הנסיעה בין התחנות תוך סיכון חייהם של הולכי רגל, או של רופא שבמודע חורג מגדר הסכמתו של המטופל תוך נטילת סיכון מחושב לפגיעה בגופו, אינם ראויים להיחשב כעוולות כוונה. זאת ועוד, נשאלת השאלה מדוע Posner אינו מצדד בפסיקת תשלום עונשי כנגד יצירה מודעת של סיכון בלתי סביר במצבים שבהם עלויות העיסקה הן נמוכות (למרות שאין מדובר בעוולת כוונה מסורתית). ניתן היה אולי לנסות להסביר זאת בכך ש-Posner סבור כי מצב כזה איננו אפשרי. אך מעניין לציין, שהמלומד נמנע מלקבוע שעוולות כוונה מדומות ("גזילות" יצרניות) מתרחשות תמיד במצבים שבהם עלויות העיסקה הן גבוהות. ייתכן שהדבר נובע מהכרתו בכך שלא תמיד זהו המצב. אני מפתח ביקורות אלה בסעיף הבא.

239 בלשונו של Posner: **"We would expect, and find, the law to be much more willing to award punitive damages in "real" intentional tort cases than in cases, whether classified as intentional or unintentional, that lack the characteristics of a "real" intentional tort case, that is, that do not involve a pure coercive transfer."** Id., 227.

nevo.co.il

7.56 אין ספק, שכוחו ההסברתי של Posner גדול לעין ערוך מכל ההסברים שהוצגו עד כה. **ראשית,** בניגוד להסברו של Hirsch, הקורא לכאורה להענקת הגנה "קנייניתי" גורפת על מנגנון השוק, הסבר זה מצדיק את הפעלת הדוקטרינה רק בהינתן עלויות עיסקה נמוכות, ומחיל עצמו רק על עוולות המבוצעות במודע (ולא על הפרות רשלניות). **שנית,** ההסבר מספק הצדקה לפסיקת תשלום עונשי בעוולות כוונה, שהן הקטגוריות הטיפוסיות שבמסגרתן נפסקו מאז ומעולם תשלומים עונשיים.[240] הסברו של Posner מקיים אפוא מיתאם טוב יותר עם הדוקטרינה מאשר קודמיו.

עם זאת, גם הסבר זה מעורר מספר קשיים. **במישור הנורמטיבי** מתעוררים שני קשיים: **הקושי הראשון** נוגע להנחתו של Posner, שהעברות כפויות של משאבים מיד ליד במצב של עלויות עיסקה נמוכות אינן עשויות להביא להגדלת הרווחה המצרפית. מנין שהמשאב שנגזל (יהא זה אינטרס גופני, רכושי, או לא-ממוני) אינו שווה יותר לגזלן מאשר לנגזל? אם אכן הגזלן מעריך את המשאב יותר מהנגזל, הרי שה"גזילה" יעילה. במצב זה אין כל מקום לנסות ולהרתיע מפניה אלא להיפך - ראוי לעודדה![241] **הקושי השני** נוגע להבחנה הבסיסית שערך Posner בין עוולות כוונה "אמיתיות", לבין עוולות כוונה "מדומות". הבחנה זו נראית בעיניי שרירותית מבחינה כלכלית. מהו הבסיס הכלכלי ליצירת הבחנה גורפת בין התרשלות מודעת של רופא, קבלן, יצרן בקבוקים או חברת רכבות, לבין גזל, תרמית או תקיפה, ומהו הבסיס שלפיו ראוי להבחין בין תקיפה או תרמית, שהיא עוולת כוונה "אמיתית", לבין תקיפה או תרמית שהיא עוולת כוונה "מדומה"?[242] גם **במישור הפוזיטיבי** מעורר ההסבר קשיים: **הקושי הראשון** נובע מכך שעוולות הכוונה ה"אמיתיות" שבהן מדבר Posner הן רק חלק - גם אם חלק חשוב - מכלל עילות התביעה שבמסגרתן נפסקים כיום תשלומים עונשיים.[243] **הקושי השני** נובע מכך ש-Posner איננו מספק הסבר כלכלי למאפיין מרכזי של הדוקטרינה - העובדה שהיא מכוונת אך ורק כנגד "התנהגות מחפירה", ולא כנגד כל עוולה מודעת, ותהא זו אפילו עוולת כוונה מסורתית.[244] **הקושי השלישי** נוגע לעובדה שפוזנר איננו מסביר מדוע לא ניתן להסתפק בטכניקה של הפנמה (כלל אחריות) כדי למנוע ביצוען של עוולות כוונה בלתי יעילות.

בסיכום, במישור הנורמטיבי Posner אינו מספק הצדקה כלכלית מספקת להבחנה אותה הוא מציע לערוך בין עוולות כוונה "אמיתיות" שיש לאסור עליהן לחלוטין, לבין עוולות כוונה "מדומות" שיש להתירן בכפוף לתשלום

---

[240] מצב זה היה נכון במיוחד בראשית צמיחתה של הדוקטרינה. ר' סע' 2.04(22-27). אולם מחקרים אמפיריים מעידים שלמעשה גם בעידן המודרני עוולות כוונה הן אחד משני התחומים העיקריים שבהם מופעלת הדוקטרינה. לעניין זה ר' הערה 307 להלן.

[241] נראה ש-Posner מניח כאן הנחה בעייתית, שלפיה שווי המשאב לניזוק הוא כשווי המשאב למזיק: **"..the gain** [to the injurer] **does not represent a net social benefit, because it is offset by the loss of the** [asset] **to the victim." Posner**, 226-7. הנחה זו מבוססת על כך שהעברה כפויה אינה אלא העברה של משאב מיד אחת ליד שנייה (העברה שאף כרוכה בעלויות שאותן מוציא הגזלן). אך היא אינה מביאה בחשבון את האפשרות ששווי הנכס בידי הגזלן עולה על שוויו בידי הנגזל. במאמרם של Posner ו-Landes נראה שהם מנסים להתמודד עם הקושי על ידי כך שהם מניחים, כי בדרך כלל גזילות של רכוש (להבדיל מפגיעות בגוף ובכבוד) יתבצעו בעיקר כאשר הגזלן הוא עני יותר מהנגזל, ולפיכך אין בכוחו לשלם בכסף עבור המשאב הנדון. במצב כזה הגזילה תהיה "מועילה" (במונחי תועלת) אך לא "יעילה" (שכן לפי גישתו של Posner ערך כלכלי ניתן לייחס רק למשאבים שניתן לשלם בעבורם). **Landes** (2) 156 הסבר זה בעייתי, כמובן, בעיני כל כלכלן שאינו דוגל בתפיסת היעילות הצרה של Posner. יתרה מכך, הוא אינו מתייחס לאפשרות שאדם עשיר יבצע את הגזילה, וזו עדיין תהיה יעילה. דוגמה מובהקת ל"גזילה" יעילה היא "הפרה יעילה" של חוזה. הפרה כזו מתבצעת על פי רוב בסיטואציה של עלויות עיסקה נמוכות, ואף על פי כן הניתוח הכלכלי המסורתי (ובכלל זה עמדתו של Posner עצמו) מצדיק אותה. נקל לראות את הסתירה שבין ההתנגדות ל"גזילה" הנזיקית, לבין התמיכה הנלהבת ב"גזילה" החוזית. להרחבת הדיון בפער זועק לעין זה בניתוח הכלכלי ר' סע' 10.20 להלן.

[242] בפועל סרבו בתי המשפט (בין מטעם כלכלי, ובין מהטעם המוסרי) לקבל הבחנה זו שמציע Posner והם פוסקים תשלומים עונשיים גם בעוולות שאינן עוולות כוונה מסורתיות. לעניין זה ר' ההערה הבאה.

[243] תשלומים עונשיים נפסקים כיום במרבית המדינות בכל קשת העוולות בנזיקין, לרבות עוולת הרשלנות, ובחלקן אפילו בתביעות שעניינן הפרת חוזה. לסקירות רלבנטיות ר' פרק ג'.

[244] כזכור, הפרה מודעת המסכנת שלא כדין את התובע היא תנאי הכרחי אך לא מספיק לשם תחולת הדוקטרינה, ולפיכך לא כל "עוולת כוונה אמיתית" כהגדרתה על ידי Posner תצדיק חיוב בתשלום עונשי, אלא רק עוולה או רצף של עוולות המבטא חריגה בוטה מסטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר.

nevo.co.il

פיצויים. ואילו במישור התיאורי ההסבר שמציע Posner לדוקטרינה נראה כסובל, לפחות במידת מה, הן מהכללת חסר (אינו מסביר את תחולת הדוקטרינה מחוץ לעוולות הכוונה ה"אמיתיות") והן מהכללת יתר (אינו מסביר את הגבלת תחולתה למעשי עוולה מחפירים בלבד).

ג. Haddock, McChesney ו-Spiegel: התשלום העונשי כאמצעי לריסון העברות כפויות של משאבים ייחודיים

1. ההסבר המוצע

7.57 במאמר זה[245] תורמים שלושת המלומדים תרומה ניכרת להבנת הכשל שבניתוח הכלכלי המסורתי של הדוקטרינה. המלומדים פותחים את המאמר בהסבירם, שהדוקטרינה (האמיתית) נתפסת בעיני רוב אנשי האסכולה הכלכלית כזרה ומוזרה רק מכיוון שהם יוצאים מנקודת הנחה שגוייה, שלפיה הגנה מסוג של "כלל אחריות" מבטיחה תמריצים נכונים להתנהגות יעילה.[246] אלא שבפועל, כללי אחריות אינם מבטיחים הפנמה כזו, וזאת גם בהתעלם מבעיית ההתחמקות מהדין ומבעיית תת-הפיצוי, שבפתרונן רואה הניתוח הכלכלי המסורתי של הדוקטרינה פתרון מלא לחשש מפני הפנמת חסר.[247] **כללי אחריות אינם מבטיחים הפנמה יעילה כל אימת שהמשאב הנגזל הוא משאב ייחודי, שאינו נסחר בשוק החופשי**. במצב זה תרופת הפיצויים הרגילה איננה מפצה את הנגזל על מלוא הנזק שנגרם לו, שכן היא איננה מביאה בחשבון הפיצויים את **הציפייה הלגיטימית של הניזוק להפיק רווח בעתיד ממכירת המשאב הייחודי**.[248] אי ההכרה ברכיב רווחה זה הופכת את משטר כללי האחריות למשטר המעודד מזיקים בכוח לבצע נטילות לא-רצוניות, על מנת לממש בעצמם את ההנאה מרכיב רווחה זה (במקום לחלוק אותו עם הנפגע בכוח). התנהגות כזו מדכאת את התמריץ בקרב נפגעים בכוח להשקיע ברכישת משאבים ייחודיים הניתנים לגזילה, ומעודדת אותם לפנות לערוצי השקעה בטוחים יותר, גם כשאלה אינם רווחיים באותה מידה. התנהגויות אלה מכרסמות ברווחים שהנפגע והמזיק יכלו להפיק לו נערכה ביניהם עיסקה רצונית, ומצמצמות את מספר העיסקות היעילות ואת רווחיותן.[249]

ומדוע זה לא תוסר הבעייה על ידי תיקון דיני הפיצויים והכרה ברכיב רווחה זה כבר-פיצוי? התשובה היא, שתיקון כזה אינו אפשרי, שכן בית המשפט איננו מצוייד בכלים כלשהם כדי להעריך את גודלו של רכיב זה ולקבוע כיצד היה מתחלק בין הצדדים בעיסקה רצונית היפותטית.[250] מכיוון שכך, הפתרון היחיד שנותר הוא להרתיע 'גזלנים' בכוח מלגזול את משאביהם הייחודיים של זולתם. זאת, על ידי יצירת כלל קניין, שיבהיר לגזלן בכוח, כי **כל**

---

245 לאיזכור המלא ר' הערה 181 לעיל.

246 לדיון בהנחה זו ר' סע' 7.44 לעיל.

247 ר' סע' 7.46, 7.48 לעיל.

248 "**Because a taker in a illiquid** [thin] **market extracts all gains from exchange, liability remedies that compensate.. ..are undercompensatory in a larger sense. They do not restore** [the plaintiff's] **preexisting opportunities for obtaining.. ..a share of any gains from exchange.**" **Haddock**, 16. כאשר המשאב הנגזל נסחר בשוק החופשי, הענקת פיצוי בשיעור שווי השוק של המשאב מגלמת בתוכה גם רכיב זה. הסיבה היא, שהאפשרות לנהל משא ומתן ולבצע עיסקה רצונית ביחס למשאב שאינו ייחודי איננה צפוייה להביא להעלאה בשוויו (זאת להבדיל ממשאב ייחודי, שהחזקתו מאפשרת לבעליו להעמיד מחיר הגבוה מהשווי הסובייקטיבי שבו הוא עצמו מעריך את המשאב). במצב זה כללי אחריות יבטיחו אפוא הפנמה מלאה. Id., 3-22. הצורך לחלק בין שני הצדדים את הרווח הצפוי מסחר עתידי במשאב כדי לקיים פיצוי הוגן ומלא לנגזל הוכר גם על ידי Nozick. **Nozick**, 63-65

249 "**Allowing A to take from B and pay ordinary compensation (liability rules) rather than negotiate with B and share the gains from exchange (property rules) diminishes B's incentive to invest scarce or unique resources in tradeable assets… Liability rules make thin-market entitlements a sort of commons, so that gains that would otherwise be available from exchange instead will be dissipated by searches for and defense of takeable assets..**" Id., 16-17.

250 "**Although difficult, the task of making** [a plaintiff] **whole pales in comparison with ascertaining a counterfactual bargaining outcome.**" Id., 25.

הרווח שהוא מתכוון להפיק מהגזילה יישלל ממנו.[251] **תרופת התשלום העונשי היא רק דוגמה אחת לסנקציה לבר-מפצה הקובעת כלל קניין שתכליתו למגר גזילות בלתי יעילות**.[252] מסקנת המלומדים היא אפוא, שמשאבים ייחודיים - ורק משאבים כאלה - ראויים להגנה "קניינית".[253] לדבריהם, הבחנה זו משתקפת גם בפסיקה, אשר ממנה עולה כי "התנהגות מחפירה" אינה אלא נטילה כפוייה של משאב ייחודי מהזולת.[254]

2. הערכה ביקורתית

7.58 הרבותא בהסבר כלכלי זה נעוצה בניסיון - המשכנע, לטעמי - להסביר מדוע השגת הרתעה יעילה באמצעות כלל אחריות איננה יעילה כאשר מדובר בגזילות של משאבים ייחודיים. עם זאת, גם להסבר זה מספר מגבלות: **ראשית,** ההסבר אינו מותיר מקום להפעלת הדוקטרינה בתגובה לנטילות כפויות של משאבים לא-ייחודיים (כגון מיטלטלין בעלי שווי שוק ידוע, ניירות ערך, כסף, או זכויות כלכליות אחרות שקיים לגביהן שוק חופשי) שעה שבפסיקה הנוהגת אין למצוא עיגון למגבלה כזו על תחולת הדוקטרינה.[255] **שנית,** הסברם של המלומדים מספק לכאורה הצדקה לפסיקת תשלום עונשי גם בגין נטילות כפויות הנעשות מתוך יסוד נפשי של רשלנות,[256] שעה שנטילות כאלה אינן באות בדרך כלל בגדרה של הדוקטרינה. **שלישית,** כמו הסברו של Posner, הסבר זה איננו מספק הצדקה או הסבר להבחנה שעורך הדין הנוהג בין סתם הפרה מודעת של זכויות, לבין הפרה מחפירה של אותן זכויות. **רביעית,** ההסבר

---

[251] שלילת רק חלק מהרווח עלולה להותיר תמריץ לנטילות לא-רצוניות, שכן המפר עלול להעריך ששלילה חלקית כזו עדיין עדיפה מבחינתו על פני עיסקה רצונית. Id., 18-19. המלומדים מודעים לכך ששלילת מלוא הרווח שהפיק המעוול יכולה להביא להרתעת-יתר במקרים מסויימים, אך לדעתם הרתעה כזו היא תוצר לוואי חיוני לשם הבטחת יעילות כלכלית בטווח הארוך. Id., 24-5.

[252] דוגמות אחרות הן תרופת האכיפה, תרופת תשלומי ההשבה, ותרופת התשלום העונשי המוסכם (להגדרת המושג ר' סע' 1.14 לעיל). המלומדים דנים בתרופות אלה ומראים כיצד הן מתיישבות עם המודל התיאורטי הכללי המוצע על ידיהם. לדעתם, האפשרות לזכות בסעד של אכיפה שוללת את הצורך בפסיקת תשלום עונשי, שכן היא מחייבת את המפר להחזיר לנפגע את המשאב הנגזל, וכך שוללת ממנו את הרווח שביקש להפיק מהגזילה. המלומדים סבורים שתכונה זו של תרופת האכיפה מסבירה את העדר ההכרה בסמכות לפסוק תשלומים עונשיים בתביעות אקויטביליות (in equity) שבהן ניתן סעד האכיפה. Id., 30-32. ראוי אולי לציין, שבספרות הכלכלית הקלסית הדוגמה הקלסית ל"כלל קניין" היא תרופת הביצוע בעין (ציווי בנזיקין או אכיפה בחוזים). אולם למעשה, אם בוחנים את ההגדרה המקורית שנתנו Calabresi ו-Melamed למושג "כלל קניין", רואים שהגדרה זו חלה באופן פוטנציאלי על כל מוסד משפטי או כלל משפטי המונע (או שנועד למנוע) העברות לא-רצוניות של משאבים: **"An entitlement is protected by a property rule to the extent that someone who wishes to remove the entitlement from its holder must by it from him in a voluntary transaction.."** Calabresi (2), 1092. העובדה שתרופת התשלום העונשי קובעת כלל קניין זוכה כיום להכרה מפורשת בספרות הכלכלית. ר' למשל: **Landes** (2) 30: **"One who has a right to enjoin the injury-causing conduct or to obtain punitive damages has a property right, because either the injunction or the threat of punitive damages should deter a potential injurer from seeking to appropriate the right without negotiating with the owner."** See also R. Craswell, "Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines" 60 **U. Chic. L.R.** (1993) 1, 4: **"..specific performance protects the promise with a property rule… The same is true of other damages measures designed to deter breach.. ..for example *in terrorem* penalty clauses and punitive damages."**

[253] לדברי המלומדים, ביחס למשאבים בעלי שווי שוק ידוע לא קיים אצל מעוולים בכוח תמריץ להעדיף "גזילה" לא יעילה על פני עיסקה רצונית, שכן כמוסבר לעיל, הפיצוי הרגיל (פיצוי בשווי השוק) מגלם כבר את שוויו האמיתי המלא של הנכס לבעליו המקורי. במצב כזה, כללי האחריות מספקים הגנה מספקת מפני גזילות בלתי יעילות, וזאת גם מבלי לשלול מהמעוול את כל הרווח שהפיק. זאת ועוד, להבדיל מהמצב ביחס למשאבים ייחודיים, כאן ניתן לקבוע באופן וודאי ופשוט יחסית את אותו רכיב רווחה שנשלל מבעל המשאב עקב ההעברה הכפוייה (שכן למשאב שווי שוק ידוע). Id., 22-4.

[254] Id., 26-27.

[255] כך, למשל, העיון בפסיקה מעלה שתשלום עונשי עשוי להיפסק כנגד גזלן או רמאי, גם כשרכוש הנגזל אינו משאב ייחודי (ואפילו, כאשר הנזק הוא כלכלי טהור). למעשה, דווקא בתחום המסחרי, המתאפיין בפגיעות באינטרסים כלכליים טהורים, שבמקרים רבים הינם נסחרים בשוק החופשי, הלך השימוש בדוקטרינה והתרחב בעשורים האחרונים (ר' סע' 3.03(28,29). אמנם, אם המשאב הנפגע הוא ייחודי (למשל: אינטרס גופני, פגיעה בכבוד, נזק מוניטין, פריט רכוש נדיר, וכו') הנזק שנגרם כתוצאה מהשמדתו או נטילתו עלול להיות בלתי הפיך, ועובדה זו מהווה שיקול חשוב בקביעת מסוכנותו של מעשה העוולה. עם זאת, מדובר רק בשיקול אחד מבין מספר שיקולים רלבנטיים. לדיון בשיקול זה ר' סע' 12.19 להלן. לדעה שלפיה גם נטילות של משאבים ייחודיים כאלה עשויות להצדיק חיוב בתשלום עונשי ר' סע' 7.59 להלן.

[256] המלומדים מודים בכך במפורש: **"Notably, courts will impose punitive damages only for intended <u>or negligently mistaken</u> <u>takings</u>."** Id., 27.

nevo.co.il

אינו מתייחס לאפשרות ש"גזילה" של נכס ייחודי תהיה מוצדקת (ולכן לא תצדיק תשלום עונשי), בשל עלויות עיסקה גבוהות.[257]

ד. Hylton - נזקיהן העקיפים של "גזילות" כהצדקה למיגורן באמצעות הרתעה ממגרת

1. ההסבר המוצע

7.59 במאמר זה[258] מציג Hylton תזה קרובה למדי לזו של Haddock ועמיתיו, אם כי הוא מרחיב ומחיל אותה גם על נטילת משאבים שאינם ייחודיים. זאת הוא עושה באמצעות שימת הדגש על נזקיהם העקיפים הכבדים של העברות משאבים כפויות, נזקים המתרחשים לדבריו בשני המצבים גם יחד. המאמר נפתח בהבחנה בין שתי תפיסות שונות של הרתעה, שמהן נגזרות שתי טכניקות שונות להשגת הרתעה: האחת - "הרתעה קלסית" מוחלטת או ממגרת המושגת באמצעות טכניקה של **שלילת כל רווח מביצוען** (להלן: **הרתעה ממגרת**); והשנייה - "הרתעה כלכלית" אופטימלית, המושגת באמצעות טכניקה של הפנמה (להלן: **הרתעה מפנימה**).[259] החיסרון העיקרי בטכניקת שלילת הרווח נעוץ בחשש מפני הרתעת-יתר של "גזילות" יעילות. החיסרון העיקרי בטכניקת ההפנמה, לעומת זאת, נעוץ בקושי להעריך נכונה בדיעבד את הנזק החברתי הכרוך ב"גזילות" מסויימות.[260] מכאן נגזר **המבחן לבחירה בין שתי טכניקות ההרתעה**: כאשר ניתן להניח כמעט בוודאות שהגזילה הנדונה היא בלתי יעילה עדיף לנקוט בהרתעה ממגרת, שכן במקרה כזה החשש להרתעת-יתר קטן מאוד;[261] לעומת זאת כאשר וודאות כזו אינה קיימת, מסתמנת עדיפות לטכניקת ההפנמה, בפרט אם נזקי הגזילה ניתנים להערכה בצורה מדוייקת או מקורבת.[262] מעיקרון כללי זה גוזר Hylton את ההצדקה הכלכלית לפסיקת תשלומים עונשיים: לדעתו, זוהי דוגמה לשימוש בהרתעה ממגרת באמצעות טכניקה של שלילת רווח. שימוש כזה הוא מוצדק כאשר קיימת סבירות נמוכה שה"גזילה" הנדונה יעילה, כאשר נזקיה של ה"גזילה" כבדים, וכאשר קיים קושי רב להעריכם במדוייק.[263] לדברי המלומד, הקטגוריות העוולתיות הספציפיות המקיימות מבחן זה הן: 1) "גזילות" של משאב ייחודי (מהטעם שבמקרה כזה בלתי אפשרי להעריך את נזקו של הנפגע);[264] 2) "גזילת" כסף או משאב לא ייחודי אחר, בעל שווי שוק ידוע.[265] לדעתו - וכאן החידוש העיקרי במאמר בהשוואה למאמרם של Haddock ועמיתיו - גם "גזילות" מהסוג האחרון אינן יעילות ברוב המכריע של המקרים. הטעם לכך הוא, שבמעגל הקרוב (של הגזלן והנגזל) נטילה כפוייה של משאב בעל מחיר שוק

---

257 כמובהר בהמשך, אפשרות זו מסתברת יותר כאשר ה"גזילה" רשלנית, ומסתברת פחות כאשר ה"גזילה" נעשית במודע. סע' 7.67(312) להלן.

258 לשם המלא ר' הערה 181 לעיל.

259 לדיון בהבחנה זו ר' סע' 7.43 לעיל. לדעת Hylton, תפיסת ההרתעה המוחלטת מאפיינת את ספרות המשפט הפלילי, בעוד שהשנייה רווחת בספרות הנזיקין, במיוחד בקרב הכותבים הכלכליים. **Hylton**, 421 הבחנה זו מקבילה למעשה להבחנה בין כללי קניין לכללי אחריות, אף כי דמיון זה אינו מוזכר במאמר. אני דן בהקבלה זו בסע' 7.64(287) להלן.

260 להצגת ההבחנה בין שתי טכניקות ההרתעה, חסרונותיהן ויתרונותיהן זו ביחס לזו, ר': **Hylton**, 427-30

261 הדבר נכון במיוחד כאשר הערכת שיעור הרווח מביצוע העוולה קלה יותר מהערכת היקף הנזק שגרמה. Id., 431-3

262 במצבי הביניים יש לשקלל את רמת הוודאות שהגזילה אכן בלתי יעילה אל מול הקושי בהערכת נזקיה הצפויים, ולהכריע בהתאם מהי הטכניקה העדיפה. Id., **Hylton** כמובהר בהמשך, לדעתי שיקולים אלה הם שיקולים מרכזיים לבחירה בין כללי אחריות לכללי קניין. ר' סע' 7.64 להלן.

263 לעומת זאת, אין לפסוק תשלום עונשי בגין התנהגויות מזיקות, שקיים ספק לגבי מידת יעילותן החברתית, ושנזקיהן ניתנים להערכה בצורה טובה יחסית. Id., 439-40 ודוקו: במקרה כזה, למרות שלא ייפסקו תשלומים עונשיים במובן המסורתי, ניתן וראוי לפסוק "תשלומים מוגדלים", שמטרתם להבטיח הפנמה מלאה אצל המעוול. לדיון בתשלומים "עונשיים" מסוג זה ר' סע' 7.46, 7.48 לעיל.

264 כזכור, זוהי הקטגוריה שהוצעה על ידי Haddock ועמיתיו. Hylton מודע לכך שעלולה להיווצר כאן הרתעת יתר, שכן אין לדעת מהי ההנאה שמפיק המעוול מהנכס, אך כמו Haddock ועמיתיו גם הוא סבור שזו מתקזזת אל מול היתרונות שבניתוב העיסקה לשוק החופשי. Id., 441 ייתכן שהיגיון כזה הנחה גם את Posner בהסברו אודות עוולות כוונה, אך אין אצלו דיון באפשרות זו.

265 ניתן לראות, שHylton חולק כאן על הדוק ועמיתיו, הסבורים שהצדקה לכללי קניין (=טכניקה של שלילת רווח) קיימת רק ביחס לגזילת משאבים ייחודיים.

nevo.co.il

אחיד איננה צפוייה להביא לשיפור במאזן התועלת, ודאי לא לשיפור משמעותי.[266] אך חשוב מכך: במעגל הרחוק כל "גזילה" (של משאבים ייחודיים ולא-ייחודיים כאחד) כרוכה בעלויות חברתיות ניכרות. הסיבה לכך נעוצה בעיקר ב"נזקי החרדה" העקיפים (או "המשניים") שיוצרות "גזילות".[267] נזקים אלה מתבטאים בעיקר בתחושות של חרדה וחוסר ביטחון שהידיעה על "גזילות" יוצרת בקרב הציבור הרחב.[268] תחושות אלה גוררות בתורן נזקים חברתיים נוספים, כגון שינוי הרגלים, הימנעות מפעילות כלכלית יעילה בעתיד, הגדלת ההשקעה באמצעי מיגון מפני 'גזילות', הגברת מאמצי ה'גזלנים' להתגבר עליהם, וחוזר חלילה.[269] מכאן, שלכאורה כל "גזילה" מצדיקה הגנה מסוג של הרתעה ממגרת (נזקים כבדים, הנחת חוסר יעילות, וקשיי הערכה של הנזק) ולפיכך מצדיקה לכאורה פסיקת תשלום עונשי. מהי אם כן תכליתה של הדרישה ל"התנהגות מחפירה"? לדעת Hylton, זוהי מסננת שתכליתה לסייע בהכרעה במקרי גבול שבהם קיים ספק לגבי יעילותה של הנטילה הכפוייה. ספק כזה מתעורר בעיקר כאשר ה"גזילה" לא היתה תוצר הכרחי של פעולת המזיק, אלא תוצר לוואי אגבי ובלתי מכוון שלה, קטגוריה המאפיינת לדעת Hylton התנהגויות רשלניות.[270]

2. הערכה ביקורתית

7.60 לדעתי, עיקר חשיבות התזה של Hylton היא בהדגשת מרכזיותם של הנזקים החברתיים המשניים והעקיפים של "גזילות", והסברת הרלבנטיות שלהם לצורך הצדקת סוג ההרתעה הננקט במסגרת הדוקטרינה. על נזקים עקיפים אלה, ובעיקר על "נזקי החרדה" הלא-ממוניים הנלווים לכל התנהגות מחפירה מעצם טיבה ומהותה, עמדנו כבר בחלק השלישי.[271] נזקים אלה מספקים לגיטימציה כלכלית לשימוש במנגנון של הרתעה ממגרת לא רק כאשר מושא הגזילה הוא משאב ייחודי אלא גם כאשר הוא משאב הנסחר בשוק - כפי שאכן נעשה במסגרת הדין הנוהג.[272] זאת ועוד, בניגוד לרבים מקודמיו, Hylton מנסה להציע הסבר כלכלי למבחן התחולה של הדוקטרינה, ולעובדה שהיא אינה חלה על התנהגויות רשלניות.[273]

אולם אפילו הסבר זה מותיר עדיין שתי נקודות בלא מענה הולם. **ראשית,** התפקיד הכלכלי שהמלומד מייחס למבחן "ההתנהגות המחפירה" - זה של סינון התנהגויות רשלניות - איננו נראה לי כתפקיד שממלאת דרישה זו

---

266 זהו למעשה הטיעון שבו נתקלנו אצל Posner, אם כי שם לא נעשתה הבחנה בין גזילה של משאב ייחודי למשאב לא ייחודי.

267 לדיון בנזקים המשניים ר' **Hylton**, 435-9.

268 הנזק שיוצרות גזילות מורכב מנזקים מיידיים או "ראשוניים" (פגיעה בניזוקים, עלויות האכיפה הכרוכות בביצוע טכניקת ההפנמה, נזקים לצדדים שלישיים ספציפיים) ומנזקים עקיפים ארוכי טווח ("משניים"). אלה האחרונים הם נזקים שלא ניתן לייחס לנפגע ספציפי, כגון חרדה כללית, נזקי חרדה עקיפים אלה מאפיינים במיוחד גזילות הנעשות במודע. להבחנה בין הנזקים השונים ר': **Hylton**, 434-7.

269 על הממוניים שבנזקים אלה עמד Posner בהסברו. ר' סע' 7.55(237) לעיל.

270 **Hylton** Id., 440-1. טוען, שבמקרים של גזילות מדעת אין מקום לחשוש מפני הרתעת-יתר, שכן גם אם במעגל הקרוב הגזילה היא "יעילה", הרי אם מביאים בחשבון גם את נזקיה העקיפים הכבדים, קרוב לוודאי שהיא בלתי יעילה. Id., 437-9 מושג ה"מחפירות" (reprehensibility) משמש לדעתו כמבחן עזר לזיהויין של עוולות בלתי יעילות: **"..it is helpful to have some inferential device that serves to separate the cases in which offender gains exceed social or victim losses from those in which they probably do not. … ..reprehensibility is a useful factor.. ..because it facilitates the process of separating those cases involving intentional injuries from those in which the injury was an unintentional by-product of the defendant's activity.."** Id., 455-6. לדבריו, התנהגות "מחפירה" היא גזילה המתאפיינת בכך שהרווח המופק ממנה מבחינת המעוול תלוי ומותנה בפגיעה באינטרס של הנפגע, היינו, בא בהכרח על חשבונו. **"This category of** [reprehensible] **conduct should also include cases of theft or expropriation in general, where the offender experiences a gain *only if* his victim suffers a loss."** Id., 456. התנהגות רשלנית איננה מקיימת מבחן זה, ולפיכך היא איננה מחפירה.

271 למעשה, ההסבר של Hylton אינו אלא גירסה של ההסבר אותו הצגנו בחלק השלישי, בהתבסס על התזה הליברטנית של Nozick. ר' סע' 7.25 לעיל.

272 ר' הערה 255 לעיל.

273 למעשה היחידים שניסו לספק הסבר למאפיין זה הם Posner ו-Cooter, שאת נסיונותיהם ביקרנו. ר' סע' 7.56(241-242), 7.47(207) בהתאמה.

nevo.co.il

במסגרת הדוקטרינה.[274] **שנית,** בניגוד ל-Posner, ובדומה ל- Haddock ועמיתיו, Hylton אינו מתייחס כלל לשאלת עלויות העיסקה, ולהשלכותיה האפשריות על ההצדקה לשימוש בהרתעה ממגרת.

ה. Friedman - גמישות הביקוש למעשי עוולה והשפעתה על יעילות הענישה

1. ההסבר המוצע

7.61 מאמרו של Friedman[275] קדם בזמן לשני המאמרים שנסקרו לעיל, אך אינו משמש להם בסיס, שכן הוא תוקף את הסוגייה מזווית אחרת לחלוטין. התזה של Friedman נשענת על התובנה המוכרת, שלפיה רמת האכיפה האופטימלית של עבירות או עוולות נקבעת בהתאם לעלות החברתית הכרוכה בהבטחת אותה רמת אכיפה. עלות זו תלויה בגמישות הביקוש לביצוען של עבירות או עוולות מהסוג הנדון בקרב עבריינים או מעוולים בכוח.[276] כאשר הביקוש לביצועה של עוולה/עבירה מסויימת הוא קשיח יחסית, החרפת הסנקציה בגינה (או הפחתתה) לא תשפיע באופן משמעותי על תדירות ביצועה. מנגד, בכל הנוגע לעוולות אזרחיות (להבדיל מעבירות פליליות) החרפת הסנקציה צפוייה להשפיע לרעה על עלויות האכיפה - היא תגדיל אותן.[277] לפיכך, החרפת הסנקציה על עוולות אזרחיות אינה אפקטיבית בדרך כלל, אלא אם כן מדובר בעוולה חמורה במיוחד, שאז המאמץ הכלכלי להרתיע מפניה עשוי להיות משתלם.[278] לעומת זאת, כאשר הביקוש לעוולה גמיש יחסית, החרפת הסנקציה (הכרוכה, כאמור, בעלות חברתית) צפוייה להיות משתלמת גם כשהעוולה חמורה פחות. במילים אחרות: **מאמץ אכיפתי למנוע עוולה אחת נוספת יהיה אפקטיבי יותר - ולכן ההשקעה משתלמת יותר - ביחס למעוולים בעלי ביקוש גמיש** (לביצועה של אותה עוולה), **מאשר ביחס למעוולים בעלי ביקוש קשיח יותר.**

לדעת Friedman, תובנה זו מאפשרת להבין מדוע תחולת הדוקטרינה דנן מוגבלת לעוולות המתבצעות מתוך מודעות מלאה, ומדוע אין היא חלה על עוולות המתאפיינות ברשלנות במישור הנפשי. ההסבר הוא פשוט: אדם המבצע עוולה במודע יודע כי יגרום לזולת נזק (או למצער, מודע לאפשרות זו) ולכן מביא בחשבון גם את האפשרות שתוטל עליו סנקציה בגין התנהגותו זו. לעומת זאת, אחר המבצע אותה עוולה ממש מתוך רשלנות (במישור הנפשי)

---

274 זאת מכמה טעמים: **ראשית**, התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה שוללים את האפשרות להטיל תשלום עונשי על התנהגויות רשלניות, ולשם כך אין כל צורך במבחן האולטימטיבי של ההתנהגות המחפירה. יתרה מכך, לפחות מבחינה לשונית נראה שאין קושי 'לדחוס' לתוך מושג המחפירות גם התנהגויות רשלניות בצורה קיצונית. העובדה ש'דחיסה' כזו לא נעשית איננה נובעת אפוא מדרישת ה"מחפירות" (הדרישה האולטימטיבית לסטייה בוטה מסטנדרט ההתנהגות הסביר) אלא מהמבחנים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה הדורשים מודעות. **שנית**, אם נקבל את התוכן שמבקש המלומד ליצוק למבחן ההתנהגות המחפירה, נגיע למסקנה שכל מעשה עוולתי הנעשה מתוך כוונה להפיק תועלת מסבלו של הזולת הוא בגדר התנהגות מחפירה. אולם תוצאה כזו איננה רצויה וגם איננה מתיישבת עם הדין הנוהג (לדיון באפשרות שמעשה של גרימת נזק במודע לא יהא ראוי למיגור ר' סע' 7.74, 7.75 להלן). המבחן סובל איפוא מהכללת יתר. **שלישית**, מבחן הנזק ההכרחי מותיר מחוץ להישג ידה של הדוקטרינה לא רק התנהגויות רשלניות אלא גם מעשים מסוכנים שהתועלת המופקת מהם אינה מותנית בגרימת סבל או סיכון למי שעלול להיפגע מהם (כך, למשל, התועלת מזיהום אויר, ייצור מוצר פגום, נהיגה פרועה, וכיו"ב פעולות מסוכנות אינה מותנית בכך שההתנהגות תגרום למאן דהוא סבל מיוחד). אף על פי כן פעולות אלה עשויות להצדיק תשלום עונשי כאשר הן נעשו ביודעין שלא כדין. המבחן המוצע סובל אפוא גם מהכללת חסר.

275 לשם המלא ר' הערה 181 לעיל.

276 תובנות אלה פותחו במאמריהם של Becker ו- Stigler בהקשר הפלילי. ר' במיוחד: **Becker**, 176-9; **Stigler**, 529-31.

277 הטעם לכך הוא, שהגדלת הסנקציה על מעוולים בכוח מגדילה את התמריץ אצל נפגעים בכוח לאכוף את זכויותיהם (להגיש תביעות). לפיכך, בד בבד עם הגדלת רמת האכיפה גדלה גם העלות החברתית הכרוכה באכיפה כזו (עלויות ההתדיינות בבתי המשפט האזרחיים). זאת להבדיל מהמשפט הפלילי, שבו החמרת הסנקציה הפלילית איננה כרוכה בדרך כלל בהגדלת עלויות האכיפה. ואכן, בהקשר הפלילי החרפת הסנקציות נתפסת באופן מסורתי כאחת הדרכים היותר יעילות לשיפור רמת האכיפה, שכן: **"..it would appear, that punishments.. ..could often be increased without using additional resources." Stigler**, 527. גם הנחה זו אינה מציאותית, שכן אכיפתה של סנקציה חמורה יקרה יותר מאכיפתה של סנקציה קלה. לבעיות השונות שהיא מעוררת ר' **Posner** (7), 1207-8. כפי שיובהר בפרק ט', אין מניעה מעשית לשלול מהתובע את זכותו בכספי התשלום העונשי, ובמקרה כזה הגדלת סכום הסנקציה לא תהיה כרוכה בעלויות אכיפה נוספות, ממש כמו במשפט הפלילי. עם זאת, ספק אם הדבר רצוי, שכן הדבר עלול לפגוע במידה משמעותית ברמת האכיפה של הדין על מפרים מחפירים. ר' סע' 9.06.

278 **"If the supply of offences is highly inelastic, a large increase in damages and resulting litigation costs is required to deter one more offense. It is not worth paying that price to deter an offense that is only slightly inefficient… It is worth paying it to deter a very inefficient offense." Friedman**, 1134.

nevo.co.il

אינו מודע לקשר הישיר שבין התנהגותו לבין הנזק שהיא גורמת לזולת (ולעיתים גם לו עצמו), ולפיכך אינו רואה את הסיכון הכלכלי הכרוך בביצועה של עוולה זו מבחינתו. הבדל זה הופך את הביקוש למעשי עוולה הנעשים מתוך יסוד נפשי של רשלנות לקשיח בהשוואה לביקוש לעוולות הנעשות מתוך מודעות מלאה, שהוא גמיש יחסית.[279] "השקעה" באכיפתן של עוולות מודעות היא אפוא משתלמת יותר כלכלית מאשר "השקעה" באכיפתן של עוולות רשלנות.[280] מכאן הצידוק הכלכלי להחריף את הסנקציה האזרחית - לפסוק תשלומים עונשיים - אך ורק בגין עוולות הנעשות מתוך מודעות מלאה, כפי שאכן נעשה בדין הנוהג.[281]

2. הערכה ביקורתית

7.62 חשיבות ההסבר של Friedman היא בהסברת ההיגיון הכלכלי הפשוט של ההבחנה הגורפת שעושה הדוקטרינה בין הפרת זכויות רשלנית, לבין הפרת זכויות מודעת.[282] יחד עם זאת, Friedman איננו מתייחס כלל לבעיית היסוד שעימה התמודדו יתר ההסברים ה"משופרים" - שאלת ההצדקה הכלכלית להעדפת משטר של הרתעה ממגרת על פני משטר של הרתעה מפנימה.[283] בנוסף, כמרבית ההסברים האחרים שהובאו לעיל, אין ההסבר מתייחס לתוכנה והגיונה הכלכלי של הדרישה ל"התנהגות מחפירה", ולפער האפשרי בינה לבין הסטנדרט הרחב יותר של "פגיעה מודעת בזכויות", פער הטעון הסבר והצדקה.

IV. ההסבר הכלכלי המוצע

א. מבנה הדיון ומטרתו

7.63 בסעיפים הבאים אבקש להציע הסבר כלכלי לשאלה הנדונה בפרק זה, תוך התייחסות לאופן שבו פועל מוסד התשלומים העונשיים הלכה למעשה. ההסבר מבוסס על תובנות שהועלו בהסברים האחרונים שבחנתי לעיל (של Posner, Haddock, Hylton, Friedman) ומבקש לשלב ביניהם, להשלימם (ובמידת הצורך אף לתקנם), ובעיקר להצדיק באמצעותם באופן קונקרטי יותר את מבחני התחולה של הדוקטרינה. הדיון ייערך בשני שלבים: בשלב הראשון יוצגו בתמצית (בסעיף ב' להלן) השיקולים והדגשים העיקריים שבהם ראוי להתחשב בעת שמעצבים כל מוסד משפטי שתכליתו להבטיח הרתעה יעילה. בשלב השני (בסעיפים ג' עד ה') לאורם של שיקולים אלה **ייעשה מאמץ להסביר את התפקיד הכלכלי של שלושה מאפיינים מרכזיים של הדוקטרינה: האחד** - העובדה שהיא מושתתת על מנגנון של הרתעה ממגרת המעניק הגנה "קניינית" מפני "גזילות" מחפירות של משאבים; **השני** - העובדה שתנאי מוקדם לתחולת הדוקטרינה הוא "גזילה" מודעת (להבדיל מ"גזילה" רשלנית); **והשלישי** - העובדה

---

279 למשל: אדם הנוהג בחוסר זהירות מתוך רשלנות (במישור הנפשי) איננו מודע לנזק שהוא עלול להסב לזולת (וגם לעצמו) ולכן ידיעתו כי בגין נהיגה לא זהירה מוטלים עונשים כבדים תשפיע על נהיגתו במידה פחותה מאשר על נהיגתו של נהג המודע לכך שהוא נוהג בחוסר זהירות. יושם אל לב, ש-Friedman מתעלם כאן מגורמים אחרים העשויים להשפיע על גמישות הביקוש למעשי עוולה, כגון תכונות אופי של המעוול. ניתן, למשל, לטעון, שהביקוש למעשי עוולה מודעים הוא קשיח, שכן מעוולים מדעת "אוהבים לעוול", מה שאין כן לגבי מעוולים רשלנים.

280 כאמור, ה"השקעה" מתבטאת בגדרי המשפט האזרחי בהגדלת עלויות ההתדיינות המשפטית (litigation costs).

281 לדעתי, ההסבר האמור מאפשר להסביר ולהצדיק גם הבחנה, לעניין שיעור התשלום העונשי שייפסק, בין עוולות הנעשות מתוך כוונה להזיק (או לחלופין צפייה בדרגה גבוהה של הסתברות של האפשרות שייגרם נזק) לבין כאלה הנעשות מתוך אדישות או קלות דעת (צפיית האפשרות שייגרם נזק, אך לא בדרגה גבוהה של הסתברות). הראשונות, פרט להיותן חמורות יותר מבחינה מוסרית, משקפות עוולות שבהן הביקוש גמיש יותר, ולכן כלכלית קיימת הצדקה חזקה יותר "להשקיע" בהטלת סנקציות עונשיות בגינן. לדיון ביסוד הנפשי כשיקול לראייתה של הפרה כ"מחפירה" ר' סע' 12.24.

282 כזכור, תיאוריות תת-הפיצוי וההתחמקות מהדין אינן מסבירות ואף אינן מצדיקות הבחנה גורפת זו, והוא הדין גם בתיאוריה של Haddock. Hylton הציע את ההבחנה, אך כאמור, לא ביסס את הגיונה הכלכלי כדבעי. כפי שראינו, גם Posner סבור שהתנהגויות רשלניות הן לגיטימיות מבחינה כלכלית ואינן פוגעות בשוק החופשי, אך לגביו הוא הדין גם בהתרשלויות הנעשות במודע ושאינן "עוולות כוונה אמיתיות".

283 לפחות לכאורה, ניתן לטעון, כי העיסוק בשאלת גמישות הביקוש למעשי עוולה הוא מיותר במסגרת משטר של כללי אחריות. במשטר כזה הטכניקה שבאמצעותה מושגת הרתעה יעילה היא טכניקה של הפנמה מלאה, וזו ניתנת להתבצע על ידי הכללת עלויות ההתדיינות כרכיב בפיצויים שבגינם יחוב המעוול. Friedman אינו בוחן אפשרות זו, ומניח (במשתמע) שעלויות ההתדיינות אינן ניתנות להכללה בחיוב הפיצויים (או לחלופין, מניח שמנגנון של הרתעה מפנימה אינו יעיל).

nevo.co.il

ש"גזילה מודעת" איננה מספיקה לצורך פסיקת תשלום עונשי, ונדרשת חריגה בוטה וחריפה מסטנדרט ההתנהגות הראוי. טענתי היא, בתמצית, שמבחני התחולה של הדוקטרינה והאופן שבו היא מופעלת הלכה למעשה משקפים רגישות לשיקולים הכלליים שבהם יש הכרח להתחשב בעת עיצובו של כל מנגנון שתכליתו ליצור הרתעה יעילה. רגישות זו מבטיחה כי הדוקטרינה תוכל למלא בהצלחה את ייעודה החברתי: מניעת דפוסי התנהגות שקיימת הצדקה כלכלית ברורה לפעול למיגורם.

ב. שיקולים ודגשים כלליים שבהם ראוי להתחשב בעת עיצובם של מנגנונים הרתעתיים

1. שיקולים רלבנטיים לבחירה בין הרתעה ממגרת (כלל קניין) לבין הרתעה מפנימה (כלל אחריות)

7.64 השאלה הראשונה שעימה חייב להתמודד כל מי שמבקש להשיג הרתעה יעילה, היא שאלת סוג ההרתעה שהוא מבקש להשיג, וסוג הטכניקה ההרתעתית שבכוונתו להפעיל. כמצויין בפתחו של הפרק, ההבחנה היסודית כאן היא בין הרתעה מוחלטת או ממגרת, לבין הרתעה יחסית או אופטימלית.[284] הראשונה מיועדת להביא לחיסול התמריץ לנקיטה בפעולות מסויימות הנתפסות מעצם טיבן ומהותן כבלתי יעילות, ועושה כן באמצעות טכניקה של שלילת רווח.[285] השנייה מבוססת על טכניקה של הפנמת עלויות, ותכליתה להבטיח כי כל התנהגות תוכל להיות מבוצעת - אולם אך ורק כאשר הדבר יעיל.[286]

לדעתי, ניתן לזהות הקבלה מסויימת בין הבחנה זו לבין ההבחנה הכלכלית המפורסמת בין כללי קניין לכללי אחריות: כלל קניין (property rule) נועד למנוע "גזילות" מסויימות באמצעות הטלת סנקציות שתכליתן לשלול את הרווח המופק מה"גזילה" וכך להרתיע מפניה; ואילו כלל אחריות (liability rule) לא נועד למנוע "גזילות" כלשהן, אלא אך להבטיח (באמצעות חובת הפיצוי בדיעבד) כי הן תתבצענה כאשר הן יעילות.[287] אולם איך תיקבע בהקשר נתון עדיפותו של מנגנון אחד על פני רעהו? מספר שיקולים נראים בעלי חשיבות מרכזית בהקשר זה.[288] **1) עלויות העיסקה** (transaction costs). מקובל להניח, שמשטר של כללי אחריות הוא יעיל, כאשר מתקיים כשל שוק המונע שכלולה של עיסקה רצונית ביחס למשאב הנדון, או המייקר את עלויותיה של עיסקה כזו באופן משמעותי, עד כי הדבר פוגם קשות ביעילותה.[289] במצב כזה פוחתת ההצדקה לאימוץ כלל קניין (מנגנון הרתעה ממגרת) שנועד למנוע

---

284 ר' סע' 7.43 לעיל.

285 ודוקו: השימוש בטכניקה של שלילת רווח אין פירושו כי בכל מקרה הסנקציה שתוטל על המעוול תיקבע על פי שיעור הרווח שהפיק. משמעותו אך, שיש להבטיח כי תסוכל כל ציפייה של מעוולים בכוח להפקת רווח ממעשיהם. לשם כך יידרש לעיתים סכום העולה על שיעור הרווח שהופק, זאת כדי להביא בחשבון את בעיית ההתחמקות מהדין. מאידך גיסא, לעיתים יהיה די בחיובו של המעוול בתשלום פיצויים מלאים לקורבנו כדי להשיג מטרה זו (כך יהיה כאשר הרווח שהופק קטן מהנזק שנגרם).

286 לדיון בהבחנה בין טכניקת שלילת הרווח לבין טכניקת ההפנמה ר' סע' 7.59 לעיל.

287 יש לציין, כי למיטב ידיעתי הקישור וההקבלה בין שתי ההבחנות (הרתעה ממגרת מול יחסית; כללי קניין מול אחריות) לא זכו עד כה להכרה ברורה בספרות הכלכלית. המקום היחיד שבו מצאתי קישור ברור בין שתיהן הוא במאמרם של Haddock ועמיתיו, שנדון בסע' 7.57 לעיל.

288 חלק מהשיקולים הועלו בספרות בהקשר לדיון בכללי קניין מול כללי אחריות, וחלק הועלו בהקשר לבחירה בין הרתעה ממגרת להרתעה מפנימה, אך כמובהר לעיל, לדעתי קיימת הקבלה בין שתי ההבחנות, ולפיכך השיקולים שהועלו באחד ההקשרים רלבנטיים גם להקשר האחר.

289 תובנה זו פותחה לראשונה במאמרם של Calabresi ו-Melamed: **"Often the cost of establishing the value of an initial entitlement by negotiation is so great that even though a transfer.. ..would benefit all concerned, such a transfer will not occur. If a collective determination of the value were available instead, the beneficial transfer would quickly come about."** **Calabresi** (2) 1106. מאמר זה נתפרש על פי רוב כקריאה להחלת כללי אחריות כל אימת שעלויות העיסקה גבוהות, ולעיתים גם נתפרש כקריאה להחלת כללי קניין כל אימת שעלויות העיסקה נמוכות (כפי שראינו, זו למעשה עמדתו של Posner). ר' למשל: J.E. Krier, S.J. Schwab, "Property Rules and Liablity Rules: The Cathedral in Another Light" 70 **N.Y.U.L.R.** (1995) 440, 451 **"..the familiar piece of conventional wisdom that amounts to virtual doctrine** [is]: **..When transaction costs are low, use property rules; when transaction costs are high, use liablility rules."** See also n. 44 therein citing articles and textbooks reading Calabresi and Melamed for the proposition that damages are the preferred remedy when transaction costs are high); see also D. Lewinsohn-Zamir "The Choice Between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioral Studies" 80 **Tex. L.R.** (2001) 219, 220: "[The traditional assumption is that] **Property rules should be used when transaction costs are low.. Liability**

nevo.co.il

"גזילות", וגוברת ההצדקה לאימוץ כלל אחריות (מנגנון הרתעה מפנימה), שיתיר את ה"גזילה" אך יחייב את ה"גזלן" בתשלום פיצויים על נזקיה. **2) עלויות אומדן הנזק** (assessment costs). הפעלת משטר של הרתעה מפנימה (כללי אחריות) כרוכה בעלויות. אלה הן העלויות של ביצוע הערכה קולקטיבית (בידי בית המשפט) של מכלול נזקי הגזילה בדיעבד.[290] כאשר אומדן הנזקים כרוך בעלויות ניכרות, פוחתת ההצדקה הכלכלית לאימוץ כללי אחריות, וגוברת ההצדקה לאימוצו של כלל קניין.[291] **3) עלויות טעות שיפוטית באומדן הנזק** (error costs). במשטר של כללי אחריות (הרתעה מפנימה) קיים תמיד חשש כי בית המשפט יטעה בהערכת השווי הסובייקטיבי של המשאב הנדון ל"נגזל", ולפיכך ייכשל בהשגת הפנמה מלאה בקרב "גזלנים" ומזיקים למיניהם. נזקן החברתי של טעויות שיפוטיות איננו ניתן להערכה בקלות, אולם אין ספק כי הוא כרוך בעלות חברתית - זו הנובעת מיצירת הרתעת-חסר או הרתעת-יתר.[292] ודוקו: החשש הנדון כאן לא קיים במשטר של כללי קניין, שכן הנחת הכלכלן היא כי עיסקה רצונית תבטיח בכל מקרה הפנמה מלאה ותשיג יעילות פרטו.[293] לפיכך, ככל שניתן להצביע על חשש גדול יותר לטעות שיפוטית בהערכה נכונה של הנזק, פוחתת ההצדקה לשימוש בכללי אחריות (באמצעות הרתעה מפנימה) וגוברת ההצדקה לשימוש בכללי קניין (שנועדו למגר "גזילות") ולהיפך.[294] **4) החשש מטעות בקביעת סטנדרט ההתנהגות היעיל או ביישומו (בהבחנה בין התנהגות יעילה לבלתי יעילה).** החשש מהרתעת-יתר וחסר יכול שינבע לא רק

"**rules are best applied when transactions costs are high..**" לדיון בכשלי שוק העלולים לפגום ביעילותן של עיסקות רצוניות (להגדיל את עלויותיהן או לסכלן לחלוטין) ר' הערה 227 לעיל והאסמכתות שם. המרכיבים העיקריים של עלויות העיסקה הם בעיקר ההוצאות באיתור הצד השני (אחד או רבים) למשא ומתן, וכן הזמן וההוצאות הכרוכות בניהול המשא ומתן. הוצאות אלה מושפעות הן ממספר הצדדים למשא ומתן, הן מהקושי באיתורם של הצדדים הרלבנטיים, והן מבעיות של התנהגות אסטרטגית כגון בעיית "הסחטן" (holdout) או ה"טרמפיסט" (free-rider). הספרות העוסקת בהתנהגות אסטרטגית של צדדים למשא ומתן היא עשירה. ר' למשל: I. Ayre, E. Talley, "Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitilement to Facilitate Coasean Trade" 104 **Yale L.J.** (1995) 1027 (suggesting liability rules can improve trade by reducing transaction costs); see also W.S. Dodge, "The Case for Punitive Damages in Contract", 48 **Duke L.J.** (1999) 629, 670-73, and citations therein.

290 עלויות אלה מורכבות מעלויות האיסוף והעיבוד של נתוני הנזק. רצוי לציין, שעלויות אלה אינן העלויות היחידות של ההליך השיפוטי. בנוסף, יש להוכיח כי הנזק ניתן לייחוס לנתבע, וכי הנתבע הפר את חיובו (עלויות אלה עשויות לחול גם במשטר של כללי קניין, באותם המקרים שבהם למרות כלל הקניין לא הושגה הרתעה, ובוצעה העוולה. עם זאת, ההנחה היא כי במקרים רבים כללי הקניין ימנעו מראש את הצורך בניהול הליך שיפוטי כלשהו). לדיון בעלויות האומדן הכרוכות בהפעלת משטר של כללי אחריות ר' **Krier**, 453.

291 במאמרם של Krier ו-Schwab נעשה מאמץ להדגיש את חשיבותו של שיקול זה ולהראות, כי הוא עשוי להביא במקרים רבים לסתירתה של ההנחה הרווחת בספרות הכלכלית, שלפיה די בכך שעלויות העיסקה גבוהות כדי להצדיק שימוש בכללי אחריות: **Krier**, 454: "**Once we recognize that in the real world both transaction costs and assessment costs are regularly significant, the bald preference for liability rules loses its foundation.**"

292 ראוי לציין, שעצם העובדה שמנגנון הרתעתי יוצר הרתעת-יתר אין בה, כשלעצמה, כדי לשלול את ההצדקה הכלכלית לקיומו. כך יהיה, למשל, כאשר המנגנון מונע התנהגויות שנזקן החברתי הכולל עולה בשיעורו על התועלת שבהתנהגויות היעילות שאותו מנגנון הרתעתי מונע את התרחשותן. הוא הדין לגבי הרתעת-חסר. החשש מפני הרתעת-יתר הנגרם בשל טעות שיפוטית גובר, ככל שהסנקציה המרתיעה חריפה יותר. עמד על כך Haddock, בהקשר לענישה בפלילים: "**Such** [court] **errors deter some socially desirable acts that may be mistakenly branded criminal, and the greater the sanction, the greater the number of desirable acts discouraged.**" **Haddock**, n. 138. באופן דומה ניתן לומר, שהחשש להרתעת-חסר גובר, ככל שההתנהגות הבלתי יעילה (הנותרת מחוץ להישג ידו של המנגנון ההרתעתי) מזיקה יותר.

293 תובנה בסיסית זו היא למעשה ההצדקה הבסיסית לקיומו של מנגנון השוק החופשי. רעיון זה פותח למעשה כבר בכתביו של אדם סמית' במאה ה-18, אך נוסח בבירור לראשונה במאמרו המונומנטלי של Coase: R.H. Coase, "The Problem of Social Cost" 3 **J. L. & Econ.** 1. (1960)

294 השיקול עליו עמדתי כאן עולה במשתמע כבר ממאמרם של Calabresi ו-Melamed. כך, למשל, בעמ' 1108, הם עומדים על כך שהערכה אמיתית של הערך האמיתי של המשאב הנדון ל"נגזל" היא בעייתית ביותר, ולמעשה תביא כמעט תמיד לתת-פיצוי או לפיצוי-יתר. לדבריהם, השימוש בכללי אחריות מוצדק לא משום שהוא יעיל, אלא כיוון שבנסיבות מסויימות הוא הרע במיעוטו. דיון קצר בעלויות טעות ניתן למצוא אצל Posner. **Dodge**, 670, 675 רואה בעלויות של טעויות שיפוטיות (לאו דווקא בהקשר לאומדן הנזק במסגרת כללי אחריות) אחד משני המרכיבים המרכזיים של העלויות המינהליות (administrative costs) הכרוכות בהפעלת המערכת השיפוטית. **Posner**, 599. השיקול מודגש גם במאמרו של **Cooter** (3). במאמר זה המלומד מגיע למסקנה, כי אחד משני השיקולים התומכים בשימוש בסנקציות (כללים הקובעים מה מותר ומה אסור ויוצרים פער חד בין העלות של התנהגות אסורה לבין העלות של התנהגות מותרת) הוא דרגת הקושי להעריך נכונה את הנזק שגורמת ההתנהגות הנדונה. כאשר קיים קושי כזה עדיף להשתמש בסנקציות, ואילו כאשר החשש מטעות כזו הוא קטן, עדיף לתמרץ התנהגות יעילה באמצעות מחירים. **Cooter** (3) 1524 השיקול האחר הוא היכולת להבחין בין התנהגות יעילה לבלתי יעילה, שיקול שיידון להלן. לדעתי, קיימת הקבלה בין ההבחנה של Cooter (בין סנקציות למחירים) לבין ההקבלה בה אנו דנים (בין כללי קניין ואחריות, הרתעה ממגרת והרתעה מפנימה). המחיר אינו אלא מערכת המבטיחה הפנמה, ואילו הסנקציה נועדה להרתיע מפני ביצוען של התנהגויות מסויימות. לפיכך גם הדיון שלו רלבנטי לענייננו.

nevo.co.il

מטעות שיפוטית באומדן הנזק הנובע מהתנהגות נתונה, אלא גם מטעות בקביעת סטנדרט ההתנהגות היעיל. טעות זו יכולה להתרחש הן בקביעת הנורמה עצמה (על ידי המחוקק או בית המשפט) והן בעת שבית המשפט מיישם אותה במקרים קונקרטיים. החשש הוא כי בית המשפט יטעה (או יוטעה) ויטיל סנקציה מרתיעה על התנהגות שהיא למעשה יעילה, או להיפך - לא יטילנה על התנהגות בלתי יעילה. טעות כזו כרוכה מטבע הדברים בעלות חברתית, שכן היא צפוייה ליצור הרתעת-יתר או הרתעת-חסר. ודוקו: חשש זה מתעורר במשטר רק במשטר של כללי קניין (הרתעה ממגרת), שכן משטר כזה קובע כלל ("אסור לגזול") ומטיל סנקציות על הפרתו.[295] לפיכך, ככל שניתן להצביע על חשש גדול יותר לטעות בקביעת הסטנדרט היעיל או ביישומו, כך גוברת ההצדקה להימנעות משימוש במנגנונים של הרתעה ממגרת (כללי קניין) ולהיפך.[296]

כמובהר בהמשך הדברים, יישומם של שיקולים אלה על התנהגויות מחפירות מוביל למסקנה כי ביחס להתנהגויות אלה נקיטת מנגנון של הרתעה ממגרת עדיפה בבירור על פני מנגנון של הרתעה מפנימה, כפי שאכן מתבצע במסגרת מוסד התשלומים העונשיים הנוהג.

2. שיקולים נוספים

7.65 עד כה דנתי בשיקולים הרלבנטיים לבחירה בין מנגנון של הרתעה ממגרת (כלל קניין) לבין מנגנון של הרתעה מפנימה (כלל אחריות). להלן אבקש להזכיר שני שיקולים נוספים, שהינם רלבנטיים לעיצוב המנגנון ההרתעתי הקונקרטי, לאחר שכבר נבחר סוג ההרתעה המבוקש (ממגרת או מפנימה). **השיקול הראשון נוגע לגמישות הביקוש לדפוס ההתנהגות הרלבנטי**. ככל שהביקוש לדפוס זה גמיש יותר, כן ניתן להשפיע (באמצעות המנגנון ההרתעתי - ממגר או מפנים) ביתר קלות וביתר אפקטיביות על תדירותו (באמצעות הגברת או הפחתת התמריצים לפעולה). המשמעות היא, לענייננו, שאם נבחר מנגנון של הרתעה ממגרת, השקעה במיגורן של התנהגויות בעלות ביקוש גמיש יחסית (על ידי החרפת הסנקציות המוטלות בגינן) "משתלמת" יותר (במונחי יעילות כלכלית) מאשר השקעה במיגורן של התנהגויות בעלות ביקוש קשיח יותר.[297] **השיקול השני נוגע ליחס בין עלות הפעלתו של המנגנון ההרתעתי לבין דרגת חוסר היעילות של ההתנהגות הנדונה**. באופן אידאלי כל התנהגות בלתי-יעילה ראוייה להרתעה ולמיגור. אולם הרתעה ומיגור כרוכים בעלויות. לפיכך, אין מקום להרתיע מפני התנהגות בלתי יעילה, אם העלות הכרוכה בכך עולה על הנזק החברתי שאותה התנהגות מביאה עימה.[298] מכאן נגזר היגיון מעשי פשוט: בהינתן קשת של התנהגויות "רעות" (מבחינה כלכלית), התמקדות במיגורן של התנהגויות שהן "רעות" יותר היא צעד כלכלי יעיל נבון יותר,

---

[295] החשש הנדון כאן איננו קיים במשטר של הקובע כלל אחריות טהור, שכן במשטר כזה הנטל על ה"גזלן" או המזיק אינו תלוי ממילא בהפרתו של סטנדרט משפטי. השתמשתי בביטוי "כלל אחריות טהור", שכן לדעתי ראוי להבחין כאן בין משטר של אחריות חמורה או מוחלטת לבין משטר תרופתי המבוסס על אשמה או רשלנות. לדעתי, משטר הרשלנות, למרות שהוא מחייב את המזיק לשאת בנזקיו, איננו קובע כלל אחריות טהור, שכן הוא מתמרץ מזיקים להימנע מפעולות מסויימות הנתפסות כבלתי יעילות בהגדרתן (B<PL). אני מודע לכך שמשטר הרשלנות נחשב בספרות כקובע כלל אחריות, אך אני סבור כי תפיסה זו מוטעית. מקוצר היריעה לא אוכל להרחיב כאן בסוגייה זו. אציין רק, כי במאמרו של **Cooter** (3) מצאתי תמיכה בטענתי זו. המלומד מגיע שם למסקנה, כי משטר הרשלנות הנזיקי מבוסס למעשה על מנגנון של סנקציות, ולא על מנגנון של מחירים: **"Negligence and strict liability rules in tort law present a stark contrast between sanctions and prices."** **Cooter** (3) 1538: משטר של סנקציות קרוב יותר מעצם טיבו ומטרתו למשטר של כללי קניין.

[296] זהו בעיקרו הטיעון שפותח במאמרו של **Hylton**, אשר נדון לעיל בסע' 7.59. תמיכה בתובנה זו יש גם במאמרו של **Cooter** (3): **"If lawemakers can identify socially desirable behavior, but are prone to error in assessing the cost of deviations from it, then sanctions are preferable to prices. However, if officials can accurately measure the external cost of behavior, but cannot accurately identify the socially desirable level of it, then prices are preferable to sanctions."** Id., at 1524.

[297] לביסוס תובנה זו ר' סע' 7.61 לעיל.

[298] לעניין זה ר' הערה 187 לעיל. כך, למשל, אם התנהגות פוגענית מסיבה נזק של 100, אך עלות מניעתה היא 120, הצעד היעיל הוא להימנע מהפעלת המנגנון ההרתעתי. נזכיר, שבתפיסה מוסרנית של רציונל ההרתעה מסקנה כזו איננה מתחייבת, שכן בתפיסה זו אין משווים בין עלויות במונחי שווי כלכלי, אלא במונחים של "נזק מוסרי" או "עוול".

nevo.co.il

במיוחד אם הפער בין עלויות המיגור של ההתנהגויות השונות אינו גדול.[299] **השיקול השלישי נוגע לרמת ההפשטה שבה מנוסחת הנורמה האוסרת.** כל שימוש במנגנון הרתעה ממגר (כלל קניין), מעורר את השאלה באיזו רמה של כלליות מן הראוי לנסח את הנורמה המשפטית שנועדה לכוון את התנהגותם של המזיקים בכוח.[300] לכאורה, מנגנון הרתעתי המבקש להיות אפקטיבי חייב להבטיח כי תוכן הנורמה האוסרת יועבר לנמעניה ככל הניתן באופן בהיר וברור.[301] אולם למעשה, רמה מסויימת של עמימות בהגדרת ההתנהגות האסורה עשויה להיות מוצדקת ואף חיונית מבחינה כלכלית. הטעם לכך הוא פשוט: כאשר היכולת להגדיר מראש באופן ממצה את קשת ההתנהגויות הפסולות (מבחינה כלכלית) היא מוגבלת או כרוכה בעלויות רבות, לעיתים אין מנוס מהסתפקות בקביעת נורמה כללית יותר (ולכן גם עמומה יותר). עמימות כזו היא מוצדקת, כל עוד השפעתה הכלכלית החיובית עולה על חסרונותיה (בעיקר הרתעת-יתר או חסר).[302] כמובהר בסעיפים הבאים, הגדרת הנורמה האוסרת במסגרת הדוקטרינה דנן משלבת ומאזנת היטב בין קונקרטיות מחד גיסא, לבין עמימות וכלליות מאידך גיסא.[303] זאת ועוד: המבחן המשולב לתחולת הדוקטרינה מביא בחשבון גם את שני השיקולים הקודמים שנזכרו לעיל, וכך מבטיח כי הדוקטרינה תופעל רק כאשר הדבר משתלם מבחינה כלכלית.

ג. התשלום העונשי כמנגנון של הרתעה ממגרת (כלל קניין) - ההצדקה הכלכלית

7.66 קשה להטיל ספק בכך שהתשלום העונשי מעניק הגנה קניינית לזכויות משפטיות מפני הפרתן המחפירה.[304] אכן, כפי שהובהר על ידינו במהלך הדיון שלעיל, האופן שבו מופעלת הדוקטרינה הלכה למעשה, והרטוריקה העונשית-מוסרנית המלווה את הפעלתה מעידים בבירור על שימוש בטכניקה של הרתעה ממגרת, ולא על טכניקה של הפנמה.[305] הסבר כלכלי מלא של הדוקטרינה חייב אפוא לכלול התייחסות למאפיין יסודי זה של הדוקטרינה ולהיגיון הכלכלי העשוי - אם בכלל - להצדיקו.[306] בשורות הבאות אבקש לטעון, כי השיקולים לבחירה בין מנגנוני ההרתעה שנדונו לעיל מספקים למאפיין זה של הדוקטרינה הצדקה כלכלית ברורה.

1. הוצאות עיסקה

---

299 למעשה השיקול הנדון כאן מופעל כל העת על ידי רשויות האכיפה המופקדות על אכיפת החוק הפלילי, ומביא לכך שמרבית המשאבים מושקעים בטיפול בעבריינות קשה, תוך הזנחה של האכיפה בעבירות הקלות יחסית. לדיון בתופעה זו ובהשלכותיה על ההצדקה לענישה אזרחית ר' סע' 8.18 ואילך.

300 מנגנון של הרתעה מפנימה למעשה אינו קובע נורמות. מטרתו היא להבטיח כי פעולות יעילות יתקיימו, אך הוא פועל להשגת תוצאה זו מבלי להורות למושאיו כיצד לפעול ומבלי לתבוע מהם התנהגות כלשהי. למעשה ניתן לומר, כי מנגנון של הרתעה מפנימה הוא אדיש כלפי סוג ההתנהגות, שכן הוא מניח כי אם המנגנון יפעל כראוי, כל התנהגות שתתבצע תהיה יעילה.

301 דרישת הבהירות מהווה את אחד משמונת הקריטריונים שהציע פרופ' Fuller, איש אסכולת המשפט הטבעי, כמבחן לתקפותו של חוק על פי מבחני המוסר הפנימי (Internal Morality). לדבריו, ככל שהנורמה בהירה פחות, היא לא רק פחות מוסרית, אלא גם פחות "משפטית" (שכן כוחה לכוון התנהגות הולך ופוחת). ר': L.L. Fuller, **The Morality of Law** (New Haven, rev. ed., 1969) ch. 2 ("The Morality that Makes Law Possible") esp. at p. 39. לניתוח מגבלותיה של תורת ההרתעה היעילה במצבים של אי וודאות משפטית ר' מאמרו של **Calfee**.

302 למעשה כל כלל משפטי סובל מעמימות מסויימת, שתכליתה לאפשר לו להיות רלבנטי למגוון רחב של הקשרים עובדתיים - גם כאלה שלא ניתן לצפותם ולחזותם מראש במדוייק. לדיון במרקם הפתוח של כללים משפטיים ובעמימות הטבועה בהם מעצם טיבה של הלשון, וכן למתח בין הצורך בכללים ברורים שיבטיחו יכולת צפייה של הפרטים הכפופים להם לבין הצורך לאפשר גמישות בעת יישומם של הכללים במקרים קונקרטיים ר': H.L.A. Hart, **The Concept of Law** (Oxford, 2nd ed., 1994) 124-36 לניתוח כלכלי נרחב של היתרונות והחסרונות שבשימוש בכללים לעומת שימוש בסטנדרטים ר': L. Kaplow, "Rules Versus Standards: An Economic Analysis" 42 **Duke L.J.** (1992) 557.

303 ר' סע' 7.79 להלן.

304 קביעה זו מוסכמת כיום על הכותבים בתחום הכלכלי. להסברת ההיגיון שבה ולאסמכתות רלבנטיות ר' סע' 7.57(252) לעיל.

305 האופי הממגר של רציונל ההרתעה כפי שהוא נתפס במרבית המקורות העוסקים בדוקטרינה עולה הן מאמירות מסורתיות שלפיהן יש להרתיע מפני ביצוע התנהגויות מחפירות, והן מהנחיות שיפוטיות לקבוע את שיעור התשלום העונשי באופן שיבטיח את שלילת פירות ההפרה מהמפר. ר' סע' 1.09, 7.31(135). לביקורת על הניסיון להצדיק את הדוקטרינה במונחים של הרתעה מפנימה ר' סע' 7.47, 7.49 לעיל.

306 זוהי הסיבה לכך שהניתוח המסורתי של הדוקטרינה נכשל כישלון חרוץ. במקום לקבלה כפי שהיא ולנסות לספק לה הסבר, הוא מניח שהיא חייבת להיות מבוססת על מנגנון של הרתעה אופטימלית מפנימה, ומנסה למצוא לה הצדקה במונחים אלה. זו גם הסיבה שההסברים האחרים שנבחנו על ידי בפרק זה מוצלחים יותר - הם אינם נכשלים בכשל זה.

nevo.co.il

7.67 טענתי המרכזית בהקשר זה היא, שהמבחנים לתחולת הדוקטרינה והאופן בו היא מופעלת בחיי המעשה מביאים בחשבון את שיקול הוצאות העיסקה. **ראשית,** מחקרים אמפיריים שנערכו בארצות הברית מלמדים, שהדוקטרינה מופעלת הלכה למעשה בעיקר בשני הקשרים: בתביעות נזיקין שעניינן ביצוע עוולות כוונה (תקיפה, גזל, תרמית, לשון הרע, הסגת גבול וכיו"ב); ותביעות אזרחיות (נזיקיות וחוזיות) שעניינן סכסוך על רקע מסחרי (העילות הטיפוסיות כאן הן הפרת חוזה, רשלנות, גרם הפרת חוזה, מצג שווא, וכיו"ב).[307] **שנית,** כאשר עלויות העיסקה הן נמוכות (המפר יודע מי ייפגע אם יפר את חיובו) יש מקום לצפות - הן מבחינה מוסרית, והן מבחינה כלכלית - כי המפר יפנה אל הנפגע בכוח ויפעל להשגת הסכמתו להעברה רצונית של המשאב, כדי לחסוך את עלויות האומדן הכרוכות בנטילתו הכפוייה.[308] לעומת זאת, כאשר עלויות העיסקה גבוהות (למשל: קשה לאתר את הנפגע בכוח, או שהוא נוהג בסחטנות) פוחתת הציפייה לפעולה מאומצת מצד הנתבע בכוח להשגת הסכמת הנפגע בכוח, ולפיכך פוחתת גם ההצדקה לחיובו בתשלום עונשי במקרה שההסכמה לא הושגה.[309] ואמנם, העיון בפסיקה מלמד, שיחסו של המפר כלפי הנפגע (לפני ההפרה ולאחריה) מהווה שיקול חשוב בקביעת התקיימותה של התנהגות מחפירה.[310] גם עובדה זו מלמדת, לדעתי, על התחשבות בשיקול של עלויות העיסקה.[311] **שלישית,** גם העובדה שתחולת הדוקטרינה מותנית במודעות בפועל של המזיק לסיכון שהוא יוצר מצמצמת את הסיכוי שבית המשפט יפסוק תשלום עונשי במקרים שבהם עלויות העיסקה הן גבוהות. הטעם לכך הוא, שבהינתן סיכון מסוג נתון, עיסקה שמטרתה להגן מפני נזק רשלני שאותו סיכון עלול לגרום בעתיד צפויה להיות יקרה יותר מעיסקה הנעשית לגבי אותו סיכון כשהמזיק מודע בפועל לאופי הסיכון שהוא יוצר (שהרי במקרה כזה סביר יותר להניח שהוא מודע גם לקשת הנפגעים הנתונים

---

307 בניגוד לאמונה הרווחת ולסנסציה הרבה שעוררו פסקי תשלום עונשי עצומים בתביעות נזקי גוף ואחריות למוצרים פגומים, מסתבר כי המחקר האמפירי מוכיח שהשימוש בדוקטרינה בתחומים אלה איננו נפוץ כלל ועיקר: **"Despite recent increases, punitive awards in general remain infrequent, particularly for product liability and other personal injury suits."** **Peterson**, 16. עיקר הגידול מבחינה מספרית בהיקף ההיזקקות לדוקטרינה חל בעשורים האחרונים בתחום המסחרי (עוולות מסחריות ותביעות על הפרת חוזה). תחום עוולות הכוונה אף הוא ממשיך לתפוס נתח נכבד מכלל התביעות המוצלחות. ממצאים אלה אושרו במחקרם של Daniels ו-Martin ובמחקרים נוספים. ר' למשל: D. J. Merritt, K.A. Barry, "Is the Tort System in Crisis? New Empirical Evidence" 60 **Ohio St. L.J.** (1999) 315, 387-8: **"Empirical studies repeatedly show that <u>juries rarely award punitive damages in product liability, medical malpractice, or other tort cases</u>. Our data emphatically agree with these observations. … Punitive damages were <u>much more common in business disputes</u>; during the ten years we studied, five out of thirty successful plaintiffs in business controversies (16.7%) obtained a punitive award.";** see also **Eisenberg**, 623: **"Juries rarely award punitive damages.. ..in the areas of law that have captured the most attention, products liability and medical malpractice. <u>Punitive damages are most frequently awarded in business/contract cases and intentional tort cases.</u>"** זאת ועוד, בניגוד לאמונה הרווחת בציבור, מחקרו של **Peterson** הראה, שתשלומים עונשיים נפסקים באופן שכיח יותר כנגד יחידים מאשר כנגד תאגידים (אם כי הסכומים הנפסקים כנגד תאגידים הם אכן גבוהים בהרבה, ולפיכך מעוררים הד תקשורתי חזק בהרבה). גם עובדה זו עשוייה להתקשר לנושא עלויות העיסקה, שהרי הנזק שגורם יחיד בהתנהגותו הרשלנית הוא במקרים רבים מוגבל וממוקד יותר מבחינת היקף פיזורו, בהשוואה לנזקים שעלול לגרום תאגיד גדול (בית חרושת, מפעל, או יצרן גדול המחצין עלויות על אנשים רבים, גם כאלה שאינם מצויים עימו בקשרי מסחר). מחקרים אמפיריים נוספים פורטו בהערה 171 לעיל.

308 ההקשר החוזי הוא מצב קלסי שבו דרישה כזו היא מתבקשת. ר' סע' 11.31(87-85) להלן.

309 קביעה זו חשוב לסייג בסייג חשוב: בדרך כלל, כאשר מתנהלת תביעה, פירוש הדבר שהתובע יצר כבר קשר עם הנתבע (כלומר, עלויות העיסקה כבר אינן גבוהות כשהיו). כאשר ברור לנתבע כי הוא גרם לתובע נזק שלא כדין, נראה כי יש הצדקה כלכלית לעודד את הצדדים להגיע להסכמה ביניהם על שווי המשאב שהועבר לנתבע (באופן כפוי, בשל עלויות עיסקה גבוהות). לפיכך, בהעדר התנהגות אסטרטגית של התובע (ניסיון לסחוט מעל ומעבר לנזקו) יש מקום לחייב את הנתבע במקרה כזה להציע לנפגע פיצוי על נזקיו ולעשות מאמץ סביר לכרות עיסקה כזו. כאשר הנתבע נמנע מכך, ומתעלם מזכותו של התובע לקבלת פיצוי, יש בכך כדי להעיד על התנהגות אופורטוניסטית.

310 ר' סע' 7.78, 12.35 להלן.

311 יחד עם זאת, מדובר רק בשיקול אחד. כאשר הנזק שהמפר גורם הוא חמור במיוחד ובלתי הפיך, סביר להניח שלא יהיה די בשיקול של עלויות העיסקה הגבוהות כדי להניא את בית המשפט מלהטיל תשלום עונשי על המפר (למשל: בית חרושת המזהם במודע את האוויר בחומר רעיל; יצרן רכב המייצר מיכלי דלק העשויים להתלקח בעת הנסיעה מטעמי חיסכון, יצרן תרופות המתרשל במודע בייצורן, וכו').

nevo.co.il

בסיכון).[312] לפיכך, עצם העובדה שהדוקטרינה איננה חלה על התנהגויות רשלניות הוא בגדר ערובה מקורבת לכך שתשלומים עונשיים לא ייפסקו במצב של עלויות עיסקה גבוהות.

2. עלויות אומדן הנזק וטעות בהערכת הנזק

7.68 מאמרו של Hylton שנדון לעיל הצביע על כך שנזקיהן העיקריים של "גזילות" אינם דווקא נזקים ישירים, אלא במיוחד נזקים חברתיים עקיפים וארוכי טווח.[313] לדעתי, נזקים אלה חמורים פי כמה וכמה כאשר מדובר ב"גזילות" מחפירות. הסיבה לכך היא פשוטה: כמוסבר בחלק השלישי, התנהגות מחפירה מבטאת זלזול מופגן ובוטה לא רק בזכויותיו של הזולת אלא מערערת גם את בטחונם של הרבים, יוצרת תחושות של זעם וחרדה בקרב הציבור הרחב, ומשפיעה באופן שלילי על דפוסי התנהגותו של הציבור בטווח הקצר והארוך.[314] מכאן, ש**אומדן מדוייק ואפילו מקורב או משוער של נזקיהן של הפרות מחפירות איננו אפשרי, ולמצער כרוך בעלויות חברתיות עצומות**.[315] זאת ועוד: אפילו הנזק הישיר והמיידי הנגרם באופן טיפוסי על ידי התנהגות מחפירה איננו ניתן להערכה בכסף, שכן **התנהגות מחפירה פוגעת בדרך כלל גם בכבודו של התובע, ויוצרת נזק לא-ממוני** (בנוסף לכל נזק ממוני). עובדות אלה הופכות את עלויות האומדן של נזקיהן של הפרות מחפירות לגבוהות ביותר. אלא שהן פותחות פתח רחב כמלוא אולם לטעויות שיפוטיות בהערכת גודלם של נזקים אלה. כל אחד משני השיקולים הללו (עלויות אומדן וטעות שיפוטית) פועל אפוא בבירור לכיוון של הצדקת השימוש בהרתעה ממגרת, ולהימנעות מפנייה למנגנון של הרתעה מפנימה ביחס להתנהגויות מחפירות.

3. חשש מטעות בקביעת סטנדרט ההתנהגות היעיל או ביישומו

7.69 כמוסבר לעיל, טעות בקביעת סטנדרט ההתנהגות היעיל או ביישומו היא החשש העיקרי הכרוך בפנייה למנגנון של הרתעה ממגרת. חשש זה גובר כאשר הסנקציה שקובע ההסדר ההרתעתי עלולה להיות כבדה וחמורה כדוגמת התשלום העונשי. האם הדוקטרינה מביאה בחשבון קושי זה? לדעתי התשובה חיובית בהחלט. כפי שיובהר בסעיפים הבאים, מבחני התחולה הקונקרטיים של הדוקטרינה, ובעיקר הדרישה להתנהגות חריגה ומבחני העזר שהופעלו בפסיקה לזיהוייה של התנהגות כזו, פועלים באופן יעיל לצמצומו של חשש זה.[316]

<u>ד. התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה - הסבר כלכלי</u>

7.70 עד כאן עסקתי בהצדקת המאפיין הבסיסי ביותר של הדוקטרינה - עובדת היותה מופעלת באמצעות מנגנון של הרתעה ממגרת, המעניק למשאבים פרטיים הגנה מסוג של "כלל קניין" מפני "גזילות" מחפירות שלהם. בשלב זה אעבור לבחון באופן קונקרטי את מבחני התחולה של הדוקטרינה, ואת ההיגיון הכלכלי הטמון בהם. אפתח בניתוח התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה, ואמשיך בבחינת המבחן האולטימטיבי המצטבר על גביהם.[317]

1. התנאים המוקדמים כמקימים "חזקת אי-יעילות"

---

[312] ההנחה כי ביחס להתנהגויות רשלניות נכון בדרך כלל להפעיל משטר של כללי אחריות (שכן עלויות העיסקה ההיפותטית של "גזלן" רשלן הן גבוהות, נזכרת במאמרם של Calabresi ו-Melamed, בעמ' 1108-9.

[313] לדיון בתובנה זו ר' סע' 7.59, 7.60 לעיל.

[314] לעניין זה ר' הדיון בסעיף 7.29 לעיל. ר' גם הסברו של Posner אודות הבזבוז החברתי שיוצרות עוולות כוונה.

[315] יתרה מכך, גם לו ניתן היה לכמת נזק זה (והדבר איננו ניתן), הרי יש מקום להניח, שמרבית ה"גזלנים" המחפירים לא היו יכולים באופן מעשי לעמוד בחובת הפיצויים בגין גרימתו של נזק בשיעור ענק ממדים זה. אליבא ד-Nozick, עובדה זו היא אחת ההצדקות לצורך בענישה פלילית לבר-מפצה. ר' סע' 7.25 לעיל.

[316] ר' סע' 7.71-7.78.

[317] להבחנה בין התנאים המוקדמים לבין המבחן האולטימטיבי ר' סע' 7.03-7.04 לעיל.

nevo.co.il

7.71 כזכור, התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה דורשים כי הנתבע יפר במודע חיוב שבו חב כלפי התובע ויסכן את רווחתו באופן ממשי.[318] תמצית טענתי היא, שדרישות מקדמיות אלה נועדו לשמש כמבחן ראשוני לאיתור התנהגויות אנטי-חברתיות, היינו, התנהגויות שנזקן החברתי רב. על פי מבחן זה, בהעדר ראייה לסתור, התנהגות המקיימת את התנאים המוקדמים נחזית כהתנהגות בלתי-כלכלית ולפיכך קמה חזקה, כי היא ושכמותה ראויות למיגור. חזקה זו של "אי-יעילות" מוצדקת מכמה טעמים: **ראשית,** כל הפרה של חיוב שהיא נעדרת צידוק או פטור,[319] משקפת פגיעה בערך שהחברה חפצה ביקרו, ולכן נתנה לו תוקף משפטי והגנה משפטית.[320] לפיכך, חזקה על פגיעה שכזו שהיא שלילית במונחי תועלת חברתית. **שנית,** בהנחה שכל הפרת חיוב היא (לפחות א-פריורי) בלתי יעילה, הרי הפרה מודעת - לא כל שכן. הטעם לכך הוא שכמוסבר לעיל, נזקיה של "גזילה מודעת" - במיוחד העקיפים וארוכי הטווח - מתפזרים על פני ציבור רחב ובלתי מוגדר, והם בדרך כלל כבדים ביותר.[321] אך סביר אפוא להניח, שנזקים אלה עולים לאין ערוך בהיקפם על כל תועלת (ישירה ועקיפה) שהגזלן עשוי להפיק מהגזילה במקרה הקונקרטי. במילים אחרות, גם אם ההפרה או הגזילה היא "יעילה" בטווח הקצר (שכן התועלת לגזלן עולה על הנזק לנגזל) הרי שבטווח הארוך היא בלתי יעילה בעליל. בסיכום, המבחנים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה יוצרים מסננת ראשונית, שמטרתה לאפשר לבתי המשפט 'לשלות' בקלות יחסית מבין קשת ההתנהגויות המתגלות בפניהן, את אלה שקיימת סבירות גבוהה שנזקן החברתי הוא משמעותי ביותר. דבר זה נעשה באמצעות "חזקת אי-יעילות", הקמה בהתקיים התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה. כל עוד לא נסתרה חזקה זו, מסתמנת לכאורה הצדקה כלכלית לפעול למניעתן ולמיגורן של התנהגויות מסוג זה.[322]

2. ההיגיון הכלכלי שבאי החלת הדוקטרינה על "גזילות" רשלניות

7.72 לפחות לכאורה, העובדה שנזקה החברתי הכולל של הפרה רשלנית קטן מזה של הפרה מודעת איננו עילה טובה להימנעות מפעולה הרתעתית כנגד הראשונה.[323] מהו אפוא ההיגיון הכלכלי שבהימנעות מפסיקת תשלום עונשי כנגד הפרות פוגעניות הנעשות מתוך יסוד נפשי של רשלנות?[324] דומה כי השיקולים שנדונו עד כה מובילים במישרין אל התשובה: **ראשית,** הגבלה זו מאפשרת לצמצם במידה משמעותית את החשש מהרתעת-יתר ומהרתעת חסר. הטעם לכך הוא, שהחשש מטעות שיפוטית בקביעת הסטנדרט המשפטי או ביישומו גדל ככל שהפער בין טיב התנהגותו של המפר לבין ההתנהגות שתובע הסטנדרט קטן יותר.[325] מאחר שהפרה מודעת משקפת פער גדול בהרבה (בין המצוי

---

[318] סע 7.04 לעיל.

[319] העדר צידוק או פטור הוא תנאי מוקדם לפיסקת תשלום עונשי. ר' סע' 7.04 לעיל.

[320] העובדה שהדין מעוניין לעודד קיום חיובים נלמדת הן מהרטוריקה של דיני החיובים (עצם ההכרה ב"חיוב"), והן מהעובדה שהפרת חיובים אזרחיים גוררת סנקציות שליליות. למשמעות העונשית של סנקציות שליליות אלה ר' בהרחבה סע' 8.05.

[321] ר' סע' 7.29, 7.59 לעיל.

[322] אציין, כי הד לרעיון המועלה כאן מצאתי במאמרם של Landes ו-Posner אודות עוולות הכוונה. המלומדים קובעים שם, שמילוי יסודותיה של עוולת כוונה מסורתית יוצר חזקה ראשונית (prima facie case) שהמעשה פסול ובלתי יעיל, ולכן ראוי להטיל בגינו אחריות (לתשלום פיצויים, ולאו לדווקא לתשלום עונשי). חזקה זו עשוייה להיסתר, אם יוכיח הנתבע כי פעל בסבירות. זאת, להבדיל מהמצב החל על תביעות בעילה של רשלנות. שם על התובע להוכיח כי התובע פעל שלא בסבירות, כדי להעביר את נטל השכנוע אל הנתבע. **Landes**, 139

[323] ואכן, כפי שראינו, הניתוח הכלכלי המסורתי של הדוקטרינה מצדד בהחלתה על מעשים רשלניים. זו היתה גם עמדתם של Haddock ועמיתיו. ר' סע' 7.46, 7.58(256) לעיל.

[324] לשם הבהרה נזכיר, כי די המודעות הנדרשת כתנאי מוקדם לתחולת הדוקטרינה נדרשת הן לעצם הפגיעה בנפגע, הן לעובדה שהפגיעה עומדת בניגוד לחיוב משפטי, והן לעובדה שאין להפרת החיוב צידוק או פטור בדין. די בהוכחת רשלנות כלפי אחת מנסיבות אלה, כדי לפטור את הנתבע מחיוב בתשלום עונשי. להבהרת הנקודה ר' סע' 7.04(15-17).

[325] לשם המחשה: נניח, שסקלת ההתנהגויות הבלתי יעילות היא בין 0 ל-100, כאשר התנהגות ראוייה היא התנהגות הממוקמת בכל נקודה מתחת ל-0 (כולל 0). נניח כעת, שהתרשלות רשלנית משקפת חריגה של עד 20 יחידות מסטנדרט ההתנהגות הראוי, ואילו התרשלות מודעת משקפת חריגה של 50 יחידות ומעלה. נניח עוד, שהתנהגותו של הנתבע שבנדון היא רשלנית, ומשקפת סטייה של 10 יחידות מהסטנדרט הראוי. ברור לגמרי, שאם מדובר בהתנהגות רשלנית, הרי שדי בטעות קלה יחסית של בית המשפט בקביעת סטנדרט ההתנהגות הראוי או ביישומו (טעות של 10 יחידות ומעלה) כדי שתוטל סנקציה מרתיעה על התנהגות שלאמיתו של דבר היא יעילה.

nevo.co.il

לרצוי) מהפער שמשקפת הפרה רשלנית, הרי שהחשש לטעות שיפוטית קטן בהרבה כאשר מדובר בהפרה מודעת.[326] **שנית,** בספרות הכלכלית נשמעה דעה, שלפיה בניגוד להנחה הרווחת בניתוח הכלכלי, גם התנהגות המוגדרת כ"רשלנית" איננה בהכרח בלתי יעילה, אם היא מבוצעת בתדירות שאיננה מוגזמת. מכאן, שגם בהעדר טעות שיפוטית כאמור אין מקום למנוע ולמגר לחלוטין תופעות של רשלנות באמצעות סנקציות חמורות כדוגמת התשלום העונשי, שכן הדבר רק יחריף את הרתעת-היתר הקיימת כבר ביחס להתנהגויות רשלניות.[327] **שלישית,** העלות החברתית הכרוכה בהרתעת התנהגות רשלנית גדולה בהרבה מזו הכרוכה בהרתעת התנהגות מודעת, שכן הביקוש לגזילות רשלניות הוא קשיח יותר מהביקוש לגזילות הנעשות מתוך מודעות מלאה. מכאן, שגם לו היו נזקיהן של אלה שווים (והם אינם שווים), הרי שבהינתן משאביה המוגבלים של מערכת האכיפה המשפטית היה מקום להעדיף התמקדות בהרתעה של האחרונות דווקא. **רביעית,** לאור ההנחה שנזקן החברתי של הפרות מודעות עולה בהרבה על נזקיהן של הפרות רשלניות, אך מובן הדבר, שהתמקדות בהרתעת הראשונות היא הצעד היעיל יותר, וזאת מאותו טעם של משאבים מוגבלים.[328] טעמים אלה, כל אחד מהם לחוד, וכולם יחד, מספקים הסבר כלכלי מוצק להוצאת התנהגויות רשלניות אל מחוץ להישג ידה של הדוקטרינה.[329]

<u>ה. המבחן האולטימטיבי לתחולת הדוקטרינה - הסבר כלכלי</u>

7.73 כזכור, לצד תנאי הסף החיוניים לשם תחולתה, מציבה הדוקטרינה דרישה אולטימטיבית: כדי שהתנהגותו של הנתבע תיחשב כמחפירה יש להראות כי התנהלותו של הנתבע לאורך הפרשה כולה משקפת חריגה ברורה ומשמעותית מכל סטנדרט סביר של התנהגות.[330] כפי שראינו, בספרות הכלכלית לא אובחנה דרישה זו בדרך כלל מהדרישה ל"גזילה מודעת".[331] לדעתי, **פרשנותה הנכונה של דרישה אולטימטיבית זו צריכה לראות בה הנחייה המופנית אל השופט והמטילה עליו לבחון את גודל הפער הקיים בין הערך החברתי שבקיום החיובים המשפטיים שאותם הפר הנתבע, לבין הערך החברתי שבאי-קיומם (הפרתם).**[332] **רק כאשר ניתן להצביע בבירור על קיומו של <u>פער משמעותי</u> לטובת הערך הראשון, ראוייה ההתנהגות להיחשב כ"מחפירה"**. כפי שיובהר להלן, לדעתי, דרישה אולטימטיבית זו ממלאת במסגרת הדוקטרינה תפקיד כלכלי חשוב וחיוני. מטרתה העיקרית לסנן החוצה, מבין ה"גזילות" המודעות המקיימות את התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה, את אלה שלגביהן מתעורר הספק,

---

לעומת זאת, אם התנהגותו של הנתבע היא מודעת, נדרשת טעות גדולה בהרבה של בית המשפט (של 50 יחידות ומעלה) כדי שתוטל סנקציה מרתיעה על התנהגות יעילה.

326 כמובן, שטיעון זה תקף רק בהנחה שחזקת "אי-היעילות" של מעשים המהווים הפרה מודעת אינה נסתרת. לדיון באפשרות של סתירת החזקה ר' סע' 7.74 להלן.

327 תזה זו הועלתה על ידי פרופ' Grady. לדבריו, סנקציית הפיצויים המוטלת בגין רשלנות מטרתה להפחית את תדירותן של התנהגויות מסויימות היוצרות סיכונים, אך לאו דווקא למגרן לחלוטין. דוקטרינת התשלום העונשי, לעומת זאת, מכוונת למיגורן המוחלט של התנהגויות מזיקות, שמכיוון שהן מכוונות, ניתן להניח לגביהן שהן בלתי יעילות: **"..the law recognizes that willful and wanton negligence constitutes negligence that is almost always inefficient, whereas <u>the law treats inadvertent negligence.. ..as if it might be efficient</u>; …the basic purpose of punitive damages is to provide an extra sanction for the type of negligence that is almost surely inefficient." Grady**, 400.

328 לשיקול זה ר' סע' 7.65(299-298) לעיל. מאותה סיבה ממש דורשת הדוקטרינה (כפי שאני מפרשה) כתנאי לתחולתה, כי הנזק או הסיכון לנפגע יהיו "של ממש". הטעם לכך הוא, ששכר העיסוק בהרתעתן של התנהגויות הגורמות נזק חברתי פעוט צפוי לצאת בהפסדו, לאור העלויות הכרוכות בכך. דרישה זו מעוגנת בסע' 1 ו-3 להצעת החקיקה.

329 יצויין, שכל הגורמים שבהם דנתי בשני הסעיפים שלעיל מספקים הסבר כלכלי גם לעובדה שהמשפט הפלילי מתמקד באופן טיפוסי אך ורק בהרתעת מעשים פוגעניים הנעשים מתוך מודעות. ההבדל העיקרי הוא שבמשפט הפלילי, להבדיל מבמסגרת הדוקטרינה, טעות בדין אינה פוטרת מאחריות (אך ר' החריג הקבוע בסע' 34יט לחוק העונשין). כלל זה עשוי להיות מוצדק בהקשר הפלילי לאור ההנחה, שכל בר-דעת החי בחברה אנושית מוחזק כמי שמודע לאיסורים הפליליים. לעומת זאת, ידיעת מכלול החיובים המוטלים על אדם במסגרת המשפט האזרחי היא משימה קשה, אם לא בלתי אפשרית, שכן המשפט האזרחי הוא דינמי באופיו, ומלא במושגי שסתום היוצקים לתוכו מימד ניכר של אי-וודאות. מאפיין זה מצדיק הענקת הגנה למי שהאמין כי הוא פועל בהתאם לחוק (האזרחי).

330 לדרישה אולטימטיבית זו ר' סע' 7.05 לעיל.

331 היחיד שניסה להבחין בין "גזילה" מודעת לבין "גזילה" רשלנית היה Hylton, שגם את הסברו ביקרנו. ר' סע' 7.60 לעיל.

332 מבחינה תועלתנית ברור שגם הפרתו של חיוב משפטי עשוייה להיות בעלת ערך חיובי (הערך שהיא מצמיחה למפר, וכך בעקיפין גם לחברה). יתרה מכך, כמובהר להלן, לעיתים עשוי ערכה לעלות על הערך שבקיום החיוב.

nevo.co.il

האם אמנם ריסונן באמצעות תשלום עונשי הוא אכן צעד יעיל. ספק כזה מתעורר באחד משני מצבים טיפוסיים, שבהם אדון להלן.

1. ספק לגבי אי-היעילות שבהתנהגות הנתבע

7.74 כמוסבר לעיל, מבחן הסף שקובעת הדוקטרינה יוצר חזקה של אי-יעילות.[333] אלא שהנחה זו איננה בהכרח נכונה. במקרים לא מעטים חזקת אי-היעילות עשוייה להיסתר, אפילו כאשר ה"גזילה" היא מודעת. עניין זה יובהר להלן.

בתורת המשפט מן המפורסמות היא, שכללים משפטיים סובלים מעצם טיבם מתופעה של הכללת-יתר.[334] מאפיין זה של הכלל המשפטי אחראי לכך שייתכנו מצבים, שבהם יישומו של הכלל כלשונו עלול להביא להחלתו במקרים שבהם יוצרו (המחוקק או בית המשפט) לא כיוון לכך,[335] או שבהם תוצאת יישום הכלל כלשונו איננה נראית צודקת.[336] במקרים אלה, אם בית המשפט משוכנע כי ההפרה היא "טכנית" בלבד, כלומר איננה מנוגדת לסדר החברתי-משפטי, הוא עשוי לקבוע שלמעשה לא היתה הפרה כלל או לחלופין לקבוע, שקיים צידוק להפרה או פטור מאחריות בגינה). במצבים אלה יהיה המפר פטור מסנקציה על מעשיו.[337] אך מה הדין כאשר מתעורר ספק, דהיינו, במצבי גבול שבהם בית המשפט איננו בטוח אם הפרת החיוב מנוגדת לסדר-החברתי משפטי, אם לאו? האם עליו לקבוע כי הכלל המשפטי הופר ולהטיל את הסנקציה הקבועה בחוק על הפרתו, או לפטור את ה"מפר" מכל אחריות להפרה?

לדעתי, התשובה לשאלה זו תלוייה בטיב הסנקציה הקבועה בחוק על הפרת החיוב, ובמטרותיה. אם מדובר בסנקציה שמטרתה איננה עונשית בלבד, אלא היא נועדה להיטיב נזק שנגרם לניזוק, כי אז עשוי להיות טעם הגיוני (מוסרי ותועלתני גם יחד) להטיל על המזיק חובת פיצוי או תיקון, ולצורך כך להכתירו בתואר "מפר" גם בהעדר ביטחון בחוסר יעילותה החברתית של התנהגותו.[338] אך אם מדובר בסנקציה עונשית לבר-מפצה, שמטרתה למגר התנהגויות בלתי רצויות ותו לא, אין מקום להטילה כאשר המצב המשפטי איננו ברור, שכן הדבר עלול להביא (בטעות) ליצור הרתעת-יתר שתביא למיגורן של התנהגויות רצויות. כאן שכרה של הענישה עלול לצאת בהפסדה, שכן **אם קיים ספק לגבי יעילות מעשהו של המזיק, הרי שאין בעובדה שהוא נעשה במודע כדי להופכו לחמור יותר.**

---

333 ר' סע' 7.61 לעיל.

334 הדיון הקלסי בליקוי טבוע זה של כללים בכלל, וכללים משפטיים בפרט נמצא אצל: F. Schauer, **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life** (Oxford, 1991) esp. at 31-37. לרשימה מרשימה של החסרונות והיתרונות של כללים משפטיים (ובכלל זה הכללת חסר ויתר) ר': C.R. Sunstein, "Problems with Rules" 83 **Colum. L.R.** (1995) 953, esp. 992-3; see also D. Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 **Harv. L.R.** (1976) 1685, 1687-1713. לדיון בהבחנה בין כללים לעקרונות משפטיים ר' עוד: R. Dworkin, "Is Law A System of Rules?" in **Philosophy of Law** (Oxford, 1977) 43-49. לדיון ישראלי ר' מאמרו של מ' מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז (תשמ"ח) 321, במיוחד בעמ' 325-9.

335 כלומר, הכלל מביא לתוצאה העומדת בסתירה לכוונה המקורית של יוצרי הכלל, שהיא ה"תכלית הסובייקטיבית" שלו. לדיון במושג התכלית הסובייקטיבית ובמקומו בפרשנות משפטית ר' א' ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** (ירושלים, תשס"ג) 71-165.

336 במקרה כזה עשוי בית המשפט להיזקק לפרשנות "אובייקטיבית" של הכלל המשפטי, באמצעות פנייה ל"תכלית האובייקטיבית" שלו. זו נלמדת מעקרונות היסוד של השיטה, ומתפיסות המוסר של הציבור הנאור, כפי שתופס אותם השופט. לעניין זה ר' **ברק** (8) 231-195. לדיון מאלף במתח בין חובת הנאמנות של השופט ללשון החוק ולרוחו (תכלית סובייקטיבית), לבין חובתו להגשמת צדק על פי מצפונו ועל פי ערכי הדמוקרטיה (תכלית אובייקטיבית) ר': ח' כהן, "פרשנות נאמנה - תלתא משמע" **משפטים** ז (תשל"ז) 5.

337 עם זאת, גם במצב כזה עשויים שופטים מסויימים להעדיף להימנע מלשנות את המצב המשפטי, בין בשל אילוצי מסורת משפטית או חשש מביקורת, ובין בשל תחושתם, כי בטווח הארוך הכלל המשפטי הפורמלי עדיף. הם עשויים אפוא לקבוע כי היתה הפרה ולחייב את המפר בסנקציות, גם אם לדעתם היה מעשהו של המזיק סביר בנסיבות העניין.

338 במקרה כזה כנגד התוצאה השלילית האפשרית (הרתעת התנהגויות יעילות) עומדת התוצאה המיידית החיובית - פיצוי לניזוק (אשר בעקיפין צפוי להגדיל את תחושת הביטחון של אנשים בנכסיהם ומשאביהם ולהגדיל את הרווחה הכללית). הטלת חובת פיצוי תפסיק להיות רצוייה ויעילה רק כאשר קיימת וודאות סבירה שהתנהגות המזיק היתה יעילה מבחינה חברתית. במקרה כזה נראה שגם סנקציות מפצות לא יוטלו על המזיק, אלא בנסיבות חריגות בלבד (כאשר שיקולים חלוקתיים מצדיקים זאת). חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים וחוקי הביטוח הלאומי הם דוגמות להסדרים מסוג זה.

nevo.co.il

לדעתי, זוהי הסיבה לכך שדוקטרינת התשלום העונשי איננה מתירה לבית המשפט לפסוק תשלום עונשי, אלא אם כן הוכח כי התנהגות הנתבע סטתה באורח משמעותי מסטנדרט ההתנהגות הסביר, כלומר, היתה בלתי יעילה בעליל.[339]

ויישומם של דברים לענייננו: לא כל גרימה מודעת של נזק המקיימת את התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה מצדיקה פסיקת תשלום עונשי. ישנם מצבים שבהם פעולה כזו עשוייה להיראות בעיני כל אדם סביר, ובכלל זה השופט, כמעשה נסלח (מבחינה מוסרית וכלכלית גם יחד) ויחד עם זאת כמעשה שאינו מצדיק לפטור את המזיק מתשלום פיצויים לניזוק.[340] כך יהיה, לדעתי, בעיקר כאשר הפעולה המזיקה נעשתה מבחינת המזיק "בדלית ברירה", היינו, רק לאחר שהמזיק השתכנע (בצדק) כי הימנעות זו תגרום לו נזק העולה במידה ניכרת על הנזק שיצמח ממנה לניזוק הפוטנציאלי.[341] במצבים מעין אלה, גם אם המזיק פעל מבלי להאמין שבידו צידוק משפטי לפגיעה בניזוק (ובכך קיים את התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה), הרי ייתכן שלאמיתו של דבר התנהגותו איננה בלתי יעילה בראייה כלל-חברתית. במצב כזה, שבו בית המשפט נוטה לחשוב כי ההפרה (הנזיקית, החוזית או האחרת) היא אכן "הפרה יעילה" או שאין בידו להכריע אם היא יעילה אם לאו, עליו להימנע מחיוב המזיק בתשלום עונשי, וזאת גם כאשר הוא מוצא לנכון להטיל על המפר חובת פיצוי בגין ההפרה (ולכן גם נמנע מלפוטרו מאחריות לעצם ההפרה).

על רקע האמור לעיל קל להבין את חשיבותו של המבחן האולטימטיבי לתחולת הדוקטרינה, הדורש חריגה בוטה מכל סטנדרט סביר של התנהגות כתנאי לכך. דרישה זו משמשת כאן כמסננת "כלכלית", המבטיחה כי תשלום עונשי לא ייפסק בשום מקרה - גם בהתקיים התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה - כנגד מפר שקיים ספק לגבי אי-היעילות שבהתנהגותו (כלומר - שמעשיו נראים לשופט כמוצדקים או כספק מוצדקים מבחינה כלכלית, ולכן "נסלחים" מבחינה משפטית). **הדרישה לסטייה קיצונית מסטנדרט ההתנהגות הראוי מבטיחה, שסנקציה חמורה זו תוטל רק כאשר התנהגות המפר היתה בעליל בלתי-יעילה בדרגה כה משמעותית, עד כי אין מקום לספק שמדובר בהתנהגות הראויה למיגור**.

2. ספק לגבי ההצדקה הכלכלית להפעלת המנגנון ההרתעתי

7.75 גם במקרים שבהם ה"גזילה" המודעת היתה לדעת בית המשפט בלתי יעילה בוודאות (כלומר, חזקת "אי היעילות" לא נסתרה) עדיין ייתכן כי אין הצדקה כלכלית להטלת סנקציה לבר-מפצה בגינה. הטעמים לכך הם אותם הטעמים להוצאת "הגזילה הרשלנית" מחוץ לתחולת הדוקטרינה, דהיינו, הצורך להתחשב בעלויות הפעלת המנגנון ההרתעתי

---

339 ניתן לראות, שהדרישה לסטייה ברורה ומשמעותית ממלאת כאן למעשה תפקיד כלכלי דומה לזה שממלאת במשפט הפלילי הדרישה להוכחת יסודות האחריות הפלילית ברמת הסתברות של "למעלה מכל ספק סביר", אף כי כאן אין מדובר בדרישה ראייתית-דיונית אלא בתנאי מהותי. עובדה זו מאפשרת להבין גם מדוע באופן מסורתי לא דורשת הדוקטרינה כי אשמת המפר תוכח בדרגת הסתברות שונה מזו הנהוגה בתביעות אזרחיות רגילות: הדרישה המחמירה להתנהגות קיצונית מפחיתה בעקיפין את החשש מטעות שיפוטית גם מבלי להעלות באופן רשמי את נטל הראייה.

340 הסיבה העיקרית לכך שמעשה "נסלח" עשוי גם להיות יעיל היא, שמצבים של גרימת נזק "בלית ברירה" מתאפיינים בכך שהנזק לנפגע איננו משמעותי בהשוואה לנזק שנחסך מהמפר. עובדה זו מעניקה למעשה את אופיו כ"נסלח" (מבחינה כלכלית), ומשמעות הדבר היא למעשה שהנזקים החברתיים העקיפים של המעשה (נזקי החרדה, חוסר הביטחון וכו') מצטמצמים מאוד, שכן בעיני הציבור (או לפחות חלק ניכר מהציבור) מעשה ה"גזילה" המודעת איננו מסוכן, אלא מובן, ואולי אף ראוי לעידוד. במצב כזה של "הפרה נסלחת" מתערער הביטחון בחוסר יעילותה של ההתנהגות המזיקה, ולפיכך גם בהצדקה למיגורה.

341 כך, למשל, ניתן לתאר נסיבות נדירות, שבהן אדם יפעל ביעילות, אם יסיג את גבול רעהו במודע תוך גרימת נזק קל לרכושו, כדי למנוע מעצמו נזק כלכלי ניכר (למשל - אגב בריחה מכלב מאיים). פעולה כזו, גם אם לא תצמיח למזיק פטור מחובת פיצוי הנזק, הרי מצד שני איננה בהכרח בלתי יעילה, ולפיכך איננה ראוייה למיגור. לדיון בדוגמה מהתחום החוזי ר' סע' 11.30(75-76) להלן. ייתכן שלמצבים אלה, בין היתר, התכוון Grady, כאשר דיבר על "רשלנות יעילה", ורמז לכך שהתרשלויות שקשה למנוע עשויות במקרים רבים להיות יעילות: **"If some of these lapses are inevitable, it is reasonable that even more of them are efficient. Typically, an efficiency standard does not require people to do everything possible to avoid harmful outcomes." Grady**, 401. לאזכור התזה הכללית של Grady ר' סע' 7.72(327) לעיל.

nevo.co.il

שקובעת הדוקטרינה.[342] בהינתן עלויות משמעותיות אלה, ההחלטה לוותר על הטיפול במיגורן של "גזילות" שפגיעתן קלה יחסית, ולהתמקד בהרתעת התנהגויות בלתי יעילות באופן בוטה ("התנהגות מחפירה") היא החלטה כלכלית נבונה, שכן היא צפוייה להפחית את היקף ההתדיינות סביב ביצוען של 'עוולות קטנות', ששכר הטיפול בהן צפוי לצאת בהפסד.[343] בסיכום, הדרישה ל"התנהגות מחפירה" נועדה להבטיח, כי הסנקציה החמורה של התשלום העונשי תוטל רק כאשר חוסר היעילות החברתית שבהתנהגות המעוול הוא כה 'זועק לשמיים' עד כי אין מקום לחשוש לא מהרתעת-יתר של התנהגויות יעילות, ולא מעלויות האכיפה הגבוהות הכרוכות בהרתעת התנהגויות שדרגת חוסר היעילות שלהן נמוכה יחסית.

---

[342] סע' 7.65(298) לעיל. עלויות אלה הן הזמן השיפוטי המושקע בבירור תביעות לתשלום עונשי (גם תביעות אמת, וגם תביעות סרק), המשאבים המושבעים על ידי תובעים ונתבעים בכוח על מנת לזכות (או להימנע מלחוב) בתשלומים עונשיים, והמשאבים שמוציאה מערכת אכיפת החוק כדי להבטיח ביצועם של פסקי תשלומים עונשיים.

[343] שיקול זה נזכר בקצרה אצל **Owen**(3), 730 : **"The extreme departure concept… ..precludes punishment for deliberate, but petty, wrongdoing, for which punishment is too expensive."** השיקול של גמישות הביקוש גם הוא עשוי להיות רלבנטי. שיקול זה עשוי להביא לכך, שכאשר שני מעוולים גורמים נזק במודע, אך אחד מהם עושה כן מתוך קלות דעת, והשני מתוך אדישות או זדון, הראשון יהיה פטור, בעוד שהשני יחוב בסנקציה, שכן הביקוש שלו ל"גזילה" גמיש יותר. מאחר ששאלת ה"מחפירות" מושפעת במישרין מהיסוד הנפשי של המפר, נראה כי הדרישה להתנהגות מחפירה מוצדקת כלכלית גם על יסוד שיקול זה. לדיון בהבחנה בין מצבים נפשיים שונים והשלכותיהם על התקיימותה של "התנהגות מחפירה" ר' סע' 12.24 ואילך.

nevo.co.il

ו. מבחני העזר לזיהוי "התנהגות מחפירה" - הסבר כלכלי

7.76 יקשה המקשה: מנין כי בית המשפט ישכיל לאתר את אותן ה"גזילות", שחוסר היעילות שבהן הוא "זועק לשמיים"? האין זה יומרני להניח, כי בית המשפט האזרחי יוכל להבחין בין סוגים שונים של התנהגות לפי מידת יעילותן החברתית? אכן, זוהי שאלה נכבדת, אולם אין היא ייחודית להקשר דנן. בהקשרים שונים ומגוונים נדרשים בתי המשפט לאזן בין ערכים חברתיים שונים, ולהתחשב בשיקולי מדיניות שונים, מהם דאונטולוגיים, מהם תועלתניים. דוגמה מובהקת להכרעה שיפוטית הנעשית כדבר שבשגרה על בסיס קריטריון של תועלת או יעילות חברתית, היא ההכרעה בתביעות נזיקין המבוססות על רשלנות. בסכסוכים אלה, תפקידו המוצהר של בית המשפט - לפחות לשיטתם של הכותבים בתחום הכלכלי - הוא לקבוע **בעצמו** את סטנדרט ההתנהגות שהוא לדעתו הסטנדרט החברתי היעיל, ולכן גם המחייב בנסיבות העניין.[344]

יחד עם זאת, כמו בהקשרים אחרים, גם בהקשר דנן שיקול דעתו של בית המשפט איננו פרוץ לחלוטין, אלא מונחה על ידי עקרונות ושיקולי מדיניות, המתגבשים בפסיקה על סמך הניסיון השיפוטי. כפי שאבהיר בפרק י"ב, קשת נרחבת של שיקולים שהתגבשו בפסיקה עם השנים, מאפשרת לבית המשפט בקלות יחסית 'לשלוף' מבין קשת ה"גזילות" המקיימות את התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה, את אלה שסביר להניח כי הינן "בלתי יעילות בעליל", ולכן גם "מחפירות" וראויות לענישה לבר-מפצה. לצורך הדגמה אזכיר כאן בתמצית רק שני מבחני עזר, הנראים לי מרכזיים ביותר.[345]

1. *דפוס התנהגות פסול מול ארוע חד-פעמי*

7.77 העיון בפסיקה מעלה, שאחד המבחנים המרכזיים ביותר לזיהוייה של התנהגות מחפירה מבקש לדעת, אם הכשל ההתנהגותי של הנתבע היה ארוע חד-פעמי, או שמא היה זה כשל מתמשך שחזר על עצמו בצורות שונות, עד כי ניתן לדבר על דפוס התנהגות פסול.[346] לדעתי, למבחן זה תפקיד "כלכלי" ברור: הוא מבקש למזער את החשש לטעות שיפוטית, ובכך את החשש מהרתעת-יתר. האמצעי להשגת מטרה זו הוא פשוט: גם אם ניתן להניח שבית המשפט עלול לטעות בפרשנות שהוא נותן לארוע חד-פעמי, הרי הסיכוי לטעות כזו מצטמצם וכמעט מתבטל, ככל שניתן להצביע על ארועים נוספים שבהם "גזל" הנתבע את משאבי התובע.[347] דפוס התנהגות שכזה מקטין באופן דרמטי את ההסתברות שכל אחת מה"גזילות" היתה למעשה הפרה רשלנית, או הפרה מודעת "נסלחת".[348] מבחן עזר זה משמש אפוא כמעין ערובה ראייתית (נוספת) לכך שהפגיעה שפגע הנתבע בזכויות התובע אכן היתה בלתי יעילה.

---

344 לתפקיד שממלאים שיקולי מדיניות בכלל ושיקולי תועלת חברתית ויעילות כלכלית בפרט, בעת קביעת סטנדרט ההתנהגות ה"סביר" לצורך התקיימות יסודות עוולת הרשלנות ר' למשל **גלעד** (2), 5-321. ר' במיוחד דבריו בעמ' 3-322: **"תנאי זה של התנהגות בלתי-סבירה כרוך, מעצם הגדרתו, בבחינה *כוללת* של הסיכונים ותוצאותיה האחרות של התנהגות הנתבע. ... הערכת ההתנהגות במסגרת תנאי זה מחייבת לכן בחינה *מצרפית* של כל ההשפעות, החיוביות והשליליות, הניתנות לצפייה בתוך תחום ההשפעה** [התחום שבו מצוי כל מי שמושפע מהתנהגות הנתבע, לטוב או לרע]. ... **מהו קנה המידה לבחינת היבטיה החיוביים והשליליים של ההתנהגות ושל הסיכון הכולל שיצרה? התשובה ידועה ואינה טעונה הרחבה: שיקולי מדיניות. ... מטרת השימוש בהם** [בשיקולי המדיניות] **כאן היא להשיב על השאלה, אם נותנת החברה, באמצעות בית-המשפט, לגיטימציה להתנהגות המסוימת."**

345 מבחני עזר נוספים נדונים בפרק י"ב, בסע' 12.39-12.17.

346 שיקול זה הוזכר בפסק דינו של בית המשפט העליון של ארה"ב בעניין ***Pacific*** כשיקול מרכזי בזיהוי התנהגות מחפירה (reprehensible conduct): **"The duration of this** [reprehensible] **conduct.. and the existence and frequency of similar past conduct should all be relevant in determining this degree of reprehensibility."** ***Pacific*** 51, citing (with approval) ***Green Oil***, 223. שיקול זה נזכר גם בפסק הדין הקנדי המנחה בעניין ***Whiten***: **"The need for denunciation is aggravated where, as in this case, the conduct is persisted in over a lengthy period of time.."** ***Whiten***, para. 112.

347 עניין זה מזכיר את הכלל בדיני הראיות הידוע ככלל בדבר "עדות שיטה", המתיר הבאת ראיות על דפוס פעולה של נתבע או נאשם בעבר, וזאת כחריג לכלל האוסר הבאת ראיות על עברו ואופיו של הנתבע.

348 ארועים של רשלנות או הפרות מודעות ונסלחות הם מעצם טיבם ארועים מקריים, בלתי מתוכננים, ולכן ככלל חד-פעמיים. לעומת זאת הפרות מתוכננות וחסרות הצדקה מתיישבות ביתר קלות עם דפוס התנהגות פסול ושיטתי, שבו נוקט המעוול כדי לקדם את אינטרסיו,

nevo.co.il

על חשבון הזולת. לפיכך, כדי לדעת אם הפרה מסויימת היא נסלחת או מחפירה, נוח להרחיב את המבט על התנהגותו הכוללת של הנתבע.

2. *התעלמות מהתובע מול התייחסות אנושית לפגיעה בו*

7.78 התייחסות אנושית של ה"גזלן" כלפי ה"נגזל" מרככת את דרגת חוסר המוסריות שבהתנהגות ה"גזלן", אך במקרים רבים נודעת לה גם משמעות כלכלית. הצעה כנה וסבירה שהופנתה אל התובע מצד הנתבע לפני קרות ה"גזילה" בבקשה לפוטרו מקיום החיוב (כלומר, לאפשר לו ליטול את משאב התובע) תמורת פיצוי הולם, עשוייה ללמד על כך שהנתבע מעריך את משאב התובע לפחות כמו התובע עצמו. במצב כזה מתעורר ספק, אם קיום החיוב והותרת המשאב בידי התובע הם אכן הצעד היעיל ביותר. כאשר הצעה סבירה שכזו נתקלת בסירוב מצד התובע, הדבר עשוי לשמש כנימוק חשוב לשלילת תחולתה של הדוקטרינה, שכן במצב כזה קיימת אפשרות סבירה שהגזילה היתה צעד שננקט על ידי הנתבע "בדלית ברירה" כדי לבצע עיסקה כפוייה אך יעילה ("הפרה יעילה"). לעומת זאת, "גזילה" הנעשית בלא כל התייחסות אנושית אל הנפגע, לא לפניה ואף לא אחריה, תלמד בדרך כלל על ניסיון אופורטוניסטי (ולכן בלתי יעיל) של הנתבע להתעשר על חשבון התובע מבלי להביא בחשבון ("להפנים") את הנזק העלול להיגרם לו.[349]

האם בתי המשפט מתחשבים בשיקול זה? דומה שהתשובה חיובית. אחד מהמבחנים המילוליים הנפוצים ביותר לתחולת הדוקטרינה מדבר ב"התעלמות מודעת/מופקרת מזכויות הזולת" (conscious\reckless disregard\indifference for the rights of others).[350] התעלמות כזו, פרט להיותה מלמדת שההפרה היתה מודעת, מרמזת בבירור על העדר ניסיון כלשהו מצד המפר לבדוק אפשרות "לקנות" את המשאב, ולכן משמשת אינדיקציה חזקה לכך שה"גזילה" היתה אופורטוניסטית, ולכן בלתי יעילה.

ז. <u>עמימות מול בהירות במבחנים לתחולת הדוקטרינה</u>

7.79 לסיום, ברצוני להתייחס בקצרה לאופן שבו מובא שיקול זה בחשבון במסגרת הדוקטרינה. לדעתי, המבחנים להתקיימותה של התנהגות מחפירה (התנאים המוקדמים+המבחן האולטימטיבי) משלבים וודאות מזה ועמימות מזה באופן המשרת בעת ובעונה אחת הן את הצורך בהרתעת התנהגויות שליליות והן את הצורך להימנע מהרתעת-יתר. מחד גיסא תנאי הסף לתחולת הדוקטרינה, יוצרים מעין "מתחם בטוח", שבו אדם הפועל בתום לב ומתוך אמונה כי הוא פועל כדין, אינו צריך לחשוש מאימתו של התשלום העונשי.[351] וודאות משפטית זו מונעת הרתעת-יתר, ובכך משרתת תכלית כלכלית חשובה. יחד עם זאת, הדוקטרינה יוצרת עמימות לא מבוטלת בשאלה אימתי התנהגות המקיימת את התנאים המוקדמים (ולכן מקימה "חזקת אי-יעילות") תעלה כדי "התנהגות מחפירה". אלא שעמימות זו נועדה אף היא לשרת תכלית כלכלית חשובה: היא מאפשרת לבית המשפט להימנע מהטלת עונש מרתיע על התנהגויות שאף כי הן מקיימות את התנאים המוקדמים, אינן בלתי יעילות, או שחוסר יעילותן אינו בדרגה המצדיקה הפעלת מנגנון של הרתעה ממגרת.[352] כך נוצר משטר הרתעתי מורכב אך יעיל: משטר זה מבטיח מחד גיסא וודאות וביטחון למי שניתן להניח שענישתם איננה יעילה ("גזילות" שאינן עומדות בתנאי הסף); אך מאידך גיסא

---

[349] להרחבת הדיון במושג האופורטוניזם, ובביטויי האופורטוניזם בתחום החוזי ר' סע' 10.25 להלן. אמנם, ייתכנו מקרים חריגים שבהם "גזילה" מודעת שתיעשה בלא פנייה מוקדמת אל בעל המשאב לא תיחשב כהתנהגות מחפירה (כגון, כאשר המפר סבור שהנזק הנגרם ל"נגזל" הוא זניח, או לפחות קטן בהשוואה לתועלת שבכוונתו להפיק ממנו). אולם התעלמות מבעל המשאב כאשר פנייה אליו היא אפשרית מקימה חזקה שהתנהגות המפר היתה אופורטוניסטית (ולכן ככל הנראה בלתי יעילה).

[350] לביטויים נפוצים אלה ר' לעיל סע' 7.04(17) לעיל.

[351] אולם במדינות שבהן ניתן לפסוק תשלום עונשי על התנהגות רשלנית, גם מפר הפועל בתום לב עלול להיות מחוייב בתשלום עונשי. לעניין זה ר' סע' 7.04(16).

[352] להיגיון שבהסדר משפטי מורכב זה עמדתי גם במסגרת הדיון בשאלת התקיימותו של "עקרון ההזהרה". ר' סע' 7.17 לעיל, ור' במיוחד הערה 74 שם.

nevo.co.il

יוצר רמה לא מבוטלת של הרתעה ואי וודאות אצל "גזלנים" שהתנהגותם מקימה "חזקת אי-יעילות".[353] כך מצטמצם בעת ובעונה אחת הן החשש מהרתעת-יתר לגבי התנהגויות מהסוג הראשון, והן החשש מהרתעת-חסר לגבי התנהגויות מהסוג השני. בסיכום, הניסוח המדוייק של מבחני התחולה המוצע על ידי בחיבור זה צפוי להגביר את הוודאות המשפטית בכל הנוגע לתנאי הסף לתחולת הדוקטרינה, אך זאת מבלי לגרוע מהעמימות המאפיינת את המבחן האולטימטיבי לתחולתה, עמימות שכמוסבר לעיל ניתן להצדיקה במושגים של יעילות כלכלית.

<u>סיכום לחלק הרביעי</u>

7.80 כל ניתוח כלכלי המתיימר להסביר דוקטרינה משפטית חייב להתייחס למאפייניה הייחודיים העיקריים. בהקשר דנן המאפיינים הטעונים הסבר או הצדקה הם בראש ובראשונה המבחנים לתחולתה של דוקטרינת התשלום העונשי, וסוג הטכניקה ההרתעתית הננקטת במסגרתה.[354] בחלק זה ביקשתי להציע הסבר כלכלי למאפיינים בסיסיים אלה. הדיון נפתח בהצגת ההסברים הרווחים ביותר של הדוקטרינה. ניסיתי להראות, שלמרות תרומתם של הסברים אלה להבנת כשלון משטר הפיצויים הרגיל, אין בהם לספק הצדקה כלכלית למוסד התשלומים העונשיים כפי שהוא נוהג בפועל.[355] בהמשך נבחנו מספר הסברים אחרים אשר כוחם ההסברתי טוב יותר. לסיום, על יסוד התובנות העולות מהסברים אלה וממקורות אחרים, ביקשתי להציג הסבר כלכלי שלם ומפורט יותר למאפייניה היסודיים של הדוקטרינה. העובדה שניתן לספק הסבר כלכלי-תועלתני לדוקטרינה שמבחניה נראים במבט ראשון כמיוסדים על אדנים של מוסר דאונטולוגי-גמולני, איננה צריכה להפתיענו. הדעת נותנת, שמוסדות משפטיים המתיישבים עם האינטואיציה המוסרית של הרוב המכריע בקהילה נתונה, משרתים בדרך כלל את האינטרס התועלתני ארוך הטווח של אותה קהילה. אכן, בהינתן מגבלות הידע האנושי, האינסטינקט המוסרי הוא במקרים רבים המצפן המדוייק ביותר להערכת יעילותם הכלכלית של דפוסי התנהגות מסויימים בטווח הארוך.[356] הסברים כלכליים המתעלמים

---

353 התובנה שאי-בהירות איננה בהכרח פוגמת ביכולתו של המשפט להרתיע, אלא להיפך, זכתה לאחרונה לביסוס במחקרם של: T. Baker, A. Harel, T. Kugler, "The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach" (draft, forthcoming on **Iowa L.R.**). במחקר זה נטען, כי מחקרים אמפיריים מצביעים על כך שדווקא אי-וודאות והעדר יכולת צפייה (predictability) של עוצמתה של סנקציה אזרחית או פלילית מגבירה את האפקט ההרתעתי שלה. אולם מחקר זה בחן את השפעותיה של אי-וודאות בדבר גובה הסנקציה ובדבר הסיכוי להתחמק מאחריות, ולא את השפעותיה של אי-בהירות בהגדרת הנורמה האוסרת עצמה.

354 שני מאפיינים אחרים הטעונים הצדקה, הם 1) העובדה שהתשלום העונשי מוטל במסגרת הליך אזרחי דווקא; 2) העובדה שהתשלום העונשי משולם לידי התובע דווקא. בעיות אלה הוזנחו בדרך כלל בספרות הכלכלית שעסקה בדוקטרינה. הן יידונו במסגרת פרק ח' ופרק ט' בהתאמה, תוך התייחסות מסויימת גם להיבטים הכלכליים שהן מעוררות.

355 במסגרת סימפוזיון שעסק בדוקטרינה, הביע אחד הכותבים את דעתו, שלמרות שמרבית הכותבים הכלכליים סבורים שהדוקטרינה מוצדקת מבחינה כלכלית, הרי שלמעשה ההצדקות שהם מציעים לה אינן מתיישבות עם הדין המצוי: **"Apparently, a "punitive" adjustment component would pass without objection.. It is my reading of the symposium papers, however, that scholarly opinion overwhelmingly opposes the trend toward <u>truly</u> punitive damages."** H. See, "Punitive Damages: A Supporting Theory" 40 **Ala. L.R.** (1989) 1227. על כך שהניתוח הכלכלי הרווח נכשל במתן הסבר לדוקטרינה עמדה גם הוועדה הקנדית שדנה בנושא: **"The present law of exemplary damages.. ..is inconsistent with economic deterrence theory… The fact that exemplary damages are given only where the defendant's conduct is exceptional is consistent only with a punitive rationale..." Canadian Report**, 37, 38. כפי שניסיתי להראות בחלק זה, בעוד שהרישא של אמירה זו נכונה, הרי הסיפא שלה איננה נכונה, שכן ניתן לספק הצדקה לדוקטרינה לא רק במונחים עונשיים-גמוליים, אלא גם במונחי הרתעה (הן מוסרנית, הן תועלתנית).

356 תובנה זו הועלתה בכתביו של הפילוסוף הסקוטי החשוב דויד יום, שבכתביו בישר את עלייתה של התיאוריה התועלתנית. לדעת יום, התפיסות המוסריות של האדם בדבר הצודק והראוי אינן נובעות ממחשבה הגיונית או מרעיונות מופשטים הטבועים במוח האדם, אלא יסודן במוסכמות חברתיות, הנבנות על יסוד אינסטינקטים ותחושות בסיסיות שהאדם מפתח כתוצאה משילוב של גורמים אובייקטיביים (היות האדם אגואיסטי מטיבו ויחד עם זאת בעל יכולת להיות נדיב במידה מוגבלת, וכן מעובדת קיומו של מחסור במשאבים). מוסכמות אלה נועדו לעודד אנשים לבצע פעולות, שאף כי כשלעצמן אינן בהכרח מתיישבות עם תועלתם האישית, הרי יחד עם זאת בטווח הרחוק משפרות את סיכוייו של המין האנושי להתקיים ולשגשג D. Hume, **A Treatise on Human Nature** (1737)(Oxford, 2000, Norton & Norton Eds.) 319, 320: **"..we may confirm the foregoing proposition, that those impressions, which give rise to this sense of justice, are not natural to the mind of man, but arise from artifice and human conventions. … ..however single acts of justice may be contrary, either to public or private interest, 'tis certain, that the whole plan or scheme is highly conducive, ore indeed absolutely requisite, bothe to the support of society, and the well-being of every individual."** אכן, גם כיום רבים מאנשי האסכולה הכלכלית מאמינים, שמוסדות משפטיים וחברתיים שנשתמרו במשך שנים רבות

nevo.co.il

מאינטואיציות מוסרית חזקות ראויים אפוא, לפחות לכאורה, ליחס חשדני.[357] בפרק זה ניסיתי להראות, כי גישה כללית זו לקשר בין מוסר ותועלתנות מוכיחה את עצמה, לפחות ביחס למוסד המשפטי שהוא המושא למחקרנו.

חלק חמישי: הצדקות נוספות לענישת התנהגויות מחפירות

I. חינוך

א. חינוך כצידוק תוצאתני לענישה

7.81 הצדקה תוצאתנית נוספת של מוסד הענישה, שפעמים רבות אינה זוכה למעמד הראוי לה בספרות העוסקת במטרות הענישה, היא התכלית החינוכית של העונש.[358] בעוד שההרתעה מטרתה ליצור אצל המפר חשש מפני התגובה החברתית החיצונית על מעשיו, הרי החינוך נועד ליצור אצלו ואצל הציבור בכללותו - באמצעות הגינוי החברתי והנטל הכלכלי הנלווים להטלת העונש - הכרה בעיוות המוסרי שבמעשה, והפנמת הערך החברתי שבו פגע.[359] מכאן גם יתרונו של החינוך על פני ההרתעה כאמצעי למניעת התנהגות עבריינית: זה הראשון משמש ערובה טובה יותר להשגת מטרה זו, שכן הוא מביא לשינוי פנימי בדפוסי ההתנהגות של הנענש, וזאת לעומת ההרתעה, שאינה אלא עכבה חיצונית, שעם הסרתה עלול להתבטל התמריץ להתנהגות ראוייה.[360]

ב. חינוך כרציונל לפסיקת תשלומים עונשיים

ונתפסים כמוצדקים מבחינה מוסרית-דאונטולוגית הם גם מוצדקים מבחינה תועלתנית-כלכלית. ר' למשל: W.M. Landes, R.A. Posner, "The Positive Economic Theory of Tort Law", 15 **Ga. L.R.** (1981) 851; **Posner**, 271-6.

357 אם לקבל הנחה זו, הרי שפער גדול מדי בין ההסדר המשפטי המסורתי לבין התיאוריה עשוי ללמד על אי נכונותה של האחרונה. בלשונו של מלומד אחד: **"If the common law, the prescriptions of economic efficiency, and our ethical intuitions have some deep relation, then situations where they do not agree may be instructive. If the common law does not follow the rule we think is economically efficient, that may be evidence that our economic analysis is wrong." Friedman,** 1130.

358 יש להבחין בין מטרה זו לבין מטרה קרובה אחרת הנתפסת כמטרה מרכזית של הענישה, הלא היא התכלית של שיקום או תיקון הנענש (rehabilitation, reformation, correction). אף שהחינוך הוא חלק מתהליך השיקום של העבריין, הוא נבדל ממנו במספר בחינות. **ראשית,** המונח "שיקום" מעורר קונוטציה של עבריינות חמורה, בעוד שהמושג "חינוך" מתאים גם לענישה של הפרות חוק קלות יותר, כדוגמת אלה שהן מושא לפסיקת תשלום עונשי. **שנית,** המונח "שיקום" מבטא שאיפה לשינוי משמעותי גם באורח חייו החיצוני של העבריין, ואילו החינוך מתמקד במישור הפנימי-תודעתי. **שלישית,** מושג השיקום מתמקד תמיד בעבריין ספציפי, בעוד שהתכלית החינוכית של הענישה מכוונת במידה רבה כלפי הציבור בכללותו. להצגת המתח האפשרי בין המטרה השיקומית לבין המטרה החינוכית של הענישה הפלילית (ותמיכה בראשונה) ר': P.D. Carrington, "The Moral Quality of The Criminal Law" 54 **Nw. U. L.R.** (1959) 575. כאמור, התכלית החינוכית של הענישה אינה זוכה בדרך כלל למקום נפרד בסכימה המקובלת של מטרות הענישה או ההצדקות לה. הראשון שפיתח את תיאוריית ה"ענישה כחינוך" היה ככל הנראה פרופ' Ewing, שהקדיש למטרה זו פרק בחיבורו החשוב על הענישה. ר': **Ewing**, ch. 4, ("Punishment as a Moral Education"). עם זאת, החשיבות החינוכית שבענישה נזכרת כבר בספרות מהמאה ה-19. ר' למשל: **Moberly**, 80: **"..punishment works, not only by way of threat, but also as an instrument of moral education."** לפיתוח מודרני נרחב של רציונל החינוך כהצדקה עצמאית לענישה ר': J. Hampton, "The Moral Education Theory of Punishment" 13 **Phil. & Pub. Affairs** (1984) 208; **Andenaes**, 110-28. ר' גם: י' אנדינאס, "ההשפעה החינוכית או המוסרית של החוק הפלילי" **משפטים** ה (תשל"ג) 209. לסיום יצויין, שרציונל החינוך, כמו רציונל ההרתעה, הוא דוגמה נוספת להצדקה תוצאתנית שאינה בהכרח תועלתנית. דומה, שמרבית האוחזים בגישה החינוכית לענישה אינם רואים בענישה אמצעי גרידא לקידום התועלת המצרפית, אלא אמצעי למניעת התנהגויות בלתי מוסריות כשלעצמן.

359 **Owen,** 1281. **"..punishment serves as a reformative device to educate the offender to society's legal values…"**

360 **"..punishment is not only the artificial creation of a risk of unpleasant consequences but also a means of expressing social disapproval… creating moral inhibitions is of greater value than mere deterrence, because the former may work even in cases where a person need not fear detection and punishment." Andenaes**, 112. See also **Owen** (3), 713-4: **"..punishment may have educative value for the wrongdoer by teaching him the wrongfulness of the conduct.."**; **Ewing**, 94, 95: **"..the existence of a penal law is an impressive condemnation of the practice prohibited by it.. ..surely this solemn, public condemnation on behalf of the community will have some effect not only on those actually punished but on some others also…; ..to punish an act implies a declaration that the act is bad, and the declarations of the state.. ..must have an effect on the moral standard of the community."**; see also **Hampton**, 212: **"according to the moral education theory, punishment is not intended as a way of conditioning a human being to do what society wants…; rather.. ..punishment is intended as a way of teaching the wrongdoer that the action she did.. ..is morally wrong."** כאן מוצגת קרובה אחרת של הענישה היא זו של "כפרה" או "מירוק". מושם הדגש על התהליך הפסיכולוגי של השלמה עצמית, העובר על הנענש עקב ריצוי העונש, והמסייע לו להגיע לשיווי משקל נפשי. להיבט זה של הענישה ר': **דייקן**, 32-1229. מעניין לציין, שהמטרה של ריצוי הקורבן הוכרה בעבר כאחת ממטרות דיני הנזיקין. ר': G. Williams, "The Aims of the Law of Tort" 4 **Curr. Leg. Probs.** (1951) 137, 138-40; see also: **Owen**, 1281: **"..punishment serves.. to allow him** [the offender] **to atone for his misdeed through suffering."**

nevo.co.il

7.82 כמרבית צידוקי הענישה גם רציונל החינוך ישים בהקשר דנן. למרות שההיבט החינוכי של הדוקטרינה כמעט ואיננו זוכה לאיזכור במקורות הרבים שעסקו בה, הרי לדעתי מדובר ביסוד רעיוני חשוב שלה, המאפשר להסבירה ולהצדיקה גם יחד. חשיבותה של הדוקטרינה בהקשר זה באה לידי ביטוי בחיזוק המודעות של הנתבע ושל הציבור בכללותו לפגם המוסרי והחברתי שנפל בהתנהגותו של הנתבע. פסיקת התשלום העונשי שולחת מסר ברור וחד משמעי של גינוי ושאט נפש כלפי המעשים המהווים עילה להטלתה של הסנקציה. ברמה הפרטית מסר זה עשוי לנתבע להפנים את הפסול שבהתנהגותו. ברמה הכללית יותר - הצהרת הגינוי המתלווה לחיוב בתשלום עונשי מסמלת את דבקותה של החברה בערכי מוסר ובנורמות התנהגות בסיסיות שבין אדם לחברו ומאששת נורמות אלה. בהצהרה זו יש משום מסר חברתי ברור, ולפיו הפרה מודעת וחסרת הצדקה של זכויות האזרח איננה כורח בל-יגונה של החיים המודרניים, אלא רעה חולה שחובה על כל אדם החי בחברה לעשות מאמץ סביר כדי להימנע ממנה.[361]

כך תורמת הדוקטרינה לשימור ולחיזוק ההיבטים הערכיים והחינוכיים הגלומים בחוק האזרחי, היבטים שמערך התרופות המסורתי של המשפט האזרחי מותיר אותם לעיתים קרובות חוורים ומטושטשים למדי.[362]

אכן, העדר תגובה עונשית משמעותית על התנהגות בלתי מוסרית עלול להוביל לאורך זמן לתחושה כללית כי ההתנהגות היא נסלחת, אולי אף לגיטימית. הצהרה מפורשת על חומרתן ואי קבילותן של התנהגויות מחפירות, לעומת זאת, היא כלי חשוב במלחמה בתופעה מסוכנת זו של השלמה עם עוולות מוסריות.[363] ולבסוף, הידיעה כי

---

361 התפקיד החינוכי שמשרת התשלום העונשי גלום בעצם המושג "Exemplary Damages". מושג זה, כמקבילו העברי - "פיצויים לדוגמה" - מבטא בעת ובעונה אחת הן את ההיבט השלילי-הרתעתי, והן את ההיבט החיובי-חינוכי. ההיבט החינוכי מובלע בפסקי דין המדגישים כי התשלום העונשי מבטא את סלידתו של בית המשפט מהתנהגות הנתבע, ואת הרצון לגנותה. ר' למשל: [Exemplary] **"*Wilkes*, 498: Damages are designed.. ..as a proof of the detestation of the jury to the action itself."** ר' גם הציטוט מפסק הדין ***Merest***, המובא בסע' 1.09(34) לעיל. על ההיבט החינוכי הטמון בחיוב בתשלום עונשי עמד Parlett: [Money payment] **does service by way of reprobation. ..the punitive award asserts the values of society in bringing home to the wrongdoer correct values. To levy punitive damages is to educate in the coin of commerce." Parlett**, 804. אמנם, הגינוי הנלווה לפסיקת תשלום עונשי איננו כה חריף כגינוי הנלווה להרשעה בפלילים. עם זאת, במובן מסויים יש בכך יתרון. בהשוואה להרשעה הכתם החברתי המוטל באמצעות התשלום העונשי הוא מתון יותר ובעל אופי ארעי יותר, מה שמאפשר לנתבע להשתחרר ביתר קלות מהסטיגמה שדבקה בו. לדיון ביתרון זה ר' גם סע' 8.47 להלן. העובדה שהתשלום העונשי משולם ישירות לידי התובע (לפחות בחלקו) אף היא תורמת למימד החינוכי של הסנקציה. בניגוד לקנס המשולם למדינה בהליך פלילי, העונש האזרחי מאלץ את העבריין לעמוד במישרין מול קורבנו ולשלם לו במישרין את "מחיר" ההפרה. תשלום זה יכול לשמש למפר המעוניין בכך כאקט של 'מירוק' והשלמה עם הנתבע ועם החברה. התפקיד החינוכי של הדוקטרינה הוכר לאחרונה במפורש וזכה להדגשה בפסק דינו המנחה של בית המשפט העליון הקנדי בעניין ***Whiten***. בית המשפט חוזר מספר פעמים על הקביעה, כי לצד מטרת הגמול וההרתעה, מטרת התשלום העונשי היא גינוי: [of punitive damages] **"..the three objectives should perhaps better be referred to as retribution, deterrence and denunciation."** ***Whiten***, para. 43.

362 גם פסק דין אזרחי שאינו כולל תשלום עונשי יכול לבטא גינוי חברתי מסויים כנגד הנתבע, בפרט אם בית המשפט מוצא לנכון להתייחס במפורש להתנהגותו. עם זאת, אפקט הגינוי והחינוך הוא על פי רוב מוגבל למדי, כשאין הוא מגובה בסנקציה המבטאת את חומרת המעשה. **"Unfortunately offenders frequently do not pay attention to words unsupported by anything more solid and palpable.." Ewing**, 93. לכך יש להוסיף את העובדה, שפסקי דין אזרחים רגילים אינם מגיעים לידיעת הציבור, בעוד שפסקי תשלום עונשי מושכים תשומת לב ועשויים אף לזכות להד תקשורתי וציבורי, בפרט כאשר הסכום הנפסק משמעותי. ר' למשל דברים שנאמרו על ידי עורך דין אמריקאי לאחרונה: **"..actual damages are not enough to get the attention of large multinational companies.** [Without punitive damages] **No single individual will be able to make a significant impact in term of regulating corporate behavior."** Rob Scott, Appellate Attorney, "US Supreme Court Limits Punitive Damages on Firms", cited on **The Business Times Online Edition**, published April 9, 2003. לדעתי, אפשר לראות בפסקי דין 'נועזים' כדוגמת הלכת ***אדרס***, פסק הדין ***צוקים***, פרשת ***קרטין*** ודומיהם, משום ניסיונות של בית המשפט העליון בישראל 'להחזיר את הצבע' לדיני החיובים האזרחיים על ידי הדגשת יתר של המימד הערכי-חינוכי הגלום בהם. לדיון בפסקי דין אלה ובתופעות נוספות של תשלומים עונשיים מוסווים ר' סע' 6.14 ואילך.

363 **"A person who intentionally or wantonly injures another generally violates not only some explicit tort or criminal law rule of conduct, but also a basic norm of social behaviour. <u>The failure to punish violations of societal rules weakens the legal and moral fabric of society.</u>" Owen**, 1280 & n. 121; see also **Ewing**, 95: **"..the neglect to punish will have consequences that are morally harmful. It will tend to make some people think that lawlessness does not matter…"** על כך שסכנה זו איננה חשש בעלמא, אלא תופעה שהפכה זה מכבר למציאות במקומותינו, ניתן ללמוד מדברים כדורבנות שהשמיע פרקליט בשירות המדינה במסגרת עבודת מוסמך: **"..לעתים קרובות נתקלים שוטרים, פרקליטים ושופטים, במהלך תביעות אזרחיות ובמיוחד בתביעות נזיקין, בתופעות-לכאורה של עדות שקר, שיבוש הליכי משפט, ניסיונות לקבלת דבר במרמה מחברות ביטוח, רשלנות, מנהל בלתי תקין, השתמטות ממס... רווחת מאוד הנטייה להעלים עין מתופעות או מחשדות כאלו, להתייחס אליהן בסובלנות ובהבנה, להשלים עם קיומן כאילו היו חלק מטבעה הבלתי נמנע של ההוויה האנושית ולעבור עליהן לסדר היום... דעך הלהט המוסרי לבער את הרע מן**

nevo.co.il

מערכת המשפט עושה צדק - לא רק צדק מפצה כלפי הנפגעים מהפרת החוק, אלא גם צדק עונשי כלפי מי שמפרים אותו בריש גלי, מחזקת את אמונו של הפרט בשלטון החוק ואת תחושת הסולידריות הכללית שלו כלפי הממסד וכלפי הקהילה שבה הוא חי.[364]

II. ריצוי רגש הנקם

א. ריצוי רגש הנקם כצידוק למוסד הענישה

7.83 אחד הצידוקים העתיקים ביותר של מוסד הענישה, אם כי הפחות פופולארי מביניהם, לפחות בימינו, רואה בענישה אמצעי לשיכוך רגשות הזעם והנקם שמעשי עבירה מעוררים בקורבנותיהם.[365] ניתן להבחין בין שתי גרסות של הצדקה זו. במסגרת הראשונה, נתפס ריצוי רגשות הקורבן כתכלית ראוייה בפני עצמה. הקורבן, שנפגע פיזית ונפשית ממעשה העבירה, זכאי כעניין של צדק לתבוע מהחברה להשיב לתוקפו כגמולו בעד רשעתו,[366] ואגב כך לרפא את הפצעים הנפשיים שהותירה בו הפגיעה.[367] זאת ועוד, יצר הנקם הוא צורך טבעי של האדם, המשרת לא רק את הצורך בהחזרת שיווי משקלו הנפשי של הקורבן, אלא גם את החברה בכללותה.[368]

בגירסתו המעודנת והמודרנית יותר, נתפס הצורך בריצוי רגשות הנקם של הקורבן וקרוביו לא כתכלית ראוייה, אלא ככורח בל-יגונה, שתכליתו למנוע עשיית דין עצמי מצד קורבנות מעשי עבירה וקרוביהם. יצר הנקם, הגם שאיננו ראוי לשבח כשלעצמו (ואולי אף ראוי הוא לגנאי) זוכה לפורקן כאשר הקורבן, משפחתו ומכריו רואים בענישת התוקפן. פורקן זה מקל על יכולתה של החברה לרסן את יצר הנקם, וכך בעקיפין להבטיח את הסדר הציבורי ולמנוע אלימות ושפיכות דמים.[369]

הארץ, ולטפח מחוייבות מוסרית ליחס של זהירות ראויה בחייו, בכבודו, בבריאותו וברכושו של הזולת... ..פיתוחו של מוסד הפיצויים העונשיים נחוץ לשם החייאתה, ולשם הגברת האפקטיביות של יישומה, של המחויבות החיונית הזו." פרידלנדר, 88-87.

[364] התפקיד הסמלי החשוב של הדוקטרינה ככלי לחיזוק הסולידריות החברתית הוכר במפורש בדו"ח הקנדי: **"The mere possibility of an action for punitive damages symbolizes society's commitment to retributive justice. Social values need public affirmation… Punitive damages.. affirm society's belief that wrongdoers who engage in exceptional conduct should not escape their just desert." Canandian Report**, 33. בהקשר זה נודעת חשיבות לפרסום שפסקי תשלום עונשי זוכים לו בדרך כלל. **"Punitive damages, especially when coupled with the media attention that they often attract, are particularly well suited to giving public affirmation to this social value. When it is brought to the attention of the public, that an award of punitive damages has been made.. ..there is a collective sense of satisfaction that justice has been done." Canadian Report**, 33.

[365] כיום רווחת התפיסה שלפיה רציונל הנקמה משקף יצר פרימיטיבי שאינו ראוי להכרה בחברה מתורבתת. במרבית המקורות המודרניים העוסקים בענישה אין זכר לרציונל זה. לאיזכורו בקצרה ר' למשל: **Primoratz**, 10, 21-22; J.J.C. Smart, "Utilitarianism and Punishment" 25 **Isr. L.R.** (1991) 360, 374.

[366] כעניין היסטורי קיימת זיקה רעיונית חזקה בין רעיון הנקמה לבין רעיון הגמול. **דייקן** 1217-25. הקושי להבחין בין השניים אחראי להתקפות קשות על עקרון הגמול. לדיון בביקורות אלה ובמענה אפשרי להן ר': **Pincoffs**, 43-48.

[367] **"**[punishment] **helps restore the plaintiff's emotional equilibrium. When the judicial system punishes a defendant, the injured plaintiff receives the satisfaction of seeing the defendant suffer." Owen**, 1279.

[368] עמד על כך בנת'האם: **"useful to the individual, this motive is also useful to the public; indeed, it is necessary. It is this vindictive satisfaction which sets the tongues of witnesses in motion; it is this which animates the accuser and engages him in the public service in spite of the embarrassments, the expenses, the enmities to which it exposes him; it is this, too, which surmounts the public pity in the punishment of criminals. Take away this resource, and the power of the laws will be very limited." Bentham** (2) 309. הפילוסוף הויקטוריאני סטפן סבר אף הוא, כי תחושת הנקמה ושאט הנפש כלפי עבריינים היא תופעה חברתית רצוייה שראוי לעודד. **"I think it highly desirable that crimes should be hated, that the punishments… ..give expression to that hatred and to justify... ..a healthy natural sentiment."** J. Stephen, **A History of the Criminal Law of England** (London, 1883) Vol. 2, 81-83: לעניין זה ר' גם **דייקן**, 1227-9: **"גם הקהל הרחב שאין לו כל נגיעה אל הפושע או אל קורבנו, גם לו עניין במצב הענישה.. הוא רואה צורך בגילוי הפשע, בהשפלת הפושע, בביצוע הגמול הראוי, בהחזרת שיווי המשקל של הצדק על מכונו, בהבלטת הרמה המוסרית הגבוהה של ציבור האנשים הישרים לעומת העבריין פורץ הגדר. וכל זה לא מבחינה הגיונית, שכלית, רציונלית בלבד, כי אם גם מבחינה רגשית, אמוציונלית."**

[369] **"If people would gratify the passion of revenge outside the law, if the law did not help them, the law has no choise but to satisfy the craving itself, and thus to avoid the greater evil of private retribution." Holmes**, 41-42. ניתן לראות, שגירסה זו של הטיעון מתיישבת עם תפיסות של מוסר תועלתני, בעוד שהגירסה הראשונה רואה בסיפוק יצר הנקמה ערך מוסרי כלשעצמו. להבחנה זו ר' גם: **Smart**, 374.

nevo.co.il

ב. ריצוי רגש הנקמה כצידוק לפסיקת תשלום עונשי

7.84 דיני הנזיקין שימשו בעבר, ובמידה רבה משמשים גם היום את הצורך בגמול, בהרתעה, ואף בריצוי רגש הנקמה.[370] דוקטרינת התשלום העונשי היא דוגמה למוסד משפטי המשמר בצורה מובהקת תפקיד היסטורי זה של דיני הנזיקין. הצורך בריצוי רגש הנקמה כאמצעי למניעת עשיית דין עצמי הוכר בפסיקה האנגלית כצידוק לפסיקת תשלום עונשי כבר בימיה הראשונים של הדוקטרינה.[371] אמנם, ניתן לגרוס, כי בעידן המודרני ובחברה המתורבתת הצורך בריסון רגשות נקם אינו יכול עוד להיחשב כצידוק להטלת סנקציות משפטיות.[372] עם זאת, דומה שקשה להתעלם מהעובדה שרגש הנקם הוא צורך עמוק וטבעי, שגם אם אין לטפחו ולהללו, הרי אין מנוס מלהתחשב בקיומו, לפחות ככל שהדבר אינו עומד בסתירה לתכליות העיקריות של הענישה - גמול והרתעה.[373] כמוסבר, התנהגויות מחפירות מתאפיינות בזלזול מופגן של המפר בזכויות התובע, לעיתים עד כדי רמיסת כבודו, ומתוקף כך צפויות לעורר רגשות זעם אצל הנפגע מהן.[374] התשלום העונשי והגינוי המוסרי החריף הנלווה לפסיקתו בכוחם לרצות או לפחות לשכך רגשות קשים אלה על ידי הצהרה קבל עם ועדה על העוול המוסרי שנעשה לנפגע (vindication of right). יתרה מכך,

---

370 טענה זו מוכחת באופן מאלף ומשכנע במאמרו הנודע של Glanville Williams, הנ"ל בהערה 360. במאמר זה מצביע המלומד על כך שהשאיפה לפצות את הנפגע איננה יכולה להסביר את העובדה שדיני הנזיקין מטילים את חובת הפיצוי על המפר דווקא (עובדה זו ניתן להסביר רק באמצעות רציונלים אחרים, כגון גמול, הרתעה, ריצוי רגש הנקם וחובה מוסרית של המזיק כלפי הנפגע מעצם היותו הגורם לנזק). על יסוד תובנה זו אני מבקר בפרק הבא את הטיעון המושגי נגד ענישה אזרחית. ר' סע' 8.04 ואילך.

371 בפרשה משנת 1764, באשרו פסק של תשלום עונשי כנגד נתבע ש'החטיף' מכה לתובע אגב סכסוך על בעלות בחיית מחמד, על אף שהמכה לא גרמה לנזק פיזי, מצא בית המשפט לנכון להעיר, ש: **"..when a blow is given by one gentleman to another, a challenge and death may ensue, and therefore the jury have done right in giving exemplary damages; …the plaintiff has been used unlike a gentleman by the defendant by striking him.. ..tending to provoke him to seek revenge in another way than by law, and therefore we think the damages are not excessive." Grey v. Grant** 95 Eng. Rep. [1764] 794, 795. במקרה אחר קבע בית המשפט, שענישה באמצעות תשלום עונשי על פגיעה ברגשות היא רצוייה וחיונית, בהיותה פועלת לצמצום התופעה של יישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט באמצעות דו-קרב: **"..it goes to prevent the practice of duelling, if juries are permitted to punish insult by exemplary damages."** ***Merest***, 761. הדגשה מפורשת של צידוק זה לדוקטרינה מצוייה גם בפסיקה האמריקאית משלהי המאה ה-19. בפסק דין משנת 1872 ממדינת אילינויס נפסק תשלום עונשי כנגד נתבע שירק בפניו של התובע במקום ציבורי. בית המשפט קבע: **"The act in question was one of the greatest indignity, highly provocative of retaliation by force, and the law, as far as it may, should afford substantial protection against such outrages, in the way of liberal damages, that the public tranquility may be preserved by saving the necessity of resort to personal violence as the only means of redress." Alcorn v. Mitchell** 63 Ill. 553, 554 (1872). במאה ה-20 ירדה הצדקה זו מגדולתה, אם כי היא זוכה מעת לעת לאזכור גם בפסיקה המודרנית. ר' למשל: **Winkler v. Hartford Accident and Indemnity Co.** 66 N.J Super 22, 29 (1961): **"Exemplary damages are allowed to punish the wrongdoer for a willful act and to vindicate the rights of a party in substitution for personal revenge, thus safeguarding the public peace."**; **Lamb v. Cotogno** (1987) 146 C.L.R. 1 (Australia H.C.): **"..it is an aspect of exemplary damages that they serve to assuage any urge for revenge felt by victims and to discourage any temptation to engage in self-help likely to endanger the peace."** לאסמכתות נוספות ר': **Owen**, n. 113 רצוינל הריצוי משתקף היטב באחד מכינוייה הישנים של הדוקטרינה - **Vindictive Damages** (לכינויים השונים ר' סע' 1.01(2) לעיל). מקורות המעלים את הצורך בריצוי רגש הנקמה כרציונל להכרה בדוקטרינה הם למשל: **Morris**, 1198-9; **Note**, 521-2; **Owen**, 1279-80; **Ellis**, 9, 17-18.

372 לביקורת כזו על הדוקטרינה ר': **Ghiardi** (3), 287 (public vengeance uncivilized)

373 לגישה דומה ר': **Owen**, 1279: **"It might be difficult to rationalize private revenge as the sole justification for punishment in a modern legal system, but at least so long as punishment achieves some other substantial objective, it seems perfectly appropriate to allow a person injured by the wanton misconduct of another to vent his outrage by extracting a judicial fine.";** see also **Canadian Report**, 34: **"..vengeance.. ..would not constitute a sufficient justification for punitive damages. This is not to suggest, however, that it ought to be ignored altogether.. ..principles that appease this desire may be desirable simply because they respond to an element of humanity."**

374 לדעת **Ellis**, עיון בפסקי הדין הראשונים שבהם הופעלה הדוקטרינה מעלה, שמרביתם נסבו על פגיעות בכבודו של התובע, שמעצם טיבן יצרו סיכון למעשי תגמול ונקם, שבתי המשפט חפצו באותה עת למנוע באמצעות תיעול סכסוכים לבתי המשפט. **Ellis**, 15: **"Diverse as they may have been, all of these cases share one common attribute: they involved acts that resulted in affronts to the honor of the victims. The defendants' acts were insults that were likely to provoke reactions of outrage."**

nevo.co.il

תהליך זה של ריצוי מאפשר שיקום היחסים בין המפר לנפגע, ובין המפר לחברה בכללותה. כך תורמת הדוקטרינה תרומה חשובה לחיזוק המרקם המוסרי הבסיסי שעליו מושתתת החברה.[375]

לבסוף אזכיר, כי קו הגבול בין רעיון הריצוי לבין רעיון הפיצוי איננו חד וחלק. ניתן לטעון שפיצוי מלא לקורבן על העוול שנעשה לו אינו מתמצה בהחזרת משאביו הכלכליים בלבד, אלא דורש ליתן פורקן לצורך הנפשי שלו לחזות בענישת המעוול על מעשיו בחומרה הראוייה.[376] במובן זה - ורק במובן זה - ניתן אולי לטעון, שההצדקה האמיתית של מוסד הענישה בכלל ושל מוסד התשלומים העונשיים בפרט, היא המטרה של פיצוי הקורבן.[377]

III. מניעת התעשרות שלא כדין

7.85 במקום אחר עמדתי על קווי הדמיון שבין התשלום העונשי לבין תשלומי ההשבה, והראיתי שפסיקת תשלומי השבה עשויה במקרים לא מעטים לשרת מטרות עונשיות.[378] האמנם ניתן להצדיק פסיקת תשלום עונשי באמצעות רציונל של מניעת עשיית עושר ולא במשפט? עיון במקורות מעלה שרעיון זה קנה לו לעיתים תמיכה מסויימת בספרות המשפטית.[379]

לדעתי, העובדה שבמקרים מסויימים פסיקת תשלום עונשי בשיעור הרווח שהפיק המפר עשויה לשרת בהצלחה את הצורך בהרתעה אינה הופכת את רציונל מניעת ההתעשרות להצדקה לעצם הטלתו. **ראשית,** המבחן לתחולת הדוקטרינה דורש התנהגות מחפירה ואינו מסתפק בעשיית עושר ולא במשפט. סייג זה איננו ניתן להסבר או להצדקה במונחים של מניעת התעשרות שלא כדין. יתרה מכך: תחולת הדוקטרינה דנן איננה מותנית כלל בהוכחת התעשרות בפועל של המפר. התעשרות המפר שלא כדין איננה אפוא בגדר תנאי מספיק, ואף לא בגדר תנאי הכרחי לפסיקת תשלום עונשי. **שנית,** גם שיעור התשלום העונשי במסגרת הדוקטרינה מוכתב בעיקר על ידי שיקולים של גמול והרתעה, ולפיכך עשוי להיות גבוה או נמוך משיעור הרווח שהפיק המפר במקרה הקונקרטי. בסיכום, המבחנים

---

375 **"..punishment serves as a form of revenge for the public at large..** [it] **may restore the emotional equilibrium of society as a whole." Owen**, 1280 & n. 121. יצויין, שבמונחי ריצוי יש יתרון לתשלום העונשי על פני הענישה הפלילית, וזאת בשל העובדה שכספי הסנקציה משולמים במסגרת הדוקטרינה ישירות לכיסו של הקורבן. ליתרון זה ר' גם סע' 9.10 להלן.

376 **"vindictive satisfaction"** על סגולה אפשרית זו של העונש עמד כבר בנת'האם, בקובעו שאחת ממטרותיה המשניות של הענישה היא דוגמה מובהקת למוסד משפטי המחבר באופן מוצהר בין רעיון הפיצוי לרעיון הריצוי היא הדוקטרינה הגרמנית הידועה בכינוי **Genugtuung**. לדיון בדוקטרינה זו ר' סע' 3.16 לעיל. הדוגמה המקבילה במשפט המקובל היא דוקטרינת הפיצויים המוגברים, שנדונה בסע' 1.13 לעיל. במשפט הסקוטי נעשה שימוש במונח קרוב של **solatium**, אך דומה שזה מכוון יותר ל"ניחום" התובע באמצעות פיצוי כספי, מאשר לריצוי רגשותיו הפגועים באמצעות ענישת התוקפן. ר' סע' 3.09. הכרה בדמיון שבין ריצוי רגש הנקם לבין פיצוי מצאתי ביטוי גם במאמר מודרני אחד: **"..the act of vindication might provide, at the same time, compensation for feelings wounded through insult"** A.J. Sebok, "Private Law, Punishment, and Disgorgement: What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today" 78 **Chi.-Kent. L.R.** (2003) 163.

377 לדחיית רציונל הפיצוי כצידוק לדוקטרינה ר' סע' 7.86 להלן.

378 סע' 1.15, 6.15, 7.31(135) לעיל.

379 באנגליה, הביעו מלומדים את הדעה כי הקטגוריה השנייה שהוכרה בעניין ***Rooks*** משקפת רציונל של מניעת התעשרות. ר': **"the real purpose behind this second common law category is not the punishment of the defendant but the prevention of his unjust enrichment.."** הסבר זה נתקבל גם על דעתו של המלומד Ogus. **McGregor On Damages** (London, 16th ed., 1997) 303. Ogus, 32, 36. דעה זו הושמעה באנגליה גם קודם להלכת ***Rooks***. ר': **Street**, 30, 33-34 לדיון בקטגוריה השנייה של ***Rooks*** ובפסקי הדין שפיתחו ויישמו אותה ר': **McGregor,** 298-304 נראה כי המלומדים מתעלמים מכך שבעוד שרציונל ההשבה דורש הוכחת קיומו של רווח ממשי שהפיק הנתבע, הרי לפי נוסח הקטגוריה השנייה של ***Rooks*** היא חלה בכל מצב של כוונה להפיק רווח, גם כשכוונה זו לא התממשה בפועל. יתרה מכך, הלורד Diplock בעניין ***Cassel*** התייחס במפורש לנקודה, וציין כי אין זה די לשלול את הרווח בלבד, ויש לגרום למעוול חסרון כיס, שאם לא כן ההפרה עלולה עדיין להיוותר יעילה מבחינתו (לאור הסיכוי שהתובע לא יגיש כלל תביעה משפטית). ***Cassel***, 1130 לתמיכה נלהבת באימוץ אמת מידה של שלילת רווח כאמת מידה ראוייה לקביעת שיעור המינימום של התשלום העונשי בתביעות שבהן הוא נפסק ר': J. Berryman, "The Case for Restitutionary Damages over Punitive Damages: Teaching the Wrongdoer that Tort Does Not Pay" 73 **Can. B. R.** (1994) 320.

nevo.co.il

החולשים על פסיקתם של תשלומים עונשיים אינם ניתנים להסבר באופן מלא על ידי רציונל של מניעת התעשרות שלא כדין, ומכאן שרציונל זה יכול לכל היותר לשמש כהצדקה חלקית או משנית של הדוקטרינה.[380]

IV. רציונל הפיצוי

7.86 הניסיון להצדיק הטלת סנקציה לבר-מפצה באמצעות רציונל של פיצוי מעורר בעייה מושגית קשה, שכן הוא מבקש להצדיק חריגה מעקרון הפיצוי באמצעות אותו עיקרון ממש.[381] עם זאת, כפי שציינתי כבר בפתחו של החיבור, רציונל הפיצוי הוא אחד מההסברים המסורתיים שהוצעו בעבר להצדקתה של הדוקטרינה.[382] יתרה מכך, בפרק זה ראינו שאחד מההסברים הכלכליים המודרניים של הדוקטרינה תולה את ההכרה בה בצורך לפתור את בעיית תת-הפיצוי במשפט האזרחי.[383]

לדעתי, הניסיון להצדיק את מאפייניה היסודיים של הדוקטרינה הנדונים בפרק זה באמצעות רציונל של פיצוי נדון לכישלון חרוץ. **בראש ובראשונה**, הצורך בפיצוי קורבנות מעשי עוולה, כשלעצמו, איננו מחייב כי פיצוי זה יבוצע דווקא על ידי המעוול שגרם לאותו נזק (להבדיל, למשל, מפיצוי המבוצע על ידי אוצר המדינה, או הסדר ביטוחי). הטלת חובת הפיצוי דווקא על המעוול טעונה אפוא הצדקה נפרדת וחיצונית לרציונל הפיצוי.[384] **שנית**, שכפי שהסברתי בדוני בבעיית תת-הפיצוי, פסיקת תשלום עונשי באופן שבו היא נעשית במסגרת הדוקטרינה (דהיינו: רק במקרים של הפרות מחפירות, ובשיעור הנקבע לפי חומרת ההפרה ולא לפי שיעור הנזק) מסייעת לפתרונה של בעייה זו רק באופן אקראי, גס ובלתי מדוייק.[385] ואכן, למרות ההכרה לה זכה רציונל הפיצוי בעבר, הרי שכיום דעך מעמדו כרציונל מצדיק ומסביר של הדוקטרינה.[386]

---

[380] להכרה בכך שלמרות החפיפה החלקית בין הרציונלים, אין זהות בין הדוקטרינות ר׳: **McBride**, 373-6 גם לפי הניתוח הכלכלי המסורתי של הדוקטרינה, הצורך בהרתעה יעילה אינו מחייב לשלול מהמפר את רווחי הפרתו. **Polinsky,** 918-20.

[381] הד לביקורת מושגית זו יש בדברים הבאים: **Grube**, 851: **"..the compensation rationale** [for awarding punitive damages to plaintiff] **is inappropriate; compensation should be achieved through compensatory damages alone."**

[382] ר׳ סע׳ 1.10 לעיל.

[383] סע׳ 7.48 לעיל. אם כי יש לזכור, שלפי הגישה הכלכלית פתרון בעיית תת-הפיצוי אינו תכלית בפני עצמו, אלא אמצעי להשגת הפנמה מלאה בקרב מזיקים בכוח.

[384] כפי שניתן לראות, זוהי למעשה ביקורת כללית על הניסיון להצדיק את חובת הפיצוי במשפט האזרחי באמצעות רציונל הפיצוי בלבד. כפי שמוסבר בהרחבה בפרק הבא, הצדקת חובה זו מחייבת היזקקות לרציונלים אחרים, בעיקר עונשיים. ר׳ סע׳ 8.05 להלן. לתמיכה בנימוק זה ר׳ למשל דבריו של **Ellis**, 10: **"..compensating victims for otherwise uncompensated injuries.. ..cannot answer the question: "Why should X be punished?"**

[385] להנמקה המלאה ר׳ סע׳ 7.49 לעיל.

[386] ההכרה בכך שהרציונלים המובילים של הדוקטרינה הינם עונשיים ולא מפצים היא כיום גורפת. ר׳ למשל: **Owen**, 1295-7; **Note**, 520-21; בארה״ב נדחתה הגישה המפצה כבר במאה ה-19. ר׳ סע׳ 3.03(24). אכן, בספרו של Sedgwick שנכתב בתקופה זו הוא מזכיר את רציונל הפיצוי, אך מציין ש: **"but it will appear from the cases we now proceed to examine, that the idea of compensation is abandoned and that of punishment introduced." Sedgwick**, 523; see also **Note**, 521: **"..the unbroken line of judicial authority in all but three states would seem to preclude any argument that exemplary damages "in theory" retain any major compensatory character."; Englard**, 147: **"it has been suggested that the prupose of punitive damages is to compensate… It is, however, undisputed that in the courts' understanding the main objective of punitive damages is punishment and not compensation."** בית המשפט העליון הפדרלי דחה מפורשות את רציונל הפיצוי בקובעו ש: "[Punitive damages] **are not compensation for injury. Instead, they are private fines levied by civil juries to punish reprehensible conduct and to deter its future occurrence."** ***Gertz***, 350. כאמור, הגישה המפצה לתשלום העונשי נוהגת כיום רק בשתי מדינות ארה״ב - מישיגן וקונטיקט. באנגליה שרד רציונל הפיצוי זמן ממושך, ונדחה סופית רק בפרשת ***Rooks***, שם הועמדה הדוקטרינה במפורש על אדנים עונשיים, ואובחנה מדוקטרינת הפיצויים המוגברים, לה יוחסה מטרה של פיצוי. ר׳ סע׳ 3.02 לעיל.

nevo.co.il

חלק שישי: התנגדויות נוספות לענישת התנהגויות מחפירות

7.87 עם חלק ניכר מהטיעונים נגד ענישת התנהגויות מחפירות ערכנו היכרות בחלקיו הקודמים של הפרק. בחלק זה אבקש לדון בקצרה במספר התנגדויות שאינן מתקשרות במישרין לאחת מהצדקות שנדונו לעיל. לצורך הדיון אבחין בין התנגדויות המבוססות על טיעוני הוגנות דאונטולוגיים לבין התנגדויות בעלות אופי תוצאתני.[387]

I. ביקורות במישור ההוגנות

א. הפרת עקרון החוקיות

7.88 אחד מעקרונות היסוד בכל משטר ליברלי הוא עקרון החוקיות ("principle of legality"). לפי עיקרון זה, בעוד שלאזרח מותר לעשות כל אשר לא נאסר עליו במפורש, הרי שלמדינה ורשויותיה אסור לעשות דבר, ודאי לא לפגוע בחירות הפרט, בהעדר הסמכה חקיקתית מפורשת. מעיקרון זה נגזר הכלל בתורת הענישה ובדיני העונשין, שלפיו קביעת איסורים והטלת עונשים בגין הפרתם חייבת להיעשות בחקיקה מפורשת.[388] ההכרה בדוקטרינה עומדת לכאורה בסתירה לעיקרון זה, שהרי התנהגות מחפירה איננה מוגדרת בחקיקה כמעשה עניש, והסמכות לענוש בגינה אף היא אינה אלא פרי הכרה שיפוטית.

אקדים ואומר, שלדעתי, ביקורת זו היא במקומה. אכן, בחברה חופשית ודמוקרטית רצוי שסמכות שיפוטית להטלת סנקציות עונשיות תעוגן בחקיקה מפורשת, המשקפת את רצון נציגיו של הציבור. יתרה מכך, לדעתי, הדרישה להסמכה חקיקתית מפורשת להטלת סנקציות עונשיות מעוגנת כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.[389] מעבר ליתרונות האחרים של מתן עיגון חקיקתי לדוקטרינה, בעיקר במישור של הבהרת מטרותיה ועקרונות הפעלתה, עיגון שכזה יחזק את בסיס הלגיטימציה שלה - בעיני השופטים עצמם ובעיני הציבור. עיגון חקיקתי מפורש יבהיר, שענישת נתבעים על התנהגות מחפירה איננה יוזמה פרטית של שופט זה או אחר, אלא אינטרס ציבורי חשוב, שקיבל גושפנקא פורמלית על ידי בית המחוקקים. בסיכום, עקרון החוקיות אכן מחייב, לדעתי, עיגון חקיקתי מפורש למוסד התשלומים העונשיים.[390]

ב. אכיפת מוסר על ידי המשפט

7.89 התנהגות מחפירה היא התנהגות אנטי-חברתית, המקוממת את רגש המוסר והצדק של החברה, כפי שהשופט תופס אותו. מתוקף כך פסיקת תשלום עונשי בגין התנהגות מחפירה מהווה דוגמה מובהקת לאכיפתו של המוסר הנוהג באמצעות סנקציות משפטיות. עובדה זו חושפת את הדוקטרינה לביקורת אפשרית מצידם של אלה הסבורים, כי אין זה ראוי שהמשפט יאכוף נורמות של מוסר, בפרט כאשר מדובר בסכסוך בעל אופי פרטי.[391] להלן אבחן שתי גירסות שונות של טיעון זה.

---

387 להבחנה בין טיעונים דאונטולוגיים לטיעונים תוצאתניים ר' סע' 7.20(93) לעיל.

388 כלל בסיסי זה מעוגן כיום בסעיף 1 לחוק העונשין, הקובע: "**אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו.**" לדיון בהיבטים השונים של עקרון החוקיות ר' המקורות בסע' 7.16(68) לעיל.

389 שכן כל ענישה פוגעת בכבודו, חירותו, ולעיתים גם בקניינו של הנענש. לעניין זה ר' גם סע' 6.28 לעיל.

390 זוהי אפוא אחת ממטרותיה של הצעת החקיקה הנספחת לחיבור. ר' במיוחד סע' 2 להצעה. בשיטות המשפט המקובל באופן מסורתי לא עוגנה הדוקטרינה בחקיקה, ובדרך כלל הדבר לא עורר ביקורת בספרות. כמה טעמים אפשריים לדבר: **ראשית**, המדובר במוסד משפטי המוכר מזה מאות בשנים, ואי ביטולו בחקיקה עשוי להתפרש כמתן גושפנקא משתמעת להמשך ההכרה בו. **שנית**, במשפט המקובל, להבדיל מבקונטיננט, התפיסה היא כי לבית המשפט סמכות טבועה ליצור משפט ולפתח דוקטרינות חדשות. **שלישית**, בשיטות האנגלו-אמריקאיות התשלום העונשי נפסק על ידי חבר מושבעים, הנתפס כמוסד חברתי המבטא את ריבונותו הישירה של העם. למרות זאת, בעשורים האחרונים מספר רב יחסית של מדינות בארה"ב מצאו לנכון לעגן את הדוקטרינה בחקיקה האזרחית שלהן, לעיתים באופן מקיף ומפורט למדי, ככל הנראה מהשיקולים שנזכרו לעיל.

391 **"A civil court in matters of civil injury, is a bad corrector of morals; it has only to do with the rights of parties." Baillie v. Bryson,** 1 Murr. R., 317, 337 (1818) cited in **Brandwen**, n. 27. לדעתי, מאמירה זו עולה במשתמע הנטייה הכללית שאפיינה את הפסיקה והספרות במאה ה-19 להפריד באופן חד בין מטרותיו העונשיות של המשפט הפלילי לבין תכליתו המפצה של המשפט האזרחי. לדיון ביקורתי בהפרדה זו ר' סע' 8.02 ואילך.

nevo.co.il

1. *הגירסה החלשה: אכיפת מוסר נוהג איננה מתפקידו של בית המשפט*

7.90 ניתן לטעון, שאכיפת מוסר נוהג במסגרת הדוקטרינה אינה ראויה בעיקר משום שהיא נעשית על ידי שופט, שאיננו נבחר הציבור, ללא הסמכה חקיקתית מפורשת. בתפיסה זו, תפקידו של בית המשפט איננו לחנך את הציבור על פי מה שנראה לו כמשקף את המוסר הנוהג או הראוי, אלא להכריע בסכסוכים על יסוד הערכים המעוגנים בחוק בלשון מפורשת.

בתגובה לטיעון זה ניתן לומר, שאכיפת ערכי מוסר נוהג מכוח דוקטרינות שמקורן בפסיקת בתי המשפט איננה תופעה חריגה או נדירה בנוף המשפטי. תופעה זו קיימת הן בפלילים והן במשפט האזרחי, והיא מוכרת כחלק אינטגרלי ולגיטימי מתפקידיו של בית המשפט, במיוחד בשיטות המשפט המקובל, המכירות במפורש בכוחו של השופט ליצור משפט.[392] זאת ועוד, מתן הסמכה חקיקתית מפורשת לפסיקת תשלומים עונשיים - כמוצע על ידינו בחיבור זה - צפוייה לתת מענה לביקורת זו.

2. *הגירסה החזקה: אכיפת מוסר נוהג על ידי המשפט איננה ראוייה בשום צורה*

7.91 לפי הגירסה החזקה של הטיעון נגד אכיפת מוסר, אכיפת מוסר נוהג איננה ראוייה גם כשהיא נעשית מכוח הסמכה חקיקתית מפורשת. בבסיס ביקורת זו עומדת ההבחנה הליברלית הידועה בין איסורים שמטרתם מניעת נזק, לבין איסורים שמטרתם אכיפת המוסר הנוהג כשלעצמו.[393] בהקשר דנן ניתן לטעון, כי מטרתה המוצהרת של הדוקטרינה היא להעניש נתבעים לאו דווקא על הנזק הכרוך במעשיהם, אלא על עצם העובדה שהפרו נורמות של מוסר נוהג, גם כשהדבר לא גרם לתובע נזק ממשי.[394] ענישה כזו עומדת בסתירה לעקרונות ליברליים, ומגבילה את חירות הפרט יתר על המידה.

לדעתי, ביקורת זו אינה משכנעת. **ראשית,** ניתן לחלוק על עצם ההנחה, שאכיפת מוסר נוהג על הפרט איננה ראוייה או שהיא סותרת את עקרונות הליברליזם. נראה כי אכיפת מוסר נוהג באמצעות המשפט הינה הכרחית ולגיטימית בכל חברה מדינית, דווקא על מנת לשמור על חירותם של הפרטים מפני פגיעה בלתי לגיטימית של היחיד בה. די במבט חטוף בחוק הפלילי כדי להבין עד כמה המוסר החברתי הנוהג מושרש ומבוטא בפועל בדין הנוהג, גם בלא הכרה במוסד התשלומים העונשיים. מוסר זה נאכף באמצעות הדין הפלילי בין אם במקרה הקונקרטי גרמה העבירה נזק מוחשי, ובין אם לאו.[395] **שנית,** ניתן לגרוס שההבחנה בין הגבלת חירות שעניינה במניעת נזק לבין הגבלת חירות שעניינה אכיפת מוסר חברתי כשלעצמה היא הבחנה בעייתית, שהרי כל פעולה של הפרט הפוגעת במוסר הנוהג גורמת בסופו של דבר נזק לפרטים אחרים באותה חברה, גם כשאיננה מלווה בגרימת נזק פיזי.[396]

---

[392] בפלילים התחום המובהק ביותר שבו בתי המשפט מפעילים שיקולים מוסריים שעל פי רוב אינם מעוגנים בחוק, הוא תחום גזירת הדין, בו הם נדרשים להעריך ולקבוע עד כמה לדעתם פוגעים מעשי העבריין בערכי המוסר של החברה. בנוסף ניתן להזכיר דוקטרינות שיפוטיות כגון הלכת הצפיות, עצימת עיניים, חזקת המודעות ודוקטרינות נוספות. במשפט המקובל דיני הנזיקין והחוזים מבוססים כידוע על הלכות פסוקות. הוא הדין בדיני הנזיקין בישראל. גם בדיני החוזים הישראליים לא נדירות הן הדוגמות להכרה בסנקציות ודוקטרינות שיפוטיות (אשם תורם, תשלומי השבה, סנקציות בגין הפרת חובת תום הלב, ועוד).

[393] הבחנה קלסית זו יסודה בתיאוריית החירות של הפילוסוף האנגלי ג'ון סטיוארט מיל, בן המאה ה-19 אותה הציג בחיבורו "על החירות", ובו"עקרון הנזק" המוצע על ידו כמבחן להפעלת כוח הכפייה של החברה על הפרט. עקרון הנזק שימש נקודת מוצא רעיונית למסה המונומנטלית של Feinberg, בת ארבעת הכרכים, העוסקת בפילוסופיה ובעקרונות המנחים של המשפט הפלילי: J. Feinberg, **The Moral Limits of Criminal Law** (N.Y., Oxford, 1984, 1985, 1986, 1990). לדיון בשורשיו ההיסטוריים של עקרון הנזק וביישומיו בדיני הנזיקין המודרניים ר' מאמרו של **Epstein**, הנ"ל בהערה 115.

[394] כזכור, גרימת נזק מוחשי איננה תנאי מוקדם לפסיקת תשלום עונשי, ודי כי הנתבע סיכן את הנפגע סיכון ממשי. ר' סע' 7.04(14) לעיל.

[395] ההוכחה החותכת לכך היא ענישת הניסיון.

[396] אכן, גם תומכי עקרון הנזק של מיל מכירים כיום בכך, שבפגיעה ברגשות הציבור ראוייה להיחשב כנזק שלחברה זכות מוסרית למונעו, לפחות במצבים מסויימים. הנקודה מפותחת אצל ה' ל' א' הרט, **חוק, חירות ומוסר** (תל-אביב, 1981) פרק 4. בספרות הועלתה גם טענה מרחיקת לכת יותר, ולפיה אכיפת מוסר היא מוצדקת גם בהעדר נזק ישיר כלשהו לאדם ספציפי, מאחר שהמוסר הוא הדבק החברתי

nevo.co.il

שלישית, דוקטרינת התשלום העונשי איננה אוכפת מוסר "כשלעצמו". התשלום העונשי אינו בא בתגובה לעצם העובדה שהנתבע פעל באופן הנראה מנוגד לערכיה של הקהילה, אלא בתגובה לכך שהוא פגע פגיעה ממשית, או לפחות סיכן באורח ממשי אינטרס מוגן של אדם ספיציפי.[397] האיסור לסכן במודע וללא צידוק את קניניו הבסיסיים של האדם (גופו, רכושו, ממונו וכבודו) אינו מגן על הערכים הטיפוסיים והשנויים במחלוקת, שבאכיפתם מקובל לראות משום אכיפה של "מוסר כשלעצמו" (כגון עניינים שבאורח חיים פרטי, מנהגים ונימוסין, הרגלים מיניים, אמונה דתית, וכו'). ההתנהגות המחפירה הטיפוסית שהיא מושא לתשלומים עונשיים איננה התנהגות המנוגדת לדעות ואמונות של קבוצות מסויימות בקהילה, אלא כזו הסותרת עקרונות צדק אוניברסליים יסודיים של הגינות, יושר, הימנעות ממרמה, מהתעמרות בזולת, ומניצול לרעה של חולשת הזולת.[398] התנהגויות כאלה הן פסולות לא רק "כשלעצמן", אלא בעיקר משום שהן מזיקות ביותר לקיומם של חיי חברה תקינים, ופוגעות באופן קשה ביכולתה של הקהילה להבטיח חירות מירבית לכל בניה ובנותיה. מסיבה זו נראה לי שטיעון אכיפת המוסר ראוי להידחות גם בגירסתו החזקה.

II. ביקורות במישור התוצאתני

7.92 גם בהנחה שהצידוקים התוצאתניים שנדונו לעיל (הרתעה, חינוך, ריצוי) תומכים בענישת התנהגויות מחפירות, ניתן לטעון ששיקולי תוצאה אחרים מצדיקים מסקנה הפוכה. שלושה טיעונים כאלה ייבחנו.

א. חשש לפגיעה בתפקוד המערכת המשפטית

7.93 גם בהנחה שהתשלום העונשי הינו עונש המסייע למיגורן של התנהגויות בלתי רצויות, עדיין ניתן לטעון שבחשבון כולל וסופי אין הוא מוסד משפטי יעיל. זאת, משום שהוא מגביר במידה משמעותית את העומס המוטל על המערכת המשפטית, מעודד תביעות סרק, וכך מוציא את שכר הדוקטרינה בהפסדה.[399] בהקשר זה נשמעו שלוש טרוניות כלפי הדוקטרינה: **ראשית,** נטען שהמבחן לפסיקת תשלום עונשי הוא עמום והדבר מגדיל באופן משמעותי את היקף ההתדיינות ואת עלויות ההתדיינות בנושאים אלה.[400] **שנית,** נטען שהציפייה לזכות בסכומי העתק שניתן לפסוק במסגרתה מעבירה תובעים תאבי בצע על דעתם, ויוצרת תמריץ חזק להגשת תביעות סרק שראוי היה שלא תוגשנה כלל.[401] יתר על כן, הדיון בתביעות לתשלום עונשי, גם כשהן מוצדקות לגופן, מאריך ומסבך את ההליך המשפטי. כל

המלכד את החברה, ולחברה זכות מוסרית לטפחו ולשמרו כדי למנוע את התפוררותה. טיעון זה פותח על ידי הלורד Devlin בספרו: P. Devlin, **The Enforcement of Morals** (Oxford, 1965) ch. 1 ("Morals and the Criminal Law") לביקורת על טיעון זה ר' **הרט**, פרק 5.

397 ר' סע' 7.04(14) לעיל.

398 להבחנה בין שני סוגים אלה של אכיפת מוסר ולהצדקה החזקה יחסית של אכיפת מוסר מהסוג השני ר': **גביזון**, 6-295.

399 השיקול של עלות הפעלת המערכת נדון על ידי בסע' 7.65 לעיל כשיקול רלבנטי להערכת יעילותם של מנגנוני הרתעה משפטיים. עם זאת, שם לא הרחבתי את הדיון במרכיביה השונים של עלות זו.

400 לטיעון זה ר' למשל: **Ellis**, 43, 46: **"..the uncertain application of nebulous punitive damage standards proves.. ..disturbing from an efficiency standpoint. … First, plaintiffs, defendants, and the judiciary incur costs in determining whether to impose punitive damages… Second, uncertainty permits greater divergence in subjective estimations of the probability of a favorable outcome and, therefore provides an incentive to litigate cases and to appeal judgments."** לדבריו של המלומד הקשיים הנ"ל מחריפים לאור העובדה שהמושבעים הם אלה הקובעים אם לפסוק תשלום עונשי ובאיזה שיעור, והם עושים זאת שלא על בסיס ניתוח מושכל ושיטתי של הנחיות ברורות. להצגה נרחבת יותר של הבעיות שקיומו של מוסד המושבעים יוצר בהקשר זה ר': D.D. Ellis, "Punitive Damages, Due Process, and the Jury" 40 **Ala. L.R.** (1989) 975

401 **"..high punitive damages, if privately enforced, would generate a perverse incentive to bring frivolous claims.. ..prosecutorial discretion is safer than relying on the self-interest of plaintiffs." Coffee** (1) 231. בארה"ב רבים רואים בדוקטרינה את אחד הגורמים המרכזיים שהביאו למשבר שאליו נקלעה מערכת המשפט האזרחית בשנות ה-80, הידוע כ-"tort crisis", ואשר גרר גל של רפורמות חקיקתיות שתכליתן העיקרית היתה לצמצם את היקף ההיזקקות לדוקטרינה ואת היקף הסכומים הנפסקים במסגרתה. **"The argument of tort reformers is that our civil litigation crisis is due in part to marginal cases that would never be brought without the possibility of punitive damages."** T. Koenig, "Measuring the Shadow of Punitive Damages: Their Effect on Bargaining, Litigation, and Corporate Behaviour: The Shadow Effect of Punitive Damages on Settlements" Vol. 1998 **Wis. L.R.** 169, 174.

nevo.co.il

אלה עלולים להטיל לפתחה של מערכת הצדק האזרחית, העמוסה ממילא לעייפה, עומס נוסף שאין לצפות כי תוכל לעמוד בו. **שלישית,** הועלה החשש משימוש בתביעות לתשלום עונשי כאמצעי סחיטה בידי תובעים פוטנציאליים כנגד נתבעים בעלי 'כיס עמוק'. אלו עלולים להיכנע ללחץ ולהתפשר בקלות יתרה על זכויותיהם, וזאת רק כדי להימנע מהסיכונים הכרוכים בניהול הליך אזרחי-עונשי מעין זה.[402]

לדעתי גם חששות אלה, אף כי ראוי לתת עליהם את הדעת, אינם עילה לאי-הכרה גורפת בדוקטרינה. **ראשית,** מחקרים אמפיריים מקיפים שנערכו בתחום מראים, שלמרות התרחבות השימוש בדוקטרינה החל משנות ה-70, המקרים שבהם נפסקים סכומי עתק במסגרתה היו מאז ומעולם נדירים למדי, אפילו בארצות הברית. אחוז התביעות המסתיימות בפסיקת תשלום עונשי אף הוא קטן יחסית. עובדה זו מפחיתה במידה רבה את כוחו המשכנע של חזיון הבלהות שמעלים מתנגדי הדוקטרינה בדבר הצפה וקריסה של מערכת המשפט.[403] **שנית,** יש לזכור שהחששות שהועלו בארה"ב מתביעות בלתי מבוססות ומסחיטה משפטית באמצעות תביעות לתשלום עונשי מיוחסים שם במידה רבה לשיטת המושבעים. הפעלת הדוקטרינה על ידי שופטים מקצועיים - כמקובל בישראל, מצמצמת חששות אלה במידה ניכרת. זאת ועוד, נסיונן של מדינות כקנדה, שבה תחולת הדוקטרינה רחבה אף יותר מאשר במרבית מדינות ארצות הברית מוכיח, שהתממשותם של תרחישים קודרים אלה אינה מחוייבת המציאות.[404] גם החשש כי נתבעים יימנעו מהעלאת טענות הגנה תקפות וייכנעו בקלות לניסיונות סחיטה של תובעים חסרי עילה אינו נראה לי מבוסס. העלאת טענת הגנה בלתי נכונה, ואפילו מופרכת, אינה עילה לפסיקת תשלום עונשי כל עוד זאת נעשית בתום לב. חזקה על בתי המשפט שידעו להבחין בין טענת הגנה חלשה לבין הכחשה שקרית ומחפירה, שנעשתה מתוך כוונה להכשיל תביעה מוצדקת בעליל.[405] אשר לחשש מהשפעתה הרעה של הדוקטרינה על הליכי פשרה, השפעה זו טרם הוכחה אמפירית, ומהנתונים הקיימים עולה שחשש זה הוא במידה רבה בלתי מבוסס.[406] **שלישית,** התופעה של תביעות סרק איננה ייחודית להקשר דנן. ניתן וראוי להיאבק בה בכלים משפטיים שונים, כגון חיוב

---

402 **"..many defendants facing the prospect of a million dollar-plus judgment would not chance litigation, despite being innocent... Instead, they would offer a settlement to the undeserving plaintiff."** J.A. Breslo, "Comment: Taking the Punitive Damage Windfall away from the Plaintiff: An Analysis" 86 **Northwestern Un. L.R.** (1992) 1130, 1153; see also in general: L.A. Babchuk, "Suing Solely to Extract A Settlement Offer" 17 **J. Leg. Stud.** (1988) 437. החשש שהרחבת ההכרה בדוקטרינה לתחום המסחרי תגרום לנתבעים להימנע מלהתגונן ככל יכולתם בפני תביעות מחשש שהדבר ייחשב כהתכחשות מחפירה לחובותיהם ויצמיח חיוב בתשלום עונשי נזכרה גם בפסיקה האמריקאית כטיעון נגד החלת הדוקטרינה בתביעות חוזיות: ***Quigley***, 402 (1984): **"..exposing ordinary parties in commercial contracts to potentially substantial tort damages.. ..may have negative consequences.. ..such as.. ..fear of defending energetically against uncertainties or mistakes."**

403 **"Every empirical study of punitive damages demonstrates that there is no nationwide punitive damages crisis. The research shows that punitive damages cluster in business tort and intentional tort cases, not personal injury. The increase in punitive damages is largely confined to a few jurisdictions." Rustad** (2), 69. מסקנה דומה עולה מכל המחקרים האמפיריים הרציניים שנערכו בתחום. לתיאור ממצאיהם העיקריים ר' הערות 171, 307 לעיל.

404 לניתוח הגורמים האפשריים להבדל בין המצב בארה"ב ובקנדה מבחינת היקף ההיזקקות לדוקטרינה ר': B. Feldthusen, "Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages" 16 **Can. Bus. L.J.** (1990) 241, 242-6; **Canadian Report**, 12-14.. בין הגורמים הנזכרים: הבדלי תרבות, מיעוט השימוש במושבעים, סכומים מתונים יותר, ועוד.

405 קביעת נטל ראייה מחמיר יחסית בתביעות תשלום עונשי אף היא צפוייה לצמצם חשש זה. לדיון בסוגייה זו ר' סע' 8.28 להלן.

406 מחקרו של Koenig הוא הראשון (ולמיטב ידיעתי היחיד) שבחן באופן מקיף את שאלת ההשפעה של פסקי תשלום עונשי על תהליכי פשרה המתקיימים מחוץ לכותלי בית המשפט (לפני ואחרי ההתדיינות). בהסתמך על מספר רב של מחקרים אמפיריים שנערכו במדינות שונות בארה"ב על ידי גופים שונים הגיע המלומד למסקנה, שאכן באופן פסיכולוגי קיים פחד רב בתודעה של גופים כלכליים רבים ונציגיהם מפני תביעות תשלום עונשי. עם זאת, ממצאי המחקר מעלים שפחד זה איננו מבוסס, שכן אחוז התביעות המוצלחות הוא שולי למדי, וכי במרבית המקרים הסכומים מופחתים בערכאות הערעור או במסגרת הליכי פשרה בתר-משפטיים: [the studies] **"..present a coherent picture.. ..only a minuscule percentage of these claims** [for punitive damages] **survive to become punitive damages awards… Punitive damages verdicts, especially the largest awards, are frequently reduced or eliminated post-trial. Plaintiffs may settle for less than their award because of their justified fear of appellate review."** Koenig, 208. עם זאת, המחקר מציין כי עבודה אמפירית רבה דרושה לשם קבלת תמונה מלאה ואמינה של השפעות הדוקטרינה על הליכי הפשרה המתבצעים בצילה. Id., 208-9.

nevo.co.il

בהוצאות עונשיות (ואף תשלומים עונשיים במקרים המתאימים) בגין ניצול לרעה של ההליך המשפטי,[407] וצמצום (או ביטול) חלקו של התובע בכספי הסנקציה העונשית המוטלת על הנתבע.[408] מסיבות אלה גם החשש מתופעות של סחיטה על ידי נפגעים תאבי בצע נראה לי מופרז, ולכל היותר חשש שקיימות דרכים יעילות להתמודד עימו. **רביעית,** למרות שהכרה בדוקטרינה צפוייה לגרור במקרים לא מעטים הארכה מסויימת של משך ההתדיינות (לצורך בירור השאלות המיוחדות שמעוררת הדוקטרינה), הרי מנגד יש לזכור, שהיא צפוייה לתמרץ מפרים להתפשר, וכך לחסוך משאבים ניכרים.[409] יתרה מכך, תביעה לתשלום עונשי עשוייה לייתר את הצורך בניהול הליך פלילי כנגד המפר, ובמקרה כזה ברורה יעילותה הכלכלית.[410] **חמישית,** לצד החשש מתביעות סרק, אין להפחית מחשיבות העובדה, שהתשלום העונשי יעודד תביעות אמת, שלא היו מוגשות אלמלא הציפייה לזכייה בכספי התשלום העונשי.[411] **שישית,** הגברת התמריץ של נתבעים פוטנציאליים לציית לחוק ולהימנע מהפרת זכויות הזולת צפוייה בטווח הרחוק להביא דווקא לצמצום היקף הסכסוכים, ולכן גם להקטנת היקף ההתדיינות המשפטית! **שביעית,** גם בהנחה שהכרה בדוקטרינה כרוכה בגידול בעלויות הפעלתה של מערכת המשפט (וכאמור, אין ביטחון שזהו המצב), ניתן לטעון, שזהו מחיר שראוי לשלם כדי לממש את המטרות החברתיות החשובות שהדוקטרינה נועדה להשיג.[412] **שמינית, ולבסוף,** את העלויות הכרוכות בהכרה בתשלום העונשי ניתן לצמצם, לדעתי, על ידי הגדרה ברורה יותר של המבחנים לתחולת הדוקטרינה, ושל השיקולים העיקריים החולשים על הפעלתה. בסיכום, על יסוד הנימוקים לעיל, הערכתי היא כי ההשפעה הכוללת של ההכרה בדוקטרינה בטווח הארוך - בפרט אם זו תעוגן בהסדר חקיקתי ראוי - צפוייה להיות דווקא חיובית מבחינת השפעתה על תפקוד המערכת המשפטית.

ב. חשש מהשפעות שליליות במישור הערכי

7.94 ניתן לטעון כי להכרה בדוקטרינה עלולות להיות תוצאות שליליות לא רק במישור התועלתני הצר, אלא גם במובן הרחב והעמוק יותר. העובדה שהדוקטרינה מאפשרת למעשה לכל אדם לפתוח בלא קושי בהליך אזרחי עונשי כאוות נפשו עלולה להגדיל במידה משמעותית את התמריץ אצל פרטים רבים להילחם על זכויותיהם "עד חורמה", ולהתייחס בחומרה מופרזת לכל פגיעה ברווחתם, תהא אשר תהא חומרתה. תחת ליישב את ענייניהם בדרכי שלום או פשרה - בתוך כותלי בית המשפט או מחוצה לו - יעדיפו מעתה צדדים לכל סכסוך אזרחי לשמש כ"שוטרים לעת מצוא", ויפעילו את ההליך העונשי העומד לרשותם כאמצעי לסיפוק יצרי נקם, איבה, יריבות או מחלוקת עם כל בן פלוגתא או יריב. הדבר צפוי בטווח הרחוק להגדיל ריב ומדון בין פרטים בחברה, ניכור וחשדנות בין פרט לפרט, ועלול להפוך את החברה ללוחמנית, מסוכסכת ובלתי סובלנית. החשש הוא אפוא בתמצית, שהחברה האזרחית המערבית,

---

407 להצעה כזו ר' סע' 11 להצעת החקיקה.

408 שאלת זכותו של התובע בתשלום העונשי נדונה בפרק ט'.

409 הטעם לכך הוא, שה"איום" או החשש של חיוב בתשלום העונשי יוצר אצל נתבעים אשמים תמריץ לנהל משא ומתן ולפשרה, אשר במקרים רבים איננו קיים בהעדרו. **lawyers argue that if defendants do not face the possibility of a large punitive** ["Plaintiffs'] **damages verdict, corporations have little or no incentive to settle for fair compensatory damages." Koenig**, 176, & n. 25-29 (with reference to interviews made with lawyers). אמנם, קיים חשש, כי תמריץ כזה ייווצר גם אצל נתבעים חפים, ואכן טענה זו מושמעת לעיתים על ידי נציגי הנתבעים (טענה נפוצה אחרת היא כי הדבר מאריך ומסרבל שלא לצורך את הליכי הפשרה). ר' **Koenig**, 173-5. אלא שלדעתי, הגדרה טובה יותר של המבחנים לפסיקת תשלום עונשי, הטלת סנקציות על ניצול לרעה של ההליך המשפטי, הימנעות מפסיקת סכומי עתק למעט במקרים חריגים, ובמיוחד צמצום חלקו של התובע בתשלום העונשי, בכוחם לצמצם נטייה זו באופן משמעותי. ביסוס סברה זו טעון, כמובן, אישוש על ידי מחקר אמפירי, אשר עודנו בחיתוליו.

410 להרחבת הדיון ביתרון זה של הענישה האזרחית ר' גם סע' 8.49 להלן.

411 להרחבת הדיון בשיקול זה ר' סע' 9.06 להלן.

412 עמדה כזו מתיישבת עם גישה מוסרנית לרציונל ההרתעה. ר' במיוחד סע' 7.22(102).

nevo.co.il

הניצבת ממילא בפני אתגרים חברתיים קשים, בפרט במדינות בעלות אוכלוסיה הטרוגנית כדוגמת החברה הישראלית, צפויה להינזק לא מעט מהרחבת השימוש בסנקציה משפטית חריפה זו.[413]

לדעתי, אין לזלזל בחששות המתוארים לעיל, ובפרט במדינות כישראל וכארצות הברית, שבהן רמת המודעות של האזרח לזכויותיו (או למה שנדמה לו כי הן זכויותיו) היא גבוהה למדי. מודעות לחשש זה מחייבת, לדעתי, הקפדה על קביעת הסדר חקיקתי מפורט שיהיה בו כדי להציב עקרונות ידועים וברורים יחסית להפעלת הדוקטרינה, כמו גם מנגנוני ריסון יעילים של תביעות סרק. יחד עם זאת, חששות אלה יש להעמיד אל מול השינויים החיוביים שההכרה בדוקטרינה צפוייה לחולל - הן במישור המיידי של שיפור אפקטיביות ההגנה על זכויות האזרח, והן במישור הערכי-חינוכי ארוך הטווח. התשלום העונשי מבטא הכרה חברתית בחובה האזרחית של כל אזרח להתחשב בזולתו ולעשות מאמצים סבירים להימנע מפגיעה בזכויותיו. מסר זה, אם יועבר בהצלחה, ישפר בטווח הרחוק את מידת הסולידריות והלכידות החברתית, ואולי אף יצמצם עקב כך את נפח הסכסוכים המשפטיים. אכן, כל הרחבה של קשת הסעדים המשפטיים טומנת בחובה פוטנציאל מסויים של ניצול לרעה, ועלולה לשמש יסוד לחששות מעין אלה שתוארו לעיל. עם זאת, חששות אלה אינם נתפסים בדרך כלל כהצדקה מספקת לקפיאת הדין על שמריו, ולהימנעות ממתן הגנה משפטית לאינטרסים חברתיים חיוניים.[414]

<u>ג. קיומן של דוקטרינות עונשיות מוסוות מייתר את הצורך להכיר בדוקטרינה</u>

7.95 במקורות אחדים נשמעה הטענה, כי ביטול הדוקטרינה נדרש לא רק בשל השפעותיה השליליות, אלא גם משום שאת מרבית מטרותיה ניתן להגשים ביתר הצלחה באמצעות תרופות משפטיות אחרות. את עיקר תשומת הלב מיקדו המלומדים בדוקטרינת הפיצויים המוגברים, אשר לטענתם מאפשרות להשיג את מטרותיה של הדוקטרינה בלי הסכנות והקשיים הרבים הכרוכים, לדעתם, בהכרה מפורשת בה.[415]

לדעתי, טיעונים מסוג זה אינם עומדים במבחן הביקורת. **ראשית,** כפי שהבהרתי כבר אגב הצגתן של שתי דוקטרינות אלה, מטרותיהן שונות מאלה של דוקטרינת התשלום העונשי, ולפיכך גם עקרונות הפעלתן שונים.[416]

---

413 בספרות ובפסיקה לא מצאתי דיון בביקורת אפשרית זו. רמז מסויים בכיוון זה יש אצל: **Brandwen**, 469: **"..stability in social and economic relations should not require the encouragement of private litigation or private prosectutors."** לפי טענה אחרת קרובה, הדוקטרינה מחנכת נתבעים, שלהפרות מחפירות יש ערך דולרי, ובכך למעשה סותרת את המסר הבסיסי שהיא עצמה באה להעביר, ולפיו לא ניתן לקנות הפרה בכסף. לטיעון זה ר': **Elliott**, 1070-1 לדעתי טיעון זה מופרך מיסודו. העובדה שהפרות חוק שונות גוררות לעיתים (לרבות במשפט הפלילי) סנקציות כלכליות, איננה בהכרח משקפת סובלנות או סלחנות מצד החברה כלפי המפר או כלפי ההפרה, ובדרך כלל ההיפך הוא הנכון. טיעון זה מתעלם גם מהסטיגמה החברתית המשמעותית הנלווית לפסיקת תשלום עונשי. ביקורת מכיוון אחר, אף היא מופרכת, לטעמי, השמיע פרופ' Harold See. לדבריו, קבלת העיקרון של "do no harm" העולה מדוקטרינת התשלום העונשי עלולה לשדר נכונות לעבור מחברה המעודדת את חבריה ליטול סיכונים, לחברה של אנשים צייתנים וחסרי יוזמה, מה שבסופו של דבר יפגע ברווחה החומרית של הפרטים: **See**, 1231 פרכתו העיקרית של הטיעון היא, לדעתי, בהתעלמות מההבחנה בין סיכון שאדם יוצר שלא במודע, או בדלית ברירה, תופעה הראוייה ליחס סלחני ואולי אף מבין, לבין סיכון בלתי חוקי שאדם יוצר במודע ובלא כל הצדקה ענינית. התנהגות מהסוג האחרון לא רק שאיננה צפויה לשפר את הרווחה המצרפית (אפילו לא החומרית), אלא שיש לה השלכות קשות בטווח הארוך הן מבחינה מוסרית, והן מבחינה תועלתנית. לעניין זה ר' הדיון בחלק השלישי לפרק זה.

414 ואמנם, במהלך המאה החולפת חששות מהסוג הנדון כאן לא מנעו את פיתוחם והרחבתם של דיני החוזים ודיני הנזיקין, את הרחבת תחומי האחריות המוטלת במסגרתם, את פיתוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, את ההיזקקות הגוברת לעקרון תום הלב במשפט האזרחי, ועוד ועוד. גם בתחום הפלילי לא מנעו חששות אלה שינויים שונים, ובכלל זה שינויים שחיזקו את מעמדו של קורבן העבירה והגדילו את הסיכונים מבחינתם של עבריינים פוטנציאליים, כגון ההכרה במוסד הקובלנה הפרטית, ההכרה בסמכות לפסוק פיצויים בהליך פלילי, ועוד.

415 לטענה כי האפשרות לפסוק פיצויים מוגברים מצדיקה את ביטול הדוקטרינה ר' למשל: J. Stone, "Double Count and Double Talk, the End of Exemplary Damages?" 46 **Australian L.J.** (1972) 311. והשווה: **רוטנשטיין**, 7-334, המאמץ דעה זו כמסקנה מרכזית של מחקרו. הטענה הועלתה גם על ידי הלורד דבלין בפרשת ***Rooks***, שם היא שימשה בידיו כנימוק לצמצום תחולתה של הדוקטרינה במשפט האנגלי: **"Aggravated damages in this type of case can do most, if not all, of the work that could be done by exemplary damages."** ***Rooks***, 1230. בהקשר החוזי הועלתה טענה קרובה, ולפיה ההכרה בתשלומי השבה מפחיתה את הצורך בתשלום עונשי בגין הפרות חוזים מחפירות. ר' סע' 10.38(180) להלן. טענה זו יפה גם להקשר דנן, מה גם שההכרה בדוקטרינה זו רחבה יותר בתביעות נזיקין מאשר בתביעות חוזיות.

416 ר' סע' 1.13, 1.15 בהתאמה ור' גם סע' 7.85 לעיל.

nevo.co.il

עובדה זו יוצרת פער מהותי אובייקטיבי בין המקור (התשלום העונשי) לבין התחליפים המוצעים לו, וזאת בשני מישורים עיקריים: מישור המבחן לתחולת הסנקציה, ומישור עוצמת הסנקציה. במישור הראשון, פסיקת פיצויים מוגברים מותנית בהוכחת קיומו של נזק לא-ממוני בר-פיצוי, ופסיקת תשלומי השבה תלוייה בהוכחת התעשרות בפועל של המפר, תנאים שאינם נדרשים לשם פסיקת תשלום עונשי.[417] במישור השני, שיעור הסנקציה הכספית שניתן לפסוק במסגרת דוקטרינות אלה מוגבל בהיקפו על ידי רציונלים שאינם עונשיים - היקף נזקו של הנפגע (בפיצויים מוגברים), היקף הרווח שהפיק המפר (בתשלומי השבה), וכיו"ב. עובדה זו יוצרת מגבלות שאינן קיימת במסגרת הדוקטרינה מושא המחקר.[418] הדוקטרינה מושא המחקר, לעומת זאת, מאפשרת לבית המשפט את מלוא הגמישות הנדרשת לו כדי לממש בהצלחה את מטרות הענישה, שכן המבחנים לתחולתה ולקביעת היקף הסנקציה הנפסקת מכוחה נקבעים במישרין לאורם של רציונלים עונשיים.[419] **שנית**, גם בהנחה שבית המשפט נכון להתעלם במקרים מסויימים מהמגבלות שהדוקטרינות הנזכרות מטילות עליו,[420] עדיין נודעת משמעות מעשית מגבילה לעובדה שבמסגרתן ענישת הנתבע נעשית באופן מוסווה. עונש מוסווה, מעצם טבעו, מקשה על הנענש ועל הציבור בכללותו לזהות את הטעם להטלתו, ולפיכך - להבדיל מעונש גלוי ומוצהר כדוגמת התשלום העונשי - אין בכוחו לשרת ביעילות את מטרות הענישה, בפרט מטרות תוצאתניות כהרתעה, חינוך, וריצוי רגשות הקורבן.[421] **שלישית**,

---

417 לפיצויים המוגברים מגבלה חמורה במיוחד כאשר ההתנהגות המחפירה כוונה כלפי אדם שלא סבל ממנה נזק לא-ממוני, כגון: 1) אדם שנפטר או איבד הכרה בעקבותיה או אדם שאינו מסוגל להבין את שנעשה לו בשל מוגבלות שכלית או גופנית (כגון חולי נפש מפגרים, קטינים או מי שנתון תחת השפעת סמים, אלכוהול או תרופות); 2) תאגיד, שההתנהגות המחפירה סיכנה אינטרס כלכלי שלו, ואשר מעצם היותו אישיות משפטית מופשטת איננו יכול לסבול נזק לא-ממוני; 3) ניסיון מחפיר לגרימת נזק לא-ממוני שלא צלח. התשלום העונשי, לעומת זאת, מתמקד בהתנהגות הרעה ולא בתוצאותיה, ולפיכך ייתן מענה ראוי גם במקרים אלא שבהם אין בנמצא "קורבן" שסבל נזק לא-ממוני. בעייה חמורה נוספת קשורה לסוגיית הביטוח. בעוד שרכישת ביטוח מפני חיוב בתשלום עונשי נוגדת במדינות רבות את תקנת הציבור ולפיכך הינה חסרת תוקף משפטי, הרי רכישת ביטוח מפני חיוב בפיצויים - ובכלל זה פיצויים מוגברים - היא מותרת. אך מעבר לכך, גם במקרים שבהם ההתנהגות המחפירה גרמה נזק לא-ממוני, לא תמיד יוכל התובע להוכיח נזק זה, וודאי שיתקשה להוכיח את שיעורו, ולפיכך ענישת הנתבע תהיה תמיד תלויה בגורמים שאינם ממין העניין, כפופה לחסדיו של בית המשפט ומותנית בגילוי גישה ליברלית מצידו בכל הקשור לפסיקת פיצוי לא-ממוני. הניסיון להגשים את מטרות הדוקטרינה באמצעות פיצויים מוגברים נדון אפוא לכישלון מטעמים מעשיים חשובים.

418 ואכן, בתחום החוזי העלו ממצאינו, כי הסכומים הנפסקים בישראל כפיצוי לא-ממוני אינם גבוהים, וכי גם הסכומים הגבוהים ביותר אינם עולים בדרך כלל על 30,000 ₪ (לעיל סע' 6.19(79)). התשלום העונשי, לעומת זאת, מיועד להרתיע ולחנך, והדבר עשוי לחייב הטלת עונשים משמעותיים יותר, בפרט כאשר מדובר בנתבע בעל עתודות כלכליות ניכרות. הבעייה חמורה במיוחד בתחומים שבהם האחריות לפיצויים רגילים איננה מבוססת על אשמה מוסרית, כגון תחום תאונות הדרכים ותחום האחריות למוצרים פגומים, אשר בהם הסכומים שניתן לפסוק בגין נזק לא-ממוני מוגבלים בתקרה קשוחה הקבועה בחוק. ר' סעיף 5(ב) לחוק אמ"פ (תקרה של 50,000 ₪) וסעיף 4א(3) לחוק פלת"ד (תקרה של 100,000 ₪). בתחומים אלה, גם אם חפץ בית המשפט להגדיל את שיעור הפיצוי הלא-ממוני כדי לתת ביטוי למחפירותה של התנהגות הנתבע, אין הוא מוסמך לכך. אציין עוד, כי בתביעות חוזיות, להבדיל מתביעות נזיקין, המועד שבו מופעל מבחן ריחוק הנזק - מבחן הצפיות - הוא מועד הכריתה ולא מועד ההפרה. לפיכך, אם הנזק תוצאת ההפרה המחפירה לא נצפה (בפועל או בכוח) בעת הכריתה, אך נצפה בעת הפרת החוזה, לא ניתן יהיה לפסוק פיצוי לא ממוני. פסיקת תשלום עונשי, לעומת זאת, משוחררת ממגבלה זו, שכן הצפייה הנדרשת של הנזק על ידי המפר (מודעות לסיכון) צריכה להתקיים בעת ההפרה.

419 **"..a jury's ability to disguise admonition under a compensatory label is limited… By awarding punitive damages, a court can directly admonish a defendant.."** S.H. Reisberg, "In Defense of Punitive Damages" 55 **N.Y.U.L.R.** (1980) 303, 326-7. הטעם לכך הוא, שבמובחן מדוקטרינת התשלום העונשי, שתחולתה מבוססת במישרין על מידת החומרה שבהתנהגות הנתבע בנסיבות העניין, במסגרת הדוקטרינות המוסוות תלויים הן האפשרות להיזקק להטלת העונש המוסווה והן היקפו של העונש בנתונים נוספים. למשל, היכולת להעניש את המפר באמצעות חיובו בפיצויי הסתמכות בחוזה הפסד תלויה בכך שהחוזה הוא חוזה הפסד; היכולת להעניש באמצעות תשלומי השבה תלוייה בשאלה האם הפיק רווח, אם לאו, והיקף הסנקציה מוגבל להיקף נזקי ההסמכות; היכולת להעניש באמצעות פסיקת פיצוי נזק לא-ממוני מותנית בהוכחת קיומו של נזק כזה ובהיקפו, דוקטרינת תשלומי ההשבה מותנית בהוכחת התעשרות שלא כדין ובהיקפה, וכו'. דוקטרינת התשלום העונשי, לעומת זאת, מאפשרת להעניש את המפר בכל אחד ממצבים אלה ללא תלות בנתונים שאינם קשורים במישרין לחומרת התנהגותו המוסרית, ובכך מבטיחה באופן יעיל יותר את מימוש מטרות הענישה בכל מקרה ומקרה.

420 יכולת זו היא, מטבע הדברים מוגבלת למדי, שכן בית המשפט אינו פועל בחלל ריק והוא חשוף לביקורת מצד ערכאות הערעור ומצד הקהילייה המשפטית והציבור בכללותו על צעד מסוג זה.

421 ההימנעות מאמירת דברים מפורשים וברורים פוגמת ביכולתו של העונש לכוון את התנהגות הנענש וביכולת לשדר מסר הרתעתי וחינוכי ברור לכלל הציבור. ההסוואה מטשטשת גם את אלמנט הגינוי שבעונש, ועלולה עקב כך להפחית את עוצמת העונש (תוך פגיעה בעקרון הגמול) ואת יכולתו לשמש כאמצעי לשיכוך רגשות הקורבן (תוך פגיעה ברציונל הריצוי). תמיכה במסקנה זו עולה מפסק דינו של בית הלורדים האנגלי בעניין ***Kuddus***: **"The idea was, a sense of outrage.. ..a sense which is not always assuaged** [outrageous conduct creates] **fully by a compensatory award of damages, even when the damages are increased to reflect emotional distress."** ***Kuddus***, s. 65 (Lord Nicholls). ביקורת חריפה על הרעיון של החלפת הדוקטרינה ברעיון הפיצויים המוגברים השמיע פרופ' **Birks**:

nevo.co.il

ענישה מוסווית היא בעייתית ביותר במישור ההוגנות. היא מאפשרת לשופט להעניש בעלי דין מבלי לציין זאת במפורש, בלא הסמכה מפורשת, ובהעדר הערובות הדיוניות המתחייבות. בכך היא פוגעת ביושרה (integrity) המצופה מהשופט, באמון הציבור בו, בעיקרון של שלטון החוק (גם בשופט) ובעיקרון ש"אין עונשין אלא אם כן מזהירין". היא אף עלולה ליצור הפלייה בין נתבעים שבהתנהגותם נפל פגם מוסרי דומה, ובכך לפגוע הן בעקרון השוויון (ולפחות במראית פניו), והן בעקרון הגמול. בסיכום, ההצעה להשתמש בדוקטרינות עונשיות מוסוות כתחליף לפסיקת תשלומים עונשיים לא רק שאין היא מעשית, אלא שהיא בעייתית ביותר במישור הערכי והמוסרי.[422] **רביעית,** ולבסוף, קשה להתעלם מהכשל הלוגי שביומרה לפתור את "הצרות" שמביא התשלום העונשי על ידי שימוש בתחליפים דומים לו: אם תימא שהתחליף דומה במהותו למקור, כיצד זה ניתן להימנע מחולשותיו המהותיות של המקור על ידי אימוץ התחליף? טיעונים מעין אלה שהוצגו לעיל הם אפוא ניסיון בעייתי למדי "לאכול את העוגה" ובה בעת "להותיר אותה שלמה".

<u>ד. קיומן של סנקציות לבר-משפטיות מייתר את הצורך בתשלום העונשי</u>

7.96 דוקטרינת התשלום העונשי מתיימרת להביא לתיקון עולם על ידי ענישה ומניעה של התנהגויות אנטי-חברתיות. האין די לשם הגשמתה של מטרה זו במנגנוני הענישה הטבעיים שהחברה מייצרת, גם מבלי לערב את המשפט? הייתכן כי תומכיה הנלהבים של הדוקטרינה מתעלמים מכוחם ומהשפעתם המרכזית על ההתנהגות האנושית של נורמות המוסר, הדת, הנימוס, המנהג והנוהג, ומהסנקציות הלא-פורמליות הנלוות להפרתן של נורמות אלה?[423]

טענה זו מאירה היבט חשוב של הסוגייה. עם זאת, לטעמי, כוחה אינו רב לה כטיעון נגד ההכרה בדוקטרינה. אכן, הדעת נותנת שהתמריץ לכיבוד חירותו, שלומו וקניינו של הזולת לעולם איננו משפטי בלבד, והוא במידה רבה מושתת על חינוך, מסורת, אינטואיציה מוסרית בסיסית ורתיעה מפני סנקציות חברתיות לא-פורמליות.[424] אלא שבכך אין ולא כלום עם המסקנה, שתמריצים משפטיים הינם מיותרים בעולמנו. המציאות מעידה, כי תמריצים לבר-משפטיים לכיבוד החוק והמוסר הנוהג אינם פועלים במקרים רבים, או שפעולתם אינה מספקת.[425] במצבים אלה על המשפט להיחלץ להגנתו של המוסר ולספק את ההגנה הנדרשת לערכי המוסר שהציבור חפץ ביקרם.

בהקשר זה נקודת המבט ההיסטורית היא חשובה: נראה כי משקלו של התמריץ המשפטי בהכוונת התנהגות הפרט הולך וגובר עם המעבר מהחברה המסורתית הכפרית שאפיינה את העולם של טרום המהפכה התעשייתית, אל החברה המערבית העירונית המודרנית. אם בעבר היה צפוי פרט שחרג באופן בוטה מהנורמה החברתית לגינוי ולנידוי

---

and for its supporters still is, that [providing satisfaction for contempt of another's equal right to respect] **can be done through a rigorously compensatory model of aggravated damages… But this entirely misses the mark. The victim of contempt seeks, and deserves, the satisfaction of an exemplary award, not compensation for his distress. A modern pseudo-logical dogma might seem a very unsound basis for denying his or her reasonable demand."** P. Birks, Editor's Preface, p. viii, in **Wrongs and Remedies in the 21st Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.).

422 תמיכה בעמדה המוצגת כאן מצאתי בדבריו של מלומד קנדי: **"Punitive damages..** [as opposed to aggravated damages and the like] **properly re-direct attention to the wrongdoer. They do not require the use of fictions that may seem unfair to defendants.. They are clear in disapproving of the defendant's conduct.. ..as compared with ignoring the wrongful behaviour by focusing on the.. ..plaintiff.." Krasnick**, 21.

423 בשנים האחרונות ניתן לזהות התעניינות גוברת בחקר יחסי הגומלין שבין המשפט לבין גורמים חברתיים אחרים המשפיעים על דפוסי התנהגותו של האדם, ובמיוחד החשש מסטיגמה חברתית בשל סטייה מנוהג, הרגל, כלל אופנה, כלל מוסרי, או דפוס התנהגות חברתי מקובל אחר. לפיתוח התזה, כי בקביעת נורמות משפטיות חשוב ליתן את הדעת להשפעתן ולעוצמתן של מכלול הנורמות החברתיות הרלבנטיות, וליישומה בהקשרים משפטיים שונים ר': E.A. Posner, **Law and Social Norms** (Cambridge, Mass., 2000).

424 כך, למשל, ספק השוקל לנצל לרעה את יתרון המידע שלו ולהעלים פגם במוצר עשוי להימנע מכך לא בשל החשש מפני סנקציה משפטית, אלא בשל הרצון לשמור על שמו הטוב כיצרן אמין או בשל חוסר רצונו להזיק לזולת. בדומה, אדם עשוי להימנע משפיכת פסולת במקום אסור בשל החשש מפני התרעמות שמעשה זה יגרור מצד שכניו, קרוביו, מכריו או סתם עוברי-אורח.

425 כך למשל, אין לצפות כי החובה לשלם פיצויים לאדם שגרמתי לו נזק בלא הצדקה תיוותר עניין למוסר בלבד. כל בר-דעת מבין כי מימושה של חובה מוסרית זו מחייב מתן מעמד משפטי לאינטרס המוסרי של הניזוק.

nevo.co.il

על התנהגותו המחפירה בקרב בני קהילתו, הרי שהיום דומה שמשקלן של סנקציות לבר-משפטיות אלה פחת באופן משמעותי.[426] אורח החיים העירוני המודרני מאפשר (ולעיתים קרובות מחייב) ניידות גבוהה, וכך מקל על מפרי הנורמות המוסריות 'להיבלע בהמון', ולחמוק בקלות יחסית מעול הסנקציות החברתיות להן חשוף מי שחי בקהילה סגורה. פסיקת תשלום העונשי בשל הפרה בוטה של נורמות חברתיות ומוסריות היא אמצעי נוסף - אך לחלוטין לא מיותר - לאישושן, ולשמירה על חיוניותן של נורמות בסיסיות אלה בתודעתו של האדם המודרני גם בשנות ה-2000.

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

הערה למטרת הדיון

7.97 מטרת הדיון שנערך עד כה היתה לבסס את הטענה, כי צידוקי הענישה - בעיקר רציונל הגמול ורציונל ההרתעה (מוסרנית או תועלתנית) מספקים הצדקה עקרונית להכרה בסמכות להטיל סנקציה עונשית לבר-מפצה בגין פגיעה מחפירה בזכויות משפטיות. בחלק זה אבקש לבחון בקצרה את המתח האפשרי הקיים בין הענישה הלבר-מפצה המופעלת במסגרת הדוקטרינה לבין עקרון הצדק המתקן, ואת השלכותיו האפשריות של מתח כזה על שאלת ההצדקה לתשלום העונשי.

I. הצגת הבעייה

א. רעיון הצדק המתקן - כללי

7.98 עקרון הצדק המתקן מקורו בכתבי אריסטו.[427] כמו מושגים אחרים שמקורם במשנתו של אריסטו, גם מושג זה שימש כר נרחב לעיון והגות במשך דורות רבים, בעיקר בקרב פילוסופים ומשפטנים בקונטיננט. אולם מזה זמן הוא נתפס גם במשפט האנגלו-אמריקאי כעיקרון יסוד במשפט הפרטי.[428]

---

426 **"Aristotle maintained that most people cannot be turned away from immoral action by arguments or by a sense of shame; they can be swayed only by fear of punishment. This is even more apt to be true today.. We live in a society marked by mobility and anonymity. Many people do not care what their neighbors think of them; they do not even know their neibours."** **Mather**, 62. לדעתי, למגמה מודרנית זו השפעה גם על העלייה התלולה באחוזי הפשיעה במהלך המאות ה-19 וה-20 במדינות המערב. לדיון במגמה זו ובהשלכותיה ר' סע' 8.18(73).

427 אריסטו, **האתיקה הניקומאכית** (תל-אביב, תשכ"ז, תרגמה נאוה גוטרמן) ספר חמישי, פרק ד'.

428 בין ההוגים החשובים שפיתחו את הדיון במושגי הצדק המתקן והצדק החלוקתי של אריסטו ניתן למנות את תומס אקווינס, הוגו גרוטיוס, עימנואל קנט וגיאורג הגל, כולם מלומדים ארופאיים. לדיון מעמיק במושגים אלה ובמורשת כתיבתם של הוגים אלה ר' למשל: P. Benson, "The Basis of Corrective Justice and It's relation to Distributive Justice" 77 **Iowa L.R.** (1992) 515 בתרבות האנגלו-אמריקאית, להבדיל מבקונטיננט, לא זכה עקרון הצדק המתקן בעבר לדיון אקדמי בספרות המשפטית העוסקת במשפט האזרחי. מצב זה השתנה לחלוטין לפני כשני עשורים, כאשר הנושא החל זוכה להתעניינות מוגברת מצידם של טובי התיאורטיקנים של המשפט הפרטי, במיוחד בארה"ב ובקנדה. דמות מפתח בהקשר זה היא פרופ' Ernest Weinrib, שבסדרה ארוכה של מאמרים ביקש להבהיר את מאפייניו של הצדק המתקן, ולהראות שרעיון זה הוא הבסיס התיאורי והנורמטיבי האחד והיחיד של המשפט הפרטי, המבחין ומייחד אותו מהמשפט הציבורי: **"His** [Aristotle's] **treatment of corrective justice reveals both what united the private law relationship, and what sets private law apart from other kinds of ordering. In the history of legal philosophy, private law is Aristotole's discovery."** E.J. Weinrib, **The Idea of Private Law** (Cambridge, 1995) 56. בכתביו השונים ביקש פרופ' Weinrib להציג אנטי-תזה הן לגישה הפרגמטית והפלורליסטית לדיני הנזיקין, שלפיה אלה אינם ניתנים להסבר על ידי עיקרון יחיד, והן לגישה הכלכלית-למשפט, המבקשת להעמיד את המשפט הפרטי על עיקרון של הרתעה-כלכלית. מאמריו של Weinrib שולבו יחד לתיאוריה מרשימה בספרו **The Idea of Private Law** שצוטט זה עתה. תיאורטיקן חשוב נוסף שכתיבתו עוררה דיון אקדמי נרחב הוא פרופ' Jules Coleman, אשר הציג פרשנויות מקוריות לרעיון הצדק המתקן בכתביו וחיבוריו, ואף שינה את תפיסותיו שלו ביחס לעיקרון במשך השנים. ר' במיוחד: J.L. Coleman, "Corrective Justice and Wrongful Gain" in J.L. Coleman, **Markets, Morals and the Law** (Cambridge, 1988) 184; J.L. Coleman, "The Mixed Conception of Corrective Justice" in J.L. Coleman, **Risks and Wrongs** (Cambridge, 1992) 303; J. Coleman, "The Mixed Conception of Corrective Justice" 77 **Iowa L.R.** (1992) 427; J.L. Coleman,"Tort Law and the Demands of Corrective Justice" 67 **Ind. L.J.** (1992) 349. מאמריו של Coleman עוררו הדים וגררו גל נרחב של כתיבה בנושא הצדק המתקן. ר' למשל: L. Alexander, "Coleman and Corrective Justice" 15 **Harv. J.L. & Pub. Pol'y.** (1992) 621; S. Perry, "The Mixed Conception of Corrective Justice" 15 **Harv. J.L. & Pub. Pol'y.** (1992) 917; see also "Symposium: Corrective Justice and Formalism: The Care One Owes One's Neighbors" 77 **Iowa L.R.** (1992). לאסופת מאמרים חשובה נוספת העוסקת בצדק המתקן וביחס בינו לבין הצדק החלוקתי ר': **Compensatory Justice, Nomos XXXIII**, (N.Y., 1991, Chapman Ed.) ; ר' גם: **Englard**, ch. 2 ("Corrective Justice and Distributive Justice") p. 11. הנושא אינו מפסיק לעורר כתיבה גם כיום. ר' למשל: J.W. Nayers, "The Inconsistencies of Aristotle's Theory of Corrective Justice" 11 **Can. L.J. & Juris.** (1998) 311; G.C. Keating, "Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents" 74 **S. Cal. L.R.** (2000) 193; E.J. Weinrib, "Tort Law: Correlativity, Personality,

nevo.co.il

על אף המחלוקת ביחס לתוכנו המדוייק של מושג הצדק המתקן, אין חולק על כך שהוא מתייחס למצבים שבהם אדם אחד (המעוול) פוגע שלא בצדק באינטרס מוגן של אדם אחר (הנפגע), ובכך גורם לו עוול מוסרי. במצב זה מחייב הצדק המתקן לתקן את העוול. הדבר נעשה על ידי חיוב המעוול לפצות את הנפגע על הנזק שגרם לו במעשה העוולה.[429] רעיון בסיסי זה שימש במשך דורות הן בקונטיננט והן במשפט המקובל, כהצדקה לעיקרון האוניברסלי של "השבת המצב לקדמותו" ("restitutio in integrum").[430] עם מימושה של חובת המעוול להשיב את המצב לקדמתו - כך מקובל להניח - מתבטל העוול, ומושב על כנו האיזון הראשוני שהיה קיים טרם העוולה, בבחינת "והיה העקוב למישור". מכאן גם הקישור בין עקרון הצדק המתקן לבין עקרון השוויון: הנחת היסוד של הצדק המתקן היא, שהמצב הטרום-עוולתי הוא מצב של שוויון בין שני הצדדים, שוויון שהופר במעשה העוולה. תיקון העוולה מחזיר את השוויון האמור על כנו, ובכך תורם גם לחיזוק הערך המוסרי של שוויון בין אדם לאדם.[431]

---

and the Emerging Consensus on Corrective Justice" 2 **Theoretical Inq. L.** (2001) 107; E.J. Weinrib, "Corrective Justice in A Nutshell" 52 **Un. Toronto L.J.** (2002) 349.

429 **"Corrective justice has a rectificatory function. …**[it] **asserts a connection between the remedy and the wrong… ..the** אחד מהקשיים המפורסמים **remedy responds to the injustice and endeavours, so far as possible, to undo it." Weinrib** (8), 350. שמעורר ניסוח הצדק המתקן אצל אריסטו נוגע לקביעתו, שהפעולה המתקנת פועלת בעת ובעונה אחת הן לתיקון הנזק שסבל קורבן העוולה והן לשלילת הרווח שהפיק המעוול מהעוולה. למאפיין זה של הצדק המתקן ר' למשל: **Weinrib** (2), 350**:** "[according to Aristotle] **The remedy consists in simultaneously taking away the defendant's excess and making good the plaintiff's deficiency. Justice is thereby achieved for both parties through a single operation in which the plaintiff recovers precisely what the defendant is made to surrender."** הקושי נעוץ בכך ששיעור הרווח המופק ממעשה עוולה איננו זהה בדרך כלל לשיעור הנזק שזו גורמת, ומכאן שלכאורה אין אפשרות לבטל בפעולה אחת את הרווח ואת הנזק גם יחד. הפתרון המקובל לקושי זה הוא שלפי אריסטו אין מדובר ברווח או בנזק במובן המוחשי-פיזי, אלא במובן הנורמטיבי המופשט. לפתרון זה ר': E.J. Weinrib, "The Gains and Losses of Corrective Justice" 44 **Duke L.J.** (1994) 277. להצגות תמציתיות יותר של אותו טיעון ר': **Weinrib**, 115-120; **Weinrib** (8) 354-5.

430 השאלה, אם גם הפרת חוזה פוגעת בעקרון הצדק המתקן, או שמא העיקרון חל רק על מעשי נזיקין, היא שאלה גדולה שדיון בה חורג ממסגרת דיוננו כאן. מי שסבור כי הפרת חוזה משקפת עוול מוסרי עשוי להשיב על שאלה זו בחיוב, ואילו מי שסבור כי האחריות המוטלת על הפרת חוזה איננה מותנית באשמה מוסרית עשוי לחשוב ההיפך. בקונטיננט, למשל, מקובלת הגישה הראשונה, ואילו במשפט המקובל מקובל להניח שהאחריות החוזית היא מוחלטת, ומכאן גוזרים רבים יחס של נייטרליות מוסרית כלפי הפרות חוזים (לגישות השונות בנושא זה ר' גם סע' 10.03, 10.04). לדעתי, יחס כזה אינו מוצדק, והמגמות המודרניות בדיני החוזים משקפות נסיגה מגישה נייטרלית זו (ר' סע' 11.64). גם פרופ' Weinrib סבור שעקרון הצדק המתקן חל הן על מעשי עוולה בנזיקין והן על הפרות חוזים: **"Both tort law and contract law rectify losses through corrective justice. In both branches the plaintiff alleges the violation of a right that the defendant is duty-bound to observe." Weinrib**, 136. עדות אפשרית לתפיסה שלפיה רק דיני הנזיקין עוסקים בצדק מתקן ובהשבת המצב לקדמותו יש אולי בעובדה שבפסיקה האנגלו-אמריקאית וגם הישראלית עקרון השבת המצב לקדמותו מוזכר בדרך כלל רק בהקשר לפיצויים בנזיקין. סטייה חשובה וראשונה ממסורת זו בישראל מצוייה בדברי השופט ברק בע"א 355/80 **אניסימוב נ. מלון טירת בת-שבע,** פ"ד לה(2) 800, 808: **"דברים אלה... ..משקפים את העיקרון הידוע של "החזרת המצב לקדמותו" (restitutio in integrum) החל לא רק בדיני החוזים, אלא גם בדיני הנזיקין."** גישה אינטגרטיבית דומה עולה מדברים שהשמיע לאחרונה השופט חשין אודות עקרון הצדק המתקן (מבלי להשתמש במושג זה במפורש): **"בתשתיתה של שיטת המשפט.. ..מונחים עקרונות-יסוד ודוקטרינות השליטים על כל השיטה או על ענפים מסויימים בה; ... אחד מן החשובים בעקרונות אלה הוא העיקרון של השבת מצב הדברים לקדמתו - restitutio in integrum.. עקרון ההשבה לקדמות עיקרון שליט הוא במשפט הפרטי במקרים שבהם מתחוללת הפרת איזון.. כך בדיני נזיקין וכך בדיני חוזים, בדיני עשיית עושר ולא במשפט, בדיני הקניין ועוד. אכן, דרכי יישומו של העיקרון שונות הן.. ..ואולם עקרון-האב אותו עיקרון הוא."** ע"פ 4466/98 **דבש נ. מ"י** פ"ד נו(3) 73, פסקה 36 לפסק הדין. גם את חובת ההשבה שבדיני עשיית עושר ולא במשפט מקובל לעיתים לייחס לעקרון הצדק המתקן (ר' דבריו של השופט חשין לעיל). עם זאת, גם שאלה זו אינה נקייה מספקות, וכן מתעורר ספק באשר לשאלה איזה סוג של השבה ניתן להצדיק במסגרת עקרון הצדק המתקן (השבה של משאב שהועבר מהנפגע למפר או של כל רווח שהופק על ידיו שלא כדין). לדיון בשאלות אלה ר' למשל: L. Smith, "Restitution: The Heart of Corrective Justice" 79 **Tex. L.R.** (2001) 2115; **Weinrib**, (5); **Weinrib** (9).

431 ובלשונו של אריסטו עצמו: **"הצדק** [המתקן] **.. הינו באמת סוג של שוויון, והבלתי צודק הוא סוג של אי שוויון; ..לפיכך, ... השופט מנסה להשוות את המצב.. השופט מחזיר לקדמותו את השוויון." אריסטו**, פרק ד'. See also G.F. Gaus, "Does Compensation Restore Equality" in **Chapman**, J. 45, 55, citing W. Blackstone, **Compensatory Justice**, 255: **"Corrective justice… ..involves a rectifying or reparatory transaction between one person or party and another. Here there is an attempt to restore the equality which existed prior to the injury…"** יש לציין, כי השיוויון שעליו מדובר איננו שיוויון עובדתי (בהיקף המשאבים או הזכויות האבסולוטי שיש לשני הצדדים) אלא שוויון נורמטיבי (שוויון ביחס לנקודת המוצא של הצדדים טרם העוולה זה ביחס לזה, אותו מניח הצדק המתקן כנתון). לניסוח אורתודוכסי של עיקרי רעיון הצדק המתקן ר' למשל: **Weinrib** (8), 349, 350: **"Corrective justice is the idea that liability rectifies the injustice inflicted by one person on another. … Corrective justice.. ..features the maintenance and restoration of the notional equality with which the parties enter the transaction. … Injustice occurs when, relative to this baseline, one party realizes a gain, and the other a corresponding loss. The law corrects this injustice when it**

nevo.co.il

ב. צדק מתקן מול ענישה לבר-מפצה - השאלות המתעוררות

7.99 הטיעון שאותו ביקשתי לבסס בפרק זה בזכות ענישה לבר-מפצה של מעוולים מתנגש לכאורה עם עקרון הצדק המתקן. הסיבה לכך ברורה לעין: לפי התפיסה המסורתית, הצדק המתקן נתפס כמחייב הטלת סנקציה על המעוול בשיעור שלא יפחת - אך גם לא יעלה - על ההפסד או הנזק שנגרם לנפגע. הטלת סנקציה בשיעור גבוה יותר מנוגדת אפוא לכאורה לעקרון הצדק המתקן, שכן אין היא נחוצה לשם ביטול העוול שיצרה העוולה, ואף עלולה ליצור עוול נוסף. סתירה לכאורית זו מזמינה התמודדות עם שתי שאלות: **ראשית**, נשאלת השאלה, האם ניתן ליישב את ההכרה בסנקציה לבר-מפצה כדוגמת התשלום העונשי עם עקרון הצדק המתקן? **שנית**, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא שלילית, מה משתמע מכך לגבי הלגיטימיות של הדוקטרינה?[432]

II. הניתן ליישב את ההכרה בתשלום העונשי עם עקרון הצדק המתקן?

7.100 בשורות הבאות אנסה לבחון האם ניתן ליישב הטלת סנקציות עונשיות לבר-מפצות עם עקרון הצדק המתקן. לשם כך אבחין בין סנקציות שבסיסן העיוני מצוי בעקרון הגמול, לבין סנקציות שמטרתן תוצאתנית (הרתעתית, חינוכית, וכיו"ב).

א. צדק מתקן מול צדק גמולי - עקרונות סותרים או מתיישבים?

7.101 כפי שראינו, עקרון הגמול הוא אחד הצידוקים המרכזיים לענישת התנהגויות מחפירות. הניתן ליישב בין רציונל הגמול לבין רעיון הצדק המתקן? שאלה זו היא למעשה שאלה של פרשנות המושג "צדק מתקן". ככל שאלה פרשנית, המענה לה הוא שילוב של הפרשנות ה"נכונה" מבחינה מושגית-תיאורית, עם הפרשנות ה"נכונה" מבחינה נורמטיבית, דהיינו, הפרשנות הרצוייה מבחינה ערכית-מהותית. מתן משקל לשיקולים ערכיים בפרשנות המושג "צדק מתקן" מתיישבת עם התפיסה הרואה בצדק המתקן עיקרון שאיננו בעל ערך פורמלי בלבד, אלא בעל ערך מוסרי, בהיותו מגשים בצורה טובה ערכים של חירות ושוויון.[433]

1. העמדה המסורתית

7.102 דומה שהעמדה המסורתית העולה מהספרות רואה בעקרון הצדק המתקן ובעקרון הגמול עקרונות שונים ונבדלים, שהינם בעלי קיום מושגי אוטונומי זה ביחס לזה.[434] להבחנה פורמלית זו בין העקרונות ניתן ביסוס לאחרונה ביסוס עיוני על ידי חסיד מובהק של עקרון הצדק המתקן, פרופ' Ernest Weinrib. לדעתו, רק עוולות המשקפות התרסה של

---

re-establishes the initial equality by depriving one party of the gain and restoring it to the other party. … The result is a restoration of the original equality."

[432] לא אתייחס כאן לשאלת המתח האפשרי בין עקרון הצדק המתקן לבין הכרת הדין בפיצויים ללא הוכחת נזק. לכאורה, גם כאן מתעורר הקושי שתואר לעיל, שכן פיצוי ללא הוכחת נזק עשוי להביא - במודע - למצב של תת-פיצוי או של פיצוי יתר. עם זאת, הרציונלים לתרופה זו אינם עונשיים (אך ר' סע' 1.14, הדן בתשלום העונשי המוסכם) ולפיכך ייתכן שניתן ליישב את הסתירה עם עקרון הצדק המתקן ביתר קלות (כגון, בטענה שמדובר בניסיון מקורב לאמוד את הנזק במצבים שבהם הערכתו היא קשה, או שהצדדים הסכימו לכך).

[433] בגישה כזו לצדק המתקן דוגל פרופ' **Weinrib**: **"Any sophisticated system of liability aspires to realize the values of <u>fairness and</u> coherence…** **..to the extent that it** [the practice of private law] **is <u>fair and coherent</u>, the practice.. is a specific realization of corrective justice…"** לדעת פרופ' Weinrib, הבסיס הנורמטיבי של הצדק המתקן נעוץ בתורת הזכות הטבעית של קנט והגל תלמידו. תורה זו מאפשרת ליצוק לתוך המבנה הפורמלי-תיאורטי של הצדק המתקן שהונח בכתביו של אריסטו, משמעות נורמטיבית-ערכית. בתמצית, Weinrib סבור, שהשוויון הפורמלי המובטח על ידי עקרון הצדק המתקן משקף את ההכרה בחירות האדם כיצור תבוני, לפי עקרונות התבונה שפיתח קנט. בכך מקשר המלומד את הבסיס הפורמליסטי של העיקרון עם מה הוא לדעתו הבסיס הנורמטיבי שלו. להצגה תמציתית ראשונה של תזה זו ר': E.J. Weinrib, "Corrective Justice" 77 **Iowa L.R.** (1992) 403. לפיתוח נרחב של התזה ר': **Weinrib**, esp. ch. 3 & 4

[434] הבסיס להבחנה בין צדק גמולי לצדק מתקן נמצא כבר בכתבי אריסטו, אשר בסמוך לאחר הדיון בצדק המתקן עובר לדון בצדק הגמולי, המתואר על ידו כעיקרון של "הדדיות". אריסטו קובע במפורש, כי **"..ה"הדדיות" אינה מתאימה לצדק המתחלק ואף לא לצדק המתקן.. ..כי בהרבה מקרים ההדדיות והצדק המתקן אינם מצויים בהתאמה.."**. **אריסטו**, פרק ה'. ההבחנה מאומצת גם בספרות המשפטית המודרנית. ר' למשל מאמרו של **פורת** (3), 649-56, המבחין בין שיקולי צדק מעניש (או מתגמל) לבין שיקולים של צדק מתקן, צדק חלוקתי, צדק הסכמי, וצדק תועלתני (יעילות כלכלית).

nevo.co.il

המעוול כלפי הסדר החברתי כולו, מצדיקות ענישה (גמולית) לבר-מפצה.[435] אולם התביעה לענישה כזו היא תביעה של החברה, שכן הענישה היא תגובה על ההיבט הכללי של העוולה, שאינו נוגע לנפגע באופן אישי ומיוחד.[436] הנפגע עצמו זכאי לתבוע תגובה רק על ההיבט הספציפי של מעשה העוולה, כלומר, זכאי לתבוע רק את תיקון העוול שנגרם לו באופן אישי.[437] מסיבה זו לא ניתן ליישב את הענישה עם הצדק המתקן, ולפיכך מקומה של הענישה במשפט הציבורי-הפלילי, ולא במשפט הפרטי.[438]

2. ביקורת העמדה המסורתית

7.103 לדעתי, העמדה המסורתית שהוצגה לעיל איננה הפרשנות היחידה הלגיטימית של מושג הצדק המתקן. **ראשית**, מבחינה פורמלית נראה שאפילו בכתבי אריסטו ניתן למצוא תימוכין לדעה שלפיה תיקון העוול (הפרטי, של קורבנות מעשי עוולה) אינו יכול להתבצע באופן מלא מבלי לרצות את עקרון הגמול.[439] יחסו של אריסטו לעקרון הגמול ולמטרתו, מטיל אפוא צל על הניסיון לראות בעיקרון זה עיקרון אוטונומי ונפרד לחלוטין מעקרון הצדק המתקן.[440] **שנית**, מבחינה עניינית, **ניתן לדעתי להציע לעקרון הצדק המתקן פרשנות חדשה, שתאפשר לו להתפרש ולהצדיק גם סנקציות גמוליות לבר-מפצות**. פרשנות כזו ניתן לגזור מהמטרה המוצהרת של הצדק המתקן, שהיא "השבת המצב לקדמותו". ניתן לטעון, שתיקון הנזק המוחשי שנגרם לנפגע ממעשה העוולה איננו מבטיח בכל מקרה ומקרה השבה מלאה ואמיתית של מצב הדברים לקדמותו מבחינת המאזן המוסרי שבין הצדדים. במילים אחרות, **חובת התיקון או הפיצוי, גם אם היא משיבה את המצבה לקדמותו מן הבחינה הפיזית או העובדתית, איננה בהכרח משיבה את המצב לקדמותו במישור הנורמטיבי המוסרי**. אכן, ממש כשם שחסידי העמדה המסורתית מודים כי חובת הפיצוי והתיקון איננה מביאה לשלילת הרווח העובדתי מהמעוול, אלא רק לשלילת "הרווח הנורמטיבי",[441] כך

---

435 Weinrib מתייחס גם לשאלת סוגי העוולות המצדיקות ענישה, ומציין כי לדעתו הפרת חוזה, למשל, בניגוד לעוולות הנזיקין המסורתיות, אינה מצדיקה ענישה. לעניין זה ר' גם הדיון בסע' 10.08, 10.09 להלן.

436 **"This element of the wrong** [that signifies denial of the regime of rights] **has a transactionally nonspecific aspect because its concern is with the wrongdoer's relationship not merely to the particular right of a specific victim but also to the regime of rights more generally." Weinrib** (9) 87-88.

437 **"Corrective justice insists that the** [sanction\remedy] **..relect the parties' correlative standing as the doer and sufferer of the same injustice. Accordingly, it excludes considerations.. ..that refer to one of the parties without encompassing the correlative situation of the other." Weinrib** (9) 86.

438 להצגה מלאה של הטיעון ר': **Weinrib** (9) 84-93.

439 בדונו בעקרון הגמול קובע אריסטו, ש: **"אנשים מבקשים להשיב רעה תחת רעה - ואם אין ביכולתם לעשות כן, רואים עצמם כאילו והיו אסורים בכבלי עבדות." אריסטו**, פרק ו'. משפט זה עשוי ללמד, שלדעת אריסטו, מבלי להבטיח גמול הולם לא ניתן למעשה לתקן באופן שלם ואמיתי את הפגיעה בחירותו של הנפגע. אני מפתח טיעון זה בשורות הבאות.

440 אינדיקציה נוספת לכך שאריסטו עצמו לא הבחין הבחנה ברורה בין הצדק המתקן לצדק הגמולי-עונשי מצאתי באחד ממשפטי המפתח המופיעים דווקא בדיון שלו בצדק המתקן (משפט שמשום מה מרבים "לדלג" עליו בספרות העוסקת בצדק המתקן): **"..השופט מנסה להשוות את המצב על ידי הטלת עונש, בלוקחו מן המתקיף את הרווח שהושג בעזרת תקיפתו..." אריסטו**, פרק ו'. השימוש במושג "עונש" לתיאור פעולת התיקון של הצדק המתקן מעידה לדעתי על העדר הבחנה ברורה בין פיצוי לבין ענישה בתפיסתו של אריסטו עצמו. משפט זה מעיד בבירור על כך שמבחינת אריסטו חיוב המפר בתיקון הנזק במסגרת הצדק המתקן נתפס כעונש המוטל על המפר. השימוש במונח "עונש" לתיאור חובת הפיצוי נעשה גם בכתבי אפלטון, מורו ורבו של אריסטו. בהתייחסו לסוגיית הנזק הנגרם במעשה עוולתי אומר אפלטון כך: **"With regard to the ways in which one person may harm another by theft or violence, if the harm be greater, he is to pay a greater indemnity to the one harmed, and if it be lesser, he is to pay a smaller penalty. … In addition, each must pay the judicial penalty attached to each evil deed for the sake of instilling moderation." Plato**, s. 934a. בבירור, שלדעת אפלטון אין די בעונש הפיצוי, ויש להוסיף עליו עונש נוסף לבר-מפצה שיבטיח הפנמה של חומרת המעשה במישור המוסרי. זאת ועוד: בימיהם של אריסטו ואפלטון טרם השתרשה הבחנה ברורה בין משפט אזרחי למשפט פלילי (אפילו במשפט הרומי הבחנה זו החלה מתבססת רק בשלבים מאוחרים ביותר להתפתחותו - ר' סע' 2.02(8) לעיל). אין גם זכר להבחנה כזו אצל אריסטו בדיון בצדק המתקן והחלוקתי. משום כך, סביר להניח שאפילו בתפיסתו המקורית של אריסטו עצמו היחס בין הצדק המתקן לבין הצדק הגמולי לא היה יחס של הפרדה מוחלטת. עובדה היסטורית זו מטילה לדעתי צל על הנחתו של פרופ' Weinrib, כי אריסטו נתכוון בצדק המתקן לתאר את פעולתו של המשפט הפרטי בלבד ולהבחינו מתחומי משפט אחרים (ר' הציטוט בהערה 428 לעיל). לדיון בחוסר העקביות אצל אריסטו בהגדרת היחס בין הצדק המתקן לבין הצדק הגמולי ר' למשל **Neyers**, 319-20.

441 לדעה מקובלת זו ר' הערה 431 לעיל.

nevo.co.il

ניתן לטעון, על אותו משקל, שתיקון עובדתי של העוולה (באמצעות תרופה של פיצוי או אכיפה) איננו בהכרח מבטיח "תיקון נורמטיבי" של העוול שנעשה לנפגע.[442]

טענה כזו ניתן, לדעתי, לבסס על ערכי החירות והשוויון, שעליהם מושתת עקרון הצדק המתקן עצמו. כפי שראינו, התנהגות מחפירה משקפת פגיעה חמורה בהרבה בערכי השיוויון מאשר מעשי עוולה רגילים, שכן היא משקפת זלזול בוטה באוטונומיה של הנפגע ובזכותו השווה לכבוד, לרווחה, ולחירות (במובן הרחב).[443] הנזק המוסרי (להבדיל מהנזק המוחשי) הנגרם לקורבנה של התנהגות מחפירה במונחים של כבוד, שוויון וחירות הוא אפוא גדול לאין ערוך מהנזק המוסרי הנגרם לקורבנות של הפרות אחרות (רשלניות, נסלחות, וכו').[444] כיצד זה אפוא ניתן להצדיק - במונחים של שוויון וחירות - התייחסות זהה לשתי קטגוריות עוולתיות אלה? השבת השוויון ומאזן החירויות בין המעוול המחפיר לבין קורבנו מחייבת אפוא במצבים של פגיעות מחפירות תגובה שונה - חזקה יותר - מזו הנדרשת במקרים שבהם הפגיעה באוטונומיה של הקורבן פחותה.[445] הצדק המתקן עצמו דורש אפוא במצבים אלה סנקציה לבר-מפצה לצורך סילוק מלא של הפגיעה (המופשטת) החמורה יותר בחירותו וכבודו של הנפגע.

בעייה זו, המאפיינת כל מעשה עוולה מחפיר באשר הוא, מחריפה מכוח קל וחומר במצבים שבהם הנזק שנגרם לקורבן העוולה המחפירה הוא בלתי הפיך (פגיעות גוף ופגיעות בכבוד הן דוגמות טיפוסיות לכך). במצבים אלה לא ניתן בדרך כלל להשיב את המצב לקדמותו במובן העובדתי-הפיזי.[446] כאן האמירה כי החובה לשלם פיצויים מסלקת את העוול שנעשה לנפגע נראית בעייתית עוד יותר. לפיכך, במצבים אלה כדי ליתן ביטוי הולם לעצמת הפגיעה, מתבקשת סנקציה שבמוצהר איננה מתיימרת לתקן את הנזק המוחשי, אלא את הנזק הנורמטיבי שנגרם לנפגע עקב הפגיעה החמורה באוטונומיה שלו. ודוקו: העוול המוסרי המוחמר הנדון כאן איננו עוול הנגרם לחברה בכללותה (כפי

---

442 במילים אחרות, ניתן לטעון, שעצם הפרת זכותו של אדם, בפרט כאשר ההפרה נעשית במודע ובלא הצדקה, יוצרת בעת ובעונה אחת שני סוגים של נזקים: נזק מוחשי, עובדתי, הבא לידי ביטוי בפחיתת הרווחה האישית של הנפגע; ונזק לא-מוחשי, נורמטיבי, הנובע מעצם החדירה לאוטונומיה של הנפגע בלא הסכמתו. הצדק המתקן במובנו המסורתי הצר מפצה רק על הנזק מהסוג הראשון, אך לא על הנזק מהסוג השני. על מנת שפעולת התיקון תהיה שלמה, מן הראוי לפסוק סכום נוסף, שיהא בו כדי לתקן את הפגיעה באוטונומיה של הנפגע, שכן בלא פיצוי נוסף זה, לא תושלם פעולתו המתקנת של הצדק המתקן. תמיכה מרומזת בטענה זו אני מוצא במאמרו של **Gaus**. לדבריו, במצב של פגיעה מודעת ובלתי מוצדקת בזכויות: **"..in addition to the maldistribution he** [the aggressor] **has brought about (which does require compensation),** [he] **has also wronged** [the victim] **by unjustifiably interfering with her… The Aristotelian model does not capture this continuing in-equality."** **Gaus**, 72. תמיכה אפשרית בהבחנה המוצעת כאן בין "נזק מוחשי" ל"נזק נורמטיבי" ניתן לגלות גם בפסיקתו של בית המשפט העליון שלנו. בפסק דין תקדימי שניתן לפי מספר שנים בתביעה על רשלנות רפואית קבע בית המשפט העליון בדעת רוב, שניתוח שבוצע בלא הסכמתה של מטופלת מצדיק פיצוי בסך 15,000 ₪ למרות שהוכח כי לא נגרם לתובעת נזק מוחשי כלשהו (אפילו לא סובייקטיבי, שכן המטופלת לא היתה בהכרה בעת ביצוע העוולה). בית המשפט תלה את ההצדקה ל"פיצוי" זה בעובדה שהניתוח פגע בזכותה של התובעת לאוטונומיה על גופה. ע"א 2781/93 **דעקה נ. בית החולים כרמל חיפה** פ"ד נג(4) 526. גישה מרחיבה זו למושג ה"נזק" אומצה שוב לאחרונה בע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשווק נ. ראבי תופיק**, תקדין-עליון, 2003(2), 1522, 1525, שם הוכרה כנזק בר-פיצוי "תחושת גועל" שנבעה מידיעת הצרכן על עצם קיומה של סטייה מתקן בריאותי במוצר מזון שרכש, בין היתר מנימוק של פגיעה באוטונומיה: **"הנזק הלא ממוני לו טוען התובע, מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בר-פיצוי."** (פסקה 10 לפסק דינה של השופטת נאור).

443 לעניין זה ר' סע' 7.10.

444 ודוקו: אין הכוונה כאן לתופעה הידועה שמעשי עוולה זדוניים מגבירים בדרך כלל את הפגיעה ברווחה הנפשית של הקורבן. תופעה זו מהווה הצדקה לפסיקת פיצויים מוגברים, אך לא לענישה טהורה, שרק היא מעניינו כאן.

445 ודוקו: הסנקציה העונשית הלבר-מפצה איננה חייבת להיות מוטלת בהליך אזרחי דווקא. תיקון העוול המוסרי יכול להיעשות באורח עקרוני גם במסגרת הליך ציבורי (פלילי, מינהלי וכו'). כפי שאראה בפרק הבא, הסיבה להעדפת ההליך האזרחי או הפלילי אינה עקרונית אלא פרגמטית: המשפט הפלילי המודרני איננו מטפל (ואינו מסוגל לטפל בהצלחה) בקשת נרחבת של התנהגויות מחפירות המצדיקות תגובה עונשית. הענישה האזרחית באה אפוא להשלים את החסר שיוצר המשפט הפלילי, אך מטרתה זהה למטרת הענישה הפלילית: תיקון עוולות שלשם תיקונן אין די בהטלת סנקציות מפצות או מתקנות.

446 עובדה זו אינה שנוייה בדרך כלל במחלוקת בפסיקה ובספרות. ר' למשל דבריו של השופט ברק בע"א 357/80 **נעים נ. ברדה** פ"ד לו(3), 762, 766: **"פעולתו של עיקרון זה בתחום נזקי הגוף סבוכה היא, שכן קשה - באמצעות פיצוי כספי - להעמיד ניזוק, שסבל נזק גופני, באותו מצב, בו הוא היה נתון לולא מעשה הנזק. קושי זה קיים הן לעניין הנזק הגופני-הרכושי (כגון אבדן השתכרות, הוצאות רפואיות), והן לעניין הנזק הגופני הלא-רכושי (כגון כאב או סבל או אבדן תוחלת חיים)."**

nevo.co.il

שטוען Weinrib) אלא **עוול פרטי הנגרם לקורבן באופן אישי**, והמקים לו תביעה מוסרית אישית לתיקונו.[447] תביעה אישית כזו מוצאת את מקומה הטבעי במסגרת עקרון הצדק המתקן אליבא דכולי עלמא.

לסיכום, במקרים של התנהגות מחפירה, בפרט כזו שגרמה נזק שאינו ניתן לתיקון מלא, הטלת חובת השבה "עובדתית" על המעוול עלולה שלא להספיק לשם סילוקו וביטולו של העוול המוסרי שנגרם לנפגע. במצבים אלה השבת האיזון המוסרי בין המעוול לקורבנו - במונחי שיוויון וחירות - עשויה להצדיק החרפה של הסנקציה המוטלת על המעוול - ושל התרופה המוענקת לנפגע. כל עוד התשלום העונשי מסייע להגשמתה של מטרה זו, ניתן לדעתי להצדיקו לא רק במונחי גמול, אלא גם במונחים של צדק מתקן.[448]

---

447 להבחנה זו השלכה מעשית חשובה: החברה אינה יכולה לוותר בשמו של הנפגע על ענישת המעוול המחפיר שפגע בו. הפגיעה היא אישית, ורק הנפגע עצמו יכול למחול עליה. במילים אחרות: אינני מקבל את טענתו של Weinrib, כי פגיעתם היתרה של מעשי עוולה זדוניים אינה מעניינו של הקורבן, וכי היא בעלת היבט כללי ולא ספציפי. לדעתי כל עוולה אזרחית (גם עוולה שאיננה זדונית) כוללת הן היבט ציבורי והן היבט פרטי, והניסיון להפריד הפרדה ברורה בין ההיבטים הוא ניסיון שלא יצלח. חיזוק לכך יש לדעתי גם בהכרה הגוברת של המשפט המודרני במעמדו המיוחד של קורבן העבירה בהליך הפלילי ובצורך לתת ביטוי למעמד זה. למגמה זו ר' גם סע' 8.50(196) להלן.

448 בכתבי אפלטון מצאתי ביטוי מפורש לתחושתי, כי במקרים רבים העוול הפרטי הנגרם לאדם עקב מעשה עוולה רצוני של אדם אחר לא יוכל להיות מתוקן - ולפיכך לא יושג צדק מתקן - מבלי שבנוסף לתיקון הנזק יוטל על המעוול עונש לבר-מפצה. ר' הציטוט מחוקי אפלטון המובא על ידי בהערה 106 לעיל. גם בספרות המלומדים המודרנית מצאתי תמיכה מסויימת בתזה המועלית כאן. במאמרו של Gaus טוען המלומד, שפיצוי מלא אינו משיב את השוויון על כנו לא רק כאשר הנזק שנגרם הינו בלתי הפיך (שאז פיצוי מלא אינו אפשרי כלל), אלא גם כל אימת שמעשה העוולה משקף זלזול באוטונומיה של הנפגע ובזכותו השווה לחירות. במקרים אלה הצדק המתקן אינו ניתן להצדקה במונחים ליברליים: **"If we understand the Liberal Principle as the fundamental requirement of respect among self-directing moral agents, we reach a somewhat surprising conclusion: <u>compensatory justice, understood as transfer of resources, cannot fully compensate for wrongdoing in the sense of returning aggressor and victim to moral equality</u>…"** **Gaus**, 74-75. גם פרופ' Lomaski טען באחד ממאמריו, שמעשה עוול מוסרי עשוי שלא לגרום נזק מוחשי לנפגע, ובכל זאת להצדיק תגובה שיהיה בה כדי לבטל את העוול המוסרי (הנזק המופשט) שנעשה לו. מעניין לציין, שהמלומד בחר להדגים את טענתו העקרונית דווקא על מוסד התשלומים העונשיים שלדעתו הוא מוסד לגיטימי שניתן ליישבו עם עקרון הצדק המתקן. לדבריו, במצב הפרדיגמטי המתואר: **"B has not caused A any wrongful loss, but he nonetheless *wronged* A. … To assess punitive damages against B or otherwise to respond to the legitimacy of A's complaint against B would not be improper. Notice that <u>the issue remains within the domain of compensatory/corrective justice</u>… Requiring <u>compensation or punishment in response to wrongful rights infringements is easily understood as a balance-restoring move</u>."** L.E. Lomaski, "Compensation and the Bounds of Rights" in **Chapman**, J., 13, 28, 33. מלומד חשוב נוסף שפירש את עקרון הצדק המתקן כעולה בקנה אחד עם שיקולי צדק עונשי הוא Owen **Owen** (3) 711, 712: **"When one person intentionally violates the rights bubble of another, he "steals" the victim's autonomy… <u>If autonomy thefts - intentional "border crossings" - ..were not subjected to penalties in addition to the restoration of the stolen goods</u> (compensatory damages), <u>the rectification of the transaction would be incomplete</u>… <u>Punishment serves to restore the equality of the victim in relation to the thief.</u>. …Punitive damages thus serve to repay the offender's "debts" to both the victim and society, and so to restore the proper moral balance."** see also D.G. Owen, "Philosophical Foundations of Fault in Tort Law" in **Philosophical Foundations of Tort Law** (Oxford, 1995, Owen, Ed.) 201, esp. 221 & n. 85: **"..in theft as with many other forms of intentional wrongdoing, notions of <u>both retributive and corrective justice</u> suggest the propriety of punitive on top of compensatory damages <u>in order to fully correct the wrong"</u>.** ביטוי לתחושה, כי במקרים של התנהגות מחפירה אין די בפיצוי, ואפילו מלא, כדי לתקן את מעשה העוולה, מצאתי גם בפסיקה. בפסק דין קנדי, שבו נפסק תשלום עונשי כנגד רשות ציבורית בשל התנהלות מחפירה כלפי בעל חוזה, ציין בית המשפט שבנסיבות אלה <u>אין די בפיצויים כדי לתקן את העוולה</u>: **"the compensatory damages alone are not sufficient to redress the wrong here."** ***Granitile***, para. 203. הצדקה עיונית קרובה אחרת המאפשרת לשלב בין התשלום העונשי לבין עקרון הצדק המתקן מצויה לדעתי ברציונל הריצוי במובנו הדאונטולוגי להבדיל מריצוי כהצדקה תועלתנית למניעת עשיית דין עצמי (להצדקה זו ר' סע' 7.83(366-367) לעיל). לפי רציונל זה ההצדקה לדוקטרינה נעוצה בצורך המוסרי (הדאונטולוגי) לפצות את קורבן ההתנהגות המחפירה על רגשות הזעם שעורר בו מעשה העוולה. כפי שראינו קשה, אם לא בלתי-אפשרי להבחין הבחנה ברורה בין רציונל זה לבין רציונל הפיצוי, שכן השאלה היא בשני המקרים מהו הנזק שאותו אנו מוכנים לראות כנזק בר-פיצוי. דומה שדוקטרינות הפיצוי המסורתיות אינן מוכנות להרחיב את מושג הפיצוי באופן שיספק פיצוי מלא לרגשות נקם של קורבנות מעשי עוולה. עם זאת, כפי שראינו קיימים לכך חריגים (למשל במשפט הגרמני - דוקטרינת ה-Genugtuung, הנדונה בסע' 3.16, ובמשפט המקובל דוקטרינת הפיצויים המוגברים הנדונה בסע' 1.13. לענייננו, ניתן לטעון, שהצדק המתקן צריך להתפרש באופן מרחיב יותר, שיאפשר ריצוי מלא של רגשות הזעם של הקורבן. ניתן לטעון, שבמקרים של הפרות מחפירות ריצוי כזה יושג רק כאשר הקורבן יראה את המעוול נענש בסנקציה לבר-מפצה. אולם רציונל זה בעייתי במקרים שבהם קיים פער בין העונש המתחייב מהצורך בריצוי רגשותיו הסובייקטיביים של הקורבן, לבין העונש המתחייב מטעמי גמול. קושי זה אינו קיים במסגרת ההסבר המוצע בטקסט, שכן שם מדובר בעוול נורמטיבי מופשט הנמדד באמות מידה אובייקטיביות, ולא בסבל סובייקטיבי הנמדד לפי אמות המידה הסובייקטיביות של הקורבן. הצדקה שלישית להטלת סנקציות לבר-מפצות ניתן לתלות בתיאוריות חדשות של דיני הנזיקין, שלפיהן על הדין לפצות לא רק בגין נזק מוחשי, אלא גם בגין הנזק הערטילאי יותר הגלום במעשי עוולה שיצרו סיכונים שלא התממשו. לניסיון לבסס תיאוריות כאלה ר' למשל: G.O. Williams, "Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk" 14 **J. Leg. Stud.** (1985) 779; C.H. Schroeder, "Corrective Justice and Liability for Increasing Risks" 37 **U.C.L.A. L.R.** (1990) 439. וראו לאחרונה גם בארץ מאמרו של א' פורת, "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" **עיוני**

nevo.co.il

ב. צדק מתקן מול צדק מרתיע - עקרונות סותרים או מתיישבים?

7.104 האם ניתן ליישב באופן דומה בין עקרון הצדק המתקן לבין הטלת סנקציה לבר-מפצה מטעמי הרתעה?[449] הקושי המתעורר כאן הוא, שבניגוד לעקרון הצדק המתקן ולעקרון הגמול, ששניהם צופים פני עבר ומבקשים לתקן עוול שנעשה, רציונל ההרתעה (התועלתנית והמוסרנית גם יחד) נועד מעצם מהותו לקדם מטרות עתידיות. לדעתי, עובדה זו מונעת מרציונל ההרתעה לחסות בצילו של הצדק המתקן, שכן עניינו של זה איננו במיקסום הרווחה (הרתעה תועלתנית) ואף לא במיזעור עוולות עתידיות (הרתעה מוסרנית) אלא אך בתיקון עוולה ספציפית שנעשתה. עם זאת, אין פירוש הדבר שקיימת בהכרח סתירה בין השאיפה לצדק מתקן לבין השאיפה להשגת הרתעה. במקרים רבים די בתיקון העוול הקונקרטי שנעשה לנפגע (באמצעות צדק מתקן או גמולי) כדי ליצור הרתעה מספקת כלפי העתיד מפני ביצועם של מעשי עוול דומים. פסיקת תשלום עונשי לצורכי הרתעה עשויה אפוא בהחלט להתיישב עם הצדק המתקן, אולם רק כל עוד הדבר אינו בא על חשבון הצורך לתקן בשלמות את העוול הקונקרטי שגרם המעוול לנפגע.[450]

III. השלכות הסתירה האפשרית בין התשלום העונשי לבין עקרון הצדק המתקן

7.105 עד כה ניסיתי להצביע על פרשנויות מרחיבות של עקרון הצדק המתקן, שבכוחן ליישבו עם ההכרה בסנקציה עונשית לבר-מפצה כדוגמת התשלום העונשי. אך מהו הדין אם פרשנויות אלה תידחנה? האם במקרה כזה אין מנוס מהמסקנה כי התשלום העונשי אינו סנקציה לגיטימית? לדעתי, התשובה לכך היא בלאו מוחלט. עקרון הצדק המתקן, למרות היותו מבוסס ומושרש במחשבה המשפטית, איננו עיקרון מקודש. כל עוד קיימת הצדקה ענייניות (מוסרית או פרגמטית) להכיר בדוקטרינת התשלום העונשי, אין בעצם הסתירה המושגית בינה לבין עקרון הצדק המתקן כדי להצדיק סטייה ממסקנה זו. במילים אחרות, אם עקרון הצדק המתקן אינו מתיישב עם ההצדקות לתשלום העונשי (המבוססות, בין היתר, על ערכי המוסר העומדים בבסיס הצדק המתקן עצמו) הרי שהפגם מצוי בעיקרון עצמו, ולא בהצדקות. במצב כזה היצמדות עיוורת לעיקרון מטעמים פורמליים של אחידות מושגית, קוהרנטיות, אסתטיות וכיו"ב, איננה ניתנת להצדקה.[451] בלשון אחרת: אם הצדק המתקן עומד בדרכו של הצדק - כי אז יגבר הצדק על הצדק המתקן.[452] אכן, גם הדוגלים בעקרון הצדק המתקן אינם חייבים לראות בו עיקרון על התובע לעצמו בכל מקרה עליונות. אמנם, אין להכחיש כי קיימת בספרות גישה דומיננטית, המייחסת לצדק המתקן מעמד "מוניסטי" כזה.[453] אולם זו איננה הדעה הרווחת בספרות המשפטית, ומכל מקום איננה היחידה. מלומדים

משפט כג (תש"ס) 605. אולם הצדקה זו היא בעייתית בהקשר דנן, שכן התיאוריות הנזכרות אינן מצמצמות עצמן לסיכונים הנגרמים כתוצאה מהפרות מחפירות דווקא. לפיכך, אף כי יש בהן כדי להרחיב את מושג הצדק המתקן, הרי יחד עם זאת אין בהן כדי לספק הצדקה קונקרטית לפסיקת תשלומים עונשיים דווקא (להבדיל מסנקציות לבר-מפצות על כל יצירה של סיכון בלתי חוקי).

449 הדברים האמורים בסעיף זה יפים בשינויים המחוייבים גם לגבי רציונלים תוצאתניים אחרים של הענישה, כמו רציונל החינוך, ורציונל הריצוי (במובנו התוצאתני-תועלתני).

450 בספרות נעשו נסיונות ליישב בין עקרון הצדק המתקן לבין שיקולי הרתעה כלכלית. ר' למשל: R.A. Posner, "Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law" 10 **J. Leg. Stud.** (1981) 187; G.T. Schwartz, "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice" 75 **Tex. L.R.** (1997) 1801. במאמר לזכרו של פרופ' Schwartz הבהיר פרופ' Weinrib, שהניסיון ליישב בין צדק מתקן להרתעה באופן מלא נדון לכישלון, שכן במשפט הפרטי עקרון הצדק המתקן תובע עליונות על פני ערכים אחרים הסותרים אותו, ובכלל זה שיקולי יעילות כלכלית. יחד עם זאת, המלומד מצביע על כך, שהרתעה יכולה להתיישב עם צדק מתקן כאשר נזקקים לה כערך משני שהוא תוצר לוואי של הגשמת הצדק המתקן: E.J. Weinrib "Deterrence and Corrective Justice" 50 **U.C.L.A. L.R.** (2002) 621.

451 לדיון בחולשתם היחסית של טיעוני קוהרנטיות ר' סע' 8.03 להלן.

452 וזאת ברוח ציוויים שיפוטיים ידועים כדוגמת זה הגלום באמירה: "אמת ויציב - אמת עדיף", או כדוגמת הציווי המפורסם של הלורד אטקין לשופטים לפתח את המשפט מבלי מוראן של צורות התביעה האנגליות הישנות, אותן דימה לרוחות רפאים המבעתות את מוחם של שופטים ומשפטנים: **"When these ghosts of the past stand in the path of justice clanking their medieval chains, the proper course for the judge is to pass through them undeterred." Australia Ltd. v. Barclays Bank United Ltd.** [1941] A.C. 1, 29.

453 נושא הדגל בין התומכים בגישה זו הוא פרופ' Weinrib, הסבור שרק עקרון הצדק המתקן יכול להסביר את טיבה ומאפייניה של האחריות האזרחית (בחוזים, נזיקין, ועשיית עושר ולא במשפט) באופן קוהרנטי ומובן: **"..the particularly stringent notion of coherence with which corrective justice operates makes corrective justice internally monistic. On the corrective justice view,**

nevo.co.il

רבים סבורים, כי עקרון הצדק המתקן יכול לדור בכפיפה אחת לציד של עקרונות חלוקתיים וגמוליים, ואף לסגת מפניהם כאשר משקלו היחסי בנסיבות המקרה פחות ממשקלם.[454] יתרה מכך, הדעת נותנת שהכרעות שיפוטיות - בכלל זה הכרעות בסכסוכים המסווגים כ"פרטיים" - התקבלו מאז ומעולם - בין בגלוי ובמפורש, ובין באופן מוסווה ומוצנע - גם על יסוד שיקולי צדק עונשיים וחלוקתיים.[455] לדעתי, מצב זה אינו רק המצב המצוי, אלא גם המצב הרצוי. מגוון המצבים העובדתיים והצרכים השונים והמשתנים של קהילות אנושיות והאנשים החיים בהם, מחייב את השופט המבקש לעשות משפט צדק להיות קשוב למגוון רחב של שיקולי צדק - צדק מתקן (במובן הצר), חלוקתי, עונשי, גמולי, תועלתני, הסכמי, או אחר.[456] בסיכום, גם תחת ההנחה (עליה אני חולק, כאמור) שמושג הצדק המתקן איננו יכול לדור בכפיפה אחת עם התשלום העונשי, אין מקום לוותר על אימוצה של דוקטרינת התשלום העונשי.

<u>סיכום לפרק ז'</u>

7.106 בפרק זה ביקשתי להראות, כי ההצדקות המסורתיות של הענישה - דאונטולוגיות ותוצאתניות גם יחד - מספקות הצדקה ברורה לענישה לבר-מפצה של התנהגויות מחפירות, וכי אין בביקורות השונות שניתן (ולעיתים אף ראוי) להפנות כלפי הדוקטרינה כדי לקעקע מסקנה זו. אולם מהי ההצדקה להטיל סנקציה זו במסגרת ההליך האזרחי דווקא? לבחינתה של שאלה חשובה זו נפנה עתה.

* * *

---

no room exists within the private law relationship for normative considerations, such as those based on deterrence, that are not themselves expressions of corrective justice." כפי שנאמר לעיל, למעשה גם האוחזים בגישה "מוניסטית" לצדק המתקן כמו Weinrib **Weinrib** (7), 624. אינם שוללים היזקקות לשיקולי צדק עונשיים או חלוקתיים מחוץ למשפט הפרטי. מכאן, שאין בתפיסתם את הצדק המתקן עצמו כדי לשלול הכרה במאפייני הדוקטרינה **הנדונים בפרק זה** (כזכור, בפרק זה אינני דן בשאלת ההצדקה לענישת הנתבע במסגרת הליך אזרחי, אלא רק בשאלת ההצדקה לעצם חיובו בסנקציה לבר-מפצה). שלילה כזו אפשרית רק מצידו של מי שסבור, שהתגובה להתנהגות מחפירה של אדם כלפי חברו אינה יכולה להצדיק בשום מקרה - לא במשפט הפרטי ואף לא מחוצה לו - חריגה מסנקציה של פיצוי או תיקון הנזק הפרטי שנגרם לקורבן.

454 לדחייה משתמעת של "גישת הצדק המתקן" ר' למשל: **Alexander**, 629: **"..even if corrective justice covers intentional torts, retributive justice and distributive justice may leave little room for it to operate. Retributive justice could warrant tort fines geared to the level of culpability."** לדחייה מפורשת של "גישת הצדק המתקן" מבית מדרשו של פרופ' Weinrib ר': H. Dagan, "The Distributive Foundation of Corrective Justice" 98 **Mich. L.R.** (1999) 138. לדיון בגישות 'פלורליסטיות' לדיני הנזיקין, שלפיהן לא ניתן להסבירם באמצעות עיקרון נורמטיבי אחד ויחיד ר' למשל: **Englard**, 64-70 ("Pluralist Theories") מתנגד מובהק לגישות ה"מוניסטיות" לדיני הנזיקין הוא פרופ' Coleman. ר' למשל: **Coleman**, J. (2) 427, & citations at n. 4 therein: **"I reject the idea that the practice can be understood as a unified whole and argue that tort law implements a variety of different principles and policies."** לדעתי הגישה ה"מוניסטית" לצדק המתקן איננה מתחייבת אפילו מדבריו של אריסטו עצמו באתיקה הניקומאכית. מהעיון בה נראה לי שסביר יותר להניח, שאריסטו ניסה להצביע על סוגים או שיקולים שונים של צדק, מבלי להכריע בדבר היחס ביניהם. אמנם, אריסטו מביא דוגמות טיפוסיות למצבים עובדתיים המתאימים להסדרה באמצעות צדק מתקן מזה, וצדק מחלק מזה. אולם בשום מקום אין הוא קובע, כי לא ניתן במצב אחד להחיל עקרונות צדק שונים, ולהכריע לפי משקלם היחסי המצטבר של עקרונות אלה.

455 על השימוש שעושים שופטים בשיקולים של צדק עונשי (גמולי והרתעתי) במסגרת דיני החוזים עמדתי בהרחבה בפרק ו', בדוני בדוקטרינות עונשיות מוסוות הנוהגות בדיני החוזים. ר' סע' 6.14 ואילך. דוקטרינות כאלה פותחו גם בדיני הנזיקין. ר' סע' 8.06(23) להלן. בדיני הנזיקין, קיימת כיום הכרה נרחבת בכך ששיקולי צדק חלוקתי משפיעים, ואף ראוי שישפיעו - במידה זאת או אחרת - על שאלת האחריות לנזקיהן של עוולות והיקפה של אחריות זו. בדיני החוזים, לעומת זאת, נתפס השימוש בשיקולי צדק חלוקתי נתפס באופן מסורתי כבלתי לגיטימי. עם זאת, בעשורים האחרונים נשמעים קולות הקוראים תיגר באופן מפורש על תקפותה של הנחה זו. לדיון בביטויין של גישות אלה בדיני החוזים המודרניים ר' סע' 11.60(183) ואילך.

456 להבחנה בין סוגים שונים של צדק ר' מאמרו של **פורת** (3) 59-647.

nevo.co.il

פרק ח':

היש מקום לענישה
במסגרת המשפט האזרחי?

הצגת הבעייה ומטרת הדיון

8.01 בפרק הקודם בחנתי בהרחבה את הצידוקים האפשריים להטלת סנקציה עונשית לבר-מפצה על התנהגות מחפירה.[1] אלא שצידוקים אלה, למרות התפקיד המרכזי שהם ממלאים בהצדקת הדוקטרינה, אין בכוחם, כשהם לבדם, כדי לספק לה הצדקה מלאה. הטעם לכך הוא פשוט: גם בהנחה שהתנהגות מחפירה כהגדרתה במסגרת הדוקטרינה מצדיקה הטלת סנקציה עונשית לבר-מפצה, מתעוררת השאלה היסודית: **מהי ההצדקה להטיל סנקציה עונשית זו במסגרת ההליך האזרחי דווקא?** האין הסמכות להטיל סנקציות עונשיות בגין התנהגות אנטי-חברתית מוגבלת - מטעמים טובים וראויים - לתחומי המשפט הפלילי בלבד? מה טעם ומה הצדקה יש בהטלת סנקציות עונשיות במסגרת ההליך האזרחי, שעניינו בתיקון עוולות ובפיצוי על נזק?

במקורות הרבים שעסקו בדוקטרינת התשלום העונשי ובצידוקיה אין למצוא התמודדות שיטתית ומעמיקה עם שאלה עקרונית זו.[2] חסר זה הוא מפתיע למדי, שכן חיצי הביקורת החריפים ביותר כנגד הדוקטרינה הופנו בדיוק כלפי מאפיין זה שלה: היותה מוסד עונשי מובהק המופעל בלב ליבו של המשפט האזרחי. תכלית הדיון בפרק זה היא למלא את החסר האמור. **בחלקו הראשון** יוצגו ויבוקרו הטיעונים העיקריים שניתן להעלות **נגד** ענישה אזרחית: הטיעון המושגי, הטיעון הליברטני, ו'טיעון המדרון החלקלק'. **בחלקו השני** של הפרק אבקש להציג ולבסס את הטיעון **בזכות** ענישה אזרחית. במסגרתו אציג את ההצדקות האפשריות להכרה בסנקציות אזרחיות-עונשיות בכלל, ובסנקציית התשלום העונשי בפרט. בתמצית, טענתי היא, שסנקציות אלה ממלאות תפקיד חברתי חשוב, שכן הן מאפשרות למערכת המשפט להתמודד עם תופעות אנטי-חברתיות שהמשפט הפלילי המסורתי אינו כשיר לטפל בהן בצורה מוצלחת. למגבלתו זו של המשפט הפלילי שלושה טעמים עיקריים: 1) בעיית תת-האכיפה של הנורמות הפליליות; 2) הגנת החסר של המשפט הפלילי המסורתי על אינטרסים כלכליים ונפשיים; 3) אי התאמתם של ההליך הפלילי והסנקציה הפלילית (הליך מכתים ומסורבל, הרשעה, סיכון לעונש מאסר) לטיפול בהתנהגויות אנטי-חברתיות מסויימות. ההליך האזרחי, לעומת זאת, אם יצוייד בסנקציות עונשיות לבר-מפצות ובכלים דיוניים מתאימים, יוכל לבצע משימה זו ביתר הצלחה, וזאת לאור יתרונותיו בכל אחד ממישורים אלה.[3]

חלק ראשון:
הטיעון נגד ענישה אזרחית

I. הטיעון המושגי נגד ענישה אזרחית

א. הצגת הטיעון

8.02 תמצית הטיעון המושגי נגד הענישה האזרחית בכלל ונגד התשלום העונשי בפרט היא, כי רעיון הענישה הינו זר למשפט האזרחי, וכי הכרה בסנקציות עונשיות בספירה האזרחית משבשת את חלוקת התפקידים המסורתית שבין

---

[1] כפי שראינו, אלה הם למעשה צידוקיה הכלליים של הענישה.

[2] מאמר חשוב המהווה אבן דרך בספרות העוסקת בענישה אזרחית הוא מאמרו של פרופ' קנת מן: K. Mann, "Punitive Civil Sanctions: The Middleground between Criminal and Civil Law 101 **Yale L.J.** (1992) 1795. לגירסה מקוצרת של המאמר ר': ק' מן, "סנקציות אזרחיות-עונשיות" **עיוני משפט** טז (תשנ"ב) 243. עם זאת, במאמר זה אין התמודדות שיטתית עם מגוון השאלות העקרוניות שמעלה ההכרה בסנקציות אזרחיות עונשיות, ועם הטיעונים האפשריים נגד ענישה אזרחית. יתרה מכך, המאמר מתמקד בענישה אזרחית או מינהלית המופעלת על ידי גופים ציבוריים, ומזכיר רק אגב אורחא את הענישה האזרחית ה"פרטית" ואת מוסד התשלומים העונשיים. מאמר חשוב נוסף הראוי לציון בשל בדידותו המזהרת הוא: S.H. Reisberg, "In Defense of Punitive Damages" 55 **N.Y.U.L.R.** (1980) 303 במאמר זה ניתן למצוא התמודדות מעמיקה יחסית עם הטיעון המושגי נגד ענישה אזרחית, הנדון בהרחבה בסע' 8.2 ואילך. החסר בדיון אקדמי בשאלה דנן ניכר במיוחד במקורות העוסקים בניתוח הכלכלי של הדוקטרינה. כפי שראינו, אלה מתעלמים בדרך כלל משאלת האפשרות להשיג את המטרות המיוחסות לדוקטרינה במסגרת המשפט הפלילי. ר' גם הערה 354 בפרק ז'.

[3] מבחינה זו תרומתו של הדיון חורגת מההקשר המיוחד שבו מתמקד חיבור זה, שכן חלק ניכר ממנו רלבנטי לא רק להערכת הדוקטרינה מושא המחקר, אלא למעשה להערכת כל מוסד משפטי עונשי המופעל בגדרי המשפט האזרחי.

nevo.co.il

המשפט הפלילי לבין המשפט האזרחי. אכן, ההבחנה בין משפט פלילי למשפט אזרחי היא אחת ההבחנות המושרשות ביותר בתודעתו של כל משפטן בן-זמננו, בפרט בשיטות המשפט המקובל.[4] במסגרת הבחנה כללית זו החלה מתפתחת במהלך המאה ה-18 פרדיגמה עיונית קלסית, שבמסגרתה יוחסו מטרות שונות ונבדלות למשפט הפלילי מזה, ולמשפט האזרחי מזה: תפקידו הייחודי של **המשפט הפלילי** הוא לספק לחברה הגנה מפני "עוולות ציבוריות" (מעשים הפוגעים באינטרס ציבורי) באמצעות **הטלת עונשים על מפרי החוק**; תפקידו הייחודי של **המשפט האזרחי**, לעומת זאת, הוא לספק לפרט הגנה מפני "עוולות פרטיות" (מעשים הפוגעים באינטרסים של יחידים) באמצעות סעד של **תיקון הפגיעה או פיצוי עליה.**[5]

פרדיגמה קלסית זו, שתכונה להלן - "הפרדיגמה הפלילית/אזרחית", התבססה במחשבה המשפטית לאורך המאה ה-19 והצמיחה עד מהרה ביקורת אינטלקטואלית חריפה ביותר כנגד דוקטרינת התשלום העונשי: בשל אופיה העונשי המובהק נחזתה הדוקטרינה מעתה כעומדת בסתירה חזיתית לעקרון העל של המשפט האזרחי התרופתי - עקרון הפיצוי. בשל סתירה זו נתפסה הדוקטרינה בעיניי שופטים ומלומדים בני התקופה כיצור-כלאיים אנכרוניסטי, המטשטש את קו הגבול שבין המשפט האזרחי לבין המשפט הפלילי, והמערער את ההרמוניה והקוהרנטיות של המשפט.[6] על אף שבמהלך המאה ה-20 חל כרסום מסויים במעמדה של הפרדיגמה

---

[4] בתרבות הקונטיננטלית מקובלת יותר ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי, הבחנה החופפת במידה חלקית את ההבחנה האנגלו-אמריקאית. למעמדן המבוסס של הבחנות אלו במסורות המשפט השונות וליחס ביניהן ר' סע' 2.02(1) לעיל.

[5] מעניין לציין, שפרדיגמה קלסית זו איננה עתיקת יומין כפי שניתן אולי לחשוב. בתרבות המשפטית האנגלו-אמריקאית גילוייה המובהק הראשון הוא בכתבי בלקסטון (1768): **"Wrongs are divisible into two sorts or species; *private wrongs,* and *public wrongs.* The former are an infringement or privation of the private or civil rights belonging to individuals… the latter are a breach and violation of public rights and duties, which affect the whole community…"** W. Blackstone, **Commentaries on the Laws of England** (Oxford, 1768, rep. London, 1966) Book III (Of Private Wrongs) p. 2; see also Book IV (Of Public Wrongs) p. 7: **"Upon the whole we may observe, that… the law has a double view: *vis.* not only to redress the party injured** [from a private wrong] **by either restoring to him his right, if possible; or by giving him an equivalent;… but also to secure to the public the benefit of society, by preventing or punishing every breach and violation of those** [public] **laws, which the sovereign power has thought proper to establish, for the government and tranquility of the whole."** ביטוי מוקדם, אם כי יגולמי יותר של פרדיגמה זו נמצא בכתביו של Sir Matthew Hale, אשר היה הראשון שהציע לחלק את מגוון עילות התביעה במשפט האנגלי ל"פליליות-עונשיות" מחד גיסא, ו"אזרחיות-מתקנות" מאידך גיסא. M. Hale, **An Analysis of the Civil Part of the Law** (London, 1713) 71, cited in **Harris**, 1092.

[6] הראשונים שביקרו את הדוקטרינה מזוית זו הם שני מלומדים אמריקאיים: Metcalf ו-Greenleaf, אשר הסבירו בכתביהם, שתרופות כספיות לבר-מפצות מקומן לא יכירן במשפט האזרחי: **"..damages are given as a compensation or satisfaction to the plaintiff for an injury actually sustained by him from the defendant. They should be precisely commensurate with the injury, neither more nor less."** S. Greenleaf, **A Treatise on The Law of Evidence** (2nd ed., 1848) s. 253. cited in **Sedgwick**, 532-3; see also Metcalf, 3 **Am. Jur.** (1847) 313, 387, cited in **Sedgwick**, 532: **"..the defendant ought not to pay more than the plaintiff is entitled to receive."** כתיבה זו הצמיחה ביקורת נגדית מצידו של המלומד הנודע Sedgwick, אשר זכתה לתמיכתו של השופט האמריקאי הנודע Kent. לתיאור אותנטי של מחלוקת מלומדים זו ר': **Sedgwick**, 532-3; **Kent's Commentaries** (Boston, 12th ed., 1884) Vol. 2, p. 15. העובדה שהביקורת המושגית כלפי הדוקטרינה החלה להיות מושמעת רק החל מתקופה זו יסודה ככל הנראה בעובדה, שרק בתקופה זו החלה הפסיקה האמריקאית להכיר באופן מוצהר ומפורש ברציונלים העונשיים העומדים בבסיס הדוקטרינה (לעניין זה ר' גם סע' 3.03(27)). ניסיון מרשים לקעקע את מוסד התשלומים העונשיים נעשה על ידי בית המשפט העליון של ניו-המפשייר בפסק הדין המפורסם בעניין ***Fay*** (1873). בפסק הדין משתקפת היטב עוצמת ההתנגדות והסלידה שעוררה הדוקטרינה בקרב מתנגדיה, אשר ראו בה, כלשונו של בית המשפט "כפירה מפלצתית המעוותת את מבנהו הסימטרי של המשפט": **"What is a civil remedy but *reparation* for a wrong inflicted?… How could the idea of punishment be deliberately and designedly installed as a doctrine of civil remedies? <u>Is not punishment out of place, irregular, anomalous, exceptional, unjust, unscientific, not to say absurd and ridiculous, when classed among civil remedies</u>? What kind of a civil remedy for the plaintiff is the punishment of the defendant? The idea is wrong. <u>It is a monstrous heresy. It is an unsightly and unhealthy excresence, deforming the symmetry of the body of the law...</u> ..Where shall be the limit to the confusion and absurdity involved in the attempt to reconcile the doctrine of vindictive and punitive damages, in a civil suit, with the sense, the reason, the logic, the symmetry of the science of jurisprudence? *Fay*, 382, 397, 392.** בפסק הדין מסתמך בית המשפט, בין היתר, על כתביהם של מלומדים קונטיננטליים ידועי שם כמו Grotius, Pufendorf ו-Domat, שהדגישו בכתביהם את מעמדו הרם של עקרון השבת המצב לקדמותו במשפט האזרחי. ביקורת דומה עולה מפסקי דין רבים אחרים שניתנו באותה תקופה. ר' למשל: **Pike v. Dilling** 48 Me. 539, 540-1, 544 (1861): **"..is there not a striking inconsistency and absurdity, in holding, that… ..it is prudent, wise and just to confer on the jury in a *civil prosecution* for the *private injury*.. ..the unlimited power of inflicting**

nevo.co.il

הפלילית/אזרחית,[7] עדיין לא נס ליחה, ו גם היום היא נתפסת על ידי רבים כאמת שאין עליה עוררין.[8] אין תמה אפוא, שגם בעידן המודרני רבים רואים בתשלום העונשי "אנומליה" משפטית בלתי רצוייה מעצם היותה סנקציה עונשית מובהקת המופעלת בהליך אזרחי.[9]

ב. כוחם הנורמטיבי המוגבל של טיעונים מושגיים

---

upon the delinquent, in addition to full compensation for the private injury, such further punishment?..."; ..[The doctrine] **is unsound and pernicious in principle."; Brown v. Swineford** 44 Wis. 282, 286, 288 (1878): **"an incongruity…; …a sin against sound judicial principle."; Freidenheit v. Edmundson** 36 Mo. 226, 230-1 (1865): **"a principle which, by the nature of it, would seem to belong rather to the domain of criminal than civil jurisprudence."** לאסמכתות נוספות מהתקופה ר' : **Harris**, n. 37

7 ר' סע' 8.09 להלן.

8 עיגון לפרדיגמה קלסית זו מצוי עד היום במרבית ספרי הטקסט האנגלו-אמריקאיים העוסקים במשפט האזרחי, ולעיתים אף בספרים העוסקים במשפט פלילי. לדוגמות בודדות מני רבות ר' למשל : **Wharton's Criminal Law** (N.Y., 15th ed., 1993, Torcia Ed.) Vol I, 26: **"The purpose of the criminal prosecution ultimately is to prevent crime and hereby to protect society; the purpose of the civil action is to compensate the injured individual.."; Prosser**, 7, 9: **"The purpose of such** [criminal] **proceeding is to protect and vindicate the interests of the public as a whole, by punishing…; The civil action for a tort, on the other hand.. ..it's primary purpose is to compensate for the damages suffered…; …The idea of punishment, or of discouraging other offenses, usually does not enter into tort law"; Corbin**, 31: **"The purpose of awarding damages is always said to be compensation for harm done."**; **Carter**, 706: **"The fundamental principle governing the award of damages is that they are compensatory. ...an award is made to compensate the plaintiff rather than to penalise the defendant.."; Duffy**, 7: **"The theory underlying tort damages is universally acknowledged to be compensation." I.E.** Remedies, 8: **"..the purposes of compensation and** : ר' גם לעיל. ר' סע' 3.15(71-70), 3.16(78) האזרחי גם בקונטיננט. לעניין זה ר' סע' 3.15(71-70), 3.16(78) לעיל. ר' גם : **of restitution of the status quo ante are certainly predominant** [as purposes of liability in the law of tort]**."** לגישה זו ביטוי גם בישראל. ר' למשל : **גביזון**, 297 : **"התפיסה, שהמטרה <u>הבלעדית</u> של דיני הנזיקין היא שיפוי, המתבטאת בעיקרון של השבת המצב לקדמותו, נחשבת בעיני אחדים לבעלת תמיכה אוניברסאלית ולמובנת מאליה."; ע"א 355/80 טירת בת שבע נ. אניסימוב**, פ"ד לה (2) 800, 810 : **"..העקרון הידוע של "החזרת המצב לקדמותו"** (restitutio in integrum) **החל לא רק בדיני החוזים, אלא גם בדיני הנזיקין."** במקורות דיני החוזים נתפסת הפרדיגמה הקלסית כבעלת מעמד 'מקודש' עוד יותר מאשר בספרות דיני הנזיקין, והיא זוכה להגמוניה מוחלטת כמעט בכל ספרי הטקסט המסורתיים. לדיון במעמדו הרם של עקרון הפיצוי בדין החוזים ר' סע' 10.05 להלן. התפיסה שלפיה עקרון הצדק המתקן הוא העיקרון הדומיננטי היחיד המסוגל להסביר ולהצדיק באופן קוהרנטי את המשפט הפרטי זכה לאחרונה לביסוס עיוני מרשים בספרו של E. Weinrib, **The Idea of Private Law** (Cambridge, Mass. 1995). לדיון נרחב ביחס בין הצדק המתקן לבין התשלום העונשי ר' סע' 7.97 ואילך. הפרדיגמה הפלילית/אזרחית מקובלת גם כיום בבית הלורדים האנגלי. ר' למשל : (Lord **Kuddus**, s. 52: **"Punishment is a function par excellence of the criminal law, rather than the civil law."** Nicholls). ר' גם דברי הלורד Reid המובאים בהערה הבאה.

9 ראיית הדוקטרינה כ'אנומליה' מקובלת במיוחד בפסיקה האנגלית. כך, למשל, הלורד Devlin בפסק הדין המנחה בעניין **Rooks** הציע לחבריו לשקול : **"..whether it is open to the House** [of Lords] **<u>to remove an anomaly</u> from the law of England."** תוך שהוא קובע, שהדוקטרינה : **"..confuses the civil and criminal functions of the law… …**[and is] **a principle which ought logically to** ר' גם דברי הלורד Reid בפסק הדין המנחה בעניין ***Cassell*** : **"..**[the doctrine] **is belong to the criminal law"** ***Rooks***, 1221, 1226. **<u>highly anomalous</u>. It is confusing the function of the civil law which is to compensate with the function of the criminal law which is to inflict deterrent and punitive penalties."** ***Cassell***, 1086. דומה כי בבית הלורדים האנגלי חל שינוי מגמה מאז, ובפסק הדין ***Kuddus*** שהרחיב לאחרונה את תחולת הדוקטרינה, הובעה השקפה מסורתית זו רק על ידי שופט אחד : **"..the award of damages should be compensatory in its intent. ..an award of exemplary damages, the intention of which is not to compensate the victim of a wrong but to punish its perpetrator, is an anomaly."** ***Kuddus***, s. 95 (Lord Scott). בארה"ב ר' למשל : **Prosser**, 9: **"In one rather <u>anomalous</u> respect, however, the ideas underlying the criminal law have invaded the field of torts** [through the doctrine of punitive damages]**.";** J.E. Hall, "Interrelations of Crime and Tort" 43 **Colum. L.R.** (1943) 753, 978: **"..these** [penal & punitive damages] **actions are <u>hybrids</u> which can hardly be ignored as "freaks"…; …**[this idea] **seems to confuse important established distinctions.."** השקפה דומה הביעו שניים מגדולי המומחים כיום בתחום התרופות, פרופ' Burrows ופרופ' Tilbury. זה האחרון קבע, ש : **"..**[Commonwealth law] **fails to give sufficient weight to the <u>anomalous nature</u> of exemplary damages; ..punishment.. ..is simply inappropriate in the context of civil proceedings.." Tilbury,** 106, 112. **"Most** : ואילו הראשון סבר, ש **importantly, exemplary damages, because their primary aim is punishment, confuse the role of the criminal and the civil law." Burrows**, 283. בארה"ב ר' למשל : J.D. Ghiardi, "The Case Against Punitive Damages" 8 **The Forum** (1972) 411, 418: **"The civil law is directed at compensating an injured party by way of indemnity. Thus, the anomalous character of punitive damages is not difficult to perceive."** בישראל ר' למשל דברי השופט קיסטר בעניין ***מאיר***, 405 : **"לפי השיטות המודרניות, בהן מסורה הענישה לרשות הציבורית, לא צריכה להיות לתביעת הניזוק כל מטרה ענשית אלא לתקן את הנזק על ידי השבת המצב לקדמותו, ואילו מדיניות הענישה שמורה באופן בלעדי לרשות השופטת בפלילים."** לגישה דומה בספרות הישראלית ר' למשל **קלינג**, 437, 439 : **"השימוש בדיני הנזיקין לענישה משבש את תפקודם להשבת המצב לקדמותו… השימוש בדיני הנזיקין למטרות ענשיות אינו רצוי בגלל השיבוש שהדבר גורם בכל המערכת שבה נועדו תפקידים שונים לדיני הנזיקין ולדיני העונשין."** כזכור, במשפט הגרמני והיפני משמש הטיעון המושגי נגד ענישה אזרחית כבסיס להלכה השוללת אכיפת פסקי חוץ הכוללים תשלום עונשי. סע' 3.16(81-80), 3.17(96) לעיל.

nevo.co.il

8.03 לטעמי, מעצם היותו טיעון מושגי גרידא, אין בטיעון המושגי נגד ענישה אזרחית משום נימוק מכריע לשלילת ההכרה בדוקטרינה. בעיניי, טיעונים מושגיים, המבוססים על ראיית קוהרנטיות במשפט כערך בפני עצמו, עשויים להיות רלבנטיים להכרעה בשאלות משפטיות רק כאשר בעניינים שבמהות כפות המאזניים מעויינות, או כאשר לבעייה המושגית השלכות שליליות במישור המעשי.[10] מכאן, שאם שיקולי מדיניות מהותיים אכן מצדיקים הכרה בסנקציות עונשיות גם בגדרי המשפט האזרחי,[11] הרי שאין בכוחו של הטיעון המושגי שהוצג לעיל כדי להצדיק מסקנה הפוכה, וזאת גם לו היתה נכונה הקביעה, כי הענישה הינה נטע זר ו'אנומליה' במשפט האזרחי.

אלא שקביעה זו, ולפיכך גם הטיעון המושגי עצמו, אינם תקפים גם כעניין תיאורי. לדעתי, לצד מטרתו הרסטיטוטיבית-קומפנסטורית שירת המשפט האזרחי בעבר וממשיך לשרת גם כיום מטרות עונשיות. לביסוס טענה זו אפנה עתה.

<u>ג. ביקורת הטיעון המושגי לגופו - הענישה כחלק בלתי נפרד ממשטר האחריות האזרחי</u>

8.04 תחילה ראוי להזכיר, שבראייה היסטורית ההפרדה הדיונית והעיונית בין הליכים משפטיים "ציבוריים" שעניינם ב"מניעת עבירות" לבין הליכים "פרטיים" שעניינם ב"תיקון עוולות" היא הבחנה צעירה למדי.[12] אולם גם בעידן המודרני, שבו התחדדו ההבדלים הדיוניים בין שני סוגי ההליכים, ממשיך המשפט האזרחי להתבסס במידה רבה על רציונלים עונשיים.

1. הכשל הבסיסי: התעלמות מהיסודות העונשיים של משטר התרופות האזרחי המסורתי

8.05 לדעתי, השתרשות האמונה הרווחת, שלפיה המשפט האזרחי איננו משרת פונקציות עונשיות, נעוצה במידה רבה בהתעלמות העקבית של שופטים ומלומדים רבים מהמטרות העונשיות המובהקות שמשטר התרופות המסורתי הנוהג במשפט האזרחי נועד לקדם, ואף מקדם בפועל. התפקיד העונשי של דיני התרופות המסורתיים עולה במישרין מעצם העובדה ש**זכותו של תובע במשפט אזרחי לקבלת סעד כלשהו כנגד נתבע <u>מותנית</u> בהפרת החוק (האזרחי) מצידו של הנתבע**. רק בהתקיים דרישה מקדמית זו, רשאי בית המשפט להעניק לתובע סעד; ורק בהתקיימה רשאי הוא להשית על הנתבע את החובה לתקן את הפגיעה בתובע או לפצותו עליה.

---

10 במקרה כזה שוב אין מדובר בטיעון מושגי גרידא, אלא בטיעון מושגי-מהותי מעורב. טיעון מעורב מעין זה נדון בסע' 8.15 להלן. גישה דומה ביחס לטיעונים מושגיים הביע פרופ' **הראל**: "**..העובדה שעקרון, כלל או החלטה פרטיקולרית קוהרנטיים יותר או פחות עם חומר משפטי קודם אינה הופכת** [אותם] **לרצויים יותר מבחינה מוסרית... קוהרנטיות היא אולי ערך אסטתי או מתודולוגי של מערכות משפטיות; אולם חשיבותן של מערכות משפטיות אינה נעוצה בערכן האסתטי או המתודולוגי... הדרך היחידה להגן על תיאוריית קוהרנטיות כזו היא להגדיר קוהרנטיות באופן טפילי לערכים מוסריים, ובכך להפוך את המושג קוהרנטיות למיותר. מסקנתי תהיה לפיכך, כי קוהרנטיות היא תכונה בלתי-רצויה ככזו, אלא אם היא מוגדרת באופן פרטיזי על ערכים מוסריים אחרים.**" א' הראל, "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט" **עיוני משפט** יח (תשנ"ד) 387, 6-395. לדיון כללי במאפייניהם ובתפקידם של טיעוני קוהרנטיות ר' בכלליות: J. Raz, 'The Relevance of Coherence" 72 **B.U.LR.** (1992) 273; B. Levenbook, "The Role of Coherence in Legal Reasoning" 3 **L. & Phil.** (1984) 355. ר' גם: ר' **הראל**, במיוחד עמ' 394 ואילך. במובן מסויים ניתן לומר, שטיעון מושגי הוא טיעון דאונטולוגי, מאחר שהוא רואה בעצם הפגיעה בהרמוניה המושגית ערך כלשעצמו. עם זאת, הרמוניה מושגית איננה נתפסת בדרך כלל, כשלעצמה, כערך מוסרי.

11 שאלה זו תיבחן בהרחבה בחלקו השני של הפרק.

12 לסקירה היסטורית ר' סע' 2.02-2.03 לעיל. גם בתקופות מאוחרות יחסית, שבהן החלה ההבחנה מתגבשת, עדיין המשיך לשרור, לפחות במשפט האנגלי, דמיון רב בין המאפיינים המהותיים של שני סוגי ההליכים. **ראשית**, בהליך הציבורי-פלילי יכלו לפתוח לא רק נציגי השלטון אלא גם אנשים פרטיים, לרבות קורבן העבירה; **שנית**, הן בהליך הציבורי והן בהליך הפרטי עשוי היה העבריין לחוב הן בסנקציה "אזרחית" של תשלום פיצוי לנפגע, והן בסנקציות "פליליות" (מאסר, עונש מוות, החרמת רכוש או קנס לטובת המלך). לסקירות היסטורית פרטניות של סוגי ההליכים המשפטיים שהתפתחו באנגליה החל מהמאה ה-12 ואילך ר': D.J. Seipp, "The Distinction between Crime and Tort in the Early Common Law" 76 **B.U.L.R.** (1996) 59; **Baker**, 570-78. להתפתחות בקונטיננט בקווים כלליים ר': S. Jorgensen, "The Decline and Fall of the Law of Torts" 18 **Am. J. Comp. L.** (1970) 39, esp. 41-44.

nevo.co.il

נקל לראות, שרציונל הפיצוי (או התיקון) אין בו, כשלעצמו, כדי להצדיק מאפיין מובהק זה של משטר האחריות האזרחי. אכן, **רציונל הפיצוי מסביר ומצדיק** במקרים רבים **את סוג הסנקציה ואת היקפה,**[13] **אך אין בכוחו להסביר או להצדיק את עצם הטלתה על הנתבע דווקא!**[14] מאפיין זה ניתן לביאור ולהצדקה בצורה אינטואיטיבית ברורה ופשוטה באמצעות רציונלים עונשיים: חובת התיקון והפיצוי על הנתבע מהווה סנקציה שלילית, המוטלת עליו על ידי שיטת המשפט מאותם טעמים שהם טעמי העניש בכל הקשר משפטי, לרבות במשפט הפלילי: הצורך לגמול לנתבע על מעשהו הפסול (ביצוע העוולה, הפרת החוזה, הפרת החיוב שבדין, וכו'), הצורך למנוע את הישנותו של מעשה בלתי רצוי זה (על ידי הרתעה, חינוך, גינוי, וכיו"ב), והצורך בריצוי רגשותיו הפגועים של 'קורבן' העוולה האזרחית.[15]

---

[13] במיוחד כאשר מדובר בסעדים רסטיטוטיביים טיפוסיים כדוגמת אכיפה ופיצויים (להבדיל מסעדים לבר-מפצים כדוגמת תשלומי השבה, תשלומים סמליים, וכדומה).

[14] **"..compensation explains what the plaintiff in a tort action receives. It does not explain why the defendant pays..** [it] **does not explain why compensation is at the expense ot the defendant rather than at the expense of the public treasury or a system of insurance." Note**, 523. אכן, לו היה מעמדו של עקרון הפיצוי חשוב ומרכזי כפי שמייחסת לו הפרדיגמה הקלסית, ניתן היה לצפות כי סעדים משפטיים יינתנו בגדרי המשפט האזרחי גם לאדם שלא השכיל להוכיח כי הפגיעה בו נעשתה שלא כדין. ואמנם, שיטות משפט מודרניות חורגות לעיתים ממשטר האחריות האזרחי הקלסי, ומכירות בזכותם של נפגעים וניזוקים לקבלת פיצוי או סיוע, גם בלא תלות בהוכחת קשר סיבתי בין הנזק לבין אשמו המשפטי או המוסרי של מאן דהוא. דוגמה מובהקת לכך הם הסדרי הביטוח הלאומי הנוהגים בישראל ובמדינות רווחה נוספות. דוגמה אחרת היא הסדר הפיצויים ב**חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975**, המטיל חובת פיצויים מוחלטת על הנוהג ברכב מנועי כלפי כל אדם שנפגע בתאונת דרכים שבה היה הרכב מעורב, וזאת ללא תלות בשאלה אם הנוהג גרם לנזקו של הנפגע, או אם הפר את החוק (הפלילי או האזרחי) תוך כדי הנהיגה. ר' סע' 2(א) לחוק. הסדרי פיצוי נרחבים יחסית שאינם מותנים בהוכחת "אשם" או "אחראי" קיימים בניו-זילנד ובאוסטרליה בתחומים מגוונים, כגון פיצוי לנפגעי תאונות עבודה, פיצוי לקורבנות עבירות פליליות ועוד. לעניין זה ר' למשל: **Redden**(II) 641-5.

[15] ביטויים נדירים לתובנה זו מצאתי בדבריהם של מספר מלומדים אנגלו-אמריקאיים ידועי שם. פרופ' Clarence Morris, קבע במאמר משנת 1931, ש: **"..in the absence of a need for discouraging undesirable behavior, there is no justification for compensating plaintiffs at defendants' expense… ..tort law… can only be used to compensate plaintiffs when there are defendants deserving of punishment" Morris**, 1178. הדברים נאמרו בהקשר לדיני הנזיקין, אך כמובהר בהערה הבאה, הם יפים בה במידה גם ביחס לחובת הפיצוי בדיני החוזים. פרופ' **Corbin**, בחיבורו הידוע על דיני החוזים כותב דברים מאלפים אלה: **"There can be no doubt that the general purpose underlying the law of damages, whether they are given for a breach of contract or for a tort, is to promote security and to prevent disorder. This is true in whatever way we may measure the amount of damages to be recovered. All damages are in some degree punitive and preventive, but they are not so called unless they exceed just compensation for the harm that is actually suffered." Corbin**, 437-8. לדברי המלומד הטלת חובת הפיצוי על המפר נועדה להגשים שתי מטרות עונשיות מובהקות: האחת - השקטת הצורך של הנפגע בעשיית דין עצמי; השנייה - יצירת הרתעה מפני גרימת נזקים דומים בעתיד ובכך הבטחת ביטחון עסקי. **Corbin**, 33-34. הגדיל לעשות המלומד האנגלי הנודע Salmond, שבחר לכנות את תרופת הפיצויים "penal redress". לדבריו: **"The compensation of the plaintiff is... ..the instrument which the law uses for the punishment of the defendant." Salmond On Jurisprudence** (London, 12th ed., 1966, Fitzgerald Ed.) 103. האלמנט העונשי הגלום בחובת הפיצוי האזרחית לא נעלם גם מעיניהם של מלומדים בקונטיננט כבר במאה ה-19: **"The theoretical distinction between compensation and punishment has been controversial, especially among nineteenth-century Continental European scholars. According to one line of thought, the two concepts are closely related in the light of their common social function - the sanctioning of wrongful acts."** I. Englard, "Punitive Damages",ch. 11 in **The Philosophy of Tort Law** (Cambridge, 1993) 145, n. 4 and citations therein; see also: R. Demogue, "Validity of the Theory of Compensatory Damages" 27 **Yale L.J.** (1918) 585. הכרה במהות העונשית של המשטר האזרחי, לפחות בנזיקין, מצאתי גם בדבריו של מלומד ישראלי, אשר ציין, כי: **"..a tort system based on a fault principle as the criterion for the tortfeasor's duty to compensate his victim contains at its essence the concept of punishment."** S. Goldstein, "Punishment: Civil Style - A Comment" 25 **Isr. L.R.** (1991) 779, 780. ההכרה באפקט ההרתעתי והעונשי של הזכות לפיצויים עולה לעיתים אגב אורחא ובמשתמע אפילו מדברי מתנגדיה הקשוחים ביותר של הדוקטרינה, וזאת כביסוס לטענה שפסיקת תשלום עונשי אינה נדרשת בהכרח להגשמת מטרות העניש. כך, למשל, בעניין ***Rooks*** קבע הלורד דבלין, כי פסיקת תשלום עונשי באה בחשבון, אם בכלל: **"..only if.. ..compensation is inadequate to punish him** [the defendant] **for his outrageous conduct, to mark.. ..disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then it** [the jury] **can award some larger sum."** ***Rooks***, 1228. גם פרופ' Ghiardi, הידוע כמתנגד נחרץ של הדוקטרינה קבע, ש: **"Compensatory damages impose a tangible pecuniary burden on a tortfeasor which acts to deter him and others from similar conduct in the future."** **Ghiardi** (2), 418. גילוי נדיר של הכרה ברורה ומפורשת במשמעות העונשית של תרופת הפיצויים מצאתי בפסק דינו של בית המשפט העליון של קנדה בעניין ***Whiten***, בו נאמרו בעניין זה דברים מפורשים: **"Compensatory damages also punish. In many cases they will be all the "punishment" required."** ***Whiten***, para. 123 (Binnie, J.). האפשרות כי הטלת חובת הפיצוי על המזיק דווקא יסודה בטעמים עונשיים נדונה גם על ידי השופט ברק בספר **דיני הנזיקין**, בעמ' 8-27. עם זאת, המלומד מציין כי **"הגישה העונשית אינה מקובלת כיום. הנטייה היא להבחין בין התחום הפלילי שבו שולט רעיון ההענשה לבין התחום האזרחי בו אין עקרון זה חל." דיני הנזיקין**, 28.

nevo.co.il

לשון אחר: אשמו של הנתבע, המשתקף בפגיעה שפגע שלא כדין באינטרס מוגן של התובע (אשם משפטי, המשקף פעמים רבות גם אשם חברתי ומוסרי) הוא הוא העילה שבגינה מטילים עליו - במודע ובכפייה - את החובה לתקן את הפגיעה בתובע ולפצותו.[16]

אכן, עיון בהגדרות המקובלות של מוסד הענישה מעלה, כי כל מאפייניה המהותיים של הענישה (ובכלל זה הענישה הפלילית) מתקיימים גם שעה שבתי המשפט האזרחיים פוסקים תרופות אזרחיות. **הענישה היא פעולה מכוונת של רשות מוסמכת הגורמת לאדם שהפר (או נחשב כמפר) כלל משפטי כאב או תוצאה בלתי נעימה אחרת בשל הפרת הנורמה המשפטית**.[17] כפי שניתן לראות, מאפיינים אלה כולם ללא יוצא מן הכלל מתקיימים גם בהקשר האזרחי, כאשר ערכאה מוסמכת[18] מטילה על נתבעים סנקציות שליליות שונות (חיובים לפעול, לשלם סכומי כסף או להשיב טובות הנאה) בעקבות הפרות של חיובים אזרחיים ובתגובה ישירה להן או לתוצאותיהן המזיקות.[19]

---

16 האשם המוסרי והחברתי הגלום בהפרת חיוב אזרחי מגולם בעצם המושג "עוולה אזרחית" (wrong). בתחום החוזי נוהגים לדבר על "הפרה" (breach) ולא על "עוולה" (tort, delict), אך גם להפרת חוזה קונוטציות מוסריות שליליות, אם כי פחותות (להרחבה בנקודה זו ר' סע' 11.34 להלן). אמנם, במשפט האזרחי דרגת האשמה הנדרשת כתנאי להטלת אחריות היא בדרך כלל (אם כי לא בהכרח) פחותה מזו הנדרשת במשפט הפלילי, ופער זה מבוטא בעוצמתן הפחותה של הסנקציות האזרחיות, בהשוואה למקבילותיהן במשפט הפלילי. עם זאת, אין בכך כדי ללמד, שהאחריות האזרחית עשויה לקום גם בהעדר אשמה. אכן, משטר האחריות הטיפוסי בנזיקין מבוסס על אשמה חברתית ומוסרית של המזיק (שהתרשל, כלומר, חרג מסטנדרט ההתנהגות הסביר). הכרת דיני הנזיקין בעילות נזיקין שאינן טעונות הוכחת נזק (torts actionable per se) מתיישבת אף היא עם עקרונות של אשמה מוסרית, ואינה עולה בקנה אחד עם עקרונות כמו פיצוי או פיזור נזק. לנקודה ר': **Hall**, 976-7 אך יתרה מכך: **גם כאשר האחריות האזרחית מבוססת על משטר של אחריות חמורה** (כזה הוא משטר האחריות בחוזים, ובתחומים מסויימים גם בדיני הנזיקין, כגון תחום האחריות למוצרים פגומים) **עדיין הבסיס להטלתה הוא גרימה בלתי מוצדקת של נזק לזולת, הנתפסת כהתנהגות בת-אשמה: "Fault consists of the commission of an act that causes injury to another in the absence of justification… The causes of action of negligence and strict liability are placed within the same category.. the only difference.. is the means used to identify whether a wrongful act has been committed." Reisberg**, 319. תפיסה כזו עולה בקנה אחד עם תיאוריית ההדדיות של Fletcher, לדיני הנזיקין **"The general principle expressed in all of these situations** [intentional torts, negligence, strict liability].. **..is that a victim has a right to recover for injuries caused by a risk greater in degree and different in order from those created by the victim and imposed on the defendant - in short, for non-reciprocal risks."** G. Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory" 85 **Harv. L.R.** (1972) 537, 542; see also **Galligan**, n. 36: "**Even where liability is ostensibly not based opon fault as in strict products liability, the plaintiff still must show that a product was defective. Many courts define defective as unreasonably dangerous to normal use."** והשוו לסע' 2 ל**חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980**, המטיל אחריות חמורה על יצרן שייצר מוצר פגום. לביסוס הטענה כי גם במשטר של אחריות חמורה, כמו במשטר רשלנות, דרוש "אשם" מצידו של הנתבע ר': **Reisberg**, 319-23. מעניין לציין, שבשיטות קונטיננטליות רבות, בניגוד למקובל במשפט האנגלו-אמריקאי, הוכחת "אשמה" (במשפט הצרפתי - faute) מהווה תנאי לא רק לאחריות נזיקית, אלא אף לאחריות חוזית. לעניין זה ר' סע' 10.04(10).

17 מלומדים העוסקים בפילוסופיה של הענישה נרתעים בדרך כלל מהניסיון להציב הגדרות ברורות למושג הענישה, אך למעשה לא קיימת מחלוקת של ממש לגבי מהותה. להגדרות קלסיות של הענישה המשפטית ר': H.L.A. Hart, "Prolegomenon to the Principles of Punishment" in: **Punishment and Responsibility** (Oxford, 1968) 1, 4-5; **Salmond** (2) 199: **punishment: "The authoritative infliction of suffering for an offence."; Primoraz**, 1: **"...punishment can be defined as an evil deliberately inflicted qua evil on an offender by a human agency which is authorized by the legal order whose laws the offender has violated."; Galanter & Luban,** 1397: "**What is punishment? ..we can identify a core idea of "bad for bad," i.e., the deliberate imposition of a harm, injury, deprivation, or other bad thing on someone on the ground of the commission of some offence."** להגדרות מילוניות ר' למשל: **Webster's New World Dictionary** (N.Y., 1970) "**Punishment**: **a penalty imposed on an offender for a crime or wrongdoing**; **Penalty**: **1. a punishment fixed by law, as for a crime or breach of contract; 2. the disadvantage, suffering, handicap, etc. imposed upon an offender or one who does not fulfill a contract or obligation, as a fine or forfeit. 3. any unfortunate consequence or result of an act or condition."** ודוקו: בשפה האנגלית המונח offense ('עבירה') משמש בהוראה כללית של הפרת איסור חוקי, ולאו דווקא בהוראה צרה של הפרת איסור פלילי: **Webster, offense:** 1. "**a violation or breaking of a law or rule; transgression, sin; 2. a transgression of the criminal law, esp. one which is not a felony."** להגדרות עבריות למושגים אלה ר' **אבן שושן**, "**ענישה**: **הטלת עונש**"; "**עונש: "גמול על חטא, קנס-כסף או שלילת זכויות או גרימת כאב וצער למישהו על עבירה שעבר.**" המושג "**עבירה**" מוגדר באופן מעגלי תוך הפנייה למושג הענישה: "מעשה או מחדל שדינם ענישה."

18 גם כאשר מדובר בסעד עצמי (כדוגמת קיזוז, ביטול חוזה, וכו') שבו הנפגע הוא המפעיל את הסעד, עדיין הטלת הסנקציה על המפר נעשית מכוח הסמכות החוקית שניתנה לנפגע על ידי שיטת המשפט.

19 בספרו המפורסם של Packer על מגבלות הסנקציה הפלילית, מותח המלומד ביקורת על ההגדרה הקלסית של הענישה, המוצגת במאמרו של הרט, הנ"ל בהערה 18. Packer טען, שגרימת סבל בשל הפרת כלל משפטי איננה ענישה אם מטרתה **העיקרית** איננה גמול על הפרת החוק או מניעתן של הפרות חוק בעתיד. מכאן הוא מסיק, שסנקציות אזרחיות כדוגמת פיצויים אינן סנקציות עונשיות כלל. הכשל אצל Packer הוא בהתעלמות מהעובדה, שסנקצית הפיצויים הרגילה מוטלת **על נתבעים** במשפטים אזרחיים **בעיקר** משיקולים של גמול ומניעה, ולא משיקולים של H.L. Packer, **The Limits of The Criminal Sanction** (Stanford, 1969) 21-34, esp. 31.

nevo.co.il

נסכם אפוא ונאמר: מוסד התרופה האזרחית מקיים בעת ובעונה אחת שתי מטרות חשובות ונבדלות זו מזו: האחת - **תיקון ופיצוי** על הפגיעה הבלתי חוקית באדם בדרך של **הענקת תרופה**; השנייה - **ענישת הפוגע** על אותה פגיעה בדרך של **השתת סנקציה** שלילית עליו.[20] העמדת רציונל הפיצוי כעיקרון הבלעדי, ואפילו כעיקרון המוביל בדיני התרופות האזרחיים היא אפוא בלתי מדוייקת ואף מטעה, שכן היא מאירה רק 'צד אחד של המטבע', ומחשיכה לחלוטין את צידו האחר.[21]

2. החרפת השבר בפרדיגמה הקלסית: השפעת שיקולים עונשיים על היקף הסעד האזרחי

8.06 בדברים שלעיל ביקשתי לבסס את הטענה, כי גם התרופות המתקנות (רסטיטוטיביות) הקלסיות של המשפט האזרחי הינן בעלות מימד עונשי חשוב. אלא שבמצבים מסויימים ההיבט העונשי מתגלה ובא לידי ביטוי באופן מובהק עוד יותר. כוונתי למצבים שבהם דיני התרופות האזרחיים מאפשרים לבית המשפט האזרחי להתאים את עוצמת הסנקציה שתוטל על הנתבע - ושתיפסק לתובע - לדרגת האשמה המוסרית והחברתית המתגלה בהתנהגותו של הנתבע. אכן, בפרק ו' הראיתי כיצד מוסדות תרופתיים לא מעטים בדיני החוזים מטילים בהקשרים שונים - באופן מוסווה או גלוי - סנקציות ותרופות תוך התחשבות בדרגת אשמתם המוסרית של הצדדים.[22] והנה, מסתבר כי תופעה זו קיימת גם בדיני הנזיקין, ובקנה מידה רחב לא פחות, ואולי אף יותר מאשר בתחום החוזי. מספר לא מבוטל של כללי תרופות נזיקיים, במיוחד בתחום הפיצויים, מאפשרים לבית המשפט להגדיל או להקטין את היקף הסנקציה הכספית המוטלת על המזיק בהתאם לדרגת אשמתם המוסרית או החברתית של המזיק מחד גיסא, או של הניזוק מאידך גיסא: כאשר העוולה נעשתה ברשלנות, בתום לב או בנסיבות מקילות אחרות, וכן כאשר בהתנהגותו של הניזוק נפל פגם, ננקטת אמת מידה המקילה עם המזיק, והמצמצמת (ולעיתים אף מבטלת לחלוטין) את זכותו של הניזוק לתרופות. ולהיפך: כאשר העוולה בוצעה ביודעין וללא הצדקה סבירה כלשהי (ובהתנהגות הניזוק לא נפל מתום) תינקט אמת מידה המחמירה עם המזיק, והמיטיבה עם הניזוק.[23]

פיצוי (כמוסבר, רציונל הפיצוי מסביר את סוג הסנקציה ואת היקפה, אך לא את הטלתה על הנתבע). במילים אחרות, גם לפי הגדרתו של Packer התרופה האזרחית הטיפוסית מקיימת למעשה את הגדרת הענישה.

20 **Reisberg**, 323: **"The goal of providing security to members of society requires both reparation and admonition."; Note**, 524: **"Neither the compensatory nor the punitive theory offers a complete explanation of the law of torts; a full explanation requires reference to both."**

21 בספרות דיני הנזיקין המודרנית קיים זרם מרכזי, הדוגל בתפיסה שענף זה אינו ניתן לביאור על ידי עיקרון אחד ויחידי, וכי שיקולים שונים משמשים בערבוביה בעיצובו, כשמשקלם היחסי משתנה מהקשר משפטי אחד למשנהו ומתקופה לתקופה. לביקורת על הנסיונות להסביר את דיני הנזיקין באמצעות עיקרון יחיד ר': I. Englard, "The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory" 9 **J. of Leg. Stud.** (1980) 27; T. Schwartz, "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice" 75 **Texas L.R.** (1997) 1801. לדיון במגוון המטרות שניתן לייחס לדיני הנזיקין, לרבות מטרות של פיצוי ריצוי, הרתעה, חינוך ואפילו גמול ר' למשל: **I.E.**, Introd., 8: **"..the purposes of compensation and of restitution of the status quo ante are certainly predominant. … But in practice most legal systems more or less clearly acknowledge concurrent pruposes of liability which may join, reinforce or even supersede the main ones. Such.. ..are the declaration of rights, satisfaction.., punishment of the wrongdoer, actual and prenentive protection.. and deterrence and education of the wrongdoer, as well as preventing of his enrichment."** See also G. Williams, "The Aims of the Law of Tort" 4 **Curr. Leg. Probs.** (1951) 137; S. Stoljar, "The Purposes of Damages in Tort Law", in: **Essays on Torts** (Sydney, 1989, Finn Ed.) 243 (same). לתיאוריה דאונטולוגית-גמולנית של דיני הנזיקין ר' למשל מאמרו המפורסם של **Fletcher**. עם זאת, ההכרה המפורשת במימד העונשי הטבוע במשטר התרופות האזרחי היא נדירה יחסית. להכרה שכזו ר': **Galanter & Luban**, 1404: **"The disassociation of damage awards from punishment is compromised by the association of liability with fault or wrongdoing on the defendant's part."** וראו גם המקורות הישנים יותר המובאים בהערה 15 לעיל.

22 ר' סע' 6.14-6.23.

23 אזכיר בקצרה מספר דוגמות לכללים מעין אלה, הנהוגים בדיני הנזיקין האנגלו-אמריקאיים, ואשר למרביתם מקבילות במשפט הישראלי: **1)** הכלל המגביל את היקף החבות בפיצויים של מזיק שפעל תחת פטור (excuse). **2)** הכלל הפוטר לחלוטין מאחריות מזיק שפעל תחת צידוק (justification) אף כי מעשהו מקיים את יסודות העוולה הנדונה. לדיון בצמד כללים זה ר': **Reisberg**, 316-18 **3)** הכלל המאפשר חלוקת אחריות לנזק בין מעוולים (או בין המעוול לבין הניזוק) לא רק בקשר הסיבתי שבין התנהגות הצדדים לבין הנזק, אלא גם בהערכה המוסרית הכוללת של התנהגותם: **"המבחן לקביעת שיעור ההשתתפות ההדדית הקבוע בהוראת סעיף 84 לפקודת הנזיקין הוא "מידת האחריות". מושג זה פורש בפסיקה כנוגע בראש ובראשונה למידת האשמה ההדדית."** ע"א 3656/99

nevo.co.il

טרנסכלל נ. מ.א.ר. מסחר וספנות פ"ד נו(2) 344, 362. בהקשר החוזי ר' למשל עניין ***Eximin***, 87 (הנשיא שמגר): "..[לצורך חלוקת האחריות במסגרת הגנת האשם התורם] **יש להשוות הן את התרומה הסיבתית של כל אחד מהצדדים לנזק, והן את מידת חוסר תום הלב של כל אחד מהם.**" **4)** הכלל השולל את תחולתה של הגנת האשם התורם בעוולות כוונה (intentional torts) **Reisberg**, 326 & n. 116 **5)** כלל "הכוונה המועברת" (transferred intent) המאפשר לייחס אחריות בעוולת כוונה למזיק שהתכוון לפגוע בפלוני אך פגע באלמוני. **6)** הכלל המתיר התחשבות (לחומרה ולקולא) באשמתם המוסרית היחסית של הצדדים בעת שבית המשפט שוקל אם לפסוק פיצויים בגין נזק לא-ממוני ובאיזה שיעור לפוסקם (במיוחד בעוולות לשון הרע). **Reisberg,** 326. בישראל ר' למשל דברי השופט בך בעניין ***הוצאת מודיעין***, בעמ' 57: "**בפסיקת פיצויים יש משום מגמה עונשית ומגמה מחנכת ומרתיעה כאחד.**" ר' גם עניין ***פרידמן***, 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, שהתנהגות הנתבע היתה "**..התנהגות מרושעת, המצדיקה פסיקת פיצויים מירביים**". ר' גם עניין ***נוף***, 33, 35, שם נקבע כי הנתבע פרסם לשון הרע מתוך זדון ורדיפה אחרי סנסציות, באופן שהצדיק לדעת בית המשפט פיצויים במלוא סכום התביעה. יש הטוענים, כי התופעה קיימת למעשה גם בתביעות נזיקין רגילות בגין נזקי גוף, שעה שבית המשפט פוסק פיצוי בגין כאב וסבל. כך, למשל, במקרה אחד סרב בית המשפט לפסוק תשלום עונשי בשל רשלנות חמורה שגרמה לנזק גופני ונפשי חמור, אך יחד עם זאת ציין, ש: "**יהיה מקום לקחת בחשבון את חומרת התנהגותו הרשלנית של הצוות המטפל במסגרת פסיקת הפיצויים בגין הכאב וסבל... בנסיבות המקרה ניתן, אפוא, לתת ביטוי לגישה, שבפיצוי על כאב וסבל יש להביא בחשבון את עצמת חטאו של המזיק, וזאת בנוסף לסבל ולמשך הטיפול בריפויו.**" עניין ***מדום***, פסקה 6(א)+(ב). לעומת זאת, כאשר המזיק פעל בתום לב וללא זדון, עשוי בית המשפט להתחשב בכך לקולא גם כשהנזק הלא-ממוני שנגרם הוא משמעותי. ר' למשל ת.א. (י-ם) 1726/88 **יצחקוב נ. עיריית ירושלים** פ"מ תשנ"א (ב) 192, 6-205, שם הדגיש בית המשפט, כי שקל את מכלול הנסיבות "**ובמיוחד את העובדה, שהתובע היה הצד החף בכל האירוע, מצד אחד, ושהמפקח והעיריה** [הנתבעים] **לא פעלו בזדון, דהיינו, לא מתוך מניע פסול, מצד שני...**" לתיזה שלפיה מדובר בתופעה רחבת היקף במשפט האמריקאי ר': V.E. Schwartz, L. Lorber, "Twisting the Purpose of Pain and Suffering Awards: Turning Compensation into Punishment" 54 **S.C.L.R.** (2002) 47, esp. 65-68. לפסיקה רלבנטית בתחום החוזי ר' לעיל סע' 6.19. **7)** הכלל המתיר לפסוק "פיצויים מוגברים" בתואנה, לעיתים פקטיבית, כי התנהגותו המחפירה של המזיק מגדילה את נזקו האובייקטיבי של הניזוק. לעיל סע' 1.13 **8)** הכלל המגביל את היקף הזכות לפיצויים בעוולת לשון הרע של ניזוק שבהתנהגותו נפל פסול מוסרי בתואנה, לעיתים פקטיבית, כי התנהגות זו מעידה על כך ששמו הטוב נפגע עוד קודם לביצוע העוולה. במשפט האנגלי מילאה תפקיד זה דוקטרינת ה"פיצויים לבוז" (לעיל סע' 1.16). **9)** הכלל המתיר התחשבות בהתנהגות הצדדים בעת פסיקת הוצאות משפט. ר' לעיל סע' 6.21. **10)** הכלל המתיר במקרים של מצג שווא זדוני הנגוע בכוונת מרמה לאכוף על המעוול את קיום המצג, תוך חריגה מאמת המידה המסורתית המעניקה לניזוק אך זכות לעמוד היכן שהיה עומד אלמלא הוצג המצג. להלכה זו ר' ע"א 5610/93 **זלסקי נ. הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה** פ"ד נא(1) 68, 84. בית המשפט למד על אפשרות זאת מגישת המשפט האמריקאי, שאומצה בסע' 549 לרסטייטמנט השני על דיני הנזיקין, והכיר מפורשות ברציונל העונשי שלה. **11)** ההקשר החשוב ביותר מבחינה מעשית שבו מתחשבים בתי המשפט באשמתם המוסרית של הצדדים - אם כי על פי רוב בלא הצהרה מפורשת על כך - הוא ההקשר של מבחני הסיבתיות המשפטית והעובדתית ומבחני 'ריחוק הנזק'. מבחנים אלה מיושמים לא אחת באופן מגמתי כדי להקל עם מזיקים בעלי אשמה מופחתת, וכדי להחמיר עם מזיקים שפעלו ביודעין או בזדון. מחקר מקיף ומאלף שהצביע על נטייה כזו כבר בראשית המאה הוא: R.S. Bauer, "The Degree of Moral Fault as Affecting Defendant's Liability" 81 **U. Pa. L.R.** (1933) 586; R.S. Bauer, "The Degree of Defendant's Fault as Affecting the Administration of The Law of Excessive Compensatory Damages", 82 **U. Pa. L.R.** (1934) 583; see also **Morris**, 1175: **"Rulings on whether portions of the damages are "proximate" or "remote" consequences of a wrong are often a means of limiting or stretching "compensatory" judgments to serve the admonitory function better."**; תופעה זו זכתה בארה"ב להכרה מפורשת ברסטייטמנט: **"..responsibiliy for harmful consequences should be carried further in the case of one who does an intentionally wrongful act than in the case of one who is merely negligent or is not at fault…** [This] **principle applies.. to cause an intentionally wrongful tortfeasor to respond for compensatory damages in cases where, were he merely negligent, he would not be required to pay damages." Rest.** Torts, s. 435b, comment a. להכרה פסיקתית מפורשת במגמה זו ר' למשל: **Seidel v. Greenberg** 108 N.J. Super. 248, 262 (1969): **"It is well settled that where the acts of a defendant constitute an intentional tort or reckless misconduct.. ..the aggravated nature of his acts is a matter to be taken into account in determining whether there is a sufficient causal relation to plaintiff's harm.."**; see also: **Rest.** Torts, s. 501(2). **Tilbury**, 87 **"Reasoning.. ..by reference to the motive or intention of the defendant - will, no doubt, justify the exclusion of the remoteness limitation in many cases of intentional tortious conduct, even if <u>logically this means conceding a punitive element in tortious liability.</u>"**; התופעה קיימת גם מחוץ לארה"ב: בישראל הסביר פרופ' גלעד כי בשאלת הסיבתיות המשפטית מובאים בחשבון לא רק נתונים שעניינם בשאלת ההסתברות שמעשה עוולתי מסויים יגרום לנזק מסויים, אלא גם נתונים הנוגעים למידת אשמתו היחסית של הנתבע (בהשוואה לאשמתם של גורמים אנושיים אחרים המעורבים בגרימת הנזק): "**קיימת נטיה לתת משקל סיבתי גבוה יותר להתנהגות פגומה ביחס ישר לגודל הפגם** [המוסרי או החברתי]. **נטיה זו פועלת לרעת הנתבע כאשר התנהגותו היא הפגומה.. ופועלת לטובתו כאשר הפגם הוא בהתנהגות הניזוק או צד שלישי.**" **גלעד**, 23-21. המלומד מביא שם כדוגמה מובהקת לנטייה זו את ההלכה, לפיה רשלנות חמורה או מעשה מכוון של הניזוק או של צד שלישי מנתקים את הקשר הסיבתי בין העוולה לנזק, אלא אם כן המעוול עצמו חוטא באותה התנהגות פסולה. להלכה זו ר' גם **דיני הנזיקין**, 5-204. פרופ' גלעד מעיר שם, **ש"ההתחשבות בטיב המוסרי או החברתי של ההתנהגות אפשרית בהקשר הסיבתי גם כאשר מדובר באחריות חמורה ואפילו מוחלטת**". דברים אלה מחזקים את הסברה, שנטייה דומה קיימת, ולמצער אפשרית גם בתחום החוזי. יצויין, שגם בשיטות המשפט הקונטיננטליות מתחשבים בתי המשפט במידת אשמתו של המפר במסגרת מבחני ריחוק הנזק. בחלק מהמדינות מעוגנת פרקטיקה זו בהוראות מפורשות של הקודקס האזרחי. כך למשל, סע' 1107 לקודקס האזרחי של ספרד קובע, כי המפר חיוב שלא ב"תום לב" ("buena fe") או ברשלנות אלא מתוך זדון ("dolo") יחוב בכל נזק שהוא תוצאה טבעית של ההפרה, גם אם הנזק איננו צפוי. **Codigo civil: Comentarios y Jurisprudencia** (Madrid, 1991, Garcia Ed.) s. 1107. הסדר דומה קבוע בסע' 1223 ו-1225 לקודקס האזרחי האיטלקי, המבחין בין המזיק הזדוני, שחייב בפיצוי כל נזק ישיר ומיידי, לבין המזיק הרשלן, שחייב רק בפיצוי נזק צפוי. **Codice civile** (Roma, 1992, Gazzetta Ufficiale) s. 1223, 1225 נראה שתופעה זו קיימת בפועל גם בשיטות שבהן באופן רשמי היא נתפסת כמנוגדת ללשון הקודקס: **"In theory the court should not take into account the degree of fault involved in deciding the question** [of

קיומם של מוסדות עונשיים אלה - הן בדיני החוזים והן בדיני הנזיקין, מחזק ומגביר במידה משמעותית את רמת המובהקות העונשית של המשפט האזרחי.[24] אכן, כמוסבר לעיל, גם אלמלא היתה תופעה זו קיימת, עדיין היה טבוע במשטר התרופות האזרחי מימד עונשי חשוב. אלא שבהעדרם של אלה יכולתו של המשפט האזרחי לממש את מטרות הענישה היתה מוגבלת למדיי.[25] **הפעלת הדוקטרינות העונשיות הגמישות מהסוג הנדון כאן משפרת באופן משמעותי את היכולת לממש בהצלחה מטרות עונשיות במסגרת ההליך האזרחי**. כאמור, הטעם לכך הוא, שהן מאפשרות לבית המשפט ליצור מיתאם (קורלציה) הגיוני בין דרגת האשמה המוסרית והחברתית שהוא מוצא בהתנהגותו של צד לסכסוך, לבין עוצמת הסנקציה שתיפסק נגדו (או גודל הסעד שייפסק לטובתו).[26]

3. סדקים נוספים בפרדיגמה הקלסית

8.07 בשולי הדברים אבקש להצביע על מספר מגמות במשפט האזרחי המודרני, המטשטשות עוד יותר את ההבחנה בין תפקידי המשפט הפלילי לתפקידי המשפט האזרחי, גם בלא קשר לתופעות רחבות ההיקף שעליהן עמדתי עד כה. **ראשית**, בניגוד לרטוריקה האופיינית, שלפיה המשפט הפלילי והאזרחי מגינים על אינטרסים שונים, הרי בפועל קיימת חפיפה לא מבוטלת בין האינטרסים והערכים שעליהם הם מגינים. הדברים אמורים בפרט לגבי דיני הנזיקין, שבמרכזם ההגנה על אינטרסים גופניים ורכושיים, ואשר רבות מהעוולות המוגדרות בהם חופפות במידה חלקית ולעיתים אף מלאה איסורים הקבועים בחוק הפלילי.[27] **שנית**, למרות ההבדלים הברורים הקיימים בין הסנקציה הפלילית הטיפוסית (הרשעה ומאסר) לבין הסנקציה האזרחית הטיפוסית (סנקציה כספית) ראוי לציין כי הבחנה זו אינה מוחלטת, שכן: 1) הקנס הפלילי אף הוא סנקציה כספית; 2) במשפט האזרחי קיימות הוראות חוק הקובעות

---

remoteness] **but in practice it seems that it is used as a means of moderating the damages.." Marsh**, 328 (relating to french law); see also **I.E.**, Remedies, 95-6: **"..the courts tend to give expression to their disapproval of the misdeed by assuming that 12) certain consequences.. ..are not too remote.."** (relating to german law). לבסוף יצויין, כי יש לשער שהתחשבות בשיקול העונשי קיימת גם בעת שבית המשפט מפעיל את שיקול דעתו ומחשב או מעריך את גובה הפיצויים בגין נזק נתון שהוכחה אחריות לגביו, אם כי תופעה זו קשה יותר להוכחה. **"..the degree to which the defendant is at fault influences the size of the damages award.. ..by affecting the calculation of compensatory damages… This influence is possible because considerable flexibility exists at to 13) the extent of damages.." Reisberg**, 326 & n. 118. הוא הדין בעת שבית המשפט מיישם את הדרישה להוכחת הנזק ושיעורו ב"וודאות סבירה" ("reasonable certainty") תוך "הפליה לרעה" של נתבעים "אשמים" יותר, ותוך הקלה עם נתבעים אשמים פחות. **Bauer**, 592 & citations at n. 18. לתופעה בהקשר דוגמות ליישום מגמתי של דרישה זו בדיני הנזיקין והחוזים כאחד מועלות אצל: החוזי ר' גם: **Farnsworth**, 1214: **"In the second** [line of cases] **they** [the courts] **have relaxed or abandoned the requirement** [of certainty] **where the breach has been characterized as "willful", in spite of the general tenet that the amount of contract damages does not depend on the character of the breach." Rest.** Conts. (2) הכרה בתופעה זו מצוייה גם ברסטייטמנט על חוזים. s. 355, comment a: **"The willfulness of the breach may be taken into account in applying the requirement that damages be proved with reasonable certainty."** בתי המשפט גם מתחשבים במקרים רבים בעובדה שהנפגע אינו אשם, ואילו המזיק אשם, ומקילים את נטל הראייה הנדרש להוכחת הפיצויים בתביעות אזרחיות. לדיון נרחב יחסית בתופעה זו ר': S.M. Waddams, "Assessment of Uncertainties" 13 **J. of Contract Law** (1998) 55

[24] להבחנה בין רמות מובהקות שונות בסנקציות עונשיות ר' סע' 8.08 להלן.

[25] הטעם לכך הוא, שבהעדרן של טכניקות אלה היה היקפן של הסנקציות העונשיות (התרופות) נקבע ללא כל זיקה לקריטריונים עונשיים, אלא לאורו של עיקרון שאינו עונשי כלל - עקרון התיקון והפיצוי. במצב זה היכולת להגשים את מטרות הענישה: גמול ראוי, מניעה, הרתעה יעילה וכדומה, היא מוגבלת ביותר. הבעייה שיוצרת ההיצמדות לעקרון הפיצוי מבחינת כל אחד מצידוקי הענישה נדונה במסגרת פרק ז'.

[26] עם זאת, יש לשים לב, שגם דוקטרינות אלה אינן מאפשרות מימוש אופטימלי של מטרות הענישה. הטעם לכך הוא כפול: **ראשית**, כאמור, דוקטרינות אלה מוסוות לעיתים קרובות מאחורי רטוריקה קומפנסטורית, מה שפוגם ביכולתן להגשים את מטרות הענישה. **שנית**, למרות הגמישות הניכרת שהן מאפשרות לבית המשפט בקביעת היקף הסנקציות, היקפן המירבי של הסנקציות שניתן לפסוק במסגרת דוקטרינות אלה מוגבל עדיין, לפחות באופן פורמלי, על ידי קריטריונים לבר-עונשיים, כגון היקף הנזק (הממוני, הלא-ממוני, נזק ההסתמכות, הוצאות המשפט, וכו') שנגרם לתובע; היקף ההתעשרות שצמחה לנתבע שלא כדין כתוצאה מהפרת החיוב, וכיו"ב. כך למשל, כאשר הנזק שנגרם לתובע או הרווח שהפיק הנתבע קטן יחסית, אך הוא הופק אגב התנהגות מחפירה הראוייה לעונש משמעותי, לא ניתן יהיה להגשים בהצלחה את מטרות הענישה. לדיון בחסרונות אלה ר' גם סע' 7.95 לעיל. במקרים אלה נדרשת סנקציה עונשית מובהקת (כדוגמת התשלום העונשי) שעוצמתה נקבעת באופן בלעדי על ידי שיקולים עונשיים טהורים.

[27] הדוגמות הקלסיות הן פעולות של תרמית (הונאה ומרמה) תקיפה (תקיפה), הסגת גבול (הסגת גבול), גזל (גניבה), לשון הרע (לשון הרע), פגיעה בפרטיות (פגיעה בפרטיות), ועוד. בחפיפה זו הכיר אפילו Blackstone, אבי הפרדיגמה הקלסית: **"In all cases, the crime includes an injury: every public offense in also a private wrong.." Blackstone**, Book IV, p. 5.

nevo.co.il

קנסות בגין הפרת חיובים אזרחיים;[28] 3) במשפט האזרחי מוכרת במקרים מיוחדים הסמכות להטיל עונשי מאסר, בין בשל התחמקות מתשלום חובות, ובין בשל הפרת צווים שיפוטיים;[29] 4) במשפטים פליליים מוכרת כיום הסמכות לפסוק פיצויים לקורבן העבירה.[30] **שלישית,** גם במישור הדיוני קיים כרסום בהפרדה בין שני התחומים, שכן גם כיום מוכרת זכותו של היחיד, קורבן העבירה, לפתוח בהליכים פליליים או מעין פליליים בעבירות מסויימות;[31] וכנגד זאת ניתנת, כמובן, הזכות לתבוע בהליכים אזרחיים גם לרשויות הציבור.[32]

<u>ד. מודל אנליטי מוצע לביאור המורכבות העונשית של המשפט התרופתי האזרחי</u>

8.08 כפי שהראיתי לעיל, ההיבטים העונשיים במשפט האזרחי הם שונים ומגוונים. לדעתי, מורכבות עונשית זו ניתנת להבהרה ולביאור בדרך נוחה באמצעות הבחנה בין **שלוש רמות שונות של "מובהקות עונשית" המתקיימות בסנקציות משפטיות. <u>רמת המובהקות הראשונה</u>**, הנמוכה ביותר, **מתקיימת למעשה כל אימת שמוסד משפטי** נתון מקיים את הגדרת הענישה, היינו, **קובע סנקציה משפטית שלילית בתגובה להפרה של כלל משפטי**.[33] אולם, קביעת סנקציות עונשיות אינה מבטיחה בהכרח מימוש מוצלח של מטרות הענישה. כפי שהראיתי בפרק ז', היכולת לממש את מטרות הענישה במסגרת משטר התרופות האזרחי המסורתי הינה מוגבלת למדיי. שני טעמים עיקריים לדבר: **ראשית,** במסגרת משטר זה, לפחות להלכה, טיב הסעד האזרחי והיקפו נקבעים לאורו של קריטריון לבר-עונשי, הלא הוא עקרון השבת המצב לקדמותו. עובדה זו פוגעת באופן טבעי ביכולת להשיג את מטרות הענישה, שכן במצב זה אין אפשרות לשמור על מתאם הגיוני בין חומרת מעשיו של הנתבע לבין סוג ועוצמת הסנקציה שתוטל עליו

---

[28] הקנס האזרחי משולם לטובת המדינה ולעיתים גם לטובת תובע פרטי. השימוש בקנסות אזרחיים נרחב במיוחד בארצות הברית. ר': **Mann**, 1797-1801; **מן**, 53-248. בישראל תחום זה איננו מפותח, אך הוא קיים, במיוחד בתחום הפיסקלי. ר' **מן**, 9-256. לניסיון (בעייתי למדי) להבחין הבחנה מהותית בין "קנס אזרחי" לבין "קנס פלילי" ר' פסק דינו של השופט ברק בר"ע 277/82 **נירוסטה בע"מ נ. מ"י** פ"ד לז(1) 826. למהותם וחשיבותם של קנסות אזרחיים ומינהליים כאמצעי לאכיפת החוק ר' גם סע' 8.22 להלן וההערות שם.

[29] הדוגמה המובהקת לכך היא הסנקציות החמורות הקבועות ב**פקודת בזיון בית המשפט** על סרוב להעיד או סרוב לבצע צו שיפוטי של בית משפט אזרחי (מאסר, קנס, ירידה לנכסים). לדיון באמצעים עונשיים דיוניים אלה ונוספים המופעלים במשפט האזרחי המודרני ר' מאמרו של **Goldstein**.

[30] ר' סע' 79-77 לחוק העונשין (פיצוי למתלונן) והשווה להוראת סע' 11(1) ל**פקודת המבחן [נוסח חדש] תשכ"ט-1969** (חיוב נבחן בתשלום למתלונן כ"פיוס" או "פיצוי"). לאחרונה הכיר בית המשפט העליון, אגב דיון בהוראות הפיצוי בחוק העונשין, בכך ש"עקרון השבת המצב לקדמותו", המהווה עקרון יסוד במשפט הפרטי, היכה שורש גם במשפט הפלילי. ר' ע"פ 4466/98 **דבש נ. מ"י** פ"ד נו(3) 73, 102 (השופט חשין, פסקה 36 ואילך). לקריאה להרחבת השימוש בסמכות לפסוק פיצויים לקורבן העבירה ר': א' אלירם, "פיצויים לקרבן העבירה - הצעה לדגם חדש" **מחקרי משפט** יט (תשס"ב) 205. לסמכויות דומות במשפט האנגלי ר': G. Williams, **Textbook of Criminal Law** (London, 1978) 19-20. למצב במשפט הצרפתי ר': P. Herzog, **Civil Procedure in France** (Hague, 1967) 138. בארה"ב ר': A.T. Harland, "Monetary Remedies for the Victims of Crime: Assessing the Role of the Criminal Courts" 30 **U.C.L.A.L.R.** (1982) 52. לדיון פילוסופי בהיבטים המפצים של הענישה הפלילית ושל ההליך הפלילי ר' למשל: A. Ashworth, "Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State" 6 **Oxford J. Leg. Stud.** (1986) 86. כנזכר במקום אחר, בישראל שופטים רבים מכנים בטעות את הפיצוי לקורבן בהליך הפלילי "פיצוי עונשי". ר' סע' 1.04(18) לעיל. על הקושי להבחין בין המשפט הפלילי למשפט האזרחי לפי הסנקציה המוטלת במסגרתם עמד הפילוסוף Henry Hart: **"Is the distinction** [between crimes and civil wrongs].. **..in the peculiar character of what is done to.. criminals? The difficulty is that, with the possible exception of death, exactly the same kinds of unpleasant consequences.. ..can be and are visited upon unsuccessful defendants in civil proceedings."** H.M. Hart, "The Aims of the Criminal Law" 23 **L. & Contemp. Probs.** (1958) 401, 404.

[31] הדוגמה המובהקת לכך היא הליך הקובלנה הפרטית. ר' סע' 73-68 **לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982** (להלן - חסד"פ). בארה"ב קיים שימוש נרחב יחסית בהליכים אזרחיים-עונשיים שבהם הפרט מוסמך לפתוח בהליך פלילי או אזרחי-עונשי בשל הפרת חוקים מסויימים. לדיון בערוץ פרטי-עונשי זה ר' סע' 8.22 להלן וההערות שם. יתרה מכך, בעשורים האחרונים הולכת וגוברת הקריאה לשלב את הקורבן בהיבטים שונים של ניהול ההליך הפלילי, ובמדינות אחדות אף חלו רפורמות חשובות בנושא זה. בישראל ביטוי מובהק למגמה זו יש ב**חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001**, המעגן קשת נרחבת של זכויות לקורבנות ממעשי עבירה, כגון הזכות להגנה, הזכות לקבלת מידע על ההליך, זכות עיון בכתב אישום, זכות להבעת עמדה בעניינים שונים הקשורים לניהול ההליך הפלילי, ועוד. לדיון במגמה זו בארה"ב ר' למשל: J. Cardenas, "The Crime Victim in the Prosecutorial Process" 8 **Harv. J. L. & Pub. Pol'y** (1986) 357; K.L. Wainstein, "Judicially Initiated Prosecution: A Means of Preventing Continuing Victimization in the Event of Prosecutorial Inaction" 76 **Cal. L.R.** (1988) 728.

[32] השאלה איזה דין ("ציבורי", "פרטי" או שניהם גם יחד) חל על הרשות הציבורית המתדיינת בפני בית משפט אזרחי אינה נקייה מספקות גם היום, והושארה עד כה בצריך עיון בפסיקת בית המשפט העליון. ר' למשל בג"צ 5319/97 **קוגן נ. הפצ"ר** פ"ד נא(5) 67. השאלה איננה תיאורטית בלבד, שכן גם בהנחה (הנראית בעיני כסבירה) שלפיה שתי מערכות הדינים חלות על הרשות הציבורית בעת ובעונה אחת, עדיין נשאלת השאלה מהו הדין שיגבר במקרה של סתירה, והאם רשאית הרשות הציבורית בכל מקרה ליהנות מהדין הנוח לה, או שמא זכות זו צריכה לעמוד דווקא לבעל הדין הניצב מול הרשות.

[33] להבהרת הנקודה ר' סע' 8.05(18) לעיל.

nevo.co.il

בגינם.[34] **שנית,** כידוע, לשם זכייה בתרופת הפיצויים, אין די בהפרת זכותו של התובע, ובדרך כלל יש צורך להוכיח בנוסף, כי ההפרה גרמה לתובע נזק ממשי. דרישה זו אף היא מכבידה על היכולת להגשים את מטרות הענישה, שכן היא חוסמת את האפשרות להעניש נתבעים שהפרו את חיוביהם, ואולי אף סיכנו את התובע באופן ממשי, אך לא גרמו לו לנזק מוחשי בר-הוכחה. משטר התרופות הבסיסי במשפט האזרחי, הוא אפוא משטר עונשי בעל רמת מובהקות נמוכה למדיי, לפחות להלכה.

<u>רמת המובהקות השנייה</u>, רמת הביניים, **מתקיימת כאשר המוסד התרופתי הנדון מאפשר התחשבות בשיקולים עונשיים הן בקביעת המבחן להטלת אחריות, והן בקביעת סוג הסעד והיקפו.** בקטגוריית ביניים זו נכללות דוקטרינות המאפשרות לבית המשפט האזרחי - בכפוף למגבלות המיוחדות המאפיינות אותן - להגמיש את משטר התרופות המסורתי כדי לשרת טוב יותר את מטרות הענישה. אלא שבמסגרת רמת ביניים עונשית זו מידת ההתחשבות בשיקולים העונשיים היא עדיין מוגבלת, שכן הן הזכות לסעד והן היקפו מושפעים עדיין גם משיקולים לבר-עונשיים, כמו היקף הפגיעה בתובע, היקף התעשרות הנתבע, וכיו"ב.[35]

<u>רמת המובהקות העונשית השלישית</u>, והגבוהה ביותר, מתקיימת שעה ששיקולים עונשיים טהורים מכתיבים באופן בלעדי (או כמעט בלעדי) הן את המבחן להטלת האחריות, והן את סוג הסנקציה ועוצמתה. בקטגורייה זו נכללות הסנקציות הפליליות הטיפוסיות (מאסר, קנס, ועונשים פליליים נוספים), וכן קנסות אזרחיים למיניהם וביניהם התשלום העונשי, מושא מחקר זה. מובהקותן העונשית של סנקציות אלה היא גבוהה, שכן במסגרתן מובטחת הגמישות המירבית הדרושה ליצירת מיתאם טוב בין דרגת האשמה המוסרית והחברתית המיוחסת לצדדים המעורבים (בענייננו - למפר הנתבע) לבין סוג ועוצמת הסנקציות/הסעדים שבהם יחוייבו/יזוכו. מיתאם זה מאפשר מטבע הדברים הגשמה מיטבית של מטרות הענישה.[36]

המודל האנליטי שפרשתי כאן מאפשר להבין מחד גיסא את כוחו וקיסמו של הטיעון המושגי, ומאידך גיסא את הכשל הטמון בו. את כוחו הלכאורי שואב הטיעון המושגי מהעובדה (הנכונה), ש**רמת המובהקות העונשית של התשלום העונשי אכן גבוהה במידה משמעותית מרמת המובהקות העונשית של יתר הדוקטרינות התרופתיות הנוהגות במשפט האזרחי**. אולם כאן נעוץ גם הכשל שבטיעון המושגי: הוא מתעלם לחלוטין מכך שיתר התרופות האזרחיות אף הן בגדר סנקציות עונשיות, ואף הן נועדו לשרת ומשרתות בפועל - במידה זאת או אחרת של הצלחה - את הצורך החברתי בענישת התנהגויות בלתי רצויות. תובנה זו, ובמיוחד ההכרה בתפקיד המשמעותי שממלאות (במוסווה או במוצהר) הדוקטרינות הנכללות בקטגוריית הביניים (מובהקות עונשית בינונית) מוליכה למסקנה, כי הענישה אינה זרה למשפט האזרחי כלל ועיקר.[37] על רקע האמור, נראה שמוסד התשלומים העונשיים איננו נטע זר

---

[34] לדיון בדרישת המידתיות ר' סע' 7.13 ואילך.

[35] לבעיות אלה ר' סע' 7.95 לעיל. דוקטרינות עונשיות מסוג זה נסקרו בהרחבה בתחום החוזי בסע' 6.14 ואילך. לדוקטרינות מקבילות בנזיקין ר' הערה 23 לעיל.

[36] אמנם, ניתן לטעון, שגם מובהקותן העונשית של סנקציות אלה מוגבלת במידה מסויימת, שהרי היקפן מוגבל בסופו של דבר במרבית המקרים בתקרת מקסימום (ולעיתים גם מינימום) הקבועה בחוק. ביקורת זו מאבדת מכוחה ככל שהעונש המירבי או המזערי נקבע אף הוא לאורם של שיקולים עונשיים (למשל, הצורך בהבטחת מדרגיות ומידתיות בענישה). מבחינה זו התשלום העונשי הוא דוקטרינה עונשית מובהקת עוד יותר מאשר הסנקציות הפליליות הטיפוסיות, שכן לפחות במתכונתה המסורתית, אין היא מטילה מגבלות כלשהן על היקף התשלום העונשי שחבר המושבעים או בית המשפט מוסמכים לפסוק. עם זאת, כפי שראינו, קיימת כיום נטייה להגביל את הסכומים הנפסקים, ולקבוע תקרות גמישות בחקיקה או בפסיקה. לעניין זה ר' סע' 7.15(60).

[37] ודוקו: ככל שהשימוש הנעשה בדוקטרינות אלה בפרקטיקה השיפוטית הוא ליברלי, גמיש מרחיב ונועז יותר, כן עולה בהתאמה רמת המובהקות העונשית שלהן, ומתקרבת לרמת המובהקות שמקיימות הסנקציות בקטגורייה השלישית.

nevo.co.il

בדיני התרופות האזרחיים, אלא רק מבטא באופן מובהק וגלוי יותר את אותם יסודות עונשיים, העוברים כחוט השני לאורכו ולרוחבו של המשפט האזרחי התרופתי.[38]

ה. הטיעון המושגי בפרספקטיבה היסטורית - הערה מסכמת

8.09 העיון ההיסטורי מלמד, שהפרדיגמה הפלילית/אזרחית השתרשה בחשיבה המשפטית המודרנית לא רק כתוצאה משינויים אובייקטיביים במבנה המערכת המשפטית המודרנית, אלא במידה רבה גם בהשפעת הלך הרוח הכללי שאפיין את המאות ה-18 וה-19. האידאולוגיה הליברלית, האמונה בכוחה של המדינה להגן על הפרט בכוח המנגנון הפלילי בלבד, והנטייה האינטלקטואלית הכללית להפוך את המשפט למדע מדוייק, הביאו יחד להאדרת מעמדה של הדיכוטומיה הפלילית/אזרחית.[39]

---

[38] במילים אחרות, המחלוקת האמיתית סביב ההכרה בתשלום העונשי, איננה למעשה מחלוקת עקרונית על שאלת הלגיטימיות של הענישה במשפט האזרחי, אלא מחלוקת קונקרטית על שאלת הדרגה, המידה והצורה שבה ראוי להפעיל ענישה בהליך אזרחי. אכן, כיום, יותר מבעבר, ניתן למצוא תמיכה בטענתי, כי הטיעון המושגי העקרוני כנגד הדוקטרינה אינו יכול לעמוד. ר' למשל: G.S. Pipe, "Exemplary Damages after Camelford" 57 **Modern L.R.** (1994) 91, 97: **"the theoretical separation of the roles of criminal and civil law is largely illusory…; ..both .. ..denounce and either may result in stigmatization.. ..both.. ..signal disapproval of the conduct… All that can be said is that the defendant-directed responses of the criminal law are more developed.."; Cane** 306: **"Clearly, there is no watertight division of functions as between civil law and criminal law. …if we accept deterrence as a proper function for civil law and as a justification for punishment, there seems no reason why punishment should be excluded, as a matter of principle, from the deterrent armoury of the civil law."; Harris**, 1090, 1095; **"..the civil\criminal law distinction itself has never been descriptively accurate; ...because the boundaries between tort law and criminal law are so fluid, it is difficult to assert as a descriptive matter that punitive damages somehow violate a clearly demarcated border."; Reisberg**, 305: **"Only when compensation is posited as the primary goal of tort law do punitive damages appear anomalous. To define the purposes of tort law in so narrow a fashion, however, would be to ignore the tort law's broader goal of protecting individuals against wrongful interference.."** הכרה שיפוטית נדירה בחולשותיו של הטיעון המושגי מצאתי בעניין ***Cassell*** **Wilberforce** בדעת המיעוט של הלורד: **"It cannot be lightly taken for granted, even as a matter of theory, that the purpose of the law of tort is compensation… ..or that there is something inappropriate or illogical or anomalous.. ..in including a punitive element in civil damages."** ***Cassell***, 1114. הטיעון המושגי נדחה על ידי אחד מגדולי המלומדים הצרפתיים כבר בראשית המאה ה-20: **Demogue**, 592: **"the domains of penal and of civil law - which have been gradually distinguished in the course of civilization - are not absolutely separated categories… ..it is proper in some cases to establish a private penalty (punitive damages).."**; see also **Morris**, 1177: **"So punishment in tort actions is not anomalous (if anomalous means unusual); and punitive damage practice is only one of many means of varying the size of money judgments in view of the admonitory function."**

[39] היטיב לתאר זאת פרופ' Birks: **"At some point in the rise of the efficient and infinitely resourced western European nation state, the view took hold that the national bureaucracy could be relied upon to do all the punishing and avenging that was necessary. This manifested itself in ostensibly logical doctrine concerning the natural role of the law of civil wrongs. Properly understood, civil wrongs should not meddle with punishment and deterrence. Roman law, with its penal law of civil wrongs, was branded as in this matter curiously immature. It had failed to detach itself from the primitive urge to private vengeance. Declining resources now expose this as no more than a choice made at a time of faith in the power, efficiency and benignity of the state." Birks**, p. viii. לזיקה ההיסטורית בין התבססות הליברליזם המערבי לבין השתרשות הפרדיגמה הפלילית/אזרחית ר': M.J. Horwitz, "The History of the Public\Private Distinction" 130 **U. Pa. L.R.** (1982) 1423, 1423-6; see also A.P. Harris, "Rereading Punitive Damages: Beyond the Public\Private Distinction" 40 **Ala. L.R.** (1989) 1079, 1095-7, 1096: **"..why has the analysis lingered so long? A major reason.. ..I suspect, is the normative force of the public\private distinction. In the age of liberal legalism.. ..legal theorists reshaped jurisprudence to conform more closely to certain principles identified with liberalism."** בקונטיננט החלה הפרדיגמה מתבססת כבר במאות ה-17 וה-18 בהשפעת אסכולת המשפט הטבעי. לתיאור המגמות והגורמים ר': **Merryman**, ch. 14 כאמור, גורם נוסף שהביא להדגשת הדיכוטומיה הוא הנטייה האינטלקטואלית הכללית שאפיינה את התקופה, ליצור ולטפח הבחנות עיוניות גורפות (משפט פלילי מול אזרחי; ציבורי מול פרטי; דיני חוזים מול נזיקין; משפט דיוני מול מהותי; וכו') ולנסות להסביר מוסדות משפטיים באמצעות רציונל אחד ויחיד: **"..our thinking about tort law has been tailored to unitary theories. In that process, the goals of tort law have been separated from criminal law."** **Parlett**, 782. להרחבת הדיון בנטייה אינטלקטואלית זו, ובהשפעתה על עיצוב הכלל האוסר על פסיקת תשלום עונשי בתביעות חוזיות ר' סע' 2.16 לעיל. ניתן אפוא לראות, שהגורמים ההיסטוריים שהשפיעו על עיצוב הפרדיגמה הפלילית/אזרחית הם אותם הגורמים שהשפיעו - באותה תקופה ממש - על עיצוב התיאוריה הקלסית של דיני החוזים. לדיון בגורמים אלה ר' סע' 2.13, 2.14, 2.16 לעיל.

nevo.co.il

מעניין לציין, שכבר בראשית הדרך, זכה הניסיון המאולץ (אך המוצלח, יש להודות) ליצור חיץ רעיוני ופונקציונלי ברור בין שני התחומים לביקורת אקדמית חריפה מצד משפטנים ופילוסופים מהשורה הראשונה.[40] במהלך המאה ה-20, בהשפעת הריאליזם האמריקאי, התגברו במידה משמעותית קולות הביקורת על הדיכוטומיה הפלילית/אזרחית.[41] מגמה זו הולכת ומתחזקת בעשורים האחרונים, עם ההכרה הגוברת במגבלות כוחה של המערכת הפלילית, במורכבותו הרעיונית של המשפט האזרחי, ובקשרים שבין משפט ציבורי למשפט פרטי.[42] מגמה

---

40 בנת'האם הבהיר בכתביו, שכל סנקציה משפטית המוטלת על נתבע, בין אם היא מוגדרת כ"פיצוי" ובין אם היא מוגדרת כ"עונש", מהווה רעה ("evil"), ולפיכך ראוי לשייכה לתחום העונשי-פלילי. הוא הגדיר כ"משפט עונשי" (penal law) את כל הנורמות הקובעות חובות משניות (מטילות סנקציות) וכ"משפט אזרחי" (civil law) את מכלול החובות הראשונית המוטלות על האזרח: J. Bentham, **The Limits of Jurisprudence Defined** (N.Y., 1945, Everett Ed.) ch. 1 ("Distincion between Penal Law and Civil Law") reprinted in C. Morris, **The Great Legal Philosophers** (Philadelphia, 1959) 274. אוסטין אף הוא ביטל לחלוטין את ההבחנה בקובעו, שסנקציות משפטיות אזרחיות ופליליות נועדו להגשים תכלית עיקרית אחת משותפת - מניעת התנהגויות בלתי רצויות, וכי ההבחנה בין משפט אזרחי למשפט פלילי היא הבחנה דיונית ופרגמטית בלבד, ולא הבחנה מהותית. ובלשונו החדה כתער: **"..Blackstone's statement of the distinction is utterly untenable. All offences affect the community, and all offences affect individuals. …**[the distinction between crimes and civil injuries lies in] **difference of procedure, and not in any distinction between the tendencies of the acts; ..the difference between civil injuries and crimes, can hardly be found in any difference between the ends or purposes of the corresponding sanctions."** J. Austin, **Lectures on Jurisprudence** (1873) (London, student's edition, Campbell Ed., 1920) 196, 251. הרחיק לכת השופט האמריקאי הנודע הולמס, שסבר (לדעתי, בטעות) שעקרונות האחריות בתחום הפלילי והאזרחי זהים בעיקרם: **"..the general principles of criminal and civil liability are the same." Holmes**, 44. לדיון ביקורתי נרחב ביחסו של הולמס להבחנה הפלילית-אזרחית ר': **Hall**, 760-75. ביקורות דומות על ההבחנה בין משפט אזרחי ופלילי נשמעו באותה תקופה גם בקונטיננט. לעיל הערה 15.

41 תומך מובהק בביקורת זו היה פרופ' מוריס כהן, אבי הגישה ה"ציבורית" למשפט הפרטי בכלל ולדיני החוזים בפרט. כהן טען ש: **"We thus may view the law of contract not only as a branch of public law but also as having a function somewhat parallel to that of the criminal law. Both serve to standardize conduct by penalizing departures from the legal norm."** M.R. Cohen, "The Basis of Contract" 46 **Harv. L.R.** (1933) 553, 589. הפילוסוף הנרי הרט הגיע בשעתו למסקנה, ששום מאפיין של ההליך הפלילי אינו מייחד אותו מההליך האזרחי, למעט אלמנט הגינוי הטבוע בו והמצדיק את קיומו. **Hart** H., 402-5. קשיי ההגדרה של היחס בין המשפט הפלילי לבין דיני הנזיקין הביאו מלומדים חשובים למסקנה, שאין בנמצא הגדרה משביעת רצון שתוכל לתחם אותם זה מזה בצורה מועילה. ר' למשל: **Winfield**, ch. 8 ("Tort and Crime") הצגה קיצונית של עמדה ספקנית זו מצאתי בפתחו של ספר טקסט חשוב על משפט פלילי: **"There is indeed no fundamental or inherent difference between a crime and a tort." Kenny's Outlines of Criminal Law** (Cambridge, 19th ed., 1966) 1.

42 לביקורת מודרנית על ההבחנה הכללית בין משפט ציבורי למשפט פרטי ר': C. Harlow, ""Public" and "Private" Law: Definition without Distinction" 43 **Modern .L.R.** (1980) 241. לנסיון התמודדות עם הבעייה ר': P. 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, 1987 Eekelaar & Bell Eds.) 57. הביקורת על הדיכוטומיה הפלילית\אזרחית זוכה לעיתים להד גם בפסיקה המודרנית: **"The bright line.. ..between the civil and criminal law is in fact artificial." Tuttle v. Raymond** 494 A.2d 1353, 1356 (Me. 1985). לפער בין התודעה הציבורית-פוליטית כי להבחנה יש עדיין חשיבות ומשמעות, לבין הנסיגה המשמעותית במעמדה בקרב האקדמיה האמריקנית ר': R.H. Mnookin, "The Public\Private Dichotomy: Political Disagreement and Academic Repudiation" 130 **U. Pa. L.R.** (1982) 1429. למגמות דומות בישראל ר' למשל: ד' ברק, "משפט ציבורי ומשפט פרטי - תחומי גבול והשפעות-גומלין", **משפט וממשל** ה' (תש"ס) 95; הנטייה למיזוג והרמוניזציה בין המשפט הציבורי והפרטי ניכרת היטב בכתיבתו השיפוטית והאקדמית של השופט ברק. ר': ע"א 294/91 **חברת קדישא נ. קסטנבאום** פ"ד מו(2) 464, 530: **"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.."** והשווה לדברי השופט רבלין בעניין **אסף**, בעמ' 9-478: **"עצם ההבחנה בין המשפט האזרחי לבין המשפט הפלילי, בין המשפט הפרטי לבין משפט הציבור היא הבחנה יחסית; ההבחנה בין עונש לתרופה, בין סנקציה לסעד, היא, בעיקרו של דבר, פועל יוצא של הבחירה, שעושה שיטת המשפט, בין הותרתו של ענין מסוים לפרט לענות בו, לבין הבאתו למשפט הציבור. משפט הפרט ומשפט הציבור עשויים להתערב זה בזה וההבחנה ביניהם עשויה לעתים להתעמעם."** חלוקת התפקידים המסורתית בין המשפט האזרחי למשפט הפלילי נזנחה לחלוטין על ידי חסידי הגישה הכלכלית למשפט, הסבורים שלשניהם מטרה אחת ויחידה: הרתעה יעילה. ר' למשל: **Posner**, 103, 209: **"..the fundamental function of contract law is to deter people from behaving opportunistically towards their contracting parties.."; "..compensatory damages… ..paid to the victim… ..**[are] **essential to the maintenance of the tort system as an effective deterrent to negligence."** גם Calabresi הגדיר את ההרתעה (כללית וספציפית) כאחת משלושת האמצעים להשגת מטרת העל של דיני התאונות (שהיא - מיזעור עלויותיהן של תאונות ושל אמצעי מניעתן). **Calabresi**, 26-27. עם זאת, גם כיום ניתן למצוא תומכים אוהדים ומגינים נאמנים להבחנה הפלילית/אזרחית, אם כי דומה שהם הולכים ומתמעטים. לנסיונות מודרניים לשמר את ההבחנה ולנסות לספק לה הצדקות ערכיות ר' למשל: J.C. Coffee, "Does Unlawful Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort\Crime Distinction in American Law" 71 **B.U.L.R.** (1991) 193; J.C. Coffee, "The Blurring of the Criminal and Civil Law Models - and What Can Be Done About It" 101 **Yale L.J.** (1992) 1875 (criminal law prohibits, while civil law only prices); R.W. Drane, D.J. Neal, "On Moral Justifications for the Tort\Crime Distinction" 68 **Cal. L.R.** (1980) 398 (analyzing failure of various justifications for the distinction, and proposing notions of freedom from fear and anger as possible rationales for criminal liability); P.H. Robinson, "The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert" 76 **B.U.L.R.** (1996) 201 (criminal law's moral credibility sends condemnatory messages while civil law does not). תיאוריות אלה לוקות כולן באותו ליקוי בסיסי: הן

nevo.co.il

זו תומכת בטענתי, כי קיים הכרח להשתחרר מכבליו של הטיעון המושגי נגד ענישה אזרחית, ולבחון מחדש ובאופן ענייני את שאלת ההצדקה האפשרית לשימוש בסנקציות עונשיות מובהקות במשפט האזרחי.[43] לבחינה מעין זו נפנה עתה.

II. הטיעון הליברטני נגד ענישה אזרחית

8.10 האידאולוגיה הליברלית היא אחד הגורמים החשובים שעמדו מאחורי השתרשות הפרדיגמה הפלילית/אזרחית במחשבה המשפטית, ואשר הזינו את הטיעון המושגי נגד הדוקטרינה.[44] בשורות הבאות אבחן שתי גירסות שונות של הטיעון הליברטני נגד ענישה אזרחית.[45] הערכה ביקורתית של טיעונים אלה תביאני למסקנה, שאין בכוחם כדי להצדיק הימנעות גורפת משימוש בסנקציות עונשיות מובהקות במסגרת המשפט האזרחי.

א. הטיעון הליברטני הגורף: בספירה האזרחית הענישה היא "מחוץ לתחום"

1. *הצגת הטיעון*

8.11 במרכז האידאולוגיה הליברטנית עומדת ההכרה בחירותו של היחיד כערך עליון, ובצורך החברתי להגדיר מרחבי פעולה פרטיים, שבהם היחיד חופשי לעשות כרצונו בלא התערבות החברה והשלטון.[46] בתפיסה זו נתפס כמובן מאליו הצורך ביצירת חיץ ברור בין מרחבי פעולה "ציבוריים" שבהם היחיד חשוף לביקורת מצד הקהילה על התנהגותו, לבין מרחב הפעולה ה"פרטי" שלו, שבו הוא רשאי לפעול כרצונו בלא חשש מתגובה חברתית שלילית על מעשיו. בעוד שבתחום ה"ציבורי" רשאית המדינה לפעול להשגת מטרות כלל-חברתיות ולכוון התנהגות, הרי בתחום ה"פרטי" מתמצה תפקידה בהגנה על קניינו וזכויותיו של הפרט - זאת ותו לא.[47] מניסוח ליברטני קלסי זה אין קושי לגזור טיעון גורף נגד ענישה אזרחית: בעוד שבתחום הציבורי-פלילי הטלת סנקציות עונשיות בתגובה להתנהגות אנטי-חברתית עשויה להיחשב ככורח בל-יגונה, הרי שבתחום הפרטי-אזרחי מקומה לא יכירנה.[48]

2. *ביקורת הטיעון*

8.12 לדעתי, הטיעון הליברטני במתכונתו הגורפת אינו יכול לעמוד, בעיקר משום שהנחת היסוד שלו בדבר קיומה של הפרדה בין "מרחב ציבורי" ל"מרחב פרטי" אינה אלא אשלייה. **ראשית**, כידוע, הפרת החוק הפלילי גוררת בדרך

נכשלות בזיהוי האלמנטים העונשיים-הרתעתיים-חינוכיים הקיימים במשפט האזרחי. בנוסף, הן נכשלות בזיהוי מגבלותיו של המשפט הפלילי בהעברת מסרים עונשיים וחינוכיים ביחס להתנהגויות מסויימות. מגבלות אלה תידונה בהרחבה בחלקו השני של הפרק.

43 הצהרה נדירה וברורה בדבר תפקידה הלגיטימי של הענישה במשפט האזרחי ניתנה לאחרונה בבית המשפט העליון של קנדה: **"Punishment is a legitimate objective not only of the criminal law but of the civil law as well."** ***Whiten***, para. 37 (Binnie, J.). הטיעון המושגי נגד ענישה אזרחית נדחה מפורשות גם בדו"ח הוועדה הקנדית שעסקה בנושא: **"..there is no merit to the argument that punishment is, or should be, precluded *a priori* from the law of torts… Whatever other objections might be made to punitive damages in tort, they are not buttressed by *a priori* arguments." Canadian Report**, 39-40 (39)8.09 לעיל.

44 לעניין זה ר' סע' 8.09 לעיל.

45 המושג "ליברטניזם" מקובל כיום לתיאור גישות קיצוניות יחסית בתוך קשת הגישות הליברליות. להבחנה בין ליברליזם 'רך' לבין ליברטניות (או ליברטריאניזם) ר' למשל: A.T. Kronman, "Contract Law and Distributive Justice" 89 **Yale L.J.** (1980) 472, 473 & n. 8, 9.

46 לניסוחים קלסיים של העיקרון הליברטני ר' למשל: M. Rosenfeld, "Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory" 70 **Iowa L.R.** (1985) 769, 787; **Harris**, 1096 & citations at n. 71. להצגה קלסית של תפיסה ליברטריאנית ר': R. Nozick, **Anarchy, State and Utopia** (N.Y., 1974). לדיונים כלליים באידאולוגיה הליברלית והאנדיווידואליסטית ר' המקורות המובאים בסע' 7.25(110) לעיל.

47 **"Classical American jurisprudence reflected liberal influences… The function of private law was not to regulate individual behaviour, but merely to create "zones of free conduct". Harris,** 1098. לגזירת ההבחנה בין משפט ציבורי למשפט פרטי מעקרונות הליברליזם ר': **Harris,** 1096-7 & citations at n. 73, 74.

48 ביטוי מובהק לתפיסה זו יש בפסק הדין ***Fay***: **"the idea of punishment is wholly confined to the criminal law..; …infliction of pecuniary punishment** [in a civil case]**.. ..is theoretically more obnoxious.. ..than that** [view] **which considers damages merely as a compensation… It would also seem to savor somewhat of judicial legislation in a criminal department.."** ***Fay***, 382, 362 (citing Judge Bouvier's Law Dictionary).

nevo.co.il

כלל תוצאות משפטיות גם בתחום האזרחי.[49] להבחנה בין פעילות ב"ספירה הציבורית" לבין פעילות ב"ספירה הפרטית" אין אפוא כל אחיזה במציאות המשפטית, שכן בפועל מרבית ההתנהגויות הפליליות מתרחשות בעת ובעונה אחת בשתי הספירות גם יחד. **שנית**, גם הליברטן אינו חולק על כך, שמטרת המשפט האזרחי היא לספק לפרט הגנה מפני פגיעה בזכויותיו, על ידי חיוב הפוגע בתיקון ובסילוק תוצאות ההפרה. אולם עצם הטלת חיוב זה על המפר מגבילה את חירותו, ומשקפת את תגובתה העונשית של המדינה על התנהגותו הפסולה.[50] עולה אפוא, שגם התפיסה הליברלית הקלסית מכירה למעשה (אם גם לא תמיד להלכה ובאופן מוצהר) בצורך לנקוט פעולות עונשיות לא רק "בתחום הציבורי" אלא גם "בתחום הפרטי".[51] **שלישית**, בהנחה שטעמים ליברליים עשויים להצדיק ענישה לבר-מפצה של מפרים מחפירים,[52] אין זה מובן מאליו, כי בראייה ליברטנית עדיף להפעיל ענישה כזו במסגרת המשפט הפלילי דווקא. נהפוך הוא, נראה שדווקא הענישה האזרחית מגשימה בצורה טובה יותר את עקרון היסוד הליברלי בדבר הצורך למזער הפגיעה בחירות הנענש.[53]

ב. הטיעון הליברטני הממוקד: הענישה האזרחית אינה מבטיחה הגנה מספקת על חירות הנענש

1. הצגת הטיעון

8.13 גם בהנחה שהפרות מחפירות מצדיקות סנקציות עונשיות לבר-מפצות, ניתן לטעון כי ענישה זו חייבת להתבצע במסגרת ההליך הפלילי בלבד, שכן רק במסגרתו מובטחת הגנה ראוייה על חירותם של מי שנחשדים בהפרת זכויות. אכן, ההליך הפלילי המודרני מקנה לחשוד ולנאשם בפלילים מגוון רחב של ערובות דיוניות לשם הגנה עליו מפני ענישה מופרזת ובלתי מוצדקת. ערובות דיוניות אלה, כדוגמת הדרישה להוכחת האשמה מעל לכל ספק סביר, ההגנה מפני ענישת כפל ומפני סיכון כפול, זכות השתיקה, החיסיון מפני הפללה עצמית, הזכות לסניגור, ועוד, אינן נחלתו של הנתבע במשפט אזרחי. במצב דברים זה, יש לכאורה משקל לטענה, כי הענישה האזרחית בכלל, ופסיקת תשלום עונשי בפרט, עומדות בסתירה חמורה לערכי הליברליזם ולעקרונות חוקתיים מושרשים.[54]

---

[49] החריג הטיפוסי לכך הן עבירות שבהן לא קיים קורבן פרטי (כגון עבירות נגד בטחון המדינה וכו'), אולם גם כאן ייתכן שתקום לזכות המדינה עילת תביעה אזרחית (נזיקית, חוזית או אחרת) כנגד העבריין.

[50] להסברת הנקודה ר' בהרחבה סע' 8.05 לעיל.

[51] אכן, בחיבורו של ג'ון סטיוארט מיל "על החירות", הנתפס כמשקף את הגישה הליברלית הקלסית, המבחן להפעלת כוח הכפייה של הקהילה על היחיד הוא "עקרון הנזק" ("The "Harm Principle"). עיקרון זה אינו מבחין בין "נזק ציבורי" ל"נזק פרטי". מכאן, שפעולה הגורמת נזק ליחיד או מסכנת אותו מצדיקה תגובה חברתית עונשית בין אם היא עבירה פלילית ובין אם היא עוולה אזרחית. לדיון בעקרון הנזק ר' גם סע' 7.91(393) לעיל.

[52] להצדקה הליברלית להטלת סנקציות לבר-מפצות על הפרה מחפירה של זכויות ר' סע' 7.25 לעיל.

[53] להגדרת עיקרון זה ר' למשל: **"a strict libertarian would respond to a rights-violator in the way that least interfered with the liberty of the violator, yet was a sufficient response to the violation." Drane**, 409. לתרונות הענישה האזרחית על הפלילית בהיבט זה ר' גם סע' 8.42, 8.47 להלן.

[54] אכן, מתנגדי הדוקטרינה בעבר ובהווה מרבים להעלות טיעונים ברוח זו כנימוקים לביטול מוחלט של ההכרה בה. מתקפה רגשנית במיוחד נערכה על ידי השופט Foster בפסק דינו המונומנטלי בעניין *Fay*: **"Punitive damages destroy every constitutional safeguard within their reach. ..why demolish the plainest guaranties.. ..and explode the very foundation upon which constitutional guaranties are based, for no other purpose than to perpetuate false theories..?** *Fay*, 397. לביקורת ברוח דומה ר': **Spokane Truck v. Hoefer** 2 Wash. 45, 56 (1891): **"..we believe that the doctrine of punitive damages is unsound in principle, and unfair and dangerous in practice."** הביקורת זכתה להד גם בפסיקה האנגלית בת-זמננו: **"..to allow pure punishment in this way contravenes almost every principle which has been evolved for the protection of offenders."** ***Cassell***, 1087 (Lord Reid). טענות אלה ודומותיהן משמשות עד עצם היום הזה בסיס להתדיינויות רבות בבתי המשפט הפדרליים של ארה"ב סביב שאלת חוקתיותה של הדוקטרינה. עיקר המחלוקת היא בשאלת תחולתם על תביעות לתשלום עונשי של התיקונים ה-5 (double jeopardy; self-incrimination); ה-8 (excessive fines; cruel & unusual punishment); וה-14 (due process of law; equal protection). לחוקה, ובשאלת עמידתה של הדוקטרינה במגבלות חוקתיות אלה, ככל שהן חלות. עד כה דחה בית המשפט העליון של ארה"ב את הטענה הגורפת, כי הדוקטרינה כשלעצמה אינה חוקתית. עם זאת, בעשור האחרון גוברת הנכונות לפסול בעילות חוקתיות פסקי דין ספציפיים הקובעים תשלומים עונשיים בשיעורים הנראים מופרזים. לסקירת פסקי הדין המנחים בסוגייה זו ר' סע' 7.15(56, 60) לעיל. למדגם צנוע מהספרות הרבה שדנה בשאלות אלה ר': Comment, "Criminal Safeguards and the Punitive Damages Defendant" 34 **U.Chi. L.R.** (1967) 408; T.H. Ford, "The Constitutionality of Punitive Damages" in: **Defence Research Institute: The Case Against Punitive Damages** (Milwaukee, Hirsh & Pouros Eds., 1969) 15; M.E. Wheeler, "The Constitutional Case for Reforming

nevo.co.il

2. *ביקורת הטיעון*

8.14 אין ספק, כי הטיעון הליברטני שהוצג לעיל מעלה שאלות חשובות הטעונות התייחסות רצינית. הטלת סנקציות משפטיות שליליות על אדם אינה עניין של מה בכך, ויש להבטיח כי הדבר ייעשה תוך שמירה על עקרונות בסיסיים של הגינות וצדק כלפי מי שחשוף לעונש. אולם לדעתי, מהנחת יסוד זו לא נובעת בהכרח המסקנה שבה מצדדים תומכי הטיעון הליברטני, היינו, שלילת הלגיטימציה המוסרית מהענישה האזרחית. מספר טעמים לדבר: **ראשית,** גם בהנחה שהגדרת ערובות דיוניות היא תנאי הכרחי להטלתן של סנקציות עונשיות, אין בכך כדי להצדיק את פסילתה העקרונית של הענישה האזרחית בכלל, ושל הדוקטרינה בפרט. לכל היותר מחייב הדבר שינוי בסדרי הדין הנוהגים באותם הליכים אזרחיים שבהם הנתבע חשוף לסנקציות עונשיות. כך, למשל, את החשש (המוצדק כשלעצמו) מפני מצב של ענישת כפל בגין מעשה המהווה עוולה אזרחית ועבירה פלילית גם יחד, ניתן לפתור באמצעות כלל מתאים, שיבטיח התאמה נאותה בין ההליכים, וימנע מצב של כפל ענישה או של ענישה מופרזת בגין אותו מעשה.[55] **שנית,** יש לזכור כי הבסיס להענקת ההגנות הדיוניות מרחיקות הלכת לנאשם בהליך הפלילי נעוץ בראש ובראשונה בהשלכות הפוטנציאליות החמורות של ניהול ההליך הפלילי: שלילת חירות בדרך של מאסר, והטלת אות קלון בנאשם בעצם הרשעתו (ולעיתים אף בעצם העמדתו לדין).[56] השלכות חמורות אלה אינן מאפיינות את הסנקציה העונשית הטיפוסית המוטלת בהליך האזרחי, שהיא כלכלית בעיקרה, ושהסטיגמה הנלווית להטלתה אינה חמורה באותה מידה.[57] **שלישית,** הצדקה מרכזית נוספת לקיומן של ערובות דיוניות מרחיקות לכת לנאשם או לחשוד בפלילים היא הרצון לפצות על פער הכוחות העצום הקיים בין הפרט-הנתבע לבין המדינה-התובעת. זו האחרונה נהנית מיתרון ברור הן מבחינת היקפם וטיבם של אמצעי החקירה וסמכויות החקירה המוקנים לה בחוק, הן מבחינת המשאבים העומדים לרשותה והן מבחינת כוחה הפוליטי, העלול להיות מנוצל לרעה. יתרונות אלה אינם נחלתו של הפרט התובע בתביעה אזרחית - רגילה או עונשית.[58] לאור שני הבדלים מרכזיים אלה בין ההליך האזרחי לבין ההליך הפלילי (חומרת הסנקציות ופערי הכוח בין הצדדים להליך) **אין אפוא כל הצדקה להחיל על ההליך האזרחי-עונשי באופן גורף ואוטומטי את מכלול ההגנות הפליליות, ולפסול את הלגיטימיות של הענישה האזרחית אך בשל העובדה, שהגנות דומות אינן קיימות בהליך האזרחי**. תחת זאת, יש לבחון באופן ענייני אלו הגנות דיוניות מתחייבות בהליך שכזה לאור אופייה המיוחד של הסנקציה העונשית הנדונה, כדי להבטיח הגינות ויעילות מירבית באכיפת החוק.[59] **רביעית,** הטיעון הליברטני מתעלם מכך שגם סנקציות אזרחיות "רגילות" המוטלות בשל הפרת

Punitive Damages Procedures" 69 **Va. L.R.** (1983) 269; A.M. Kenefick, "The Constitutionality of Punitive Damages under the Excessive Fines Clause of the Eighth Amendment" 85 **Mich. L.R** (1987) 1699; N.K. Kile, "Constitutional Defences Against Punitive Damages: Down But Not Out" 65 **Indiana L.J.** (1989) 141; B.J. Ennis, "Punitive Damages and the U.S. Constitution" 26 **Tort & Ins. L.J.** (1990) 592; M.T. Andrews, "Constitutional Law-Punitive Damages: The U.S. Supreme Court Uses the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to Strike Down A Two Million Punitive Damage Award *B.M.V. of North America Inc. v. Gore*" 73 **N.D.L.R.** (1997) 299; L.P. O'day, "Process-Damages: North Dakota's Exemplary Damages Statute Held Constitutional" 67 **N.D.L.R.** (1991) 541; W.H. Volz, M.C. Fays, "Punitive Damages and the Due Process Clause: The Search for Constitutional Standards" 69 **Det. L.R.** (1992) 459; D.C. Massey, M.A. Stern, "Punitive Damages and the Louisiana Constitution: Don't Leave Home Without It" 56 **Louisiana L.R.** (1996) 743; See also: **Ghiardi**, ch. 3; **Redden**, ch. 3.

[55] לדיון בבעיית החשש מפני ענישת כפל ולהסדר המוצע לפתרונה ר' סע' 8.26 להלן.

[56] לסקירה כללית של מגוון מטרות הדיון הפלילי, ובכללן התמודדות עם החשש מפני הטלת סנקציות חמורות על חפים מפשע ר': W.R. Lafave, J.H. Israel, N.J. King, **Criminal Procedure** (St. Paul, 3rd ed., 2000) 25-39.

[57] להבחנה אופיינית זו בין סוגי הסנקציות הטיפוסיות במשפט הפלילי והאזרחי ר': **Mann**, 1809 ליתרון הענישה האזרחית על פני הפלילית בהיבט זה ר' סע' 8.42, 8.47 להלן.

[58] לדיון בהבדל זה והשלכותיו ר' למשל **Galanter & Luban**, 1456-8

[59] לתמיכה בטיעון זה ר' **מן**, 260: **"יש להשיב על.. השאלות הללו** [אילו זכויות פרוצדורליות יש להעניק בהליך אזרחי-עונשי] **לאור אחד מערכי-היסוד החשובים ביותר במערכת משפטית בחברה דמוקרטית והוא: קיום יחס-גומלין הדוק בין עוצמתן וטיבן של הסנקציות המוטלות לבין היקף הזכויות הפרוצדורליות.."** ר' גם: **Mann**, 1870: **"..punitive civil sanctions do not demand equally strict**

nevo.co.il

חיוב אזרחי מהוות סנקציות עונשיות הפוגעות, לעיתים במידה חמורה למדיי, ברווחתו (ולכן גם בחירותו) של המפר.[60] יישום עקבי של הטיעון הליברטני מחייב אפוא להחילו לא רק על דוקטרינת התשלום העונשי, אלא על כל המשטר התרופתי הנוהג במשפט האזרחי, ומאותם נימוקים ממש.[61] הימנעות מתביעה כזו פוגמת בתקפותו של הטיעון הליברטני, ומעידה במשתמע על הכרת הליברטן בכך, שלעניין היקף ההגנות על הנתבע אין דין הענישה האזרחית כדין הענישה הפלילית. **חמישית,** ולבסוף, מהזווית הליברטנית ענישה אזרחית יש בה דווקא יתרון משמעותי על פני הענישה הפלילית, שכן פגיעתה בחירות הנענש איננה כה חמורה וקשה. הפנייה לערוץ הענישה האזרח כתחליף לנקיטת הליכים פליליים צריכה אפוא להתקבל בברכה על ידי כל מי שמצדד בעקרונות הליברליזם.

יחד עם זאת, כאמור לעיל, אין בדחיית הטיעון הליברטני כדי לשלול את הצורך בבחינה מחודשת של סדרי הדין המסורתיים בתביעות לתשלום עונשי, או את הצורך באימוצן של ערובות דיוניות מתאימות שיספקו לנתבעים בתביעות אלה את הגנה ראוייה. רפורמה כזו יש לבצע מתוך שימת לב להבדלים שבין הענישה הפלילית לבין הענישה האזרחית, ומכל מקום אין בצורך בעריכתה כדי לשלול את עצם הלגיטימציה של הליכים אזרחיים עונשיים. כמובהר בהמשך הפרק, הערובות העיקריות שראוי לאמץ בתביעות לתשלום עונשי הן קביעת נטל הוכחה מוגבר, ועיצוב מנגנון דיוני שיבטיח הימנעות מענישת כפל, בפרט במצבים שבהם התנהגותו המחפירה של הנתבע מהווה בה בעת גם עבירה פלילית.[62]

III. טיעון 'המדרון החלקלק':

התחשבות בשיקולי אשמה לחומרא תוביל להתחשבות בשיקולי אשמה לקולא ולפגיעה בזכות לפיצוי מלא

א. הצגת הטיעון

8.15 טיעון אחר שניתן להעלות כנגד החדרתם של שיקולים עונשיים לספירה האזרחית מבוסס על החשש מפני 'מדרון חלקלק' שיווצר עקב כך בדיני התרופות האזרחיים. מדרון זה, כך ניתן לטעון, יוביל לפגיעה בזכות התובע לפיצוי מלא על הפגיעה בזכויותיו. לפי טיעון זה, אם אכן תוכר הסמכות לפסוק תשלום עונשי במקרים של אשמה מוחמרת (התנהגות מחפירה), יחייבו העקביות והשוויון בהפעלת החוק להתחשב בשיקולי אשמה מוסרית גם לקולא. פירוש הדבר, שאשמה מוסרית מופחתת של הנתבע-המפר, או אשמה מוסרית מצידו של התובע-הנפגע, תביא להקלה בדינו של הראשון, וכך בהכרח - גם לצמצום הסעד לו יזכה השני. במצב זה עלול להיפגע קשות האינטרס הלגיטימי של הנפגע מהפרה (חוזית, נזיקית, או אחרת) לקבלת פיצוי מלא על הפגיעה בו. הדבר יהפוך זכותו של הנפגע לסעד מתקן מזכות מוקנית, יציבה ומוחלטת, לזכות רופפת ובלתי וודאית, התלוייה בכל מקרה ומקרה במאזן האשמה ההדדי

---

procedures [as criminal sanctions do]."; **Comment,** 409: "**Commentators, ..ask why the punitive damages defendant is not afforded the safeguards which protect the criminal defendant… ..this anomaly is only superficial; the lack of criminal safeguards may be the consequence of important differences between criminal punishment and its supposed civil counterpart."**

60 לביסוס הטענה כי פסיקת תרופות אזרחיות היא ענישה ר' סע' 8.05 לעיל.

61 כך, למשל, ניתן לטעון (ובמידה רבה של צדק, לטעמי) שהפיצול בין ההליך האזרחי לפלילי מביא פעמים רבות לענישת כפל של נתבעים על אותו מעשה (עונש פלילי בדמות מאסר או קנס, ועונש אזרחי בדמות נטל כלכלי נוסף). בעייה זו נמנעה בתקופות שבהן הקורבן היה צריך לבחור בין ענישה פלילית לבין ענישה אזרחית של העבריין, אך היא קיימת בעידן המודרני, שבו זכות הקורבן לתיקון העוולה אינה שוללת מהחברה את הזכות לגבות מהעבריין מחיר נוסף בגין אותו מעשה ממש. באופן דומה, ניתן לטעון, כי ראוי לקבוע נטל הוכחה של מעל לכל ספק סביר גם בתביעות אזרחיות, ולפחות בתביעות אזרחיות שבהן הסנקציה הכלכלית הצפוייה להיות מוטלת על המפר היא חמורה. לדעתי, אין זה מן הנמנע, שהגיעה העת להתייחס ברצינות לבעיות אלה, אולם הדבר מצריך עיון החורג מגדרו של חיבור זה.

62 לדיון בסוגיית נטל הראייה ובחשש מפני ענישת הכפל ר' בהתאמה סע' 8.28, 8.26 להלן.

nevo.co.il

שבינו לבין המפר.[63] במצב זה ייפגעו קשות הביטחון של כל אדם בנכסיו - האישיים והרכושיים. בנוסף, תיפגע גם יכולת התכנון וההסתמכות של הפרט, ונכונותו ליטול על עצמו סיכונים עסקיים ומסחריים, המושתתות על ביטחונו של הפרט בקיומה של הזכות לפיצויים, בלא תלות בשיפוט המוסרי שיפעיל בית המשפט כלפיו או כלפי יריבו.[64]

ב. ביקורת הטיעון

8.16 למרות שטיעון המדרון החלקלק מעלה שאלות הראויות להתייחסות, אין בו, לדעתי, כדי לשלול את ההכרה בדוקטרינה. **בראש ובראשונה,** נראה לי שהכרה באשמה מוסרית מוגברת של אדם המפר חיוב (נזיקי, חוזי או אחר) כשיקול לחומרא אינה מחייבת התחשבות באשמה מוסרית מופחתת מצידו כשיקול לקולא, ככל שמדובר בחיוב לפצות נפגע על נזק שנגרם לא שלא כדין. הטעם לדבר נעוץ במגוון הרעיוני שעליו מושתתת האחריות במשפט האזרחי: במובחן מן המשפט הפלילי, עניינו של המשפט האזרחי אינו מצומצם אך לשיקולי "צדק מעניש". בנוסף למטרה זו חותר המשפט האזרחי להשגת צדק מתקן, צדק חלוקתי, צדק עונשי ויעילות כלכלית, וזאת באמצעים שונים כגון תיקון ופיצוי, פיזור נזק, הקצאה יעילה והוגנת של משאבים, ואף ענישה.[65] לפיכך, מן הבחינה העיונית, ההכרה בלגיטימיות של שיקולים עונשיים מובהקים במגזרים מסויימים של דיני התרופות איננה מחייבת בהכרח שלילה של ההכרה בסנקציות שמטרתן להבטיח פיצוי ותיקון. במילים אחרות, **זכותה של החברה להתחשב בשיקולי ענישה בבואה להעניש את מי שחרג באופן בוטה מסטנדרטים חברתיים, אינה גוררת מזכותה להתעלם משיקולים אלה, שעה שמנגד עומדת זכותו המוקנית של הנפגע מהפרת חיוב לפיצויים.**[66] הכרה בסמכות לפסוק תשלום עונשי בשל התנהגות מחפירה אינה מחייבת אפוא בהכרח כרסום בזכות הנפגע מהפרת חיוב אזרחי לפיצוי מלא על נזקי ההפרה.[67]

שנית, גם לו ניתן היה להניח, שהכרה בתשלום העונשי מחייבת התחשבות לקולא במפרים בעלי אשמה מופחתת, נראה כי אין להפריז בהשפעתה של הכרה זו. כאמור, הגמישות הרבה הכרוכה בהפעלתם ויישומם של דיני התרופות בכלל, ומבחני הפיצויים בפרט, מאפשרת לבתי המשפט ממילא להתאים את טיב והיקף הסעדים שייפסקו לדרגת אשמתם המוסרית של המפר או של הנפגע. בין היתר, יכול בית המשפט להפחית את החיוב הכספי המוטל על המפר, ולעיתים אף לשלול אותו לחלוטין, כאשר אשמתו מופחתת.[68] התחשבות בשיקולי אשמה מוסרית לקולא קיימת

---

[63] הפגיעה תהיה חזקה במיוחד בזכותו של הנפגע מהפרת חוזה לפיצויים, שכן זו נתפסת כמוחלטת. אך היא תשפיע לרעה גם על הזכות לפיצויי בגין רשלנות בנזיקין, שכן ככלל, קיומה והיקפה של זכות זו אינם מותנים, לפחות להלכה, בדרגת אשמתו המוסרית של המזיק (כל עוד התקיימו יסודות עוולת הרשלנות).

[64] לטיעון זה לא מצאתי זכר במקורות, למעט רמיזה בכיוון זה העולה מדברי הלורד Atkinson בעניין ***Addis***, המובאים כלשונם בסע' 10.27(147). נמסר לי, כי הטיעון הועלה לפני שנים אחדות של ידי פרופ' איל זמיר במסגרת הרצאה בדיני חוזים, בחוג למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. יצויין, שטיעון זה, להבדיל מהטיעון המושגי שנדון בהרחבה לעיל, איננו טיעון קוהרנטיות טהור, אלא טיעון בעל אופי מעורב מושגי-תוצאתני, שכן הוא מצביע על ההשלכות המעשיות השליליות הצפויות להיגרם כתוצאה מהפעלה קוהרנטית של הרציונל להכרה בדוקטרינה.

[65] למגוון הרעיוני של דיני הנזיקין ר' למשל: **Englard**, ch. 5, ("The Idea of Complementarity: A Philosophical Basis for Legal Pluralism"); **Englard**, 64-70 ("Pluralist Theories"). לגישה הפלורליסטית למשפט הפרטי ר' גם התייחסותנו בסע' 7.105(454).

[66] יש לזכור, שעצם החיוב בפיצויים מותנה באשמה מוסרית, ולו מינימאלית, מצד המפר (ר' סע' 8.4 לעיל). לפיכך, ניתן לראות בחובת הפיצויים, על דרך ההיקש, מעין "עונש מינימום" המוטל על כל מי שהפר חיוב אזרחי, וזאת מבלי לגרוע מהסמכות להטיל עונשים חמורים יותר על אותם מפרים הראויים לכך.

[67] הכרה בהלך מחשבה זה מצאתי בפסיקה האמריקאית: **"But though mitigant circumstances may not reduce the compensation below actual loss, may not circumstances of aggravation be suffered to enhance it?" M'Bride v. M'Laughlin**, 5 Watts' R. 375, 376 (S.C. Pa. 1836).

[68] לדיון נרחב בתופעות של התאמת היקף החבות בפיצויים לדרגת האשמה המוסרית בדיני החוזים הישראליים ר' סע' 6.11-6.23. לתופעות דומות בהקשר הנזיקי ר' סע' 8.06(23) לעיל. כלי מרכזי בהקשר זה הם מבחני הסיבתיות המשפטית, שיישומם מאפשר גמישות רבה. צינור חשוב נוסף הוא עקרון תום הלב, העשוי ליצור השתק מלא או חלקי כנגד הנפגע וכך להביא לשלילה מוחלטת או חלקית של הזכות לסעד. תוצאה דומה ניתן להשיג במסגרת דיני הנזיקין באמצעות החלה של עקרון תום הלב מכוח סע' 61(ב) לחוק החוזים, ובאמצעות סע' 4 לפקודת הנזיקין, המסמיך את בית המשפט לשלול מהניזוק פיצויים בשל "מעשה של מה בכך". ליישומיו האפשריים של עקרון תום הלב בתחום הנזיקין ר': ד' פלפל, "תום לב ודיני הנזיקין" **הפרקליט** לח (תשמ"ט) 454. דרך נוספת חשובה

nevo.co.il

אפוא ממילא במסגרת הדין הקיים, גם בלא כל קשר להכרה בדוקטרינה דנן.[69] **שלישית**, ניתן לטעון, שההצעה 'לפרוץ את הסכרים' בהקשר דנן, אף שאין היא מתחייבת מן ההכרה בתשלום העונשי, הרי היא מבורכת דווקא. ניתן לגרוס, שהיקף החבות האזרחית בפיצויים ראוי שייקבע לא רק בהסתמך על שיקול של פיצוי, אלא גם לאורם של שיקולי מדיניות אחרים, ובכלל זה מידת האשמה היחסית של הצדדים.[70] בתפיסה זו, גם לו היה 'טיעון המדרון החלקלק' מבוסס, לא היה בו כדי לפגוע בטיעון בזכות ענישה אזרחית, אלא להיפך.[71]

חלק שני:
הטיעון בזכות ענישה אזרחית

הערה למטרת הדיון

8.17 עד כה ביקשתי להראות, שהטיעונים המבקשים לשלול באורח א-פריורי וגורף את ההכרה בסנקציות עונשיות במשפט האזרחי אינם עומדים במבחן הביקורת. בחלק זה של הפרק אבקש להראות, שקיימים טעמים עניניים התומכים באופן קונקרטי בהכרה בסנקציות עונשיות מובהקות במשפט האזרחי. במהלכו אציג תיזה, שלפיה סנקציות אזרחיות-עונשיות, והתשלום העונשי בפרט, מאפשרים למערכת אכיפת החוק המודרנית ליתן מענה משפטי לתופעות אנטי-חברתיות שמטעמים שונים לא ניתן להתמודד עימן בהצלחה בכלים המסורתיים של המשפט הפלילי מזה ושל המשפט האזרחי מזה.[72]

I. הצורך בריסון עבירות פליליות שאינן נאכפות על ידי מערכת האכיפה הפלילית

א. בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי

1. הגורמים לתת-האכיפה במשפט הפלילי

8.18 הדעת נותנת, שבעיית תת-האכיפה (underenforcement) של האיסורים הקבועים בחוק הפלילי מלווה את החברה המדינית משחר היותה. עם זאת, דומה שבעייה זו מחריפה בעידן המודרני, במיוחד בחברות המערביות. הגידול הכללי באוכלוסייה (בין היתר בעקבות שיפורים בתחום הרפואה והטכנולוגיה וברמת החיים בכלל), תהליך העיור המואץ שחל בעקבות המהפכה התעשייתית, צפיפות האוכלוסין הגוברת בערים הגדולות ואורח החיים המנוכר

שבאמצעותה מפחיתים ואף שוללים בתי המשפט אחריות לפיצויים כאשר התוצאה נראית להם מתבקשת בשל העדר אשמה מצד המפר היא דרך הפרשנות. דרך זו מופעלת בעיקר בתביעות חוזיות. לדיון בטכניקה זו ובטכניקות נוספות המופעלות מעת לעת בהקשר החוזי בהקשר המיוחד של חוזי קבלנות ר' א' זמיר, **חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974** (ירושלים, תשמ"ד) 9-418. לדיון כללי בתופעה של התחשבות באשמת הנפגע החוזי לצורך הפחתת חבותו של המפר ר' למשל: N. Seddon, "Contract Damages Where Both Parties Are At Fault" 15 **J. of Contract Law** (1999) 207. דוגמה נוספת להתחשבות (מסוויות) בשיקולים גמוליים כבסיס להפחתת החבות בפיצויים של מעוולים בנזיקין ניתן להביא מתחום האחריות לנזק כלכלי טהור. בתחום זה מגלה הפסיקה בכל המדינות נטייה לצמצם את היקף החבות בפיצויים, וזאת גם כאשר מבחני הסיבתיות המסורתיים מתקיימים. במחקר מקיף שנערך בנושא זה הובעה הדעה, כי אחד מטעמי המדיניות המסבירים תופעה זו, הוא חוסר הרצון להטיל על מעוולים הגורמים נזקים כלכליים נטל שאינו תואם את חומרת התנהגותם, ולפיכך פוגע בעקרון הגמול. ר' פרי, **ריקושטים כלכליים** (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשי"ס) 311-300. ר' במיוחד בעמ' 300: **"..השימוש במנגנוני הצדק המתקן צריך להיעשות בדרך, שתמנע היווצרות של דיספרופורציה-משוועת בין נטל האחריות לבין חומרת האשמה המוסרית של המזיק. ... ..דרגת האשמה יכולה לחדור אל תוך דיני הנזיקין דרך רעיון הגמול. ... ..אם אדם התרשל, וכתוצאה מכך נגרמו נזקים, ששיעורם עצום, יהא זה ראוי - כעניין של גמול הוגן - שלא להטיל עליו אחריות בגין מלוא הנזק שנגרם."**

69 מוסדות עונשיים מוסווים אלה מתאפיינים ברמת מובהקות עונשית בינונית. להסברת המושג ר' סע' 8.08 לעיל.

70 שיקולים רלבנטיים נוספים עשויים להיות מצבם הכלכלי של שני הצדדים, שאלת קיומו של ביטוח, הצורך בפיזור הנזק, שאלת המונע היעיל של הנזק, וכיו"ב. ואכן, שיטות משפט אחדות, בעיקר בקונטיננט, מכירות במידה זאת או אחרת בסמכות השופט להביא בחשבון בקביעת היקף הפיצויים שיקולים החורגים מהשיקולים הנשקלים במסגרת מבחני הסיבתיות המסורתיים. לדיון השוואתי מאלף בשיקולים העשויים להשפיע בשיטות שונות על הפחתת החיוב בפיצויים ר': E. Livneh, "Factors Determining the Amount of Damages" 4 **Isr. L.R.** (1969) 175.

71 הדיון בשאלה אם שינוי גורף שכזה בדין הקיים הינו רצוי חורג ממסגרת חיבור זה. אזכיר רק, כי טיעון אפשרי כנגד התחשבות באשמה מופחתת של המפר (או מוגברת של הנפגע) לצורך הפחתת חבות המפר עשוי להיות, שהנפגע, להבדיל מהמפר, לא פגע בזכות משפטית של המפר, ולפיכך אין להחיל עליו גזירה שווה לעניין זה. מכל מקום, הכרעה בסוגייה זו אינה הכרחית לשם הדיפת טיעון המדרון החלקלק, לאור שני הטיעונים הקודמים שהעליתי.

72 כאמור בפתחו של הפרק, למיטב ידיעתי שאלת ההצדקה להכרה בסנקציות אזרחיות-עונשיות מובהקות לא נבחנה עד כה באופן שיטתי. גם במקורות המזכירים את התמריץ הנוסף שיוצרת דוקטרינת התשלום העונשי לאכיפת הדין, אין למצוא התמודדות מקיפה עם שאלת הצורך ליצור תמריץ שכזה. חסר זה בולט גם במאמריהם החשובים של **Reisberg** ושל **Mann**, הנ"ל בהערה 2.

nevo.co.il

המאפיין את חיי העיר הגדולה, הפערים החברתיים-כלכליים הגדלים, ההתנערות מכבלי המסורת והדת ומכבלי המבנה המשפחתי המסורתי, הגברת הניוד ואמצעי התעבורה, הגברת הנגישות למידע, שיפורים טכנולוגיים מרחיקי לכת, וגורמים נוספים - תרבותיים כלכליים ופוליטיים, הביאו במאתיים השנה האחרונות - ובמהלך המאה ה-20 בפרט - לעלייה תלולה בשיעורי הפשיעה במדינות מערביות רבות, לרבות ישראל.[73] בהינתן מגמה זו, ובהינתן משאביהן המוגבלים של רשויות אכיפת החוק הפלילי במדינת הרווחה המודרנית, הפכה בעיית תת-האכיפה של המשפט הפלילי מזה עשורים רבים לבעייה מוכרת וידועה.[74] גם בישראל הפכה זה מכבר תופעת העומס הכרוני המוטל על המשטרה, רשויות התביעה, בתי המשפט, ובתי הסוהר לבעייה מוכרת, שרשויות האכיפה עצמן מודות בפה מלא בקיומה ובחומרתה.[75] במציאות זו מופנים מירב המשאבים למאבק בפשיעה החמורה, ולטיפול בעבירות

---

73 לניתוח מאלף ומקיף של מכלול הגורמים העומדים בבסיס בעיית הפשיעה בעידן המודרני, תוך התמקדות בפשיעה בארה"ב ר': R. Clark, **Crime in America: Observations on its Nature, Causes, Prevention and Control** (N.Y., 1970) esp. ch. 1 ("Change and Crime"). לקובץ מאמרים הבוחן את בעיית העבריינות המודרנית ממגוון היבטיה ר': **Crime in the City** (N.Y., 1970, Glaser Ed.). המגמה של עליית שיעורי הפשיעה בארצות הברית בעשורים האחרונים מעידים דבריו של פרופ' Robinson, פנולוג אמריקאי ידוע: **"Even with the most recent declines, the violent crime rate remains more than three times higher than during the decade following World War II. ...the declining crime rate of the last eight years would have to continue unbroken for another three decades before we returned to.. ..**[those] **crime levels..**" P.H. Robinson, "Crime, Punishment and Prevention", Vol. 2001 **The public Interest** 61. תהליך דומה של עלייה תלולה בשיעורי הפשיעה ניכר במהלך המחצית השנייה של המאה החולפת גם במדינות מערב ארופה. להצגה גרפית של מגמות אלה על יסוד נתוני הפשיעה הרשמיים הכוללים בגרמניה, צרפת, אנגליה, שבדיה והולנד בין השנים 1950 עד סוף שנות ה-80 ר': **Crime in Europe** (London, 1991, Heidensohn & Farrell Eds.) 28 מעניין לציין, כי הניסיון הארופאי מלמד, שהעלייה המשמעותית ברמת החיים ובתוצר הלאומי הגולמי לא הביאה לירידה בשיעור הפשיעה, אלא להיפך. Id., 35 במדינות מזרח ארופה קשה להעריך את המגמות, במיוחד בשל נגישות ותיעוד מוגבלים של הנתונים הרלבנטיים. לדיון ר': E. Bienkowska, "Crime in Eastern Europe" in **Crime in Europe** (London, 1991, Heidensohn & Farrell Eds.) 43. בעיית העבריינות המתגברת בעידן המודרני זוהתה וזכתה לדיון מקיף על ידי מלומדים כבר במחצית המאה ה-19. דוגמה אחת מני רבות לחיבור שעסק בנושא היא: F. Hill, **Crime, Its Amount, Causes and Rememdies** (London, 1853, rep. 1984). בישראל ניתן לזהות עלייה ברורה בשיעורי הפשיעה בעשורים האחרונים. למחקר שבחן את היקף הפשיעה בישראל וניתח את המגמות המסתמנות בה בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה ר': ג' פישמן, מ' ארגוב, **הפשע בישראל - נטיות הפשיעה בישראל, 1951-1976** (אוניברסיטת חיפה). לדיון בתהליכים וגורמים עכשוויים ותחזיות לגבי עתיד הפשיעה בישראל ר': א' רטנר, ג' רהב, ג' מש, "העבריינות ואכיפת החוק בראשית שנות ה-2000 בישראל" בתוך: **אכיפת החוק במאה ה-21** (ירושלים, 1997) כרך ב', 181 (המחקר חוזה בעשור הראשון למאה ה-21 עלייה בשיעור הפשיעה בתחום עבירות הרכוש, לעומת יציבות יחסית בתחום עבירות האלימות). על הגורמים המשפיעים על התגברות הפשיעה בישראל עמדו פרופ' קרמניצר ופרופ' מאוטנר: **"המוטיבציה לעבור עבירות עשויה להיות מושפעת מן הגורמים הבאים: ירידת חשיבותם של ערכים ונורמות; ירידת מעמדה והשפעתה של המשפחה; ירידת בית הספר כממלא תפקיד חינוכי; השפעה שלילית של ה'מדיה'; עולם של אנשים מנוכרים... העובדים בבתיהם והפועלים באוירה תחרותית; פערים חברתיים ועויינות בין השכבות החברתיות... .. זלזול במחוקק, חוסר אמון כלפי השלטון, גם הם גורמים התורמים לנכונות להפר את החוק.. השליטה באמצעים טכנולוגיים... הגישה למאגרי מידע..."** מ' קרמניצר, מ' מאוטנר, "התפתחויות בתחום המשפט - כיוונים ותחזיות" בתוך **אכיפת החוק במאה ה-21** (ירושלים, 1997, כרך ב') 3, עמ' 11, 12.

74 על כך שהאידאל של אכיפה מלאה של החוק הפלילי אינו אלא מיתוס, וכי במציאות המודרנית אין מנוס מלהתיר למשטרה שיקול דעת בחלוקת משאביה המוגבלים עמד פרופ' Kadish כבר בשנות ה-60: **"In terms of fact, of course, the practice reduces this ideal** [of full enforcement of the criminal law] **to a myth…; the necessity for** [discresionary] **judgments.. ..is created by limitations on the amount of resources a community is prepared to invest in police enforcement..**" S.H. Kadish, "Legal Norm and Discretion in the Police and Sentencing Process" 75 **Harv. L.R.** (1962) 904, 907, 908-9.

75 הכרה מפורשת בבעיית הגידול בפשיעה ובעומס הנגזר ממנו עולה מדין וחשבון רשמי שהגישה פרקליטות המדינה בשנת 2000 לשר המשפטים, בו נאמר, ש: **"הפרקליטות נאלצת להתמודד כל העת עם עומס ועליה מתמדת במספר התיקים ובעיקר בהיקפם.. כך למשל, בין 1992 ל-1997 עלה מספר התיקים הפליליים שנפתחו בפרקליטויות השונות בסך הכל כמעט ב- 30% (15,973 לעומת 20,518). הדבר חורג משמעותית מן הגידול באוכלוסיה הישראלית באותן שנים... ..אנו עדים לגידול של ממש: בתחום הפלילי - עליה ניכרת בפשיעה, הן מבחינה כמותית והן מבחינת חומרת העבירות ותחכומן.. העומס המוטל על רשויות התביעה הינו כבד מנשוא. הגידול בתושבים והגידול בפשיעה וגורמים נוספים שפורטו, הביאו לגידול משמעותי בהתדיינות.. פרקליטות 2000 - דין וחשבון** (ירושלים, תש"ס) 63. מנתונים שקיבלתי מהנהלת בתי המשפט עולה, כי בשנים 1995-2001 קיימת עלייה עקבית ותלולה יחסית במספר הכולל של התיקים הפליליים הנפתחים בבתי המשפט בישראל (כ-31,000 תיקים בשנת 1995, כ54,000 תיקים בשנת 1996, כ70,000 תיקים בשנת 1996, כ-71,000 תיקים בשנים 1997-8, כ89,000 תיקים ב-1999, כ83,000 תיקים בשנת 2000, וכ-93,000 תיקים בשנת 2001 (יש להדגיש, שמערכת המיחשוב ובסיס הנתונים בהנהלת בתי המשפט היא חדשה יחסית, ואיננה מספקת בהכרח תמונה מדוייקת לחלוטין). לדיון נרחב יחסית בבעיית העומס הקשה המוטל על רשויות האכיפה בישראל ובגורמים לו ר': א' גזל, **ענישה בהסכמה - חלופות להליכי משפט בפלילים** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002) 43-37. מהנתונים שהתפרסמו לאחרונה באתר האינטרנט של משטרת ישראל עולה, כי מימדי הפשיעה החמורה המדווחת בישראל מצויים בין השנים 1990-2001 בעלייה מתמדת והדרגתית, העולה במידה ניכרת על הגידול היחסי באוכלוסיה. כך, למשל, מספר התיקים המשטרתיים שנפתחו בעבירות אלימות בשנת 2001 עומד על 35,546 וזאת לעומת מספר של 13,229 בשנת 1990; בעבירות של סחר בסמים 10,138 ב-2001 לעומת 2,900 ב-1990. לעומת זאת בתחום עבירות הרכוש מימדי הפשיעה המדווחים יציבים יחסית. מספר העבריינים הכולל המוערך על ידי המשטרה עלה מ-62,916 בשנת 1990 ל-123,483 בשנת 2001. זאת ועוד, מן המפורסמות היא, שרק

nevo.co.il

כגון רצח, אונס, שוד, עבירות אלימות חמורות, פריצה, סחר בסמים, עבירות מרמה, שחיתויות וגניבות בהיקפים גדולים, וכיוצא באלה עבירות חמורות. הטיפול השיטתי במעשי עבירה קלים יותר, לעומת זאת, נדחק באופן טבעי לקרן זוית והופך לנדיר יחסית.[76] אכן, בישראל כל מי שידו במלאכת אכיפת החוק מודע לתופעה המוכרת והמצערת של 'סגירת תיקים' (בין בלא חקירה ובין לאחר חקירה קצרה; בין מחמת העדר ראיות ובין מחמת העדר "עניין ציבורי") גם כאשר ברור בעת הסגירה כי בהעדר בעיות תקציביות היה מקום להוסיף ולחקור את הארוע, ואולי אף להעמיד לדין את החשודים.[77]

---

[76] חלק (ויש סבורים - חלק קטן) מכלל העבירות המבוצעות מדווחות לרשויות אכיפת החוק. גם מבין העבירות המדווחות רק חלק זוכות לתיעוד, בין היתר מטעמים של חוסר אמון במתלונן, מתוך מחשבה שמדובר ב"זוטות", או מטעמים של רצון לחסוך בעבודה או "לנקות שולחן". לדיון בתופעה זו ולציון מחקרים שהוכיחוה ר': **The Oxford Handbook of Criminology** (Oxford, 2nd ed., 1997, Maguire & oths. Eds.) 151 מנתוני הלישכה המרכזית לסטטיסטיקה עולה מגמה דומה לגבי היקף ההרשעות בעבירות אלימות (32,159 בשנת 2001 לעומת 15,232 בשנת 1992); בעבירות נגד הסדר הציבורי (44,181 בשנת 2001 לעומת 22,551 בשנת 1992); בעבירות מין (3,554 ב-2001 לעומת 2,544 ב-1992); בעבירות של שימוש בסמים (12,627 ב-2001 לעומת 6,581 ב-1992). בתחום עבירות המרמה והעבירות נגד הרכוש ואף בעבירות של סחר בסמים, מספר ההרשעות נותר פחות או יותר יציב בעשור האחרון.

[77] כך למשל, קצין משטרה או פרקליט מחוז עשויים לסגור תיק פלילי נגד חשוד בעילה של "העדר ראיות לכאורה" גם כאשר ברור שבמועד פתיחת התיק היה סיכוי ממשי לאסוף ראיות מספיקות, אלא שבשל חלוף הזמן החקירה הפכה לחסרת טעם. גם כאשר החקירה אפשרית עשוי התיק להיסגר בעילה של "העדר עניין לציבור", בשל העובדה שניהול החקירה בשלב זה הינו יקר בהשוואה לחומרת העבירה ולסיכויים לאסוף ראיות מספיקות בשלב כה מאוחר. שיקולים דומים מביאים לעיתים לסגירתם של תיקי משטרה כבר בסמוך למועד פתיחתם, מהטעם שחומרת העניין או קשיי ההוכחה אינם נראים לגורם המוסמך כמצדיקים את המשאבים הדרושים לטיפול בתלונה. דוגמה מובהקת, שממנה ניתן ללמוד על האופן שבו משפיע עומס העבודה לרעה על שיקולי רשויות האכיפה הוא ת.א. 2618/98 **מ"י נ. אדרי** (לא פורסם, ניתן 14.12.98 בבית משפט השלום לתעבורה בירושלים). באותו מקרה דחף נהג באמצעות רכבו הולך רגל שביקש לחצות את הכביש לפניו ומנע מהנהג להתקדם. הולך הרגל "הולבש" על מכסה המנוע של המכונית, אך לא נגרם לו נזק גוף. הולך הרגל התלונן במשטרה ביום 16.6.97. ביום 23.8.97 החליטה המשטרה על סגירת תיק החקירה **מבלי לבצע חקירה כלשהי(!)** בנימוק ש"נסיבות העניין אינן מצדיקות המשך החקירה". ביום 24.8.97 הגיש המתלונן ערר על ההחלטה ליועץ המשפטי לממשלה. ביום 2.9.97 הודיעה המשטרה למתלונן, כי הערר התקבל והחקירה חודשה. רק ביום 15.9.97(!) זומן לראשונה הנילון ונחקר במשטרה. לאחר שהנילון הכחיש את המיוחס לו, החליטה המשטרה ביום 8.10.97 על סגירת התיק פעם נוספת, הפעם בעילה של חוסר ראיות מספיקות. החלטה זו נתקבלה מבלי שהמשטרה טורחת כלל לזמן עד ראייה מרכזי, שפרטיו נמסרו לה על ידי המתלונן בעדותו הראשונה במשטרה. המתלונן הגיש פעם נוספת ערר על ההחלטה. הערר נתקבל, העד הנוסף זומן ונחקר, והנהג הועמד לדין בהליך

nevo.co.il

יתרה מכך, העומס על מערכת הצדק הפלילית מביא לא אחת לאיחור בפתיחת ההליכים, ולהתמשכותם לאחר מכן, ותופעה נפוצה זו אף היא גורעת באופן ממשי מאפקטיביות מנגנון האכיפה הפלילי.[78] עומס על מערכת אכיפת החוק אינו מנת חלקן של המשטרה והתביעה הכללית בלבד, והוא משפיע לרעה גם על תפקודה של הרשות השופטת. במצב העומס המוטל עליהם, נאלצים בתי המשפט לא פעם להקל בעונשם של עבריינים או לזכותם בהעדר ראיות מספיקות, שעה שהליך יעיל ומזורז היה בו כדי להביא להרשעתם ולהחמרה בעונשם.[79] חוסר יעילותה של מערכת האכיפה הפלילית משפיע לרעה גם על מידת שיתוף הפעולה של האזרח שומר החוק באכיפתו של הדין הפלילי: בהיותו מודע לסיכוי הגדול שמעשי עבירה המדווחים לשלטונות לא יזכו לטיפול אפקטיבי, נפגע אמונו של הציבור במערכת אכיפת החוק, והולך ופוחת התמריץ למלא את החובה האזרחית שבדיווח ובהתייצבות למתן עדות על מעשי עבירה לרשויות המוסמכות. באופן דומה עלולה המודעות לבעיות קשות אלה לפגוע במוטיבציה של המופקדים על אכיפת החוק עצמם, להגביר בקרבם תחושות של חוסר אונים, לגרום לדעיכת הלהט החיובי שאמור להזין את פעולתם, וכך לפגוע עוד יותר בתפקודה של מערכת אכיפת החוק.[80] במציאות זו נתח ניכר מהפעילות

מזורז בפני בית משפט לתעבורה בעבירה של נהיגה בקלות ראש, למרות שאופייה של העבירה הצדיק ללא ספק העמדה לדין פלילי בעבירה של תקיפה או של סיכון חיי אדם בנתיב תעבורה. הנילון הורשע, ולמרות בקשת התובע המשטרתי להטיל עליו עונש מאסר על תנאי, הוטל עליו קנס כספי קטן (400 ₪), ופסילת רשיון נהיגה לשלושה חודשים, תוך שהשופט קובע כי "**אינני רואה מקום לעונש שונה מהותית מעבירת תנועה רגילה, אשר על כן אין פה מקום למאסר על תנאי.**" (עמ' 8 לפרוטוקול). לא קשה לשער מה עולה בגורלן של תלונות רבות אחרות, שבהן המתלוננים אינם נרתמים במרץ כה רב למאבק בהחלטות דומות של רשויות האכיפה. גם גישתו הסלחנית של בית המשפט אינה מוסיפה לתמריץ של קורבנות מעשי עבירה ושל תובעים ופרקליטים להגיש כתבי אישום בעבירות מסוג זה. על העובדה שתיקים רבים נסגרים שעה שבמצב אידאלי היה ראוי לנהל בהם חקירה ניתן, לדעתי, לקבל מושג מהמספר העצום של תיקים הנסגרים במשטרה ללא חקירה בסמוך לאחר פתיחתם בעילה של א.ת. (אין תביעה). לפי נתוני הפשיעה שבידי המשטרה, בשנת 2001 הסתכם מספר התיקים שנסגרו בלא חקירה ב-85,338, וזאת מתוך סך כולל של 468,569 תיקים (כלומר, כאחד מכל 5.5 תיקים). אחוזים שנתיים דומים (ואף גדולים יותר) עולים מנתוני המשטרה לשנים 2001-1994. מספר כה רב של תיקים הנסגרים ללא חקירה עשוי להעיד, לדעתי, שתיקים רבים נסגרים גם כאשר במצב אידאלי ראוי היה לבצע בהם חקירה. הטעם לכך הוא, שקשה להעלות על הדעת, שבאחוז כה ניכר מהארועים הפליליים המדווחים למשטרה אין בתלונה כדי לעורר ולו חשד לכאורה לביצוע עבירה (חשד המחייב לכאורה ניהולה של חקירה פלילית). על הגמישות הרבה - והכמעט בלתי מוגבלת - שממנה נהנית המשטרה בכל הקשור להחלטה לחקור או להימנע מלחקור בעבירות עמדה פרופ' גביזון: "**ברור כי הוראות החוק אינן נשמרות: החלטות שלא לחקור מתקבלות בכל יום על ידי שוטרי מקוף כאשר הם נתקלים בהתנהגות עבריינית ומחליטים שלא לטפל בעניין או לפטור את העבריין באזהרה בלבד; ולעיתים מקבלים החלטה שלא לחקור אף על ידי הקביעה כי בתיאור ההתנהגות לא נמצאה עבירה...**" **גביזון** (2) 117. המלומדת עומדת על כך, כי גמישות זו מתאפשרת במידה רבה בשל העובדה שלתוך קנה המידה העמום של "העדר עניין לציבור", לא נוצקו הנחיות מינהליות קונקרטיות: "**הפרשנות של המשטרה על השיקולים הנכנסים ל"העדר עניין לציבור" בחקירה היא רחבה מאוד, וקשה להעלות על הדעת שיקול שלא יוכל להיכלל במסגרת זאת.**" שם, 124 (ר' גם הערה 33 באותו עמוד, שם נזכר כדוגמה השיקול של "עומס" כמצדיק הימנעות מחקירה). גם הקושי לאתר את העבריין עשוי לשמש כשיקול בהחלטה להימנע מחקירה, במיוחד בעבירות הנתפסות כ"קלות". שם, 125.

78 כך, למשל, חלוף הזמן עשוי לפגוע ביעילותה של חקירה משטרתית, לפגום בזכרונם של עדי ראייה, להקשות על השגת ראיות אמינות, להגדיל את משך הזמן הדרוש לחקירה המאוחרת ואת העלויות הכרוכות בה, וכך להפחית את סיכויי הצלחתה. קשיים אלה משפיעים בתורם על סיכויי ההרשעה במקרים של העמדה לדין בחלוף זמן רב מהארוע. הד לבעיות אלה יש בדו"ח הפרקליטות: "**..העומס הקיים עלול להשפיע, בתחום הפלילי, על האפקטיביות של ניהול ההליך. לעיתים מוגש כתב האישום כעבור זמן רב מהאירוע, ואז קיים קושי באיתור הנאשמים והעדים. העדים אינם זוכרים במדוייק את פרטי האירוע, התהליך עלול לגרום עינוי דין, פגיעה בזכויות חשודים ונאשמים ובשוויוניות האכיפה.**" **דו"ח הפרקליטות**, 63. למגוון הבעיות החמורות שיוצרת התמשכות ההליכים הפליליים בפרט ותת-האכיפה בכלל ר' בהרחבה **גזל**, 72-43.

79 "**..ריחוק מועד גזירת הדין מיום המעשה פוגע באפקטיביות הענישה ובשלטון החוק.**" **דו"ח הפרקליטות**, 63. העומס על בתי המשפט שב ומשפיע בתורו פעם נוספת על התביעה הכללית והמשטרה, הנוטות מעת לעת להציע או לקבל הסדרי טיעון (לעיתים בעידודו של בית המשפט) גם בהעדר קושי אובייקטיבי מיוחד בהוכחת האישום המיוחס לנאשם, וזאת על מנת לקצר את ההליכים ולהתפנות לעיסוק בתיקים נוספים. תופעה דומה, המגבירה אף היא את בעיית תת-האכיפה (אם כי בצורה אחרת) היא הפרקטיקה הנפוצה של "איחוד תיקים", המאפשרת לעבריין שהודה בביצוע מספר עבירות להישפט בעת ובעונה אחת על כולן. איחוד התיקים מבטיח לעבריין (באורח מעשי, אם גם לא באורח תיאורטי) כי העונש הכולל שיוטל עליו בגין העבירות שביצע יהיה קטן בהרבה מזה שהיה מוטל עליו לו נשפט עליהן באופן נפרד. מנגד, "שכרם" של התביעה ושל בית המשפט הוא באפשרות "לנקות שולחן" ולהקטין את העומס העצום שתחתיו הם פועלים. האם האינטרס הציבורי יוצא נשכר מפרוצדורות אלה (הסדרי פשרה לא הכרחיים ואיחודי תיקים)? באופן אידאלי - ספק רב בעיניי. באופן מעשי - ייתכן שאין מנוס מנקיטה בהן על מנת למנוע את קריסתה המוחלטת של מערכת האכיפה. לדיון פרטני בהסדרי טיעון כתחליף לאכיפה פלילית רגילה ר' **גזל**, 62-216.

80 "**כל אלה גורמים לשחיקה ותסכול בפרקליטות...**" **דו"ח הפרקליטות**, 63. בהקשר זה ראויים לציטוט דברים החותמים עבודת מוסמך בנושא התשלום העונשי, שנכתבה על ידי פרקליט מפרקליטות המדינה, מהם עולה ביקורת נוקבת על התופעה החברתית של השלמה - בין מאונס, בין מרצון, עם תופעת תת-האכיפה במשפט הפלילי: "**..המערכת המשפטית אינה להוטה לעסוק באכיפת החוק, מעבר לחובת התפקיד המיידית.. המשטרה חוקרת משמוגשת תלונה; הפרקליטות מגישה כתבי אישום משהמשטרה מעבירה לה תיק; בתי המשפט שופטים את מי שמואשם בפניהם... דעך הלהט המוסרי לבער את הרע מן הארץ... פרידלנדר**, 88-87. על גורמים

nevo.co.il

המוגדרת על ידי החוק הפלילי כעבריינית, במיוחד מעשי עבירה קלים יחסית, נותר באופן קבוע ללא תגובה מערכתית ראוייה של מנגנון האכיפה הפלילי.[81]

2. תת-אכיפה בתחום המוסדי-מסחרי

8.19 אחד ההקשרים המיוחדים שבהם ניתן להצביע בבירור על קוצר ידן של הרשויות באכיפת הדין הפלילי הוא התחום המסחרי-מוסדי. תחום זה מתאפיין בפעילות עסקית עניפה של מוסדות גדולים, על פי רוב תאגידים. אכיפת הדין הפלילי על גופים אלה מעוררת מספר בעיות טיפוסיות: **ראשית**, במרבית המקרים קיים קושי להוכיח את האחריות הפלילית של התאגיד לעבירה פלילית שבוצעה בידי אחד מעובדיו.[82] **שנית**, ענישת תאגידים מעוררת קושי גם במישור המוסרי-עקרוני, שהרי משמעותה המעשית היא הטלת עונש על בעלי המניות או הזכויות בתאגיד, שלעיתים קרובות אינם מעורבים כלל במעשה העבירה ואף אינם בהכרח בעלי השליטה בתאגיד.[83] **שלישית**, העבירות הטיפוסיות בתחום המוסדי-מסחרי (אם כי לא הבלעדיות) הן עבירות כלכליות המבוצעות על ידי אנשים מהמעמד הבינוני והגבוה (עבירות "צווארון לבן"). אלה נתפסות לעיתים על ידי רשויות האכיפה (בצדק או שלא בצדק) כחורגות מהתחום ה'גרעיני' הקשה של המשפט הפלילי. תחושה זו מביאה לעיתים קרובות לרתיעה מנקיטה בהליך פלילי כלפי גופים או אנשים המפירים נורמות בתחום הכלכלי-מסחרי. **רביעית**, אין להתעלם מהעובדה, שבתחום זה מרבית העבריינים באים מחתך חברתי-כלכלי גבוה, והינם בעלי השכלה, אמצעים, ולעיתים אף השפעה ציבורית.

תרבותיים אלה ונוספים הפוגעים ברמת האכיפה של החוק ר' א' רוזן-צבי, "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" **עיוני משפט** יז (תשנ"ג) 689.

[81] לדיון במחסור במשאבים ובפעולה איטית של רשויות האכיפה כגורמים למצבים פתולוגיים של העדר אכיפת נורמות משפטיות ר' בכללות א' רוזן-צבי, "על משפט ומציאות" **הפרקליט, ספר היובל** (תל-אביב, תשנ"ד) 77, 5-104: **"אכיפה עשויה שלא להיות אפשרית עקב העדר משאבים ומתוך הכרה כי השקעת המשאבים באכיפת הדין אינה עומדת בשום יחס לסיכויי האכיפה ולחומרתה של התופעה. כאן כניעת הדין לפני המציאות נובעת ממגבלות המציאות... ..גורם הזמן הוא קריטי.. חייבים להטמיע את האתוס שהזמן הוא חלק מן הדין, שהדין מחייב אותם** [את אוכפי החוק] **לפעול במהירות ולמנוע מן המציאות להכתיב את התוצאה."** ממצאי עבודת דוקטור שבחנה לאחרונה את היקף השימוש בישראל בעונש הקנס כסנקציה פלילית מלמדים, שעונש הקנס איננו נתפס בעיני סוכני אכיפת החוק הפלילי (שופטים, פרקליטים, שרות המבחן, סניגורים) כעונש אפקטיבי. הוא מוטל כסנקציה עיקרית ב-כ10% בלבד מכלל התיקים הפליליים המסתיימים בגזר-דין (בבתי משפט השלום). ת' עינת, **שיקול הדעת של סוכנויות אכיפת החוק בישראל בבחירת עונש הקנס הפלילי וביישומו** (עבודת דוקטור במסגרת החוג לקרימינולוגיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2001). לדעתי, הגורם המרכזי העשוי להסביר את כשלונו של עונש הקנס הוא העובדה, שרמת האכיפה בעבירות הקלות יחסית שבהן הוא מתאים ביותר להשגת מטרות הענישה, היא נמוכה ביותר. מבחינה זו מחזקים ממצאי מחקרו של ד"ר עינת את טענתי, כי רמת האכיפה בעבירות קלות בישראל היא נמוכה ביותר. לסיום אציין, שסיבה נוספת לבעיות באכיפת הדין הפלילי בעבירות קלות היא העובדה, שבמקרים רבים סכומי הקנסות הקבועים בחוק אינם גבוהים מספיק כדי להרתיע מפני הפרת החוק (לעניין זה ר' גם להלן סע' 8.42(177). לדיון קלסי ביתרונותיו של וחסרונותיו של הקנס הפלילי ר' למשל: A. Samuels, "The Fine: The Principles" Vol. 1970 **Crim. L.R.** 261, 268. את הגורמים העיקריים המעודדים הפרות חוק סיכם פרופ' Owen כך: **"Violations are apt to be especially prevalent, however, when the unlawful activity is profitable for the violator, when violations are difficult to detect or to prove, when violations are 'morally neutral,' when the rules are vague, when enforcement of the rules is infrequent, or when punishment is light." Owen**, 1289-90.

[82] הקושי העיקרי הוא בהוכחת מחשבה פלילית מצד האורגנים המוסמכים של התאגיד, ולעיתים גם בייחוס המעשה עצמו לתאגיד במישור העובדתי. לבעייה זו ר' למשל: J.C. Coffee, "No Soul to Damn - No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment" 79 **Mich. L.R.** (1981) 386. לדיון בתנאים המוקדמים הנדרשים על מנת לייחס לתאגיד עבירה פלילית בגין מעשיו של עובד או נושא משרה בתאגיד ר' למשל: J.S. Hall, "Criminal Corporate Liability" 35 **Am. Crim. L.R.** (1998) 549. למגוון אסמכתות מהפסיקה האמריקאית בנושא האחריות הפלילית של תאגידים ר': V.S. Khanna, "Corporate Liability Standards: When Should Corporations be Held Criminally Liable?" 37 **Am. Crim. L.R.** (2000) 1239, & citations at n. 1.

[83] בכך נפגע עקרון האשמה. לדילמה העקרונית שמעוררת ענישה פלילית של תאגידים בשל היותם בעלי ישות פקטיבית ר': P.H. Bucy, "Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before the Horse" 71 **Wash. U. L.Q.** (1993) 329. במישור העיוני-הצהרתי נפתרה בעייה זו עם ההכרה בתורת האורגנים, המאפשרת לראות בתאגיד אישיות משפטית נפרדת הנושאת באחריות פלילית ככל אדם. לאימוץ תיאורייה זו במשפט הישראלי ר': ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופיתוח נ. מ"י** פ"ד מה(4) 364. אך בפועל, נראה שבעייה זו ממשיכה להשפיע על היקף ההעמדה לדין של תאגידים. לכאורה, ניתן היה להתמודד עם בעייה מוסרית זו באמצעות העמדה לדין של עובד התאגיד עצמו או של נושאי משרה בכירים בו. אולם גם פתרון זה אינו נקי מקשיים: **ראשית**, הוא מחמיץ במקרים רבים את האשמים העיקריים, שהם קובעי המדיניות בתאגיד, ושאת אחריותם קשה להוכיח, ועלול להפוך 'בורג' קטן' בתאגיד ל"שעיר לעזאזל" שעליו מוטל עונש חמור מדי בהשוואה לחומרת מעשיו. **שנית**, גם ענישת נושא משרה בכיר בתאגיד איננה מבטיחה שינוי ממשי בדפוסי התנהגותו העתידיים של התאגיד, שכן היא איננה משפיעה בהכרח על מערכת התמריצים של בעלי השליטה בתאגיד. זאת ועוד: נושאי משרה בכירים בתאגיד אינם מחזיקים במשרתם יותר ממספר שנים, ולפיכך, גם בהנחה שהם משפיעים על מדיניות התאגיד, הרי השפעה זו מוגבלת בזמן. לדיון בבעיות אלה ר' מאמרו של **Elliott**.

nevo.co.il

עובדה זו מאפשרת להם להתמודד עם הביורוקרטיה הפלילית ולעיתים אף לחמוק ממנה, ביתר הצלחה מאשר "עבריין פשוט".[84] **חמישית,** הרשעה פלילית של תאגיד אינה כרוכה בדרך כלל בהטלת אות קלון אישי על אדם מסויים, ולפיכך אפקט הגינוי הנלווה לה עלול להתמוסס.[85] הקשיים שתוארו לעיל יוצרים יחד מציאות, שבה העמדה לדין פלילי של תאגידים ועובדיהם בגין עבירות שבוצעו במהלך פעילותו העסקית של התאגיד היא חיזיון נדיר יחסית.[86]

3. תת-אכיפה בתחום הציבורי

8.20 אזור חשוב אחר שבו קיים פוטנציאל מתמיד למצב של תת-אכיפה הוא התחום של הפרת החוק השלטונית. אכיפת הדין הפלילי על הרשות הציבורית או על אנשי ציבור מעוררת מספר קשיים: **ראשית,** הפעילות השלטונית מתבצעת לרוב במסגרת גופים מוסדיים, דבר היוצר בעיות אכיפה דומות לאלה שתוארו לעיל בתחום המוסדי-פרטי.[87] **שנית,** סמכות ההעמדה לדין פלילי מצוייה בידי גורמים ציבוריים, והדבר יוצר חשש מתמיד לניצול לרעה ולהשפעה בלתי הוגנת על ניהול ההליך הפלילי.[88] **שלישית,** בשל הפגיעה התדמיתית הקשה הנלווית לפתיחה בהליך פלילי כנגד איש ציבור, עלולה להיווצר בקרב רשויות התביעה נטייה, מובנת כשלעצמה, להיזהר בהגשת כתבי אישום כנגד אישי ציבור. רגישות זו, והחשש מזיכוי של אנשי ציבור בסופו של הליך פלילי ארוך, עלולים להביא מלכתחילה לתת-אכיפה ביחס לעבירות 'צווארון לבן' הנעשות בידי אנשי ציבור.[89]

4. בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי - סיכום ביניים

8.21 אין צורך להכביר מילים על חומרת הבעיות שתוארו לעיל. במצב של תת-אכיפה הופכים הצידוקים לקיומו של הדין הפלילי ולמוסד הענישה הפלילית לתיאורטיים בלבד ביחס למגזר נרחב של התנהגויות אנטי-חברתיות. לאורך זמן

---

[84] בספרות נשמעה הדעה, כי עובדה זו היא אחת ההצדקות המיוחדות להכרה בענישה אזרחית: **"Criminal punishment is mostly against the poor and marginal, but civil punishmnet threatens punishment of very different target groups.."** M. Galanter, "Punishment: Civil Style" 25 **Isr. L.R.** (1991) 759, 774. מחקר שבחן בהרחבה את האמצעים המתוחכמים שאותם מנצלים תאגידים על מנת לחמוק מאחריות פלילית הוא: J. Braithwaite, "Challenging Just Deserts: Punishing White-Collar Criminals" 73 **J. Crim. L. & Criminology** (1982) 723, 753-4.

[85] אם כי הרשעה בפלילים עדיין פוגעת במוניטין של התאגיד, פגיעה העלולה בתורה לגרור פחיתה בהכנסות התאגיד.

[86] בארה"ב אזלת ידו של המשפט הפלילי בטיפול בתופעות של מרמה בתחום המסחרי זכתה להכרה פסיקתית: **"Criminal law is not a particularly effective deterrent against fraudulent business practices." Belco Petroleum Corp. v. A.L.G. Oil Rig. Inc.** 565 N.Y.S.2d 776, 781 (1991); **"Governmental safety standards and the criminal law have failed to provide adequate consumer protection against the manufacture and distribution of defective products."** ***Grimshaw***, 382. בישראל הוכרה הבעייה על ידי פרופ' מן: **"..הנורמות הרצויות בתחום הכלכלי נאכפות לעיתים רחוקות... אחת הסיבות העיקריות.. ..היא היעדרם של אמצעים אזרחיים מתאימים להטלת סנקציות עונשיות על גופים המפירים את הנורמות בתחום הכלכלי."** **מן**, 244. עם זאת, בעשורים האחרונים קיימת במשפט האמריקאי, במיוחד בחקיקה הפדרלית, נטייה להחמיר את הטיפול בעבירות "צווארון לבן". לדיון במגמה זו ובסכנות הכרוכות בה ר': A.S. Goldstein, "White Collar Crime and Civil Sanctions" 101 **Yale L.J.** (1991) 1895. מהנהלת בתי המשפט בישראל נמסר לי, כי לא קיים פילוח נפרד של נתונים לגבי תיקים פליליים שנפתחו בבתי המשפט כנגד תאגידים, ולפיכך אין בידיי נתונים לגבי היקף האכיפה בתחום זה בישראל. עם זאת, דומה שקיימת הסכמה רחבה בקרב משפטנים, כי רמת האכיפה בתחום היא נמוכה למדי.

[87] הקושי בגילוי מעשי שחיתות, הונאה והפרת אמונים של עובדי ציבור מחמיר במיוחד, שעה שמדובר בגופים שנתח נכבד מפעילותם סמוי מעין הציבור הרחב, כגון רשויות המופקדות על ביטחון המדינה.

[88] כוחם הפוליטי, החברתי או הכלכלי של גורמים בעלי עמדות מפתח בשירות הציבורי עלול להיות מופעל בדרך לא כשרה על מנת להשפיע על התנהגותם של המשטרה, התביעה הכללית, ובתי המשפט. בכוחו להביא לעיכוב, הכשלה, ולעיתים אף סיכול של פעולות חקירה משטרתיות או להימנעות מהעמדה לדין או ממיצוי הדין עם אנשי ציבור, בין באמצעות לחץ ישיר, ובין באמצעות השפעה עקיפה, ובכלל זה השפעה באמצעות כלי התקשורת ודעת הקהל.

[89] בישראל דומה שחשש זה טרם התממש, ועיקר הביקורת כלפי רשויות האכיפה הופנה בשנים האחרונות דווקא כנגד נטייתן, כביכול, להקל בהגשת כתבי אישום נגד אנשי ציבור, ללא ראיות מספיקות. עם זאת, הפוטנציאל להשפעה על שיקולי רשויות אכיפת החוק קיים תמיד, וסביר להניח שהוא מתחזק דווקא בעיתות שבהן נמתחת ביקורת ציבורית מעין זו על פעולתן של אלה. מהנהלת בתי המשפט נמסר לי, כי לא קיים פילוח נפרד של נתונים לגבי תיקים פליליים שנפתחו בבתי המשפט כנגד עובדי ציבור ורשויות ציבור, ולפיכך קשה להעריך מהו היקף האכיפה האקטואלי בתחום זה.

nevo.co.il

סופו של מצב זה להצמיח תחושות קשות (ומוצדקות) של הפליה באכיפת הדין,[90] חוסר ביטחון כללי, ניכור וחוסר סולידריות בין פרט לפרט ובין הפרט לממסד, והעדר אמון של הציבור במערכות השלטון ובשלטון החוק.[91] לכל אלה השלכות מזיקות מרחיקות לכת על רווחתו האישית של הפרט - החומרית והרוחנית כאחת, ועל חוסנה של הקהילה בכללותה.

ב. <u>העניישה האזרחית והתשלום העונשי בפרט כפתרון לבעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי</u>

1. העניישה האזרחית לסוגיה: כללי

8.22 על רקע בעיות נכבדות אלה צפה ועולה חשיבותה של העניישה האזרחית.[92] יתרונה הגדול הוא בסלילת ערוצי אכיפה חדשים - חלופיים או מקבילים לערוצי האכיפה הפליליים המסורתיים. ככלל, אכיפת חוק מחוץ להליך הפלילי ניתנת לביצוע על ידי ערוצי אכיפה ציבוריים ועל ידי ערוצי אכיפה פרטיים. במסלול הראשון השליטה על ההליך נתונה עדיין בידי גוף ציבורי אך אמצעי האכיפה והעניישה מופעלים על ידי הרשות הציבורית - בין בהליך מינהלי שבו הרשות היא על פי רוב גם התובעת וגם השופטת, ובין במסגרת הליך אזרחי, שבו הרשות היא התובעת אך בית המשפט האזרחי הוא הפוסק.[93] במסלול הפרטי, הרלבנטי לענייננו, ההליך העונשי ניזום ומנוהל על ידי הפרט - על פי רוב בתביעה המוגשת לבית המשפט האזרחי, אך לעיתים גם בתביעה בפני ערכאה מינהלית.[94] יתרונם המרכזי של ערוצי אכיפה לבר-פליליים אלה נעוץ בעצם יצירתו של מסלול אכיפה המיועד להתמודד עם הפרות חוק, שמטעמים

---

[90] לדעת פרופ' מן, תת-האכיפה בתחום העבירות הכלכליות מביא בעקיפין להפליה חמורה, הנובעת מכך, שרק מיעוט מבין העבריינים בתחום זה עומדים לדין. **מן**, 4-243. לדעתי, אפקט שלילי דומה קיים בכל תחום שבו קיימת דרגה ממשית של תת-אכיפה.

[91] פרופ' Birks רואה בחשש מהתרחקות האזרח מהמשפט צידוק להמשך ההכרה בדוקטרינת התשלום העונשי: **"Alienation of the citizen from the law is only one cost** [of rooting out punitive damages]. **Birks**, p. viii.

[92] במונח "ענישה אזרחית" כוונתי מכאן ואילך לסנקציות אזרחיות בעלות רמת מובהקות עונשית גבוהה. עם זאת, ברמה מסויימת הדברים נכונים גם לגבי העניישה האזרחית המובהקת פחות. להבחנה בין רמות המובהקות בעניישה האזרחית ר' סע' 8.08 לעיל.

[93] לדיון בערוצי האכיפה הציבוריים (מינהליים ואזרחיים) וביתרונותיהם היחסיים על פני ההליך הפלילי ר' מאמרו של **Mann**. להצגה תמציתית יותר בשפה העברית ר' **מן**, 53-250. הערוץ הציבורי מפותח מאוד בחקיקה הפדרלית האמריקאית, במיוחד בתחומים של הפרת אמונים של עובדי ציבור או נושאי משרות בתאגידים, הונאה במסחר בין חברות ובין חברות לבין פרטים, הונאה בניירות ערך, הונאה כנגד המדינה, הגבלים עסקיים, פגיעות באיכות הסביבה, וכיו"ב. דוגמה אחת מני רבות היא ה- **Insider Trading Sanctions Act**, 15 U.S.C.A. (1984) הקובע קנסות בשיעור של עד פי שלושה מגובה טובת ההנאה שהפיק המשתמש לרעה במידע פנים על חברה בורסאית. חיקוקים נוספים נזכרים בהערה הבאה. בישראל הערוץ הציבורי איננו מפותח, והיקף ההכרה והשימוש בערוצי ענישה ציבוריים (אזרחיים ומינהליים) הוא מוגבל למדי. ההסדר העיקרי מצוי ב**חוק העבירות המינהליות, תשמ"ו-1985**, המאפשר למפקח או רשם כהגדרתו בחוק להטיל קנס מינהלי (קנס שבצידו ברירת משפט) על אדם שעבר על הוראה מהוראותיהם של כ-50 חיקוקים בתחומים שונים (בטיחות, תברואה, איכות סביבה, תעסוקה, מסחר, מיסוי, ועוד). אולם החוק מכסה רק חלק קטן מכלל מעשי העבירה שבגינם מופעלים ערוצי הענישה המינהליים בארה"ב, ואף הקנסות שהוא קובע אינם גבוהים ביותר, ולפיכך הינם בעלי אפקט עונשי מוגבל, בין היתר בשל העובדה שרבות מבין העבירות אינן דורשות יסוד נפשי כלשהו כתנאי לביצוען. לעומת זאת, ניתן להצביע על מספר הוראות עונשיות "אמיתיות" יותר מחוץ לחוק העבירות המינהליות. למשל: הוראת סע' 95 ל**פקודת מס ערך מוסף, תשל"ו-1975**, הוראת סע' 219 ו-190(ב) ל**פקודת מס הכנסה** (קנסות בגין אי ניהול תקין של חשבונות או רשומות, אי העברת ניכויים, וכיו"ב) הוראת סע' 373 ל**פקודת החברות [נוסח חדש] תשמ"ג-1983** (ניהול עסק בתרמית מאפשר להטיל על כל נושא משרה שהיה מודע לתרמית אחריות אישית ללא הגבלה לחבויות החברה) לדיון קצר בהבחנה בין עבירות רגולטיביות לבין עבירות מהותיות, ולתחולתו המוגבלת של הערוץ הציבורי בישראל ר': **מן**, 9-256.

[94] לדיון בערוץ אכיפה פרטיים ר': **מן**, 50-248. חיקוק נתון יכול אפוא לקבוע בעת ובעונה אחת ערוץ אכיפה ציבורי וערוץ אכיפה פרטי גם יחד. הדבר יקרה כאשר החיקוק מסמיך הן את הרשות והן את קורבן העבירה לפתוח בהליך העונשי - האזרחי או המינהלי. ערוץ כזה מקנה על פי רוב זכות לתובע הפרטי לקבל נתח מכספי הקנס שיוטל על הנתבע. בארה"ב הליך זה מכונה 'qui tam action' והוא מוכר במסגרת חיקוקים פדרליים שונים. אחד מהחשובים שבאלה הוא ה-**False Claims Act** 31 U.S.C.A (1988) s. 3729: לדיון בהליך ה-Qui tam על פי חוק זה ר' למשל: V.R. Park, "The False Claims Act, Qui Tam Relators, and the Government: Which is the Real Party to the Action?" 43 **Stan. L.R.** (1991) 1061. דוגמה חשובה נוספת היא החיקוק הידוע בכינויו **The Rico Act** (לשמו המלא של החיקוק ר' סע' 2.02(10) לעיל). הדיון האקדמי סביב חיקוק זה הוא נרחב. ר' למשל: Symposium, "Law and the Continuing Enterprise: Perspectives on Rico" 65 **Notre Dame L.R.** (1990) 873; J.A. Morse, "Treble Damages under Rico: Characterization and Computation" 61 **Notre Dame L.R.** (1986) 526. ראוי לציין, שלערוצי האכיפה הציבוריים והפרטיים ישנם יתרונות ייחודיים ומגבלות זה ביחס למשנהו. כך, למשל, הערוץ הציבורי ממומן מקופת הציבור והדבר עלול להביא למצב כרוני של תת-אכיפה, בדומה למצב הקיים בתחום הפלילי. ההליך המינהלי הוא בדרך כלל זול ומהיר יותר מההליך הפלילי ומההליך האזרחי גם יחד, אך עלול אף להיות כרוך בפגיעת-יתר בזכויות הנתבע. ההליך האזרחי, לעומת זאת, מתקיים בפני ערכאה שיפוטית, אך מאידך גיסא מנוהל על ידי תובע פרטי המונע בדרך כלל גם מתמריצים כלכליים, והעלול לפעול ממניעים לא ענייניים. המסקנה המתבקשת היא, לדעתי, כי מערכת משפטית יעילה איננה זו השוללת או מאמצת באופן גורף את אחת מצורות האכיפה (פלילית, מינהלית או אזרחית) אלא זו המשלבת את כולם, תוך יצירת שילוב הרמוני ככל שניתן ביניהן. תובנה זו מודגשת גם בדברי הנעילה לחיבור זה.

nevo.co.il

שונים אינן זוכות לטיפול נאות על ידי מערכת האכיפה הפלילית. יש אף הסבורים כי ערוצי אכיפה חלופיים אלה יוצרים "תחום ביניים" הראוי להכרה כענף משפטי אוטונומי, הממוקם בין המשפט הפלילי מזה לבין המשפט האזרחי מזה.[95]

2. *התשלום העונשי ותרומתו לצמצום בעיית תת-האכיפה*

8.23 לאור האמור עד כה נקל להבין את חשיבות ערוץ האכיפה הפרטי שיוצרת ההכרה במוסד התשלום העונשי. דוקטרינה זו מכוונת כנגד מעשים הכוללים פגיעה מודעת וחסרת הצדקה בזכויות משפטיות. הגדרה זו כוללת תחת כנפיה, לפחות באורח פוטנציאלי, את מרבית העבירות הפליליות ה'גרעיניות', ועבירות רבות אחרות הפזורות על פני החקיקה הישראלית, שקורבנן הוא אדם או גוף פרטי.[96] הטעם לכך הוא, שמעשי עבירה שקורבנן הוא אדם פרטי משקפים בדרך כלל גם פגיעה מודעת וחמורה בזכויותיו האזרחיות של הקורבן.[97]

חשיבותה המעשית של הדוקטרינה בהקשר זה היא אפוא ברורה: היא מעמידה לרשותם של קורבנות מעשי עבירה ולרשות החברה בכללותה מנגנון משפטי המאפשר למצות את הדין עם עבריינים רבים, שבהינתן בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי אינם צפויים לסנקציה עונשית הולמת על מעשיהם. התשלום העונשי מאפשר אם כן לפרט שנפגע מהתנהגות מחפירה של אדם פרטי, תאגיד או איש ציבור, המהווה עבירה על החוק, להביאו לדין ולגרום לענישתו גם כאשר הסיכויים שיועמד לדין פלילי קלושים.[98] כך למשל, התשלום העונשי חושף גופים כלכליים ונושאי

---

95 את המושג "תחום ביניים" (middleground) טבע פרופ' מן במאמרו הנ"ל בהערה 2. עם זאת, מעניין לציין, שהצורך לפתח 'תחום ביניים' בין המשפט הפלילי לבין המשפט האזרחי הוכר כבר בראשית המאה ה-20. אגב ניתוח ביקורתי של תיאוריית הפיצוי במשפט האזרחי העיר מלומד צרפתי חשוב: **"..it is proper to establish intermediate zones… Acts affected with a private penalty thus appear as *quasi* crimes, placed in <u>an intermediate zone between the jurisdiction of the civil law and that of the criminal law</u>" Demogue**, 592.

96 זאת להבדיל מעבירות פליליות שאינן מקימות עילת תביעה לאדם פרטי, כגון עבירות כנגד בטחון המדינה, עבירות סמים, פגיעה ברכוש הציבור, בנכסי טבע ונוף, וכיו"ב. אמנם, באופן תיאורטי אין מניעה להפעיל את הדוקטרינה גם במסגרת תביעה אזרחית של רשות ציבורית כנגד הפרט בשל פגיעה מחפירה באינטרס הציבורי. עם זאת, בפועל בשיטות המשפט שבהן נוהגת הדוקטרינה שימוש זה אינו מקובל, ככל הנראה לאור ההנחה, שלמדינה אמצעים חלופיים להגן על האינטרס הציבורי. לדעתי, אין לשלול את האפשרות לפסוק תשלום עונשי לטובת המדינה במסגרת תביעה אזרחית.

97 הדבר נובע, כמובן, מדרישת המחשבה הפלילית המהווה בדרך כלל תנאי להטלת אחריות פלילית, ומהעובדה שהחוק הפלילי מיועד להגן על אינטרסים הנתפסים כבעלי חשיבות חברתית עליונה. לדמיון בין העבירה הפלילית לבין ההתנהגות המחפירה מושא הדוקטרינה ר' גם סע' 7.11 לעיל.

98 מלומדים שונים עמדו בעבר על כך שבעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי משמשת צידוק מרכזי למוסד התשלומים העונשיים. כבר במחצית המאה ה-19 הסביר Sedgwick, ש: **"There is a large class of offences which society is slow in punishing. The community (or those who represent it in the prosecution of such offences) often fails to pursue the offender, and he would too often escape unless brought to justice by the determined effort which springs from the personal sense of wrong. A change in the rule** [that permits punitive damages] **would therefore be, to a certain extent, an irreparable loss to society." Sedgwick**, 535; see also: **McCormick**, 276: **"Perhaps the principal advantage** [of the doctrine] **is that it does tend to bring to punishment a type of cases of oppressive conduct, such as slanders, assaults, minor oppressions, and cruelties, which are theoretically criminally punishable, but which in actual practice go unnoticed by prosecutors occupied with more serious crimes." McCormick**, 276. להכרה מודרנית יותר ברציונל זה של הדוקטרינה ר': **McGregor**, 287-8; **"..a major justification of exemplary damages is that their existence provides a suitable means for the punishment of minor criminal acts which are in practice ignored by police too caught up in the pursuit of serious crime."**; see also **Ghiardi,** sec. 2.02: **"..the arguments of the opponents** [of punitive damages] **fail to speak to the fact that those responsible for enforcing criminal laws do not prosecute all cases involving persons who engage in conduct declared expressly by statute to be criminal."** בישראל, נתן ביטוי לתובנה זו פרופ' אנגלרד: **"המציאות מראה כי אין היום בכוחה של התביעה הכללית להפעיל סנקציות פליליות בעבירות בהן הפגיעה העיקרית היא באינטרס של יחיד, כלומר, מקרה שאין בו פגיעה גלויה באינטרס ציבורי. העומס על התביעה ועל בתי המשפט הוא כנראה כה עצום שאין בידיהם להושיע במקרים אלה... דומה, כי האפשרות של פסיקת פיצויים עונשיים עשויה לשמש תמריץ נוסף להגשת התביעה האזרחית על מעשה שבמניעתו יש למדינה ענין עקרוני, אך לא האמצעים בפועל."** י' אנגלרד, "חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחיים - בעיות ומגמות" **משפטים** ה (תשל"ד) 564, 595. דעה דומה הובעה על ידי פרופ' אנגלרד גם במאמרו החשוב **Englard** (2), 69: **"The penal function of tort liability is.. ..the indication of a sober resignation to the deplorable state of pubic enforcement. The overburdened state prosecution has proved itself an inefficient means for sanctioning what are mainly private interests. The tort process, initiated and conducted by the interested injured party is quite an adequate substitute.."** גם בארץ, מחקר שנערך לאחרונה הגיע למסקנה, שחיוב מבוטחים בתשלום עונשי בשל 'מרמת ביטוח' הוא מוצדק ויעיל, בין היתר כפתרון לבעיית האכיפה המועטה בתחום זה. **ולר**, 315-297.

nevo.co.il

משרה בכירים העומדים מאחוריהם לסיכון של ענישה אזרחית, שעה שכמוסבר לעיל, האכיפה הפלילית בתחום המסחרי-מוסדי היא בעייתית ומוגבלת בהיקפה.[99] באופן זה ממלאת הדוקטרינה תפקיד חיוני ביצירת תמריץ אצל בעלי השליטה וקובעי המדיניות בתאגידים להימנע מהפרה מודעת של החוק ולקיים נורמות מינימאליות של הגינות במהלך החיים העסקיים.[100] גם בתחום הציבורי עשוי התשלום העונשי לסייע לצמצום בעיית תת-האכיפה, שכן פסיקת תשלום עונשי כנגד אישיות ציבורית או גוף ציבורי עשויים לעורר הד תקשורתי, ולהביא לחיזוק מערך הבקרה והפיקוח על התנהגותם של נציגי הציבור ורשויותיו.

ג. האין פתרון "פנימי" לבעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי?

8.24 העיון במקורות מעלה, שגם מתנגדי הדוקטרינה אינם מתכחשים לקיומה של בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי. עם זאת, מספר טענות בפיהם כנגד השימוש בענישה אזרחית כאמצעי לפתרונה. **ראשית**, כך נטען, את בעיותיו של המשפט הפלילי יש לפתור באמצעות ייעול מערכת האכיפה הפלילית ולא בהישענות על שירותיו ה'מפוקפקים' של המשפט האזרחי, שאינו מיועד ואינו מסוגל למלא בהצלחה תפקידים עונשיים.[101] **שנית**, הועלתה הסברה, שאת התפקיד המיוחס לענישה האזרחית עשוי למלא בהצלחה מספקת הליך הקובלנה הפרטית.[102] **שלישית**, נטען, גם המשפט האזרחי סובל מבעיות קשות של תת-אכיפה, הצפויות להקשות עליו לספק מזור לבעיות דומות הקיימות בתחום הפלילי.[103]

לדעתי, טיעונים אלה אינם משכנעים. **ראשית**, כשלון מערכת האכיפה הפלילית המודרנית, יותר משהוא נובע ממינהל מושחת או בזבזני, נעוץ במאפיינים "טבועים" של הליך הפלילי, ובבעיות יסודיות המאפיינות את אכיפת החוק הפלילי במדינה המערבית המודרנית. בעיות אלה, עליהן עמדתי לעיל, אינן עתידות להיפתר בעתיד הנראה לעין. כל עוד הן קיימות, קיים צורך ביצירת מנגנונים משלימים למנגנון הפלילי המסורתי, גם במחיר של שבירה או ריכוך של גבולות מושגיים ופרדיגמות שנבנו בעמל רב בדורות האחרונים. **שנית**, גם מוסד הקובלנה הפרטית, על אף חשיבותו, אין בכוחו כדי לשמש תחליף להכרה בתשלום העונשי, וההיזקקות המועטת לאמצעי זה תוכיח.[104] כשלונו העיקרי של הליך הקובלנה נעוץ ככל הנראה בעלות הניכרת הכרוכה בניהולו, וזאת אל מול הקושי להשיג הרשעה

---

99 ר' סע' 8.19 לעיל.

100 להסברת התפקיד המרכזי שיש לדוקטרינת התשלום העונשי בהשגת מטרות אלה ר' בהרחבה: T. Koenig, M. Rustad, "Crimtorts" As Corporate Just Deserts", 31 **U. Mich. J.L. Reform** 289, 315 (1998); see also: **Galanter & Luban**, 1428: "[punitive damages] **are perhaps the most important instrument in the legal repertoire for pronouncing moral disapproval of economically formidable offenders.**" בארה"ב, אין מחלוקת שפסיקת תשלום עונשי כנגד תאגידים הינה תופעה רחבת היקף. עם זאת, השאלה באיזו מידה הדוקטרינה אכן יוצרת הרתעה ממשית נתונה במחלוקת. ר' סע' 7.39(169) לעיל. העובדה שחלק גדול מהפעילות המסחרית של תאגידים מתנהלת באמצעות חוזים מהווה צידוק להחלת הדוקטרינה דווקא בתחום דיני החוזים, מהטעמים הנדונים כאן. לתובנה זו ר' גם סע' 11.36(110) להלן.

101 **"if the criminal law has failed to protect society by failing to diligently prosecute such offenses… ..then the deficiency should be remedied by improving the administration of criminal justice.." Duffy**, 12; **"..if the criminal law is deficient, it would be better to work for its reform than for the wider availability of civil fines." Cane**, 309; see also **Redden**, 36; **Beale**, 246; **Ghiardi** (2) 418 (same).

102 ר' למשל: **Cane** 309

103 **"..given that there are well-recognized defects in the civil law process.. ..as well as acknowledged problems of 'access to justice', the civil courts are an unlikely source of salvation for the criminal law." Cane** 309.

104 מנתוני הנהלת בתי המשפט עולה, כי בשבע השנים האחרונות נע מספר הקובלנות הפרטיות שהוגשו לבתי המשפט מדי שנה בין 85 (בשנת 2001) ל-159 (בשנת 1999). ממחקר לתואר מוסמך שבחן באופן מקיף את הליכי הקובלנה הפרטית בישראל עולה, כי בין התאריכים ינואר 1990 עד יוני 1994 נפתחו בכל בתי משפט השלום בערים ירושלים, תל-אביב וחיפה בסך הכל 456 תיקים, כלומר, בממוצע כ-130 תיקים בשנה (לפני נתוני הנהלת בתי המשפט מספר זה היווה נכון לתקופה זו כ-70% מכלל הקובלנות שהוגשו בישראל בכל בתי משפט השלום). החל משנת 1992 כל העבירות שבגינן ניתן לקבול מצויות בסמכותם הייחודית של בתי משפט השלום. ע' גוט, **קובלנה פרטית, הפרט כמאשים במשפט הפלילי** (עבודת מוסמך, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ה).

nevo.co.il

והסיכון לאובדן ההשקעה הכספית גם במקרה שבו תושג הרשעה.[105] זאת להבדיל מתביעה אזרחית, שהתמריצים לניהולה, הסיכויים לזכות בה, והסיכויים להפיק רווח כלכלי מזכייה בה, גדולים יותר.[106] **שלישית,** הטיעון בדבר בעיית תת-האכיפה במשפט האזרחי, אף שהוא מצביע על בעייה כאובה, אין בו כדי לגרוע כהוא זה מהתפקיד החשוב שעשויה הדוקטרינה למלא במסגרת אותם אלפי ההליכים המתנהלים בפועל מדי יום ביומו בבתי המשפט.[107] יתרה מכך, ההיזקקות לדוקטרינה עתידה לאורך זמן לצמצם גם את בעיית תת-האכיפה במשפט האזרחי.[108]

ד. הצורך בתיאום בין ערוצי הענישה השונים

8.25 הפעלת הליך אזרחי-עונשי כדוגמת התביעה לתשלום העונשי לצורך צמצום בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי מחייבת מטבע הדברים תיאום בין ערוצי הענישה השונים העשויים להיות מופעלים כנגד הנתבע. בסעיפים הבאים אבחן כמה בעיות הנראות לי מרכזיות בהקשר זה, ואנסה להציע כיוונים לפתרונן.[109]

1. החשש מפני ענישת כפל

---

[105] הליך הקובלנה ממומן מכיסו הפרטי של הקורבן, הסיכוי להצליח בו אינו גבוה לאור המכשלות הדיוניות הגבוהות שמציב ההליך הפלילי על דרכו של התובע, וניצחון בהליך הקובלנה אינו מבטיח לקורבן תמורה כלכלית כלשהי, למעט ההנאה שהוא מפיק מהרשעת יריבו וענישתו. הנאה זו ככל הנראה אינה מצדיקה בדרך כלל את הטרחה המרובה וההוצאה הגדולה הכרוכה בניהול ההליך, בפרט כאשר הפגיעה בקורבן היתה קלה יחסית (במקרים שבהם הפגיעה היתה חמורה, קיים ממילא סיכוי סביר שההליך ינוהל על ידי רשויות האכיפה). למיעוטי יכולת מציבה אפשרות זו קושי נוסף, שכן העדר הציפייה לזכייה בסעד ממוני בתום ההליך פוגעת קשות בתמריץ של עורכי דין ליטול לניהולם תיקי קובלנה על בסיס של אחוזים מפסק הדין. זאת ועוד: למיטב ידיעתי במשפטים פליליים פסיקת הוצאות כנגד הנאשם היא חיזיון נדיר למדי, כך שאפילו שיפוי על הוצאות המשפט נתון בסימן שאלה מבחינת התובע שזכה במשפט. הכרה ברורה בכשלון הליך הקובלנה בישראל עולה ממחקרו של עופר גוט, הנ"ל בהערה הקודמת: **"..נראה כי המחשבה, שהקובל ישמש כשומר נוסף על אינטרסים חברתיים חשובים, וכי הקובלנה תשמש כלי ביקורת על הרשות ואמצעי לשמירה על זכויות האדם, אינה מתגשמת הלכה למעשה. ...נוכח מספרם הקטן של הכרעות הדין בתיק הקובלנה.. ..אין הליך הקובלנה תורם לאכיפת החוק. ...ממצאי מחקר-השדה מלמדים כי רוב מוחלט של ההליכים הסתיים בביטול הקובלנה."** **גוט**, 102, 103.

[106] התמריץ להגשת תביעות אזרחיות יסודו בכך שזכייה בהליך האזרחי מזכה את התובע בסעד מתקן ועל פי רוב גם בזכות להוצאות ההתדיינות המשפטית. גם כאשר תמריצים אלו (שאינם קיימים באותה מידה בהליך הקובלנה) אינם מספיקים כשלעצמם להגשת תביעה אזרחית (למשל, בשל קשיים בהוכחת הנזק או שיעורו) עשוי הסיכוי לזכות בתשלום עונשי לספק את התמריץ הדרוש. הדוקטרינה מאפשרת אפוא לקורבן העבירה להשיג פיצוי (לעצמו) ועניש (של העבריין) בהליך אחד, בעוד שבלעדיה היה עליו לנהל לשם כך שני הליכים נפרדים (תביעה אזרחית וקובלנה פלילית). על חולשתו של מוסד הקובלנה כפתרון לבעיית תת-האכיפה עמד פרופ' אנגלרד: **"דרך הקובלנה הפרטית הפתוחה לפני הנפגע.. ..אינה פתרון משביע רצון** [לבעיית תת-האכיפה]. **מה ענין לו לנפגע בהליכים הפליליים, אם כל מטרתו היא פיצוי על נזקיו? אנגלרד**, 595. לתובנות אלה מצאתי ביטוי בפסיקה האמריקאית: **"By allowing punitive damages the self interest of the plaintiff will lead to prosecution of the claim, while the same self interest of the plaintiff would lead him to refrain from instituting a criminal action at his own expense." Kink v. Combs**, 135 N.W.2d 789, 798 (Wis. 1965). בספרות הועלתה בעבר הסברה, כי בהעדר תמריץ כלכלי עלולים קורבנות מעשי עבירה (במיוחד קלים) להימנע מהטרחה הכרוכה בהגשת תלונה במשטרה ובמתן עדות כנגד העבריין בבית המשפט: **"The self-interest of the plaintiff… ..would often lead him to refrain from the trouble incident to appearing against the wrongdoer in criminal proceedings." McCormick**, 276-7; see also **Fridman**, 404: **"..if the injured party does not wish to invoke the criminal process and if there is no other way in which such process may be invoked.. ..the defendant may never be punished adequately for the serious conduct of which he is guilty. The desire for vindication, revenge, or punishment may move some parties** [to invoke the criminal process]**, but others, perhaps the majority, may not wish to become involved in legal proceedings unless they feel that there is a chance that they will be suitably rewarded by the courts by an award of damages… In this respect, the law of torts… ..may supplement and assist the criminal law."**

[107] זאת, ממש כשם שאין בבעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי כדי לגרוע מתרומתה החיונית של הענישה הפלילית בכל המקרים שבהם ההליך הפלילי אכן מתקיים. אחוז התביעות שבהן נפסקים תשלומים עונשיים הוא אמנם נמוך יחסית לכלל ההתדיינויות האזרחיות, אולם כמוסבר בפרק השביעי, חשיבותם והשפעתם החינוכית וההרתעתית של תביעות אלה חורגת הרבה מעבר למקרה הקונקרטי שבו נפסק תשלום עונשי בפועל. ר' גם התייחסותנו לבעיית הגישה לערכאות בדברי הנעילה לחיבור.

[108] בעניין זה ר' סע' 7.93, טקסט לאחר הערה 411.

[109] חשוב להדגיש, כפי שגם יובהר אגב הדיון, שלמרות התמקדותנו כאן ביחס בין ערוץ הענישה האזרחי לבין ערוץ הענישה הפלילי, הרי למעשה לפחות חלק מהבעיות שיידונו להלן, ובמיוחד בעיית ענישת הכפל, מתעוררות גם כאשר ערוץ הענישה המקביל איננו פלילי דווקא (אלא ערוץ מינהלי, משמעתי, או אפילו ערוץ ענישה אזרחי נוסף). מבחינה זו, הדיון בשלושת סעיפי המשנה הבאים רלבנטי לכל תביעה לתשלום עונשי, ולא רק לתביעה בגין התנהגות מחפירה המהווה עבירה פלילית. יתרה מכך, הדיון שלהלן רלבנטי, בשינויים המחוייבים, גם לתיאום בין ערוצי האכיפה הציבוריים לבין עצמם. לדיון בקשיים החוקתיים שמעוררת האפשרות לניהול הליך אזרחי-עונשי במקביל או בנוסף להליך פלילי ר' למשל: M.M. Cheh, Constitutional Limits on Using Civil Remedies to Achieve Criminal Law Objectives: Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction, 42 **Hastings L.J.** (1991) 1325, esp. 1270-1404. יש לציין, שאפילו ניהולו של הליך אזרחי רגיל (שאיננו עונשי) במקביל לניהולו של הליך פלילי (או לפניו) עלול לסכן את זכויות הנאשם. לסקירת בעיות אלה והצעה לפותרן באמצעות השהייה של ההליך האזרחי עד לתום ההליך הפלילי ר': Note, Using Equitable Powers to Coordinate Parallel Civil and Criminal Actions, 98 **Harv. L.R.** 1023 (1985)

nevo.co.il

8.26 החשש מפני ענישת כפל שתיגרם כתוצאה מפסיקת תשלום עונשי כנגד מי שנענש בפועל או עלול להיענש בעתיד בהליך פלילי הועלה בפסיקה האמריקנית כבר במאה ה-19 ושימש מאז ומעולם ראש חץ מרכזי בידי מבקריה של הדוקטרינה.[110] ענישת כפל היא תופעה חמורה הן במישור המוסרי-דאונטולוגי, והן בראייה תועלתנית. במישור הראשון ענישתו של אדם יותר מפעם אחת על אותו מעשה חוטאת לעקרון המידתיות בענישה, ופוגעת באופן מופרז וללא צורך בחירותו ובכבודו של הנענש. במישור התועלתני ענישה כפולה היא דוגמה מובהקת לפעולה לא יעילה, שכן היא משקפת בזבוז חברתי (הוצאת משאבים מיותרים לצורך השגת מטרה שכבר הושגה).[111] האם אכן הכרה בדוקטרינה כרוכה בהכרח בתשלום מחיר מוסרי וחברתי כה כבד, או שמא ניתן לסלק או לפחות לצמצם את החשש מפני ענישת כפל?[112]

---

110 ר' למשל: **"Perhaps the most impressive objection to allowing damages as a punishment in cases like the one at bar, is that which relates to dual prosecutions for a single tort. Our state constitution declares that no one shall be twice put in jeopardy for the same offense. A second criminal prosecution for the same act after acquittal, or conviction and punishment therefor, is something which no English or American lawyer would defend for a moment." Murphy v. Hobbs** 7 Colo. 541, 543 (1884); **"Under the rule** [of punitive damages]**.. ..a defendant may be required to make full compensation to the injured party, be punished by fine** [the punitive award] ***without legal limitation*.. ..and then be liable to indictment by a grand jury for a public wrong, and punished by the Court.. ..all for the same transaction."** ***Pike***, 544 (Rice, J., Dissenting); see also ***Fay***, 102: **"..the doctrine.. ..**[is] **importing into civil suits that punishment which still remains in criminal procedure, and so, unfairly, as well as unconstitutionally and illegally, punishing an offender twice for the same crime."** הטיעון בדבר ענישת כפל נדון בפסיקה האמריקאית בעיקר בהקשר לקנסות אזרחיים על מעשים שהיוו גם עבירות פליליות. בעבר נדחה הטיעון בנימוק הפורמלי, שהאיסור על סיכון כפול (הקבוע בתיקון ה-5 לחוקה) אינו חל אלא על הליכים פליליים בלבד, ובטיעון המהותי, שלפיו מטרתם של קנסות אזרחיים היא לפצות את המדינה על עלויות האכיפה והחקירה, ולא להעניש את הנתבעים. פסק הדין המנחה שבו עוצבה גישה זו הוא: **Helvering v. Mitchell** 303 U.S. 391 (1938) שם נדחתה הטענה כי ניהול הליך אזרחי על ידי רשויות המס לגביית קנס אזרחי בגין העלמת מס מאדם שכבר הורשע ונענש בהליך פלילי על אותה עבירה סותר את התיקון החמישי לחוקה בדבר סיכון כפול. גישה זו שלטה בכיפה עד שנת 1989. בפרשת **U.S v. Halper** 490 U.S. 435 (1989) פסק בית המשפט העליון הפדרלי כי סנקציה אזרחית שאיננה תרופתית והמשרתת מטרה גמולית או הרתעתית הינה עונש, ולפיכך חל איסור חוקתי לחשוף אליה מי שנוהל כנגדו בעבר הליך פלילי בגין אותו מעשה: **"..under the Double Jeopardy Clause a defendant who already has been punished in a criminal prosecution may not be subjected to an additional civil sanction to the extent that the second sanction may not fairly be characterized as remedial, but only as a deterrent or retribution."** ***Halper***, 448-9. למרות ישימותם לכאורה של דברים אלה על הדוקטרינה דנן (שמטרתה ללא ספק עונשית) לא נקבעה עד היום הלכה מפורשת בבית המשפט העליון האוסרת על פסיקת תשלום עונשי כנגד מי שהורשע בהליך פלילי מקביל. גדר הספקות נוגע לשאלה, אם ההגנה החוקתית משתרעת גם על הליכים עונשיים שיוזם הפרט, או שמא תכלית החוקה היתה אך להגן מפני הליכים היזומים על ידי רשויות המדינה. כאמור, שאלה זו טרם הוכרעה.

111 ענישה לא מידתית עלולה אף להביא להרתעת-יתר, אם מטרתה להבטיח הפנמה בקרב עבריינים בכוח, אך אם מטרתה למגר לחלוטין את ההתנהגות הנדונה, חשש זה אינו קיים כל עוד אין טעות בקביעת סטנדרט ההתנהגות או ביישומו (שכן כל גידול באפקט ההרתעתי הוא בהכרח חיובי.

112 הספרות העוסקת בבעיית ענישת הכפל בהליכים אזרחיים-עונשיים בכלל ובהליך לפסיקת תשלום עונשי בפרט ובניסיונות לפותרה היא נרחבת. ר' למשל: R. Gustafson, "Damages - Punitive Damages and Double Jeopardy" 21 **Notre Dame Lawyer** (1946) 206; **Comment**, 413-17; **Wheeler**, 326-9; **Cheh**, 1372-84; **Mann**, 1869-71; **Coffee** (2) 1887-8. See also L. Koenig, D. Godinz-Taylor, "The Need for Greater Double Jeopardy and Due Process Safeguards in RICO Criminal and Civil Actions" 70 **Cal. L.R.** (1982) 724; D.P. Silk, "*Hanover Insurance Co. v. Hayward*: Imposition of Punitive Damages in Addition to Criminal Sanction" 36 **Maine L.R.** (1984) 467; F.E. Zimring, "The Multiple Middlegrounds Between Civil and Criminal Law" 101 **Yale L.J.** (1991) 1901, 1904-5; J.T. Martin, "Final Jeopardy: Merging the Civil and Criminal Rounds in the Punishment Game" 46 **Florida L.R.** (1994) 661. ראוי לציין, שהחשש מפני ענישת כפל קיים גם כאשר ההליך העונשי הנוסף איננו פלילי, אלא אזרחי. כך, למשל, נתבע שבאותו מעשה סיכן או גרם נזק למספר רב של נתבעים עלול להיות מחוייב בתשלום עונשי במסגרת מספר רב של הליכים אזרחיים נפרדים. תופעה זו חמורה במיוחד כאשר קיימים מאות ולעיתים אף אלפי ניזוקים פוטנציאליים, כגון במקרים של אחריות למוצר פגום, תאונת מטוס, וכיו"ב ("Mass Tort Litigation"). הביטוי השיפוטי הראשון לחשש זה מיוחס בספרות לשופט Friendly בפסק הדין **Roginsky v. Richardson** 378 F2d 832, 841 (1967): **"..the apparent impracticability of imposing an effective ceiling on punitive awards in hundreds of suites in different courts may result in an aggregate which.. ..could reach catastrophic amounts."** סביב בעייה זו התגבשה ספרות רבה בארה"ב. ר' למשל: D.N. Jones, S. Sutton, B.D. Greenwald, "Multiple Punitive Damages Awards for a Single Course of Wrongful Conduct: The Need for a National Policy to Protect Due Process" 43 **Ala. L.R.** (1991) 1; J.C. Jeffries, "A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages" 72 **Va. L.R.** (1986) 139. לטענה, כי הפתרון לבעייה יימצא בהפחתת הסכום שנפסק בתביעות הקודמות מכל סכום שייפסק כנגד הנתבע בכל תביעה עתידית ר': H.A. Denemark, "Seeking Greater Fairness When Awarding Multiple Plaintiffs Punitive Damages for a Single Act by a Defendant" 63 **Ohio St. L.J.** (2002) 931. לטענה, כי הפתרון הוא בפסיקת תשלום עונשי בכל מקרה ומקרה רק בשיעור המתאים לחומרת מעשהו של הנתבע כלפי התובע בלבד, תוך התעלמות מהנזק או הסיכון שנגרם לאחרים ר': T.B. Colby, "Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs" 87 **Minn. L.R.** (2003) 583. פתרון חלופי שלישי הוא לקבוע, כי תשלום עונשי ייפסק פעם אחת בלבד בגין אותו מעשה. כלומר, התשלום העונשי ייפסק בתביעה הראשונה בלבד תוך התחשבות בכל

nevo.co.il

כפי שכבר רמזתי בדוני בטיעון הליברטני נגד הענישה האזרחית, החשש מפני ענישת כפל, אף שהוא חשש ממשי, יכול לבוא על פתרונו ללא קושי באמצעות הסדר דיוני שיבטיח תיאום בין ערוצי הענישה השונים.[113] הסדר זה צריך, לדעתי, להתבסס על מספר עקרונות: **<u>ראשית</u>**, על ההסדר להבטיח, כי בכל מקרה שבו נוהל יותר מהליך עונשי אחד בגין אותה התנהגות (ויהא זה הליך פלילי, מינהלי, משמעתי או אזרחי) תינתן לנתבע ההזדמנות להביא בפני השופט נתונים על עצם ניהולו של ההליך הנוסף, ועל העונש שהוטל עליו במסגרת הליך זה, ככל שהוטל. לשם כך ראוי לחייב את בית המשפט לשמוע את דברי הנתבע בטרם יטיל עליו חיוב בתשלום עונשי,[114] **וראוי להנחותו להתחשב בכל ענישה קודמת שהוטלה על הנתבע**.[115] **<u>שנית</u>**, כאשר נוהל בעבר או מנוהל בהווה הליך פלילי כנגד הנתבע בגין התנהגותו המחפירה, **ראוי לקבוע כלל החוסם לחלוטין כל אפשרות להטיל עליו תשלום עונשי בגין אותה התנהגות**, וזאת בין אם הנאשם הורשע בהליך הפלילי ובין אם לאו, ואפילו אם זוכה.[116] הטעם לכך הוא, שההצדקה העיקרית של הדוקטרינה בהקשר בו אנו דנים (התנהגויות מחפירות המהוות עבירות פליליות) היא לשמש תחליף להליך הפלילי כאשר הוא איננו מופעל, ולא לשמש כתחנת ביקורת נוספת על גביו, כאשר הוא מופעל. מכאן, שכאשר מתנהל הליך פלילי, אין מקום לנהל הליך עונשי נוסף כנגד הנתבע, מה גם שניהולו של הליך פלילי, אפילו כזה המסתיים בזיכוי, גורם לנפגע סבל לא מבוטל ומעמיד אותו בפני סיכון ממשי של סטיגמה ושלילת חירות.[117]

הסיכונים שיצרה ההתנהגות המחפירה (בתביעות המאוחרות יותר לא ייפסק תשלום עונשי כלשהו בגין אותו מעשה). יתרונו של פתרון זה הוא בפשטותו, בעובדה שהוא מבטיח הימנעות מענישת כפל, ובעובדה שהוא חוסך ניהול הליכים כפולים, ולפיכך הוא בעיניי כפתרון המועדף לבעייה זו. למעשה, פתרון זה הוא הפתרון הננקט כיום גם במשפט הפלילי ביחס למעשי עבירה עם קורבנות רבים. ר' גם הערה 124 להלן וטקסט.

[113] מעניין לציין, שהאפשרות לקבוע הסדר דיוני כזה עלתה כבר על דעת השופט Foster בפסק הדין ***Fay*** (1873) אך היא נראתה לו משעשעת ולא רצינית, בעיקר בשל "הבלבול המחשבתי" שבו היא כרוכה. לדבריו, הצעה כזו: **"..while amusing for its novelty, illustrates to minds regardful of legal simplicity, symmetry, and correctness, the absurdity of the confusion of the doctrine."** למותר לציין, שטיעון ארכאי ופורמליסטי מסוג זה אינו יכול לשמש כיום מחסום להכרה ברפורמות משפטיות מוצדקות מבחינה ענינית, ובנות ביצוע מבחינה מעשית. ***Fay***, 388.

[114] ר' סע' 8 להצעת החקיקה, המחייב את בית המשפט במתן זכות טיעון לשני הצדדים בטרם תתקבל החלטה על פסיקת תשלום עונשי.

[115] ר' סע' 5(ב) וסע' 6 להצעת החקיקה.

[116] הסדר זה מעוגן בסע' 7(א) להצעת החקיקה. זיכוי נאשם בהליך הפלילי משמעותו, שכתב האישום הוקרא לנאשם והוא השיב לאישום (ביטול אישום אפשרי בלא זיכוי רק עד שלב זה - ר' סע' 94(א) לחסד"פ). במצב זה נראה שאין הצדקה להעמיד את הנאשם בסיכון כפול, לאחר שכבר נחשף לסיכון הכרוך בהליך הפלילי.

[117] זאת, אפילו כאשר נראה לבית המשפט האזרחי, שהעונש שהוטל על הנתבע בהליך הפלילי איננו מספיק חמור, או שהזיכוי היה זיכוי "טכני". בכך למעשה תוענק לנתבע הגנה מפני "סיכון כפול" במצבים שבהם ההליך האזרחי-עונשי מאוחר להליך הפלילי (כאשר ההליך האזרחי-עונשי קודם להליך הפלילי מוצע שלא להעניק לנתבע הגנה כזו - ר' טקסט להערה 120 להלן). ראוי להדגיש, שלפי ההסדר המוצע ניהול חקירה פלילית כשלעצמו (להבדיל מניהול הליך פלילי ממש) אינו חוסם את הפנייה לדוקטרינה, וזאת לאור ההנחה (המציאותית, למרבה הצער) שסגירת תיקים על ידי רשויות האכיפה איננה מעידה בהכרח על העדר אינטרס ציבורי בחקירת העבירה או בענישת העבריין. עם זאת, העובדה שנוהל בעבר תיק פלילי, והנסיבות שהביאו לסגירתו, עשויות לשמש עילה להימנעות מפסיקת תשלום עונשי (ככל שהנתבע מוצא לנכון להביא מידע זה בפני בית המשפט). אפשרות זו מעוגנת בסע' 5(ד). להצעת החקיקה. ההסדר המוצע בטקסט הוא מחמיר למדי (עם התובע ועם בית המשפט) ולא אומץ עדיין במרבית המדינות. למיטב ידיעתי, הסדר כזה נוהג כיום רק **בניו-זילנד**, שם בפסק דין תקדימי מלפני מספר שנים נפסק בבית המשפט לערעורים בדעת רוב, כי ניהול הליך פלילי - אפילו כזה שהסתיים בזיכוי - חוסם את האפשרות לפסוק תשלום עונשי. **Daniels v. Thompson,** [1998] 3 N.Z.L.R. 22 בפסק הדין ניתן למצוא סקירה השוואתית מרשימה של המצב המשפטי בסוגייה זו בארה"ב, אנגליה, קנדה ואוסטרליה. **באוסטרליה** נוהג הכלל שלפיו רק "ענישה ממשית" (substantial punishment) של הנתבע על מעשיו בהליך פלילי קודם חוסמת את האפשרות לחייבו בתשלום עונשי. כאשר ההליך הפלילי מתנהל במקביל וטרם הסתיים, קמה חזקה (הניתנת לסתירה) שההליך יסתיים בענישה ממשית. **Gray v. Motor Accident Commission** [1998] (Aus. H.Ct.) 158 A.L.R. 485 (Lexis, no paging available): **"..the infliction of substantial punishment for what is substantially the same conduct as the conduct of the civil proceedings is a bar to the award."** השאלה אם זיכוי בהליך הפלילי יוצר מחסום דומה נותרה שם בצריך עיון. **בארה"ב וגם בקנדה** אפילו הרשעה פלילית (וזיכוי - לא כל שכן) איננה יוצרת בדרך כלל מחסום בפני פסיקת תשלום עונשי. השאלה אם בכלל, ובאיזו מידה ראוי להתחשב בה או בניהול הליך פלילי קודם נתונה שם לשיקול דעתו הרחב של בית המשפט האזרחי. פתרון זה אומץ גם על ידי הוועדה הקנדית שעסקה בנושא. **Canadian Report**, 43-46 רק **במדינות ספורות בארה"ב אומץ הסדר מחמיר יותר**, שלפיו הרשעה פלילית חוסמת את תחולת הדוקטרינה. אינדיאנה היא החלוצה ונושאת הדגל בתחום זה, ובה נוהג מזה שנים רבות איסור על פסיקת תשלום כל אימת שהנתבע הורשע בהליך פלילי קודם או שתלוי ועומד כנגדו כתב אישום פלילי. **Comment**, 414 יצויין, ש**בעבר נהגה בארה"ב גישה מקילה עוד יותר** מזו הרווחת כיום. לפי גישה זו אפילו יודע בית המשפט על הרשעה קודמת, אין כל מקום להתחשב בכך שעה שגוזרים את העונש האזרחי. בספרו של Sedgwick (מאמצע המאה ה-19) הוא מציין, שבמרבית המדינות הכלל הרווח הוא ש: **"..even after a criminal conviction, vindictive damages may be given in a civil action against the offender." Sedgwick**, 535, and citations therein. ביטוי לגישה

nevo.co.il

<u>שלישית</u>, לפי ההסדר המוצע, גם כאשר במועד מתן פסק הדין האזרחי לא מתנהל עדיין הליך פלילי מקביל, **על בית המשפט לשקול להימנע מהפעלת הדוקטרינה, אם לדעתו קיימת הסתברות גבוהה שהמקרה יטופל במישור הפלילי**.[118] **<u>רביעית</u>**, כאשר ההליך הפלילי נפתח רק לאחר תום ההליך האזרחי-עונשי, **חובה על בית המשפט הפלילי להתחשב בעובדה שהנאשם חוייב כבר בתשלום עונשי בהליך האזרחי**, בעת שהוא גוזר את דינו.[119] **<u>חמישית</u>**, בשל ההבדל המשמעותי בין הליך פלילי לבין הליך אזרחי-עונשי מבחינת חומרת הסטיגמה הכרוכה בעצם ניהול ההליך ומבחינת חומרת הסנקציה העלולה להיות מוטלת בסופו, **אין ההסדר המוצע מזכה את מי שנוהלה נגדו תביעה לתשלום עונשי בהגנה של "סיכון כפול" מפני ניהולו של הליך פלילי עתידי**.[120] **<u>שישית</u>**, **עצם ניהולם במקביל או בנוסף של הליכי ענישה מינהליים או משמעתיים בגין אותה התנהגות - ואפילו עונש שהוטל במסגרת הליכים אלו - אינם צריכים לשמש כמחסום מוחלט לפסיקת תשלום עונשי**. זאת, בשל העובדה שמטרותיהם של הליכים אלו שונות ממטרות ההליך הפלילי והאזרחי-עונשי גם יחד, ובשל העובדה שאופי הענישה במסגרתם שונה.[121] עם זאת, כאמור, מוצע להנחות את בית המשפט לשקול אם אין בניהולם של הליכים כאלה בעבר או בסיכוי לניהולם בעתיד כדי לייתר את הצורך בפסיקת תשלום עונשי, או כדי להצדיק הפחתה בשיעורו.[122] **<u>שביעית</u>**, ואחרון, **מוצע**

קשוחה (ובמידה רבה פורמליסטית) זו יש בדברים הבאים שנאמרו בבית משפט במדינת ניו-יורק בשנת 1844: **"..the rule** [allowing an award even after a criminal conviction] **is laid down without the qualification that we are to regard either the probable or the actual punishment of the defendant by indictment and conviction at the suit of the people."** ***Cook***, 466. תפיסה זו ראוייה לדעתי לביקורת. היא מושתתת על ראיית העילה הציבורית כנפרדת לחלוטין מהעילה הפרטית שמקים מעשה העבירה. גישה כזו היתה מתאימה אולי לתפיסות הפורמליסטיות ששלטו בכיפה במאה ה-19, אך היא איננה מתיישבת עם הראייה הפרגמטית והריאליסטית של המשפט הרווחת כיום. כאמור, כיום שלטת גישה ליברלית יותר כלפי הנתבע, הרואה בעין יפה ואף מעודדת התחשבות בעונשים קודמים שהוטלו עליו בהליך הפלילי.

[118] הסתברות כזו יכולה להילמד מהעובדה שהוגשה כבר תלונה, שהתיק הפלילי לא נסגר עדיין, ושמדובר בעבירה חמורה יחסית. במקרה כזה יכול בית המשפט לוותר על החיוב בתשלום עונשי או לפחות לעכב את ההליך האזרחי-עונשי עד להתבהרות גורל התיק הפלילי (אפשרות זו מטבע הדברים בעייתית בשל עינוי הדין הכרוך בה מבחינת בעלי הדין). לעומת זאת, כאשר קיים רק יסוד סביר להניח שינוהל הליך פלילי, אין מקום להימנע מפסיקת תשלום עונשי, שכן כנגד סיכוי זה קיים הסיכוי (הסביר לא פחות) שהנתבע לא ייענש כלל על מעשיו. עמדה ליברלית שלפיה די באפשרות סבירה של ניהול הליך פלילי בעתיד כדי לחסום את הפעלת הדוקטרינה (ולכל הפחות לחייב עיכוב הליכים) אומצה בניו-זילנד, בפסק הדין **Daniels**, הנ"ל בהערה הקודמת. אך היא נדחתה בפסק הדין האוסטרלי המנחה בסוגייה זו, ממנו משתמעת תמיכה בהסדר המוצע על ידנו: **"It may be doubted, however, that the mere possibility of later criminal prosecution is reason enough not to award exemplary damages in a proper case."** ***Gray*** (Lexis, no paging available). למותר לציין, שכאשר בית המשפט סבור כי התנהגותו המחפירה של הנתבע מעוררת חשד ממשי לביצוע עבירה פלילית, וכי רשויות האכיפה אינן מודעות לחשד זה, מן הראוי שידווח על כך לרשויות. אולם, כאמור, בית המשפט אינו חייב להימנע מניהול ההליך האזרחי-עונשי, אלא אם כן הוא סבור שההסתברות לניהול הליך פלילי בעתיד הקרוב גבוהה ביותר. בהסדר המוצע בחרנו להותיר לבית המשפט שיקול דעת רחב יחסית בנושא זה. ר' סע' 5(ג) להצעת החקיקה.

[119] לעניין זה ר' סע' 14 להצעת החקיקה. לדעתי, האפשרות שהליך פלילי ייפתח בגין התנהגות שבגינה הוטל כבר חיוב בתשלום עונשי איננה צפוייה להיות חיזיון נפרץ, במיוחד כאשר מדובר בעבירות קלות (שלגביהן בעיקר קיימת תת-אכיפה). הטעם לכך הוא, שבעבירות קלות העובדה שהוטלה כבר סנקציה אזרחית-עונשית גורעת מהעניין הציבורי שבהעמדת החשוד לדין, וחזקה על התביעה הכללית שתתחשב בכך, כמו גם בצורך להימנע מבזבוז ומכפילות מיותרים (רצוי לקבוע מנגנון פורמלי, מינהלי או חקיקתי, שיאפשר לתביעה הכללית לקבל מידע מבתי המשפט על סנקציות אזרחיות-עונשיות שהוטלו על חשוד בעבירה פלילית). לעומת זאת, כאשר התשלום העונשי הוטל בגין עבירה חמורה יחסית, אכן תיתכן כפילות מסויימת, במידה שהתביעה הכללית תחליט על הגשת אישום פלילי. אך כאמור לעיל, במקרים אלה מוסמך בית המשפט האזרחי להימנע מפסיקת תשלום עונשי, אם הוא סבור כי הסיכוי לפתיחת הליך פלילי הוא גבוה (ר' ההערה הקודמת). זאת ועוד: גם בהנחה שבמקרים מסויימים יווצר מצב של כפל הליכים, הדבר לא צפוי להיות כרוך בבזבוז ניכר, שכן העלות השולית הכרוכה בניהול ההליך האזרחי-עונשי הנספח לתביעה אזרחית היא ממילא נמוכה למדי. לעניין זה ר' גם סע' 8.49 להלן.

[120] זאת, להבדיל מהמצב ההפוך, שבו ההליך הפלילי נוהל קודם לכן (ר' טקסט להערה 117 לעיל). במילים אחרות, ההסדר המוצע אינו מקנה הגנה מלאה, אלא רק הגנה חלקית מפני סיכון כפול. הטעם לכך הוא פשוט: ייתכנו מצבים לא מעטים, שבהם התשלום העונשי שהוטל על הנתבע בהליך האזרחי אינו מספיק על מנת לבטא את חומרת העבירה הפלילית שביצע. במקרה כזה, ראוי לאפשר לתביעה הכללית לשקול העמדה לדין פלילי של הנתבע, למרות שזה כבר נענש אזרחית על העבירה. כמובהר בהערה הקודמת, חזקה על התביעה הפלילית שתשקול את העניין הציבורי שבניהול הליך עונשי נוסף כנגד החשוד.

[121] ככלל, נראה שהסיכון שאליו נחשף נתבע בתביעה מינהלית או משמעתית קטן יותר מהסיכון שאליו הוא נחשף במסגרת הליך פלילי, ואפילו במסגרת הליך שבו הוא חשוף לחיוב בתשלום עונשי. הסטיגמה הפלילית חמורה יותר מזו הנלווית ל"הרשעה" משמעתית או מינהלית, ואילו הסיכון הכלכלי הטמון בחיוב בתשלום עונשי גבוה מיותר מהסיכון הנובע מהרשעה בהליכים אלה. הליך משמעתי עלול אמנם במקרים מסויימים להיות חמור יחסית מבחינת תוצאותיו (שלילת תואר מקצועי, פגיעה בחופש העיסוק, וכו'), אך אין הוא מאפשר בדרך כלל לקורבן להבליט את הפגיעה האישית בו.

[122] ר' סע' 5(ב), 5(ג) ו-6 להצעת החקיקה. בגישה דומה נוקטת הפסיקה הניו-זילנדית, אשר קבעה, כי עונש שהוטל בהליך משמעתי חייב להיות מובא בחשבון בעת שנפסק תשלום עונשי, אך בניגוד להליך פלילי, אין בו משום מחסום מוחלט בפני הפעלת הדוקטרינה. **L. v.**

nevo.co.il

לחסום לחלוטין את האפשרות לפסוק תשלום עונשי כנגד נתבע שבגין אותה התנהגות נפסק נגדו תשלום עונשי בעבר.[123] המשמעות היא שעל בית המשפט להעריך במסגרת התביעה האזרחית-עונשית הראשונה את מכלול הסיכונים שיצרה התנהגותו המחפירה של הנתבע כלפי כל מי שנפגע או שעלול היה להיפגע ממנה, ולחייבו בעונש אחד ויחיד על התנהגות זו (כפי שמקובל בהליך הפלילי). כך תימנע התופעה הפסולה והבזבזנית של ריבוי הליכים אזרחיים-עונשיים בגין אותה התנהגות, תופעה שהינה בעייתית ביותר, בפרט בארועי נזיקין מרובי נפגעים (mass tort litigation).[124]

לבסוף מן הראוי לציין, כי החשש מפני ענישת כפל איננו מתעורר בדרך כלל בתביעות שהן מעניינו בחיבור זה, היינו, תביעות לתשלום עונשי המבוססות על הפרה מחפירה של חוזה. הטעם לכך הוא, שהפרת חוזה, אפילו מחפירה, על פי רוב איננה מהווה עילה להטלת אחריות פלילית (ואף לא מינהלית או משמעתית).[125]

2. החשש מעקיפת סמכותה של התביעה הכללית

8.27 שאלה נוספת שמעורר השימוש בענישה האזרחית לפתרון בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי היא, האם אין בהכרה במסלול ענישה פרטי שכזה משום עקיפת סמכותה הפורמלית הייחודית של התביעה הכללית להחליט על העמדה לדין. בנוסף, קיים החשש המהותי, כי בניגוד לתביעה הכללית, שחובה עליה לפעול באופן שקול ונטול פניות, התובע בהליך האזרחי מונע על ידי שיקולים אגואיסטיים העלולים להביא להפעלת הליכים עונשיים גם במקרים שאינם מצדיקים זאת.[126]

לדעתי, גם חששות אלה אינם עילה מספקת להימנע מהיזקקות לענישה האזרחית. **ראשית,** כמוסבר לעיל, הפנייה לערכאה האזרחית איננה שוללת מהתביעה הכללית את הסמכות הייחודית להעמיד את הנתבע לדין פלילי (בנוסף להליך האזרחי-עונשי או במקומו). אמנם, ההכרה בענישה אזרחית, כמו בערוצי ענישה מודרניים אחרים, פוגעת במונופול המסורתי של התביעה הכללית על ניהולם של הליכים עונשיים.[127] אלא שלאור מגבלותיה של מערכת האכיפה הפלילית, קיימת הצדקה ענינית ברורה לשלילת מעמד מונופוליסטי זה.[128] **שנית**, גם החשש מפני ניצול לרעה של ההליך האזרחי-עונשי על ידי תובעים פרטיים אינו מהווה לדעתי מכשלה המצדיקה הימנעות מהיזקקות לו, שכן ניתן להתגבר באמצעות הטלת סנקציות על ניצול לרעה של הליכי משפט ועל הגשת תביעות

Robinson [2000] 3 N.Z.L.R. 499, para. 2 (H.Ct. Christchurch): "**The fact that disciplinary action had been taken did not constitute an absolute bar to an award of exemplary damages, but was a factor that could be taken into account in assessing the quantum of such damages."**

123 ר' סע' 7(4) להצעת החקיקה. הטעם לכך זהה בעיקרו לטעם לשלילת האפשרות לפסוק תשלום עונשי לאחר הרשעה פלילית. עם זאת, מוצע שלא לקבוע מחסום כזה רק בשל העובדה שנוהל בעבר הליך אזרחי-עונשי, שכן השלכות ניהולו של הליך כזה על רווחתו של הנתבע חמורות הרבה פחות מהשלכות ניהולו של הליך פלילי כנגד נאשם.

124 החשש מפני ריבוי הליכים אזרחיים-עונשיים במקרים אלה נדון בספרות והוצעו לו פתרונות שונים. ר' הערה 112 לעיל. לדעתי, הפתרון המוצע כאן עדיף על שני הפתרונות החלופיים שהוצעו בספרות, בעיקר בשל היותו פשוט, זול ונוח ליישום יותר מקודמיו.

125 זאת להבדיל מעוולות נזיקין מחפירות, אשר במקרים רבים מקיימות את יסודותיהן של עבירות פליליות מקבילות. עם זאת, הפרת חוזה עשוייה במקרים מסויימים להקים עילה לענישה משמעתית (של עובד שהפר חוזה, חבר בתאגיד שהפר אותו, וכו') ובמקרה כזה יש להתחשב בהליך המשמעתי המקביל, כמפורט בטקסט להערה הקודמת.

126 חששות אלה הובעו בספרות: **"If a conscientious and dedicated prosecutor thinks that the threat to the well being of the community from particular conduct is too slight to warrant protective criminal action, his decision should not be negated or overruled by a private plaintiff whose decision may be determined by zeal for personal gain rather than protection of society." Brandwen,** 470; see also **Morris**, 1178-9: **"..it is too much to expect that they** [private individuals] **will strive for just admonition.. ..this work is more appropriately left to public prosecutors.."**; see also **Coffee**, 231 (same).

127 פגיעה זו מצטרפת לפגיעה שפוגעים במעמד זה כל יתר ערוצי הענישה: הענישה המינהלית, המשמעתית, וצורות אחרות של ענישה אזרחית. למותר לציין, שגם הליך הקובלנה הפרטית מהווה דוגמה מובהקת לכרסום במונופול של התביעה הכללית.

128 יתרה מכך: עיגון חקיקתי פורמלי לערוץ האזרחי-עונשי צפוי להשמיט לחלוטין את הבסיס לטענה של 'עקיפת סמכות', שהרי יש בו משום גילוי דעת מפורש של המחוקק בדבר רצונו להכיר בסמכות הפרט לפתוח בהליך אזרחי-עונשי, מבלי לגרוע מהסמכות הכללית שבידי התביעה הכללית.

nevo.co.il

סרק.[129] זאת ועוד, יש לזכור שענישת הנתבע מסורה בסופו של דבר בידי בית המשפט, וכי התובע הפרטי אינו נהנה מאותה מידה של אמון לו זוכים נציגי התביעה הכללית. לפיכך, גם החשש כי בית המשפט יושפע מעמדתו המוטית של התובע הפרטי, פוחת בהתאם.

3. סוגיית נטל הראייה בתביעות לתשלום עונשי

8.28 סוגייה מרכזית נוספת שמעוררת ענישת התנהגויות מחפירות במסגרת הליך אזרחי, היא שאלת דרגת הוודאות שבה מן הראוי להוכיח את אשמתו של הנתבע.[130] כידוע, את אשמתו של נאשם בהליך פלילי יש להוכיח בראיות שאינן מניחות מקום לספק סביר בדבר התקיימותם של כל יסודות העבירה. במשפט האזרחי, לעומת זאת, אמת המידה הרגילה היא של 'מאזן הסתברויות'. מה צריך אפוא להיות הדין החל על הוכחת התנהגות מחפירה במסגרת תביעה אזרחית-עונשית לתשלום עונשי?

העיון במקורות מעלה, שאמת המידה המסורתית בתביעות לתשלום עונשי היא במרבית המדינות אמת המידה האזרחית הרגילה, זו של 'מאזן ההסתברויות'. עם זאת, במספר מדינות אימצה הפסיקה, ומאוחר יותר גם החקיקה, אמות מידה מחמירות יותר. כך, למשל, באינדיאנה, אלבמה, ואיידהו שבארצות הברית, נוהגת אמת מידה בינונית, הדורשת "ראיות ברורות ומשכנעות" כתנאי להטלת אחריות לתשלום עונשי.[131] במדינת קולורדו החמירה הפסיקה אף יותר, והחילה את הסטנדרט הראייתי המחמיר הנוהג בפלילים.[132] בית המשפט העליון של ארצות-הברית הביע את תמיכתו באמת המידה הבינונית, אך קבע כי גם אמת המידה המקובלת של 'מאזן הסתברויות' איננה בלתי חוקתית ועומדת בדרישה ל'הליך הוגן' ("due process of law").[133]

לדעתי, אף אחד משלושת הפתרונות דלעיל איננו בלתי סביר, אך פתרון הביניים הוא הראוי ביותר. מחד גיסא, עוצמתה של הסטיגמה הכרוכה בחיוב בתשלום עונשי פחותה בהרבה מזו הנלווית להרשעה בהליך פלילי, מה גם שהחשש להטלת עונשי מאסר אינו קיים בתביעות לתשלום עונשי. יתרה מכך, פערי הכוחות המאפיינים את יחסי המדינה והנאשם בהליך הפלילי אינם קיימים בתביעה הטיפוסית לתשלום עונשי. עובדות אלה מפחיתות במידה רבה את הצורך וההצדקה שבאימוץ סטנדרט הוכחה מחמיר כדוגמת זה הנוהג במשפט הפלילי. אולם מאידך גיסא, אין להכחיש שניהול תביעה לתשלום עונשי חושפת את הנתבע לסטיגמה חמורה מזו הנלווית לחיוב אזרחי רגיל, ולסיכון כלכלי חמור יותר, לעיתים במידה משמעותית. המסקנה המתבקשת היא, כי אכן נדרשת העלאה ברף ההוכחה הנהוג בתביעות אזרחיות רגילות. אמת מידה של "**ראיות ברורות ומשכנעות**" ואולי אף של "**ראיות חד-משמעיות**", נראית בעיניי אמת-מידה סבירה הראוייה לאימוץ בהקשר דנן.[134]

---

[129] ר' למשל סע' 11 להצעת החקיקה, המסמיך את בית המשפט לפסוק הוצאות לדוגמה ואף תשלום עונשי כנגד תובע בשל שימוש לרעה באפשרות לתבוע תשלום עונשי.

[130] יש להדגיש, שהדיון בסעיף זה רלבנטי לכל הליך אזרחי-עונשי, ולא רק לתביעה לתשלום עונשי בגין התנהגות מחפירה המהווה גם עבירה פלילית. אולם כאשר ההתנהגות מהווה עבירה פלילית השאלה מתחדדת, שכן בית המשפט מתבקש לקבוע כי הנתבע עבר למעשה עבירה פלילית, והדבר עשוי להחמיר את הסטיגמה שתיטבע בנתבע עקב חיובו בתשלום העונשי.

[131] אמת מידה מוגברת זו מקורה בפסיקת בתי המשפט באינדיאנה, והיא מעוגנת כיום מפורשות בקודקס האזרחי של מדינה זו: **"The facts warranting punitive damages must be established by clear and convincing evidence. Ind. Code §** 34-51-3-2 (1998) **…Proof is required by a clear and convincing standard rather than a preponderance of the evidence standard.." Cheatham v. Pohle** 789 N.E.2d 467, 472 (S.C. Ind. 2003).

[132] **Colo. Rev. Stat. Ann.** s. 13-25-127(2).

[133] ***Pacific***, 23.

[134] ר' סע' 2 להצעת החקיקה. אכן, בית המשפט העליון שלנו פסק לא אחת, כי גם בתביעה אזרחית רגילה יוחל נטל ראייה גבוה יותר, כאשר מיוחסת לתובע אחריות לביצוע מעשה מרמה או עבירה פלילית אחרת. ר' למשל ע"א 475/81 **זיקרי נ. כלל חברה לביטוח** פ"ד מ(1) 589, בו נפסק מפי השופט בך ש"..**הצד שעליו רובץ הנטל להוכיח עובדות המטילות על יריבו סטיגמה של ביצוע עבירה פלילית, חייב לעשות זאת באמצעות ראיות בעלות משקל רב וכבד יותר ממה שדרוש במשפטים אזרחיים רגילים.**" (שם, בעמ' 598). עם זאת, השופט סייג את פסיקתו רק למקרים שבהם: "**המדובר בטענות, המיחסות ליריב ביצוע עבירות רציניות, המטילות עליו סטיגמה**

nevo.co.il

8.29 באופן מסורתי אין הנתבע בתביעה לתשלום עונשי זכאי למכלול הערובות הדיוניות המוקנות לנאשם בפלילים, ובכלל זה הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, הזכות לסניגור, זכות השתיקה, ועוד.[135] הדיון בכל אחת מערובות אלה ובשאלת ישימותן בתביעות לתשלום עונשי חורג ממסגרת חיבור זה, ולא נוכל להרחיב בו. נסתפק כאן בציון גישתנו העקרונית, כי פרט לרפורמות המוצעות לעיל בנושא ענישת כפל ובנושא נטל הראייה, אין לדעתנו הצדקה לאימוצן של הערובות הפליליות בהליך אזרחי-עונשי המנוהל על ידי הפרט, ודאי לא באותו היקף ומתכונת.[136] גישה זו מתיישבת עם הדין הנוהג במרבית המדינות שבהן נוהגת הדוקטרינה, ונראה כי היא הרווחת גם בספרות המשפטית.[137]

II. הצורך בריסון התנהגויות מחפירות שאינן מהוות עבירות פליליות

א. תמצית הטיעון

8.30 עד כה דנתי בתרומתם הפוטנציאלית של הענישה האזרחית בכלל ושל התשלום העונשי בפרט, לריסון עבירות פליליות שאינן נאכפות על ידי מערכת האכיפה הפלילית. אלא שתרומתה של הדוקטרינה אינה מתמצה בכך. חשיבות לא פחותה נעוצה ביכולתה לספק מענה עונשי הולם להפרות מחפירות של חיובים אזרחיים שאינן מהוות עבירות פליליות, והמצויות לפיכך מחוץ להישג ידו של המשפט הפלילי לא רק למעשה, אלא גם להלכה. התשלום העונשי מאפשר למערכת המשפט להתמודד במישרין עם תופעות מעין אלה באמצעות ענישה ממשית ואפקטיבית, אך ללא צורך בהיזקקות למנגנון האכיפה הפלילי, על כל המשתמע מכך.[138]

ושיש עמן משום קלון." (שם, 599). השופט ברק ביקש באותו עניין להימנע מיצירת נטל ראייה שלישי קשוח, אך הסכים כי: "**כמות הראיות שיש בהן כדי לשכנע את השופט בנטייתה של ההסתברות, קשורה במהותו וחומרתו של הנושא.**" (שם, 607). מכאן, שבהליך לפסיקת תשלום עונשי ראוי לכאורה לאמץ אמת מידה דומה ואולי אף חמורה יותר (לאור הסיכון בהגדלת הסנקציה הכלכלית, בנוסף לסטיגמה). אך מאידך גיסא, יש לזכור שבמקרים רבים התשלום העונשי נפסק בגין התנהגות שאינה פלילית, כך שמידת הקלון הגלומה ב"הרשעה" פחותה מאשר במצבים הנדונים כאן, ושבהם ההתנהגות המחפירה מהווה עבירה פלילית. לתמיכה בהעלאת רף ההוכחה בתביעות לתשלום עונשי, אם כי לא בהכרח עד כדי השוואתו לרף ההוכחה בפלילים ר' למשל: **Comment**, 417: "**If one accepts the proposition that the consequences of punitive damages are "momentous and serious", then justice requires increasing the burden of persuasion..**"; see also **Wheeler**, 311-4 (recommending adoption of higher standard of proof for punitive damages claims). נראה שדעה זו מקובלת על מרבית המלומדים שעסקו בסוגייה.

135 בתיקונים השונים לחוקה האמריקאית מובטחות לנאשם בפלילים מעבר לזכות הבסיסית להליך הוגן והגנה מפני סיכון כפול ועניש מופרזת זכויות נוספות כגון זכות להישפט בפני חבר מושבעים (להבדיל משופט), זכות להתעמת עם עדים, ועוד. בשני פסקי דין חשובים שניתנו בשנת 1963 ובשנת 1980, החיל בית המשפט העליון הפדרלי חלק ניכר מערובות אלה על הליכים מינהליים שתכליתם עונשית. אלה הם: **Kennedy v. Mendoza-Martinez** 372 U.S. 144 (1963); **U.S. v. Ward** 448 U.S. 242 (1980). (בפסקי הדין נקבעו מבחני עזר לזיהוי סנקציה עונשית). אולם עד היום הלכות אלה לא יושמו על הליכים אזרחיים-עונשיים היזומים ומנוהלים על ידי הפרט. גם הלכת ***Halper***, שבה הוחלה הגנת הסיכון הכפול על הליך אזרחי-עונשי, נפסקה לגבי הליך שניזום ונוהל על ידי רשות ציבורית כנגד פרט, ולפיכך ישימותה להליכים פרטיים מוטלת בספק. להלכה זו ר' הערה 110 לעיל. דיון פרטני בישימותן של כל אחת מהערובות הדיוניות המוקנות לנאשם בפלילים על תביעות לתשלום עונשי ניתן למצוא במאמרו של **Wheeler**, הסבור כי ראוי דווקא להחיל את מרבית הערובות גם בתביעות אלה. לסקירה ביקורתית נרחבת יחסית ר' גם **Comment** (שם מוצגת עמדה הפוכה).

136 ראוי לשוב ולהדגיש, שהדברים בטקסט מתייחסים אך ורק לסנקציות המוטלות בהליך אזרחי-עונשי שיוזם הפרט. כאשר ההליך הוא הליך מינהלי, או הליך אזרחי-עונשי המנוהל על ידי רשות ציבורית, הדין עשוי להיות שונה, כפי שאכן נקבע בפסיקה האמריקאית.

137 ר' למשל: **Galanter & Luban**, 1456-61, esp. 1457-8: "[punitive damages] **involve a totally decentralized use of the legal system.. ..they raise none of the classical liberal worries about aggrandizing stat power. ..**[and they] **do not involve threats to life and liberty. Thus, the special rights-based, anti-utilitarian protections in the criminal law do not belong in the context of punitive damages..**" דיונים נוספים וגישות שונות לבעייה זו ניתן למצוא במקורות המופיעים בהערות 109 ו-112 לעיל. לסקירות של הדין הנוהג במדינות השונות בארה"ב ר': **Ghiardi**, ch. 3; **Redden**, ch. 3

138 בספרות המודרנית לא מצאתי דיון רציני בתפקיד מרכזי זה שהדוקטרינה ממלאת. לאיזכורים קצרים של תפקיד זה ר' למשל: "**There may be certain types of conduct which we think too unacceptable to be the subject only of civil remedies.. ..but not unacceptable enough to be subject to the stigma of criminalization.**" **Cane** 308; **The assistance** [of punitive damages] **is important, for many serious misdeeds deserving of punishment are beyond the reach of the criminal law..**" **Owen**, 1288; "**The principle argument adduced in favor of vindictive damages bases itself on the necessity that every community is under of affixing some punishment to violations of the law, which, though partaking more or less of the character of crimes, are yet not of importance enough to demand, or too subtle in their nature to admit of criminal prosecution.**" "Vindictive

nevo.co.il

ב. ההגנה המוגבלת של המשפט הפלילי מפני פגיעה מחפירה באינטרסים מסויימים

8.31 התנהגויות מחפירות רבות פוגעות באופן בוטה באינטרסים חשובים של הפרט אך אינן מוגדרות באופן מסורתי כעבירות פליליות. דוגמות להתנהגויות מעין אלה הן למשל (ומבלי למצות)[139]: מעשי התעמרות, הצקה והטרדה מתמשכים; הפרה חוזרת ונשנית של הבטחות מחייבות; ניצול לרעה של הליכים משפטיים או נסיונות סרק להתכחש או להתחמק מאחריות משפטית; ניצול לרעה של יחסי תלות ואמון; ניצול לרעה של מצוקה או מגבלה פיזית, נפשית או כלכלית של הזולת כדי להפיק טובות הנאה (עושק, כפייה כלכלית, וכיו"ב); ניצול לרעה של פערי מיקוח כלכליים או של יחסי מרות (בעבודה, במשפחה, וכו') להעמדת תנאים בלתי סבירים ובלתי הוגנים; שקרים ומצגי שווא שונים (שאינם עולים בהכרח כדי ניסיון לקבלת דבר במרמה); יחס מזלזל של ספקים ללקוחותיהם והתעלמות מדרישות לגיטימיות שלהם המסיבה נזק חמור ללקוחות; פגיעות בסביבה או באיכות החיים (שאינן כרוכות בפגיעה ישירה ומוחשית בבריאות או ברכוש); הפליה או יחס משפיל של מעביד כלפי עובד,[140] פגיעה בכבודו של אדם על רקע מין, גזע, נכות וכיו"ב, ועוד ועוד.

סגולה זו של התשלום העונשי זכתה בעבר להדגשה בפסיקה האמריקאית: **Grube**, n. 34. Damages", 4 **Am. L.J.** (1851) 61, 73 cited in **Hopkins v. The Atlantic and Saint Lawrence Railroad** 36 N.H. 9, 18 (S.C. 1857): **"Where the wrong done to the party partakes of a criminal character, though not punishable as an offence against the State, the public may be said to have an interest that the wrong doer should be prosecuted and brought to justice in a civil suit** [for exemplary damages]."**;** ***M'Bride***, 376: **"There are offences against morals, to which the law has annexed no penalty as public wrongs, and which could pass without reprehension, did not the providence of the courts permit the private remedy** [of exemplary damages] **to become an instrument of public correction.";** ***Kink***, 798: **"…**[punitive damages bring] **to punishment types of conduct that though oppressive and hurtful to the individual almost invariably go unpunished by the public prosecutor.. ..by this device a quasi-criminal action is promoted…"** להתייחסות מודרנית יותר ר' למשל דברי בית המשפט הפדרלי בעניין ***Brown*** (3) "[Punitive damages are proper] **particularly.. ..in areas of conduct where the acts committed, while reprehensible, may fall short of rendering the wrongdoer subject to criminal prosecutions."** ***Brown*** (3), 40.

[139] דיון נרחב יותר בחלק מהתנהגויות מחפירות אלה, הטיפוסיות לתחום החוזי יתקיים בפרק י"ב.

[140] בתחום זה מרבים לפסוק תשלומים עונשיים בארה"ב ובקנדה. בישראל נפסק תשלום עונשי בקטגוריה זו כנגד מעביד בשל הפליית אישה בקבלה לעבודה. ר' סע' 3.10(60א) לעיל.

nevo.co.il

1. *פגיעות באינטרסים כלכליים ורגשיים*

8.32 ניתן לראות, כי מכנה משותף מובהק של חלק גדול מהתנהגויות אלה - שאינן אלא דוגמות למקרים טיפוסיים שבהם נפסקים תשלומים עונשיים - הוא פגיעה ברווחתו הכלכלית והרוחנית של אדם, להבדיל מפגיעה פיזית בגופו או ברכושו. אכן, המשפט הפלילי ה'גרעיני' מספק הגנה רחבה יחסית מפני פגיעה מודעת באינטרסים פיזיים מוחשיים, בעיקר גופניים ורכושיים.[141] לעומת זאת, היקף ההגנה שהוא פורש על אינטרסים אחרים - בעיקר כלכליים ורגשיים - היא מוגבלת למדיי.[142] הנה כי כן, החוק הפלילי אינו מכיר באיסור כללי על גרימה מודעת ובלתי מוצדקת של נזק ממוני טהור או על פגיעה מודעת ובלתי מוצדקת ברגשותיו, בשמו הטוב או בכבודו של אדם, ותהא פגיעה זו קשה ומקוממת ככל שתהא.[143]

האם העובדה שהתנהגויות פסולות אלה אינן מוגדרות כפליליות ואינן מטופלות על ידי המשפט הפלילי מוליכה למסקנה, כי אין צורך בסנקציות משפטיות, שיספקו הגנה ראוייה מפניהן באמצעות ענישה נאותה? דומני, שהתשובה השלילית לשאלה זו מתבקשת כמעט מאליה. כפי שהבהרתי בפרק הקודם, התנהגויות מחפירות כהגדרתן במסגרת הדוקטרינה משקפות רמה גבוהה למדיי של אנטי-חברתיות, ושיקולים של הוגנות ותועלת גם יחד מצדיקים את בריסונן השיטתי והאפקטיבי, בין אם הן מוגדרות כפליליות, ובין אם לאו.[144] אכן, שלמות הנפש והרוח היוותה מאז ומעולם מרכיב חשוב, אולי אף החשוב ביותר ברווחתו הכוללת של אדם.[145] התנהגות מחפירה כרוכה מעצם טיבה בפגיעה חמורה בכבוד הנפגע, גם כשהיא איננה נלווית לעבירה הפלילית הטיפוסית - פגיעה מודעת בגופו או ברכושו.[146] ממונו של אדם אף הוא מהווה מרכיב חיוני ברווחתו של היחיד, בפרט בעידן המודרני, המסמן מעבר מכלכלה המבוססת על החזקה ומסחר בנכסים מוחשיים לכלכלה המבוססת על הון ואשראי. הנפש והממון מהווים אפוא מרכיב חשוב ברווחתו ובחירותו של כל אדם, ובשיטות משפט מסויימות זוכים אף להגנה

---

141 האיסור על "תקיפה" (סע' 378) על "פציעה" (סע' 336) על "חבלה חמורה" (סע' 333) ועל "חבלה ברשלנות" (סע' 341) קובעים יחד למעשה "עבירת מסגרת" האוסרת כל פגיעה פיזית (או נסיון פגיעה) מודעת ובלתי מוצדקת באינטרס גופני. בדומה, האיסור על "היזק בזדון" (סע' 452 לחוק), קובע 'עבירת מסגרת' ביחס לפגיעות מודעות ובלתי מוצדקות ברכוש. אולם כפי שיובהר בהמשך, התנהגויות המסכנות את שלמות הגוף או הרכוש בעקיפין, ושלא על ידי פגיעה פיזית ישירה, נופלות לעיתים קרובות מחוץ לגדרם של איסורים פליליים אלה, ולכן מסייגות את תחולת העיקרון הכללי. ר' סע' 8.33.

142 הגנת החסר של המשפט (הפלילי והאזרחי גם יחד) מפני פגיעות באינטרסים לא-ממוניים הוכרה על ידי מלומד חשוב, אשר עמד על כך, ש: R.A. Epstein, "The Tort\Crime Distinction: A Generation Later" 76 **B.U.L.R.** (1996) 1, 16. **"Many punitive damages cases involve affront and dignitary interests to which law pays relatively little regard."**

143 אמנם, פגיעות בכבוד ובממון מתלוות פעמים רבות לפגיעות בגוף וברכוש, וקיומן עשוי להשפיע על עוצמת הסנקציה הפלילית שתוטל על עבירות כנגד הגוף או הרכוש. יתרה מכך, בהקשרים מיוחדים מגן החוק הפלילי גם על אינטרסים כלכליים ונפשיים טהורים. עבירות מרמה וזיוף בחוק העונשין הן דוגמה אחת לכך. דוגמה נוספת היא האיסור על עושק (סע' 431 לחוק העונשין), אם כי הגשת אישומים פליליים בעבירה זו היא נדירה מאוד, לפחות בישראל. אינטרסים בלתי ממוניים טהורים אינם מוגנים בדרך כלל בחוק הפלילי. חריג מסורתי לכך הוא האיסור הפלילי על פרסום במזיד של לשון הרע, וכיום נוספו אליו מספר איסורים מודרניים יותר, כדוגמת האיסורים על הטרדה מינית (שאין עימה מגע פיזי), פגיעה בפרטיות, האזנת סתר, התעללות (נפשית) בקטינים וחסרי ישע. עם זאת, כאמור, מאיסורים אלה אין להעלות איסור כללי על פגיעה מכוונת ובלתי חוקית ברווחתו הכלכלית או הנפשית של אדם, ותהא הפגיעה זדונית ומחפירה ככל שתהא. יתרה מזאת, רמת האכיפה של איסורים אלה היא נמוכה למדי. ר' סע' 8.18(76) לעיל.

144 אכן, לא במקרה לאורך הפרק הקודם כולו נמנעתי לערוך הבחנות בין סוגי האינטרסים המוגנים שבהם פוגעות התנהגויות מחפירות. טענתי היתה, כי כל סוגי ההתנהגות המחפירה חולקות מכנה משותף המצדיק להתייחס אליהן בכפיפה אחת - לפחות בהעדר ראייה לסתור.

145 ניתן אף לטעון, לדעתי במידה רבה של צדק, ששאר המרכיבים ברווחתו של אדם (שלמות הרכוש והממון, ואפילו שלמות הגוף) אינם אלא אמצעים - חיוניים ככל שיהיו - להגשמת רווחתו הרוחנית והנפשית.

146 רגשות הזעם שהתנהגויות מחפירות מעוררות בקרב קורבנותיהן עלולות במקרים מסויימים אף להוביל לתגובות אלימות. כאשר ההתנהגות המחפירה איננה בגדר עבירה פלילית, קיים חשש שהקורבן יפנה לעשיית דין עצמי. עמד על כך Posner: **"Without a meaningful tort remedy.. ..victims of criminal-type conduct too minor to engage the interest of the district attorney are more likely to retaliate…" Posner**, 228. התשלום העונשי משכך רגשות אלה וכך מונע פשיעה וחוסך עומס נוסף על רשויות האכיפה. כפי שראינו, הצורך בריצוי הוא אחת ההצדקות לענישה בכלל ולתשלום העונשי בפרט. ר' סע' 7.81, 7.82 לעיל.

nevo.co.il

חוקתית.[147] הפגיעה המכוונת בהם, אפילו אין בה כדי להצדיק בהכרח הפעלה של מנגנון האכיפה הפלילי, מחייבת ללא ספק מענה חברתי ראוי. מענה כזה אינו קיים לפי שעה במשפט הפלילי.[148]

2. פגיעות עקיפות בגוף וברכוש

8.33 בתחום הביניים ה'מעין-פלילי' שבו אנו עוסקים ניתן למצוא לא רק פגיעות חמורות בממון ובנפש, אלא גם התנהגויות אנטי-חברתיות המסכנות אינטרסים גופניים ורכושיים פיזיים, אך זאת שלא במישרין, אלא בעקיפין וללא מגע פיזי של הפוגע עם גופו של הקורבן או עם נכסיו. כך, למשל, ייצור ושיווק מודע של מוצרים פגומים שיש בהם משום סיכון לבריאותם של צרכנים או של הציבור בכללותו, מתן שירותים במודע בניגוד לתקנים והנחיות באופן העלול לסכן את שלומם הפיזי של אנשים (שירותי בנייה וייעוץ הנדסי, ייעוץ רפואי ושירותי בריאות, וכיו"ב) הם דוגמות להתנהגויות שעל אף חומרתן הרבה, במקרים רבים אינן מוגדרות כ"פליליות", אלא אם כן הן גורמות לתוצאות קטלניות.[149] גם כאן מתעורר הצורך במנגנון עונשי חלופי למנגנון הפלילי, שיבטיח הגנה נאותה על אינטרסים חשובים אלה מפני התנהגויות מסוכנות שאינן מוגדרות כפליליות.

<u>ג. קוצר ידו של המשפט האזרחי בהגנה מפני פגיעה מחפירה בזכויות</u>

8.34 היש בכוח הסנקציות המסורתיות של המשפט האזרחי כדי לרסן התנהגויות מחפירות שאינן פליליות? כפי שהראיתי בהרחבה במהלך הפרק הקודם, התשובה לכך היא חד-משמעית - לא. כמוסבר, הסנקציות המסורתיות הניתנות במשפט האזרחי בשל הפרת חיובים (אכיפה, פיצויים, השבה), כפופות באופן מסורתי, לפחות להלכה, לקריטריון הנוקשה של "השבת המצב לקדמותו", ורמת המובהקות העונשית שלהן היא לפיכך נמוכה.[150] במצב זה אין ערובה לכך שהמפר המחפיר יפנים את העלויות החברתיות של מעשיו, ואת המשמעות המוסרית השלילית שלהם. לשם כך דרוש מנגנון משפטי אשר יבטיח באופן שיטתי, כי התנהגויות מחפירות יגררו סנקציה ההולמת את חומרתן, ואת הצורך במניעת הישנותן בעתיד. מנגנון כזה איננו בנמצא במערכת הסנקציות האזרחיות המסורתית.[151]

---

[147] זכותו של אדם להגנה על כבודו, על שמו הטוב ועל קניינו מעוגנים במשפט הישראלי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ששמו מדבר בעדו. המושג "קניין" הוחל בפסיקתו של בית המשפט העליון במפורש גם על אינטרסים כלכליים טהורים. ר' סע' 6.28(134) לעיל. עדות למעמדם המתחזק של אינטרסים כלכליים ואינטרסים לא-ממוניים בשיטת המשפט ניתן למצוא בהתרחבות ההכרה בזכות לפיצוי בגין נזק כלכלי טהור ונזק לא-ממוני טהור בדיני הנזיקין ובדיני החוזים המודרניים. להיקף ההכרה בראשי נזק אלה בנזיקין ר' סע' 11.43, 11.44 להלן. ר' גם סע' 10.23(116).

[148] השאלה, אם חשיבותם של מרכיבי רווחה אלה בחיים המודרניים והמעמד החוקתי הרם הנודע להם מצדיקים הרחבה של ההגנה הפלילית על אינטרסים נפשיים וכלכליים מפני פגיעה מודעת ובלתי מוצדקת איננה שאלה קלה, ודיון מלא בה חורג ממסגרת החיבור. להתייחסות תמציתית לחסרונות האפשריים של המשפט הפלילי בהשוואה לתגובה עונשית-אזרחית ר' סע' 8.36 ואילך.

[149] במילים אחרות, נראה שהמשפט הפלילי המסורתי מתמקד באיסורים על פגיעות פיזיות ישירות, להבדיל מפגיעות שהן תולדה עקיפה או מרוחקת של התנהגות יוצרת סיכון. חריגים לכך קיימים, כאמור, כאשר התוצאה היא קטלנית, שאז האיסור על גרם מוות ברשלנות מאפשר להתמודד עימם במישור הפלילי. עם זאת, חיקוקים מיוחדים מחוץ לחוק העונשין עשויים כמובן להגדיר עונשים (פליליים, אזרחיים או מינהליים) בגין הפרה של נורמות מעין אלה, ותחומים כאלה הולכים ומתרחבים בעשורים האחרונים. ככל שהסדרים עונשיים כאלה קיימים, הם עשויים למלא בהצלחה את מקומן של סנקציות עונשיות פרטיות כדוגמת התשלום העונשי. עם זאת, יש לזכור, שבהעדר מנגנוני אכיפה יעילים, הסדרים אלה עלולים להיוותר בלתי אפקטיביים, בשל אותם גורמים האחראיים לבעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי. להצדקת דוקטרינת התשלום העונשי על רקע מוגבלותו של המשפט הפלילי בהגנה על הצרכן מפני ייצור של מוצרים מסוכנים ר' למשל: **"Governmental safety standards and the criminal law have failed to provide adequate consumer protection against the manufacture and distribution of defective products."** ***Grimshaw***, 382. See also: **Owen**, 1288-9; J.P. Mallor, B. Roberts, "Punitive Damages: Toward a Principled Approach" 31 **Hastings L.J.** (1980) 639, 655-6. תחום האחריות למוצרים פגומים הוא אחד התחומים החשובים שבהם מופעלת הדוקטרינה במשפט האמריקאי. ר' סע' 3.03(29) לעיל. לסיום אעיר, שעבירת התקיפה וההיזק בזדון ניתנות באופן תיאורטי לפרשנות מרחיבה שתאפשר להחילן גם על פגיעות עקיפות באינטרסים גופניים ורכושיים. עם זאת, הפרשנות עקרון הפרשנות המצמצמת הנהוג בפלילים, לצד בעיות מעשיות של קשיי הוכחת הקשר הסיבתי, וייתכן שגם התחושה כי המשפט הפלילי אינו מתאים לטיפול בפגיעות כאלה, גורמים ככל הנראה להימנעות מעשיית שימוש כזה בעבירות מסגרת אלה.

[150] להבחנה בין רמות המובהקות השונות של הסנקציות האזרחיות ר' סע' 8.08.

[151] ריכוך מסויים של תוצאות קשות אלה מושג באמצעות דוקטרינות תרופתיות שונות המאפשרות למשפט האזרחי לשפר את יכולתו לממש מטרות עונשיות. עם זאת, גם לדוקטרינות אלה מגבלות המונעות מהן לשמש תחליף מלא לסנקציות בעלות רמת מובהקות עונשית גבוהה. לדיון במגבלות אלה ר' סע' 7.95.

nevo.co.il

ד. סיכום ביניים: כשלונה השיטתי של שיטת המשפט במתן הגנה יעילה מפני פגיעה מחפירה בזכויות

8.35 העולה מהמקובץ הוא שהמשפט הפלילי מזה, והמשפט האזרחי מזה, יוצרים באופן שיטתי מעין "חלל עונשי" בלתי רצוי ביחס להפרות מחפירות של חיובים אזרחיים שאינן פליליות. בתחום דמדומים זה, שבין המשפט הפלילי לבין המשפט האזרחי, נותר האינטרס הלגיטימי של הפרט להגנה על זכויותיו מפני פגיעה זדונית ומחפירה בהן קרח מכאן ומכאן: מחד גיסא אין המשפט הפלילי פורש את הגנתו עליו, ומאידך גיסא, גם המשפט האזרחי, בשל רמת המובהקות העונשית הנמוכה (ולכל היותר בינונית) של הסנקציות שבו, אינו מספק לו הגנה אפקטיבית.

החפצים אנו לחיות בחברה, שבה כל אדם רשאי לפגוע בכבוד זולתו, לנצל את חולשתו או את תמימותו, להפר את אמונו, לעלוב בו, להוליכו שולל, ואף לסכן סיכון ממשי את קנייניו ואת בריאותו, מבלי להיות חשוף לסנקציה כלשהי מעבר לחובת תיקון או פיצוי של נזקי הפגיעה? האם בכך אין החברה מתירה הלכה למעשה - פגיעה מודעת בזכויות הזולת, כפוף לחובת תיקון מאוחרת (ובמרבית המקרים חלקית למדיי)? אכן, גם במערכת משפט אידאלית שבה כל פגיעה בזכויות היתה מסתיימת בחיוב המפר בפיצויים, ספק רב אם היה בכוחן של סנקציות מפצות כדי לספק הגנה אמיתית על הפרטים ועל החברה כולה מפגעיהן של התנהגויות מחפירות.[152] הדברים יפים מכוח קל וחומר במערכות משפט אמיתיות, הסובלות (בפרט בעידן המודרני) מבעיות קשות של תת-אכיפה, והמרוחקות מרחק רב מתיאור אידאלי זה.[153] האם חברה המכירה בכבוד האדם ובזכותו היסודית לשלמות קניינו וגופו יוצאת ידי חובת ההגנה על זכויות אלה מבלי שתקדיש מאמץ ממשי למנוע מראש את הפגיעה המחפירה בהן?[154]

אכן, אין להקל ראש בהשלכות השליליות העלולות להיגרם בטווח הארוך כתוצאה מהותרת "חלל עונשי" זה בו אנו דנים פרוץ לאורך זמן: הדבר עלול להביא להשתרשות התחושה הכללית בציבור, שהפרה מחפירה של חיובים אזרחיים איננה נתפסת בעיני שיטת המשפט כמעשה הראוי לגינוי מיוחד. מכאן ועד מתן גושפנקא משפטית משתמעת לתופעה חמורה זו הדרך אינה ארוכה.[155] בסכנה הטמונה בכך אין להקל ראש: הדבר עלול בתורו להביא לכרסום ניכר בתחושת הביטחון של היחיד ובמידת האמון והסולידריות שהוא חש כלפי יתר חברי הקהילה המדינית שאליה הוא משתייך, וכך לקעקע את הבסיס שעליו בנויים חיי חברה תקינים.[156]

ה. התשלום העונשי כפתרון לבעיית תת-ההגנה על הזכות המשפטית מפני פגיעה מחפירה

8.36 על רקע האמור לעיל, נקל להבין את התפקיד השני שממלאת הענישה האזרחית בהקשר דנן: בנוסף לתיקון ליקויים באכיפת המשפט הפלילי, היא מספקת הגנה אפקטיבית ביותר על הפרט מפני פגיעה מחפירה בזכויותיו, גם כאשר זו איננה עולה כדי עבירה פלילית ממש. יתרונה הגדול של הדוקטרינה בהקשר זה נעוץ במאפייניה המיוחדים: **ראשית,** להבדיל מדוקטרינות אזרחיות אחרות, ההכרה בה מאפשרת תגובה עונשית על **כל** פגיעה מחפירה בזכויות הפרט

---

[152] הדבר נובע הן מחוסר היכולת לאתר ולזהות את כל הנזקים שגורמות התנהגויות מחפירות כדי לייחסם למזיק ספציפי, הן מחוסר היכולת לתקן פגיעות רבות ומחוסר היכולת לפצות עליהן באופן מדוייק בשל קשיי הערכת הנזק, והן מחוסר יכולתם של המזיקים לעמוד בפיצויים שישקפו את מלוא העלות החברתית של מעשיהם. הנקודה מוסברת ביתר הרחבה בסע' 7.25, 7.59 לעיל. אמנם, מספר גורמים חוץ משפטיים, כגון חינוך, מצפון, חשש מגינוי חברתי, ועוד, עשויים לפעול לצמצום התופעה של הפרת החוק, ובמיוחד הפרת החוק המחפירה. עם זאת, המציאות מוכיחה, שאמצעים אלה, על אף חשיבותם, אינם בבחינת תחליף מספק לסנקציות משפטיות אפקטיביות, בפרט בעידן המודרני. לתובנה זו ר' סע' 7.96 לעיל.

[153] לדיון בבעיות האכיפה של המשפט האזרחי ובהצעות לפתרונן באמצעות פסיקת תשלום עונשי ר' סע' 7.46, 7.48 לעיל.

[154] על שאלות רטוריות אלה עניתי למעשה באופן פרטני בפרק הקודם. מטרת הדיון בהקשר דנן אינה אלא להראות, כי המשפט הפלילי אינו ערוך כיום להתמודדות עם תופעת ההפרה המחפירה, ולכן אין מנוס להיזקק לשם כך למנגנונים חלופיים, ובין היתר למשפט האזרחי. מנגנון חלופי נוסף הוא הערוץ המינהלי. ר' סע' 8.22(93) לעיל.

[155] על החשש, כי זה יהיה המסר שישדר המשפט האזרחי, אם יבוטל מוסד התשלומים העונשיים, עמד **Reisberg**: **"To deny the additional protection that flows from punitive damages would reduce the tort law to, at best, a form of social insurance or, at worst, a license fee for the wrongful violation by some, of the freedom of others." Reisberg**, 327-8. על חששות דומים עמדנו בדוננו ברציונל החינוכי של הדוקטרינה. ר' סע' 7.82(363) לעיל. בהקשר החוזי ר' סע' 11.34 להלן

[156] **"..deliberate harm undermines the sense of security in other persons, on which social organization so clearly rests." Epstein** (2) 14.

nevo.co.il

שהפרט בוחר לתבוע בגינה בהליך אזרחי. **שנית,** הסנקציה המוטלת במסגרתה מתאפיינת ברמת מובהקות עונשית גבוהה ביותר, וזאת לעומת יתר הסנקציות האזרחיות, המקיימות רמת מובהקות עונשית נמוכה (ולכל היותר בינונית). **שלישית,** התשלום העונשי הוא סנקציה כספית גמישה, שפסיקתה איננה כרוכה בסטיגמה הפלילית החמורה הנלווית להרשעה בפלילים. מכאן התאמתה המרובה לטיפול בהתנהגויות, שעל אף חומרתן אינן מצדיקות בהכרח הטלתה של סנקציה פלילית.[157] **רביעית,** התשלום העונשי נפסק אגב ההליך האזרחי, העוסק מעצם טיבו בהפרת זכויות, מה שהופך אותו לסנקציה זמינה וחסכונית.[158] מאפיינים - בהם יורחב הדיבור בהמשך - הופכים את הדוקטרינה מושא המחקר למנגנון העשוי לשפר במידה משמעותית את יכולתה של מערכת המשפט לספק הגנה אמיתית, צודקת ואפקטיבית, מפני הפרות חוק מחפירות בתחום הדמדומים שבין המשפט הפלילי למשפט האזרחי.[159]

ו. הערה לתפקידו של התשלום העונשי בתחום המוסדי-מסחרי ובתחום הציבורי

1. *התחום המוסדי-מסחרי*

8.37 חלק גדול מאותן פגיעות מחפירות לא-פליליות בזכויות הפרט שהן מעניינו בסעיפים האחרונים, מבוצעות בעידן המודרני בידי גופים כלכליים גדולים, המספקים מוצרים ושירותים לרבבות (ולעיתים מליוני) יחידים. במערכת הכלכלית והמסחרית המסועפת של ימינו, היחסים שבין הגוף העסקי לבין 'הצרכן הקטן' מתאפיינים בדרך כלל בפערי כוחות מובהקים לטובת הראשון, הנובעים מפערי המידע, המיקוח והמומחיות שבינו לבין האחרון.[160] פערי כוחות אלה יוצרים חשש כבד מפני ניצולם לרעה ומפני פגיעה בוטה ומודעת בזכויות הצרכן, חשש ההופך לממשי ביותר לאור המגבלות המאפיינות את המשפט הפלילי מזה, והמשפט האזרחי מזה, בהתמודדות עם תופעה זו. במציאות זו גופים כלכליים גדולים - קבלנים, חברות ביטוח, מעבידים, יצרנים וספקי שירותים למיניהם, הפועלים בהיקפים גדולים, מתעלמים פעמים רבות במודע מאינטרסים לגיטימיים ומזכויות בסיסיות של "הצרכן הקטן", לעיתים מתוך זלזול גרידא, לעיתים מתוך חישוב קר שהתנהגות כזו עשויה להשתלם כלכלית. התשלום העונשי, בהיותו מכוון למניעה ולענישה של התנהגויות מחפירות, ובכלל זה התעלמות מודעת מזכויות, משמש בתחום המוסדי-מסחרי כגורם ממתן, שיש בו, לצד תמריצים משפטיים ולבר-משפטיים אחרים (כגון החשש מפגיעה במוניטין ובשם הטוב) כדי לצמצם תופעות שליליות אלה.[161]

2. *התחום הציבורי*

8.38 במדינה השמה את טובת האזרח לנגד עיניה, על המשפט להגן על היחיד לא רק מפני החשש לשחיתות מצד עובדי הציבור, אלא גם מפני תופעות של 'עריצות שלטונית' וניצול לרעה של כוח השררה, שאינן עולות כדי עבירה פלילית.

---

157 הכרה בתובנה זו מצאתי אצל דה-מוג: **"These cases present examples of wrongful acts for which a public penalty would constitute a rather harsh measure; they are nevertheless, acts which disturb the social order and individual security… ..the desire of adjudging theses acts to be serious, but not criminal, leads logically to a notion of private penalty." Demogue**, 593.

158 בהשוואה לסנקציות פליליות או מינהליות, שהטלתן דורשת ניהול הליך מיוחד ונפרד. לנקודה ר' גם סע' 8.49.

159 בסעיפים שלעיל התמקדתי בדיון בשאלת ההגנה על אינטרסים פרטיים של יחידים. הטעם לכך הוא, שהדוקטרינה מופעלת באופן מסורתי כאמצעי להגנה על זכויות הפרט (להבדיל מזכויותיהן של רשויות ציבוריות כלפי הפרט). עם זאת, לדעתי, במישור העקרוני אין מניעה להפעילה גם לשם הגנה על אינטרסים ציבוריים מובהקים (זכויות של המדינה) שאינם זוכים להגנה במשפט הפלילי (או שאינם מתאימים להגנה פלילית). עם זאת, במקרה אחרון זה, הכרה בערוצי ענישה ציבוריים (אזרחיים מיוחדים או מינהליים) עשויה להיות אפקטיבית יותר.

160 קיומם של פערים אלה בולט במיוחד במצב של מונופול או קרטל, אך הוא מתקיים גם בהעדרם.

161 אמצעים משפטיים חשובים נוספים העשויים להגביר את ההרתעה בתחום המוסדי-מסחרי הם התובענה הייצוגית והתובענה הנגזרת, דוקטרינות שנועדו לא רק לשפר את מנגנון הפיצוי האזרחי, אלא גם לשפר את רמת הציות לחוק ואת יעילות אכיפתו. **Goldstein**, 789-90. אלא שאמצעים כגון אלה אינם פותרים את הבעיות הנובעות מכפיפותן של הסנקציות האזרחיות לקריטריון של פיצוי, ואינם רלבנטיים במקרים שבהם סיכון חמור הנובע מהתנהגות מחפירה לא התממש בפועל, או ששיעור הנזק איננו מצדיק את ניהול התובענה.

nevo.co.il

בפרט במדינת הרווחה המודרנית, שבה הקשר בין האזרח לבין הרשויות הוא קשר הדוק ולעיתים יום-יומי, חשוף האזרח לפגיעתם הרעה של מנגנונים ביורוקרטיים. אלה מופעלים על ידי פקידי ממשל (גדולים כקטנים), שלמרבה הצער לא תמיד החובה החוקית לשרת את הפרט בנאמנות, במסירות, ביושר, ללא משוא פנים וביעילות - עומדת כנר התמיד לנגד עיניהם. במציאות חיינו לא נדירים הם המקרים שבהם הרשות הציבורית או עובדיה מתעלמים מפניות מוצדקות של אזרחים, מעכבים את הטיפול בהם ללא כל הצדקה סבירה, וגורמים בכך לעיתים נזק רב ומיותר לפרט הנזקק לשירותיהם - הן במישור הכלכלי, והן במישור האישי (הנפשי, ולעיתים גם הגופני). יתרה מכך: הפרת חובות שלטוניות עלולה לפגוע לא רק באינטרסים של יחידים, אלא גם באינטרסים חיוניים של הציבור בכללותו.[162] כאשר הפרת החיוב (חוזי, נזיקי או אחר) של עובד הציבור או של הרשות כלפי הפרט נעשית מתוך מודעות או עצימת עיניים בפני הסיכון הממשי הטמון בה, ללא הצדקה סבירה, באופן שיטתי, ותוך התעלמות מתביעות מוצדקות של האזרח, יש בה לדעתי משום סטייה משמעותית מסטנדרט ההתנהגות המצופה ממשרתי הציבור, העשויה להצדיק חיוב בתשלום עונשי.

אמנם, חיובה של רשות ציבורית בתשלום עונשי פוגע למעשה בכיס הציבורי, שהרי כספי הרשות - כספי הציבור הם. ניתן אפוא לטעון, שפסיקת תשלום עונשי כנגד הרשות השלטונית (אם כי לא בהכרח כנגד עובד הציבור באופן אישי) איננה צפוייה להגשים בצורה טובה את מטרות הענישה.[163] אלא שלדעתי, תיאור זה הוא פשטני. בפועל, מערכת התמריצים הפועלת על רשויות ציבור היא מורכבת יותר, ואיננה אך כלכלית. תשלום עונשי הנפסק כנגד רשות ציבורית משקף **גינוי ציבורי רשמי** להתנהגות הרשות, מעיד על כשלונה, ולעיתים קרובות מצביע על כשלונם האישי של העומדים בראשה במילוי תפקידם הציבורי. גינוי כזה, בפרט כשהוא מגובה בסנקציה כלכלית משמעותית, עלול לפגוע באפשרויות קידומם האישי של בעלי התפקידים בגוף הציבורי האחראים לכישלון, וביוקרה של פקידי הממשל המופקדים עליו. כמו כן הוא עשוי להביא להגברת המודעות לנוהלים רלבנטיים, לשידוד מערכות בשורות הגוף הציבורי, לעריכת רפורמות מתבקשות, ולעיתים אף לנקיטה בהליך משמעתי כנגד עובד שסרח. באופן זה יוצר התשלום העונשי תמריצים לעריכת שינויים בדפוסי פעולה ציבוריים פסולים, אשר אינם צפויים להתחולל, וודאי לא באותה עוצמה, בעקבות חיוב שיפוטי שגרתי של רשות או תאגיד ציבורי בצו-עשה או בצו לתשלום פיצויים.[164]

בהקשר זה ראוי להזכיר את השפעתם החשובה של אמצעי התקשורת ההמוניים על דעת הקהל ועל רגישותם של פקידי ממשל בכירים אליה. הדעת נותנת, כי כלי התקשורת יקפידו ליתן הד ציבורי ניכר לתשלומים עונשיים שייפסקו כנגד הרשות, ובכך תוגדל עוד יותר ההשפעה החיובית של סנקציה זו. בסיכום, גם בתחום הציבורי יכול

---

[162] למשל: קבלת החלטות על הקמת מפעלים מזהמים, הקמת מבנים על שטחי ציבור בניגוד לחוק, כריתת יערות, ופגיעות חמורות אחרות באיכות הסביבה, מתן העדפות לא מוצדקות למקורבים, מינויים לא כשרים, מתן אישורים ורשיונות על בסיס מדיניות מפלה, הוצאת צווי חקירה או מעצר בהליך לא תקין, וכיו"ב. חלק ממקרים אלה עשויים ליפול תחת הקטגוריה הפלילית הבעייתית של "הפרת אמונים", אך במקרים רבים העדר עניין ציבורי בניהול הליך פלילי או קשיי הוכחה עלולים להכשיל את ערוץ האכיפה הפלילי.

[163] נימוק זה הועלה בספרות ובפסיקה הישראלית נגד חיוב הרשות בתשלום עונשי. ר': ד' ברק-ארז, **עוולות חוקתיות** (תל-אביב, תשנ"ד) 263: "..**ענישתו של גוף ציבורי באמצעות פסיקת פיצויים היא ענישה של משלם המיסים.**" הדברים צוטטו בהסכמה בעניין ***מרום***, שם נדחתה תביעה לתשלום עונשי כנגד שלוש רשויות ציבוריות (פסקה 6.א. לפסק הדין). המקרה היחיד שבו ידוע לנו כי נפסק תשלום עונשי כנגד רשות ציבורית הוא פרשת ***הוברמן*** (בעילה של הסגת גבול במקרקעין בגין הריסה שלא כדין של מבנה, שלא גרמה נזק מוחשי, שכן המבנה לא היה בעל ערך כלשהו. התשלום העונשי צורף לתשלום סמלי).

[164] לדיון בכשלונן של הסנקציות הסטנדרטיות (ציוויים, פיצויים) המוטלות על רשויות ציבור בתביעות אזרחיות להרתיע מפני הפרה של זכויות האזרח, ולצורך בתגבורן בסנקציות מרתיעות יותר, שיוכלו להשפיע באופן אפקטיבי יותר על התנהגותן של הרשויות ר' בהרחבה: D.J. Meltzer, "Deterring Constitutional Violations by Law Enforcement Officials: Plaintiffs and Defendants as Private Attorneys General." 88 **Colum. L.R.** (1988) 247 (**"..it is unlikely that tort suits providing compensatory damages for individualized harms suffered will lead to a meaningful set of controls on unlawful activity by law enforcement officials."** Id., at 286).

nevo.co.il

התשלום העונשי למלא תפקיד חשוב הן בהגנה על זכויות הפרט מפני הפרתן על ידי השלטון, והן בהגברת המודעות בקרב עובדי הציבור לחובתם לשמור על זכויות אלה ולכבדן.[165]

ז. הרחבת המשפט הפלילי - פתרון חלופי ראוי?

8.39 הניתן לפתור את בעיית החלל העונשי בגבול הדמדומים באמצעות הרחבת קשת האיסורים שקובע המשפט הפלילי? אם אכן הפרה מחפירה של חיובים אזרחיים היא תופעה אנטי-חברתית הראוייה לענישה ממשית, מדוע זה לא תמוגר התופעה באמצעות הכלי המשפטי המובהק המיועד להגשמת מטרות הענישה - המשפט הפלילי?

אכן, באופן תיאורטי אין מניעה להעלות על הדעת הסדר, שלפיו כל הפרה מודעת וחמורה מספיק של חיוב אזרחי תוגדר כעבירה פלילית.[166] עם זאת, נראה שישנם טעמים טובים להתנגד להצעה מרחיקת לכת זו. **ראשית**, במישור המעשי בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי מונעת מהמנגנון הפלילי המסורתי לבצע את תפקידיו ביעילות גם ביחס לעבירות פליליות מסוריות. לפיכך, כל הרחבה נוספת של המשפט הפלילי צפוייה רק להחריף בעייה זו, ולהפוך איסורים פליליים נוספים לתיאורטיים בלבד. **שנית**, במישור העקרוני, חלק גדול מההתנהגויות שהן מושא לפסיקת תשלום עונשי בגבול הדמדומים, אף שהן חמורות דיין כדי להצדיק ענישה ממשית, אינן בהכרח מצויות בדרגת חומרה כזו המצדיקה את הפעלת המנגנון הפלילי, על כל המשתמע מכך מבחינת עצמת הסבל והגינוי הנגרמים לנענש. במצב זה ניתן לפנות לערוץ הענישה האזרחי, שלו יתרונות חשובים על פני ההליך הפלילי מבחינה זו ומבחינות נוספות שיידונו להלן.[167] **שלישית**, הרחבת המשפט הפלילי מעבר לגבולותיו המסורתיים עלולה לטשטש את הצביון הייחודי שלו ולפגוע בכוחו המחייב ובעוצמתו החינוכית.[168] **רביעית**, אימוץ גישה מרחיבה זו יגביר במידה משמעותית את רמת העמימות וחוסר הוודאות השוררת לגבי תוכנו של המשפט הפלילי, וכך יפגע בתוקפו המוסרי.[169] מטעמים אלה, ומטעמים נוספים שידונו להלן, נראה לי שהפתרון של הרחבת המשפט הפלילי לשם מתן מענה עונשי להתנהגויות מחפירות כהגדרתן במסגרת הדוקטרינה איננו רצוי ואף איננו מעשי.[170]

---

[165] לתמיכה נלהבת בשימוש בתשלומים עונשיים כנגד הרשות הציבורית במקרים מתאימים ר' למשל: M. Wells, "Punitive Damages for Constitutional Torts" 56 **Louisiana L.R.** (1996) 841, 841 (**"..the Supreme Court should take steps to make them** [punitive damages] **more readily available in constitutional tort suits**"); see also M.P. Feeney, "Punitive Damages in Constitutional Tort Actions" 57 **Notre Dame Lawyer** (1982) 530 (same). במשפט האנגלי אחת משתי הקטגוריות היחידות שבהן ניתן לפסוק תשלום עונשי חלה על: **Rooks**, 1226 **"..oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government."** בית הלורדים הדגיש את חשיבותה של הדוקטרינה בתחום זה, בקובעו: **"..it serves a valuable purpose in restraining the arbitrary and outrageous use of executive power."** Id., 1223. בדו"ח הקנדי שעסק בנושא קיימת המלצה להמשיך לעשות שימוש בדוקטרינה בתביעות על עוולות של רשויות ציבור. **Canadian Report**, ch. 9, 77-85 עם זאת, בפועל נראה שהשימוש בדוקטרינה כנגד רשויות ציבור הוא נדיר יחסית. בקנדה נפסק לפני שנים אחדות תשלום עונשי בסך 250,000 דולר כנגד רשות ציבורית בגין הפרה מחפירה של חוזה עם קבלן, אשר הסתמך על הבטחות של המדינה שהופרו באופן בוטה. **Granitile Inc. v. R.** (1998) 41 C.L.R. (2d) 115 (Ont. Gen. Div.) para. 199: **"Deliberate abuse of power by government officials in a high-handed, arrogant manner with indifference to the rights of the plaintiff may also give rise to punitive damages."** זוהי, כמובן, דוגמה לחשיבותו של התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים.

[166] ואמנם, נמצא מי שטען, שתכליתו של המשפט הפלילי היא למעשה להעניש על כל הפרה מודעת של זכויות משפטיות. לגישה כזו ר' למשל: **McBride**, 193: **"..punitive damages are made in order to remedy the inevitable failures of the criminal justice system in fulfilling its object of punishing all those who willingly breach their common law obligations."** גישה מרחיבה כזו עשוייה להצדיק הטלת עונש ממשי, אולי אפילו פלילי, גם על הפרת מודעת של חוזה.

[167] ר' סע' 8.40 ואילך.

[168] מבקריה הגדולים של הנטייה המודרנית להרחיב את גבולות תחולתו של המשפט הפלילי בעשורים האחרונים היו Kadish ו-Packer. ר' למשל: S. Kadish, "Some Observations on the Use of Criminal Sanctions to Enforce Economic Regulations" 30 **U.Chic. L.R.** (1963) 423. לביקורת מודרנית על הפיכת התנהגויות בלתי ראויות לפליליות ר' מאמריו של פרופ' Coffee הנ"ל בהערה 41. ר' למשל דבריו אלה: **"..if the criminal law is over-used, it will lose its distinctive stigma.. Once everything wrongful is made criminal, society's ability to reserve special condemnation for some forms of misconduct is either lost or simply reduced to a matter of prosecutorial discretion." Coffee**, 200-1.

[169] העמימות תיווצר, מאחר שלמאגר המסורתי והמוגדר יחסית של האיסורים הפליליים עתיד להיתוסף מאגר עצום, דינמי, ובלתי מוגדר של איסורים, שתוכנו תלוי בתוכנו הגמיש והדינמי יחסית של המשפט האזרחי: **"..criminal laws are legislative acts, while the civil**

nevo.co.il

III. יתרונות נוספים של הענישה האזרחית על פני הענישה הפלילית

8.40 כמוסבר לעיל, בעיות פרקטיות ועקרוניות גם יחד מונעות מהמשפט הפלילי לספק מענה להגנת החסר הקיימת במשפט מפני הפרות מחפירות של זכויות אזרחיות. בשורות הבאות אבקש להרחיב מעט את הדיון ביתרונות הענישה האזרחית על פני הענישה הפלילית. בכך אבקש לחזק ולבסס את הטענה שהועלתה בסעיף הקודם, ולפיה גם לו ניתן היה להרחיב את היקף תחולתו של המשפט הפלילי, ספק רב אם היה הדבר רצוי.

א. מאפייניה הטיפוסיים של הענישה הפלילית והחסרונות הנובעים מהם

8.41 בניסיון לאפיין את הענישה בהליך הפלילי, ניתן להצביע על מספר מאפיינים בולטים.[171] מאפיינים אלה ניתן להצדיק לאור מטרתו המסורתית של המשפט הפלילי: הטלת עונשים צודקים ומרתיעים על פגיעות חמורות באינטרסים חברתיים חיוניים. עם זאת, כפי שיובהר מייד, מאפיינים אלה קובעים גם את מגבלותיו ואת חסרונותיו של ההליך הפלילי. מודעות למגבלות אלה מאפשרת להבין מדוע במקרים רבים הענישה האזרחית היא חלופה יעילה ואף צודקת יותר מרעותה הפלילית.

1. חומרתה ונוקשותה של הסנקציה הפלילית

8.42 המאפיין המוכר ביותר של ההליך הפלילי מתממשת הוא עובדת היותו מצוייד בסנקציות עונשיות חמורות. מעבר לעונש המאסר הקבוע בחוק בגין מרבית העבירות הפליליות, עצם ההרשעה בפלילים כרוכה בהטלת סטיגמה חברתית חמורה על העבריין, וסטיגמה זו קיימת גם כאשר העונש המתלווה להרשעה הוא קל יחסית. ההרשעה בפלילים מתועדת במרשם הפלילי לתקופות ממושכות, ויש בה כדי 'לתייג' את המורשע כ"עבריין" הן בקרב חוג מכריו, והן בקרב מוסדות השלטון.[172] יתרה מזאת, למרות העיקרון בדבר "חזקת החפות", מן המפורסמות היא שבפועל עצם ניהולו של הליך פלילי פומבי כנגד אדם עלול לפגוע באופן מיידי בשמו הטוב של הנאשם, ועקבות הפגיעה עלולים ללוות גם נאשמים שמשפטם נסתיים בסופו של הליך בזיכוי מוחלט.

בשל אפקט הלוואי החמור והאוטומטי הנובע מההרשעה בפלילים (ולעיתים מעצם ניהול ההליך בלבד) סובל מנגנון הענישה הפלילי ממידה לא מבוטלת של 'נוקשות עונשית'. נוקשות זו עלולה להיות לרועץ כאשר המעשה האנטי-חברתי, על אף שהוא מצדיק תגובה עונשית ממשית, איננו מצדיק לחשוף את עושהו לסיכון כה חמור.[173] במצבים אלה, ובהעדר מנגנון ענישה מתון וגמיש יותר, עומדות בפני רשויות אכיפת החוק רק שתי ברירות, ושתיהן רעות: האחת - להכיר במעשה כעבירה ולהעמיד את החשוד לדין פלילי תוך חשיפתו לסיכון של ענישה מופרזת; השנייה - להימנע מהעמדתו לדין וכך להותיר את התנהגותו האנטי-חברתית בלא סנקציה משפטית כלשהי.[174] במציאות זו נפגעים הן עקרון הגמול והן היכולת להשיג הרתעה יעילה וראוייה (מבלי ליצור הרתעת-יתר).[175]

---

law is largely judge-made… ..judicial lawmaking inevitably tends to result in standards with a decidedly soft-edged fuzzy quality… Because such a standard can never be fully realized nor even defined with specificity in advance, it seems self-evident that it should not be criminalized." **Coffee** (2) 1878-9.

[170] האפשרות של הרחבת המשפט הפלילי כאמצעי למילוי חללים עונשיים במשפט במקום התשלום העונשי הועלתה ונדחתה על ידי פרופ' **Owen** (2) 121: **"Although these goals** [fairness and efficiency] **could be achieved to some extent, and sometimes better, by a wider application of the criminal law, the public penal law appears to me too rigid, too expensive, and too threatening to our freedoms, to expand it further to fill the gap."** .Owen

[171] לדיון במאפיינים אלה ונוספים ר': **מן**, 245-7; **Mann**, 1803-13.

[172] הרישום הפלילי עלול לפגוע קשות בסיכויים להתקבל לעבודה, לקבל היתרים ורשיונות, עלול לחסום קידום מקצועי (ודאי בשירות הציבורי) ועלול אף להקשות על פיתוח קשרים בינאישיים. יתרה מכך, הוא עלול להיות לעבריין לרועץ במפגשים עתידיים עם רשויות אכיפת החוק (למשל, עלול להגביר את הסיכוי למעצר או להגשת כתב אישום בחשדות עתידיים).

[173] הדברים אמורים הן לגבי עבירות פליליות קלות והן לגבי פגיעות מחפירות בזכויות שאינן בגדר עבירות פליליות.

[174] על הנזק החברתי הטמון בכל אחת מהכרעות אלה עמד פרופ' מן: **"הסתמכות יתרה על המשפט הפלילי גוררת אחריה.. שימוש בסנקציות פליליות במקרים שאין בהם הצדקה מספקת לכך.. גורמת עוול לאזרחים רבים, ובמשך הזמן אף פוגעת במערכת הפלילית**

nevo.co.il

היבט אחר של נוקשות הסנקציה הפלילית נובע מאופיו הנוקשה יחסית של הקנס הפלילי, אשר מוגבל על פי רוב בתקרה קשוחה. יתרה מכך, הקנס על עבירות מינהליות ועבירות קנס הוא ככלל קצוב, ושיעורו אינו נתון כלל לשיקול דעת.[176] יתרה מכך, במקרים רבים הקנסות המירביים הקבועים בחוק אינם גבוהים.[177] זאת ועוד אחרת: הליך גבייתם של קנסות ממומן מכספי הציבור, ולפחות בישראל מן המפורסמות היא, שחוסר יעילות במערכות האכיפה ובעיות תקציביות אחראים במידה רבה לחוסר האפקטיביות של עונש הקנס.[178] כל אחד מקשיים אלה, וכולם יחד, פוגמים ביכולת להרתיע ולגמול באופן ראוי באמצעות עונש הקנס, בפרט כאשר מדובר בנאשמים בעלי יכולת כלכלית.[179]

2. ההגנה מרחיקת הלכת על הנאשם בפלילים פוגעת ברמת האכיפה

8.43 מאפיין מובהק נוסף של מנגנון האכיפה הפלילי הוא מערכת היתרונות הדיוניים המפליגה שהוא מקנה לחשוד בפלילים כבר מהרגע הראשון שבו הוא נחשד במעשה העבירה, ועד לסיום ההליך המשפטי. ההכרה במערכת זו נועדה לאזן את פער הכוחות הניכר שבין המדינה ליחיד, ולצמצם ככל שניתן את החשש מפני הרשעת חפים מפשע, ומפני חשיפתם לעונשים חמורים, ובפרט עונש המאסר.

מערכת דיונית זו, למרות חשיבותה הרבה, כרוכה בעלות חברתית לא מבוטלת: סוללת ההגנות הדיוניות המוקנית לנאשם בפלילים מאפשרת לעבריינים לא מעטים להתחמק מציפורניו של החוק תוך הסתמכות עליה, ולעיתים תוך ניצולה לרעה. אכן, כאשר האישום הוא חמור, והסנקציה הצפוייה בהתאם, החששות מפני טעות שיפוטית וענישת חפים מפשע גוברים על החשש מזיכוי לא מוצדק של עבריינים רבים שחטאו. אולם הצדקה זו נחלשת ככל שחומרת העונש הצפוי להיות מוטל על הנאשם הולכת ופוחתת. ואכן, בהליך האזרחי הרגיל הגנות

כולה, שכן, היא גורמת לפיחות בערכה של ההרשעה הפלילית; [לעומת זאת] **אי-הטלת סנקציה כלשהי במקרים שבהם נדרשת סנקציה ממשית, אך לא פלילית... ..גורמת לאי-אכיפתם של חוקים רבים ובמשך הזמן פוגעת קשות בנורמה הכללית של ציות להוראות החוק."** **מן**, 60-259. יש לציין, שחוק העונשין הישראלי ניסה לספק מספר פתרונות מקוריים לדילמה המתוארת, בהכירו בסמכות בית המשפט להימנע מלהרשיע נאשם שביצע עבירה ולהטיל עליו צו מבחן לפי סע' 1 ל**פקודת המבחן [נוסח חדש] תשכ"ט-1969**. סמכות דומה קבועה סע' 71א(ב) לחוק העונשין, המסמיך להטיל על נאשם שעבר עבירה שאינה מצדיקה עונש מאסר בפועל צו שירות לתועלת הציבור או הזולת באישור ובפיקוח קצין מבחן. כמו כן, לפי סע' 73 לחוק ניתן לחייב נאשם שלא הורשע (ואף מתלונן) במתן התחייבות להימנע מעבירת אלימות. עם זאת, ביצוע צווי מבחן ושל"צ כרוך במידה לא מעטה של אי נעימות ולעיתים אף השפלה וסטיגמה מבחינת הנאשם. יתרה מכך, סע' 2(2) **לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981**, גם להטלת סנקציות מעין אלה יש תיעוד במרשם הפלילי בדומה להרשעה פלילית.

175 ודוקו: האפשרות להטיל קנסות כעונש בלעדי בהליך הפלילי ואף האפשרות (הנדירה) להימנע מהרשעה בעבירות מסויימות, אין בכוחה למנוע את החששות האמורים. הטעם לכך הוא, שמראש (ex ante) אין העבריין יכול להיות בטוח, כי לא יורשע, או כי לא ייפסק כנגדו עונש חמור יותר מאשר הקנס המירבי שניתן לפסוק בעבירה (זאת, כמובן, בעבירות שבהן הקנס אינו מוגדר כעונש היחיד שניתן להטיל).

176 לעניין עבירות קנס ר' סע' 221 לחסד"פ. לעניין עבירות מינהליות ר' סע' 14 ל**חוק העבירות המינהליות.**

177 המצב חמור במיוחד בעבירות קנס. הקנס המירבי על עבירת קנס (שלא קבוע לה עונש אחר בחיקוק הקובע אותה) הוא 600 ₪ לעבירה ראשונה, ו-1,300 ₪ לכל עבירה נוספת או חוזרת. סע' 221(ב) לחסד"פ. בעבירות מינהליות הקנסות גבוהים יותר, אך נראה כי במרבית המקרים שיעורם אינו עולה על אלפי שקלים בודדים.

178 **"..החלופות של עבירות קנס ועבירות מינהליות נכשלו במידה רבה נוכח מנגנוני אכיפה לקויים. ... קנסות רבים המוטלים בהליך זה אינם נגבים, עד שבמקרים רבים חולפת תקופת התיישנות העונש בלא שמבצע העבירה נשא בעונשו. ...המרכז לגביית קנסות אינו עומד במשימות המוטלות עליו, ובפועל נמנע מגביית קנסות נמוכים."** **גזל**, 8-267. לכשלון עונש הקנס בעולם המערבי ובישראל בשל בעיות של גבייה ואכיפה ר' גם מחקרו של ת' עינת, "אכיפה של קנסות פליליים בישראל" **מחקרי משפט** יט (תשס"ב) 167. המלומד טוען במחקרו כי אין נתונים מדוייקים על אחוז המשתמטים מתשלום קנסות פליליים בישראל, אך מדובר באחוז גבוה הנע בין 30% ל-50% (שם, בעמ' 180).

179 על חולשה זו של עונש הקנס הפלילי עמדו שופטים אמריקאיים כבר בראשית המאה: **"The** [criminal] **law must be uniform as to persons and acts, must fix a maximum and minimum punishment on this basis, and cannot always be adjusted to particular circumstances of atrocity which occasionally occur. The maximum penalty, together with compensatory damages, for the wrongful taking of one little ewe lamb would be quite inadequate and unsatisfactory in the hypothetical case put by Nathan to David. ..justice might require some deterrent not found in the criminal law penalties plus compensatory damages. The ordinary case of aggravated newspaper libel, where the actual damages are small, or the case of malicious abuse of legal process, will supply more modern instances." Luther v. Shaw** 147 N.W. 18, 20 (S.C. Wis. 1914).

nevo.co.il

מפלגות אלה אינן קיימות, ככל הנראה לאור ההנחה, שחומרתן הפחותה של הסנקציות האזרחיות מצדיקה את הפחתת ההגנה על הנתבע.

3. *העלות הכספית הגבוהה הכרוכה בהפעלת מנגנון האכיפה הפלילי*

8.44 ההליך הפלילי הוא הליך ציבורי הנשלט, מנוהל וממומן על ידי הציבור ונציגיו. לצד היתרונות השונים שיש בכך, חשוב לזכור, שהליך האכיפה הפלילי מטיל על החברה עומס כלכלי כבד ביותר. **ראשית,** סוללת ההגנות הדיוניות המוקנות לחשוד ולנאשם מאריכה את משכו של ההליך הפלילי, ומקשה - במודע - על חשיפת האמת.[180] **שנית,** ריצוי העונש הפלילי הטיפוסי, עונש המאסר, כרוך בהקמה והחזקה של מתקני כליאה, הספקת מזון, ביגוד ולעיתים גם תעסוקה ואפשרויות שיקום לאסירים, וכל אלה כרוכים בהשקעת משאבים כספיים עצומים. **שלישית,** בניגוד להליכים אזרחיים שבהם מקובל לחייב את יוזם ההליך בתשלום אגרה, ואת המפסיד בהליך בהוצאות הצד המנצח, הרי בהליך הפלילי הוצאות ההליך מוטלות על פי רוב במלואן על כתפי משלם המיסים.[181] כל אלה הופכים את ההליך הפלילי להליך יקר - בראייה חברתית - בהשוואה לערוץ האכיפה האזרחי.[182]

4. *הרחקה (alienation) של האזרח מעשיית משפט צדק*

8.45 המשפט הפלילי מופעל על ידי המדינה. לקורבן העבירה אין, ככלל, מעמד מיוחד בהליך זה, והוא אינו מעורב בתהליכי קבלת ההחלטות הנוגעות לעצם פתיחתו ולאופן ניהולו.[183] מאפיין מסורתי זה של המשפט הפלילי, אף כי יש לו יתרונות חשובים - בעיקר הבטחת האובייקטיביות של גופי התביעה הפלילית - סובל מחיסרון ברור: הוא מרחיק את האזרח מהעשייה המשפטית, ושולל ממנו את האפשרות ליטול חלק בתהליך עשיית הצדק במדינה. הדבר עלול להביא לתחושות של ריחוק וניכור כלפי המערכת המשפטית, ועלול להקשות על הטעמתם של ערכים שהמשפט חפץ ביקרם בקרב הציבור. בעייה זו חמורה במיוחד בשיטות משפט כדוגמת השיטה הישראלית, שאינן מכירות במוסד המושבעים, מוסד שאחת מתכליותיו המרכזיות היא שיתוף האזרח במלאכת עשיית המשפט.

ב. <u>מאפייני הענישה האזרחית ויתרונותיה על פני הענישה הפלילית</u>

8.46 על רקע ההיכרות עם מגבלותיו של מנגנון האכיפה והענישה הפלילי, נקל להבין את היתרונות הטמונים בשימוש בהליך האזרחי לצורכי ענישה בכלל, ולצורך פסיקת תשלום עונשי בפרט. כפי שיובהר מייד, יתרונות אלה בולטים במיוחד בהקשר לפגיעות מחפירות בזכויות אזרחיות, שלמרות חומרתן אינן מצדיקות בהכרח הטלת סטיגמה פלילית במבצעיהן.

1. *גמישותה של הסנקציה האזרחית*

8.47 הסנקציה האזרחית הטיפוסית היא סנקציה כלכלית (כספית או אחרת) הפוגעת ברווחתו הכלכלית של הנתבע, אך איננה מכוונת לשלול ממנו את חירותו, או לפגוע בכבודו ובגופו. כמוסבר לעיל, התנהגויות מחפירות רבות (פליליות ולבר-פליליות), על אף חומרתן, עשויות שלא להצדיק עונש מאסר, ואף לא את הסטיגמה החמורה הכרוכה בהרשעה בפלילים. במקרים אלה, קביעת סנקציה אזרחית-עונשית על המעשה מאפשרת גמישות בענישה, ומבטיחה באופן זה הימנעות מכל אחד משני הפתרונות הגרועים שמנגנון האכיפה הפלילי מעמיד במקרה כזה.[184]

אמנם, הטלת סנקציה אזרחית-עונשית איננה נטולת סטיגמה חברתית, והדברים יפים שבעתיים לגבי התשלום העונשי, שבעצם פסיקתו טבוע גינוי שיפוטי חריף כלפי הנתבע. עם זאת, ישנו עדיין מרחק רב בין עוצמתו והשלכותיו

---

180 הדברים אמורים בפרט בזכות השתיקה, ובזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית.

181 הדברים אמורים הן במימון הליכי החקירה שהינם תנאי מוקדם לפתיחת כל הליך פלילי, והן במימון ההליך עצמו. אוצר המדינה, כידוע, נושא לא רק בנטל הייצוג של המדינה עצמה על ידי התביעה הכללית, אלא לעיתים קרובות גם בנטל הייצוג של נאשמים, הזכאים למינוי סניגור. אמנם, באופן תיאורטי מוסמך בית המשפט לחייב נאשם שהורשע בהוצאות משפט (ר' סע' 79 לחוק העונשין) אך בפועל, ככל שידיעתי מגעת, לפחות בישראל נמנעים בתי המשפט מלעשות שימוש תדיר בהוראה זו.

182 לחיסרון זה של ההליך הפלילי למול ההליך האזרחי ר' למשל: **Galanter**, 778.

183 אך ראה הערותינו לגבי המגמה המודרנית לחזק את מעמד הקורבן בהליך הפלילי. סע' 8.07(31) לעיל.

184 כאמור, אלה הם מחד גיסא ענישה מחמירה מדי, ומאידך גיסא, הימנעות מוחלטת מענישה כלשהי.

nevo.co.il

של גינוי אזרחי זה, לבין אלה של ההרשעה הפלילית.[185] ההכרה באפשרות להפעיל סנקציות אזרחיות-עונשיות כדוגמת התשלום העונשי משרתת אפוא במקרים אלה טוב יותר את מטרות הענישה.[186] זאת ועוד, כאמור לעיל, בשל היותה מתונה יותר מהענישה הפלילית, הענישה האזרחית מתיישבת טוב יותר עם עקרון החירות.[187]

דוקטרינת התשלום העונשי גם אינה סובלת מהחסרונות הפרקטיים של הקנס הפלילי, שכן אין היא קובעת תיקרה מיזערית או מירבית נוקשה. כך מתאפשרת התאמה טובה יותר של שיעור ה"קנס" האזרחי למטרות הגמול וההרתעה.[188] 'הפרטת' מערכת הגבייה והאכיפה של הסנקציה אף היא נראית כמבטיחה יותר מהסתמכות בלעדית על מנגנון האכיפה הציבורי הצולע. אמת, אפקטיביות מערכת האכיפה האזרחית מותנית אף היא ביעילות שירותי ההוצאה לפועל, המופקדים לרוב בידי רשות ציבורית. אולם כל עוד היוזמה להפעלת המערכת מצוייה בידי הפרט, וכל עוד בכוחו להשפיע על קצב התקדמות ההליכים, פוחת באופן משמעותי הסיכוי לקיפאון מערכות כללי.

2. השפעתו החיובית של סדר הדין האזרחי על רמת האכיפה

8.48 לענישה האזרחית יתרון חשוב גם במישור של יעילות ההליך והגברת רמת האכיפה בהשוואה להליך הפלילי. כאמור, הנתבע בהליך האזרחי-עונשי אינו חשוף לסיכונים החמורים הכרוכים בהרשעה בפלילים, ולפיכך אין הצדקה להעיק לו את מכלול הערובות הדיוניות המוקנות לחשוד ולנאשם בפלילים. יתרה מכך, בהליך אזרחי-עונשי המופעל ומנוהל על ידי הפרט, בעיית פער הכוחות העצום בין המאשים לבין המואשם בהליך הפלילי איננה קיימת, והדבר מהווה צידוק נוסף להנמכת המחסומים והמכשולים הדיוניים בדרכו של התובע (הפרטי) להשגת 'הרשעה' (אזרחית).[189] הנמכה כזו לא תפגע בעיקריים המוסריים והליברליים שעליהם מושתתת ההכרה בערובות דיוניות מלכתחילה, ומאידך גיסא תגביר את רמת האכיפה של האיסור על התנהגות מחפירה.[190]

יתרון נוסף של ההליך האזרחי נעוץ בכך, שהוא נשלט על ידי הפרט, מה שמאפשר את פתיחת ההליך האזרחי-עונשי באופן מיידי וללא עיכובים ביורוקרטיים. לעומת זאת, הגשת כתבי אישום פליליים, במיוחד בעבירות הקלות שבהן עסקינן, לוקחת בדרך כלל זמן רב, ולעיתים קרובות חודשים ארוכים ואף שנים.[191] גם עובדה זו עשוייה לתרום

---

185 כאמור, הרשעה פלילית מטילה במורשע אות קלון, ומתייגת אותו כ"עבריין" לזמן ממושך. להכרה בהבדל המשמעותי בין העונש הפלילי (אפילו קנס פלילי) לבין התשלום העונשי ר' למשל: **Comment**, 411: "**The money judgment assessed against the punitive damages defendant hardly seems coparable in effect to the criminal sanctions of death, imprisonment, and stigmatization… ..it seems unlikely that punitive damages defendants are plagued by manifest social disapprobation as are convicted felons.. ..the** [criminal] **fine, unlike punitive damages, still carries the full weight of stigma associated with criminal conviction**." ר' גם **מן**, 259: **בין המעלות** [של הענישה האזרחית] **ראוי להדגיש את כוח ההרתעה הרב שניתן להפיק מסנקציה כלכלית, שאינה כרוכה בסטיגמה הקשה המלווה את ההרשעה הפלילית.**"

186 לדעה התומכת בהוצאה מוחלטת של הטיפול בהתנהגויות אנטי-חברתיות רבות מהתחום הפלילי ובהעברתו לידי המשפט האזרחי באמצעות סנקציות אזרחיות-עונשיות ר': **Coffee** (2), 1879-82, 1881: "**Civil penalties make the greatest sense in this area - as a replacement for criminal charges, not simply as a discretionary prosecutorial alternative.**" עם זאת, יש לזכור שלסנקציה כלכלית ישנה מגבלה, והיא שהאפקטיבית שלה מוגבלת כלפי מי שאינו מסוגל לשלם אותה. במקרה כזה עונש של שלילת חירות (שהוא העונש הפלילי הטיפוסי) עשוי להיות אפקטיבי יותר. ואכן, זוהי אחת ההצדקות הכלכליות לענישה הפלילית. ר' **Posner**, 241.

187 לעניין זה ר' גם סע' 8.14 לעיל, בטקסט שלאחר הערה 60.

188 נזכיר, שבמדינות לא מעטות מקובל להביא בחשבון את מעמדו הכלכלי של הנתבע בקביעת שיעור התשלום העונשי שבו יחוייב, וזאת כדי להבטיח הרתעה וגמול מספיקים. לעניין זה ר' סע' 7.35(152) לעיל.

189 לדיון בהבדלים אלה ר' גם סע' 8.14(56) לעיל. יש לזכור, שפער זה נותר על כנו בהליכים אזרחיים-עונשיים, המנוהלים על ידי המדינה או גופים ציבוריים הקשורים בה. ייתכן, שהדבר עשוי להצדיק החמרה מסויימת של סדרי הדין בתביעות תשלום עונשי שמגישות רשויות ציבוריות כנגד גופים פרטיים.

190 אמנם, אמצעי החקירה העומדים לרשות הפרט הינם מוגבלים למדי בהשוואה לאמצעים העומדים לרשות סוכני אכיפת החוק הפלילי. סביר אפוא להניח, שבפרשיות מורכבות עלול התובע הפרטי להיכשל במיצוי הדין עם המעוול. עם זאת, נראה שמצב זה עדיף מאשר הטלת נטל נוסף על רשויות האכיפה ביחס להתנהגויות שספק אם דרגת חומרתן מצדיקה את העלויות הניכרות הכרוכות בהפעלת המנגנון הפלילי, מה גם שבמצב הקיים כיום ספק אם הטלת נטל כלכלי זה היא כלל אפשרית.

191 לבעייה זו ר' **גזל**, 44-43.

nevo.co.il

להרתעתם של מפרים פוטנציאליים, וכך לשפר את רמת האכיפה בהשוואה להליך הפלילי שיינקט נגד אותם מפרים באיחור רב.[192]

3. ההליך האזרחי-עונשי חסכוני יותר מההליך הפלילי

8.49 בנוסף ליתרונות העקרוניים שפורטו לעיל, השימוש בהליכי אכיפה אזרחיים כתחליף להליכי האכיפה הפליליים במקרים שאינם מצדיקים הטלת סטיגמה פלילית, צפוי להביא לחיסכון ניכר במשאבים. **ראשית**, להבדיל מההליך הפלילי (והליכים מינהליים) חלק ניכר מעלויות ההליך האזרחי (אם כי בוודאי לא כולן) ממומן על ידי הצדדים להתדיינות, ולא על ידי אוצר המדינה בלבד.[193] הפעלתו של ההליך האזרחי-פרטי צפוייה אפוא לחסוך סכומים ניכרים מהקופה הציבורית, ועדיפה מבחינה זו על פני ההיזקקות להליך הפלילי-ציבורי. **שנית**, משמעותית לא פחות בהקשר זה היא העובדה, שתביעות לתשלום עונשי נספחות במקרים רבים לתביעות אזרחיות שהיו מוגשות ממילא.[194] עובדה זו היא כשלעצמה חוסכת משאבים ניכרים וזמן שיפוטי יקר, שכן היא חוסכת את הצורך בניהול הליך משפטי נוסף (פלילי או מינהלי) שתכליתו להעניש את הנתבע על ההפרה המחפירה. העלות השולית שבהוספת תביעה לתשלום עונשי להליך אזרחי קיים, היא אפוא קטנה מאוד בהשוואה לעלות השולית שבניהול הליך פלילי, ואפילו הליך מינהלי.[195] יתרה מכך, על פי רוב ההליך האזרחי-עונשי יהיה קצר יחסית, שכן המסכת העובדתית הנדרשת להכרעה בו רלבנטית גם לצורך ביסוס זכותו של הנפגע לסעדים מפצים (במיוחד - פיצוי על נזק לא-ממוני) ולפיכך צפוייה להיות מוצגת בפני בית המשפט, לפחות בחלקה הגדול, כבר במסגרת הדיון בסעדים אלה.

4. החשיבות שבקירוב האזרח למלאכת אכיפת החוק

8.50 ניהולו של הליך אזרחי-עונשי היא ללא ספק פעולה מובהקת של אכיפת חוק. מתן אפשרות לאזרחים להשתתף בהליכים מעין אלה מאפשרת להם ליטול חלק דומיננטי ומרכזי יותר בתהליכי אכיפת החוק ועשיית הצדק במדינה

---

[192] אמנם, יש לזכור, שההליך האזרחי נמשך לעיתים קרובות זמן ממושך יותר מאשר ההליך הפלילי. אלא שלדעתי, בעצם העובדה שההליך נפתח מייד, יש משום אפקט הרתעתי משמעותי, וזאת ללא קשר למשך הזמן שבו יתנהל ההליך לאחר מכן.

[193] העלויות שבהן נושאים הצדדים להתדיינות הן בעיקר ההוצאות הכרוכות בתשלום שכר טרחת עורכי-דין, אגרות בית משפט, איסוף ראיות, תשלום למומחים, וכיו"ב. בשיטות משפט המכירות בזכותו של תובע הזוכה במשפט לכיסוי הוצאותיו, מגולגלת עלות זו, לפחות בחלקה, על הצד שהפסיד בדינו ואשר נתפס כמי שאחראי לה. לעניין זה ר' דבריו של **מן**, 258: **"הטלתה** [של סנקציה אזרחית-עונשית].. **..הינה זולה יותר מבחינת ההליכים הנדרשים, ואף ניתן להטיל את הוצאותיו של התובע על שכמו של הנתבע."**

[194] לדעתי, תופעה זו ניתן להסביר, בין היתר, בכך שבשל מגוון השיקולים הרלבנטיים לפסיקת תשלום עונשי, ומתחם שיקול הדעת הרחב של השופט בנושא זה, קשה מאוד לתובע בכוח להעריך אם במקרה נתון ייפסק או לא ייפסק לטובתו תשלום עונשי. לעומת זאת, היכולת להעריך, אם במקרה נתון ייפסק סעד מתקן (כגון אכיפה או פיצויים) היא בדרך כלל טובה יותר, שכן הזכות לקבלת סעדים אלה היא 'קשוחה' יותר (לפחות בהינתן קיומם של הפרה ונזק). במצב זה, ובהנחה שהתובע הטיפוסי הוא שונא סיכון או לפחות אדיש לסיכון, הסיכוי הספקולטיבי לזכות בתשלום עונשי עשוי שלא להיות מספיק חזק כדי לתמרץ תובעים בכוח להגיש תביעות שבהן התשלום העונשי הוא הסעד היחיד המבוקש. אמנם, כאשר הנזק שגרמה ההפרה קטן, הצפייה לזכייה בתשלום העונשי עשויה לגרום להגשת תביעות שלא היו מוגשות בלעדיהן. אולם בהנחה שתביעה כזו איננה חסרת בסיס, ניהולה איננו בגדר בזבוז, אלא להיפך. בנוסף, נזכיר, שבמדינות מסויימות לא ניתן לפסוק תשלום עונשי מבלי שהוכחה קודם זכות לפיצויים ממשיים (להבדיל מפיצוי סמלי על עצם הפגיעה בזכות משפטית). ר' סע' 7.04(14) לעיל. כמוסבר שם, ייתכן שכלל זה נועד לחסום את האפשרות לפתוח בהליך האזרחי רק לשם מימוש מטרה עונשית, אך הוא מנוגד לרוחה של הדוקטרינה ולמטרתה החברתית העיקרית - שיפור ההגנה הכללית על זכויות משפטיות.

[195] לתובנה זו מצאתי ביטוי בספרות: **"The overall costs** [of litigating a punitive damages cause of action] **may be less with punitive damages than with fines. One trial, covering both compensation to victim and punishment of actor, rather than a second criminal trial, is all that is needed."** Kuklin, n. 310; see also: "Punitive Damages: Symposium Discussion: Criminal Law and Punitive Damages" 56 **S.Cal. L.R.** (1982) 155, 195 (Prof. Cooter's remark): **"Punitive damages can be viewed as a reward to the plaintiff for.. ..avoiding the cost of a criminal trial. The savings.. are enjoyed by the state and by the defendant."** יתרון זה של ההליך האזרחי מעורר את השאלה הגדולה, אם יש מקום לשנות לחלוטין את סדרי הדין המודרניים ולאחד את ההליך הפלילי עם ההליך האזרחי כדי לחסוך את העלויות העצומות הכרוכות בפיצול שתי המערכות. שאלה זו חורגת כמובן מגדרו של חיבור זה, אך מעניין לציין, שרעיון כזה הועלה בעבר על ידי פרופ' דייקן שסבר כי: "**פיצול שכזה** [בין ההליך הפלילי להליך האזרחי] **מרבה ללא הועיל את הטרחה, את הטיפול ואת ההוצאות גם למנגנון המשפטי, גם לנוגעים דבר, ושומה על המחוקק לבקש דרך לפתרון השאלות בצורה פשוטה יותר. אין אנו נרתעים מהשערה, שהימים הראשונים היו טובים משלנו, ויש מקום לחזור בשינויים מתאימים לרוח זמננו אל ההסדרים הקודמים. <u>הליך משפטי אחד חייב לדון בבת אחת בכל תוצאות אותו מעשה, הפלילית והאזרחית גם יחד</u>... יש צורך לשחרר את המחשבה המשפטית מכמה עקרונות מקובלים, שנכנסו לבשרנו ולדמנו במאות השנים האחרונות.** **דייקן**, 1365.

nevo.co.il

על ידי הבאתו של הפוגע בהם לדין - לא רק לצורך תיקון הפגיעה הפרטית בהם, אלא לצורך השגת מטרות שהן במובהק כלל-חברתיות כגון גמול, הרתעה, חינוך, וכיו"ב. מבחינה זו אין להמעיט בחשיבות ההכרה בהליכים אזרחיים-עונשיים בכלל, ובתביעות לתשלום עונשי בפרט, שעניינן מאבק בתופעה אנטי-חברתית שלחברה כולה יש אינטרס להיאבק בה ולעוקרה משורש. הכרה בזכותם של קורבנות התנהגות מחפירה להביא לדין אזרחי-עונשי את הפוגעים בהם, מקרבת אותם אפוא אל עשיית הדין והצדק במדינה. קירוב זה צפוי לדעתי להשפיע באופן חיובי ביותר על תחושותיו ויחסו של הציבור הרחב כלפי המערכת המשפטית בפרט וכלפי המדינה ומוסדות השלטון בכלל, ובטווח הארוך אף להגביר את מידת הזדהותן של שכבות רחבות בציבור עם העיקרון של שלטון החוק, על כל המשתמע מכך.[196]

<u>סיכום לפרק ח'</u>

8.51 בפרק זה התמקדתי בהערכה ביקורתית של מאפיין מובהק של דוקטרינת התשלום העונשי - היותו מפעילה ענישה טהורה באמצעות המשפט האזרחי ובמסגרת ההליך האזרחי. בחלקו הראשון של הפרק בחנתי וביקרתי טיעונים בעלי אופי א-פריורי שהועלו ושניתן להעלות כנגד מאפיין זה של הדוקטרינה. בחלקו השני הצבעתי על מה שהן לדעתי ההצדקות האפשריות לענישה האזרחית בכלל, ולפסיקת תשלומים עונשיים בפרט. תמצית טענתי היתה, שעובדת היותו של המשפט הפלילי הכלי המשפטי המובהק ביותר להשגת מטרות עונשיות, איננה הופכת אותו לאמצעי המוצלח ביותר לטיפול עונשי בכל תופעה אנטי-חברתית באשר היא. התנהגויות אנטי-חברתיות מסויימות, למרות חומרתן, אינן מצדיקות את הפעלתם של מנגנוני האכיפה הפליליים, בין משיקולים עקרוניים, ובין משיקולים פרגמטיים. עם תופעות אלה ראוי וניתן להתמודד באופן צודק ויעיל יותר באמצעות הליכים משפטיים חלופיים להליך הפלילי, בין ציבוריים (מינהליים, משמעתיים, וכיו"ב) ובין פרטיים. מוסד התשלומים העונשיים, מעצם הגדרתו ומהותו, בא לשרת מטרה זו, והוא מהווה דוגמה מצויינת לפוטנציאל הרב הגלום בענישה האזרחית.

* * *

[196] בארה"ב הדיון הציבורי והספרותי סביב מושג ה-"empowerment" צבר תאוצה רבה בעשור האחרון. מושג זה מבטא את ההכרה בצורך של שיטת המשפט להאציל מסמכויותיה לאזרחיה כדי לסייע לה באכיפת החוק, וכדי לשפר את יכולתה של שיטת המשפט לעשות צדק. מגמה זו באה לידי ביטוי בקשת נרחבת של הקשרים שבהם הודגש הצורך במתן מעמד לקורבן העבירה הפלילית (הקשר טיפוסי הוא של עבירות מין ועבירות אלימות במשפחה). להכרה הגוברת במעמדו המתחזק של קורבן העבירה הפלילית באכיפת החוק ולאסמכתות רלבנטיות ר' סע' 8.07(31) לעיל. לתפקידה של דוקטרינת התשלום העונשי בהקשר זה ר' למשל הדברים הבאים: **"The availability of private enforcement empoweres citizens to assert dominion. …The participation of the jury in the process and the discourse between judge and jury are likewise instruments in the inculculation of civil virtue. …The legitimacy.. ..of the political community is enhanced by its affording private rights of action to enforce liberty-robbing infringements. The process confirms the centrality of personal responsibility, which may be occluded when enforcement is exclusively left to public officials." Parlett**, 811.

nevo.co.il

פרק ט':

הזכאי הנפגע מהתנהגות מחפירה לחלק ונחלה בתשלום העונשי?

מבוא: הצגת הבעייה

9.01 בעיית היסוד השלישית שמעוררת ההכרה בתשלום העונשי היא שאלת ההצדקה לזיכוי התובע בכספי הסנקציה העונשית המוטלת על המפר. מאפיין מסורתי זה של הדוקטרינה מהווה קרוב למאה וחמישים שנה בסיס לביקורת נוקבת כלפיה. גם בהנחה שהטלת סנקציה עונשית לבר-מפצה בהליך אזרחי על התנהגות מחפירה היא מוצדקת, אין זה ברור כלל מהי ההצדקה לזכות את התובע בכספי הקנס האזרחי המוטל על הנתבע. בעייה זו תיבחן להלן.[1]

I. התנגדויות להעברת התשלום העונשי לתובע

א. מישור ההוגנות - התעשרות התובע שלא כדין

9.02 בבסיס אחת הביקורות החריפות ביותר כנגד הדוקטרינה עומדת הטענה, העברת התשלום העונשי לידי התובע מהווה מבחינתו "רווח מן ההפקר" (windfall) ומביאה להתעשרותו שלא כדין על חשבון הנתבע. הטעם לכך הוא, שגם אם תימא שטעמים עונשיים שבטובת הכלל מצדיקים את ענישת הנתבע, שהנמען שראוי לזכותו בה הוא הציבור, ולא התובע. אכן, התובע זכאי בדין ובצדק לתבוע מהנתבע להשיב את מצבו לקדמותו, ולקבל כל סעד הנדרש לתיקון מלוא הנזק שנגרם לו שלא כדין. אולם בכך מתמצה זכותו. אין הוא זכאי לתרופות לבר-מפצות, שכן אלה יעמידוהו במצב טוב מזה שבו היה נתון אלמלא העוולה או הפרת החוזה, וזאת אין התובע זכאי לדרוש.[2]

ב. המישור התוצאתני - היתרונות שבשלילת הזכות לתשלום העונשי מהתובע

9.03 ביקורת מודרנית יותר מדגישה את היתרונות המעשיים שיש לשלילה מוחלטת (או לפחות חלקית) של זכות התובע בתשלום העונשי, ולהעברתו תחת זאת לידי אוצר המדינה או גוף ציבורי אחר שייקבע לשם כך. **ראשית,** נטען, שינוי כזה יבטל (ולכל הפחות יצמצם במידה ניכרת) את התופעה הפסולה של הגשת תביעות סרק, שתכליתן אינה אלא לנסות "לדוג" תשלום עונשי או לחלץ מהנתבע הסכם פשרה נוח לתובע.[3] **שנית,** השינוי יצמצם אצל תובעים

---

[1] ראוי אולי להעיר, בפתח הדיון, שהביקורות נגד מאפיין זה של הדוקטרינה, גם לו היו מוצדקות לחלוטין (וכפי שאנסה להראות, לדעתי אין הן מוצדקות) אין בהן בשום מקרה כדי להצדיק את ביטולה של דוקטרינת התשלום העונשי. הטעם לכך הוא, שגם אם אין הצדקה כלשהי לזכות את התובע בכספי התשלום העונשי, אין בכך כדי לשלול את ההצדקה להטלת עונש לבר-מפצה על הנתבע בשל התנהגותו המחפירה במסגרת ההליך האזרחי, הצדקה שאותה ביססתי בשני הפרקים הקודמים. לכל היותר יש בביקורות אלו כדי להצדיק עריכת שינוי באופן הפעלתה של הדוקטרינה בדין הנוהג, אשר יבטיח כי כספי התשלום העונשי ישולמו לידי אוצר המדינה או גוף ציבורי אחר שיימצא ראוי לשם כך.

[2] הצגות חריפות של ביקורת זו ניתן למצוא בפסיקה האמריקאית כבר בשלהי המאה ה-19. ר' למשל: **Bass v. The Chicago & Northwestern R'y Co.** 42 Wisc. 654, 672-3 (1877): "**It is difficult on principle to understand why, when the sufferer by a tort has been fully compensated for his suffering, he should recover anything more. And it is equally difficult to understand why, if the tortfeasor is to be punished by exemplary damages, they should go to the compensated sufferer, and not to the public in whose behalf he is punished."; Pegram v. Stortz** 6 S.E. 485, 497 (W.Va. 1888): **"**[punitive damages are a] **fine inflicted on the offender in order to protect society, and deter the commission of like crimes, should go to the state, and not to the party against whom the wrong is committed. All he can ask is to be fully compensated.."; *Murphy***, 545-6: "**Who will undertake to give a valid reason why plaintiff, after being fully paid for all the injury inflicted upon his property, body, reputation and feelings, should still be compensated, above and beyond, for a wrong committed against the public at large? The idea is inconsistent with sound legal principles, and should never have found a lodgment in the law."** לביקורות מודרניות יותר בפסיקה ובספרות ר' למשל: **"..the plaintiff, by being given more than on any view could be justified as compensation, was being given a pure and undeserved windfall at the expense of the defendant.."** ***Cassell***, 1086 (Lord Reid); "**Victims of tortuous conduct should receive due compensation for their injuries, not windfalls at public expense.**" ***Kuddus***, s. 121 (Lord Scott); "**Punitive damages are generally seen as a windfall to plaintiffs, who are entitled to receive full compensation for their injuries - but no more. Even assuming that a punitive "fine" should be imposed after a civil trial, the penalty should go to the State, not to the plaintiff - who by hypothesis is fully compensated**" ***Smith*** (2), 59 (Renquist, dissenting); **Rosenbloom v. Metromedia, Inc.** 403 U.S. 29, 74 (1971) (Harlan, J. dissenting): "**from the standpoint of the individual plaintiff such** [punitive] **damage awards are windfalls. They are, in essence, private fines levied for purposes that may be wholly unrelated to the circumstances of the actual litigant.**"**; Duffy**, 8: **"..such overcompensation is repugnant to every sense of justice."; Burrows**, 283: "**..the rightful recipient of monetary punishment should be the state, and not a plaintiff.**" See also **Ellis**, 10-11.

[3] לחשש זה שני היבטים: **ראשית**, קיים חשש כבד שהתמריץ הכלכלי הברור להגשת התביעה מביא להגשת תביעות לא מוצדקות, ומאלץ נתבעים, ללא כל הצדקה, להוציא הוצאות כבדות להגנתם, לסכן את שמם הטוב, ואף להסתכן בחיוב שגוי בתשלום עונשי. **שנית**, קיים חשש כבד שבמצב הקיים פערי המיקוח בין התובע לנתבע הם באופן משמעותי לטובת התובע, ומקנים לו יתרון בלתי

nevo.co.il

פוטנציאליים את התמריץ 'לחזר' אחרי עוולות (risk-seeking behaviour), ואת תופעת ההתרשלות העצמית - תופעות שהציפייה לזכות בתשלום עונשי מעודדת מאוד.[4] **שלישית,** שינוי כאמור יקטין את כוח המיקוח של התובע תשלום עונשי כלפי הנתבע, וכך יגדיל את התמריץ של תובעים ותובעים בכוח להתפשר עם נתבעים ונתבעים בכוח, מה שצפוי להקל במידה משמעותית את העומס מעל בתי המשפט.[5] **רביעית,** העברת כספי התשלום העונשי - העשויים להיות ניכרים - לידי המדינה, תאפשר ניצול נכון והוגן יותר של המשאבים שיילקחו מהנתבע: במקום לרכזם בידי אדם אחד ולהביא להתעשרות מופרזת שלו, יחולקו הכספים באופן שוויוני בין אזרחי המדינה (בדמות הקלה בנטל המס, או שירותים אחרים) או יוקדשו למטרה ציבורית נעלה.[6] **חמישית,** הועלתה הסברה, כי מטרות הענישה יושגו בצורה טובה יותר, שכן בית המשפט (או חבר המושבעים) יוכל להתמקד מעתה בהתנהגות הנתבע ובצורך להענישו, מבלי לעסוק בהשפעת פסיקתו על רווחתו של התובע.[7]

אמנם, בהעדר ידיעה של הנפגע מהתנהגות מחפירה כי יזכה בנתח כבד מספיק בתשלום העונשי, קיים חשש שהוא יימנע מהגשת תביעה כלל, כדי להימנע מהסיכון להימצא בתום התביעה במצב של חסרון כיס, בשל עלויות ניהול ההליך המשפטי, שעליהן אין ערובה כי יקבל פיצוי מלא.[8] חשש זה הביא חלק מהמלומדים בארה"ב להמליץ על רפורמה חלקית בדיני התשלום העונשי, אשר במסגרתה תישלל מהתובע שזכה בתביעה לתשלום עונשי הזכות לקבלת נתח כלשהו בכספי התשלום העונשי, אך כנגד זאת ייפסקו לו הוצאות ההתדיינות שלו במלואן.[9] בישראל, שבה הדין הנוהג מכיר בזכותו העקרונית של תובע שזכה במשפטו לקבל את הוצאותיו, חשש זה מפגיעה מוחלטת בתמריץ לתבוע תביעות אמת יכול להיפתר בקלות יחסית על ידי פסיקת הוצאות ליברלית על ידי בתי המשפט.

הוגן, המנוצל לרעה במסגרת הליכי פשרה. לדיון בחששות אלה, ובהשפעות החיוביות (אך גם השליליות) שצפויות להיות לשלילת זכות התובע בתשלום העונשי ר' בהרחבה: **Breslo**, 1151-66 ר' גם הדיון בסע' 7.93 והאסמכתות הנזכרות שם בהקשר זה.

4 **"If potential plaintiffs realize that someone's tortious behavior might create a substantial windfall for them, they will have less incentive to take socially optimal precautions";** Note, "An Economic Analysis of the Plaintiff's Windfall from Punitive Damage Litigation" 105 **Harv. L.R.** (1992) 1900, 1908. תופעה זו ניתנת לצמצום על ידי הכרה בהגנת האשם התורם, אלא שאחדים מבתי המשפט בארה"ב שללו את תחולתה של הגנה זו בעוולות הכוונה המסורתיות, ובמקרים שבהם התנהגות הנתבע היתה מחפירה. Id., 1908-9 & n. 49 לדעתי, אין מקום לשלול את תחולתה של הגנת האשם התורם גם כאשר התנהגות הנתבע היתה מחפירה. זאת ועוד: הצפייה לזכייה בתשלום עונשי יוצרת אצל עורכי הדין ששכרם נקבע בהתאם לתוצאות המשפט (contingency fees) תמריץ מופרז להשקיע בהכנה, ניהול וחיפוש אחר תביעות לתשלומים עונשיים. בהעדר ציפייה כאמור, משאבים מבוזבזים אלה יופנו לערוצים יעילים יותר. Id., 1909-10

5 "[The reform]**… ..would increase the number of settlements in cases where punitive damages are a possibility…** [This] **could have a substantial impact on court dockets…** [This]**certainly appears to be a positive step." Breslo**, 1164. הטעם לגידול במספר הפשרות נעוץ בעובדה שבעוד שהתמריץ אצל התובע להגיע לפשרה גדל (שכן בפשרה יוכל לזכות ביותר מאשר במשפט, שבו לא יזכה בחלק כלשהו מהתשלום העונשי) הרי התמריץ של הנתבע נותר על כנו ואינו נפגע (שכן מבחינתו הסיכון לחוב בתשלום עונשי אינו משתנה, כל עוד תושג פשרה). הפער בעמדות המיקוח שבין הצדדים מצטמצם אפוא, שכן הנתבע מודע לצורך המתגבר של התובע בפשרה. אולם לאור הנחיתות הטבועה של הנתבע בהליכים אזרחיים, סוברים חלק מהמלומדים כי שיפור זה במצבו אינו בלתי רצוי. עניינים אלה מוסברים בהרחבה אצל **Breslo**, 1158-66 אולם כמוסבר בסע' 9.12(29, 30) להלן, צמצום פער המיקוח בין התובע לנתבע איננו בהכרח חיובי, שכן הוא עשוי להקטין את התמריץ של נתבעים בכוח להימנע מהתנהגות מחפירה.

6 בספרות הועלו מספר רעיונות לשימוש בכספי התשלום העונשי: 1) יצירת קרן לפיצוי או ביטוח נפגעי עוולות נזיקין, אשר תיוחד לפיצוי נפגעים הנתקלים בקשיי גבייה של פסקי פיצויים; 2) העברת הכספים למוסדות המטפלים בשיקום עבריינים או בטיפול בנפגעי מעשי עבירה או עוולה; 3) מוסדות קהילתיים שונים, הפועלים ללא כוונת רווח (מוסדות חינוך, בתי חולים, גופים התנדבותיים, וכו'). פתרונות מעין אלה אומצו במספר מדינות בארה"ב. לסקירת ההסדרים הטיפוסיים במדינות השונות ר': **Breslo**, n. 39-42 & text; **Grube**, n. 79-82 & text

7 השפעה זו פועלת בשני כיוונים בלתי רצויים: מחד גיסא, הרצון להיטיב עם התובע שנפגע עלול לשמש כגורם להגדלת התשלום העונשי (במודע או שלא במודע); מאידך גיסא, חוסר הנוחות מפני התעשרותו המופרזת של התובע עלול לשמש כגורם להפחתה של התשלום העונשי, כאשר התנהגות הנתבע אינה מצדיקה הפחתה כזו. לדיון בהשפעות אלה ר': **Grube**, 854-5

8 לפירוט הטיעון ר' סע' 9.06 להלן.

9 לתמיכה נלהבת בהצעה זו ר' למשל: **Grube**, 856: **"Rather than awarding plaintiffs any portion of punitive damages awards, the State should pay plaintiffs' attorneys a fee or compensation for seeking punitive damages."** הסדרים כאלה מוכרים במספר מדינות בארה"ב.

nevo.co.il

II. הצדקות מסורתיות להכרה בזכות התובע בתשלום העונשי

9.04 הביקורת על מאפיין זה של הדוקטרינה הצמיחה נסיונות שונים לספק לו הצדקה. להלן ייסקרו שתי הצדקות מסורתיות שהועלו בהקשר דנן.

א. מישור ההוגנות: פרס לתובע על הבאת הנתבע לדין

9.05 בעבר נשמע בפסיקה האמריקאית טיעון, שלפיו התשלום הלבר-מפצה בו זוכה התובע מכוח הדוקטרינה הוא מעין פרס שהחברה מוצאת לנכון להעניק לו. פרס זה ניתן לתובע כתגמול בעד השירות החיובי שעשה לציבור, בכך שטרח, התאמץ, והצליח להביא לדין צדק את המעוול:

> **"Punitive damages are punishing damages and are awarded to the injured party as a reward for his public service in bringing the wrong-doer to account."**[10]

ב. המישור התוצאתני: יצירת תמריץ לאכיפה פרטית של הדין

9.06 בפתח החיבור נזכר רציונל זה כאחת ההצדקות המסורתיות של הדוקטרינה.[11] אולם הצורך ביצירת תמריץ לאכיפה פרטית של הדין איננו מצדיק את הטלת העונש על הנתבע במסגרת הדוקטרינה, שכן ענישה זו איננה חייבת להיעשות על ידי הפרט. לפחות לכאורה, יכולה ענישת המפר המחפיר להיעשות על ידי הציבור במסגרת הליך אכיפה ציבורי. אלא שכפי שהראיתי בפרק הקודם, בעיית תת-האכיפה של המשפט הפלילי, ותחולתו המוגבלת, יוצרים צורך במנגנוני אכיפה פרטיים כדוגמת ההליך האזרחי-עונשי. אולם כאן נשאלת שאלה אחרת, והיא: מדוע לשם קיום מנגנון האכיפה האזרחי-עונשי יש צורך בזיכוי התובע בכספי הסנקציה העונשית המוטלת על הנתבע? לפחות במבט ראשון, נראה שניתן להשיג מטרה זו גם אם התשלום העונשי יועבר בסיום ההליך האזרחי לקופה הציבורית.

בנקודה זו באה לידי ביטוי חשיבותו של רציונל מסורתי זה של הדוקטרינה. הוא, ורק הוא, מספק תשובה פשוטה וישירה לבעיית היסוד השלישית שמעורר מוסד התשלומים העונשיים. התשובה היא, כי לשם קיום מנגנון האכיפה האזרחי-עונשי יש הכרח בקיום מערכת תמריצים שתבטיח כי לנפגעים מהתנהגות מחפירה יהיה אינטרס להפעילו. בהעדר תמורה כלכלית כלשהי עבור המאמץ הכרוך מבחינת הנפגע בהכנה, פתיחה וניהול של תביעה לתשלום עונשי, קיים חשש ממשי כי נפגעים מהתנהגויות מחפירות יעדיפו להימנע מלתבוע בכלל, או יסתפקו בתביעת סעדים מפצים, תוך ויתור על הנטל הנוסף הדרוש על מנת להוכיח כי התנהגותו של הנתבע היתה מחפירה, וכי היא מצדיקה חיוב בתשלום עונשי.[12] לשון אחרת, בהעדר ציפייה לקבלת תשואה כלכלית מניהול ההליך, קיים חשש ממשי כי נפגעים רבים יירתעו מפנייה לערכאות ומניהול תביעות לתשלום עונשי, בפרט כאשר הנזק שגרמה ההתנהגות המחפירה איננו גדול במיוחד. האפשרות לזכות בכספי התשלום העונשי יוצרת אצל נפגעי התנהגויות

---

[10] **Neal v. Newburger Co**. 154 Miss. 691, 700 (S.C. 1929). ר' למשל: **Fowler Butane Gas Co. v. Varner**, 244 Miss. 130, 151, (1962). תמיכה נדירה בהצדקה זו מצאתי אצל מלומד בן-זמננו: **Birks**, p. ix. טיעון "[punitive damages] **can also be regarded as a reward for vindicating the strength of the law."** ברוח דומה העלה מלומד אנגלי אחר, במילים ציוריות אלה: **"The plaintiff has taken the risk of litigating to ensure that the defendant is punished. …Is not the plaintiff, who has risked his own resources a more deserving recipient than any other? …the metaphor of the plaintiff receiving a windfall is without justification…: the plaintiff had to shake the tree to obtain the fruit of justice; and, in so doing, he risked a large branch landing on his head rather than an apple." Pipe**, 99.

[11] ר' סע' 1.12 לעיל.

[12] לשם כך על התובע להראות תחילה, כי נתקיימו התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה, ולאחר מכן לשכנע את בית המשפט (באמצעות הוכחת מבחני העזר, והצבעה על התקיימות השיקולים הרלבנטיים) כי התקיים המבחן האולטימטיבי של סטייה קיצונית מסטנדרט ההתנהגות הסביר.

nevo.co.il

מחפירות ציפייה ממשית להפקת רווח כלכלי משמעותי, וכך מובטח האינטרס החברתי המובהק שבהבאת מעוולים מחפירים אלה לדין צדק, באמצעות הליך אזרחי-עונשי.[13]

III. הערכה ביקורתית

א. מישור ההוגנות: דחיית רציונל הפיצוי

9.07 כפי שראינו, האוחזים בגישה המפצה לתשלום העונשי סבורים שתכליתו האמיתית של התשלום העונשי כלל איננה להעניש את הנתבע, אלא להבטיח פיצוי מלא לתובע על מכלול נזקיו, ובהם נזקים שאינם בני פיצוי במסגרת הדין הנוהג.[14] אכן, לו היה הצורך בפיצוי ההצדקה האמיתית לסנקציה הלבר-מפצה המוטלת במסגרת הדוקטרינה, הרי שהיה זה מובן וברור כי הנמען הראוי של התשלום העונשי צריך להיות הנפגע, ולא אוצר המדינה, ומכאן שזיכוי התובע בכספי התשלום העונשי מוצדק. אולם כפי שהסברתי בפרק השביעי, המבחן לפסיקת התשלום העונשי ולקביעת שיעורו במסגרת הדוקטרינה מונעים מהתשלום העונשי לשמש כפתרון מוצלח לבעיית תת-הפיצוי. מכיוון שכך, אין בכוחו של רציונל הפיצוי כדי להסביר ולהצדיק בצורה טובה לא את חיוב הנתבע, ואף לא את זיכוי התובע בסנקציית התשלום העונשי.[15]

ב. מישור ההוגנות: זכותו המוסרית של הנפגע מהתנהגות מחפירה לסעד לבר-מפצה

9.08 כפי שכבר ציינו בהקשרים שונים, הדעה השלטת כיום בפסיקה וגם בספרות היא, כי הרציונלים של הדוקטרינה הם עונשיים ולא קומפנסטוריים. משלילת ההכרה ברציונל הפיצוי נגזרת בדרך כלל גם הדעה המקובלת (המהווה

---

13 כאשר הנזק שגרמה ההתנהגות המחפירה קטן בהשוואה לעלויות ההתדיינות, סביר להניח שהתובע יעדיף לוותר על התביעה, מאשר לגרום לעצמו נזק כלכלי נוסף בעצם ניהולה. גם כאשר הנזק גדול באופן אבסולוטי מעלויות ההתדיינות, עדיין עשוי התמריץ לתבוע להיות קטן מדי, וזאת בשל בעיות ההתחמקות מהדין ותת-הפיצוי שעליהן עמדנו לעיל בפרק השביעי. להצגה כללית של טיעונים ברוח זו ר' למשל: **"..exemplary damages may in such cases encourage prosecutions where a mere compensation for the private injury would not repay the trouble and expense of the proceeding."** ***Hopkins***, 18; **"..the remedy supplies an additional financial incentive to both the victim and his attorney to uncover and prove the proscribed behaviour." Owen** (1) 1285; see also at p. 1287: **"..this criticism** [that punitive damages are a windfall to plaintiff] **overlooks the important fact that this prospective windfall motivates many reluctant plaintiffs to press their claims. And as the litigation of such claims increases, misconduct is increasingly punished and deterred…"; Note** (6) 1903: **"..the increased payment by the defendant improves social welfare.. ..if the higher level of damages increases.. ..the plaintiff's insufficient incentive to bring suit."; Cooter**, n. 9: **"Why give the money to the victim, instead of to the state as with a fine? The answer is that the plaintiff requires a reward for undertaking the additional burden of proving that the injurer's fault was intentional."** היתרונות שבנקיטת הליך אזרחי-עונשי הוסברו בהרחבה בפרק הקודם. נזכיר רק בקצרה, שהיתרון החשוב ביותר שלה הוא בהבאתם לדין ועניישתם של עבריינים על עבירות שלא היו נאכפות על ידי המערכת הפלילית. התשלום העונשי מתמרץ את הקורבן להגשים מטרה זו. לנקודה ר': **Street**, 33, 35; **Englard**, 147 גם כשענישה פלילית אפשרית, היא יקרה יותר מהענישה האזרחית. עניין זה עלה נזכר אצל Cooter: **"It is desirable for the plaintiff to undertake this burden** [of proving the defendant's intentional fault], **since it saves the state the cost of a criminal trial." Cooter**, n. 9. יצויין, שלפי הגישה הכלכלית, עצם ההכרה האוניברסלית בזכותו של הנפגע במשפט האזרחי לקבל לידיו את כספי הפיצויים הנפסקים כנגד הנתבע במשפט האזרחי, נובעת לא מהצורך בפיצוי התובע כשלעצמו, אלא בעיקר מהצורך לתמרץ תובעים פרטיים להגיש תביעות וכך להבטיח הרתעה יעילה כלפי מזיקים בכוח. **Posner**, 209 (ההצדקה האחרת היא הרצון למנוע מצב שבו, בהינתן עונש פלילי בלבד על גרימת נזק בעוולה, מזיקים בכוח יסתמכו על כך שנזקי עוולותיהם יימנעו על ידי פעולות הגנה לא יעילות של הניזוקים בכוח, וכך ייפגע התמריץ שלהם להיזהר). בתפיסה זו, המשפט הפלילי אינו אלא ברירת מחדל, המופעלת כאשר קיים קושי להשיג הרתעה במסגרת המשפט האזרחי. הספרות הכלכלית העוסקת באכיפה פרטית של הדין (האזרחי והפלילי גם יחד) היא נרחבת למדי. המאמר הבראשיתי בתחום זה הוא: G.S. Becker, G.J. Stigler, "Law Enforcement and Compensation of Enforcers" 3 **J. Leg. Stud.** (1974) 1. במאמר זה הועלתה לראשונה התיזה שלפיה תיגמול גופים פרטיים על אכיפה מוצלחת של החוק (באמצעות העברה לידיהם של קנסות שיוטלו על עבריינים ומעוולים) צפוי להביא לשיפור ניכר ברמת האכיפה של הדין - האזרחי והפלילי גם יחד. מאמר זה גרר התייחסות מצידם של מלומדים נוספים, אשר הצביעו על הכשלים והבעיות שבהצעה כזו (בין היתר החשש מפני תשלומי שוחד לאוכפי החוק הפרטיים, אשר יפגעו קשות ברמת האכיפה). ר' למשל: W.M. Landes, R.A. Posner, "The Private Enforcement of Law" 4 **J. Leg. Stud.** (1975) 1. לניסיון להציע פתרון לחלק מבעיות אלה ר': D. Friedman, "Efficient Institutions for the Private Enforcement of Law" 13 **J. Leg. Stud.** (1984) 379. גם: A.M. Polinsky, "Private Versus Public Enforcement of Fines" 9 **J. Leg. Stud.** (1980) 105.

14 להצגת רציונל הפיצוי ר' סע' 1.10 לעיל. לתיאור פרטני של בעיית תת-הפיצוי ר' סע' 7.48 לעיל. לדחיית רציונל הפיצוי כצידוק לחיוב הנתבע בתשלום עונשי ר' סע' 7.86 לעיל.

15 ואכן, בספרות ניתן למצוא הכרה משתמעת בתובנה זו: **Brelso**, 1139: **"Since compensation is not an adequate justification for punitive damages, it seem to follow that the plaintiff should not be a beneficiary of such a penalty."**

nevo.co.il

גם הלכה שיפוטית מבוססת) שלפיה לתובע אין כל זכות מוסרית לתבוע את כספי התשלום העונשי.[16] אין אפוא כמעט חולק על כך, שכספים אלה ניתנים לתובע "מן ההפקר", רק בשל הצורך התועלתני שביצירת תמריץ לאכיפה פרטית של הדין, צורך עליו עמדנו לעיל.[17]

לשיטתי, גישה זו איננה מתחייבת. לתפיסתי, המאפיין המסורתי הנדון בפרק זה ניתן להצדקה לא רק מטעמים תוצאתניים, אלא גם משיקולי הוגנות. הבסיס לתפיסתי נעוץ בטענה, שעובדת היותה של הדוקטרינה מושתתת על רציונלים עונשיים, איננה גורעת מזכותו המוסרית של התובע לחלק ונחלה בסנקציה הכספית המוטלת על המעוול כעונש על הפגיעה המחפירה בו. להלן יוצגו שלושה טיעונים חלופיים בתמיכה לטענה זו.

1. זיכוי הקורבן בתשלום העונשי כביטוי להכרה במעמדו הייחודי בהליך הענישה

9.09 הצדקה ראשונה לזיכוי התובע בכספי הסנקציה העונשית המוטלת על הנתבע בהקשר נעוצה בצורך לתת ביטוי הולם למעמדם הייחודי של קורבנות מעשי עוולה מחפירים. כמוסבר בפרק ז', כאשר מעשה עוולה (או עבירה) כרוך בפגיעה קשה בכבודו וחירותו של הקורבן, חיוב המעוול לתקן את הפגיעה המוחשית ברווחתו של הקורבן עשוי שלא להספיק כדי לתקן את העוול באופן מלא. לשם כך יש צורך בהשתת סכום נוסף על המעוול, אשר יעלה בקנה אחד עם חומרת מעשהו של הפוגע, וכך יתקן את הפגיעה המופשטת והסמלית באוטונומיה של הנפגע. כפי שניסיתי לטעון בדוני בעקרון הצדק המתקן, קורבן העוולה, בתור מי שאליו כוון המעשה הפסול, זכאי מבחינה מוסרית להעמיד כלפי המדינה תביעה **אישית** ייחודית (שונה מתביעתם של יתר הפרטים בחברה) כי תוטל על המעוול סנקציה עונשית לבר-מפצה.[18]

אלא שגם אם תוכר תביעה אישית זו של הקורבן, עדיין נשאלת השאלה, מדוע כדי לרצותה וכדי לתקן את העוול המוסרי שבעוולה יש צורך בהעברת הקנס שהוטל על המעוול לידי הקורבן דווקא? מדוע עדיפה דרך זו על פני חיוב המעוול לשלם את הקנס לידי המדינה, כנציגת הציבור? לדעתי, שאלה זו איננה בהכרח חסרת מענה. ניתן לטעון, כי בניגוד לתפיסה השגורה שלפיה הענישה משרתת מטרות כלל-חברתיות בלבד, למעשה נועדה היא להגן על חירות הפרט. מתפיסה כזו, אותה ניתן להצדיק ללא קושי מיוחד במסגרת כל תיאורייה ליברלית, ניתן לדעתי לגזור הכרה בתביעה מוסרית של הקורבן להיות שותף פעיל בתהליך העונשי העובר על מי שפגע בו. כלומר: תביעתו המוסרית של הקורבן (כלפי החברה וכלפי המעוול) איננה רק שמי שעיוול בו יבוא על עונשו, אלא שדבר זה יתרחש "לנגד עיניו" - בהליך שייתן ביטוי מספיק ברור לאינטרס ולמעמד הייחודיים שיש לקורבן - ורק לקורבן - בענישת המעוול.[19]

אולם עדיין יקשה המקשה: האין תביעה מוסרית זו באה על סיפוקה באופן מלא בהקשר דנן מעצם העובדה שענישת המעוול נעשית במסגרת הליך אזרחי, שהפרט יוזמו ומנהלו? מדוע יש צורך כי בנוסף לכך ישולמו גם כספי

---

16 **"..because punitive damages do not compensate the plaintiff, the plaintiff has no right or entitlement to an award of punitive damages in any amount."** ***Cheatham***, 472.

17 ביטוי לגישה מקובלת זו יש באמירה השיפוטית השגורה, שלפיה אין לתובע זכות מוקנית שייפסק לטובתו תשלום עונשי, וכי הדבר נתון לחלוטין לשיקול דעתו של בית המשפט. ר' למשל: **"…punitive damages, under the law, are not given to the party injured as a matter of right; such damages are not awarded for the benefit of the particular party injured because of an absolute right in him thereto, but upon the principle that they may have a deterrent effect and protect the public against the repetition of similar offenses."** ***Neal***, 699-700. על מאפיין יסודי זה של הדוקטרינה עמדנו כבר בעת שהגדרנו אותה בפרק א'. ר' סע' 1.04(15) לעיל.

18 הצורך בענישה לבר-מפצה הוסבר במונחי גמול בסע' 7.07 ואילך. לביסוס הטענה כי התביעה לענישת המעוול היא תביעה אישית של הקורבן שניתן להצדיקה במסגרת עקרון הצדק המתקן. ר' סע' 7.97 ואילך, ובמיוחד סע' 7.103(447).

19 רמז לתמיכה בקו המחשבה המועלה כאן מצאתי בדברי הועדה הקנדית: **"..a victim does have a special and direct interest, beyond mere vengeance, in seeing that <u>justice is done in what, in a very real sense, is her case</u>." Canadian Report,** 34. יצויין, כי המגמה המודרנית לחזק את מעמדו של קורבן העבירה בהליך הפלילי אף תומכת לדעתי בפרשנות זו. לתיאור מגמה זו ר' סע' 8.07(31), 8.50(196) לעיל. חיזוק מעמדו של הקורבן יכול אפוא להיעשות הן במסגרת ההליך הפלילי, והן במסגרת ההליך האזרחי, ובלבד שיתן ביטוי הולם לזיקה הייחודית של הקורבן לארוע העוולתי שבגינו נענש המעוול.

nevo.co.il

הקנס לידי הקורבן? לדעתי, תשובה אפשרית לקושיה זו היא, ש**העברת כספי הקנס לידיו של הקורבן, מדגישה ומסמלת בצורה החזקה והברורה ביותר את מעמדו המיוחד של הקורבן בהליך האזרחי-עונשי**. ההכרה החברתית במעמד זה מחייבת להקנות לקורבן לא רק את הזכות ליזום ולנהל תביעה עונשית כלפי קורבנו, אלא גם ליטול חלק פעיל באקט הענישה עצמו, המהווה את שיאו של ההליך העונשי. זיכוי הקורבן בכספי הקנס הוא ביטוי מובהק להכרה בתביעה מוסרית זו, ביטוי המסייע לתיקון מלא ומושלם של העוול המוסרי (המופשט) שגרמה העוולה המחפירה.[20]

אך האם למטרה זו יש הכרח לזכות את הקורבן **במלוא** הסכום המוטל כעונש על המעוול? לדעתי, כאן התשובה היא בשלילה. תיקון העוול מחייב התחשבות לא רק בתביעה הפרטית של הקורבן, אך גם בתביעה הכללית של הציבור למעמד ייחודי בהליך הענישה של המעוול, שפגע גם באינטרס הציבורי.[21] מהו היחס הראוי בין תביעת הקורבן לתביעת הציבור קשה לקבוע במדוייק, שכן הדבר תלוי במשקל שנותנת החברה לתביעות אלה. בתפיסה קהילתנית קיצונית (פשיסטית, קומוניסטית, וכו') ייתכן כי לא יהיה מקום כלל לתביעתו של הקורבן, והיפוכם של דברים בתפיסה ליברטנית קיצונית. מאחר שהאידאולוגיה המשטרית בישראל נראית לי כמצוייה בתווך בין אפשרויות קיצון אלה, עם נטייה קלה לכיוון הקהילתני, דומני כי כל חלוקה של כספי התשלום העונשי בין הקורבן לבין הציבור אשר תיתן ביטוי משמעותי לאינטרסים של שניהם, תהיה חלוקה ראוייה וסבירה במישור ההוגנות.

2. זיכוי הקורבן בכספי העונש משרת את ריצוי רגשותיו הפגועים

9.10 לדעתי, ניתן להצדיק את המאפיין הנדון בפרק זה במונחי הוגנות גם בדרך שונה - באמצעות תפיסה מרחיבה של מושג ה"פיצוי". ניתן לטעון, שגם במישור הפגיעה ברווחתו **המוחשית** של הקורבן, אין די בתשלום סכום המוגדר כ"פיצוי" - גבוה ככל שיהא סכום זה - כדי לתקן באופן שלם ומלא את הפגיעה הקשה בכבודו ובאישיותו. החזרה מלאה של שיווי המשקל הנפשי של קורבן ההתנהגות המחפירה דורשת כי הוא יראה את יריבו לא רק משלם "פיצויים", אלא גם מחוייב בסנקציה שיש בה משום עונש טהור.[22]

אלא שכאן ניתן להקשות, שריצוי כזה של רגשות הקורבן העוולה איננו מחייב את העברת כספי הקנס העונשי לידי הקורבן דווקא, וכי די בידיעת הקורבן כי המעוול נענש, גם אם העונש הכספי נפסק לטובת המדינה. לדעתי, בטענה זו יש הרבה מן האמת. דומה (אם כי אישוש הטענה מחייב כמובן מחקר אמפירי פסיכולוגי) שחלק ניכר מהסיפוק הנפשי הדרוש לו מפיק הקורבן מעצם הידיעה על ענישת יריבו, ולאו דווקא מהזכייה האישית בכספי העונש. עם זאת, הדעת נותנת, שמבחינתו הסובייקטיבית של הקורבן יש חשיבות ומשמעות פסיכולוגית גם לזכייה אישית כזו, שכן היא מחברת באופן ישיר ובלתי אמצעי בינו לבין המעוול. חיבור זה הוא לדעתי בעל אפקט פסיכולוגי של ריצוי וריפוי על הקורבן, שאיננו קיים כאשר הקנס משולם למדינה כישות מופשטת. מעבר לאפקט

---

[20] תמיכה בכך שלנפגע ממעשה עוולה מחפיר זכות מוסרית לקבל לפחות נתח מכספי הקנס המוטל על המעוול מצאתי אצל Owen: **"It is appropriate in Kantian theory for the thief to pay a least a portion of a punitive damages "fine" directly to the victim.."** עם זאת, המלומד אינו מבהיר די הצורך מהו הטעם המזכה את הקורבן בזכאות זו, ומעיון בדבריו נראה שההנמקה שלו איננה קשורה לצורך בהדגשת החירות המופשטת (הקנטיאנית) אלא לצורך בפיצוי על הנזק המוחשי הכרוך בניהול ההתדיינות. במובן זה ההנמקה סובלת מחוסר קוהרנטיות. ניסיון אחר להצדיק את הזכאות (entitlement) של התובע תשלום עונשי בכספי הסנקציה מצאתי במאמרו של Dagan. לדבריו: **"..a measure of recovery that guarantees deterrence is not necessarily beyond the plaintiff's entitlement. A legal regime that effectively deters may well be aimed at vindicating the resource holder's control over the infringed resource. This goal makes deterrence part and parcel of the content and meaning of that person's entitlement." Dagan**, 420. אולם הקושי שעימו לא מתמודד המחבר הוא - כפי שגם ציינתי בטקסט - שלפחות לכאורה אישוש זכותו של הנפגע על משאביו ניתנת להשגה גם מבלי להעניק לתובע זכאות כלשהי בכספי הסנקציה.

[21] לדיון בפגיעתן של התנהגויות מחפירות בערכים ואינטרסיים כלל-חברתיים ר' במיוחד סע' 7.10, 7.29 לעיל.

[22] עד כאן זהו למעשה הניסוח הדאונטולוגי של רציונל הריצוי, שנזכר בסע' 7.83(367) לעיל.

nevo.co.il

החינוכי והסמלי שלה, פעולה זו מבטיחה ריצוי מלא ושלם יותר של רגשותיו הפגועים של הקורבן, וכך משרתת טוב יותר את התביעה המוסרית הבסיסית שלו ל"השבת המצב לקדמותו".[23]

האם נימוק זה מצדיק את זיכוי התובע במלוא סכום הקנס המוטל על הנתבע? גם כאן נראה לי שהתשובה שלילית. כאמור, סביר להניח שגם לו נשללה לחלוטין זכות התובע בכספי התשלום העונשי די היה בעצם השתתפותו בהבאת המעוול לדין כדי לספק חלק ניכר מהצורך בריצוי רגשותיו הפגועים. גם לפי הסבר זה נראה אפוא, כי אין בהכרח הצדקה לזיכוי התובע במלוא סכום התשלום העונשי, וכי די לזכותו בחלק ממנו.

3. זיכוי התובע בתשלום העונשי מבטיח הימנעות מתת-פיצוי גם במחיר של פיצוי-יתר

9.11 במקרים רבים השבת מצבו של הנפגע ממעשה עוולה מחפיר לקדמות איננה אפשרית כלל, שכן הנזק שנגרם לו הוא נזק שאינו ניתן להערכה מדוייקת או אפילו מקורבת במונחים כספיים. הדוגמה הטיפוסית לנזק כזה הוא הנזק הלא-ממוני, דהיינו, נזק נפשי המתבטא בפגיעה בכבודו, בתחושותיו או ברגשותיו של קורבן העוולה.[24] במקרים אלה הענקת מה שמוגדר על ידי המשפט כ"פיצויים" אינו אלא ניסיון לתת ביטוי הולם לצורך האמיתי בתיקון הפגיעה ברגשות הקורבן, מבלי להביא למצב של פיצוי-יתר, שבו יימצא המעוול מחוייב בנטל התיקון של נזק שלמעשה לא נגרם כלל.

לדעתי, תובנה זו בכוחה להסביר את התופעה של זיכוי התובע בתביעה לתשלום עונשי בסכומי כסף שאינם משקפים הערכה כנה של הנזק שנגרם לו. תופעה זו ניתן לראות כשיטה מיוחדת לחלוקת סיכונים בין המעוול לבין קורבנו. במקום לחלק את הסיכון לפיצוי חסר ולפיצוי יתר באופן שווה בין שניהם, כפי שנעשה בתביעות אזרחיות שבהן הפער בין מידת האשמה המוסרית של שני הצדדים קטן יחסית, מחולק כאן הסיכון באופן לא שוויוני. הפליה מגמתית זו של המעוול המחפיר מביאה לכך שכל הסיכון לטעות שיפוטית בהערכת גובה הנזק הלא-ממוני מוטל לפתחו: הערכת הנזק תתבצע על הצד הגבוה ביותר הנראה כנופל במתחם הסבירות, באופן שימנע לחלוטין אפשרות לפיצוי חסר, גם במחיר של יצירת סיכון גבוה לפיצוי יתר. חלוקת סיכונים זו, שאיננה ניתנת להצדקה בתביעה האזרחית הרגילה, מוצדקת בהקשר דנן, לאור אחריותו המוסרית הכבדה של המעוול ליצירתו של המצב הבעייתי שבו נתונים בית המשפט וקורבן העוולה.[25]

אולם גם הסבר זה, כקודמיו, מציב מגבלה על היקף זכאותו של התובע בכספי התשלום העונשי: הוא אינו מאפשר פסיקת תשלום עונשי בשיעור העולה בבירור ובוודאות על השיעור המירבי הנופל במתחם ההערכה הסבירה

---

[23] ייתכן שלכך התכוון (מבלי להסביר) פרופ' Birks באומרו: **"..it is impossible to avenge contempt unless the court can award <u>the victim</u> a sum which satisfies the need, not to compensate the loss, but to condemn and avenge the outrage." Birks**, p. viii. אני מודע לכך, שהטיעון המועלה כאן על ידי יכול להיראות כטיעון התומך בפסיקת "פיצויים מוגברים", שהתכלית המיוחסת להם ברטוריקה השיפוטית המקובלת כיום היא של פיצוי ולא של ענישה. אני נכון להסכים לפרשנות כזו תחת ההזהרה, כי מושג ה"פיצוי" שבו אני עושה שימוש בטיעון שלעיל שונה מהשימוש הנעשה במושג זה באופן שגרתי בפסיקה ובספרות. שימוש זה כולל במושג ה"פיצוי" היבט עונשי, המוכחש, ולכל הפחות מוצנע, על ידי אלו הטוענים כי דוקטרינת הפיצויים המוגברים היא תחליף הולם לדוקטרינת התשלום העונשי.

[24] נזק נפשי יכול להיספח לנזק גוף, רכוש או נזק כלכלי, ויכול להיגרם גם באופן עצמאי (למשל: פגיעה בשם הטוב, הטרדה, וכו'). ראוי לציין, שלמעשה גם נזק שאינו מתבטא בפגיעה נפשית עשוי להיות קשה או בלתי אפשרי להערכה מדוייקת (למשל, נזק גוף, נזק מוניטין, נזק רכוש המתבטא בפגיעה בנכס ייחודי, ואפילו נזק כלכלי טהור). התובנה כי בחיי המעשה פיצוי אמיתי ומלא איננו בר-השגה במקרים רבים משמשת אותי גם כבסיס לתקיפת הטענה, כי פסיקת תשלום עונשי מנוגדת לרצון הצדדים לחוזה. ר' סע' 10.15 להלן.

[25] ניתן לראות, שהסבר זה מזכיר מאוד את 'דוקטרינת הנזק הראייתי', המופעלת לעיתים במשפטי נזיקין כדי להקל על תובעים בעמידה בנטל השכנוע, תוך הסתמכות על שיקולי מדיניות שאינם בהכרח עולים בקנה אחד עם מבחני הסיבתיות במובנם המסורתי. לדיון בדוקטרינה זו ר': א' פורת, א' שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 191. לביקורת על הדוקטרינה ר' י' גלעד, "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השיכנוע?" **משפטים** ל (תש"ס) 317. בהחלט ייתכן ששיקולים דומים עומדים גם ביסוד ההכרה בדוקטרינות של "פיצויים ללא הוכחת נזק". דוקטרינות אלה מתירו לתובע לעיתים לתבוע כפיצוי סכומים שקיים סיכוי סביר (ולעיתים אף קיימת וודאות) שאינם משקפים הערכה כנה של הנזק. אמנם, השיקולים להכרה בפיצויים אינם בהכרח עונשיים (למשל: ההכרה בפיצויים מוסכמים יסודה בהכרה בכוחה המחייב של ההסכמה, ובשיקולי יעילות כלכלית). עם זאת, אין זה מן הנמנע שברקעם של חלק מהסדרים אלה עומד גם רצונו של המחוקק להכביד את עולו על מפרי החוק (ר' למשל הוראות הפיצוי ללא הוכחת נזק המנויות בסע' 3.10(60) לעיל).

nevo.co.il

של הנזק הלא-ממוני. במילים אחרות: כאשר לא ניתן בשום פנים להצדיק את שיעור התשלום העונשי שנפסק כנגד הנתבע במונחים של פיצוי או ריצוי התובע על נזק נפשי מוחשי, יש לזכות את התובע רק באותו נתח מהתשלום העונשי, שניתן להצדיקו (ולו בדוחק) במונחים אלה. ודוקו: אין פירוש הדבר כי התשלום העונשי שנפסק הוא מופרז, שכן בהחלט ייתכן כי שיקולי גמול והרתעה מצדיקים את הגדלת הנטל על הנתבע מעבר לנדרש מטעמי פיצוי או ריצוי. אלא שסכומים אלה אין לתובע חלק ונחלה בהם, לפחות לפי ההסבר דנן.[26]

ג. המישור התוצאתני: חלוקת התשלום העונשי בין התובע לבין הציבור מבטיחה תמריץ מאוזן לאכיפת הדין

9.12 במישור התוצאתני השאלה אם קיים צידוק לזכות את התובע בכספי התשלום העונשי היא מורכבת למדי. מחד גיסא, כמוסבר לעיל, הציפייה - אפילו הספקולטיבית - לזכייה בסכומי כסף לא מבוטלים מצד תובעים בכוח, לצד חששם הממשי של נתבעים שונאי סיכון מחיוב בסכומים כאלה, צפויים להביא להגברת העומס על בתי המשפט, להגשת תביעות סרק, ולמניפולציות של תובעים ותובעים בכוח במסגרת הליכי פשרה.[27] מאידך גיסא, אין ספק שקיים צורך חברתי מובהק לעודד נפגעים מהפרות מחפירות ליזום ולנהל תביעות כנגד המעוולים שפגעו בהם.[28] העברת הזכות בתשלום העונשי לידי המדינה או לגוף ציבורי - כולה ואפילו מקצתה - צפוייה לפגוע בתמריץ זה וכך לצמצם את התדירות שבה יוגשו תביעות לתשלום עונשי. זאת ועוד: כמוסבר לעיל, גם במקרים שבהם יוגשו תביעות כאלה, יגבר התמריץ של התובע והנתבע להתפשר, שכן התועלת שתצמח לשניהם תהיה גדולה יותר מאשר להמשיך בהתדיינות.[29] הפחתת חלקו של התובע בתשלום העונשי צפוייה אפוא לצמצם את מספר המקרים שבהם נתבעים יובאו לדין צדק על מעשיהם המחפירים.[30]

בהעדר ממצאים אמפיריים אשר יוכלו להצביע על תקפותם ומשקלם היחסי של טיעונים סבירים אלה,[31] נראה כי יש מקום לתת מקום לשניהם גם יחד בעיצוב ההסדר הראוי. כלומר, מחד גיסא אין לשלול באופן גורף ואפילו לא לפגוע באופן קשה בזכותו של התובע בתשלום העונשי, וזאת כדי לא לפגוע יתר על המידה בתמריץ לתבוע ובתמריציהם של נתבעים בכוח להימנע מהתנהגות מחפירה; ואילו מאידך גיסא רצוי להעביר חלק לא מבוטל מהזכאות בתשלום העונשי מידי התובע הפרטי לידי גוף ציבורי, כדי להימנע מהצפה של תביעות וממניפולציה מוגזמת מצידם של תובעים ותובעים בכוח, לפחות בתקופה הראשונה להחלתו של ההסדר החקיקתי המוצע בישראל.[32]

---

26 לעומת זאת, לפי ההסבר שהוצע בסע' 9.09 לעיל, ניתן להצדיק זיכוי של התובע גם ביתרת הסכום, או לפחות בחלקו.

27 הצפת בתי המשפט בתביעות סרק עלולה לבוא על חשבון תביעות מוצדקות, ובה בעת גם להגדיל את מספר הנתבעים שיוטרדו לשווא על ידי המערכת המשפטית, ואולי אף ייענשו ללא הצדקה (בשל טעויות שיפוטיות בהפעלת הדוקטרינה). לדיון בחששות מפני השפעת ההכרה בדוקטרינה על תפקוד מערכת המשפט ר' סע' 7.93 לעיל.

28 לטיעון במלואו ר' סע' 9.06 לעיל.

29 הסיבה לכך היא, שלנתבע יהיה תמריץ להתפשר על סכום נמוך מ100% הסכום המשוער שייפסק נגדו על ידי בית המשפט, ואילו לתובע יהיה תמריץ להסכים לכך, ביודעו שממילא לא יזכה במלוא הסכום.

30 עם זאת, בספרות הכלכלית נשמעה הטענה, כי השפעת ה'קיצוץ' בחלקו של התובע בתשלום העונשי על נכונותם של תובעים להתפשר ביתר קלות איננה נקייה מספק, וכי היא איננה קיימת בהינתן 'בעיית נציג' בין התובע לבין עורך דינו, המנהל את התיק על בסיס של אחוזים מהסכום שייפסק (contingency fees). לביסוס תיזה זו ר': M. Kahan, B. Tuckman, "Special Levies on Punitive Damages: Decoupling, Agency Problems, and Litigation Expenditures" 15 **Int. Rev. L. & Econ.** (1995) 175. אציין, שגורם נוסף העשוי לסכל פשרות כאלה הוא התמריץ הלא-ממוני של התובע בראיית הנתבע מובא לדין. תמריץ זה עשוי לעלות בעוצמתו על התמריץ הכלכלי להתפשר, בפרט אם הפשרה אינה מלווה בהבעת חרטה או התנצלות מצד הנתבע. לעומת זאת, אם הובעה חרטה כזו, נראה שגם מבחינה חברתית פוחת העניין במיצוי ההליך העונשי עם הנתבע. מכל מקום, את החשש מפני עודף פשרות ניתן לפתור באמצעות הסדר אשר יחייב צדדים להליכים אזרחיים-עונשיים לקבל את אישורו של בית המשפט לכל הסכם פשרה שאליו הגיעו (בדומה לנעשה לגבי הסדרי טיעון במסגרת ההליך הפלילי). אישור זה ימנע פשרות שאינן מתיישבות עם האינטרס הציבורי בהטלת עונש משמעותי התנהגויות מחפירות. בשל העובדה שהחשש האמור אינו נראה לי משמעותי, אין אני מציע לעגן מנגנון כזה בהצעת החקיקה הנספחת לחיבור, אולם בעתיד ניתן יהיה לשקול את אימוצו.

31 לכך שהמחקר האמפירי בתחום זה עודנו בחיתוליו ר' סע' 7.93(406) לעיל.

32 לדיון בחששות אלה ר' סע' 7.93 לעיל. לאמיתו של דבר, נראה לי כי החשש מפני תביעות סרק ניתן לריסון בצורה טובה על ידי שימוש ליברלי בסמכות לחייב תובעי סרק בהוצאות עונשיות ואף בתשלומים עונשיים במקרה הצורך. החשש מהצפת בתי המשפט בתביעות אמת, לעומת זאת, נראה לי חשש שקשה יותר להיערך אליו מראש. עם זאת, הבהרה של התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה

nevo.co.il

לאחר התלבטות, ותוך התחשבות הן בשיקולי התועלת הרלבנטיים והן בשיקולי ההוגנות שנדונו בסעיפים הקודמים, נראה לי שכל חלוקה שתקנה לתובע לפחות שליש מכספי התשלום העונשי, ולא יותר משני שלישים ממנו, היא במישור העקרוני חלוקה סבירה. באופן אישי דומה בעיניי, כי שיקולי ההוגנות שנדונו לעיל מצדיקים חלוקה שוויונית של התשלום העונשי ביחס של 1:1 בין התובע לבין המדינה, שכן חלוקה כזו מסמלת ומדגישה היטב את מעמדו המוצק של הקורבן מחד גיסא, ואת אופיו הציבורי של ההליך מאידך גיסא.[33] שיקולי תוצאה ותועלת, לעומת זאת, מצדיקים לדעתי הקצאת נתח יחסי גדול יותר לתובע הפרטי על חשבון חלק הציבור, שכן בעוד החשש מפני תביעות סרק ומניפולציות ניתן לדעתי לפתרון, הרי כל פגיעה בתמריץ להגיש ולנהל תביעות אמת היא הפסד חברתי שאין לו תקנה.[34] כפרגמטיסט, הייתי נוטה אפוא להעדיף יחס של 1:2 לטובת התובע. אולם שיקולים של ייצוב המערכת המשפטית במעבר מהמצב הנוהג כיום למצב שינהג למחרת אימוצה של הדוקטרינה בחקיקה, ובמיוחד החשש מפני הצפה של המערכת המשפטית בתביעות שאינן תביעות סרק[35] נראים לי כמחייבים, לפחות בשלב ראשון, אימוץ הסדר מתון ומרוסן יותר מבחינת עצמת התמריצים שהוא יוצר. לפיכך, הייתי ממליץ בשלב הראשון על חלוקה ביחס של 1:1, כמתבקש גם משיקולי ההוגנות הרלבנטיים. בשלב מאוחר יותר, לאחר הערכת מצב שקולה, ניתן יהיה לשוב ולבחון את האפשרות להגדיל את חלקו של התובע על חשבון החלק הציבורי, משיקולים פרגמטיים. לסיום אציין, שהסדרים ברוח ההסדר המוצע כאן אומצו החל מסוף שנות ה-80 במספר לא קטן של מדינות בארצות הברית, במסגרת רפורמות שנערכו שם בדיני הנזיקין. כך, למשל, בניו-יורק, חמישית מהסכום הנפסק כתשלום עונשי מועברים לאוצר המדינה; בקולורדו - שליש; בפלורידה - 35%; באורגון - מחצית מהסכום; במיזורי - מחצית מהסכום (לאחר ניכוי הוצאות משפט); באורגון - 60%; בג׳ורג׳יה - שלושה רבעים (לאחר ניכוי הוצאות משפט); באיווה - שלושה רבעים; ביוטה - 20,000$ ראשונים לתובע, ומחצית מהיתרה למדינה; ובאילינוי - החלוקה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט או חבר המושבעים.[36] עם זאת, ברוב המדינות בארה״ב נוהג עדיין הכלל המסורתי, המעניק לתובע זכות מלאה בתשלום העונשי, וזהו הדין גם בקנדה וביתר

והשיקולים העיקריים להכרה בהתנהגויות כמחפירות, תתרום לדעתי להגברת הוודאות המשפטית של נתבעים ונתבעים בכוח, ולפיכך בכוחה לתרום לייצוב המערכת. לכך ניתן להוסיף את המלצתנו לקבוע תיקרה, אם כי תקרה זו היא גמישה למדי, ולפיכך ספק רב אם בכוחה לצמצם במידה ניכרת את פער המיקוח ממנו נהנה התובע בהקשר דנן. כמובהר בהמשך הטקסט, למרות שבמישור העקרוני החשש מהצפה ומתביעות סרק איננו נראה לי כנימוק המצדיק קיצוץ משמעותי בחלקו של התובע, הרי השיקול הפרגמטי של הימנעות ממהפכה דרמטית מדי במצב המשפטי מצדיק עריכת קיצוץ כזה, לפחות בתקופה הראשונה להחלתו של ההסדר החדש.

[33] עם זאת, מוצע להותיר בידי בית המשפט כוח לסטות מחלוקה זו במקרים חריגים, מטעמים שינומקו. ר׳ סע׳ 10(ד) להצעת החקיקה.

[34] עם זאת, יש לזכור, שחלק מהתמריץ ליזום ולנהל תביעות לתשלום עונשי הוא תמריץ בלתי ממוני, אשר יוסיף להתקיים באותה עצמה גם לאחר ה׳קיצוץ׳ המשמעותי המוצע בחלקו של התובע. טענה זו טעונה אישוש במחקר פסיכולוגי-אמפירי, אך נראה שהיא מתיישבת עם נסיון החיים, במיוחד במקרים שבהם הפגיעה בקורבן כרוכה בפגיעה חריפה בכבודו, פגיעה שהיא אופיינית להתנהגויות מחפירות. תמיכה בדברים אלה מצאתי בדו״ח הועדה הקנדית: **"..in at least some cases, plaintiffs appear to be motivated to seek punitive judgments by considerations other than money." Canadian Report**, 56, n. 78. תובנה זו עשויה לפתוח פתח לטיעון, הנזכר בסע׳ 9.03(9) לעיל, טיעון שלפיו לשם שימור התמריץ לתבוע די להבטיח כי יזכה לפיצוי על כל עלויות התביעה לתשלום העונשי. אולם לדעתי טיעון זה מתעלם הן מהעובדה שהעלות האמיתית של ניהול הליך משפטי בכלל, ושל הליך אזרחי-עונשי בפרט, כוללת מרכיבים לא-ממוניים לא מבוטלים שאינם זוכים בדרך כלל לפיצוי במסגרת פסיקת הוצאות. זאת ועוד אחרת, הטיעון מתעלם מבעיית ההתחמקות מהדין, המצמצמת במידה משמעותית את תוחלת הרווח של התובע מניהול ההליך המשפטי. המסקנה היא, כי גם אם יובטח לתובע הזוכה במשפטו הוצאות משפט, לא יהא בכך כדי להבטיח תמריץ מספק לנפגעים מהתנהגות מחפירה לתבוע ולנהל הליכים אזרחיים-עונשיים. נדרש תמריץ נוסף מעבר לזכות בסיסית זו לכיסוי הוצאות המשפט.

[35] כאמור, החשש מתביעות סרק ניתן לפתרון בדרכים אחרות, ובעיקר החמרה עם מגישי תביעות סרק.

[36] לסקירת החיקוקים ר׳: E. Lee, "Casenote: Mack Trucks, Inc. v. Conkle: The Georgia Supreme Court Tells The Legislature to Keep on Truckin' when Appropriating Punitive Damage Awards to The State Treasury" 45 **Mercer L.R.** (1994) 1439, 1441, n. 25; לדעה הגורסת כי בית המשפט רשאי מכוח סמכותו הטבועה לפתח את המשפט לחלק את התשלום העונשי בין התובע לנתבע גם בלא הוראת חוק מפורשת ר׳: J.L. Shores, "A Suggestion for Limited Tort Reform: Allocation of Punitive Damages Awards to Eliminate Windfalls" 44 **Ala. L.R.** (1992) 61. יש לזכור, שבמספר לא קטן של מדינות נקבעה תיקרה לגובה התשלום העונשי שניתן לפסוק, והדבר נעשה, בין היתר, כדי לפתור את הבעיות שנדונו בפרק זה. לפירוט בעניין זה ר׳ סע׳ 7.15(60) לעיל.

nevo.co.il

מדינות חבר העמים הבריטי.[37] יתרה מכך, ראוי להדגיש כי למיטב ידיעתנו באף מדינה לא נשללה באופן מוחלט זכותו של התובע לנתח כלשהו בכספי התשלום העונשי.

<u>סיכום לפרק ט'</u>

9.13 אין להכחיש שכיום, לאחר השתרשות הדיכוטומיה הפלילית/אזרחית במחשבה ובפרקטיקה המשפטית, קיים קושי לשכנע בצדקת הטיעונים שהעליתי כאן כבסיס להכרה בזכות התובע בנתח מכספי התשלום העונשי, במיוחד אלה הערוכים במישור ההוגנות. עם זאת, עצם ההכרה המתמשכת בזכות זו במדינות שבהן מוכרת הדוקטרינה עשויה ללמד, כי האינטואיציה המוסרית ותחושות הצדק של הציבור הרחב עולים בקנה אחד עם טיעונים אלה ולפחות אינן מנוגדות להן.[38] זאת ועוד, כאן המקום להזכיר, שבהיסטוריה האנושית מילאה הענישה האזרחית תפקיד מרכזי במשך אלפי שנים, בין היתר באמצעות הליכים אזרחיים-עונשיים המזכירים במידה רבה את התביעה המודרנית לתשלום עונשי. פרספקטיבה זו תומכת במידת מה בטענתי, שההכרה האוטומטית בזכותה של המדינה לקבל לידיה קנסות המוטלים על עבריינים היא אקסיומה מודרנית שאיננה מובנת מאליה, ושניתן וראוי להרהר אחריה. אמנם, אין לדעתי מקום להכרה גורפת בזכות בלעדית של התובע בכספי הסנקציה העונשית המוטלת על הנתבע. שיקולי הוגנות ותועלת גם יחד מצדיקים עריכת חלוקה פנימית שתיתן ביטוי והכרה הן לזכותו המוסרית של התובע לתיקון מלא של העוול שנגרם לו, והן לצורך להימנע מזיכויו בסכומים מופרזים להם לא יכולה להיות לו כל תביעה מוסרית. במישור התוצאתני-תועלתני יצמצם הסדר כזה את כוח המיקוח העדיף של התובע וירסן את התמריץ להגשת תביעות סרק, ויחד עם זאת ישמר את הצורך החברתי בעידוד תביעות מוצדקות שלא היו מוגשות אלמלא הציפייה לזכייה בתרופה לבר-מפצה. ואילו במישור ההוגנות שמירה על העיקרון המוצע תצמצם לדעתי במידה ניכרת את החשש מפני התעשרות מופרזת של התובע, ועם זאת תיתן ביטוי הולם לעקרונות החירות והצדק שאותם נועדה הדוקטרינה לקדם.[39]

* * *

---

37 הדו"ח הקנדי שעסק בדוקטרינה הגיע בשאלה דנן למסקנה, כי החשש מתמריצי יתר ותביעות סרק בקנדה הוא קטן יותר מאשר בארצות הברית, והמליץ להותיר על כנו את הכלל המסורתי. **Canadian Report**, 57.

38 תמיכה בטענתי זו מצאתי בדו"ח הוועדה הקנדית, אשר המליץ להותיר על כנו ללא שינוי את הכלל המעניק לתובע זכות בכספי התשלום העונשי. הדו"ח בקובעו, כי: **"The public does not perceive an injustice if the victim is a "windfall" beneficiary of a reasonable sum granted for the purpose of punishment. Rationally, one might conclude that a fully compensated tort victim has no different or greater interest than any other member of the public in seeing that the wrongdoer is punished. Intuitively, however, the opposite conclusion might be reached." Canadian Report**, 33-34. לדעתי, אינטואיציה מוסרית זו היא העומדת בבסיס נטייתם של שופטים במשפטים פליליים להימנע מהטלת קנס על העבריין, כאשר הם מוצאים לנכון להטיל עליו חובה לפצות את המתלונן. לכאורה, גם אם השופט מבקש להימנע מהטלת סנקציה כספית מופרזת על הנאשם (ולכן נמנע מהטלת קנס ופיצוי גם יחד), אין סיבה להעדיף את קורבן העבירה דווקא, על פני אוצר המדינה. העובדה שבפועל שופטים רבים הולכים אחר נטיית הלב ומעדיפים את אינטרס הקורבן על פני אינטרס המדינה, היא לדעתי עדות לקיומה של האינטואיציה המוסרית הנדונה בטקסט. תמיכה נוספת בטענתי, כי זיכוי קורבנה של עוולה אזרחית בתשלום לבר-מפצה איננו בהכרח מנוגד לאינטואיציה המוסרית ניתן לראות בהכרת המשפט בסנקציות לבר-מפצות אחרות כדוגמת תשלומי ההשבה, ובמשפט הקונטיננטלי גם תשלום עונשי מוסכם וקנס פרטי כדוגמת דוקטרינת ה-astreintes הצרפתית. לדיון בדוקטרינות אלה ר' בהתאמה סע' 1.15, 1.14, 3.15(75).

39 מעניין לגלות, שאפילו הרעיון של חלוקת כספי העונש בין הקורבן לבין רשויות הציבור אינו חדש. בימי הביניים התפתח בקרב חלק מעמי ארופה מנהג להעביר חלק מהתשלומים (על פי רוב תשלומי מכפיל) שנפסקו לטובת התובע למדינה או לשבט. מנהג זה חדר לעיתים גם לקהילות היהודיות בתפוצות. כך, למשל, רבי יהודה בן הרא"ש מעיד בתשובתו (סימן ל"ו) שבקורדובה היו מטילים על המכה אדם אחר תשלום סכום מסויים, ואותו סכום מתחלק באופן כזה: שליש למתרעם (כלומר, למתלונן), שליש לבית דין, ושליש להקדש (כלומר לצדקה). ר': **דייקן**, 1357.

nevo.co.il

שער רביעי:

התשלום העונשי

כסנקציה בדיני החוזים:

הערכה ביקורתית

<u>השער הרביעי: מטרתו, מבנהו, ועיקרי התזה המועלית בו</u>

מסקנת הדיון בשער השלישי היתה כי ראוי להכיר בתשלום העונשי כסנקציה אזרחית כללית, וכי על אף הקשיים העקרוניים והמעשיים שהכרה כזו מעוררת, יתרונותיה עולים בבירור על חסרונותיה. בשער הנוכחי, החותם את החיבור, אבקש לבחון לעומק את שאלת מקומו של התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים. האם אכן אופיים המיוחד של דיני החוזים או טיב היחסים שבין צדדים לחוזה מצדיק את האיסור המסורתי על הפעלת הדוקטרינה בתביעות חוזיות, ואת הגבלת תחולתה לתביעות נזיקין בלבד? האם גם בתחום החוזי ניתן וראוי להחילה וליישמה? ואם כן - באיזו מידה ובאילו מצבים? בשלושת הפרקים הבאים מבקש אני לבסס את התזה, שלפיה אין מקום להבחנה גורפת בין דיני הנזיקין לבין דיני החוזים לעניין ההכרה בדוקטרינה. טענתי היא, בתמצית, שהתנהגויות מחפירות עשויות להתגלות גם ביחסים שבין צדדים לחוזה או למשא ומתן חוזי, וראויות למיגור גם במסגרת תביעות שעילתן חוזית.

בבניינה של תזה זו שישה נדבכים עיקריים:

1) הטיעונים המועלים בתמיכה לכלל האוסר אינם עומדים במבחן הביקורת ואינם מצדיקים את שלילת ההכרה בדוקטרינה בתחום החוזי.[1]
2) גם ביחסים שבין צדדים לחוזה ניתן לזהות מגוון רחב של התנהגויות אנטי-חברתיות שראוי להטיל בגינן תשלום עונשי.[2]
3) צידוקיה הכלליים של דוקטרינת התשלום העונשי, שנבחנו בשער השלישי, ישימים כולם במידה זאת או אחרת גם לגבי התנהגות מחפירה המתגלית בתחום החוזי.[3]
4) הגישה ה"נזיקית" המסורתית, הדורשת הוכחת עוולה נזיקית כתנאי מוקדם לתחולת הדוקטרינה, מתבססת על הבחנה פורמלית בין "עילה חוזית" ל"עילה נזיקית" ולפיכך מביאה לתוצאות שרירותיות, בלתי צודקות ובלתי רצויות. הגישה ה"אזרחית" לתשלום העונשי, לעומת זאת, מתמקדת בדרגת האנטי-חברתיות שבהתנהגות הנתבע, ולפיכך מבטיחה עקביות, יעילות וצדק בהפעלת הדוקטרינה בכל הקשר אזרחי שבו תופעל, לרבות התחום החוזי.[4]
5) השימוש בטכניקות "נזיקיות" על מנת לעקוף את האיסור על פסיקת תשלום עונשי בתביעות חוזיות הוא בעייתי, ולכן נחות בהשוואה להכרה ישירה בתשלום העונשי כסנקציה לגיטימית בתחום החוזי.[5]
6) ההכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים מתיישבת היטב עם מרבית התיאוריות הכלליות של דיני החוזים, ועם מגמות מודרניות העוברות על דיני החוזים בעידן המודרני.[6]
7) השיקולים הרלבנטיים לקביעת ממצא בדבר התקיימותה של התנהגות מחפירה בתחום החוזי, ובדבר שיעור התשלום העונשי שראוי לפסוק בגינה, הם שיקולים כלליים הרלבנטיים ליישומה של הדוקטרינה בכל תביעה אזרחית. שיקולים אלה ניתן וראוי להגדיר מראש באופן שיסייע לבתי המשפט להפעיל את הדוקטרינה באופן צודק, עקבי וצפוי ככל הניתן.[7]

נדבכים אלה, כל אחד לחוד וכולם יחד, מבססים לדעתי את המסקנה, שההבחנה המסורתית הנהוגה במרבית המדינות בהן מוכרת הדוקטרינה - הבחנה המתירה היזקקות לה בתחום הנזיקין ובה בעת שוללת את ההכרה בה בתחום החוזי - איננה מוצדקת. בהנחה שקיימים טעמים מספיקים להכיר בסמכות לפסוק תשלום עונשי בתביעות נזיקין, קיימים טעמים מספיקים להכיר בסמכות זו גם בתביעות שעניינן בהפרת חוזה או בסכסוך אחר המתגלע בין צדדים לחוזה.

---

1 לביסוסה של טענה זו מוקדש פרק י' כולו.

2 טענה זו עוברת כחוט השני לאורך הדיון בשלושת הפרקים של השער הרביעי. ביסוס נרחב ושיטתי שלה נעשה בפרק י"ב, העוסק בקטגוריות טיפוסיות של התנהגות מחפירה בתחום החוזי.

3 לביסוס הטיעון ר' פרק י"א, חלק שני.

4 לביסוס הטיעון ר' פרק י"א, חלק ראשון.

5 לביסוס הטיעון ר' פרק י"א, חלק שלישי.

6 לביסוס הטיעון ר' פרק י"א, חלק רביעי.

7 השיקולים הרלבנטיים נדונים בפרק י"ב, בסע' 12.17-12.39.

nevo.co.il

פרק י':

טיעונים נגד הכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים:

הערכה ביקורתית

"..whatever may be the arguments for such [punitive] **awards in tort, they have always been rejected in contract, even for the most wilful breaches."**[1]

<u>מבנה הפרק ומטרת הדיון</u>

10.01 כמפורט בשער השני לחיבור, במרבית המדינות המכירות בדוקטרינה נוהג איסור הלכתי על הפעלתה בתביעות חוזיות. פרק זה מוקדש לבחינה ביקורתית של מגוון הטיעונים שהועלו בפסיקה ובספרות כתימוכין אפשריים להלכה מושרשת זו.[2] במובחן מהטיעונים הכלליים שנבחנו במסגרת השער הקודם, **טיעונים אלה אינם מבקשים לשלול מכל וכל את ההכרה בתשלומים עונשיים במשפט האזרחי**. מטרתם להבהיר מדוע, גם אם בדיני הנזיקין ההכרה בדוקטרינה עשויה להיות מוצדקת, הרי שבדיני החוזים מקומה לא יכירנה.

כפי שיובהר במהלך הפרק, העיון הביקורתי בטיעונים אלה יוליכני למסקנה, כי אין בהם כדי להצדיק את ההבחנה המסורתית בין דיני הנזיקין לבין דיני החוזים לעניין ההכרה בדוקטרינה. אגב הביקורת שאמתח על הטיעונים השונים אבקש לחשוף את הקושי הטמון בניסיון ליצור הבחנות גורפות בין העקרונות התרופתיים בדיני החוזים ובדיני הנזיקין, ואת החשיבות המעשית של התשלום העונשי גם במצבים חוזיים.

בחלקו הראשון של הפרק יידונו טיעונים הערוכים במישור המושגי; בשני - טיעוני מוסר או הוגנות; בשלישי - טיעוני תועלת; ובחלק הרביעי ייבחנו מספר טיעונים נוספים בעלי אופי מעורב.

<u>חלק ראשון: טיעונים במישור המושגי</u>

<u>מבוא</u>

10.02 במובן מסויים שני הטיעונים המושגיים שייבחנו להלן אינם אלא קונקרטיזציה של הטיעון המושגי הכללי יותר נגד ענישה אזרחית, אותו בחנתי בפרק ח'.[3] ביסוד שניהם עומדת למעשה הטענה הבאה: גם אם בדיני הנזיקין קשה להתעלם מהתפקיד אותו ממלאים שיקולים עונשיים, הרי שבתחום החוזי שיקולים כאלה אינם מוכרים ואינם רלבנטיים. החדרת רעיונות עונשיים לדיני החוזים פוגעת בשלמותו ואחדותו התיאורטית של ענף משפטי זה, ולפיכך היא פסולה כשלעצמה, ללא קשר לשאלה אם ניתן להצדיקה משיקולים ענייניים. בסעיפים הבאים אבקש להראות, שטיעונים אלה אינם משכנעים לא רק משום שכוחם הנורמטיבי מוגבל מעצם היותם טיעונים מושגיים,[4] אלה משום שהנחות היסוד שעליהן הם נשענים אינן מבוססות.

<u>I. הכרה בתשלום העונשי אינה מתיישבת עם אופי האחריות החוזית</u>

<u>א. הצגת הטיעון</u>

10.03 בשיטות המשפט המקובל, ובמידה רבה גם בישראל, מקובל להניח שהאחריות החוזית מבוססת על משטר של אחריות מוחלטת או לפחות חמורה.[5] במשטר כזה - כך מקובל להניח - הוכחת אשמה מוסרית מצידו של הנתבע אינה מהווה תנאי להטלת אחריות עליו. בדיני הנזיקין, לעומת זאת, משטר האחריות הטיפוסי שקובעת עוולת

---

1 **Contract Code**, note to s. 433.

2 מטרת הדיון היא, בין היתר, לפתח טיעונים אלה, אשר לא תמיד זכו להצגה והנמקה מלאים במקורות.

3 ר' סע' 8.02 ואילך.

4 להבהרת חולשתם של טיעונים מושגיים ר' סע' 8.03 לעיל.

5 **"..the general assumption** [of the common law of contract] **probably is that there is no such requirement** [of fault]**."** **Treitel**, 8; **Rest.** Conts. (2) s. 260(2): **"When performance of a duty under a contract is due, any non-performance is a breach."** בישראל ר' למשל: **"האחריות החוזית במשפטנו היא אחריות מוחלטת: כל מעשה או מחדל המנוגדים לחוזה הם בגדר הפרה, בלא קשר לכוונתו הרעה או הטובה של המפר."** שלו, 465; **"בהגדרה של "הפרה" אין גם אלמנט של "אשם".. כל דבר שהוא בניגוד לחוזה - מעשה או מחדל - להפרה ייחשב, תהיה כוונתו או רשלנותו של המפר אשר תהיה.."** ידין, 30.

nevo.co.il

הנזיקין החשובה ביותר - עוולת הרשלנות - הוא משטר המבוסס על אשמה, מוסרית או חברתית.[6] ניתן אפוא לטעון, כי בעוד שבתחום הנזיקין התחשבות בשיקולי ענישה, המושתתים על אשמה מוסרית הינה אך טבעית ומתבקשת, הרי שבדיני החוזים אין לשיקולים אלה מקום.[7]

ב. ביקורת הטיעון

10.04 לדעתי, טיעון זה איננו משכנע. **ראשית**, בשיטות המשפט המודרניות האחריות החוזית איננה מוחלטת, אלא לכל היותר חמורה.[8] **שנית**, גם משטר של אחריות חמורה, ובכלל זה משטר האחריות החוזי, מושתת למעשה על גרעין של אשמה שבלעדיו אין - הרעיון שלפיו על אדם להיות אחראי לנזק שגרם בעקבות אי עמידה בהתחייבות חוזית שנטל על עצמו, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה.[9] ואמנם, בשיטות משפט ארופאיות חשובות מושתתת האחריות החוזית במפורש על יסוד של אשמה.[10] **שלישית**, ההכרה הנרחבת והמתרחבת בעקרון תום הלב ביחסים החוזיים, בישראל בפרט, ובהגנות האשם התורם והקטנת הנזק בתביעות חוזיות, תורמת במידה משמעותית לריכוך ה'חומרה' שבאחריות החוזית, והופכת אותה במידה רבה לאחריות המושפעת משיקולי אשמה מוסרית.[11]

רביעית, וחשוב מכל, **גם לו היתה האחריות החוזית מוחלטת, לא היה בכך משום מחסום מושגי או עיוני להכרה בתשלום העונשי.** הטעם לכך הוא, שאימוץ מבחן המבוסס על אחריות מוחלטת לעניין **שאלת עצם האחריות** איננו שולל בהכרח אימוץ מבחן שונה, המבוסס על אשמה מוסרית, לעניין **שאלת היקף האחריות**. במילים אחרות: ההכרה בכך שהעדר אשמה איננו פוטר את המפר מאחריות להפרה ולתוצאותיה אינה מחייבת באופן לוגי את המסקנה, כי היקף אחריותו וטיב הסנקציה שתוטל עליו בגין ההפרה לא יושפעו לעולם מדרגת

---

6 ר' למשל **גלעד**, 321: **"תנאי ראשוני ויסודי להטלת אחריות בעוולת הרשלנות הוא קיומה של התנהגות בלתי-סבירה - התנהגות שיש עימה "אשמה".**

7 מקורות המזכירים טיעון זה כצידוק לכלל האוסר הם למשל: **Farnsworth** (3), 190: **"..contract law is, in its essential design, a law of strict liability, and the accompanying system of remedies operates without regard to fault."**; **Redden** 374: **"Unlike contract law, tort law bases liability on fault. Therefore, it is proper that damages should serve both reparative and admonitory functions."** טיעון זה הושמע גם בספרות המשפטית בישראל. **שלו**, 576: **"העדר מושג הפיצויים העונשיים בחוק אינו מקרי, אלא נובע מתפיסה עקרונית של דין החוזים, כדין של אחריות חמורה, או מוחלטת..."**

8 הטעם לכך נעוץ בהכרה הנפוצה בדוקטרינת הסיכול (במשפט המקובל - impossibilty; במשפט הצרפתי - force majeure) המאפשרת לבית המשפט בנסיבות חריגות לפטור צד לחוזה מאחריות לביצוע חיוביו החוזיים. אצלנו ר' סע' 18 לחוק התרופות.

9 להסברת הנקודה ר' גם סע' 8.05(16).

10 במשפט הצרפתי רעיון זה מעוגן בסעיף 1382 לקוד נפוליאון, הקובע עיקרון כללי, החל הן בתביעות חוזיות והן בתביעות נזיקין, לפיו אדם אחראי לתקן נזק שנגרם **באשמו**. התפיסה העקרונית היא זהה גם במשפט הגרמני. לדיון השוואתי במקומו של האשם בדיני החוזים בקונטיננט ובמשפט המקובל ר': **Treitel**, ch. 11. See also: F.H. Lawson, "Fault and Contract - A Few Comparisons", in: F.H. Lawson, **The Comparison** (Amsterdam, 1977) Vol. II., ch. 18, 347; N. Horn, H. Kotz, H.G. Lesser, **German Private and Commercial Law: An Introduction** (Oxford, 1982, Weir Trans.) 112-14. ר' גם **סנילביץ**, 73. במשפט הצרפתי מבחינים בין הפרתו של "חיוב השתדלות" (obligation de moyens) המותנית למעשה בהתרשלות מצד המפר ובין "חיוב תוצאה" (obligation de resultat), שבו האשמה היא "מונחת" (presumed). לדיון בהבחנה ר' **Treitel**, 9-10. לאימוץ ההבחנה בספרות הישראלית ר' א' זמיר, **חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974** (ירושלים, תשנ"ה, מסדרת "פירוש לחוקי החוזים" בעריכת טדסקי) 36-34. ליישומה בפסיקה ר': ע"א 2887/91 **גול נ. עוריעל**, תקדין-עליון, כרך 95(3), 1174, 1175: **"חיוב השתדלות הוא חיוב לנקוט באמצעים המתאימים למען השגת המטרה מבלי להתחייב להשגתה. חיוב תוצאה, לעומתו, הוא חיוב שעניינו השגת תוצאה מסויימת.."** (השופטת שטרסברג-כהן); ע"א 444/94 **אורות ייצוג אמנים והפקות נ. עטרי** פ"ד נא(5) 241, 4-253 (דיון במהותו של חיוב השתדלות, השופטת בייניש).

11 ואמנם, לצד דבריהם המצוטטים בהערה 5 לעיל, מציינים הן פרופ' שלו והן פרופ' ידין, כי כלל זה כפוף לעקרון תום הלב. השפעתו המרכזית של עקרון תום הלב על אופי האחריות החוזית הוכרה על ידי בית המשפט העליון. רע"א 3577/93 **הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ. מוריאנו** פ"ד מח(4) 70, 73: **"האחריות החוזית, ככלל, מבוססת על אחריות מוחלטת. נקטנו לשון 'ככלל', שהרי עקרון תום הלב וקליטת האשם התורם החוזי מכרסמים באחריות המוחלטת."** בפסיקה האמריקאית הוכר עקרון תום הלב כחל ביחסים חוזיים כבר בשנות ה-30 (ר' סע' 5.25(106)). באנגליה אחרה ההכרה בו לבוא, אך כיום גוברת הנטייה בספרות המשפטית להכיר בקיומו, ולמצער בקיומם של מוסדות משפטיים מגוונים המגשימים את הערכים שבבסיסו. ר' למשל: B. Nicholas, "Fault and Breach of Contract" in **Good Faith and Fault in Contract Law** (Oxford, 1995, Beatson & Friedman Eds.) 337. לקובץ מאמרים העוסק במעמדו ובביטוייו של עקרון תום הלב בדיני החוזים האנגליים ר': **Good Faith in Contract** (aldershot, 1999, Brownsword Ed.). ראוי להוסיף, כי גם פרשנות תכליתית מרחיבה של החוזה היא כלי משפטי המאפשר לבית המשפט לפטור מאחריות חוזית מי שנראה כי לא נפל אשם מוסרי כלשהו בהתנהגותו, או להטיל אחריות כזו על מי שלא נטלה על עצמו בחוזה. ר' כדוגמה ע"א 3833/93 **לוין נ. לוין** פ"ד מח(2) 862, שם פורש חזה באופן מאולץ כדי לחייב גבר בתשלום מזונות מוגדל לאשתו וילדיו, תוך הסתמכות על שיקולי מדיניות וייחוס חוסר תום לב למאמצי הגבר להסתמך על לשונו הברורה של החוזה. ר' במיוחד עמ' 72-870 לפסק הדין.

nevo.co.il

אשמתו המוסרית. גם אם הצורך בהבטחת פיצוי לנפגע ובעידוד הסתמכות על הבטחות עשוי למנוע מתן פטור מאחריות למפר חוזה שפעל באופן סביר ומוסרי,[12] אין בכך כדי לגרוע מהצורך החברתי להחמיר בדינם של מפרים שבהתנהגותם נפל פסול מוסרי חמור.[13] אכן, כפי שהראיתי בפרק ו', שיקולים של אשמה מוסרית משפיעים בהקשרים שונים על הזכות לתרופות בשל הפרת חוזה ועל היקפה.[14]

לסיום, מן הראוי להזכיר, שגם במסגרת דיני הנזיקין המודרניים מוטלת במגזרים חשובים אחריות חמורה.[15] תופעה זו הולכת ומתרחבת בעידן המודרני, באופן המכשיל כל ניסיון להבחין באופן חד וחלק בין אופי האחריות החוזית לבין אופי האחריות הנזיקית.[16] אימוץ משטר של אחריות חמורה כתנאי מוקדם להטלת חבות בפיצויים אינו שולל אפוא, ואינו צריך לשלול א-פריורי, חבות פוטנציאלית בתשלום עונשי. העובדה שבדיני הנזיקין המודרניים נפסקים לא אחת תשלומים עונשיים גם בתביעות המבוססות על אחריות חמורה מהווה עדות חיה לכך.[17]

II. הכרה בתשלום העונשי סותרת את עקרון הפיצוי

א. הצגת הטיעון

10.05 המעיין במקורות דיני החוזים הקלסיים צפוי להתוודע עד מהרה למעמד הרם המיוחס לעיקרון שלפיו מטרת התרופות החוזיות הינה פיצוי הנפגע ולא הענשת המפר (להלן: **עקרון הפיצוי**). עיקרון זה, הנתפס כעקרון יסוד במשפט האזרחי בכלל,[18] זוכה בתחום החוזי למעמד רם עוד יותר, ונתפס כ**עקרון-על החולש באופן בלעדי** על תחום התרופות החוזי.[19] מעקרון הפיצוי נובע במישרין גם הטיעון המושגי כנגד ההכרה בתשלום העונשי: כסנקציה לבר-מפצה ועונשית גם יחד, סותר התשלום העונשי באופן חזיתי ובלתי ניתן לגישור את עקרון הפיצוי, ומכאן שמקומו לא יכירנו בדיני החוזים.[20] אמנם, כאמור, גם בדיני הנזיקין מוכר העיקרון של "השבת המצב לקדמותו"

---

12 אם כי, כאמור, עקרון תום הלב, ההבחנה בין חיובי תוצאה לחיובי השתדלות, ופרשנות מרחיבה, עשויים לאפשר פטור כזה.

13 תמיכה בתובנה זו יש בדברים הבאים: **"..even if all contracts are equally sacred, we have not, and should not, ignore relevant surrounding circumstances in deciding enforcement questions."** P.H. Marshal, "Wilfullness: A Crucial Factor in Choosing Remedies for Breach of Contract" 24 **Ariz. L.R.** (1982) 733, 741. לתובנה זו ר' מכיוון אחר דברינו בסע' 8.16(66) לעיל.

14 ר' סע' 6.14 ואילך.

15 למשל, בתחום האחריות למוצרים פגומים, ותחום האחריות השילוחית. ניתן לציין גם את תחום האחריות לנזקי תאונות דרכים, שבו האחריות מוחלטת, אם כי לדעתי תחום זה איננו ראוי להיחשב כחלק מדיני הנזיקין במובנם המסורתי, שכן אין הוא מבוסס על עקרון הצדק המתקן.

16 ליחס המורכב הקיים בדיני הנזיקין בין אחריות חמורה לבין אחריות המבוססת על אשם ר' למשל: P. Cane, "Fault and Strict Liability for Harm in Tort Law" in: **The Search for Principle** (Oxford, 1999, Swadling & Jones Eds.) 171; **Englard**, ch. 3.

17 תחום האחריות למוצרים פגומים, תחום האחריות השילוחית והתחום החוזי הם מן התחומים החשובים שבהם נפסקים כיום תשלומים עונשיים בארה"ב. ר' סע' 3.03(29) לעיל.

18 על מעמדו של עקרון הפיצוי במסגרת הפרדיגמה הפלילית/אזרחית ר' סע' 8.02 לעיל.

19 למעמד זה ביטוי כמעט בכל ספר טקסט העוסק בדין החוזים. ר' למשל: **"Damages** [in contract] **are awarded not to punish the party in breach.. ..but to compensate the innocent party and repair his actual loss." Halsbury**, Vol. 12, s. 941; **"The fundamental principle governing the award of damages** [in contract] **is that they are compensatory. In other words, an award is made to compensate the plaintiff rather than to penalise the defendant.." Carter**, 706; see also: **Williston**, 197-8; **Rest**, Conts. (2) Introductory note to ch. 16: **"The traditional goal of the law of contract remedies has not been compulsion but compensation.";** see also Comment a to s. 355: **"..courts in contract cases do not award damages to punish the party in breach or to serve as an example…"** לאסמכתות נוספות המעגנות את עקרון הפיצוי במשפט המקובל והישראלי ר' סע' 4.03(11-12); 6.10(32), **קציר**(ב) 889.

20 לניסוחים מקובלים של טיעון זה ר' למשל: **"…the law of contract does not seek to punish; its purpose is compensation and compensation alone. Thus the exemplary damages which may sometimes be awarded in the law of tort as a sort of punishment are almost unknown in the law of contract."** P.S. Atiyah, **An Introduction to the law of Contract**, (Oxford, 2nd ed., 1971) 265; **"As a general rule punitive damages cannot be awarded in a purely contractual action, since the object of such an action is not to punish the defendant but to compensate the claimant." Treitel** (2) 872; **"Since the purpose of contract law is to compensate the aggrieved party, damages should not be awarded for the purpose of punishing the contract breaker in effort to deter similar conduct."** J.E. Murray, **Murray On Contracts** (Charlottesville, 1990) 706; **"..it is**

nevo.co.il

כעיקרון יסוד. אולם בדיני הנזיקין עיקרון זה אינו זוכה לאותה בלעדיות, והוא נזכר לעיתים קרובות לצידם של עקרונות לגיטימיים נוספים כמו הרתעה, חינוך, גינוי, ואפילו ענישה.[21] מכאן, שבעוד שהתשלום העונשי עשוי להתיישב במידת מה עם הרציונלים של דיני הנזיקין, הרי שהכנסתו לתחום החוזי מערבת בבירור מין בשאינו מינו.[22]

ב. ביקורת הטיעון

10.06 אף שקשה להתכחש למעמד הרם לו זוכה עקרון הפיצוי במקורות הקלסיים של דיני החוזים, הרי לאמיתו של דבר הצגתו כעיקרון החולש באופן בלעדי על דיני התרופות היא, לדעתי, מטעה למדי. **ראשית**, כפי שהסברתי במקום אחר, תרופת הפיצויים - הן בחוזים, הן בנזיקין, איננה יכולה להיות מוסברת כדבעי בלא היזקקות לרציונלים עונשיים.[23] **שנית**, כפי שראינו, דוקטרינות תרופתיות רבות בדיני החוזים משמשות בפועל כאכסניה מוסווית לפסיקת תשלומים בעלי אופי עונשי.[24] ההכרה בסנקציות אלה, המתאפיינות ברמת מובהקות עונשית בינונית,[25] מחזקת עוד יותר את היסוד העונשי שבדיני התרופות החוזיים, ומעידה על מרכזיותם של שיקולי אשמה בעיצובם. בסיכום, האמירה הנדושה לפיה עניינן של התרופות החוזיות איננו בהענשת המפר אלא אך בפיצוי הנפגע, פשוט אינה נכונה. לאמיתו של דבר - בניגוד עז לרטוריקה האופיינית כל כך שהשתרשה בהשפעת התיאוריה הקלסית של דיני החוזים[26] - הענישה איננה ומעולם לא היתה נטע זר בדיני החוזים. אכן, גם אם במקורות דיני הנזיקין ההתכחשות למעמדם של שיקולים עונשיים נעשית בלשון רפה יותר, אין ספק כי גם במסגרת דיני החוזים נודעת לשיקולים אלה השפעה לא מבוטלת על עיצוב דיני התרופות, גם אם השפעה זו איננה תמיד גלויה לעין. הכרה בתשלום העונשי כסנקציה על התנהגות מחפירה בתחום החוזי איננה עומדת אפוא בסתירה לרוחו ומטרתו של דין התרופות החוזי, אלא לכל היותר מבליטה ומדגישה את אחד מבסיסיו הרעיוניים.[27]

---

often said that there is no scope for an award of damages designed to punish a party who deliberately breaches a contract." Clark, 293; see also **English Report**(1) s. 3.76. מהפסיקה האמריקאית אסתפק בדוגמה אחת בלבד מני רבות: **"The sole purpose of contract damages is to compensate the nonbreaching party, and punitive damages are not available even for a "willful" breach of contract."** ***Morrow***, 183. בישראל ר' דבריה של פרופ' שלו ודברי השופט מלץ בעניין ***צוקים***, המובאים בסע' 6.25(123), 6.11(41) בהתאמה.

[21] ר' למשל דברי השופט בך, הנזכרים בסע' 8.06(23) לעיל. לאיזכור הגישה העונשית לדיני הנזיקין ר' **דיני הנזיקין**, עמ' 28-27. מקורות נוספים שייחסו לדיני הנזיקין מטרות עונשיות נזכרו בסע' 8.06(15).

[22] לטיעון זה ר' למשל: **Sullivan**, 218: **"In contrast to the multiple purposes that damages in tort are designed to serve, the object of contract damage law is compensation for pecuniary loss."** הבדל זה משתקף גם בעמדת הרסטייטמנט האמריקאי: בעוד שבכרך על נזיקין קיימת הכרה מפורשת בכך שמטרת התשלומים כוללת, לצד מטרת הפיצוי, גם הרתעה וענישה, הרי שהרסטייטמנט החוזי אינו מזכיר ולו ברמז מטרות מעין אלה בדונו במטרות התרופות בשל הפרת חוזה. ר': **Rest.** Torts, s. 901 והשווה ל: **Rest.** Conts. (2) s. 344, 345.

[23] ר' סע' 8.05 לעיל. מעניין להביא בהקשר זה את ביקורתו של אחד מגדולי המלומדים בתחום החוזים על הקלישאה השגורה שלפיה מטרת הפיצויים איננה עונשית: **"It is often said that the rules as to damages for breach of contract are applied for the purpose of giving compensation for injury done, and not for punishment of a wrongdoer. The truth of such a statement turns upon rather nice distinctions between compensation and punishment. There can be no doubt that the general purpose underlying the law of damages, whether they are given for a breach of contract or a tort, is to promote security and to prevent disorder." Corbin**, 437-8.

[24] סע' 6.14 ואילך.

[25] להסברת המונח ר' סע' 8.08 לעיל.

[26] לדיון בהשפעה זו ר' סע' 2.14.

[27] בספרות קיימת כיום הכרה גוברת בכך שאשמתם המוסרית של הצדדים מהווה שיקול חשוב שדיני הפיצויים והתרופות בחוזים מתחשבים בו. ר' למשל: G.M. Cohen, **"The Fault Lines in Contract Damages"** 80 **Va. L.R.** (1994) 1225; D. Friedman, "Good Faith and Remedies for Breach of Contract" in **Good Faith and Fault in Contract Law** (Oxford, 1995, Beatson & Friedman Eds.) 399. הכרה כזו, אם כי נדירה יותר, ניתן למצוא גם במאמרים ביקורתיים מראשית המאה ה-20. ר' למשל: R.S. Bauer, "The Degree of Defendant's Fault as Affecting the Administration of The Law of Excessive Compensatory Damages", 82 **U. Pa. L.R.** 583. (1934) ר' גם מאמרו הנוסף של **Bauer**, הנ"ל בסע' 8.06(23). הטענה כי דיני החוזים ממלאים תפקידים דומים לאלה שממלא המשפט הפלילי(!) נשמעה באותה תקופה מפי הפילוסוף הידוע Morris Cohen: **"Both** [contract and criminal law] **serve to**

nevo.co.il

חלק שני: טיעונים במישור ההוגנות

I. הפרת חוזה אינה חמורה כעוולה נזיקית ולכן אינה מצדיקה תשלום עונשי

10.07 קבוצה אחת של טיעוני הוגנות המובאים בספרות כצידוק לכלל האוסר מבוססת על הבחנה בין מהות הפגיעה הנזיקית לבין מהות הפגיעה החוזית. נטען, כי זו האחרונה קלת ערך יותר מקודמתה, ולפיכך בניגוד לעוולות נזיקין, הפרות חוזים אינן מחייבות בשום מקרה הטלת סנקציות עונשיות.[28] כמובהר להלן, בחינה קרובה של טיעונים אלה מעלה, שאין בהם כדי להצדיק שלילה גורפת של ההכרה בדוקטרינה בתחום החוזי.[29]

א. הפרת חוזה, בניגוד לעוולה נזיקית, איננה מפירה נורמה ציבורית

1. הצגת הטיעון

10.08 לפי אחד הטיעונים שהושמעו בתמיכה לכלל האוסר, עוולה נזיקית היא בהכרח חמורה יותר מהפרת חוזה, שכן בעוד שהפרת חוזה כרוכה בהפרה של נורמה פרטית שקבעו הצדדים, הרי הפרת חיוב נזיקי מהווה פגיעה בסטנדרט ציבורי שקבע הדין. לשון אחר, הפרת החוזה אינה פוגעת בערכים כלל-חברתיים אלא אך באינטרסים פרטיים של הצדדים לחוזה, ולפיכך אין היא מצדיקה תגובה עונשית.[30] רעיון זה פותח ובוסס לאחרונה על ידי פרופ' Weinrib, הטוען כי הפרת חוזה נבדלת מעוולות נזיקין מכוונות הפוגעות באינטרסים גופניים ורכושיים, בכך שבניגוד אליהן היא אינה מתאפיינת בכפירה של המפר במשטר הזכויות הכללי. לפיכך אין לה היבט של פגיעה בציבור, אלא היבט ספציפי בלבד של פגיעה בנפגע, היבט המצדיק פעולה מתקנת (צדק מתקן) אך לא פעולה עונשית (תשלום עונשי).[31]

2. ביקורת הטיעון

10.09 לענייות דעתי, אין כל ממש בניסיון להצדיק הבחנה גורפת בין פגיעות חוזיות ופגיעות נזיקיות על בסיס ההבחנה בין אינטרסים פרטיים לאינטרסים ציבוריים. **ראשית**, מנין שהפרתו של סטנדרט שנקבע על ידי כלל הציבור היא חמורה יותר מהפרתו של סטנדרט שנקבע על ידי הפרט? לפחות מזוית ליברלית ניתן לטעון, כי ההיפך הוא הנכון:

---

standardize conduct by penalizing departures from the legal norm. Not only by decrees of specific performance or by awards of damages, but also by treating certain contracts as void or voidable.. ..does the law of contract in fact impose penalties." Cohen, 589. בשולי הדברים אציין, שלאור חומרתה של בעיית תת-הפיצוי במיוחד בתחום החוזי (ר' להלן סע' 10.23(113) ואילך) ניתן לפקפק ברצינות הקלישאה, שלפיה דין התרופות החוזי שם בראש מעייניו את הצורך בפיצוי הנפגע.

[28] יש להדגיש, שבהיותם מתמקדים בחומרה היחסית של הפגיעה החוזית בהשוואה לפגיעה הנזיקית ניתן לפרש חלק מטיעונים אלה גם כטיעוני תועלת. במונחי תועלת ניתן לגרוס, כי העלות החברתית הכרוכה בפגיעה "נזיקית" גדולה מן העלות שבפגיעה בזכויות חוזיות, ולפיכך ראוי לנקוט מאמץ מוגדל למניעתן. לאור ניסוחם הלקוני של טיעונים אלה במקורות, והעדרה של הנמקה תועלתנית לביסוסם, העדפתי לסווג טיעונים אלה כטיעוני הוגנות, ולדון בהם בחלק זה.

[29] הטענה שלפיה פגיעות באנטרסים חוזיים הן 'חלשות' יותר ולפיכך אינן מצדיקות תשלום עונשי שקולה לטענה, שבתחום החוזי אין למעשה בנמצא התנהגויות מספיק "מחפירות". בסעיפים שלהלן אסתפק בהצבעה על הכשלים העקרוניים שבטענה זו. בפרק י"ב נדונות קטגוריות טיפוסיות של התנהגות מחפירה האופייניות ליחסים חוזיים. בכך יונח נדבך נוסף בהפרכת הטענה.

[30] **"..a contract is a private arrangement between two parties and.. ..its breach is therefore a wrong directed against an individual rather than against the public as a whole." English Report**(1) s. 3.76; **"In a tort action, liability is based on a breach of duty that society imposed, and therefore society as a whole is the victim… Because the breach** [of a contract] **concerns a private duty to an individual, the societal standards are not violated to the same extent as when there is tortious misconduct. Therefore, the need for admonition is not as strong." Redden**, 374-5; see also: **Sullivan**, 219; **McBride**, n. 28 & citations therein; **Am. Jur.** s. 751 & n. 5.

[31] **"The idea that deliberate wrongdoing nullifies the regime of right applies to violations of physical integrity and property, but not to** [deliberate] **breaches of contract… Contract does not create the kind of right whose deliberate breach can be construed as nullifying the regime of rights. In other words, even deliberate breaches of contract are always transactionally specific and therefore in themselves leave no punishable residue." Weinrib** (9) 88, 89. הטעם לכך הוא, לדעת Weinrib, שבהפירו את החוזה אין המפר כופה על הנפגע להעביר אליו נכס או משאב השייך לנפגע על פי משטר הזכויות, אלא רק נכשל לבצע את שהתחייב. כישלון זה מהווה הפרה של זכות הנפגע, אך איננו משקף התרסה כלפי עצם משטר הזכויות, ולפיכך אינו בעל היבט ציבורי כללי: **"..the promisor who fails to carry out the obligated performance is acting with reference to his or her own will, not the promisee's. Here the violation of the right is not an assertion of dominion over the promisee's person or property.. ..but merely a defection by the promisor.."** Id., 89. לדיון כללי בתפיסתו של Weinrib באשר למהותן של פגיעות "צִיבוריות" ולהבחנה בין ההיבט הספציפי להיבט הכללי של הפרת זכות ר' גם סע' 7.102 לעיל.

nevo.co.il

דווקא הפרתו של חיוב חוזי שנקבע על ידי הפרט היא חמורה יותר מבחינה מוסרית, שכן חיוב זה נטל על עצמו המתחייב מרצונו החופשי! **שנית**, והוא עיקר - כל הפרת חוזה מעצם טיבה כרוכה בהפרתה של נורמה ציבורית כלל-חברתית. הטעם לכך הוא, שחוזה אינו אלא הסכם אכיף, היינו, הסכם שהחברה מטעמים כלל חברתיים - מוסריים ותועלתניים גם יחד - ראתה לנכון להכיר בכוחו המשפטי המחייב.[32] מכאן, שהדין - ולא רצונם של הצדדים כשלעצמו - הוא הנותן תוקף להסכם, והוא המטיל עליהם את החובה המשפטית לקיימו.[33] מרגע שנכרת חוזה, יוצאת אפוא ההתחייבות האישית הגלומה בו מתחום הפרט, והופכת לנורמה משפטית ציבורית לכל דבר ועניין. כיבודה של נורמה ספציפית זו מבטא בעקיפין שמירה על הנורמה המשפטית הכללית בדבר כיבוד חוזים, ולכן מהווה אינטרס ציבורי מובהק.[34] **שלישית**, ראויה להדגשה העובדה, שבמצבים רבים תוכנם של חוזים איננו חד-משמעי. במצבים אלה רב לו כוחו של בית המשפט ביציקת תוכן חדש ועצמאי אל החוזה. תוכן זה איננו עולה תמיד בקנה אחד עם כוונתם האמיתית (המפורשת או המשתמעת) של הצדדים לחוזה, ולעיתים עשוי אף לעמוד בסתירה לה.[35] במצבים אלה הפרת החוזה היא למעשה הפרה של נורמה משפטית שלא רק תוקפה, אלא גם תוכנה הקונקרטי שאובים ישירות מן הדין הכללי. **רביעית**, אשר לטיעון הפורמלי של פרופ' Weinrib: בעידן המודרני רבים רואים בזכויות חוזיות רכוש או קניין (property) של הנפגע, ממש כמו זכויות במיטלטלין או במקרקעין מוחשיים. בתפיסה זו הפרת החוזה היא נטילה כפוייה של משאב השייך לנפגע (במובן הקנייני, ולא רק האובליגטורי) כבר בעת ההפרה.[36] השלילה המודעת וחסרת ההצדקה של משאב זה (הזכות לקיום ההבטחה החוזית) פוגעת אפוא לא רק בנפגע עצמו, אלא גם בחברה כולה, שכן היא משקפת התרסה והתנכרות של המפר כלפי משטר הזכויות הכללי אשר הכיר בזכאותו של הנפגע לקיום החוזה כחלק מרכושו.[37] להפרת החוזה המחפירה ניתן אפוא בהחלט לייחס היבט ציבורי כללי מעבר להיבט הספציפי שלה, ומכאן שיש הצדקה להגיב עליה לא רק בכלים פרטיים (פיצוי לנפגע) אלא גם בכלים ציבוריים (ענישה).[38]

<u>ב. פגיעתה של הפרת חוזה חמורה פחות מפגיעתה של עוולה בנזיקין</u>

---

[32] להגדרת חוזה כהסכם אכיף ר' **שלו**, 5.

[33] החובה לכבד הסכמים מקורה בדין, ובמובן זה היא דומה לחובה הנזיקית להימנע מביצוע עוולה, ואפילו לחובה להימנע מביצוע עבירה פלילית. תובנה זו זכתה לפיתוח על ידי פרופ' Morris Cohen, הנחשב לאבי "הגישה הציבורית לדיני החוזים". ר': **Cohen**, esp. 585-92; see also: G. Tedeschi, "On the Concept of Tort" 3 **Isr. L.R.** (1968) 161, 166: **"..in fact all duties, including contractual duties, derive from the law."** ר' גם **דיני הנזיקין**, 5: **"ההסכמה היא אמנם תנאי יסודי ליצירת החיוב החוזי, אך את כוחו המחייב בשיטת המשפט של המדינה, שואב חיוב זה, כמו כל יחס משפטי, מן הדינים."**

[34] חשיבותה של החובה לכבד הסכמים הודגשה בפסיקתו של בית המשפט העליון. ר' למשל דברי השופט ברק בעניין ***אדרס***, ודברי השופט חשין בעניין ***צוקים***, המובאים בסע' 6.15(56), 6.16(64) בהתאמה. אמת, תוכנו הקונקרטי של החיוב החוזי, להבדיל מתוכנו של החיוב הנזיקי, נקבע על ידי הפרט, ולפיכך קיום חוזי קונקרטי עשוי להיות פחות חשוב לציבור מאשר הימנעות מביצוען של עוולות נזיקין. עם זאת, במקרים אחרים הערך המוגן על ידי החוזה עשוי להיות חשוב יותר לנפגע - ולכן גם לציבור - מאשר האנטרס הספציפי שעליו מגינה עוולה נזיקית נתונה, בפרט כאשר מדובר בעוולת מסגרת.

[35] לניתוח ביקורתי מקיף של תורת הפרשנות המסורתית בחוזים המבקש לבסס את הטענה כי זהו למעשה המצב הרווח בפרשנות חוזים ראו א' זמיר, **פרשנות חוזים** (ירושלים, תשנ"ו). הסמכות לשנות חיובים מפורשים שנקבעו בחוזה הוכרה במפורש בפסקי דינו של השופט ברק בעניין ***אתא***, ובעניין ***אפרופים***. ר' לאחרונה גם דנ"א 1792/00 **מ"י נ. שדמון** פ"ד נו (5), 643, 672. פסק דינו של השופט ברק: **"בנסיבות המקרה, אין צידוק להפעלת עקרון תום הלב, לא לשם השלמת חסר.. ..ולא לשם שינוי החוזה עצמו.."** בחוזים אחידים הסמכות לשנות את תוכן החוזה מוקנית לבית המשפט מכוח הוראותיו המפורשות של החוק. ר' סעיף 3, 19 ל**חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982**. למותר לציין, שהוראות חוק מרשות (דיספוזיטיביות) אף הן משפיעות במקרים רבים על תוכן החוזה, ויוצקות לתוכו תוכן שאיננו בהכרח מתיישב עם כוונתם האמיתית של הצדדים. בנושא זה ר': ג' טדסקי, "על הדין הדיספוזיטיבי" **עיוני משפט** ט"ו (תש"ן) 5, במיוחד בעמ' 7-6.

[36] לעיגון הזכות החוזית כחלק מזכות היסוד לקניין ר' סע' 6.28(135) לעיל.

[37] ההכרה בעוולת גרם הפרת החוזה מבטאת במשתמע רעיון זה: החובה לכבד את החוזה ולהימנע מלפגוע בזכויות חוזיות במודע וללא הצדקה חלה לא רק על הצדדים לו, אלא למעשה על "כולי עלמא". הזכות החוזית היא אפוא בבחינת מעין "זכות חפצא", לפחות ככל שמדובר בהגנתה מפני פגיעות מודעות וחסרות הצדקה.

[38] תפיסה זו עולה בקנה אחד עם פסקי דינו של בית המשפט העליון בעניין ***אדרס*** ובעניין ***צוקים***, שם הודגש הצורך בחיזוק מעמדה של הזכות החוזית, גם במחיר של החמרת הסנקציות עם מפרי חוזים. לדיון בפסקי הדין ר' סע' 6.15, 6.16 בהתאמה.

nevo.co.il

1. הצגת הטיעון

10.10 טיעון אחר תולה את ההבחנה שיוצר הכלל האוסר בהבחנה בין אופי הנזק ה"חוזי" לבין אופי הנזק ה"נזיקי". נטען, כי עניינם של סכסוכים חוזיים הוא בריפוי נזקים ממוניים טהורים, וזאת להבדיל מדיני הנזיקין, שעניינם בריפוי פגיעות בעלות אופי אישי.[39] הפגיעות אלה כרוכות בגרימת נזק לאינטרסים חיוניים כמו הגוף, החירות והכבוד, ולפיכך הינן חמורות יותר ומעוררות מעצם טיבן תגובות נזעמות יותר אצל קורבנותיהן.[40] זאת ועוד, ניתן לטעון, שגם פגיעות פיזיות ברכוש, המוגנות באופן מסורתי על ידי דיני הנזיקין, נתפסות באופן אינטואיטיבי כחמורות יותר מהפגיעה החוזית הטיפוסית.[41] זאת ועוד: ביצוע עוולה בנזיקין עלול במקרים רבים להוות עבירה פלילית, מה שאין כן לגבי הפרות חוזים, חמורות ככל שתהיינה.[42] מכאן עולה הצדקה לכאורה להכיר בסנקציה חמורה כדוגמת התשלום העונשי בתביעות נזיקין, ולשלול זאת בתביעות חוזיות.[43]

2. ביקורת הטיעון

10.11 אקדים ואומר, שטיעון זה טעון התייחסות רצינית יותר מאשר קודמו, באשר אין הוא מתמקד בסיווג הפורמלי של האינטרס המוגן על ידי החיוב החוזי ("פרטי" או "ציבורי") אלא מבקש לבחון את משקלם של הערכים החברתיים המוגנים על ידיו בפועל. בחינה זו היא חשובה, שכן משקלו היחסי של האינטרס המוגן על ידי החיוב (החוזי או הנזיקי) משפיע במישרין על חומרת ההפרה בעיניה של החברה, וכך בתורו, על ההערכה הכוללת של התנהגות הנתבע, ועל האפשרות שזו תיחשב ל"מחפירה". אולם לדעתי, אף שטיעון זה מצביע על הבדלים אמיתיים וחשובים בין התביעה החוזית הטיפוסית לבין חלק גדול מתביעות הנזיקין הנפוצות, אין בו כדי להצדיק הבחנה גורפת בין דיני החוזים לדיני הנזיקין לענייננו.

---

39 **"..contract typically protects commercial and pecuniary interests rather than interests of personality." English Report**(1) s. 6.21; **"contract primarily involves pecuniary losses rather than the non-pecuniary losses with which exemplary damages seem to be concerned."** Id., s. 3.76.

40 הסבר כזה לכלל האוסר עולה מדבריו של Corbin: **"Breaches of contract.. ..do not in general cause as much resentment or other mental and physical discomfort as do the wrongs called torts and crimes. Therefore, the remedies to prevent them.. ..are not so severe upon the wrongdoer. It has been found sufficient to give pecuniary compensation to the injured party with no necessity for satisfying his feelings and allaying community resentment by fines or physical punishment." Corbin, General Motors v. Piskor** 381 A.2d 16 (S. Ct. Md. 1977) 21. הסבר זה אומץ כמעט מילה במילה בבית המשפט העליון של מדינת מרילנד. ר': **"..the feeling that substituted** גישה כזו עולה במרומז גם מדברי Simpson, הסבור כי הכלל האוסר נעוץ ב: **performance in terms of compensatory damages is an adequate remedy for the aggrieved party to a contract." Simpson**, 284. ר' גם דברי השופט קיסטר בפסק הדין בעניין **מאיר**, 6-405: **"כשלעצמי, לא הייתי גורס שיש סמכות כללית כזאת** [לפסוק תשלום עונשי] **לבית המשפט... אך בהנחה שסמכות מעין זו קיימת במשפט האזרחי בישראל, הרי שהשימוש בה מוצדק רק בנזקים שאינם ממוניים, כגון נזקי גוף, פגיעה בכבוד, או גרימת עגמת נפש לאדם... אך בנזקי רכוש אינני חושב שיש מקום להתייחס לצד הענשי או למדיניות ענישה..."** מדברים אלה משתמע, שהשופט מתנגד להפעלת הדוקטרינה בכל תביעה - חוזית או נזיקית - שעניינה בנזק רכושי (פיזי או כלכלי טהור).

41 ביטוי להכרה באינטואיציה כזו יש בדברים שאמר בשעתו השופט לנדוי בנסותו להצדיק את ההבחנה - בדיני הנזיקין - בין נזק כלכלי טהור (שאינו בר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות) לבין נזק פיזי: **"אמנם הגיון צרוף אין בהבחנה, אך יש והשכל הישר יאמר לנו, שיש והצורך וההצדקה במתן פיצוי גלויים יותר במקרה של נזק פיסי מאשר בנזק כספי סתם, אולי מפני שנזק פיסי מעורר אותנו ביתר קלות לתגובה אוהדת מאשר נזק המתבטא רק בחסרון כיס, שיותר קל לשאתו.."** ע"א 451/66 **קורנפלד נ. שמואלוב** פ"ד כא(1) 310, 323.

42 טיעון זה נזכר בפסיקה הניו-זילנדית: ***A v. B.***, 681: **"Many tortious acts are criminal offences as well as civil wrongs. In cases such as assault, trespass and defamation, with their overtones of possible criminal liability, it may well be that the application of a deterrent principle in an award of damages is justified.. But I have difficulty in seeing any rational basis for any penal or deterrent assessment in the award of damages for breach of promise. ...The interests of society, to my mind, are in no way involved. The matter is one of private contract. It seems incongruous to me to add any delictual component to the assessment of damages for breach of contract."** ניתן לראות, כי הסיפא של טיעון זה תומכת גם בטיעון שנדון בסעיף הקודם.

43 כזכור, ההבחנה בין סוגי האנטרסים המוגנים בדיני הנזיקין ובדיני החוזים היא אחד ההסברים ההיסטוריים שהצעתי לצמיחת הכלל האוסר. סע' 2.15 לעיל.

nevo.co.il

ראשית, הן הפרת חוזה והן עוולה נזיקית עלולות במצבים שונים לגרום את כל סוגי הנזקים האפשריים: נזקי גוף, נזקי רכוש, נזק נפשי, ונזק כלכלי-טהור. **נזקי גוף** מוגנים אמנם באופן טיפוסי על ידי דיני הנזיקין, אולם במקרים רבים חובת הזהירות להימנעות מגרימתם מותנית בקיומו של חיוב חוזי רצוני, ובמקרה כזה האחריות היא למעשה חוזית בבסיסה.[44] **נזקי רכוש** אף הם עשויים להוות מושא לתביעת פיצויים חוזית, כאשר הפגיעה ברכוש היתה מותרת אלמלא עמדה בסתירה לחיוב רצוני שנטל על עצמו המפר.[45] ההגנה על **אינטרסים לא-ממוניים או נפשיים** אף היא אינה נחלתם הבלעדית של דיני הנזיקין. למעשה, כמעט כל הפרה של חוזה כרוכה מעצם טיבה בגרימת מידה מסויימת של עגמת נפש לנפגע, שציפיותיו לקיום החוזה נכזבו. במקרים רבים ההפרה עלולה לגרור גם פגיעה בשמו הטוב של הנפגע.[46] דברים אלה יפים מכוח קל וחומר לגבי הפרות מחפירות של חוזים, המשקפות פגיעה קשה באמון שרחש הנפגע למפר.[47] מכיוון שכך, אין כל מקום להגבלת תחולת הדוקטרינה על יסוד הבחנה זו. אמנם, באופן מסורתי הכרת המשפט המודרני בזכותו של הנפגע לפיצוי בגין נזק לא-ממוני שלא התלווה לפגיעה פיזית בגוף או ברכוש היתה מצומצמת, והדבר הביא באורח טבע לכך שפסיקת פיצוי לא-ממוני טהור בדיני החוזים הפכה לנדירה יותר מאשר בדיני הנזיקין, ובשלב מסויים אף נאסרה לחלוטין.[48] עם זאת, כיום גוברת ההכרה בכך שהבחנה היסטורית זו בין נזק נפשי טפל לנזק נפשי טהור איננה ניתנת להצדקה, וכי הן בנזיקין והן בחוזים יש מקום לפצות על הפגיעה באינטרסים נפשיים.[49] לבסוף, אשר להכרה ב**נזק כלכלי-טהור**: זו היתה אמנם בעבר מצומצמת למדי בתביעות נזיקין, והדבר יצר תחושה, כי הנזק הכלכלי הטהור מאפיין רק את תחום היחסים החוזיים.[50] אולם עם התרחבות האחריות הנזיקית בעידן המודרני, נוצרו 'כיסי אחריות' לא מעטים שבהם דיני הנזיקין מגינים בפועל על נזקים כלכליים טהורים.[51] מכל האמור עולה, שהניסיון להבחין באופן גורף בין עילות נזיקין לעילות חוזיות על פי סוג הנזק הנגרם בתביעות אלה אינו עומד במבחן הביקורת.[52]

---

44 דוגמה טיפוסית היא פגיעת גוף הנגרמת על ידי רופא או מוסד רפואי המתחייב לספק שירותים רפואיים מכוח חוזה. דוגמה אחרת היא חוזה למתן שירותי אבטחה. אמנם, בשיטות משפט המכירות בקיומן במקביל של עילות חוזיות ונזיקיות, הנפגע מהפרת חוזים מעין אלה רשאי במקרים אלה לנסח את תביעתו בנזיקין. עם זאת, הבסיס האמיתי להטלת האחריות ה"נזיקית" במצבים אלה נעוץ בעובדה שהמזיק הפר התחייבות חוזית שנטל על עצמו באופן רצוני ותלוי בעובדה זו, כלומר, הבסיס לעילה הוא הקשר הרצוני שבין הצדדים. כפי שהובהר בפרק ה', עובדה זו טושטשה והוצנעה בהקשרים שונים על ידי בתי המשפט בארה"ב שחפצו לפסוק תשלום עונשי בגין הפרות מחפירות של חוזים. להכרה בכך שהבסיס לאחריות בנזיקין הוא במקרים רבים קיומו של קשר חוזי ר' I. Gilead, "Non-Consensual Liability of a Contractual Party: Contract, Negligence, Both or In-Between?" 3 **Theoretical Inquiries in Law** 511, 513. (2002) למעשה, גם פגיעה כלכלית גרידא עלולה לגרום בשלב מאוחר יותר לנזק גוף תוצאתי (למשל: עקב חוסר יכולת לקבל טיפול רפואי, דיכאון, התמוטטות עצבים, וכיו"ב).

45 למשל, שומר שהתרשל בשמירה על נכס עשוי לחוב בפיצויים על הנזק שנגרם לו, שעה שאלמלא החוזה, לא היו דיני הנזיקין מטילים עליו כל חובה כזו. באופן דומה בעליו של נכס עשוי לחוב בפיצויים אם התחייב לשמור עליו והנכס נהרס, למרות שלפי הדין הכללי חובה כזו אינה מוטלת עליו. הכרה בעילת נזיקין במקרים אלה היא מלאכותית, שכן מקורה האחריות הוא בהסכמת הצדדים, ובעובדה שהם בחרו להתנות על הדין הכללי.

46 כך יקרה למעשה כמעט כל אימת שהנפגע, תוך הסתמכות על כך שהחוזה יקויים, נטל על עצמו התחייבות כלפי צדדים שלישיים, אשר בשל ההפרה אין הוא יכול לעמוד בה.

47 להרחבת הדיון במשבר האמון שיוצרת הפרה מחפירה ר' סע' 10.25 להלן.

48 לדיון בפער זה בין דיני החוזים לדיני הנזיקין ר' סע' 10.23(116) להלן.

49 בישראל ההכרה במגמה זו באה לידי ביטוי תחילה בתחום החוזי, עם עיגון הסמכות לפסוק פיצויים על עגמת נפש בסעיף 13 לחוק התרופות. בנזיקין התרחש השינוי בפסק הדין המנחה בעניין **גורדון**. עם זאת, בחיי המעשה היקף השימוש בסמכויות אלה בישראל עדיין מצומצם. גם בחוץ לארץ קיימת מגמה של הרחבת ההכרה בנזק לא-ממוני טהור, הניכרת בעיקר בתחום החוזי. למגמות אלה ר' הערה 116 להלן, וכן סע' 11.43 להלן.

50 בפרק ב' ראינו כי זהו אחד ההסברים ההיסטוריים האפשריים לכלל האוסר. ר' סע' 2.15 לעיל.

51 העוולות המסורתיות שבמסגרתן ניתנת הגנה נזיקית (וגם פלילית) לנזק כלכלי טהור הן עוולות התרמית, שקר מפגיע, גרם הפרת חוזה, וגניבת עין. ר' סע' 56, 58, 62 לפקודת הנזיקין. עוולת גניבת העין מעוגנת כיום בסעיף 1 ל**חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999**, הקובע מספר עוולות כלכליות נוספות, כגון תיאור כוזב, התערבות לא הוגנת, וגזל סוד מסחרי. עם זאת, עוולות אלה הן ספציפיות, ואינן קובעות חובת זהירות כללית להימנעות מגרימת נזק כלכלי ברשלנות. לדיון בהיקף ההכרה בנזק לא-ממוני טהור במסגרת עוולת הרשלנות ר' סע' 11.43.

52 לניסוח קיצוני מעט של טענה זו ר': **McBride**, 381: "[this claim] **is false because the harm suffered by the victim of a tort is the same kind as the harm suffered by the victim of a breach of contract. In both cases they suffer economic harm."**

nevo.co.il

שנית, גם אם ניתן לקבל את הטענה כי נזקי גוף הם הנזקים החמורים ביותר היכולים להיגרם לאדם, וכי נזקים אלה מאפיינים תביעות נזיקין, לא היה בכך משום הצדקה לכלל האוסר, אלא לכל היותר לכלל משפטי המגביל את תחולת הדוקטרינה לתביעות שעניינן פגיעה באינטרס גופני. כלל כזה, אף שניתן לבקרו בהיותו שולל הגנה מאינטרסים חשובים אחרים (רכוש, ממון, רווחה רוחנית),[53] הרי הוא מבוסס על רציונל המאפשר להפעילו באופן קוהרנטי; מה שאין כן לגבי הכלל האוסר - האוסר באופן גורף על פסיקת תשלום עונשי בכל תביעה חוזית (גם זו שעניינה בהפרת חוזה שסיכנה או פגעה באינטרס גופני) ומתיר זאת באופן גורף בכל תביעה נזיקית (גם זו שעניינה באינטרס שאינו גופני).

שלישית, גם בהנחה כי שלמות הגוף היא המרכיב החשוב ביותר ברווחתו של האדם,[54] וכי ההגנה על אינטרס זה ייחודית לדיני הנזיקין, הרי עדיין אין בכך כדי להוליך למסקנה, שכל פגיעה (נזיקית) באינטרס גופני חמורה בהכרח יותר מכל פגיעה (חוזית) באינטרס שהוא כלכלי טהור. כך, למשל, הפרת התחייבות חוזית לשלם סכום כסף במועד או לספק שירות או נכס באיכות הראוייה עלולה במקרים רבים לגרום נזק כלכלי כבד למדי לנפגע. נזק זה עלול לעלות בשיעורו ובעצמתו - ולפיכך להיחשב בצדק כחמור יותר - אפילו מפגיעות קלות באינטרסים גופניים.[55] דברים אלו יפים מכוח קל וחומר ביחס לפגיעות (נזיקיות) ברכוש, אשר בעידן המודרני ספק אם מוצדק לייחס להן חומרה מיוחדת בהשוואה לפגיעות (חוזיות) באינטרסים כלכליים טהורים.[56] אינדיקציה לחשיבותו של האינטרס הכלכלי הטהור בעידן המודרני ניתן לקבל גם מהיקף ההיזקקות בפועל לתשלומים עונשיים בתביעות שעניינן נזק כלכלי טהור. מחקרים אמפיריים מקיפים שנערכו בארצות הברית מלמדים שכמחצית מכלל התביעות שבהם נפסקים תשלומים עונשיים הן תביעות (חוזיות או נזיקיות) שעניינן בנזק כלכלי טהור.[57] עובדה זו מלמדת, שפגיעה מודעת וחסרת הצדקה באינטרסים כלכליים נתפסת בעידן המודרני כמצדיקה תגובה עונשית ממשית בדומה לאינטרסים "נזיקיים" מסורתיים כמו שלמות הגוף והרכוש.

רביעית, גם לו ניתן היה להניח שפגיעות בגוף וברכוש הן ייחודיות לדיני הנזיקין, והן בהכרח חמורות יותר מפגיעה בנפש או בממון (כמוסבר, אין לקבל הנחות אלה), גם אז לא היה בכך, לדעתי, כדי להצדיק את שלילת ההגנה האפקטיבית שמעניק התשלום העונשי לאינטרסים נפשיים וכלכליים טהורים מפני פגיעה מודעת וחסרת הצדקה בהם.[58]

---

53 לצורך בהגנה על הממון ועל הנפש עמדתי בפרק ח', בסע' 8.30-8.32 ואילך.

54 כנאמר בפרק ח', ניתן לטעון כי האנטרס בשלמות הנפש עולה על אנטרס זה. ר' סע' 8.32(145) לעיל.

55 למשל, יש להניח כי אדם סביר יעדיף לסבול ממחלה במשך תקופה קצרה, לספוג עלבון או פגיעה קלה וחד-פעמית בשמו הטוב, ואולי אפילו לספוג חבלה גופנית קלה, על פני הפרת חוזה הכרוכה בנזק כלכלי חמור מספיק (מה עוד שהפרת חוזה מחפירה עלולה לעיתים לגרור גם פגיעות ברווחה הנפשית, ולעיתים אף הגופנית - ר' למשל עניין ***Crisci***, הנ"ל בסע' 5.26.

56 בהשוואה לימים עברו, נראה כי בעידן המודרני רווחתו של האדם הממוצע נשענת במידה רבה יותר על כספו והונו, מאשר על ההחזקה בנכסים מוחשיים, וכי הדבר משליך גם על החשיבות שאנו מייחסים לרכוש הפיזי שבידינו. תובנה זו שימשה כטיעון מרכזי בידי התומכים בהרחבת האחריות הנזיקית לגרימת נזק כלכלי טהור. ר' למשל דברי הביקורת של הלורד Devlin אשר ביחס להבחנה בין נזקי רכוש לבין נזק כלכלי טהור אמר: **"I can find neither logic nor commonsense in this** [distinction]**." Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.** [1963] 2 All E.R. 575, 602.

57 דוגמה למחקר מקיף שכזה הוא מחקרם של E.K. Moller, N.M. Pace, S. Carroll, "Punitive Damages in Financial Injury Jury Verdicts" 28 **J. Leg. Stud.** (1999) 283. במחקר זה נבדקו כל התביעות שבהן נפסקו תשלומים עונשיים בין השנים 1995-1984 במדינות גדולות כדוגמת קליפורניה, טקסס, ניו-יורק, אילינוי ומדינות נוספות. התוצאות הראו, ש-50% מכלל התביעות שבהן הופעלה הדוקטרינה היו תביעות שעניינן בנזק כלכלי טהור (ללא פגיעת גוף או רכוש). האחוז הממוצע של התביעות שבהן נפסקים תשלומים עונשיים מתוך סך התביעות הכלכליות הוא מרשים - 14%(!). עוד עולה, כי סך הסכומים הנפסקים כתשלום עונשי בתביעות מסוג זה עולה על סך הסכומים הנפסקים כפיצויים באותן תביעות (היחס הוא של 1:1.4). מחקרים אמפיריים נוספים שנערכו בארה"ב מאשרים את המסקנה בדבר מגמה הולכת וגוברת לפסוק תשלומים עונשיים בתביעות שעניינן נזק כלכלי הנובע מסכסוך משחרי (עוולות מסחריות או הפרת חוזה). לממצאיהם של מחקרים אלה ר' הערות 171, 307 בפרק ז'.

58 כמוסבר בפרק ח', גם אנטרסים אלה ראויים בעידן המודרני להגנה אפקטיבית, למרות שבאופן מסורתי הפגיעה בהם אינה מוגדרת כעבירה פלילית. ר' במיוחד סע' 8.32 ואילך.

nevo.co.il

חמישית, ולבסוף, חומרתם המוסרית והחברתית של מעשה נזיקין נתון או של הפרת חוזה נתונה אינה נמדדת ואיננה נקבעת אך ורק בהסתמך על חשיבות האינטרס שבו פגע או שאותו סיכן המפר. כפי שיוסבר בפרק י״ב, סוג האינטרס שנפגע הוא אמנם נתון רלבנטי לצורך הערכת דרגת האנטי-חברתיות שבהפרה נתונה, אך אין הוא השיקול היחיד, ואף לא המכריע. ההערכה החברתית של הפרה נתונה מתקבלת כתוצאה משיקלולו יחד עם שיקולים נוספים, בעיקר מידת מסוכנותו של הפוגע, הנלמדת בתורה מהיסוד הנפשי שלו ומנטייתו לביצוע מעשי עוולה.[59] מכאן, ש**הפרה המסכנת אינטרס חברתי חשוב יחסית איננה בהכרח מסוכנת, חמורה או מחפירה יותר מהפרה המסכנת אינטרס חברתי בעל חשיבות פחותה**.[60] מסיבה זו אין היגיון להגביל את תחולת הדוקטרינה על יסוד הבחנה הנוגעת לסוג האינטרס המוגן על ידי זכותו של הנפגע. קל וחומר שאין היגיון לעשות כן על יסוד ההכללה הגורפת וחסרת הבסיס, שלפיה האינטרסים המוגנים על ידי זכויות נזיקיות הם בכל מקרה (או כמעט בכל מקרה) שונים במהותם ועולים בחשיבותם על אלה המוגנים על ידי זכויות חוזיות.[61]

II. הכרה בתשלום העונשי פוגעת באוטונומיית הרצון של הצדדים לחוזה

א. הצגת הטיעון

10.12 להבדיל מטיעוני ההוגנות שנבחנו עד כה, הבוחנים את שאלת ההצדקה לכלל האוסר מנקודת המבט הכלל-חברתית, המבקשת להעריך את דרגת חומרתן היחסית של הפרות חוזים בהשוואה לעוולות נזיקין, מתמקד טיעון ההוגנות שייבחן להלן בבחינת נקודת המבט הפנימית של הצדדים לחוזה. במוקדו ניצבת הטענה, כי הכרה בתשלום העונשי איננה מתיישבת עם רצונם הטיפוסי של צדדים למערכת יחסים חוזית, ולפיכך פוגעת באוטונומיית הרצון שלהם.[62] אכן, עקרון יסוד בתיאורייה הקלסית של דיני החוזים הוא, שכל חיובי החוזה - לא רק הראשוניים, אלא אף המשניים (הקובעים סנקציות ותרופות במקרה של הפרה) - נקבעים באופן בלעדי על ידי רצון הצדדים לו.[63] שונה המצב ביחס לחובות הנזיקין, הנקבעות ומעוצבות מכוח הדין (בין בחקיקה, בין בפסיקה) בלא תלות ברצונו של הפרט. לפיכך, נטען, גם אם בתחום הנזיקין ההכרה בדוקטרינה עשוייה להיות מוצדקת משיקולים כלל-חברתיים, הרי שבתחום החוזי, בהעדר עיגון לכך בכוונתם המפורשת או המשתמעת של הצדדים לחוזה, אין הדבר לגיטימי.[64]

---

59 שיקול רלבנטי נוסף הוא עצמת הפגיעה או האיום הקונקרטי על האנטרס הנדון. לשיקולים אלה ר׳ סע׳ 12.20, 12.21 ואילך.

60 מסקנה זו היתה נכונה רק לו ניתן היה להניח שהיסוד הנפשי של המפר, מידת מסוכנותו, ועצמת הפגיעה הם נתונים קבועים שאינם משתנים ממקרה למקרה, שאז הבדל בחשיבות האנטרס היה מוליך בהכרח להבדל בחומרת ההתנהגות. אולם כמוסבר בפרק י״ב, מושג ההתנהגות המחפירה הוא אכסניה לקשת נרחבת של התנהגויות אנטי-חברתיות העשויות להתאפיין ביסודות נפשיים שונים.

61 טענה נוספת שתומכי הכלל האוסר יכלו להעלות היא, שדיני החוזים עניינם בשיפור רווחתו של אדם, בעוד שדיני הנזיקין עוסקים בשמירה על מצב רווחתו ברגע נתון. מכיוון שכך, דיני הנזיקין מגינים על ערך ״גרעיניי״ ובסיסי יותר מאשר דיני החוזים (״שקל שיש לי כעת שווה לי יותר מהשקל הבא שאני מקווה לזכות בו״). אלא שגם טענה זו ראוייה להידחות מטעמים דומים לאלה הנזכרים בטקסט: **ראשית**, העובדה ששקל המצוי בידי שווה לי יותר מכל שקל נוסף שבו אזכה, איננה שוללת, כשלעצמה, את הצורך להרתיע מפני גזילה של השקל הנוסף (אולי באמצעות עונש קל יותר). **שנית,** ספק בעיניי אם הדימוי הזה משקף נכונה את ההבחנה בין ההגנה הנזיקית להגנה החוזית, שכן הפרת חוזה עלולה לגרום לא רק לאובדן רווח, אלא גם לחסרון כיס. יתרה מכך, גם דיני הנזיקין מטילים לעיתים גם חובות עשה מובהקות, שתכליתן להביא לשיפור רווחתו של הניזוק (למשל, חובתו של אב לספק לילדיו צרכים בסיסיים ולגדלם כיאות, חובתו של רופא להיטיב מצבו של חולה), ממש כשם שדיני החוזים עשויים להטיל חובות אל-תעשה, שמטרתן לשמר את מצב הנכסים שהיה עובר להתקשרות. לחלק מביקורות אלו יש הד אצל **McBride**, 381-2

62 מקומם המרכזי של אוטונומיית הרצון הפרטי ושל חופש החוזים בתיאורייה הקלסית של דיני החוזים נדון בסע׳ 2.14.

63 ר׳ למשל דברי השופט Holmes: **"..as the contract is by mutual consent, the parties themselves expressly or by implication fix the rule by which damages are to be measured."** (Holmes, J.). ***Globe*** (1903) 543: לעיקרון זה של התיאורייה הקלסית ר׳ גם סע׳ 2.14(60) לעיל. לאימוץ מחודש וקיצוני למדי של עיקרון זה ר׳ גם דבריו של שופט הרוב McIntyre בבית המשפט העליון הקנדי בעניין ***Vorvis***, המובאים בסע׳ 4.18(62) לעיל.

64 קו מחשבה זה עומד לעיתים ברקעם של פסקי דין אמריקניים שמרנים, אשר סרבו להכיר בדוקטרינה בתביעות חוזיות. ר׳ למשל: **Postal Instant Press v. Jackson** 658 F. Supp. 739 (D. Colo. 1987) 748: **The law of contract is.. ..based upon the principle that the parties to the agreement make their decisions… By bargaining, both the benefits and the detriments obtained from the agreement are allocated. …the essence of contract remains private. …the paramount interest in privacy provides**

nevo.co.il

אמנם, פיצויים בגין הפרת חוזה נפסקים מכוח הדין גם בהעדר הוראה מפורשת בחוזה.[65] עם זאת, הנחת היסוד של דיני התרופות החוזיים היא, כי הגנה על אינטרס הציפייה עומדת ביסוד ההתקשרות בחוזה, ולפיכך אין בה משום התערבות ברצונם של הצדדים, אלא אך מתן תוקף לו. הכרה בסנקציות לבר-מפצות, לעומת זאת, ובכלל זה תשלומים עונשיים, איננה מתיישבת עם רצונם המשוער של הצדדים, שכן היא מגדילה את היקף הסיכונים שכל צד נוטל על עצמו, וכך מפחיתה את רווחיותה של העיסקה עבור שני הצדדים.[66] זאת ועוד, מאחר שהתופעה של הפרות חוזים היא סיכון רגיל שעל הצדדים לצפות להתרחשותו, יהא זה אך ראוי לפרש את שתיקתם בנושא התשלום העונשי כהסדר שלילי, ולא כחסר.[67] אוסיף, כי טיעון זה מתחזק, לכאורה, לאור העובדה שהסכמה מפורשת על תשלום עונשי הינה חיזיון נדיר ביותר, שעה שהסכמה על פיצויים מוסכמים היא נפוצה למדי. מטעמים אלה, ובהעדר הוראה מפורשת לסתור, ראוי לפרש את רצונם ההיפותטי של צדדים טיפוסיים לחוזה באופן השולל את תחולת הדוקטרינה ביחסים שביניהם.

2. <u>ביקורת הטיעון</u>

10.13 לדעתי, הכרה בתשלום העונשי כסנקציה בגין התנהגות מחפירה לא זו בלבד שאין היא עומדת בהכרח בסתירה לרצונם המשוער וציפייתם הסבירה של צדדים לחוזה, אלא שנראה שהיא אף מתיישבת עימם. להלן יתואר קו המחשבה המוליכני למסקנה זו.

1. העדר עיגון מפורש לדוקטרינה בחוזה איננו משקף העדר רצון להחלתה

10.14 לדעתי, ככלל, בהעדר התייחסות פרטנית של הצדדים לחוזה לסוגיית הסעדים והסנקציות במקרה של הפרה, אין מקום להעדיף א-priori פרשנות השוללת מהם כל סעד שלא נזכר בחוזה, על פני פרשנות הפוכה הרואה בהעדר התייחסות משום חסר הטעון השלמה.[68] ואם כך לגבי תרופות בכלל, הרי לא כל שכן ביחס לתשלום העונשי. חוזה

---

that the <u>parties may provide their own remedies.</u> Much of the law of contract is an effort to provide express remedies where the parties have failed to address problems or contingencies implicit in their agreement. … <u>The salient principle remains, however, that the choice of remedies is left primarily to the private bargaining process</u>. …[On the other hand] **tort is a matter of public law to which all individuals are subject irrespective of choice. A duty is imposed on all individuals to restrain the exercise of freedom so as to avoid damage to others. …<u>the provision for remedies is never left to the participants in the tortious event</u>, but is prescribed by the state… Hence, <u>the elemental danger in confusing these two historic doctrines is that individual freedom may be significantly curtailed without justification</u>."** בערעור זה הפך בית המשפט הפדרלי שורה של פסיקות ליברליות בבית המשפט לערעורים של מדינת קולורדו, שבהן הופעלה הדוקטרינה בתחום החוזי. לדיון בפסיקות אלה ר' סע' 5.10(40) לעיל. See also ***Seaman's***, 769: **"…there is the risk that interjecting tort remedies** [into contract law] **will intrude upon the expectations of the parties."** תפיסה דומה הביע גם בית המשפט העליון של קנדה בעניין ***Vorvis***. כזכור, שופט הרוב McKintaire קבע שם, שההכרה בדוקטרינה בתביעות חוזיות תהיה נדירה למדי, שכן בדיני החוזים, בניגוד לדיני הנזיקין, הנפגע אינו זכאי אלא לתמורה שנקבעה בחוזה במפורש. לדברים ולביקורתם ר' סע' 4.18(62). החשש כי החלת דוקטרינות 'נזיקיות' ביחסים חוזיים תביעה ל'בליעת' דיני החוזים על ידי דיני הנזיקין תוך פגיעה באוטונומיית הרצון של הצדדים נזכר לעיתים גם בספרות: **"The reason that we protect contract law from tort law's "voracious appetite" is that we value the consent and the autonomy it presupposes… ..tort law should never subordinate consent, and making breach of the duty of good faith actionable in tort would do just that."** D. Patterson, "Good Faith in Tort and Contract Law: A Comment" 72 **Texas L.R.** (1994) 1291, 1292.

[65] חריג לכך הם, כמובן, הפיצויים המוסכמים, אשר מעצם מהותם טעונים הסכמה מפורשת של הצדדים.

[66] פיתוח נרחב של טיעון זה מופיע במאמרו של: A. Schwartz, "The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures" 100 **Yale L.J.** (1990) 369. במרכזו של המאמר עומד הניסיון להראות, שרצונם המשוער של הצדדים הטיפוסיים לחוזה הוא בתרופה שתגן על אנטרס הציפייה שלהם, ולא מעבר לכך, שכן זהו ההסדר הממקסם את רווחיהם המשותפים מהעיסקה. המלומד מתנה את תקפותה של טענה זו ב-7 הנחות, וטוען כי היא נכונה במרבית המצבים החוזיים הטיפוסיים. מטענה זו גוזר המחבר במישרין את המסקנה, כי הכרה בתשלום העונשי עומדת בסתירה לרצון הצדדים.

[67] טיעון ברוח זו מוצג (ונדחה) אצל **Katz**, 527: **"..breach** [of contract] **is something the parties expect from one another and they plan accordingly. Therefore, it is unfair to punish a party for doing something that is commonly accepted."**; **McNamara**, 237: **"..breach is so common an occurrence that it is an accepted risk."**; see also **Penington**, 58 (same).

[68] כך, למשל, העדר עיגון בחוזה לתרופות המנויות בחוק התרופות ומחוצה לו (כדוגמת תשלומי ההשבה, או סעדים אחרים מדיני עשיית עושר ולא במשפט או מדיני הנזיקין) איננה מתפרשת לרוב באורח כזה. נהפוך הוא: אם כבר יש לבחור בין שתי החלופות (חסר או הסדר שלילי), דומה כי החזקה שהצדדים אינם מבקשים לשלול מעצמם סעדים משפטיים המוכרים בדין נראית סבירה יותר. קביעה

nevo.co.il

הוא מפעל משותף הדורש מידה מינימאלית של אמון הדדי בין הצדדים לו, אשר בהעדרה לא ייכרת החוזה.[69] התנהגות מחפירה הנגלית בין צדדים לחוזה מהווה פגיעה חמורה, בדרך כלל אנושה, במערכת היחסים החוזית.[70] אך סביר אפוא להניח, שבעת כריתת החוזה האפשרות כי הצד השני יפר אותו באורח מחפיר אינה עומדת כלל לנגד עיניו של המתקשר הממוצע. יתרה מכך, גם לו ניתן היה להניח, שהחשש להפרה מחפירה אכן חולף לעיתים בראשו של צד למשא ומתן, הרי בעצם העלאת אפשרות זו בפני הצד השני יש משום העברת מסר שלילי של חשדנות וחוסר אמון כלפיו. מסר זה צפוי לקומם את הצד השני, לזרוע בליבו חששות וספקות כלפי הצד המעלה את האפשרות, ועלול אף להשמיט את הקרקע מתחת לרגליה של העיסקה כולה.[71] סביר אפוא להניח, שהעובדה שבמרבית החוזים הנכרתים אין עיגון לדוקטרינה (כמו שבמקרים רבים אין עיגון לתרופות אחרות) איננה נובעת מרצונם של הצדדים לשלול מעצמם הגנה מפני הפרה מחפירה של החוזה, אלא יסודה בהעדר הצפייה של אפשרות כזו בעת הכריתה, או בהעדר הרצון להזכיר אותה.[72] ולבסוף, אך חשוב לא פחות, אין לשכוח כי בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות אין מכירים בתוקפן של תניות עונשיות. במציאות זו הניסיון לייחס לשתיקת הצדדים משמעות של הסדר שלילי הוא בבחינת לעג לרש, ואיננו מוצדק כלל ועיקר.[73]

2. רצונם ההיפותטי של צדדים לחוזה עשוי להתיישב עם ההכרה בסנקציות לבר-מפצות

10.15 גם הטענה שלפיה רצונם ההיפותטי של צדדים טיפוסיים לחוזה הוא להסתפק בכל מקרה בסעד של פיצויי ציפייה, איננה משכנעת. נראה שהמתקשר הטיפוסי בחוזה איננו אדיש לאפשרות שהחוזה יופר, ומעדיף את קיומו בעין על פני קבלת פיצוי ציפייה בגין הפרתו. שני טעמים עיקריים לדבר: **ראשית,** במרבית המקרים אין הזכות לפיצויי ציפייה יכולה לשמש תחליף מלא לביצוע החוזה ככתבו וכלשונו; במלים אחרות - אין בה כדי להעמיד את הנפגע

זו יש לסייג, כאמור בטקסט, במקרים שבהם הצדדים קבעו הסדר תרופתי מפורט יחסית. שיקול זה נזכר במפורש על ידי השופט מצא בעניין ***אפרופים*** כנימוק לראיית שתיקתם של הצדדים כהסדר שלילי (פסקה 19 לפסק דינו). דוגמה לכך ניתן להביא מפסק הדין זאת ועוד: המשקל שמייחסים לרצון הצדדים בעיצוב התרופות בתחום החוזי בהשוואה למשקלו בתחום הנזיקי נראה מופרז. דומה, שעיקר ההבדל בין שני התחומים מבחינה זו טמון בקביעת ההסדרים הראשוניים, ולאו דווקא בעיצוב ההסדרים המשניים, התרופתיים: **ראשית,** למרות שבאורח תיאורטי הצדדים לחוזה רשאים כמובן להתנות ביניהם מה יהיו התרופות בגין הפרת החוזה, הרי בפועל במקרים רבים הם מותירים את הסוגיות התרופתיות לדין הכללי (מה גם שחלק מדיני התרופות החוזיים הם כופים - למשל ההוראות המכפיפות את הזכות התרופתית לשיקולי צדק וסבירות, ותרופות בגין הפרת חובת תום הלב). **שנית,** גם ההסדרים התרופתיים בנזיקין ניתנים להתנאה, לפחות במידת מה, באמצעות הסכמות מראש או בדיעבד (תניות פטור, הגבלת אחריות לנזקים מסויימים או לתרופות מסויימות, וכיו"ב).

69 הדברים אמורים לא רק בחוזים הנכרתים לאחר משא ומתן פעיל בין שני צדדים שווי מעמד, אלא גם בחוזים אחידים, שבהם קיימים פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים ושבהם צד אחד שולט על עיצוב תכניו של החוזה. גם התקשרות בחוזה כזה משקפת במרבית המקרים בחירה חופשית של הלקוח - לפחות של זהות הספק ושל המחיר (להוציא מקרים של מונופול), ואיננה מתרחשת בדרך כלל אלא אם כן הלקוח מאמין, שהספק יעשה מאמץ מינימלי לספק לו את השירות או הנכס הנרכש באיכות סבירה.

70 דוגמות להתנהגות מחפירה בין צדדים לחוזה יידונו בפירוט בפרק י"ב.

71 לרעיון זה מצאתי תמיכה בספרות: **"Such** [pricing] **behavior clearly signals to the other party a lack of reliability or, worse, bad intentions. It is hard to believe that such pricing behavior in prior negotiations would not endanger the contract's very existence.. ..mere mention of the possibility again endangers the contract and the trust upon which the relationship depends." Chapman**, 771.

72 אמירה ברוח דומה נאמרו על ידי מלומד אחד בהקשר לאפשרות להתנות מראש בחוזה מה תהיה התוצאה של הפרת חובת תום הלב על ידי אחד מהם: **"It is difficult to imagine parties foreseeing and negotiating the risk of bad faith conduct, let alone the damages such conduct might cause." Cohen, M.**, 1311. ההכרה בכך שבמרבית החוזים, ואפילו חוזים עיסקיים במובהק, אין למצוא בדרך כלל התייחסות נרחבת לנושא הסעדים במקרה של הפרה זכתה להכרה במאמרו המונומנטלי של S. Maculay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study" 28 **Am. Soc. R.** (1963) 55 שהיה ממייסדי אסכולת "חוזי היחס" (relational contracts). לדיון באסכולה זו ר' סע' 11.61 להלן.

73 בשיטות אלה צפוייה תניה הקובעת תשלום עונשי להיפסל בשל היותה סותרת את תקנת הציבור, ולפיכך קשה לצפות מצדדים סבירים לחוזה כי יעגנו אותה במפורש, גם אם הם חפצים בכך. להיקף ההכרה בתשלום עונשי מוסכם בארץ ובעולם ר' סע' 1.14 לעיל. כשל נוסף ממנו סובל הטיעון המבקש לראות בשתיקת הצדדים הסדר שלילי, הוא כשל מושגי-תיאורטי: הוא מבקש להסיק מהעובדה האמפירית שהפרת חוזים מודעת היא תופעה רווחת, על היחס הנורמטיבי של האדם הסביר כלפי תופעה זו. גישה אבסורדית שכזו שקולה לייחוס כוונה לצדדים לחוזה להתיר זה לזה לעבור עבירה פליליות, כל אימת שעבירות אלה הן נפוצות, ושהצדדים לא אסרו את ביצוען במפורש. זאת ועוד: טיעון זה נכשל בהבחנה בין הפרה מודעת, שייתכן כי היא בגדר סיכון צפוי הכרוך בכריתת חוזה, לבין הפרה מחפירה, שהיא ללא ספק סיכון בלתי צפוי. לביקורת ברוח זו ר' גם **Katz**, 535.

nevo.co.il

במצב המדוייק בו היה נתון לו קויים החוזה.[74] **שנית,** גם בהנחה (הבלתי-מציאותית) שהפיצוי בגין הפרת חוזה תואם באופן מושלם את אינטרס הציפייה, עדיין קיים סיכוי לא מבוטל שהנפגע כלל לא יזכה בפיצויים אלה בשל בעיית ההתחמקות מהדין.[75] במציאות זו אך סבירה היא ההנחה שהנפגע בכוח, כאדם סביר המבקש למזער סיכונים, היה מעדיף - לו היה הדבר ניתן לביצוע מבלי להגדיל באופן מוגזם את עלויות העיסקה או להכשילה - להבטיח עצמו מפני אפשרות שהחוזה יופר. גם אם הדעת נותנת שצדדים לחוזה עשויים לצפות אפשרות שהוא יופר על ידי הצד השני, אין זה סביר להניח, ודאי לא תמיד ובכל מצב, כי רצונם ההיפותטי הוא להסתפק בפיצויי ציפייה.[76] דברים אלה נכונים מכוח קל וחומר לגבי הפרה מודעת ואופורטוניסטית של החוזה המבוצעת מלכתחילה במטרה להתחמק מאחריות לנזקי ההפרה. הטעם לכך הוא, שהפרה כזו מגדילה באופן משמעותי את הסיכוי לתת-פיצוי ולהתחמקות מהדין, בשעה שהימנעות ממנה איננה כרוכה בעלויות מיוחדות (וזאת בהשוואה להפרה רשלנית הנעשית בהיסח הדעת). המסקנה המתחייבת היא, שרצונם המשוער של צדדים טיפוסיים וסבירים לחוזה הוא בהכרה בסנקציה חזקה יותר מסנקציית הפיצויים, אשר תוכל להבטיח להם כי החוזה לא יופר באורח אופורטוניסטי, או לכל הפחות - כי אם יופר יוכלו לזכות באכיפה (להבדיל מפיצויים בלבד).[77] אמנם, הדרישה מצד הנפגע בכוח להכללתה של סנקציה לבר-מפצה כזו עשויה להביא להעלאת המחיר החוזי שידרוש המפר בכוח בתמורה לעיגונה בחוזה. עם זאת, מחיר זה עשוי להיראות לנפגע בכוח כמשתלם, אם בכוחו להקטין באופן משמעותי את הסיכוי להפרה אופורטוניסטית של החוזה, או לכל הפחות את הסיכוי לקבלת פיצוי מלא במקרה של

---

[74] ניתן להצביע על מספר גורמים לכך: 1) במקרים רבים מושא החוזה הוא ייחודי, ולכן לא ניתן לקבל עבורו תחליף זהה בדמות פיצוי כספי. הדברים אמורים לא רק בנכסי מקרקעין, חפצי אמנות, וכיו"ב (במקרים אלה מרבים ליתן סעד של אכיפה) אלא למעשה בשירותים רבים של בעלי מקצוע בהם בוחר מקבל השירות על יסוד השילוב המיוחד שבין רמתם המקצועית לבין תנאי השירות והמחיר שהם מספקים. 2) גם במקרים שבהם מושא החוזה איננו ייחודי וניתן לרכישה בכספי הפיצויים, אין הדין מפצה על פי רוב באופן מלא על האכזבה, הטירחה, הפגיעה בשם הטוב, וכיו"ב נזקים לא-ממוניים הכרוכים בהפרת חוזה. 3) במרבית המקרים אין הנפגע מפוצה גם על מלוא נזקיו הממוניים, וזאת בשל כללי ריחוק הנזק, חובת הקטנת הנזק, העדר פיצוי מלא על הוצאות ההתדיינות, וכיו"ב. לדיון בבעיית תת-הפיצוי בתחום החוזי ר' סע' 10.23 להלן. 4) גם בהתעלם מבעיות אלה, קיים תמיד קושי טבוע בהוכחת הנזק שנגרם, ובהערכה שיפוטית של שוויו הסובייקטיבי של ההפסד החוזי מבחינת הנפגע. **Schwartz**, A. 373 "**..a court cannot accurately determine what the promisee's gain from performance would have been."** קושי זה מהווה את אחת מההצדקות הכלכליות להכרה בפיצויים מוסכמים. לדיון בקושי לתרגם תועלות אישיות למונחים כספיים, ולביקורת על הגישה הכלכלית, המתיימרת לפתור בעייה זו או 'לטאטאה אל מתחת לשטיח' ר': P. Linzer, "On the Amorality of Contract Remedies - Efficiency, Equity, and the Second Restatement" 81 **Colum. L.R.** (1981) 111, 117-19. אמנם, לכאורה טיעון אחרון זה אינו מצדיקה העדפה של קיום החוזה על פני זכות לפיצויים, שכן הפיצוי שייפסק בפועל יכול שיעלה בשיעורו על השווי הסובייקטיבי של הקיום מבחינת הנפגע. אולם בהנחה שמרבית האנשים הם שונאי סיכון, יש היגיון רב בהנחה שצדדים טיפוסיים לחוזה מעדיפים (באורח היפותטי) הסדר המבטיח להם ביצוע מושלם על פני הסדר המבטיח זכות לפיצויים.

[75] לבעייה בכלליות ר' סע' 7.46 לעיל. לבעייה בהקשר החוזי ר' סע' 10.22. אחת הבעיות במאמרו של Schwartz A. נעוצה בהנחת היסוד שלו שלפיה: **"the promisEe always detects breach and will sue if breach occurs." Schwartz**, A. 373 & n. 11. במקום אחר המלומד מכיר בכך שהנחה זו אינה תמיד ריאליסטית, אך הוא סבור שהטלת סנקציה עונשית איננה מספקת לבעיית ההתחמקות מהדין פתרון מוצלח, ומכל מקום מתעלם מאפשרות זו לצורך הניתוח שלו. **Schwartz**, A. n. 67

[76] לתמיכה בעמדה זו ר' למשל: **Katz**, 528: **"A large number of contracting parties (and not only just consumers) do not consider any form of breach part of the deal.";** see also U.C.C., Comment 1 to s. 2-609: **"..the essential purpose of a contract between commercial men is <u>actual performance</u> and they do not bargain merely.. ..for a promise plus the right to win a lawsuit."** מעניין לציין, שאפילו Holmes, אביו הרוחני של רעיון "ההפרה היעילה" הכיר בכך, שבמרבית המקרים רצון הצדדים לחוזה הוא שהחוזה יבוצע, ולא שישולמו להם פיצויים במקרה של הפרה: **"..when people make contracts, they usually contemplate the performance rather than the breach." Holmes**, 302.

[77] סנקציה כזו איננה חייבת לבוא בדמות הכרה באפשרות לפסוק תשלום עונשי. לעיתים יעדיפו הצדדים תניית תשלום עונשי מוסכם, ולעיתים הם עשויים להסתפק בתנייה המקנה לנפגע את הזכות לאכיפת החוזה. עם זאת, יש לזכור שאכיפת החוזה בדיעבד לעולם איננה שקולה לביצוע המקורי, ולו מהטעם של חלוף הזמן עד לביצוע צו האכיפה השיפוטי (חריג אפשרי לכך הוא צו אכיפה הניתן בטרם הופר החוזה מכוח דוקטרינת ההפרה הצפוייה - ר' סע' 17 לחוק התרופות). מסיבה זו, הזכות לאכיפה שקולה למעשה לסעד של קיום מאוחר בצירוף פיצויים על העיכוב בביצוע, ולפיכך חשופה לאותם קשיים שמעורר סעד הפיצויים. בנוסף, מבחינת המפר עשוי סעד האכיפה שלא לשמש כגורם מרתיע מספיק, במיוחד במקרים שבהם מטרתה העיקרית של ההפרה היא להרוויח זמן. מכאן, שלפחות ביחס להפרות אופורטוניסטית, סביר להניח שרצונם ההיפותטי של צדדים סבירים לחוזה הוא לא להסתפק בתרופת האכיפה, אלא לעגן את זכותם לסנקציות לבר-מפצות שימנעו את הפרה כזו מראש.

nevo.co.il

הפרה כזו.[78] מאחר שהימנעות מהפרה אופורטוניסטית אינה כרוכה בעלויות גבוהות מבחינתם של צדדים סבירים לחוזה,[79] הרי שהכללתה של תניה לבר-מפצה מעין זו צפוייה להתקבל גם על דעתו של הממר בכוח, וכך לשרת את האינטרסים של שני הצדדים לחוזה גם יחד. סיכומו של דבר, רצונם ההיפותטי של צדדים לחוזה עשוי במקרים רבים להתיישב דווקא עם קביעתן של סנקציות לבר-מפצות על הפרת החוזה, והדברים יפים שבעתיים ככל שמדובר בהפרה אופורטוניסטית.[80]

3. ההבחנה בין סנקציות לבר-מפצות שתכליתן פיצוי לבין כאלה שתכליתן עונשית-הרתעתית

10.16 האם הטיעון שביססתי עד כה מספק הצדקה להכרה בסנקציה של תשלום עונשי? לפחות לכאורה, יש קושי בהסקת מסקנה כזו. ניתן לטעון, שאת החשש כי הנפגע בכוח לא יזכה בהגנה מלאה על אינטרס הציפייה שלו ניתן להסיר באמצעות סנקציה כספית לבר-מפצה אשר תביא בחשבון בצורה משוכללת יותר את מכלול מרכיבי הסיכון הכרוכים בהפרה. סנקציה כזו אינה מיועדת להעניש את הממר, ואף לא להרתיעו מהפרה אופורטוניסטית של החוזה, אלא אך להבטיח, כי במקרה של הפרה כזו תינתן הגנה מלאה (בדיעבד) על אינטרס הציפייה. מכאן, שהכרה בכך שצדדים טיפוסיים לחוזה היו מעוניינים (באופן היפותטי) לעגן בחוזה סנקציה לבר-מפצה בתגובה להפרה אופורטוניסטית, איננה מלמדת בהכרח שהם מעוניינים בסנקציה לבר-מפצה בעל אופי עונשי.

לדעתי, הערה זו היא במקומה, אך אין היא צריכה לחרוץ את גורלו של התשלום העונשי לכף חובה. אכן, במקרים מסויימים ייתכן שניתן לייחס לתניות לבר-מפצות תכלית קומפנסטורית טהורה, כפי שאכן נעשה בספרות לא אחת.[81] תכלית כזו הצדדים עשויים לממש באמצעות קביעת פיצויים מוסכמים בשיעור שיש בו כדי לשקף,

---

78 הכללת תנייה עונשית לבר-מפצה עשוייה לשרת את הנפגע בכוח בכמה מובנים: **ראשית,** היא עשויה לספק לו מידע אמין בדבר כוונותיו, אמינותו, ומידת רצינותו של הצד השני לעיסקה; **שנית,** היא עשויה לצמצם את הסיכון לתת-פיצוי במקרה של הפרה. להצגה תמציתית של יתרונות אלה ר': **Posner**, 141-2

79 שכן כל שדרוש לשם כך הוא להימנע מהפרה מודעת של החוזה המלווה בניסיון התחמקות מאחריות לנזקיה. הימנעות כזו אינה כרוכה בעלויות גבוהות מבחינת המתקשר הממוצע, שחזקה כי אינו מתקשר בחוזה מראש מתוך מטרה לחבל באנטרסים של רעהו. לעומת זאת, מתקשר שעלויות אלה הן גבוהות מאוד מבחינתו, הוא ככל הנראה מתקשר שעדיף להימנע מכל התקשרות עימו, ולפיכך אין בהרתעתו מהתקשרויות חוזיות משום נזק חברתי, אלא להיפך.

80 תמיכה במסקנה זו אני מוצא בפסק דינה של שופטת המיעוט, Bird, בעניין ***Seaman's*** (לדיון בפסק הדין ר' סע' 5.29, 5.30). השופטת הציעה להכיר בסמכות לפסוק תשלום עונשי בתביעה חוזית כאשר הדבר מתיישב עם כוונת הצדדים. לדבריה, הדבר יקרה בשני מצבים טיפוסיים: **האחד** - כאשר בעת הכריתה הבהירו הצדדים במפורש כי הפרת החוזה אינה בגדר אפשרות מקובלת; **השני** - כאשר תשלום פיצויים אינו בגדר סעד מספיק בחוזה הנדון. ר': **"A breach of contract may also constitute a tortious breach of the covenant of good faith and fair dealing in a situation where the possibility that the contract will be breached is not accepted or reasonably expected by the parties. This could happen, for example, <u>if at the time of contracting, the parties expressly indicate their understanding that a breach would be impermissible. Or,</u> it could happen <u>if it were clear from the inception of the contract that contract damages would be unavailable or would be inadequate compensation for a breach.</u> Under these circumstances, a breach of the contract could well constitute a tortious breach of the duty of good faith and fair dealing."** ***Seaman's***, 370 (Bird J. dissenting in part). על כך שתשלום עונשי עשוי לעלות בקנה אחד עם רצונם המשוער של הצדדים לחוזה עמדו Polinsky ו-Shavell: **"Parties would benefit from the imposition of punitive damages when such damages are necessary to induce the promisor to perform adequately."** **Polinsky**, 937. בספרות הכלכלית נערכו דיונים רבים סביב שאלת ההצדקה להכרה בתניות של תשלום עונשי מוסכם (penalties). לדעה התומכת בהכרה בסנקציה זו ר' למשל: C.J. Goetz, R.E. Scott, "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on An Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach" 77 **Colum. L.R.** (1977) 554; P.R. Kaplan, "A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages" 50 **S. Cal. L.R.** (1977) 1055; L.A. DiMatteo, "A Theory of Efficient Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages" 38 **Am. Bus. L.J.** (2001) 633. לדעה הפוכה הגורסת שהאיסור המסורתי על תניות עונשיות הוא יעיל ר': S.A. Rea, "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages" 13 **J. Leg. Stud.** (1984) 147; K.W. Clarkson, R.L. Miller, T.J. Muris, "Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonesence?" Vol. 1978 **Wis. L.R.** 351. לבירור שאלת ההצדקה הכלכלית להכרה בתשלום העונשי כסנקציה חוזית ר' סע' 11.27 להלן.

81 זוהי למעשה טענתו של Schwartz, A. במאמרו. עקבי להנחתו (השגוייה, לדעתי) כי הצדדים לחוזה לעולם אינם חפצים בתשלומים לבר-מפצים, המלומד סבור שכל תשלום מוסכם, גם כזה הנראה לבית המשפט מופרז, הוא למעשה פיצוי מוסכם (אם כי משוקלל ומלא) על אנטרס הציפייה, ומכאן שהאיסור על תניות עונשיות הוא מיותר. **Schwartz**, A., 370: **"…the liquidated damage rule is unnecessary. Courts do not have to prevent promisees from obtaining penalty clauses if promisees do not want penalty clauses…"**

nevo.co.il

להערכתם, את נזקה של ההפרה, תוך התחשבות בסיכון להתחמקות מהדין ולתת-פיצוי.[82] עם זאת, במקרים אחרים עשוי הנפגע בכוח לחשוש, כי שום פיצוי לא יפצה אותו על נזקה האמיתי והמלא של ההפרה שממנה הוא מבקש להתגונן.[83] במקרה כזה עשוי הנפגע להעדיף לקבוע את התשלום העונשי המוסכם בסכום שיהא בו, להערכתו, כדי לשלול מהמפר כל תמריץ שהוא להפרה אופורטוניסטית. במצב זה תכליתו של התשלום הלבר-מפצה שעליו הסכימו הצדדים איננה להבטיח כי הנפגע יזכה בדיעבד בפיצוי מלא על ההפרה, אלא להבטיח כי זו לא תתרחש כלל. תכלית זו ניתנת להשגה באמצעות הסכמה על סכום שתכליתו איננה קומפנסטורית, אלא עונשית.[84]

4. רצונם ההיפותטי של צדדים לחוזה מתיישב באופן ספציפי עם ההכרה בתשלום עונשי

10.17 אולם יש לזכור, שהשאלה הרלבנטית לענייננו אינה: "האם צדדים טיפוסיים לחוזה עשויים להיות מעוניינים בסנקציה עונשית שתרתיע מפני הפרת החוזה". שאלתנו אף איננה "האם צדדים טיפוסיים לחוזה עשויים להיות מעוניינים בסנקציה עונשית שתרתיע מפני הפרה אופורטוניסטית של החוזה?" שאלתנו היא: "האם צדדים טיפוסיים לחוזה עשויים להיות מעוניינים בסנקציה עונשית כדוגמת התשלום העונשי שתרתיע מפני הפרה מחפירה של החוזה?" נדרש אפוא הסבר ספיציפי יותר לשם ביסוס הטענה, כי רצונם ההיפותטי של צדדים לחוזה מתיישב עם ההכרה בסנקציות כדוגמת התשלום העונשי.

לדעתי, ההצדקה להכרה בתשלום העונשי במונחים של רצון היפותטי היא פשוטה למדי. גם אם במצבים מסויימים צד לחוזה עשוי להסכים ליטול על עצמו את הסיכון להפרת החוזה, הרי שאין הדבר כך ביחס לסיכון מפני הפרה מחפירה. הדעת נותנת, שכל מתקשר סביר היה מעדיף להימנע כמעט בכל מחיר מהסיכון שהצד השני לחוזה ינהג בו באורח מחפיר. הסיבה לכך נעוצה במאפייניה הבסיסיים של ההתנהגות המחפירה. כזכור, התנהגות מחפירה מתאפיינת בזלזול בוטה בזכויות הנפגע, ופוגעת באורח קשה בכבודו וברווחתו הנפשית. נזקיה של פגיעה כזו קשים לאומדן ולהערכה מראש, ולפיכך קשה להניח כי אדם נורמלי יאות לחשוף עצמו להתנהגות כזו מרצונו הטוב - אפילו בתמורה לפיצוי כספי (שאין ביכולתו לדעת אם יפצה אותו באופן מלא). יתרה מכך, הכרתו של הנפגע בחומרתה המוסרית של ההתנהגות המחפירה אף היא עשוייה להובילו להתנגד להתיר לצד השני לנקוט בה, וזאת גם בתמורה לפיצוי מלא ומשוקלל (כמיטב הערכת הצדדים).[85] אכן, העובדה שתניות המעניקות לצד לחוזה פיצויים במקרה של התנהגות מחפירה אינן קיימות בפרקטיקה החוזית - אפילו לא במקרים נדירים - עשויה לתמוך בטענה זו, שכן היא מעידה שצדדים לחוזה אינם מוכנים אפילו לשקול לקבל פיצויים בגין התנהגות מחפירה. אם טענתי זו היא נכונה, המשמעות היא שצדדים סבירים לחוזה אינם רואים בהפרה מחפירה של החוזה אפשרות מקובלת כלל ועיקר. רצונם (ההיפותטי) הוא להבטיח כי הפרה כזו לא תתרחש כלל, גם אם הדבר כרוך בהעלאה מסויימת של

---

[82] מבחינת הצדדים המטרה כאן היא פיצוי, אך מבחינה חברתית ניתן לטעון כי המטרה היא להבטיח הפנמה מלאה של העלויות הכרוכות בהפרה. במונחים המוכרים לנו מהדיון בפרק ז', מדובר למעשה בטכניקה מסוג של הרתעה "מפנימה" או "אופטימלית". ר' סע' 7.43, 7.44 לעיל.

[83] למשל, בפני פלוני עומדת הזדמנות חוזית חד-פעמית לרכוש מקרקעין ייחודיים, או להתקבל למסלול אקדמי באוניברסיטה יוקרתית. פלוני עשוי לסבור כי שום פיצוי כספי לא יפצה אותו על אובדן ההזדמנות, ולפיכך עשוי להעדיף לקבוע סכום שתכליתו להרתיע את הצד השני לעיסקה מהפרת החוזה. דוגמה מובהקת עוד יותר היא חוזה לטיפול רפואי על ידי מומחה עולמי, להסרת גידול ממאיר. במקרה זה פלוני יעדיף להבטיח עצמו מפני האפשרות של הפרה, על פני ניסיון להעריך כמה נזק תגרום לו הפרת החוזה.

[84] במונחים המוכרים לנו מהדיון בפרק ז', מדובר למעשה בטכניקה מסוג של הרתעה "מוחלטת" או "ממגרת". למושג ר' סע' 7.43 לעיל. מצב נוסף שבו מטרת התשלום המוסכם לא תהיה להבטיח פיצוי מלא לנפגע, הוא המצב שבו המפר מבקש לאותת לנפגע באמצעות הבקשה להכליל תניה "עונשית" על רצינות כוונותיו. לעניין זה ר' **Posner**, 144, המבקר את הכללתו של Schwartz, A. על בסיס תובנה זו.

[85] במילים אחרות, טענתי היא, כי צדדים לחוזה לא היו מסכימים, בעבור שום הון שבעולם, להתקשר בחוזה מתוך ידיעה שהצד השני עלול לנהוג כלפיהם בעתיד באופן מחפיר. זאת, לא רק בשל החשש התועלתני-האגואיסטי כי לא יפוצו באופן מלא בדיעבד, אלא גם בשל הכרה מוסרית בכך שהתנהגות מחפירה היא עוול שאסור להשלים עימו או להסכים לו בשום תנאי, ושראוי למונעו באמצעות עונש מרתיע.

nevo.co.il

המחיר החוזי.[86] אולם מאחר שעבור צדדים סבירים לחוזה הימנעות מביצוע הפרות מחפירות איננה כרוכה בעלויות ניכרות, הרי שהמחיר החוזי ההיפותטי שעליו יסכימו בתמורה לכך צפוי להיות נמוך ביותר, ולפיכך משתלם לשניהם ברוב רובם של המקרים.[87]

המסקנה המתחייבת מכל האמור לעיל היא, שהכרה בתשלום העונשי כסנקציה חוזית על התנהגות מחפירה לא רק שאין היא עומדת בהכרח בסתירה לרצונם המשוער או ההיפותטי של צדדים לחוזה, אלא שניתן להניח שכמעט תמיד היא עולה עימו בקנה אחד.[88]

חלק שלישי:
טיעונים במישור התועלת

I. הכרה בתשלום העונשי תמנע הפרות יעילות

א. הצגת הטיעון

10.18 אחד מהטיעונים החשובים כנגד ההכרה בדוקטרינה בתחום החוזי, והחשוב מביניהם מבחינת המשקל המיוחס לו בקרב שופטים ומלומדים בני זמננו מבוסס על תיאוריית "ההפרה היעילה" ("efficient breach"). תיאוריה זו פותחה בכתבי אסכולת הגישה הכלכלית למשפט בראשית שנות ה-70, וקנתה לה אחיזה בעשורים האחרונים בקרב שופטים ומלומדים רבים, בפרט בארצות הברית.[89] במוקד התורה עומד הניסיון להסביר ולהצדיק במונחי יעילות

---

[86] ניתן לראות בחוזה היפותטי זה מעין חוזה ביטוח: כל צד משלם לרעהו פרמיה, כדי שזה ישריין אותו מפני הסיכון להיחשף להפרה מחפירה של החוזה.

[87] במונחים כלכליים ניתן להסביר זאת כך: התועלת שמפיק כל צד לחוזה מכך שהוא חוסך לעצמו את הסבל והנזק הכרוכים בהתנהגות מחפירה של הצד השני, תהיה ברוב רובם של המקרים גדולה מן המחיר שיהא עליו לשלם לצד השני (באופן היפותטי) לשם כך. גם עבור מתקשרים חסרי תום לב המתקשרים בחוזה מתוך ידיעה שבכוונתם להפר אותו מאוחר יותר (זהו מקרה של מרמה ממש) או מתוך ידיעה שאין בכוונתם להתחשב באנטרס של הצד השני בקיום החוזה, יהיה כדאי בדרך כלל להסכים להתחייבות כזו מבלי לדרוש עבורה מחיר גבוה, שכן דרישה כזו עלולה לשמש כאיתות הזהרה שיגרום לצד השני להימנע מההתקשרות (מחיר גבוה משמעותו שקיים סיכון גבוה להפרה מחפירה). מפרים "מחפירים" מטיבם ייאלצו אפוא בדרך כלל להיוותר מחוץ למעגל ההתקשרויות החוזיות, וזאת לפחות כל עוד הנורמה החברתית רואה בהתנהגות מחפירה תופעה פסולה ובלתי נסבלת.

[88] יפים לענייננו דברים שנאמרו בתמיכה להכרה בפסיקת תשלום עונשי במסגרת חריג תום הלב: **"Parties to a contract neither expect nor are expected to bargain over wrongful obstructions of remedies and bad faith and unreasonable claims, just as they do not contemplate and are not expected to contemplate the costs of intentional interference with a contract, malicious prosecution, or other torts that may be committed in the course of a contractual relationship. Therefore.. ..applying tort remedies for breach of the implied covenant will not distort the contractual relationship or disturb contract law". Cohen**, M. 1314. עמדה זו נתקבלה, אם כי בהקשר מצומצם יותר, בפסק הדין המפורסם בעניין ***Seaman's*** : **"Acceptance of tort remedies in such a situation** [bad faith denial of a contractual liability] **is not likely to intrude upon the bargaining relationship or upset reasonable expectations of the contracting parties"** ***Seaman's*** 770. של Schwartz, A., שלפיו הצדדים לחוזה אינם מעוניינים בתשלום עונשי (לעיל הערה 66). נעוץ בהתעלמות מן המטרה האמיתית שלשמה נועדה סנקציה זו. המלומד מניח, כי מטרת התשלום העונשי זהה למטרתם של הפיצויים המוסכמים - הערכה של הנזק הצפוי להיגרם במקרה של הפרה - ומסיק מן העובדה שהצדדים אינם חפצים באחרון, שאין הם חפצים גם בראשון. אולם, היקש זה הוא שגוי, באשר המטרה שלשמה עשויים צדדים לחפוץ בתשלום עונשי איננה הערכה טובה של נזקי ההפרה המחפירה, אלא רצונם להבטיח כי זו לא תתרחש כלל (בכשל טיפוסי זה של הגישה הכלכלית דנו אגב הניתוח הכלכלי המסורתי של הדוקטרינה, המתעלם מכך שהיא מבוססת על הרתעה ממגרת ולא על הרתעה מפנימה). תמוהה גם הערת המלומד, כי: **"Retributive concerns are outside this Article's scope; they also seem irrelevant to the commercial breaches that are its subject." Schwartz**, A., n. 4. גם אם ניתן להעלות על הדעת התעלמות מההיבט הגמולי-דאונטולוגי בעת בחינת יעילותה הכלכלית של הדוקטרינה, הרי אין זה סביר להתעלם ממנו במסגרת ניסיון להתחקות אחר כוונתם המשוערת של הצדדים. בעולם האמיתי צדדים לחוזה פועלים גם לאור אינטואיציות מוסריות, והם עשויים לחפוץ בתשלום עונשי ולו כדי לרצות את תחושותיהם המוסריות, ובכלל זה את הצורך בריצוי רגש הנקמה באמצעות ענישה גמולית הולמת של מפירים מחפירים, ריצוי שבלעדיו אין למעשה אפשרות לתקן באופן מלא את העוול שגורמת ההפרה המחפירה. להסברת הנקודה ר' סע' 7.83, 7.84, 9.10.

[89] המקורות הראשונים שבהם פותחה תורת ההפרה היעילה הם: R.L. Birmingham, "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency" 24 **Rutgers L.R.** (1970) 273; J.H. Barton, "The Economic Basis of Damages for Breach of Contract" 1 **J. Leg. Stud.** (1972) 277; R. Posner**, Economic Analysis of Law** (Boston, 2nd ed., 1977) 89-90; S. Shavell, "Damage Measures for Breach of Contract" 11 **Bell. J. Econ.** (1980) 466. עם זאת, שורשיה הרעיוניים של תורה זו נעוצים בקרקע האידאולוגיה הקפיטליסטית שהיתה שלטת במאה ה-19. היא עולה בקנה אחד עם התיאוריה הקלסית של דיני החוזים, שאחד מעיקריה הוא צמצום האחריות להפרת החוזה, ועם תפיסתו של Holmes, הנחשב לאב הרוחני של רעיון ההפרה היעילה. לעיל סע' 2.14(63). על מעמדה המבוסס של תיאוריית ההפרה היעילה במשפט האמריקאי מעידה העובדה שהיא נזכרת ברסטייטמנט כבסיס לדין התרופות

nevo.co.il

כלכלית את ההכרה בפיצויי ציפייה (expectation damages) כתרופה הראשית והעיקרית בדיני החוזים, ואת העדר ההכרה בסנקציות חריפות יותר על הפרת חוזה.[90] עמוד השידרה של תורת ההפרה היעילה הוא הטיעון, שלפיו משטר פיצויי הציפייה מבטיח כי בכל מקרה של הפרת חוזה - תהא אשר תהא חומרתה - יחוייב המפר להפנים את מלוא העלות החברתית של ההפרה. במצב זה נוצר תמריץ להפר את החוזה כל אימת - ורק כל אימת - שהרווח למפר עולה על הנזק לנפגע.[91] הפרה שכזו היא יעילה, שכן היא מקצה מחדש את המשאבים שברשות שני הצדדים לחוזה באופן יעיל יותר בהשוואה להקצאה שהיתה קיימת ערב ההפרה.[92] מכאן נגזרת במישרין ההתנגדות להכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים: הכרה כזו תרתיע את המפר בכוח מלהפר את החוזה **במודע** הפרה יעילה. הוא יחשוש כי תוטל עליו סנקציה לבר-מפצה, אשר תנגוס ברווח שאותו קיווה להפיק מההפרה, וחשש זה עלול להביא לסיכול התמריץ לביצוען של הפרות יעילות. זאת ועוד: אותו חשש ממש עלול להביא בסופו של דבר לצמצום התמריץ להתקשרות בחוזים מלכתחילה, וכך לפגוע קשות במסחר וביוזמה הפרטית.[93] בסעיפים הבאים אבקש לטעון, כי תורת ההפרה היעילה נשענת על הנחות לא מבוססות, וכי בחיי המעשה זכותו של הנפגע מהפרת חוזה לקבלת פיצויי ציפייה אינה מבטיחה יעילות כלכלית. מסיבה זו אין בתורת ההפרה היעילה כדי לשלול את יעילותן האפשרית של סנקציות לבר מפצות, ובכלל זה של התשלום העונשי.

ב. ביקורת הטיעון: תהיות מקדמיות

1. *אי הבהירות בתורת ההפרה היעילה: יעילות פרטו או קלדור-היקס?*

החוזי: **Rest.** Conts. (2) Introductory Note to ch. 16 התורה נזכרת במהדורות המודרניות של מרבית החיבורים האמריקאיים על דיני החוזים כהצדקה להעדפתו המסורתית של המשפט המקובל את תרופת הפיצוי על פני תרופת האכיפה. ר' למשל: **Farnsworth** (3) 277: **"Common law judges have wittingly or unwittingly gone a long way toward acceptance of this principle** [of efficient breach] **by generally refusing either to award punitive damages or to grant specific performance."** לאסמכתות מהפסיקה האמריקאית ר' הערה 93 להלן.

90 כדוגמת אכיפה, תשלומי השבה, תשלומים עונשיים ותניות עונשיות.

91 ניתן לראות, שטיעון זה הוא למעשה יישום בהקשר החוזי, של ההצדקה הכלכלית הכללית למשטר של "כללי אחריות", שפותחה בכתיבה הכלכלית בתחום דיני הנזיקין. לעיל סע' 7.44.

92 לדוגמה: אם הזכות החוזית שווה לנפגע 100, אך הפרת החוזה תצמיח למפר רווח של 150, הפרת החוזה היא יעילה, שכן השינוי הכולל ברווחה המצרפית שנוצר כתוצאה משלילת הזכות החוזית מהנפגע הוא חיובי: 50=100-150. לשאלה אם יעילות 'ההפרה היעילה' היא במונחי פרטו או במונחי קלדור-היקס ר' סע' 10.19 להלן.

93 להצגת טיעון ההפרה היעילה כצידוק לכלל האוסר ר' למשל: **Farnsworth** (3) 277; **Redden**, 376; **Volk**, 468: **"Punitive damages encourage contracting parties to avoid breaching contract when such a breach would prove economically prudent.";** see also **Posner**, 142 [regarding penalty clauses]: **"A penalty clause would deter efficient as well as inefficient breaches.."** מקורות נוספים המזכירים טיעון זה (אם כי שוללים את תקפותו כצידוק לכלל האוסר) הם למשל:- **Sebert**, 1659; **McNamara**, 236-7; **Rest.** Conts. טיעון ההפרה היעילה מובא אפילו ברסטייטמנט האמריקאי, כהצדקה לכלל האוסר. **Cavico**, 370-2; **McBride**, 380. **Patton v. Mid-Continent** (2) Note to s. 355 הטיעון זוכה בעשורים האחרונים להכרה מפורשת גם בפסיקה האמריקאית. ר' למשל: **Sys.** 841 F.2d 742, 750 (7th Cir., 1988): **"If he** [the promisor] **is forced to pay more than that** [expectation damages for actual loss] **an efficient breach may be deterred, and the law doesn't want to bring about such a result."** (Posner, J.); **Harris**, 654: **"The restrictions on contract remedies.. ..promote contract formation by limiting liability to the value of the promise. This encourages efficient breaches, resulting in increased production of goods and services at lower cost to society.";** see also **Dodge**, n. 9: לאסמכתות נוספות ר': ***Foley***, 683, n. 25. טיעון ההפרה היעילה נזכר כנימוק לשלילת ההכרה בדוקטרינה בתחום החוזים גם בדו"ח הוועדה הבריטית. **English Report**(1) s. 3.76, 6.21; **English Report**(2) s. 5.72. כמוער לעיל, מתורת ההפרה היעילה נגזרת התנגדות לא רק לתשלומים עונשיים, אלא גם לתרופות לבר-מפצות אחרות, כגון תשלומי השבה, תשלומים עונשיים מוסכמים, ואכיפה. לניתוח כלכלי של שאלת ההצדקה להכרה בתרופת האכיפה: A.T. Kronman, "Specific Performance" 45 **U. Chi. L.R.** (1978) 351; T.S. Ulen, "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies" 83 **Mich. L.R.** (1984) 341; A. Schwartz, "The Case for Specific Performance" 89 **Yale L.J.** (1979) 271; **Linzer**. בהקשר לתשלומי השבה ר' למשל: E.A. Farnsworth, "Your Loss of My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract" 94 **Yale L.J.** (1985) 1339, esp. 1380-2, 1386-7. למחלוקת באשר להצדקה הכלכלית לתשלום עונשי מוסכם ר' המקורות המפורטים בהערה 80 לעיל.

nevo.co.il

10.19 בתורת הכלכלה מקובל להבחין בין שני קריטריונים עיקריים של יעילות כלכלית - קריטריון פרטו (Pareto) וקריטריון קלדור-היקס (Kaldor-Hicks).[94] מהו קריטריון היעילות שמניח מודל ההפרה היעילה? האם כתנאי לראיית ההפרה כ"יעילה" נדרש כי המפר יפצה בפועל את הנפגע (יעילות פרטו) או שמא די בכך שהתועלת שתצמח למפר מן ההפרה עולה על הנזק שייגרם לנפגע (יעילות קלדור-היקס)? המעיין במקורות "ההפרה היעילה" ייתקל עד מהרה באי בהירות בשאלה זו.[95] מרבית המקורות הדנים בטיעון ההפרה היעילה אינם מתנים, לפחות לא במפורש, את יעילותו של מוסד ההפרה היעילה בתשלום פיצויים בפועל לנפגע עובר להפרה. עובדה זו עשוייה ללמד לכאורה על אימוץ קריטריון יעילות מסוג קלדור-היקס. עם זאת, נראה שלמעשה מרבית המקורות מניחים במשתמע, כי פיצויי ציפייה מלאים אכן משולמים לכל נפגע מהפרת חוזה בסופו של דבר, בין מרצונו הטוב של המפר, ובין באמצעות מערכת המשפט. ראיית טיעון ההפרה היעילה כמתבסס על קריטריון פרטו גם היא אפשרית אפוא, ובלבד שתשלום פיצויי ציפייה מלאים במסגרת הליך משפטי מאוחר יוגדר כחלק אינטגרלי מהפעולה הכלכלית (transaction) שהחלה עם ההפרה, או ייחשב כתוצאה הכרחית שלה.[96] כמובהר להלן, לדעתי הזכות לפיצויי ציפייה בגין הפרת חוזה איננה ערובה להתרחשותן של הפרות יעילות - לא פרטו, ואף לא קלדור-היקס.

2. סמנטיקה, מתודולוגיה ומה שמאחוריהן

10.20 המעיין בעין בוחנת בספרות העוסקת בניתוח הכלכלי של הדוקטרינה יגלה עד מהרה הבדלים בולטים בין הניתוח ה"נזיקי" שלה, לבין הניתוח המקובל בתחום החוזי:

ראשית, במישור המתודולוגי קיים פער בין דרך הניתוח של הסוגייה בשני התחומים: כפי שראינו, בתחום הנזיקין מוסכם על כל המלומדים שעסקו בסוגייה, כי גורמים שונים ההופכים את תרופת הפיצויים לבלתי יעילה מחייבים הכרה במתכונת זו או אחרת של תשלומים עונשיים או "מוגדלים".[97] ניתן היה אפוא לצפות, שהניתוח הכלכלי של הדוקטרינה בתחום החוזי יעבור בנתיב שנסלל על ידי הכותבים בתחום הנזיקי, ויתמקד, לפחות בשלב ראשון, בבחינת ישימותם של רציונלים אלה בהקשר החוזי. אולם בפועל, בספרות ה"חוזית" נבחנת השאלה מנקודת מוצא שונה לחלוטין, ולמעשה הפוכה: הניתוח הטיפוסי פותח כמעט תמיד בהצגת תורת ההפרה היעילה, וממשיך בניסיון להצדיק אותה (או לחלופין בניסיון לסייגה או לבקרה), כל זאת מבלי להתייחס כלל למסקנות ולהצדקות של הדוקטרינה שגובשו בכתיבה הכלכלית בתחום דיני הנזיקין.[98]

---

[94] קריטריון פרטו דורש, כתנאי לקביעה ששינוי מסויים בהקצאה נתונה של משאבים יהיה יעיל, כי לפחות אדם אחד יפיק תועלת מהשינוי, וכי אף אדם לא ייפגע בעקבותיו. קריטריון קלדור-היקס מסתפק בדרישה, שהתועלת הכוללת שתופק בעקבות השינוי תעלה על העלות הכוללת הכרוכה בו. להגדרה תמציתית של הקריטריונים ולהשוואה ביניהם ר' **גלעד**, 8-434. להצגת הקריטריונים במקור ר': V. Pareto, **Manual of Political Economy** (London, 1972, Schwier trans.) 451; N. Kaldor, "Welfare Propositions of Economics and Inter-Personal Comparisons of Utility" 49 **Econ. J.** (1938) 549; J.R. Hicks, "The Foundations of Welfare Economics" 49 **Econ. J.** (1939) 696.

[95] לביקורת דומה ר': **Katz**, 524 & n. 58 המביא את הניתוחים של Posner ו-Birmingham כדוגמה לשתי פרשנויות מנוגדות של קריטריון היעילות.

[96] נראה כי חלק מהמלומדים חולקים על פרשנות מרחיבה זו לקריטריון הפרטו, וסבורים כי יעילות פרטו יכולה להתקיים רק כאשר המפר עצמו משלם מיוזמתו פיצוי לנפגע עובר להפרה. מכאן הם מסיקים, כי תורת ההפרה היעילה איננה יכולה להיות מוצדקת במונחי יעילות פרטו, אפילו לא לכאורה. ר' למשל: **Dodge**, 664: **"So many breaching parties act opportunistically in refusing to pay damages.. ..that one may wonder whether a separate category of** [pareto] **"efficient" breaches even exists."** יצויין, שגם אצל Holmes, אבי הכופרים בקיומה של החובה לקיים חוזים, קיימת אי בהירות בשאלה, אם תשלום פיצוי עובר להפרה הוא תנאי ללגיטימיות שלה. נראה כי התשובה חיובית, שכן Holmes מדבר על כך שכריתת חוזה מטילה חובה לקיימו או לשלם פיצויים במקרה שיופר. מכאן משתמע, שאדם המשלם פיצויים רק בשל כפייה משפטית איננו עומד למעשה בקיום חובה מוסרית ומשפטית זו. דברי Holmes מובאים בסע' 2.14(63) לעיל.

[97] לעיל סע' 7.46, 7.48.

[98] ויודגש: פער מתודולוגי זה מאפיין לא רק את המקורות התומכים בטיעון ההפרה היעילה, אלא גם רבים מבין אלה המבקרים אותו. ייתכן שההסבר לפער זה טמון בעובדה, שרעיון ההפרה היעילה פותח בספרות כבר בשנות ה-70, בעוד שהכתיבה הכלכלית בנושא

nevo.co.il

שנית, במישור הסמנטי קיים פער בולט באופן המילולי שבו מתוארת בשני התחומים הפרת החיוב המודעת, שהיא מושאו של התשלום העונשי: בעוד שבתחום החוזי נבנה הדיון סביב מושג "ההפרה היעילה", הרי בתחום הנזיקי אין למצוא שימוש במונח המקביל "עוולה יעילה". פער זה הוא תמוה, שכן כפי שכבר ראינו, מבחינה כלכלית טהורה אין לשלול את האפשרות, שעוולה נזיקית מודעת תהיה יעילה, בדומה לרעותה - ההפרה החוזית.[99]

לדעתי, פער סמנטי זה אינו נובע מהבדלים כלכליים אמיתיים בין הפרות חוזים לעוולות נזיקין, אלא מתפיסת עולם שהשתרשה במחשבה המשפטית האנגלו-אמריקאית בעידן המודרני. תפיסה זו רואה בהפרת חוזה התנהגות נסלחת, אולי אפילו לגיטימית, ואילו בביצוע עוולה בנזיקין מעשה פסול ואנטי-חברתי מעצם טיבו והגדרתו.[100] השקפה זו אחראית, לדעתי, להבדלים בסמנטיקה ובמתודולוגיה עליהם עמדתי לעיל, ובמידה לא מעטה גם לפער במסקנות הנורמטיביות שאליהם מגיעים מלומדים רבים: בעוד שבתחום הנזיקין ההנחה המשותפת לרוב הכותבים היא שעוולות מודעות ראויות למניעה ולמיגור באמצעות תשלום עונשי, הרי בתחום החוזי קנתה לה אחיזה איתנה התפיסה ההפוכה, שלפיה הפרת חוזה מודעת עשויה במקרים רבים צעד יעיל ומבורך, שאיננו מצדיק סנקציות לבר-מפצות, ודאי לא סנקציות עונשיות.

מצויידים בתהיות מקדמיות אלה, נעבור עתה לבחינה ביקורתית של טיעון ההפרה היעילה גופו.

ג. ביקורת הטיעון: הכשלים בהנחות היסוד של תורת ההפרה היעילה

10.21 מודל ההפרה היעילה מבוסס לדעתי על שתי הנחות יסוד עיקריות[101]: **ראשית**, המודל מניח שהנפגע בכוח מהפרת חוזה אדיש לאפשרות כי החוזה יופר, שכן בכל מקרה מובטחת לו הגנה מלאה על אינטרס הציפייה. **שנית**, המודל מניח שפסיקת פיצויי ציפייה מלאים לטובת הנפגע בבית המשפט מבטיחה הפנמה מלאה אצל המפר של כל העלות החברתית הכרוכה בהפרה. להלן אבקש להראות, כי שתי הנחות אלה אינן מציאותיות. **טענתי היא, כי ההכרה**

התשלום העונשי החלה לצבור תאוצה רק בראשית שנות ה-80, שעה שתורת ההפרה היעילה זכתה כבר להכות שורש בתודעה המשפטית. עם זאת, הסבר זה ודאי אינו יכול לשמש הצדקה להמשך ההתעלמות מהניתוח הכלכלי של הדוקטרינה בתחום הנזיקי, לאחר שזה התבסס כבר. לדעתי, זוהי דוגמה מובהקת אחת לנזק שעלול להיגרם כתוצאה מקיבוען של הבחנות מושגיות גורפות בין ענפי משפט שונים (כאן - ההבחנה המסורתית בין חוזים ונזיקין) בתודעתם של משפטנים. הפרדה מושגית נוקשה שכזו עלולה להביא להתעלמות מהדמיון המהותי שבין תחומי משפט שונים, ליצירת הבחנות משפטיות חסרות הצדקה, ולעיכוב התפתחויות רצויות בדין הנוהג. מה שמפתיע הוא, שההפרדה המושגית בין חוזים לנזיקין מושרשת בתודעתם של משפטנים עד כדי כך, שהדבר משתקף גם בניתוח הכלכלי, המתיימר מעצם טיבו לנתח ענפי משפט שונים (חוזים, נזיקין, ואפילו תחומים "ציבוריים" כמשפט פלילי) על פי שיטה כללית ואחידה. רמז להכרה בפער המתודולוגי שעליו עמדתי כאן מצאתי במאמרה של: L. Curtis, "Damage Measurements for Bad Faith Breach of Contract: An Economic Analysis" 39 **Stan. L.R.** (1986) 161, 168: "**Professor Ellis' analysis** [of the economic justifications for punitive damages in tort] **applies equally to contract cases… Commentators have not applied this principle to contract cases because the theory of efficient breach assumes that the probability of detection and enforcement in a contract case is one.**" כמובהר להלן, הנחה זו איננה מציאותית, ומכל מקום היא מחייבת התייחסות ובחינה ענייניות, דבר שלא נעשה בדרך כלל בספרות הכלכלית שעסקה בטיעון ההפרה היעילה.

[99] לדיון ביעילות האפשרית של עוולה נזיקית מודעת ר' סע' 7.28, 7.74 לעיל. רמז לביקורת המועלית כאן מצאתי בדבריו של פרופ' דניאל פרידמן: "[within the efficient breach theory] **The "right" to break a contract is not predicated on the nature of the contractual right, its relative "weakness", or its status as merely in personam, as opposed to the hardier rights in rem… The theory, therefore, is, in principle, <u>equally applicable to property rights, where it leads to the adoption of a theory of "efficient theft" or "efficient conversion."</u>** D. Friedman, "The Efficient Breach Fallacy" 18 **J. Leg. Stud.** (1989) 1, 4; see also: I.R. Macneil, "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky" 68 **Va. L.R.** (1982) 947, 963-4. אמנם, הניתוח הכלכלי הקלסי של דיני הנזיקין מניח (על פי רוב במשתמע), שעוולה של רשלנות היא מעצם הגדרתה בלתי יעילה. אולם זה איננו בהכרח הדין לגבי יתר עוולות הנזיקין, כגון עוולות הכוונה או עוולות האחריות החמורה. יתרה מכך, לאחרונה נשמעה בספרות הכלכלית הטענה, כי גם מעשים המוגדרים כ"רשלניים" כשהם נבחנים במבודד, עשויים למעשה להיות יעילים כשהם נבחנים לאורך זמן. M.F. Grady, "Efficient Negligence" **Georgetown L.J.** (1998) 397. לדיון בתיאוריה של Grady ר' סע' 7.72(327). דוגמה קלסית לעוולה נזיקית שהוכרה בספרות הכלכלית כעוולה העשוייה להיות "יעילה" היא עוולת המטרד. ר' למשל ע"א 44/76 **אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ. שוורץ**, פ"ד ל(3) 785, שם אישר בית המשפט העליון צו מניעה כנגד מפעל בשל רעש שהיווה מטרד ליחיד, למרות שהכיר בכך, שמן הבחינה הכלכלית הטהורה התרת המטרד עשויה להיות יעילה יותר, תוך שהוא מפנה למקורות כלכליים קלסיים. לביקורת חריפה ברוח הגישה הכלכלית על פסק הדין ר': א' קליינמן, "הפגיעה ממטרד ליחיד והתרופה המשפטית לה" **משפטים** ט (תשל"ט) 85. ר' גם: D. Kretzmer, "Judicial Conservatism v. Economic Liberalism: Anatomy of a Nuisance Case" 13 **Isr. L.R.** (1978) 298.

[100] להרחבת הדיון בהשלכותיו השליליות של פער תודעתי זה ר' סע' 11.34 להלן.

[101] הנחות אלה מבוססות בתורן על סדרה שלמה של הנחות נוספות. לסקירה תמציתית של אלה ר' למשל: **Cavico**, 372

nevo.co.il

בזכות הנפגע לפיצויי ציפייה איננה מונעת התרחשותן של הפרות לא יעילות, וכי להגשמת מטרה זו תידרשנה בדרך כלל סנקציות לבר-מפצות.[102]

1. התעלמות מבעיית ההתחמקות מהדין

10.22 הנחת היסוד שלפיה הנפגע מהפרת החוזה אדיש להפרה איננה נכונה. טעם ראשון לכך נעוץ בבעיית ההתחמקות מהדין, עליה עמדתי בפרק ז'.[103] בהינתן בעייה זו, רק חלק קטן מכלל מפרי החוזה נותנים את הדין (האזרחי) על מעשיהם, כלומר, מחוייבים בסופו של יום לפצות את הנפגע מההפרה על כל נזקיה.

היש בסיס להניח, שבהקשר החוזי - להבדיל מההקשר הנזיקי - בעיית ההתחמקות מהדין איננה קיימת או איננה משמעותית? טענה כזו ניתן לבסס, לכאורה, על ההנחה שבנזיקין הצדדים זרים זה לזה, ולפיכך אינם יכולים בנקל לשער מיהו שפגע בהם ולאתר את עקבותיו, שעה שבהקשר החוזי כל צד מכיר את הצד השני (מעצם העובדה שכרת עימו חוזה) ועוקב באופן צמוד יחסית על פעולותיו לביצוע החוזה.[104]

לדעתי, טיעון זה ראוי להידחות. בעיית ההתחמקות מהדין איננה נחלתם של דיני הנזיקין בלבד. גם בהקשר החוזי עלול המפר המודע לחמוק מאחריות לנזקי ההפרה. כך יקרה למשל, כאשר תנאי העיסקה, טיב השירות או טיב הנכס אינם מאפשרים מעקב צמוד של הנפגע בכוח אחרי ביצוע חלקו בחוזה של המפר בכוח,[105] או הופכים מעקב כזה לבלתי אפקטיבי או יקר מדי מבחינת הנפגע בכוח,[106] כאשר הנפגע בכוח מוותר על מעקב כזה בשל האמון המיוחד שהוא רוחש לצד השני;[107] כאשר קיים ספק אם התנהגות המפר אכן מהווה הפרה של החוזה;[108] או כאשר ההפרה זוהתה אך קיים קושי בייחוס הנזק שנגרם למפר.[109] למותר לציין, שבעיות של קשיים בהוכחת הנזק וקושי לעמוד בהוצאות המשפט אינם ייחודיים לתחום הנזיקי דווקא וקיימים גם בתחום החוזי, לפחות באותה מידה.[110]

---

[102] אם כי לאו דווקא סנקציה כתשלום העונשי. לצידוק הכלכלי להכרה בתשלום העונשי דווקא ר' סע' 11.27 ואילך.

[103] ר' סע' 7.46 לעיל.

[104] רמז - אם כי לא מנומק - לטענה בכיוון זה יש אולי בדברי Posner: הטענה **"Accidents, being a by-product of lawful, public activities, usually are difficult to conceal; breaches of contract usually are impossible to conceal." Posner**, 241.

[105] דוגמה מובהקת לכך ניתן להביא מתחום הצרכנות, שבו הצרכן מקבל לידיו על פי רוב מוצר מוגמר, מבלי שניתנה בידיו האפשרות לעקוב מקרוב אחר מהלך הייצור. דוגמה אופיינית אחרת היא תחום חוזי הקבלנות, אשר במסגרתם פעמים רבות המזמין או רוכש הדירה אינו מפקח על מהלך העבודה. שני תחומים אלה תופסים נפח נכבד ביותר מכלל הפעילות המסחרית בתחום החוזי.

[106] קשיי פיקוח על פעולות הצד השני קיימים למעשה בכל חוזה שבו קיימים פערי מומחיות וידע בין הצדדים. בעייה זו ניתנת לעיתים לפתרון באמצעות פנייה למומחים, אולם הדבר כרוך כמובן בעלויות גבוהות, שלא תמיד הנפגע בכוח יכול או מעוניין לשאת בהן.

[107] כגון ביחסי הנאמן לנהנה, השלוח לשולחו, העורך דין למרשו, המבטח למבוטח, הבנק ללקוחו, העובד למעבידו, וכיו"ב. מעניין להזכיר, שהמשפט האמריקאי הכיר בחריג לכלל האוסר במיוחד במצבים אלה, בדרך כלל בנימוק של רצון למנוע ניצול לרעה של פערי כוחות כלכליים. במונחים כלכליים ניתן להסביר זאת כך: פער הכוחות בין הצד החלש לצד החזק או בעל המומחיות בהתקשרות החוזית פותח פתח רחב להתחמקות מהדין, לאור הקושי של הצד החלש לעקוב אחרי פעולותיו של הצד האחר. ההכרה בתשלום העונשי באה כדי לצמצם חשש זה.

[108] השאלה אם החוזה הופר היא שאלה של פרשנות החוזה. המענה לשאלה זו עלול במקרים רבים להיות בעייתי, והדבר עלול לגרום לחוסר וודאות אצל הנפגע באשר לסיכוייו להוכיח את תביעתו, וכך לצמצם את התמריץ שלו להגשת תביעה מוצדקת. כך, למשל, לעיתים אין זה ברור לאחד הצדדים (בדרך כלל הצד חסר-המומחיות) מהו המעשה או המחדל שעל הצד השני לבצע כדי לעמוד בחיוביו החוזיים (למשל: חיוב השתדלות של עורך דין לייצג את אנטרס הלקוח בצורה המיטבית); לחלופין, גם כשברור מה נדרש לעשות, לא תמיד ברור לנפגע האם המפר אכן עשה או לא עשה את שהיה טעון ביצוע (למשל, בשל הקושי לאתר את מקור התקלה שעליה מתלונן הנפגע).

[109] גם כאשר הנפגע סובל נזק המושך את תשומת ליבו, ואפילו כאשר הוא יודע כי הצד השני הפר את החוזה, הוא עשוי להיתקל בקושי לייחס את הנזק בוודאות סבירה להפרה. במקרים רבים קושי זה גובר ככל שחולף הזמן ממועד ההפרה ועד למועד גילויו של הנזק. למשל: מפקח איננו מקפיד להגיע לאתר בנייה כמתחייב מחוזהו עם הרוכש. לאחר 5 שנים מופיעים סדקים בקירות המבנה. האם ניתן את הנזק להפרה? או שמא להתנהגות הקבלן, המהנדס, רשויות התכנון, או גורמי טבע? שאלות קשות של סיבתיות עובדתית ומשפטית עשויות להקשות על הנפגע ליתן תשובה ברורה לשאלות מעין אלה.

[110] תובנה זו שימשה, בין היתר, בסיס לאימוץ הדוקטרינה בתחום החוזי על ידי הפסיקה של מדינת ניו-מקסיקו: **"...logic suggests that punitive damages be available when a party has breached a contract believing the wronged party cannot afford to contest that matter in court."** ***Romero***, 1001. התמריץ להגיש תביעה חלש במיוחד כאשר הנזק הנגרם עקב הפרת החיוב קטן יחסית לעלויות המשפט. להסברת הנקודה ר' סע' 9.06(13) לעיל. בישראל בעייה זו חמורה יותר דווקא בהקשר החוזי, שכן בתחום זה, במובחן מתביעות נזיקין, הנוהג לשלם את שכר טרחת הפרקליט מתוך הסכום שייפסק לטובת הלקוח (contingency fees) אינו

nevo.co.il

בכל אחד ממצבים אלה קיים חשש ממשי שמפר החוזה לא ייתן את הדין על מעשיו, בין משום שהנפגע יימנע מראש מהגשת תביעה, ובין משום שייכשל בהוכחת אחריות המפר לנזק שגרמה ההפרה - כולו או מקצתו.

בסיכום, אין זה נכון להניח שהזכות לפיצויים בגין הפרת חוזה מבטיחה הפנמה מלאה אצל מפרים בכוח, וכי נפגעים בכוח אדישים בין הפרה לבין קיום. כל עוד בעיית ההתחמקות מהדין קיימת, הכרה בסנקציות לבר-מפצות בדיני החוזים לא רק שאין בלתי רצוייה, אלא שהיא מתחייבת משיקולים של הרתעה יעילה, ממש כמו בדיני הנזיקין.[111]

2. התעלמות מבעיית תת-הפיצוי

10.23 כשל נוסף בתורת ההפרה היעילה נעוץ בהתעלמותה מבעיית תת-הפיצוי. בעייה זו, שעליה עמדנו בפרק ז',[112] פוגעת אף היא ביכולתם של הפיצויים הנפסקים בבית המשפט בעקבות הפרת חוזה להפוך את הנפגע לאדיש כלפי האפשרות שהחוזה יופר. ודוק: בעיית תת-הפיצוי איננה ייחודית לדיני הנזיקין. מגבלות על היקף הפיצויים ועל ראשי הנזק המוכרים כבני פיצוי קיימות באותה מידה גם בדיני הפיצויים החוזיים. יתרה מכך, מלומדים רבים סבורים שבדיני החוזים בעיית תת-הפיצוי חריפה ומשמעותית אף יותר מאשר בדיני הנזיקין.[113]

בראש ובראשונה, מבחני ריחוק הנזק החוזיים מחמירים יותר עם התובע, באשר אין הם מסתפקים בצפיית הנזק על ידי המפר בעת ההפרה, אלא דורשים כי הנזק ייצפה על ידיו בעת כריתת החוזה.[114] גם חובת הקטנת הנזק החלה בחוזים מצמצמת את הזכות לפיצויים, שכן היא מעניקה פטור מוחלט למפר כאשר הנפגע יכול היה למנוע

מושרש. הקושי מחריף כאשר מדובר בהפרות שיטתיות וקטנות של החוזה, הגורמות בכל פעם נזק קטן שאינו מצדיק הגשת תביעה נפרדת. לעניין זה ר': **Cavico**, 443**: "Deterrence is an especially convincing rationale when the breaching party engages in a systematic course of misconduct that, even though substantial in its entirety, is too slight in an individual case for the aggrieved party to sue."**

111 תימוכין לחלק מהטיעונים שהובאו בסעיף זה ניתן למצוא אצל: D.A. Farber, "Reassissing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract" 66 **Va. L.R.** (1980) 1143, 1456; **Polinsky**, 937-9. גם המלומד האנגלי Beale מסכים לכך שהתשלום העונשי עשוי לצמצם את בעיית הרתעת החסר בתחום החוזי, בפרט בתחום הצרכני שבו היא חמורה במיוחד, לדעתו. H. Beale, "Exceptional Measures of Damages in Contract" in **Wrongs and Remedies in the 21st Century** (Oxford, 1996) 217, 245-6. אכן, כפי שנראה בהמשך, כיום מכירים כותבים לא מעטים במפורש בבעייה של אופורטוניזם בתחום החוזי ורואים בה הצדקה לפסיקת תשלומים עונשיים בשל הפרת חוזה (Posner עצמו שינה את עמדותיו בנושא זה). בכך יש משום הכרה משתמעת בכך שבעיית ההתחמקות מהדין ובעיית תת-הפיצוי קיימות גם בתחום החוזי ופותחות פתח לאופורטוניזם. להכרה המתרחבת בתופעת האופורטוניזם בתחום החוזי ר' במיוחד סע' 10.25, 11.29 להלן. יושם אל לב, שבאמור עד כה אין בהכרח משום הצדקה לפסיקת תשלומים עונשיים דווקא (להבדיל מסנקציות לבר-מפצות אחרות, כגון תשלום עונשי מוסכם, תשלומי השבה או "תשלומים מוגדלים", שנועדו במישרין לפתור את בעיית ההתחמקות מהדין. ההצדקה הכלכלית להכרה בתשלום העונשי דווקא תידון בפרק הבא, בסע' 11.27(112) ואילך.

112 סע' 7.48 לעיל.

113 לדיון מקיף בבעיית תת-הפיצוי בתחום החוזי ר': **Sebert**, 1571-84. מקורות נוספים העוסקים בבעייה הם למשל: W.D. Slawson, "Lawful Fraud in California" 48 **S. Cal. L.R.** (1975) 1, 6-8. (רואה בבעייה תמריץ וגורם לתופעה של מרמה, בפרט בתחום הצרכני). לסקירה כללית מקיפה של קווי הדמיון והשוני בין עקרונות הפיצוי בחוזים ובנזיקין במשפט האנגלי ר': **Burrows**, ch. 2, 3 & 4. הפער בין דיני הפיצויים בחוזים ובנזיקין הגיע לשיאו לקראת שלהי המאה ה-19 ונתפס אז כפער משמעותי ביותר, המעמיד את התובע החוזי בנחיתות גדולה בהשוואה לתובע בנזיקין. ראייה לכך יש בדברי Sedgwick בעמ' 36 לספרו: **"Upon the whole.. ..it must be considered inaccurate to say, that legal relief is commensurate with the injury sustained, or that the sole object is to furnish compensation. <u>In ordinary cases of contract, the remuneration must be less; In cases of tort it may be more</u>."** (אולם יש לזכור, שהמלומד מניח, בין היתר, גם הכרה בתשלום העונשי בנזיקין, נתון שראוי להתעלם ממנו לצורך הדיון כאן). הפער בין 'נדיבות' דיני התרופות בחוזים ובנזיקין מסביר את נטייתה של הפסיקה האמריקאית לגלות עילות "נזיקיות" גם בהקשרים חוזיים טיפוסיים על ידי מתן פרשנות ליברלית לחריג העוולה העצמאית. זאת, לא רק לצורך פסיקת תשלום עונשי, אלא גם במגמה להרחיב את הפיצוי הניתן לנפגעי הפרות חוזים, בעיקר בגין נזקים לא-ממוניים ותוצאתיים. לעניין זה ר' למשל הדיון בסע' 5.26 לעיל. אמנם, במהלך המאה ה-20 מסתמנת מגמה כללית של צמצום ההבדלים בין דיני התרופות בחוזים בנזיקין. ר' סע' 11.67 להלן. ברם הבדלים מסויימים משתקפים עדיין בדין הקיים, במיוחד בשיטות האנגלו-אמריקאיות.

114 במשפט הישראלי מעוגנת דרישה זו בסע' 10 לחוק התרופות. במשפט האנגלו-אמריקאי היא מיוחסת לפסק הדין **Hadley v. Baxendale** [1854] 156 Eng. Rep. 145. לדיון בטעמיה של דרישה זו ובמעמדה בדיני החוזים ר': **Farnsworth**, 1199-1211. לדיון השוואתי וביקורתי במבחני ריחוק הנזק בחוזים ובנזיקין ר': **Burrows**, 39-57.

nevo.co.il

את הנזק, וזאת לעומת הגנת האשם התורם, המאפשרת לחלק את האחריות בין המפר לנפגע גם במקרה כזה.[115] **שנית,** מקובל להניח, שההכרה בנזק לא-ממוני בדיני הנזיקין רחבה מן ההכרה בראש נזק זה בחוזים.[116] **שלישית,** בשיטות האנגלו-אמריקאיות מחמירים יותר עם התובע החוזי בכל הקשור לדרגת הוודאות שבה נדרש הוא להוכיח את נזקיו, וזאת בהשוואה לתובע בנזיקין.[117] **רביעית,** תקופת ההתיישנות של תביעות חוזיות היא על פי רוב קצרה יותר מזו של תביעות נזיקין, דבר המגביל בעקיפין את זכותו של הנפגע לתרופות בכלל, לרבות פיצויים.[118]

---

[115] אמנם, החובה להקטין את הנזק חלה גם בנזיקין, אולם שם היא חלה ככל הנראה רק ממועד התגבשות הנזק הראשון ואילך, בעוד שבחוזים היא חלה גם על הנזק הראשון. לדיון ביחס בין הדוקטרינות ר' **פורת**, 21-20; **דיני הנזיקין**, 5-252. מנגד, הגנת האשם התורם חלה כיום גם בדיני החוזים (לפחות בישראל) אך יש להניח שהיא חלה רק עד למועד ידיעתו של הנפגע על הנזק (ממועד זה ואילך חלה חובת הקטנת הנזק).

[116] **"In tort, damages will generally be awarded for these matters** [injured feelings, disappointment or loss of reputation]**.. For long contract has resisted this."** K.M. Mason, "Contract and Tort: Looking Across the Boundary from the Side of Contract" 61 **The Australian L.J.** (1987) 228, 236; see also **Burrows**, 237: **"The law has traditionally been more favourable to the ditressed plaintiff in tort than in contract."** להשוואה בין חוזים לנזיקין בסוגייה זו ר': **Burrows**, 231-41; **I.E.** Complex, para 24. ראש הנזק הלא-ממוני המובהק ביותר שבו דיני הנזיקין האנגלו-אמריקאיים מכירים ואילו דיני החוזים אינם מכירים, הוא פגיעה בשם הטוב. **Burrows**, 220-5 בארה"ב גרם הפער בין הענפים ליצירת עוולות נזיקין חדשות, שתכליתן לאפשר פיצוי על נזק לא-ממוני לנפגעים מהפרות חוזה זדוניות מכוח עילה נזיקית. לסקירה ר' **Dobbs** (III) 110-12. אולם דומה שבסך הכול אין להפריז בפער זה, שכן גם בנזיקין היקף ההכרה בנזק לא-ממוני טהור היה בעבר מצומצם מאוד, ועודנו מצומצם גם כיום יחסית להיקף ההכרה בנזקי גוף ורכוש. למצב בנזיקין ר' סע' 11.44 להלן. עם זאת, בתחום החוזים היתה המגמה המצמצמת בולטת יותר, לפחות במשפט המקובל. בעבר הטיל המשפט האנגלי איסור מוחלט על פסיקת פיצוי לא-ממוני בתביעות חוזיות (האיסור נקבע בפרשת ***Addis*** שנדונה בסע' 4.02 לעיל. נסיגה ראשונה מהלכת ***Addis*** חלה בפסק דינו של הלורד Denning בעניין ***Jarvis***. מאז ניתנו בבית המשפט לערעורים החלטות נוספות, המשקפות גישות מנוגדות לנושא. ר' למשל את פרשת ***Cox*** (גישה מרחיבה); והשוו לפרשת **Bliss v. South East Thames Regional Health Authority** [1987] I.C.R. 700 (גישה צרה). לסקירת ההתפתחויות בתחום זה באנגליה ר': A.S. Burrows, "Mental Distress Damages in Contract - A Decade of Change" 1 **Lloyd's Maritime and Comm. L.Q.** (1984) 119. בארה"ב היתה המגמה מאז ומעולם ליברלית יותר בנושא זה, לפחות בחלק מהמדינות. ר' למשל דברים שנאמרו עוד בשנת 1885 בבית המשפט העליון של טקסס: **"Physical pain is no more real than is mental anguish. …the one injury has not its foundation in the existence of the other."** ***Stuart***, 354. אך במרבית המדינות נוהגת עדיין גישה שמרנית. הגישה הרווחת היא שהפרת חוזה איננה מקימה זכות לפיצוי לא-ממוני טהור למעט במקרים שבהם נגרמה לתובע אי-נוחות פיזית, או שבהם ההפרה גרמה עוגמת נפש רצינית שהיתה צפויה בעת הכריתה (מבחן הצפיות פורש בדרך כלל בצמצום, באופן המאפשר פיצוי רק כאשר קיום החוזה נועד מלכתחילה לספק לנפגע הנאה רוחנית). **Rest.** Conts. (2) s. 353; see also ***Freeman***, 116: **"In the commercial sphere.. ..are part of the realities of commerce. But there are some commercial cases in which the harm intentionally inflicted.. ..cannot be mitigated, and in which ordinary contract damages are insufficient compensation."** J.G. Fleming, "Recovery for Mental Suffering in Contract" 32 **Notre Dame L.R.** (1957) 482. על המצב ששרר באמצע המאה ה-20 ניתן ללמוד מסקירתו של M. Bridge, "Contractual Damages for Intangible Loss" 62 **Can. B. R.** (1984) 322. לסקירת המצב כיום ר' **Dobbs** (III) 107-17. השוואה למשפט הצרפתי הנוהג בקובק ר': A. Heldrich, "Compensating Non-Economic Losses in the Affluent Society" 18 **Am. J. Comp. L.** (1970) 22. התייחסות למגמות בגרמניה (בנזיקין ובחוזים גם יחד) יש במאמר: ואין מדובר בזכות מוקנית של הנפגע. יתרה מכך, נראה שהפסיקה הישראלית נוטה לצמצם בפסיקת פיצוי על עוגמת נפש. ר' למשל: ע"א 3437/93 **אגד נ. אדלר** פ"ד נד(1) 817, 835 (הפרת חוזה עבודה): **"פסיקת פיצויים בגין נזק לא-ממוני, על רקע סכסוך שיסודו במחלוקת על קיום של חיובים חוזיים, נתונה לשיקול-דעת של בית המשפט.. ..ומכאן שהיא שמורה למקרים מיוחדים."** הגישה המצמצמת ניכרת גם בפסיקה בערכאות הדיוניות. ר' למשל: ת"א (ירושלים) 164/93 **כהן נ' רמט בע"מ** תקדין מחוזי, כרך 97 (4) 802, 812 (הפרת חוזה קבלנות): **"..אפילו היתה הפרה מצד החברה, הרי לצורך פיצוי בעל דין בגין עוגמת נפש, יש להוכיח סבל של ממש המגיע כדי פגיעה חריגה."**

[117] **"Courts of justice will never give actual compensation for probable loss. In actions on contracts, the sole object is compensation, and, whenever it is possible to show the amount of damages, they will permit a party to do so; when it is not, they will not allow either possibilities or probabilities to be given to a jury." Gordon v. Brewster** 7 Wis. 355, 362 (1858); see also: **Sedgwick**, 120: **"Actual compensation** [in contract] **should never be given for merely probable damages."** לדיון מודרני במעמדו של כלל זה בדיני החוזים המודרניים ר': **Farnsworth**, 1210-15; B. Coote, "Chance and the Burden of Proof in Contract and Tort" 62 **Aust. L.J.** (1988) 761. בישראל ספק אם קיימת הבחנה לעניין זה בין תביעות חוזיות לתביעות נזיקין. הדבר עולה במשתמע מדברי השופט ברק בעניין ***אניסימוב***, 809, שלפיהם: **"תורת הנזק ותורת הפיצוי אינן תורות מדויקות.. ואינה נדרשת ודאות מוחלטת. כל שנדרש הוא, כי התובע יוכיח את נזקו ואת הפיצוי המגיע לו במידת וודאות סבירה.."** אולם מאידך גיסא, העובדה שדוקטרינת הנזק הראייתי נדונה והופעלה בעיקר בתביעות נזיקין ולא בתביעות חוזיות עשוייה ללמד כי גם בישראל מקילים בתי המשפט עם הניזוק הנזיקי יותר מאשר עם הניזוק החוזי. לדיונים אודות דוקטרינת הנזק הראייתי ושאלת היקף תחולתה הראוי בנזיקין ר': א' פורת, א' שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי ודאות בגרימת נזקים" **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 191; י' גלעד, "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?" **משפטים** ל (תש"ס) 318; א' פורת, א' שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" **משפטים** ל (תש"ס) 347.

[118] לפי ההלכה האנגלית מירוץ ההתיישנות בתביעות פיצויים נזיקיות מתחיל רק במועד ארוע הנזק, ואילו בתביעות חוזיות הוא נפתח כבר במועד ההפרה. ר': **Burrows**, 262-8; A. McGee, **Limitation Periods** (London, 1994) 165; J.C. Morton, **Limitation of Civil**

nevo.co.il

חמישית, דוקטרינות תרופתיות מרחיבות כגון פיצויים מוגברים, תשלומי השבה, וכמובן - תשלומים עונשיים, לא הוכרו באופן מסורתי בדיני החוזים.[119] עם זאת, נראה שדווקא בישראל חלק גדול מהבחנות אלה אינן מושרשות, ולפחות אינן מיושמות בפועל בקפדנות.[120]

נזכיר עוד, כי גם בהתעלם ממגבלות משפטיות אלה על הזכות לפיצויים חוזיים, קיים קושי טבוע במתן תחליף כספי מספק לאינטרסים חוזיים, בפרט כאשר המשאב החוזי הרלבנטי הוא ייחודי או בלתי ממוני.[121]

זאת ועוד, נזקו האמיתי של הנפגע מהפרת חוזה כולל לא רק את התועלת הסובייקטיבית שהוא מפיק מהמשאב החוזי כשהוא בהחזקתו, אלא גם את הרכיב האובייקטיבי המגולם באובדן ההזדמנות להפיק ממנו רווח נוסף באמצעות מכירתו לצד שלישי במחיר העולה על זה שבו מעריך הנפגע עצמו את המשאב. ההפרה שוללת מהנפגע אפשרות זו. לפיכך, כדי לפצותו באופן מלא אין די בתשלום פיצויי ציפייה כפי שהם נתפסים במסגרת הדין הנוהג, ויש צורך בתשלום "לבר-מפצה" ולו מטעם זה בלבד.[122]

בהינתן בעיות אלה אין בפיצויי הציפייה החוזיים, גם כאשר הם נפסקים בפועל, כדי לפצות באופן מלא על הפגיעה באינטרס הציפייה של הנפגע.[123] כתוצאה מכך, נוצר בדיני החוזים, ממש כמו בדיני הנזיקין ואולי אף יותר, מצב כרוני של הרתעת-חסר, המחייב תיקון באמצעות סנקציות לבר-מפצות.[124]

3. התעלמות מעלות ההתדיינות המשפטית הנובעת מ"ההפרה היעילה"

Actions (Ontario, 1988) 25-28. הבחנה זו אומצה גם בישראל: ע"א 531/89 **להבי נ. הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה** פ"ד מו (4) 720; ע"א 508/64 **עבד-אללה נ. האפוטרופוס על נכסי נפקדים** פ"ד יט (4) 427; ע"א 161/73 **ארדה בע"מ נ. סמסונוב** פ"ד כה (2) 234. ר' גם: ז' יהודאי, **"דיני התיישנות בישראל"** (חיפה, 1991) כרך א', 3-141. נסיגה או לפחות ריכוך של הלכה מסורתית זו הסתמן בע"א 3599/94 **יופיטר נ. בנק לאומי לישראל בע"מ** פ"ד נ (5) 423, 1-430: **"..משמופר חוזה והצד המקיים איננו מבקש לעצמו סעד בגין ההפרה גרידא אלא בגין נזק שהתרחש בעקבותיה לאחר זמן, יכול ותיווצר עילת תביעה עם היווצר הנזק."** נוסף לכך, בחוזים צרכניים נקבעות לעיתים קרובות תקופות התיישנות קצרות במיוחד או מוטלות הגבלות על סוג או היקף הפיצויים שניתן לתבוע. הגבלות אלה אינן רלבנטיות בתביעות של צרכנים כלפי יצרנים או ספקי שירותים שאינם קשורים עימם ישירות בחוזה. לבעייה זו ר': **Sebert**, 1580-1. להגבלות ייחודיות נוספות על הזכות לפיצויים חוזיים בדין האנגלי ר' **Burrows**, 92-99.

[119] ר' בהתאמה סע' 1.13, 1.15 לעיל.

[120] לדיון במגמה הכללית של איחוד התרופות בחוזים ונזיקין וביטוייה המובהקים במשפט הישראלי ר' סע' 11.67 להלן.

[121] להבהרת הנקודה ר' סע' 10.15(74).

[122] פרשנות מרחיבה כזו למושג ה"פיצוי" מקובלת כיום על מלומדים רבים הן משיקולי מוסר, והן משיקולי יעילות כלכלית. ר' למשל: **Dodge**, 680-3 & references at n. 292-4; **Farber**, n. 46. גישה דומה הועלתה על ידי **Haddock** כצידוק לפסיקת תשלום עונשי בהקשר הנזיקי. המלומד ראה בעובדה שבית המשפט אינו מצוייד בכלים לקבוע מהו שיעורו של פיצוי זה נימוק חשוב להעדפת כלל קניין (כדוגמת התשלום העונשי) להגנה על משאבים ייחודיים. ר' סע' 7.57 לעיל. לביסוס גישה דומה גם כאשר הנכס החוזי אינו ייחודי, אלא משאב הנסחר בשוק החופשי ר': D. Simon, G.A. Novack, "Limiting the Buyer's Market Damages to Lost Profits: A Challenge to the Enforceability of Market Contracts" 92 **Harv. L.R.** (1979) 1395. המלומדים טוענים, שבמקרה כזה על הפיצויים החוזיים לשקף את מלוא מחיר השוק של הנכס בעת ההפרה ולא רק את השווי הסובייקטיבי של הנכס בעיני בעליו, שאם לא כן, יימצא המפר מתעשר שלא כדין על חשבון הנפגע. זאת ועוד, הדבר יפגע בתמריץ לערוך עסקות, שכל תכליתן 'להמר' על ערכם העתידי של משאבים מסויימים, וכך יעודד הפרות שנראות לכאורה "יעילות", אך למעשה אינן יעילות כלל. Id., esp. 1436-8.

[123] אכן, בהקשר לתרופת הפיצויים אמר Sedgwick את הדברים המאלפים הבאים: **"In regard to the quantum of damages, instead of adhering to the term compensation, it would be far more accurate to say… ..that the object is to discriminate between that portion of the loss which must be borne by the offending party, and that which must be borne by the sufferer. The law, in fact, aims not at the satisfaction, but at a division of the loss."** להכרה בחומרתה של בעיית תת-הפיצוי בתחום החוזי ר' למשל: **Sedgwick**, 34. **Sebert**, 1659-60: **"..undercompensation appears to be the pervasive result of contract remedies… It is clearly preferable for an efficient breach to be occasionally discouraged by the potential of supracompensatory damage liability than for inefficient breach to be regularly encouraged by a remedial system that consistently provides less than full compensation.";** see also: **Dodge**, 664 & references at n. 202.

[124] כשל נוסף במודל ההפרה היעילה, שעליו לא ארחיב את הדיבור כאן, נעוץ בהתעלמות מהפערים בעצמת שנאת הסיכון של הצדדים לחוזה. כאשר המפר אדיש יותר לסיכון מאשר הנפגע (למשל, בשל העובדה שבידיו עתודות כספיות משמעותיות או אמצעים טובים יותר לפיזור הסיכון) ערכה השולי של כל יחידת מטבע בעיני הנפגע גבוה יותר מאשר בעיני המפר. במצב זה עלולים הפיצויים שלא להספיק על מנת להבטיח הרתעה יעילה, מאחר שבחישובם מתעלם בית המשפט מהפער בשנאת הסיכון שבין שני הצדדים לסכסוך. לדיון בביקורת זו על תורת ההפרה היעילה ר' למשל: **Curtis**, 170-1; **Cavico**, 373. אגב, בעייה זו אינה אופיינית להקשרים חוזיים בלבד ובכוחה לשמש יסוד לביקורת כללית על הניתוח הכלכלי המסורתי של המשפט.

nevo.co.il

10.24 כשל נוסף בתורת ההפרה היעילה נעוץ בהנחה המובלעת - אך המופרכת - שלפיה ההפרה ה"יעילה" איננה כרוכה בעלויות עיסקה משמעותיות.[125] אמת, בהפרו את החוזה חוסך המפר את עלויות העיסקה הכרוכות בניהול משא ומתן עם הנפגע לקבלת הסכמתו לוותר על קיום החוזה. עלויות אלה עשויות להיות משמעותיות במקרים מסויימים, לאור העובדה שביחסים בין צדדים לחוזה קיים מונופולין דו-צדדי, העלול לתמרץ אותם להתנהגות אסטרטגית (מניפולטיבית) על מנת למקסם את רווחיהם מהעיסקה.[126] אולם בה בשעה יוצר המפר עלויות עיסקה אחרות - אלה הנובעות מההתדיינות העתידית הצפוייה בינו לבין הנפגע בנוגע לזכות הנפגע לפיצויים - בין במסגרת הליך משפטי, ובין במסגרת משא ומתן להשגת פשרה, המתבצע בצילו של הליך כזה.[127] הליך בתר-הפרתי זה דומה מבחינת עלויותיו החברתיות לאלו של המשא ומתן הטרום-הפרתי, שכן גם הוא מתבצע במצב של מונופולין דו-צדדי, המעורר חשש להתנהגות אסטרטגית של הצדדים.[128]

עלויות ההתדיינות בבית המשפט (litigations costs) הינן משמעותיות.[129] כפי שכבר ציינו, הן מורכבות מעלויות האומדן (assessment\valuation costs) של אינטרס הציפייה של הניזוק, הנובעות מהצורך בהשגת מידע רלבנטי להערכת נזקו של הנפגע ובעיבודו של מידע זה; ומעלויות הטעות (error costs), שהן עלויות חברתיות הנובעות מטעות שיפוטית שבית המשפט עלול לבצע אגב הניסיון לבצע הערכה כזו.[130] זאת ועוד, כל אחת מעלויות אלה צפוייה לתפוח עקב התנהגות מניפולטיבית של הצדדים להתדיינות, שמטרתה לשכנע את בית המשפט כי הנזק הוא גדול יותר או קטן יותר מאשר הוא בפועל.

אמנם, ניתן היה לטעון שעלויות ההתדיינות של הנפגע 'מגולגלות' ממילא על המפר בדמות הוצאות משפט המוטלות עליו במסגרת פסק הפיצויים.[131] באופן זה הן מופנמות על ידיו מראש, ולפיכך אין בעצם קיומן כדי להשפיע על יעילותה של ההפרה.[132] אולם טיעון זה איננו מביא בחשבון את העובדה, שהוצאות המשפט של הנפגע (וגם של המפר) הן רק חלק מהעלויות החברתיות הכרוכות בהתדיינות משפטית. בחלק ניכר מעלויות אלה נושא

---

125 הניתוח הביקורתי הראשון ואחד המרשימים ביותר של כשל זה בתורת ההפרה היעילה הוא מאמרו של **Macneil**. ביקורת זו נתקבלה גם על דעתם של כותבים אחרים. ר': **Dodge**, D. (2) 6-7, 12-13; **Friedman**, 665-6; יש לה ביטוי גם בדברי השופט ברק בעניין **אדדש**, בעמ' 279: **"גם מבחינתה הפנימית של התיאוריה הכלכלית ספק אם מוצדק הוא לעודד הפרת חוזים "בלתי יעילים", שהרי בעצם ההפרה קשורות "הוצאות עיסקה" לשני הצדדים, כגון הוצאות ההתדיינות. הוצאות אלו... ..עשויות לנטרל את יעילותה הכלכלית של ההפרה."** הרכיב החסר בדבריו של השופט ברק הוא הצד השלישי הנפגע כתוצאה מניהול המשפט - הלא הוא אוצר המדינה, הנושא על כתפיו חלק נכבד מעלות הפעלתה של המערכת המשפטית באמצעות סבסוד השירותים המשפטיים הניתנים לאזרח.

126 מונופולין דו-צדדי קיים כאשר קיימים רק שני צדדים רלבנטיים המושפעים מהעיסקה, שלכל אחד מהם שליטה בלעדית במשאב שהצד השני מעוניין בו. במצב כזה כל צד חייב לקבל את הסכמת הצד השני כדי ליהנות מהמשאב של רעהו, והדבר פותח פתח להתנהגות מניפולטיבית. התנהגות כזו צפוייה להגדיל את עלויות המשא ומתן, ולעיתים אף להכשילו לחלוטין. חשש זה מהווה הצדקה מרכזית להעדפת משטר של כללי אחריות על כללי קניין. ר' למשל מאמרו של **Ayres**. להצדקה דומה לאימוץ כלל אחריות בתחום החוזי ר': **Posner**, 133, 146; לניתוח כלכלי מפורט של בעיית המונופולין הדו-צדדי בהקשר של הגבלים עסקיים ר': R.D. Friedman, "Antitrust Analysis and Bilateral Monopoly" vol. 1986 **Wis. L.R.** 873.

127 עלות זו ניתן להגדיר כ"עלות עיסקה", לפחות במובן הרחב של מונח זה, שכן היא מהווה תוצר לוואי מתחייב מה"עיסקה" הכפוייה שכפה המפר על הנפגע בעצם ההפרה.

128 מונופולין זה מתקיים לא רק במשא ומתן שבין הצדדים עצמם, אלא גם במסגרת ההתדיינות המשפטית עצמה: **"..litigation over damages, like negotiations for a release, occur in a situation of bilateral monopoly. There are just two parties, and neither has an alternative to dealing with the other. …A party.. ..may overstate the value to him of performance as easily in litigation as he may in negotiation."** **Dodge**, 673.

129 להוצאות הממוניות הכרוכות בהתדיינות משפטית (אגרות, שכר טירחת עורכי דין ומומחים וכיו"ב) יש להוסיף עלויות אחרות כגון נסיעות, אובדן זמן רב בהכנת הדיונים, ולעיתים גם מועקה נפשית ופגיעה בשם הטוב או במוניטין הכרוך בעצם ההתדיינות.

130 להבחנות אלה ר' למשל: **Dodge**, 670; **Krier**, 459; ר' גם התייחסותנו למושגים אלה בסע' 7.64(294-290).

131 טענה זו איננה רלבנטית לשיטת המשפט האמריקאית, שבה ככלל אין מכירים בזכות התובע הזוכה במשפט להוצאות.

132 הוא הדין בעלויות ההתדיינות של המפר עצמו, המובאות בחשבון על ידו בעת ההפרה.

nevo.co.il

באופן קבוע ציבור משלמי המיסים, המסבסד את שירותיה של מערכת המשפט.[133] חלק זה איננו 'מופנם' על ידי המפר.[134] הנה כי כן, מודל ההפרה היעילה נכשל שוב, הפעם בשל התעלמותו מהשלכות ההפרה על עלויות ה"עיסקה" ("ההפרה היעילה").[135] המסקנה המתחייבת היא שאין בזכות לפיצויי ציפייה כדי להבטיח הפנמה מלאה אצל מפרים בכוח, וכי לשם כך תידרשנה בדרך כלל סנקציות לבר-מפצות.[136]

4. התעלמות מנזקן החברתי ארוך הטווח של הפרות אופורטוניסטיות "יעילות"

10.25 מודל ההפרה היעילה, ממש כמו המודל הכלכלי הקלסי המצדיק כללי אחריות בנזיקין, סובל מליקוי אופייני חמור: ההתעלמות מההחצנות (externalities) הצדדיות והעקיפות של ההפרה.[137] כפי שראינו זה עתה, דוגמה אחת לליקוי זה היא ההתעלמות מעלויות ההתדיינות הכרוכות בהפרה. ליקוי נוסף, ולדעתי חמור עוד יותר (מבחינת השפעתו על תקפות טיעון ההפרה היעילה) נעוץ בהתעלמות המודל מהשפעותיה החברתיות השליליות של ההפרה ה"יעילה" על התנהגותם של צדדים לחוזה בטווח הארוך. עניין זה יוסבר להלן.

הפרת חוזה "יעילה" היא במקרה הפרדיגמטי הפרה מודעת, המשקפת ניסיון של המפר להתעשר על חשבון הנפגע. ההתעשרות היא "על חשבון", שכן המפר עושה במודע שימוש במשאב שלפי החוזה - כפי ששני הצדדים מבינים אותו - הוקצה לנפגע. כאשר ניסיון זה נעשה בלא מאמץ אמיתי מצד המפר לפצות את הנפגע על נזקי ההפרה, ומתוך מגמה להתחמק מאחריות לנזקים אלה, ניתן לכנות את ההפרה כהפרה "אופורטוניסטית".[138] הפרת חוזה אופורטוניסטית מתאפיינת בכך שהמפר מנצל הזדמנות (opportunity) שבה הנפגע פגיע, על מנת

---

133 אכן, בחלק מעלויות ההתדיינות נושאים הצדדים להתדיינות. אולם בחלק אחר מעלויות ההתדיינות נושא הציבור, המסבסד חלקית את השירותים המשפטיים הניתנים לציבור המתדיינים, באמצעות תשלום מיסים למדינה: [the litigation costs] לעלויות אלה יש להוסיף את העלות החברתית שבה נושא הציבור - בעצם החזקתה ותפעולה של מערכת המשפט וסבסוד שירותיה לציבור. למאמר העוסק באופן מקיף בבעיית הפער בין עלות ההתדיינות למתדיין, לבין עלות ההתדיינות לחברה, ובקושי החמור שהיא מציבה בדרכו של המשפט להשגת יעילות כלכלית ר' למשל: S. Shavell, "The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System" 26 **J. Leg. Stud.** (1997) 575. **"..the taxpayer also bears some of the taxpayer's litigation costs]." Posner**, 631.

134 באופן תיאורטי ניתן לפתור בעייה זו על ידי חיוב המפסיד בתביעה אזרחית בהוצאות לטובת המדינה בנוסף לחיובו בהוצאות הצד השני. אולם דבר זה איננו נעשה בפועל. זאת ועוד, פעמים רבות תהיה ההפרה כרוכה בהוצאה נוספת (פרט לעלויות ההתדיינות), וזאת כאשר המפר מנהל מו"מ עם אדם שלישי שאליו הוא מתכנן להעביר את המשאב או הזכות החוזית שיישללו מהנפגע עקב ההפרה. אולם עלות זו תתקיים גם בהעדר הפרה (כשה"מפר" מקבל שחרור מאת ה"נפגע") ולפיכך הן מתקזזות. **Farber**, 1453.

135 במובן זה סובל המודל מהליקוי המאפיין את המודל הפרדיגמטי הכללי שעליו מבוססת 'תיאורמת Coase'. אלא שבניגוד למודל ההפרה היעילה, ההתעלמות מעלויות העיסקה נעשתה על ידי Coase במודע, תוך הבנת המגבלות שהדבר מציב על כוחה הנורמטיבי והדסקריפטיבי של התיאורמה. יצויין, שההתעלמות מהעלויות הכרוכות בהליך משפטי שהוא תוצאתו הטבעית של כלל אחריות (liability rule) מאפיינת את הכתיבה הכלכלית לא רק בתחום החוזי, אלא גם בתחום הנזיקי, וגם שם זכתה התעלמות זו לביקורת: **"..conventional thinking idealistically ignores uncertainty about damages (due to assessment costs) at the same time that it realistically acknowledges bargaining difficulties (due to transaction costs)… Once we recognize that in the real world both transaction costs and assessment costs are regularly significant, the bald preference for liability rules loses its foundation." Krier**, 454. בשיקולים לבחירה בין כללי אחריות לכללי קניין דנתי בסע' 7.64, 7.65 לעיל.

136 הסנקציה הלבר-מפצה הנדרשת היא לפחות בשיעור שיהיה בו כדי לגלם את אותו חלק בעלות ההתדיינות, שאינו מגולם בפיצויי הציפייה. כך, למשל, נניח שהפרת החוזה תצמיח למפר רווח של 150 בעוד שקיומו שווה לנפגע 100. אם נניח שעלות ההתדיינות הכוללת היא גבוהה מ-50 (למשל, 80) ההפרה אינה יעילה ולכאורה לא היתה אמורה להתבצע כלל, שכן עלותה למפר היתה אמורה להיות גבוהה מהתועלת הכרוכה בה מבחינתו. אולם בפועל המפר יפר את החוזה בכל מקרה שבו הוא יישא בפחות מ-50 מסך עלויות ההתדיינות (שכן במקרה כזה ההפרה עדיין רווחית עבורו).

137 לביקורת כללית זו על הגישה הכלכלית ר' למשל **גלעד**, 5-474: **"בקביעת המחיר החברתי של הנזק יש לקחת בחשבון פעילויות אלטרנטיביות והשפעות על צדדים שלישיים, שאינן באות לידי ביטוי בנזק הפרטי. פער זה בין הנזק הפרטי להשפעה החיצונית עלול לגרום לכך שהפנמתו של הנזק הפרטי, במקום הפנמת ההשפעה החיצונית, תביא לפגיעה ביעילות."** ר' גם דבריו בעמ' 6-475, שם הוא מותח ביקורת על גישת "ההפנמה האוטומטית" מבית מדרשם של Posner ו-Shavell המניחה - ללא כל בסיס - כי נזקו האישי של הנפגע משקף את העלות החברתית של מעשה העוולה. לדיון בכשל זה של הניתוח הכלכלי ר': I. Gilead, "Tort Law and Internalization: The Gap between Private Loss and Social Cost" 17 **Int. R. L & Econ.** (1997) 589.

138 כמוסבר בפרק הבא, הפרה מודעת הכרוכה בהתעשרות של המפר על חשבון הנפגע איננה חייבת בהכרח להיות אופורטוניסטית, והיא יכולה להיות מוצדקת מבחינה כלכלית ומוסרית גם יחד. ר' סע' 11.30, 11.33 להלן.

nevo.co.il

לשלול ממנו משאב שהוקצה לו על פי החוזה, וזאת בלא כל כוונה לשלם על כך את המחיר - תיקון נזקי ההפרה או פיצוי עליהם.[139]

הפרת חוזה אופורטוניסטית יוצרת בהכרח משבר אמון חריף ביחסיו של הנפגע עם המפר.[140] משבר אמון שכזה יוצר מספר נזקים עקיפים וארוכי טווח מעבר לנזק הישיר שגורמת ההפרה: [141] **ראשית,** סביר להניח, שהנפגע מהפרה אופורטוניסטית לא ישוב עוד לעולם להתקשר עם המפר. כך תימנענה התקשרויות יעילות בין המפר לנפגע, שהיו יכולות להתבצע בעתיד אלמלא משבר האמון ביניהם. יתרה מכך, קרוב לוודאי שגם ביחסיו העתידיים עם מתקשרים אחרים יגלה הנפגע מהפרה אופורטוניסטית יתר חשדנות וזהירות, ויהסס להיכנס להתקשרויות הדורשות ממנו רמה דומה של אמון. **שנית,** גם בחוזים שבהם יתקשר הנפגע בעתיד, סביר להניח שהוא ינקוט אמצעי זהירות מוגברים, על מנת להימנע מלהיקלע למצב דומה. כך, למשל, הוא צפוי להשקיע משאבים רבים בבירור זהותו ועברו (העסקי ואף האישי) של הצד השני להתקשרות ובעיצוב ובניסוח דווקני וקפדני של תנאי החוזה, שתכליתו לצמצם את הסיכונים הכרוכים בהתקשרות. בנוסף, הוא צפוי לדרוש ערובות מיוחדות להבטחת ביצוע חלקו של הצד השני, או לחלופין להעלות את המחיר החוזי, כך שזה ישקף את הסיכון הכרוך בכניסה לחוזה שאינו מבטיח שיתוף פעולה של הצד השני. כך או כך, המחיר החוזי שנפגע כזה ידרוש לאחר ש'נכווה ברותחין' צפוי להיות גבוה באופן משמעותי מזה שהיה דורש אלמלא "חוויה" זו. כתוצאה מכך גם מפרים אופורטוניסטיים ייאלצו להגדיל את המשאבים המושקעים מצידם הם בניסיונות לבצע הפרות אופורטוניסטיות. כל אלה הם בבחינת בזבוז טהור בראייה כלל-חברתית.[142]

יתרה מכך, גם בחוזים שייכרתו לבסוף בין צדדים שחוו בעבר הפרה אופורטוניסטית, חוסר האמון והחשדנות שבין הצדדים יפגמו במידת יציבותו של הקשר החוזי, ויקשו על הצדדים לפתור בהסכמה בעיות שונות העשויות לצוץ בעתיד. זאת ועוד, נפגע ש'נכווה' מהפרה "יעילה" עלול בעתיד לפעול בעצמו באופן אופורטוניסטי ולהפר

---

139 בספרות הכלכלית ניתן למצוא הגדרות שונות ל"אופורטוניזם". ר' למשל: B. Perlstein, "Crossing the Contract-Tort Boundary: An Economic Argument for the Imposition of Extracompensatory Damages for Opportunistic Breach of Contract" 58 **Brooklin L.R.** (1992) 877, 879-80: **"An individual acts opportunistically when he strategically manipulates information to gain a larger share of a pie of an already determined size. The opportunistic actor creates more value for himself, but only by taking an equivalent amount or more from others.";** T.J. Muris, "Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts" 65 **Minn. L.R.** (1981) 521, 521: **"**[Opportunism] **occurs when a performing party behaves contrary to the other party's understanding of their contract.. ..leading to a transfer of wealth from the other party to the performer."; Dodge**, 652: **"A breach is opportunistic if the breaching party attempts to get more than he bargained for at the expense of the nonbreaching party."** אחד הגורמים העיקריים לתופעת האופורטוניזם הוא, שמרבית הפעילות הכלכלית המתבצעת במסגרת חוזים אינה מתבצעת על ידי שני הצדדים בו זמנית, אלא בדירוג. עובדה זו מביאה לכך שבנקודות זמן רבות אחד הצדדים (ולעיתים שניהם) תלוי בחסדיו של הצד השני, ללא ערובה מספקת שהצד השני יבצע את חלקו שלו באופן מושלם. עמד על כך Posner: **"..the problem of contract opportunism arise from the sequential character of economic activity." Posner**, 102. כאשר בעייה זו אינה קיימת החשש לאופורטוניזם נחלש, שכן הסנקציה על המפר היא מיידית - אי קיום חלקו של הנפגע בחוזה. סנקציה זו עשויה במקרים רבים לשלול מהמפר את התמריץ להפרה האופוטוניסטית, גם בלא צורך בסנקציות משפטיות נוספות. יצויין, שהתנהגות אופורטוניסטית איננה ייחודית לשלב הביצוע של החוזה, והיא יכולה להופיע גם בשלב הטרום-חוזי, וגם בשלב הבתר-חוזי, ולהצדיק תשלום עונשי במקרים מסויימים. דוגמות לכך תידונה בפרק הבא.

140 גם הפרת חוזה בתום לב או ברשלנות עשוייה לפגוע במידה מסויימת באמון הנפגע במפר, ברם אין להשוות בין הנזק הנגרם לאמון במצבים אלה, לבין משבר האמון הצפוי להתרחש במקרה של הפרה אופורטוניסטית. **"The damage to social trust and to the practice of contracting is most serious when a breach was intentional." Mather**, 119. משבר האמון שבין הצדדים יהיה מן הסתם חמור עוד יותר כאשר הפרת החוזה האופורטוניסטית תעלה כדי "הפרה מחפירה", העשויה להקים עילה לפסיקת תשלום עונשי.

141 הנזק הישיר הוא הנזק המתרחש ומתגבש מייד עם ההפרה או בסמוך לאחריה: נזק לנפגע עצמו (ממוני ולא-ממוני), ועלות ההתדיינות הנובעת מההפרה.

142 ניתן לראות, שניתוח זה אינו אלא יישום בהקשר החוזי של נזקן ארוך הטווח של "גזילות" עליו עמדתי בהרחבה בחלקים השלישי והרביעי של פרק ז'.

nevo.co.il

חוזים שיכרות כל אימת שהדבר נראה לו משתלם, וזאת על מנת שלא 'לצאת פראייר' במשטר משפטי שבו כל דאלים - גבר.

הפרות אופורטוניסטיות גורמות אפוא לעלייה תלולה הן במחיר החוזי שצדדים סבירים ידרשו בעבור הסכמתם להתקשר בחוזים, והן בעלויות ניהולם של משאים ומתנים לכריתתם של חוזים. בנוסף ולחלופין, הן מפחיתות את הנכונות ליטול סיכונים עסקיים, וכך גורמות לניתובן של עסקות מהתחום האובליגטורי לעבר תחום העסקות הריאליות.[143] כל אלה צפויים לפגוע במישרין ברווחיותן של עסקות רבות, ולגרום לסיכולן מעיקרא של עסקות אחרות, תוך פגיעה קשה ברווחה המצרפית.

אמנם, מודל ההפרה היעילה מניח כי הנפגע מהפרת חוזה נותר תמיד אדיש כלפי הבחירה בין קיום החוזה לבין הפרתו, שכן מובטח לו בכל מקרה פיצוי מלא. תחת הנחה זו אין לכאורה כל סיבה לחשוש שהפרה שהיא יעילה בטווח הקצר תהפוך לבלתי יעילה בטווח הארוך, וזאת גם אפילו היא נחזית כמקוממת מבחינה מוסרית ('אופורטוניסטית'). אולם למעשה, בשל בעיות ההתחמקות מהדין ותת-הפיצוי שעליהן עמדנו, ההנחה שהמפר יוותר אדיש להפרה הינה חסרת כל אחיזה במציאות. בחיים האמיתיים הנפגע אינו אדיש לאפשרות כי אינטרסים חוזיים שלו יישללו ממנו בכפייה ובאופן חד-צדדי, שכן הוא יודע כי ההסתברות שיקבל פיצוי מלא על כל נזקיו היא כמעט תמיד פחותה מ-1. קל וחומר שאין הוא אדיש לאפשרות כי החוזה יופר באורח אופורטוניסטי, שכן הפרה אופורטוניסטית מגדילה באופן משמעותי את הסיכוי לתת-אכיפה ולתת-פיצוי.[144]

עינינו הרואות, כיצד פעם נוספת נכשל מודל ההפרה היעילה בזיהוי מכלול ההחצנות של הפרת החוזה המודעת, וכך נכשל כישלון חרוץ בהצדקת הטיעון השולל הכרה בסנקציות לבר-מפצות בתחום החוזי.

<u>ד. טיעון ההפרה היעילה - סיכום</u>

10.26 הניתוח הביקורתי של תורת ההפרה היעילה העלה, שתורה זו נכשלה בניסיונה לבסס את מעמדה של תרופת הפיצויים כתרופה הראשית והעדיפה בהקשרים חוזיים. כשל זה נובע מכך שהנחות היסוד שעליה נשענת התורה הינן חסרות אחיזה במציאות, בשל התעלמותה מבעיית ההתחמקות מהדין, בעיית תת-הפיצוי, בעיית עלויות ההתדיינות, ובעיית העלויות ארוכות הטווח של הפרות אופורטוניסטיות. בהינתן בעיות אלה משטר התרופות החוזי שבו דוגלים האוחזים בתורת ההפרה היעילה יוצר מצב כרוני של הרתעת-חסר, שבו קיים תמריץ ממשי לבצע הפרות חוזים בלתי-יעילות גם בהינתן הזכות לפיצויי ציפייה.[145] כמוסבר, מצב זה משפיע לרעה על התנהגותם של נפגעים ומפרים בכוח, וצפוי לצמצם באופן משמעותי את היקף הפעילות המסחרית החיובית במשק.

---

143 כך, למשל, אדם עלול להעדיף לתת שירות לפלוני המוכן לשלם עבורו היום 100 ₪ מאשר לאלמוני המוכן לשלם עבורו 200 מחר, רק בשל החשש כי אלמוני לא ישלם כלל למרות ההתחייבות שנתן. בלא הגנה משפטית נאותה מפני אופורטוניזם, תסוכלנה עסקות אובליגטוריות יעילות, שיכלו להיכרת לו ניתנה לנפגעים בכוח הגנה שכזו. להשפעה שלילית זו של האופורטוניזם החוזי ר' למשל **Posner**, 102

144 לזיקה זו ר' גם סע' 10.15(77) לעיל.

145 במסקנה זו תומכים כיום מלומדים רבים. ר' למשל: **Chutorian**, 391: **"..the concurrence of limited liability and high transaction costs diminishes expectations that unfulfilled promises will be adequately compensated. This reduces the incentive to contract and impairs the efficiency of the market system…"**; **Farber**, 1476: **"..difficulty of detection, costs of litigation, or difficulty in measuring compensatory damages may be so great as to make compensatory damages almost worthless as a means of inducing performance."; Diamond**, T, 442: **"A remedial system which was intended to deter intentional breaches, except in limited situations, has, by its very irrelevance, become the determinative element in inducing intentional breaches which serve no societal function and which are, therefore, in violation of moral and economic concepts of justice."; Sebert**, 1573: **"By systematically undercompensating plaintiffs, we risk too much breach rather than too little." Cavico**, 374: **"..to the extent that certain harms and costs are not recoverable.. ..the efficient breach foundation cracks. The inherent, latent defect in the efficient breach theory.. ..is acutely realized where the breacher captures an immediate gain under circumstances where the prospect of full compensation is low. …**[he] **is not deterred from breaching the contract in a manner that inefficiently allocates societal resources."**

nevo.co.il

בסיכום, טיעון ההפרה היעילה אינו מצליח לבסס את האיסור המסורתי הגורף על הטלת סנקציות לבר-מפצות בגין הפרת חוזה. נהפוך הוא: כפי שהראיתי, העיון הביקורתי בטיעון מסורתי זה מביא למסקנה ההפוכה, שלפיה ההכרה העקרונית בסנקציות לבר-מפצות הינה מוצדקת ומתחייבת מטעמי יעילות כלכלית.[146]

II. אי וודאות, פגיעה ביכולת ההסתמכות והרתעה מהתקשרויות חוזיות

א. הצגת הטיעון

10.27 אחד מטיעוני הנגד הנפוצים ביותר כנגד הפעלת הדוקטרינה בתביעות חוזיות, הוא הטיעון שלפיו הכרה באפשרות לפסוק תשלום עונשי כנגד צד לחוזה תפגע קשות בוודאות הכלכלית והמשפטית בתחום החוזי-מסחרי. פגיעה כזאת תגרע מיכולתם של הצדדים לחוזה להסתמך עליו ולתכנן את צעדיהם לאורו, תרתיע צדדים פוטנציאליים מלהתקשר בעיסקות חליפין, וכך תפגע בכלכלת השוק החופשי וברווחתה החומרית והרוחנית של החברה כולה (להלן - "טיעון אי-הוודאות").[147]

ביסוד התפיסה הרואה בהבטחת הוודאות ערך עליון בהקשר המסחרי-חוזי עומדת ראיית החוזה כמערכת של סיכויים וסיכונים שהצדדים נוטלים עליהם בהסכמה וברצון חופשי על מנת לקדם את רווחתם האישית. על מנת שהחוזה ימלא את ייעודו זה, על ההחלטה להתקשר בו להתקבל באופן מודע ורציונלי, ומתוך מודעות מלאה לתוכן החיובים החוזיים - הן החיובים הראשוניים, חיובי הביצוע, והן החיובים המשניים, המקנים סעד במקרה של

---

[146] עם זאת, ראוי להדגיש, כי במסקנה זו אין עדיין משום הצדקה ספציפית להכרה בתשלום העונשי דווקא (להבדיל מסנקציות לבר-מפצות אחרות, שתכליתן להתמודד במישרין עם כל אחת מבעיות ההחצנה שנסקרו לעיל). הצדקה ספציפית כזו אני מנסה לבסס בפרק הבא, בסע' 11.27 ואילך.

[147] בספרות ובפסיקה מובא טיעון אי-הוודאות בדרך כלל בצורה לקונית ותמציתית, ללא הנמקה מפורטת וללא דיון בטיעוני הנגד האפשריים. בספרות ר' למשל: **Simpson**, 284: **"Basically the reason** [for denying punitive damages in contract actions] **is an unwillingness to extend the doctrine of punitive damages to the commercial field thus introducing uncertainty and confusion into business transactions…"; Redden**, 376: **"In a market economy, the parties should be encouraged to interact for economic benefit. ..while compensatory damages encourage reliance on business agreements, the threat of additional punitive damages would create uncertainty and apprehension in the market place. Such an award would have a chilling effect on further contractual undertakings."**; see also **McCormick**, 286; **McNamara**, 237. לדיון מפורט יותר בטיעון אי-הוודאות ר' למשל: **Volk**, 462-8, esp. 465: **"..punitive damages applied in a contract context provide an overly-strong incentive for contracting parties to perform because they are unable to estimate the cost of breach."**; בפסיקה האנגלית הוזכר טיעון אי-הוודאות כבר בעניין ***Addis*** מפי הלורד Atkin: **"..to apply in their entirty principles on which damages are measured in tort to cases of damages for breaches of contract would lead to confusion and uncertainty in commercial affairs, while to apply them only in part and in particular cases would create anomalies, lead occasionally to injustice, and make the law a still more lawless science than it is meant to be."** ***Addis***, 495. בפסיקה האמריקאית זכה טיעון אי-הוודאות להדגשה ברבים מפסקי דין המנחים בסוגייה. ר' למשל: ***Miller***, 981, citing ***Vernon***, 180: **"..the well defined parameters of compensatory and consequential damages.. ..lend a needed measure of stability and predictability to the free market enterprise system."; *Foley*,** 683, 699: **"predictability about the cost of contractual relationships plays an important role in our commercial system; …The expansion of tort remedies in the employment context has potentially enormous consequences for the stability of the business community."; Applied Equipment Corp. v. Litton Saudi Arabia Ltd.** 7 Cal. 4th 503, 515 (1994, S.C.): **"This limitation on available damages serves to encourage contractual relations and commercial activity by enabling parties to estimate in advance the financial risks of their enterprise."; *General Motors***, 22: **"**[the]**..reason for prohibiting recovery for punitive damages in pure contract cases is that the mere availability of such a remedy would seriously jeopardize the stability and predictability of commercial transactions, so vital to the smooth and efficient operation of the modern American economy.";** see also: ***Welborn***, 122 (Woods, J., dissenting): **"The advantage of punishing the fraud** [fraudulent breach of contract] **would be more than counterbalanced by the disastrous uncertainty in the administration of the law of contract which would surely result."** טיעון אי-הוודאות נזכר גם בפסיקה הישראלית, כטיעון נגד הכרה בסנקציות חוזיות לבר-מפצות: "**הכרה רחבה בהפרת כל הבטחה חוזית כעילה לתבוע בעשיית עושר ולא במשפט נראית לי בלתי רצויה ואף מסוכנת.. ..להכרה בתיאוריה כזאת טמון סיכון רציני ליציבותו של עולם הסוחרים בכלל ולכורתי חוזים בפרט.**" עניין ***אדוש***, 256 (השופטת בן-פורת). יש מקום להצביע על הזיקה שבין טיעון אי-הוודאות לבין טיעון ההפרה היעילה שנדון לעיל. ניתן לראות, כי ביסוד שני הטיעונים כאחד עומד החשש, שהדוקטרינה תפגע בתפקודו היעיל של השוק החופשי, ועקב כך ברווחה המצרפית. עם זאת, בעוד שטיעון ההפרה היעילה מתמקד בעיקר בחשש מפגיעה בתמריץ להפר את החוזה הפרה יעילה **בדיעבד**, לאחר כריתתו, הרי טיעון אי-הוודאות מתמקד בעיקר בחשש שהתשלום העונשי ירתיע פרטים מלהתקשר בחוזה **מראש**. עם זאת, נראה ששני הטיעונים רלבנטיים גם לפרק הזמן שבו אין הם מתמקדים.

nevo.co.il

הפרה.[148] בענייננו, כך נטען, העובדה שהמבחנים להפעלת הדוקטרינה ושיעור הסכומים הנפסקים מכוחה אינם מוגדרים ואינם ניתנים לצפייה מראש, צפויה להחדיר מידה ניכרת של אי וודאות וחוסר יציבות למערכת היחסים החוזית. הצדדים לא יוכלו להעריך נכונה בעת הכריתה את הסיכויים והסיכונים הכרוכים ביצירת הקשר החוזי, וכתוצאה מכך יירתעו ויימנעו מראש מלהתקשר בעיסקות יעילות רק בשל הסיכון לחוב בעתיד בתשלום עונשי (במקרה שהחוזה יופר באופן שייחשב על ידי בית המשפט כ"מחפיר").[149] תוצאות בלתי רצויות אלה נמנעות על ידי מערכת התרופות החוזית המסורתית, המגבילה את סעדיו של הנפגע מהפרת החוזה לפיצויים בגין הנזק שניתן לצפותו מראש כבר בעת הכריתה.[150] אף שהדבר לא נאמר במקורות במפורש, נראה שטיעון אי-הוודאות מניח כמובן מאליו, שבדיני הנזיקין הצורך בוודאות אינו חשוב באותה מידה כמו בתחום החוזי.[151]

ב. ביקורת הטיעון

1. וודאות ויעילות מול צדק ומניעת עוול

10.28 בטרם אפנה לבחינת טיעון אי-הוודאות לגופו, ראוי להזכיר כי טיעון זה - כמוהו כטיעון ההפרה היעילה שבו דנתי לעיל - חשוף לביקורת מצד אלו המאמינים, כי קידום ערכי מוסר עשוי להיות מוצדק גם כאשר הדבר אינו עולה בקנה אחד עם שיקולי תועלת.[152] ניתן לטעון למשל, שראוי לה לחברה להקריב את ערך הוודאות ואת ערך היעילות הכלכלית שהוא נועד לקדם, לטובת הערך המוסרי שבמניעה וענישה של מעשי עוול, ובכלל זה הפרות חוזים

---

148 ההבחנה בין חיובים ראשוניים לחיובים משניים נדונה בספרות ובפסיקה בעיקר בהקשר לנפקותו של ביטול החוזה בעקבות פגם בכריתה, לעומת נפקות הביטול במקרה של הפרה. ר' למשל **פרידמן וכהן**, כרך ב', 1109-10. לאימוץ הבחנה זו בפסיקה הישראלית ר' ע"א 187/87 **לוי נ. דויטש** פ"ד מג(3) 309, פסקות 10, 11 לפסק הדין. התייחסות נרחבת להבחנה ניתן למצוא בפסק דינו של בית הלורדים האנגלי בעניין **Photo Production v. Securicor Trans.** [1980] 1 All. E.R. 556 (H.L.).

149 זאת ועוד, ניתן להוסיף ולטעון, שבחוזים שייכרתו בכל זאת במצב זה, יביאו חוסר הוודאות והחשש המתמיד מפני חיוב בתשלום עונשי למתח, חוסר יציבות וחוסר אמון בין הצדדים לחוזה, אשר בתורם יכרסמו אף הם בחוסנו של הקשר החוזי. יצויין, שחששות אלה פוחתים במידה משמעותית כאשר הצדדים לחוזה מבטחים עצמם מפני הסיכון לחוב בתשלום עונשי. בארה"ב יש חוסר אחידות בתחום זה. בעוד שבחלק מהמדינות הכירה הפסיקה בתוקפו של כיסוי ביטוחי מעין זה, הרי במדינות אחרות נקבע כי הדבר מנוגד לתקנת הציבור. לדיון בסוגייה ר' סע' 7.32(139) לעיל.

150 מבחן הצפיות המעוגן בישראל בסע' 10 לחוק התרופות, נתפס באופן מסורתי כמוצדק, מאחר שהוא מתמרץ את הצדדים לגלות זה לזה את הסיכונים שהם נוטלים על עצמם, וכך מאפשר להם להעריך את שווי החוזה עבור הצד השני. להסבר זה ר' למשל: G. Gilmore, F. Kessler, **Contracts, Cases & Materials** (Boston, 2nd ed., 1970) 1035: "**In contract, if one party wishes to protect himself against a risk which to the other party would appear unusual, he can direct the other party's attention to it..**"; see also **Volk**, 462 & references at n. 35.

151 שאם לא כן - מדובר בטיעון כללי נגד ההכרה בדוקטרינה, ולא בטיעון התומך בכלל האוסר על החלתה בתחום החוזי דווקא. ניסיון לאבחן במפורש בין התחום החוזי לתחום הנזיקין מצאתי רק במקור אחד שבו צויין, כי: **"..the need for certainty is perceived to be greater in relation to contract than tort and, arguably, there is therefore less scope for the sort of discretion which the courts must have in determining the availability and quantum of exemplary damages." English Report**(2) s. 5.72. גם כאן מתאפיין הטיעון בהעדר הנמקה של ממש. ייתכן, שההנחה היא, כי בתחום הנזיקין, בשל אופייה הלא-ממוני של הפגיעה הנזיקית הטיפוסית, לא ניתן ממילא להשיג את הוודאות, העקביות והשיטתיות, שניתן להבטיח בתביעה החוזית הטיפוסית המערבת נזק ממוני טהור. הסבר או צידוק מעין זה לכלל האוסר עולה מפסק דין אמריקאי ישן: **Houston & T.C.R.R. Co. v. Shirley**, 54 Texas 125, 142 (S.C., 1880): **"The exclusion** [of punitive damages in contract] **may be justified.. ..on the policy of limiting the uncertainties and asperities attending litigation of such issues to that class of cases in which the nature of the wrong.. ..renders those issues and evils to some extent unavoidable."** הסבר חלופי יכול להיות, שבתחום החוזי הוודאות חיונית יותר, שכן בו מתרחשת עיקר הפעילות הכלכלית במשק, שעה שבדיני הנזיקין אין לוודאות המשפטית השפעה ממשית על כלכלת המדינה. כמובהר בהמשך הדברים, הנחה זו אינה נכונה.

152 למתח בין שיקולי הוגנות לשיקולי תועלת בכלל, לרבות הצורך בוודאות, ולעליונותם של הראשונים על האחרונים במקרה של סתירה ר': **Linzer**, 139: **"Predictability is an important value in law, as should be the promotion of economic efficiency. But most important are fairness and justice."** לדיון כללי במתח שבין שיקולי הוגנות לבין שיקולי השאת תועלת ר': **Fletcher**, esp. 569-73. לדברי המלומד במקרים רבים מובילים השיקולים משני הסוגים להכרעות ערכיות זהות, אך תיתכן סתירה במיוחד במקרים שבהם: **"..a socially useful activity imposes nonreciprocal** [=unfair] **risks on those around it."** Id., 569. להרחבת הדיון בקושי המוסרי שבמתן לגיטימציה להפרות חוזים מודעות ר' סע' 11.34 להלן.

nevo.co.il

מחפירות.[153] אלא שכמובהר להלן, ספק רב אם טיעון אי-הוודאות ניתן להצדקה גם במונחי התועלת שבהם הוא עצמו מנוסח.[154]

2. *פגיעה בוודאות החוזית - של המתקשר תם הלב או של המתקשר האופורטוניסט?*

10.29 המפתח להבנת הכשל שבטיעון אי-הוודאות נעוץ, לדעתי, בהבחנה בין המתקשר תם-הלב שבכוונתו לעשות כל מאמץ סביר כדי לקיים את חלקו בחוזה, לבין המתקשר האופורטוניסטי המוכן לסכן את הצד השני להתקשרות, כל אימת שהדבר נראה לו כמשתלם מבחינתו האישית. אכן, במקורות המזכירים את טיעון אי-הוודאות אין למצוא הבחנה מפורשת כזו, ומבט שטחי עשוי להוביל למסקנה, שהחשש הוא מפני אי וודאות כללית בקרב מתקשרים פוטנציאליים בחוזה - מפרים בכוח ונפגעים בכוח גם יחד. אלא שמבט מעמיק יותר מגלה על נקלה, שהחשש שאותו מדגישים תומכי הטיעון, אינו חששו של המתקשר התמים, אלא חששו של המתקשר האגואיסטי והאופורטוניסטי, המבקש כי יתאפשר לו לחשב מראש בכל רגע נתון את כדאיות הפרתו של החוזה. אמנם, לכאורה, כל מתקשר סביר עלול להימצא במצב בו יפר את החוזה, ולפיכך הטיעון משרת לכאורה את שני הצדדים לחוזה. אולם המתקשר הסביר ותם הלב לא יימצא לעולם במצב בו הוא מפר את החוזה הפרה מחפירה - הפרה הפוגעת ללא הצדקה סבירה כלשהי בצד השני להתקשרות מתוך מודעות מלאה לחומרת הפגיעה וללא ניסיון למתן את חומרת הפגיעה או להימנע ממנה.[155] מכיוון שכך, המתקשר תם הלב לא יהא לעולם חשוף לסיכון של חיוב בתשלום עונשי, והאינטרס הלגיטימי שלו בוודאות לא ייפגע כלל כתוצאה מהחלת הדוקטרינה בתחום החוזי.[156] ההכרה בדוקטרינה תפגע אפוא רק במתקשר האגואיסטי וחסר תום הלב, המבקש לדעת בוודאות מהם הסיכונים הכרוכים מבחינתו בהפרה מודעת ואופורטוניסטית של החוזה. הגנה על אינטרס זה איננה ניתנת להצדקה במונחי הוגנות, וכפי שאראה מייד - גם לא במונחי תועלת.

3. *פרדוקס אי הוודאות: אי וודאות כמגבירה וודאות, ביטחון ויכולת הסתמכות על החוזה*

10.30 כמוסבר, טיעון אי-הוודאות משקף נכונות לסייע למפר האופורטוניסט בקידום ענייניו.[157] מגמה זו מתיישבת היטב עם תורת ההפרה היעילה, הרואה בהפרה יזומה ומודעת של חוזים - ואפילו הפרה מחפירה - תופעה לגיטימית ורצוייה מבחינה כלכלית. אלא שכמוסבר לעיל, תורת ההפרה היעילה נשענת על הנחות בלתי מציאותיות, המחלישות עד מאוד את כוחה הנורמטיבי.[158] כפי שראינו, הפרכת הנחות אלה מוליכה למסקנה כי הצורך במניעת הפרות בלתי יעילות בכלל, והפרות אופורטוניסטיות בפרט, עשוי בהחלט להצדיק הכרה בסנקציות לבר-מפצות

---

153 תמיכה בעמדה כזו מצאתי בדבריו של שופט מיעוט בבית המשפט העליון בקליפורניה: **"Breaches accompanied by deception or infliction of intentional harm may be so disruptive of commerce and so reprehensible in themselves that the value of deterring such actions.. ..outweighs the marginal loss in the predictability of damages that may result."** ***Freeman***, 54 (Mosk, J., dissenting).

154 לחלק מהתובנות המועלות בסעיפים הבאים יש תמיכה אצל: **Dodge**, 697.

155 כפי שהסברתי בפרק ז', למרות אי הבהירות הרבה השוררת במקורות באשר למבחן הכללי לתחולת הדוקטרינה, אין למעשה מחלוקת באשר לתנאי המקדמי שבלעדיו לא ייפסקו תשלומים עונשיים: פגיעה ממשית ושלא כדין ברווחתו של התובע, שהנתבע מודע לה ואינו סבור כי יש לה צידוק בדין. זאת ועוד: גם בהתקיים תנאים אלא לא ייפסק תשלום עונשי כאשר ההפרה המודעת היא נסלחת, שכן במקרה כזה לא תתקיים הדרישה האולטימטיבית לחריגה קיצונית מסטנדרט ההתנהגות הסביר. דרישות אלה מהוות לדעתי ערובה מספקת, המבטיחה כי צד לחוזה שישתדל להימנע מההפרה לא ייחשף לעולם לתשלום עונשי, גם אם בסופו של דבר ייאלץ להפר את החוזה. לדיון במהות הדרישה ל"התנהגות מחפירה" ר' סע' 7.02 ואילך.

156 יפים לכאן דברים כלליים שנאמרו בהקשר להשפעת עקרון תום הלב על הוודאות המשפטית: **"...הטענה שיש בטכניקה משפטית של שימוש בסטנדרט כדי לפגוע בוודאות ויציבות.. ..מחמיצה את מטרתה.. ..אדם הנוהג באמון כלפי בעל דברו לא ייחשף לסיכון של התערבות שיפוטית, ותחולת החוק תהא על-כן צפוייה."** ע' בוקשפן, "תם ומושלם - על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר" **עיוני משפט** כג (תש"ס) 11, 28. הנקודה מובהרת גם בסע' 7.17 לעיל.

157 כמוסבר בסעיף הקודם, אדם המבקש להפר את החוזה שלא מתוך אופורטוניזם, אלא בשל אילוצים אליהם נקלע, לא יהא חשוף לסיכון של חיוב בתשלום עונשי.

158 ר' בהרחבה סע' 10.21 ואילך.

nevo.co.il

שתכליתן לממש צורך זה. בפרק הבא אסביר מדוע הבעייה הנוצרת בשל הפרות חוזים אופורטוניסטיות בכלל והפרות חוזים מחפירות בפרט, מחייבת לא סתם סנקציות לבר-מפצות, אלא סנקציות לבר-מפצות כדוגמת התשלום העונשי, המעניקות הגנה "קניינית" (להבדיל מהגנה של "כלל אחריות") לנפגעים מהן, באמצעות טכניקה של 'הרתעה ממגרת' (להבדיל מ'הרתעה מפנימה').[159] אם אמנם נכונה טענתנו זו, הרי שאי הוודאות שדוקטרינת התשלום העונשי יוצרת היא דווקא רצוייה במונחי תועלת.[160] אי וודאות זו משבשת את יכולתם של מפרים אופורטוניסטיים להעריך מראש, ולו באופן מקורב, האם הפרה כזו היא משתלמת מבחינתם. במצב כזה התמריץ להפרות אופורטוניסטיות פוחת. עקב כך גדלים באופן משמעותי הוודאות והביטחון של כל צד במפעל החוזי המשותף. במילים אחרות, דווקא במשטר משפטי שבו חל איסור על הפרות "מחפירות", גדלה יכולתם של המתקשרים בחוזה להסתמך עליו ולתכנן את צעדיהם על פיו, וגדל התמריץ להתקשר בחוזים מלכתחילה.[161] מכאן, שבניגוד לאמונה הרווחת - ובאופן פרדוקסלי לכאורה - **דווקא אי הוודאות שיוצר התשלום העונשי מבחינת המתקשר האופורטוניסט, מגבירה את הוודאות והביטחון של צדדים להתקשרויות חוזיות ביציבותו של הקשר החוזי.** כך משתפרת גם יכולת התכנון וההסתמכות על חוזים, גדל היקף ההתקשרויות בחוזים, ועימם - ביחס ישר - גדלה גם התועלת החברתית הכללית.[162]

4. טיעון אי-הוודאות איננו מסביר את ההבחנה בין דיני החוזים לדיני הנזיקין

10.31 גם בהתעלם מהאמור לעיל, נראה שטיעון אי-הוודאות סובל מחוסר עקביות. **ראשית,** טיעון זה יוצר רושם, שלפיו פעילות כלכלית ומסחרית מתבצעת אך ורק בדלת אמותיו של התחום החוזי. רושם זה הוא מוטעה לחלוטין: שיקולי עלות-תועלת וחישובי סיכויים וסיכונים אינם ייחודיים לפעילות הכלכלית המתבצעת במסגרתו של חוזה. לאמיתו של דבר, כמעט כל פעילות כלכלית כרוכה בסיכון להפרת זכויותיהם המשפטיות של אחרים, לאו דווקא

---

159 ר' סע' 11.27 ואילך. למעשה, ההסבר המובא שם אינו אלא יישום להקשר החוזי של ההצדקה הכלכלית הכללית של הדוקטרינה, אשר הובאה בהרחבה בפרק ז', בחלק הרביעי.

160 אכן, מלומדים עמדו על כך, שוודאות בקרב מזיקים בכוח לגבי שיעור הסנקציה הצפוייה להם נדרשת במשטר של כללי אחריות, אך איננה נחוצה כלל במשטר של כללי קניין, שמטרתו איננה להביא להפנמה, אלא להרתעה מוחלטת מביצוע הפעולה המזיקה: **"It is of little importance whether violators of property rules can predict their liabilities - prediction is important only for takings properly governed by liability rules." Haddock**, 21.

161 תמיכה בגישתי עולה מהדברים הבאים: **"if breach of contract became the norm instead of the exception, the needs of businesses and consumers for orderly planning would be frustrated, and the desire for voluntary risk taking.. ..would be deminished." Marschall**, 740.

162 לראיית דיני החוזים כענף שמטרתו להשליט אמון בין צדדים להתקשרויות חוזיות וטרום-חוזיות, ועל יכולתו של עקרון האמון המגולם בעקרון תום הלב - דווקא בניגוד לתפיסה המקובלת - לשרת את הצורך ביציבות וודאות משפטית ר' מאמרו של **בוקשפן**, 20, 28: **"רעיון האמון הינו בעל תפקיד מכריע בעיצובה וקיומה של איכות חיים אנושית, חברתית וכלכלית, וחתירה להגשמתו תביא ממילא ובמישרין לידי יציבות וודאות המבוקשים כל-כך בתחום המשפט בכלל, ובדיני החוזים בפרט. ... הגנה על ערך האמון.. ..יתרום** [צ"ל: תתרום] **בהפחתת החשדנות והבהלה (לפני מעשה) והתסכול (לאחר מעשה) ובכך יוגשמו ויבואו לידי מימוש איכות חיים ליברלית ואוטונומית, כיבוד הזולת וחיסכון בעלויות עיסקה רבות."** תמיכה לגישתי אני מוצא גם בתגובת השופט ברק לחשש שהשמיעה שופטת המיעוט בן-פורת מפני פגיעה בוודאות שתהיה כרוכה בהחלת דוקטרינת תשלומי ההשבה ביחסים החוזיים: **"יש לחזק את החוזה ולהגביר את כיבודו. אינני רואה מהו הסיכון הרציני ליציבות המסחרית הטמון בכך. נהפוך הוא: אם יש דבר הפוגע ביציבות המסחרית, הרי זה הפרת התחייבות חוזית ולא כיבודה."** ***אדדש***, 279. דברים ברוח דומה הביע בשעתו השופט אלון, בתגובה לחששות אפשריים, כי השימוש בעקרון תום הלב יפגע בוודאות המשפטית: **"ואם יבוא החושש ויחשוש, שמא מכוח הפעלתה של נורמה ערכית זו יבולע ליציבות המשפטית, שהרי טרם בא לעולם מכשיר מדידה שימדוד אל נכון מידתו של תום לב, אף אתה אמור לו, כך היא דרכה של מערכת משפט שבה המשפט והיושר, הדין והצדק, נשקי אהדדי, ובסופו של חשבון ובעיקרו של דבר מרובה מידת היציבות** ***הכללית*** (ההדגשה במקור) **שבאה למערכת המשפט מכוח העיקרון הערכי של תום-לב, מאשר מידת אפשרות הפגיעה ביציבות המשפטית - במקרה מסויים זה או אחר - בגלל הפעלת עקרון תום הלב."** ע"א 391/80 **לסרסון נ. שכון עובדים בע"מ** פ"ד לח(2) 237, 264. העובדה שעקרונות משפטיים גמישים עשויים לעיתים, באופן פרדוקסלי, להבטיח רמה גבוהה יותר של וודאות משפטית מאשר כללים קשוחים, שבמציאות אין מנוס מלעוקפם במקרים קונקרטיים, הוכרה גם בספרות הזרה: **"..a more satisfactory degree of "certainty" is attained with flexible notions of fairness eliminating the need to circumvent the inflexible application of mechanical rules."** E. Fine, F. Kessler, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study" 77 **Harv. L.R.** (1964) 401, 449. לטעמי, דברים אלה ישימים גם בהקשר דנן.

nevo.co.il

זכויות חוזיות.[163] אם אמנם הוודאות המשפטית היא אמצעי כה חיוני לעידודה של הפעילות הכלכלית והמסחרית במשק, מדוע זה ייפקד מקומה ותיגרע חשיבותה בדיני הנזיקין? ממה נפשך: אם שיקולי תועלת מצדיקים הכרה בדוקטרינה בדיני הנזיקין למרות אי הוודאות שהיא יוצרת בקרב מזיקים בכוח, הרי שמסקנה זו יפה גם ביחס לדיני החוזים; ואם תימא ששיקול הוודאות גובר על שיקולי התועלת - מה לי דיני הנזיקין ומה לי דיני החוזים לעניין זה?[164] יתרה מכך, כמובהר לעיל, אי-הוודאות שיוצרת הדוקטרינה בקרב מזיקים אופורטוניסטיים רק תורמת ומעודדת את פעילותו התקינה של השוק החופשי. מכיוון שכך, גם בהנחה שמרבית הפעילות הכלכלית מתבצעת באמצעות חוזים, אין בכך משום שיקול נגד החלת הדוקטרינה בתחום החוזי, אלא להיפך. **שנית,** גם הטענה כי בדיני הנזיקין לא ניתן להשיג וודאות בשל אופיו הלא-ממוני של הנזק ה"נזיקי", ולפיכך אין טעם לשאוף לכך, בעוד שבדיני החוזים משימה זו היא אפשרית לאור אופיו הממוני של הנזק ה"חוזי", איננה נראית לי משכנעת.[165] זאת משום שכמוסבר לעיל, נזקים לא ממוניים וממוניים נפסקים בעידן המודרני הן בדיני הנזיקין, והן בדיני החוזים.[166] **שלישית,** מזוית ריאליסטית ניתן להטיל ספק בעצם ההנחה, כי וודאות משפטית היא ערך בר-הגשמה במשפט בכלל, ובדיני החוזים בפרט.[167] זאת ועוד: נראה, כי גם בתחום המובהק שבו מייחס טיעון אי-הוודאות לדיני החוזים רמה גבוהה של וודאות - תחום התרופות והפיצויים - וודאות כזו אינה קיימת. דיני התרופות ודיני הפיצויים מלאים במושגי שסתום עמומים ובמבחנים גמישים, שתכליתם לאפשר לבתי המשפט להתאים את הסעד לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה, תוך התחשבות במגוון רחב של שיקולי מדיניות משפטית.[168] ההנחה שהמפר יכול לצפות במידה רבה של דיוק את היקף חבותו האזרחית בגין ההפרה היא אפוא

---

[163] כך, למשל, מוצרים רבים מגיעים בסופו של דבר לידיהם של צרכנים, שאינם קשורים בחוזה עם היצרן. כמעט כל יצרן צריך אפוא להביא בחשבון את הסיכון הכרוך בהפרת חיוביו (הנזיקיים) כלפי צרכנים אלה. דוגמות מובהקות אחרות הן הקמת מבנים ומתקנים ציבוריים, סלילת כבישים, הקמת בתי חרושת, וכיוצא באלה פעילויות העלולות לסכן קשת נרחבת מאוד של אנשים, שאינם קשורים בחוזה עם יוצר הסיכון. למעשה, כמעט כל שירות רשלני הניתן לאדם פלוני במסגרת חוזה, עלול בנסיבות מסויימות להקים אחריות נזיקית של נותן השירות כלפי אנשים שעימם אין הוא קשור בחוזה (למשל, אחריות של קבלן כנגד מי שניזוק מבנייה רשלנית, אחריות של בעל מקרקעין כלפי מסיג גבול, אחריות של בעל אולם ארועים כלפי האורחים, וכיו"ב). הדברים נכונים במידה רבה גם ביחס לפעילויות כגון נהיגה, פעילות ספורטיבית, כתיבת ספרים, פרסום ידיעות בעיתונים ובכלי התקשורת, אשר במהלכן עלולים להיפגע אנשים שאינם נתונים בקשר חוזי עם המזיק. אחד המאמרים הראשונים שעסקו בשאלת השפעתם של כללים משפטיים על הקצאת הסיכונים הנעשית במסגרת פעילות כלכלית עסקית (לאו דווקא במסגרת חוזה) הוא: E.W. Patterson "The Apportionment of Business Risks through Legal Devices" 24 **Colum. L.R.** (1924) 335.

[164] ניתן להעלות טיעון, שלפיו השפעת ההכרה בדוקטרינה על הוודאות המשפטית קטנה יותר בתחום הנזיקין, שכן בתחום זה, להבדיל מבתחום החוזי, מגדיר הדין אוסף מוגבל של נורמות מיוחדות (העוולות השונות) שמי שלא מפר אותן אינו צריך לחשוש מחיוב בתשלום עונשי. בתחום החוזי, לעומת זאת, אין לדעת לעולם איזו התנהגות תיחשב כהפרת חוזה, שכן התנהגות זו אינה מוגדרת מראש על ידי הדין, וגם החוזה בדרך כלל אינו מגדיר במפורש את מכלול החובות הנובעות ממנו. לדעתי, טענה זו כוחה היה יפה לה, אלמלא היו דיני הנזיקין מכירים בעוולות מסגרת כדוגמת הפרת חובה חקוקה ועוולת הרשלנות. ההכרה בעוולות אלה הופכת את דיני הנזיקין ממאגר מוגבל של נורמות ספציפיות מוגדרות ובעלות תחולה ברורה יחסית, למאגר דינמי ובלתי מוגבל של נורמות שתוכנן איננו מוגדר ואיננו ברור, כל עוד לא הוברר הנסיבות הספציפיות של המקרה. יתרה מכך, דווקא בתחום החוזי ברורות יותר לצדדים החובות המוטלות עליהם, שכן בדרך כלל אלה חובות שהם נוטלים על עצמם, במפורש או במשתמע. בהינתן מצב זה, נראה שהוודאות המשפטית בתחום החוזי איננה פחותה מזו השוררת שבתחום הנזיקין, ואולי ההיפך הוא הנכון.

[165] לטענה זו ר' הערה 10.27(151) לעיל.

[166] לדיון ביקורתי בניסיונות להבחין בין מהות הנזק החוזי למהות הנזק הנזיקי ר' סע' 10.10, 10.11 לעיל. להכרה הגוברת בחוזים בנזק לא-ממוני ר' הערה 116 לעיל. להכרה הגוברת בנזיקין בנזק כלכלי טהור ר' סע' 11.44 להלן.

[167] על האשליה הכרוכה בשאיפה להשגת וודאות במשפט עמד 'שומר המגילות', הלורד Dening: **"...the law is not static. It is developing continually. Those who emphasize the paramount importance of certainty in the law delude themselves. It is not certain and it is a mistake to think that it can be made certain."** A. Denning, **The Changing Law** (London, 1953) 78. ר' למשל: G. Frank, **Law and the Modern Mind** (N.Y., 1930) 6: **"The law always has been, is now, and will ever continue to be, largely vague and variable..."** לספקות מודרניים יותר באשר ליכולתם של בתי המשפט לספק וודאות משפטית ר' למשל: C.M. Bradley, "The Uncertainty Principle in the Supreme Court" vol. 1986 **Duke L.J.** (1986) 1; J.S. Johnston, "Uncertainty, Chaos, and the Torts Process: An Economic Analysis of Legal Form" 76 **Cornell L.R.** (1991) 341.

[168] מצב זה בולט במיוחד בדיני החוזים הישראליים, המכפיפים את הזכות לתרופות בשל הפרת חוזה לא רק לעקרון תום הלב, אלא לעיתים קרובות גם לשיקולי צדק וסבירות כלליים יותר, החורגים מהיחסים שבין הצדדים לחוזה. לשימוש בשיקולי צדק ר'

nevo.co.il

ממילא מוקשית.[169] **רביעית,** ולבסוף, טיעון אי-הוודאות מתעלם מהעובדה, שהכלל האוסר, אותו הוא מבקש להצדיק, איננו מונע מבתי המשפט לחייב צד לחוזה בתשלום עונשי מכוח 'חריג העוולה העצמאית', ובכך מחדיר לכאורה אי-וודאות לתחום היחסים החוזיים. במציאות משפטית זו, שבה כיצד ניתן לטעון ברצינות, כי ההצדקה לכלל האוסר נעוצה בהיותו מבטיח ודאות בתחום החוזי?[170]

5. טיעון אי-הוודאות - סיכום

10.32 העולה מהמקובץ הוא, שטיעון אי-הוודאות אינו עילה להימנעות מפסיקת תשלום עונשי בגין הפרת חוזה. זאת משלושה טעמים עיקריים: 1) הדוקטרינה אינה פוגעת בוודאותם של מתקשרים סבירים והגונים אלא רק מחזקת אותה, וכך מעודדת את פעילותו התקינה של השוק החופשי; 2) טיעון אי-הוודאות, אף אם היה נכון, אינו מצדיק את הכלל האוסר; 3) וודאות מירבית איננה בהכרח ערך עליון לערכים אחרים שאותם מקדמת הדוקטרינה, ואין להפריז ביכולת להשיגה גם במשטר תרופתי שאיננו מכיר במוסד התשלומים העונשיים.

חלק רביעי: טיעונים נוספים

10.33 להשלמת התמונה, אזכיר בתמציתיות מספר טיעונים נוספים שנזכרו בספרות כצידוקים לכלל האוסר. טיעונים אלה לא זכו לתמיכה נרחבת וכמובהר להלן, אף הם אינם עומדים במבחן הביקורת.

א. הדוקטרינה בעייתית מיסודה וראוי להגביל את תחולתה ככל שניתן

1. הצגת הטיעון

10.34 נראה, שחלק מההתנגדות להחלת הדוקטרינה בתחום החוזי מקורו בהנחה, שגם בתחום הנזיקין - בו היא מושרשת מדי כדי לעוקרה - ההכרה בה היא בעייתית. לאור הנחה זו, מועלית הטענה, כי הכלל האוסר משרת את הצורך בהגבלת תחולתה של דוקטרינה אנומלית זו, והוא בבחינת "הרע במיעוטו".[171]

2. ביקורת הטיעון

10.35 אכן, במורשת המשפט המקובל, שבה הדוקטרינה הכתה שורש בדיני הנזיקין, נראה לעיתים כי המירב שמתנגדי הדוקטרינה יכולים לצפות לו הוא מניעת התפשטותה לתחומים נוספים. עם זאת, לאור הנחת המוצא לדיון בשער זה, שלפיה ההכרה בתשלום העונשי כסנקציה אזרחית היא כעיקרון רצוייה בכל תחום אזרחי, ובכלל זה בנזיקין, הרי שבהעדר טעם ענייני כלשהו להבחנה בין דין הנזיקין לדין החוזים, ראוי טיעון זה להידחות.

ב. בעיות שמעורר הקושי בהוכחת היסוד הנפשי של המפר

1. הצגת הטיעון

10.36 הצורך בהוכחת היסוד הנפשי של "המפר המחפיר" (מודעות בפועל להפרה ולתוצאותיה) מעורר מספר קשיים: **ראשית,** נטען שהוכחת היסוד הנפשי האמור כרוכה בעלויות חקירה והוכחה ניכרות וגוזלת זמן שיפוטי יקר.[172]

לדוגמה: סע' 3(4) וסע' 7(ב) ל**חוק התרופות**; סע' 14(ב) ל**חוק החוזים**; סע' 2 ל**חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979**; לשימוש בשיקולי סבירות ר' לדוגמה: סע' 6, 9, 15(א) ל**חוק התרופות**; סעיף 20, 21 ל**חוק החוזים**).

169 את אי הוודאות הטבועה הכרוכה במתן מענה לשאלה מהו הפיצוי שיינתן במקרה נתון תיאר כבר לפני כמאה וחמישים שנה 'ענק הפיצויים' Sedgwick, בדברים מאלפים אלה: **"What is compensation in a given case? It is always something future, something to be estimated; and although the elements of the problem may be few and simple, <u>they are never certain</u>, and except by the aid of an arbitrary rule.. ..are often seriously complex, and are generally liable to be affected by one or more, and sometimes by many contingencies." Sedgwick**, 36-37, n. 1.

170 ביקורת זו מתחזקת ככל שגוברת הנטייה להכיר באופן ליברלי בקיומן של עילות נזיקין. למעשה, שימוש ליברלי בעוולת הרשלנות עשוי להביא לכך שניתן יהיה להחיל את הדוקטרינה כמעט בכל מקרה של הפרת חוזה מחפירה. אפשרות זו נבחנת בהרחבה בפרק הבא, בחלק השלישי.

171 להכרה בקיומו של הלך מחשבה זה ר' למשל: **McCormick**, 291: **"The denial of such recovery in cases of contract probably flows first from a desire to restrict the field of exemplary damages, the allowance of which is usually regarded as an anomaly.."**

nevo.co.il

שנית, קיים חשש שמאמציהם של נפגעים להוכחת היסוד הנפשי ייכשלו, שכן המפר יוכל תמיד לטעון שטעה בפרשנות החוזה והפר אותו בתום לב.[173] **שלישית,** בשל הקושי להוכיח את היסוד הנפשי, עלולים מפרים שהפרו את החוזה בתום לב לחשוש כי יואשמו בהפרה מחפירה מבלי שיוכלו להתגונן כהלכה מפני טענה כזו. קיים אף חשש קושי זה יגרום למפרים כאלה להימנע מהעלאת טענות הגנה תקפות, מחשש פן ייחשב להם הדבר כניסיון מחפיר לחמוק מאחריות חוזית.[174]

2. ביקורת הטיעון

10.37 לדעתי, גם כוחו של טיעון זה אינו רב לו. **ראשית,** הוכחת היסוד הנפשי מהווה משימה שבתי המשפט אמונים עליה בהקשרים רבים ומגוונים. החשש שייכשלו בה בהקשר החוזי דווקא, נראה אפוא מופרז. הוא הדין בחשש מפני העלאת טענת שווא של המפר לפרשנות שגויה של החוזה, טענה שבית המשפט נזקק לה ומכריע בה בהקשרים חוזיים לא מעטים.[175] **שנית,** הטענה בדבר העלות הגבוהה הכרוכה בבירור היסוד הנפשי נראית מופרזת, לאור העובדה, שבמרבית המקרים נלמד היסוד הנפשי מראיות נסיבתיות, העולות ממילא אגב ניהול התביעה לסעד העיקרי בתביעה.[176] זאת ועוד, עצם קיומן של עלויות גבוהות, אין בו כשלעצמו משום עילה לשלילת ההכרה בדוקטרינה, שכן עלויות אלה בחלקן הגדול מגולגלות על בעלי הדין. כך או כך, יתרונותיה החברתיים של הדוקטרינה מצדיקים את ההשקעה החברתית הכרוכה ביישומה. **שלישית,** והוא כאן עיקר, הקושי בהוכחת היסוד הנפשי הדרוש לתחולת הדוקטרינה איננו ייחודי להקשר החוזי דווקא, והוא קיים באותה מידה גם בתביעות נזיקין. מכאן, שאין בו כשלעצמו, כדי להצדיק את הכלל האוסר.[177]

<u>ג. הדוקטרינה מיותרת לאור קיומן של דוקטרינות תרופתיות 'מעין עונשיות' בדיני החוזים</u>

1. הצגת הטיעון

10.38 טיעון זה הוצג ונדון בפרק ז', כטיעון כללי נגד ההכרה בדוקטרינה.[178] בהקשר הקונקרטי דנן נעשה בו שימוש כדי להצביע על חשיבותו הפוחתת של התשלום העונשי כסנקציה מרתיעה בתחום החוזי, לאור התרחבות ההגנה

---

172 **Dubarry International Inc., v. Southwest Forest Industries, Inc.** 231 Cal. App. 3d 552, 569 (1991): "[the punitive damages suit requires] **an expensive and time-consuming expansion of the litigation into an inquiry as to the motives and state of mind of the breaching party."** see also **English Report**(1) s. 6.21. **Farnsworth** (3) 277.

173 **"…any party attempting to defend a disputed contract claim would risk, at the very least, exposure to the imposition of tort damages.."** ***Dubarry***, 569. חשש זה הועלה בפסיקה בעקבות הלכת ***Seaman's*** התקדימית, שקבעה כי התכחשות מודעת לקיומו של חוזה היא עוולה המצדיקה חיוב בתשלום עונשי. ר' סע' 5.30 לעיל.

174 קביעת היסוד הנפשי של הנתבע היא מלאכה שיפוטית של יום יום תביעות פליליות. הוא הדין בעילות נזיקין הדורשות יסוד נפשי מיוחד (כגון תרמית, גרם הפרת חוזה, וכו'). בעוולת הנגישה בית המשפט בוחן באופן מיוחד את שאלת הבסיס להגשתה של התביעה, ובמשפט המקובל הוא עלול לפסוק תשלום עונשי במקרה שהובהר כי לא היה לה יסוד. גם בדיני החוזים עשוי בית המשפט להיזקק לשאלת היסוד הנפשי, בין כשהוא קובע ממצא לגבי שאלת הפרתה של חובת תום הלב (בקיום החוזה או במשא ומתן לכריתתו), בין במסגרת דיני הפגמים בכריתה (שם שאלת הידיעה של "הצד השני" היא חיונית, לפחות במסגרת עילות הטעות, ההטעייה, והעושק), בין במסגרת קביעת הזכות לתרופות (המותנית לעיתים קרובות בשיקולי צדק ותום לב) ובין במסגרת דוקטרינות תרופתיות 'מעין-עונשיות', כדוגמת אלה שנסקרו בפרק ו'. לטיעון דומה ר': **Dodge**, 695: **"So long as juries are trusted to distinguish between good and bad faith claims, there should be no fear that imposing punitive damages.. ..will chill contract defendants from raising defenses in good faith."** החשש מטעות שיפוטית קיים גם בתחומים אחרים, ואינו ייחודי אפוא לתחום החוזי דווקא. כפי שהסברתי בפרק ז', חשש זה ניתן לצמצם באמצעות הגברה של נטל הראייה הדרוש לתחולת הדוקטרינה, ובאמצעות הסבת תשומת הלב לחשיבותם של מבחני עזר כגון הצעת פשרה סבירה או דפוס התנהגות שיטתי מצד הנתבע. ר' סע' 7.76-7.78 לעיל.

176 זהו, כזכור, אחד מהיתרונות של הענישה האזרחית על פני הענישה הפלילית. סע' 8.49 לעיל.

177 אכן, העובדה שהטיעון הנדון כאן לא הועלה בנזיקין נראית לי מקרית בלבד, שכן אותם קשיים ממש ואותם חששות קיימים גם בתביעות נזיקין. יתרה מכך, לפחות לכאורה, נראה כי בתביעות רשלנות, המהוות את חלק הארי מתביעות הנזיקין, הוכחת היסוד הנפשי הנדרש של מודעות לעוולה (והעדר אמונה בקיומו של צידוק לה) קשה יותר מאשר בתביעה חוזית, שכן תוכנו הקונקרטי של חיוב הרשלנות שהופר נקבע במקרים רבים על ידי בית המשפט בדיעבד, בעוד שהחיוב החוזי נקבע בדרך כלל על ידי הצדדים עצמם (במפורש או במשתמע).

178 ר' סע' 7.95 לעיל.

nevo.co.il

התרופתית על הזכות החוזית בעשורים האחרונים, ובכלל זה ההכרה הגוברת בזכות לפיצויים על עגמת נפש,[179] ובאפשרות להטיל סנקציות 'מעין עונשיות' כדוגמת תשלומי השבה,[180] ופיצויים מוגברים.[181] לאלו ניתן להוסיף את הדוקטרינות העונשיות המוסוות המופעלות בתחום החוזי, ושנסקרו בפרק ו'.[182]

2. ביקורת הטיעון

10.39 הביקורת על טיעון זה הוצגה בפרק ז'. כמובהר שם, ההנחה שלפיה דוקטרינות תרופתיות בעלות היבטים עונשיים מוסווים כדוגמת אלו הנזכרות לעיל משיגות תוצאות דומות לאלה שניתן להשיג באמצעות הדוקטרינה דנן אינה נכונה, מה גם שעצם ההיזקקות להן בעייתית במישור ההוגנות.[183] חולשות אלה אינן ייחודיות לתחום הנזיקי דווקא, וקיומן מצדיק את דחייתה בשתי ידיים של ההצעה לאמץ תחליפים 'מעין-עונשיים' להכרה המפורשת בדוקטרינה בתחום החוזי.[184]

<u>ד. הדוקטרינה מיותרת לאור קיומן של סנקציות לבר-משפטיות</u>

1. הצגת הטיעון

10.40 גם טיעון זה אינו אלא יישום בהקשר החוזי של אחת מהביקורות הכלליות על הדוקטרינה.[185] השאלה הנשאלת בהקשר דנן היא זו: האם חשיבותם של המוניטין העסקי והשם הטוב בתחום המסחרי אינם מספיקים כדי להרתיע צדדים לחוזה מהפרתו המחפירה גם בלא צורך בתשלומים עונשיים?

2. ביקורת הטיעון

10.41 לדעתי, התשובה שלילית. אכן, אין להמעיט בחשיבותן של סנקציות לבר-משפטיות. ציות לנורמות המוסר הבסיסיות בתחום החוזי והמסחרי משרתת בדרך כלל גם את האינטרס של מפרים בכוח, ודאי בטווח הארוך. עם זאת, בטווח הזמן המיידי הפיתוי להפר את החוזה עשוי לגבור על החשש מפני התוצאות הבלתי נעימות, אך הרחוקות, של ההתנהגות המחפירה. יתרה מכך: סנקציות לא-פורמליות הינן אפקטיביות בעיקר בשוק סגור או מוגבל משתתפים, שבו אדם המפר אמון צפוי 'להתגלות' עד מהרה, ולשלם מחיר כלכלי בגין התנהגותו גם בהעדר סנקציה משפטית פורמלית. לעומת זאת, בשוק פתוח ודינמי, בעל מספר רב ומשתנה של משתתפים, עשוי המפר להמשיך ולפעול באורח דומה תוך פגיעה במספר ניכר של נפגעים מבלי להסתכן בפגיעה משמעותית בשמו הטוב

---

179 **"..in cases where a contract is intended to prevent distress.. ..damages are recoverable. To that extent contract has the means of protecting personality interests** [without the need for punitive damages]. **English Report**(1) s. 6.21.

180 **English Report**(1) s. 3.76: **"The fact that the conventional measure of damages for breach of contract may include restitutionary elements may be thought to remove a significant part of the role which could be played by exemplary damages."** See also s. 6.12. אמנם, במשפט המקובל אין מכירים בדרך כלל בסמכות לפסוק תשלומי השבה בתביעות חוזיות, אך קיימים לכך מספר חריגים, בעיקר בחוזים שבהם עשוי להינתן צו לאכיפה. ר': **English Report**(1) s. 7.7. לדיון כללי בדוקטרינת תשלומי ההשבה ר' סע' 1.15 לעיל.

181 אמנם, באופן מסורתי לא הוכרה דוקטרינה זו בתחום החוזים, ותחולתה צומצמה לתביעות נזיקין בלבד. ר' סע' 1.13 לעיל. אולם הפסיקה הקנדית סטתה מקו שמרני זה והכירה בדוקטרינה במפורש בתחום החוזי. סע' 4.17 לעיל. עמדה דומה אומצה על ידי השופט ברק בעניין ***גולדמן*** (דבריו מובאים בסע' 6.10(31) לעיל). במשפט האמריקאי הפיצויים המוגברים אינם מוכרים בשם זה, אך נראה כי את תפקידם ממלאת דוקטרינת ה-**"intentional infliction of emotional -distress"** (ר' סע' 5.09(34) לעיל). לתזה המפרשת חלק ניכר מן התשלומים העונשיים הנפסקים בתביעות חוזיות כ"פיצויים מוגברים" ר': B. Feldthusen, "Punitive Damages as Aggravated Damages: The Case of Contract" 16 **Can. Bus. L.J.** (1990) 269. ליחס בין הדוקטרינות ר' גם הדיון בסע' 1.13 לעיל.

182 סע' 6.14 ואילך.

183 סע' 7.95 לעיל.

184 השימוש בדוקטרינות עונשיות 'מוסוות' בדיני החוזים זכה לביקורתו של מלומד אמריקאי: **"It seems clear.. ..that overt** [punitory] **tools are preferable to covert ones. If it is appropriate to assess punitive or supracompensatory damages.. ..it is appropriate to do so broadly rather than in a few chance contexts. Moreover, the amount of the penalty should be determined by an overt consideration of relevant factors, including the nature of the defendant's misconduct, rather than by covert consideration of extraneous factors…" Sebert**, 1646-7.

185 להצגת הביקורת ולתגובתנו עליה ר' סע' 7.96.

nevo.co.il

ובמוניטיו.[186] במקרים כאלה פגיעתן של סנקציות לבר-משפטיות היא מוגבלת, וקיומן של הפרות מחפירות בתחום החוזי והמסחרי יעיד.[187] הגיבוי המשפטי שמספקת דוקטרינת התשלום העונשי למערכות נורמטיביות לא-פורמליות הוא אפוא נחוץ וחיוני גם בספירה החוזית-מסחרית, ממש כמו בהקשרים אחרים.[188]

<u>סיכום לפרק י'</u>

10.42 בפרק זה ביקשתי להציג ולפתח - ואחר כך לבחון ולהעריך - את מגוון הטיעונים שהועלו או שניתן להעלות בתמיכה להבחנה המסורתית שיוצר הכלל האוסר בין תביעות חוזיות לתביעות נזיקין לעניין תחולתה של הדוקטרינה. בחינת הטיעונים העלתה, כי מרביתם נשענים על הכללות או הנחות חסרות אחיזה איתנה במציאות העובדתית והמשפטית. זאת ועוד, כפי שראינו, גם הטיעונים המעלים שיקולים חשובים ורלבנטיים,[189] אינם מצדיקים הבחנה גורפת בין דין העילה הנזיקית לבין דין העילה החוזית. על רקע זה נעבור עתה לפרק הבא, בו אבקש לבנות טיעון כללי בזכות החלתה של הדוקטרינה מושא המחקר בתחום החוזי.

* * *

[186] הסיכון לפגיעה במוניטין גדל ככל שגדלים המוניטין עצמם. כך, חברה בעלת מוניטין וותק בתחום, עלולה להפסיד יותר מפגיעה בשמה הטוב, מאשר חברה צעירה ובלתי מוכרת.

[187] לדיון נרחב בדוגמות להתנהגות מחפירה בתחום החוזי מוקדש הפרק האחרון בחיבור.

[188] לדיון בתובנות אלה ובמגבלות אחרות של מנגנוני אכיפה לא פורמליים בתחום החוזי ר׳: **Katz**, 526-7; **Farber**, 1464-8; **Perlstein**, 884-5. זה האחרון מבהיר במאמרו, שהחשש לאופורטוניזם חוזי אינו גדול כאשר הצדדים לחוזה מצויידים בערכי מוסר גבוהים, הינם אלטרואיסטים, או יש ביניהם מערכת של ריבוי חוזים (multi-contract relationship). לעומת זאת, בהעדר מאפיינים אלה, נדרש תמריץ משפטי כדי לבטל את הדחף (הרציונלי, לפחות בטווח הקצר) להתנהגות אופורטוניסטית.

[189] כגון הצורך בוודאות בתחום החוזי, או הרלבנטיות של אופי הנזק (ממוני/לא-ממוני) להערכת חומרתה של התנהגות נתונה.

nevo.co.il

פרק י"א:

הטיעון העקרוני
בזכות הכרה בתשלום העונשי
כסנקציה בדיני החוזים

nevo.co.il

הערה למטרת הפרק ולמתווה הדיון

11.01 בפרק הקודם בחנתי את הטיעונים השוללים החלה של דוקטרינת התשלום העונשי בתחום החוזי. אגב הדיון הביקורתי בטיעונים אלה העליתי כבר חלק ניכר מהתובנות המשמשות בסיס לאימוץ העמדה הנגדית - זו השוללת את הכלל האוסר והקוראת להחיל את הדוקטרינה גם בתחום החוזי. בפרק זה בכוונתי להשלים את הנדבכים החסרים להשלמתו ולביסוסו של טיעון כללי בזכות ההכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים.[1] זאת אעשה בשלושה שלבים: **בחלקו הראשון** של הפרק אבקש להציג את גישתי הכללית לשאלת גבולותיה ותחומי תחולתה הראויים של הדוקטרינה במשפט האזרחי ("הגישה האזרחית לתשלום העונשי"), ולהבהיר את היתרונות שיש לה על פני הגישה המסורתית המשתקפת בדין הנוהג במרבית המדינות ("הגישה הנזיקית לתשלום העונשי"). **בחלק השני** אבקש לבחון באיזו מידה ניתנים ליישום בתחום החוזי הרציונלים הכלליים של הדוקטרינה, שנדונו בהרחבה בשער השלישי. **בחלקו השלישי** של הפרק תיבחן האפשרות להחיל את הדוקטרינה באופן רחב בתחום החוזי באמצעות עוולת הרשלנות הנזיקית או קונסטרוקציות נזיקיות אחרות, בלא צורך להכיר במפורש בתחולתה על עילות תביעה חוזיות. **בחלק הרביעי** והאחרון אבחן כיצד משתלבת ההמלצה להכיר בדוקטרינה בתחום החוזי עם תיאוריות מרכזיות של דיני החוזים ועם מגמות כלליות בדיני התרופות המודרניים.

חלק ראשון: הגישה ה"אזרחית" מול הגישה ה"נזיקית" לתשלום העונשי

א. הצגת החלופות: מבחן חומרת ההתנהגות מול מבחן עילת התביעה

11.02 בפתח הדיון מן הראוי לשוב ולחדד את ההבדל בין שתי הגישות העקרוניות והמנוגדות הקיימות בסוגייה המרכזית הנבחנת בשער הרביעי לחיבור זה. "הגישה הנזיקית", המשקפת את הדין הנוהג במרבית המדינות, רואה בתשלום העונשי מוסד משפטי שבית גידולו הטבעי הוא בדיני הנזיקין, ובהם בלבד. **הגישה הנזיקית מציבה כמבחן לתחולת הדוקטרינה את מבחן עילת התביעה.** מבחן זה מבוסס על סיווגה המשפטי הפורמלי של התביעה שהביא הנתבע בפני בית המשפט: **היתה התביעה נזיקית - רשאי בית המשפט להיזקק לדוקטרינה ולפסוק תשלום עונשי; היתה התביעה חוזית - אין הוא רשאי לעשות כן**, ותהא התנהגות המפר מחפירה ומקוממת ככל שתהא.[2] מנגד ניצבת הגישה האזרחית. זו רואה בתשלום העונשי סנקציה אזרחית העשויה להיות מופעלת בכל סכסוך אזרחי, יהא אשר יהא סיווגה המשפטי של עילת התביעה הנדונה, ובלבד שיתקיים המבחן הכללי לתחולת הדוקטרינה - מבחן ההתנהגות המחפירה. **לפי הגישה האזרחית, המבחן הראוי לתחולת הדוקטרינה הוא אפוא מבחן מהותי, המבקש להעריך את מידת החומרה המוסרית והחברתית שבהתנהגות הנתבע.**

ב. עדיפותה של הגישה האזרחית על פני הגישה הנזיקית

11.03 אין קושי לראות, כי למבחן המהותי שקובעת הגישה האזרחית יתרון ברור על פני המבחן הפורמלי שקובעת הגישה הנזיקית. יתרונה הגדול נעוץ בעובדה, שמבחן חומרת ההתנהגות מקיים זיקה ישירה וגלויה לעין לרציונלים העונשיים העומדים בבסיסו של מוסד התשלומים העונשיים. אמת מידה זו מאפשרת לפסוק תשלום עונשי בכל סכסוך אזרחי שבו רציונלים עונשיים אלה מצדיקים זאת.[3] לעומת זאת, מבחן עילת התביעה מסיט את תשומת הלב ממהות ההתנהגות, אל עבר הקטגוריה המשפטית שאליה היא משתבצת.[4] הוא מציב הבחנה פורמלית, המבוססת

---

[1] הטיעון הוא כללי, במובן זה שחסרה בו התייחסות פרטנית לקטגוריות עובדתיות ספציפיות שבהן מוצדק לפסוק תשלום עונשי בהקשר החוזי. התייחסות כזו תיעשה בפרק י"ב, והיא תשלים את התיזה הכללית הנבנית בשער הרביעי לחיבור.

[2] כמובן, אם התנהגות המפר מקימה לתובע פרט לעילה החוזית עילת תביעה נזיקית עצמאית (בנוסף או במקביל לעילה החוזית), ניתן לפסוק תשלום עונשי במסגרת 'חריג העוולה העצמאית', המוכר בכל שיטות המשפט שבהן אומץ הכלל האוסר. לדיון נרחב בחריג זה ר' סע' 5.04 ואילך.

[3] הרציונלים העונשיים של הדוקטרינה נדונו בהרחבה בפרק ז', והם כוללים הן רציונלים מוסרניים, והן רציונליים תועלתניים.

[4] כמובן, ההבדל בין שני המבחנים ושתי הגישות שהן משקפים הולך ומצטמצם, ככל שניתנת פרשנות גמישה, ליברלית וערכית יותר למבחן עילת התביעה. דוגמה מובהקת לכך היא פעילותם היצירתית של בתי המשפט בחלק מהמדינות בארצות הברית, אשר

nevo.co.il

על קיומם או העדרם של קשר חוזי ושל הפרת חוזה. להבחנה כזו עשוייה להיות הצדקה רק ככל שניתן להראות, כי בין צדים לחוזה לא ייתכנו כלל התנהגויות אנטי-מוסריות ואנטי-חברתיות בדרגה המצדיקה ענישה משמעותית. כעולה מהדיון בפרק הקודם, מרבית הטיעונים שהועלו עד היום בתמיכה לכלל האוסר לא התיימרו אפילו להעלות טענה כזו, והמעטים שהתיימרו לכך - לא השכילו לבסס אותה.[5] אף על פי כן, בפרק זה ובפרק הבא אבקש לבסס באופן פוזיטיבי את הטענה, כי בתחום החוזי קיימות התנהגויות שניתן וראוי לראותן כ"מחפירות", וכי גם בתחום זה יש צורך והצדקה לפעול למיגורן, במידת הצורך גם באמצעות פסיקת תשלומים עונשיים.

ג. מידת הרלבנטיות של סוג עילת התביעה להתקיימותה של התנהגות מחפירה

11.04 האם בכלל, ובאיזו מידה, יש בסיווגה של עילת תביעה פלונית כ"נזיקית", "חוזית" או אחרת, כדי לסייע בהערכת מידת חומרתה המוסרית או החברתית? לדעתי, במובן מסויים סיווג כזה עשוי להיות רלבנטי. עילת תביעה איננה אלא מערכת עובדות, שעל בסיסן ניתן לקבוע כי אדם פלוני הפר זכות משפטית של רעהו באופן המזכה את רעהו בסעד משפטי. מערכת עובדות זו מורכבת מיסודות חיצוניים-אובייקטיביים (יסוד עובדתי - התנהגות, נסיבות, ולעיתים גם תוצאה מזיקה) ויסודות פנימיים-סובייקטיביים (יסוד נפשי). כאשר עילת תביעה משפטית אחת (או קבוצה של עילות תביעה) משקפת מערכת עובדות טיפוסית שהתקיימותן בהתנהגותו של אדם (למשל - שוד, גזל המלווה בתקיפה) משווה להתנהגות נופך של חומרה יחסית בהשוואה למערכת עובדות טיפוסית המאפיינת עילת תביעה אחרת (למשל - גניבה, גזל שאינו מלווה בתקיפה), הרי שעצם ציון שמה או סיווגה של עילת התביעה עשוי ללמד על מידת חומרתה היחסית.[6]

אולם דברים אלה יש לסייג מייד בסייג חשוב: מידת הרלבנטיות של סוג עילת התביעה תלויה ברמת ההפשטה שבה היא מנוסחת. לעיתים, מניסוח עילת התביעה עצמה לא ניתן ללמוד הרבה על היסוד העובדתי ועל היסוד הנפשי המאפיינים את ההתנהגות המקימה אותה. כך יהיה כאשר עילת התביעה המשפטית היא "עילת מסגרת", המנוסחת ברמת הפשטה גבוהה, והמשתרעת באופן פוטנציאלי על קשת נרחבת של מצבים עובדתיים ונפשיים. דוגמות מובהקות לעילות מסגרת כאלה הן עוולות הרשלנות והפרת חובה חקוקה בנזיקין, והעילה החוזית הטיפוסית - הפרת חוזה. עוולות אלה אינן קובעות צורות ספציפיות של התנהגות עובדתית, אינן מגדירות מהם האינטרסים המוגנים במסגרתן (גופניים, רכושיים, נפשיים) ואף אינן קובעות יסוד נפשי מוגדר שעל ההתנהגות לקיים כדי להיכנס לגדרה של העילה.[7] כאשר ענף משפטי מסויים כולל עילות מסגרת רחבות מעין אלה, הקביעה כי התנהגות הנתבע נופלת לאותו ענף משפטי, איננה מוסיפה הרבה מבחינת היכולת להעריך את חומרת התנהגותו במישור המוסרי והחברתי, או להשוות אותה להתנהגות אחרת.

תובנה זו מאפשרת להבין היכן נעוץ הכשל בגישה הנזיקית. הכשל נעוץ בהנחה, שהתנהגויות הנופלות לגדרן של קטגוריות הקרויות "נזיקיות", הן בהכרח חמורות יותר מבחינה חברתית ומוסרית מאשר התנהגויות הנופלות לגדר הקטגוריה של "הפרת חוזה". הגישה האזרחית כופרת בהנחה זו, וסבורה שייתכנו הפרות חוזים (או הפרות של חיובים אחרים שאינם נזיקיים) שאינן ניתנות לשיבוץ לקטגוריות הנזיקין המסורתיות, ושלמרות זאת הן חמורות

באמצעות טכניקות שונות הרחיבו את מושג ה"עוולה הנזיקית" וכך בהתאמה את תחולת הדוקטרינה בתחום החוזי. ר' במיוחד סע' 5.07-5.11 לעיל.

[5] שני הטיעונים שמהם משתמע ניסיון לטעון טענה כזו נדונו ונדחו על ידי בסע' 10.08-10.11 לעיל.

[6] כך למשל, העובדה שפלוני ביצע עוולה של תקיפה, מלמדת בהכרח, כי הוא פגע, או לפחות סיכן, אינטרס גופני של התובע, שהוא ללא ספק אינטרס חברתי ראשון במעלה. עובדה זו היא כמובן רלבנטית, שכן היא מבדילה אותו, למשל, מנתבע שביצע עוולה של גזל, או של גניבת עין, המכוונת בעיקר כנגד אינטרסים רכושיים. באורח דומה, העובדה שנתבע פלוני ביצע עוולה של תרמית, מלמדת בהכרח, כי הוא יצר בפני התובע מצג שווא מכוון (להבדיל ממצג שווא רשלני, אשר איננו טעון יסוד נפשי מיוחד כזה).

[7] אמנם, עוולת הרשלנות קובעת כתנאי לתחולתה דרישת סף של יסוד נפשי של רשלנות לפחות (יכולת צפיית התוצאה המזיקה) אך איננה שוללת את האפשרות כי הרשלן יפעל מתוך יסוד נפשי מחמיר יותר (מודעות בפועל, כוונת זדון, וכו').

nevo.co.il

לא פחות - ואולי אף יותר - מהתנהגויות "נזיקיות". לדעתנו, הדין עם האוחזים בגישה האזרחית, ומטעם פשוט: כל עוד דיני הנזיקין ודיני החוזים מכירים בעוולות מסגרת רחבות, וכל עוד עוולות אלה משמשות בפועל אכסניה להטלת אחריות על קשת דומה של אינטרסים מוגנים (גופניים, כלכליים, רוחניים, וכו'),[8] הרי שלא ניתן לייחס כל משמעות קונקלוסיבית לעצם "תיוגה" של התנהגות פלונית כ"עוולה נזיקית" או כ"הפרת חוזה".[9]

יתר על כן, גם לו ניתן היה לקבל את הטענה שכל עילות הנזיקין מורכבות ממערכות עובדתיות שכולן חמורות יותר מאשר מערכת העובדות החוזית (וכאמור לא ניתן לקבלה, בפרט לא בעידן המודרני), לא היה בכך כדי לשלול את האפשרות שבמקרה קונקרטי נתון הפרת חוזה תהיה חמורה יותר מעוולת נזיקין קונקרטית שבוצעה. הכיצד? הטעם לכך הוא פשוט: עצם העובדה שעילת תביעה פלונית (בענייננו - הפרת חוזה) אינה דורשת מערכת נסיבות חמורה (פגיעה באינטרס חיוני, יסוד נפשי מחמיר, וכו') כתנאי להטלת אחריות במסגרתה, איננה מלמדת שהתנהגות הנתבע במקרה הקונקרטי לא היתה חמורה יותר ממערכת הנסיבות המהווה תנאי מוקדם לתחולתה של עילת התביעה האמורה. כך, למשל, עצם העובדה שעוולת הרשלנות אינה תובעת יסוד נפשי מחמיר במיוחד (מעבר לרשלנות), ואיננה דורשת כי הנזק שייגרם לתובע יהיה חמור במיוחד בהיקפו או בסוגו, איננה מלמדת כמובן שמי שכל מי שמבצע עוולה של רשלנות עשה זאת בהכרח מתוך יסוד נפשי של רשלנות ולא פגע באינטרס חברתי חיוני בעוצמה קשה (למשל, פגיעה חמורה בגוף). במילים אחרות, מערכת הנסיבות המאפיינת את עילת התביעה אינה אלא מערכת של תנאי סף, המתקיימים בהכרח בהתנהגותו של מי שניתן להטיל עליו אחריות במסגרתה. אולם העובדה שמערכת תנאי סף א' קובעת 'רף כניסה' גבוה יותר ממערכת תנאי סף ב', אין בה כדי ללמד שכל התנהגות הנופלת לגדר עילה ב' היא בהכרח חמורה פחות מבחינה מוסרית או חברתית.[10] ואכן, כפי שהובהר היטב בפרק ז', התנהגות מחפירה לעולם אינה נלמדת באופן אוטומטי מעצם העובדה שהתנהגותו של הנתבע מקיימת את יסודותיה של עילת תביעה פלונית (ותהא זו עילה הקובעת תנאי סף מחמירים ככל שיהיו, כדוגמת עילת התרמית). המסקנה על קיומה של התנהגות מחפירה יכולה להתקבל רק לאחר הערכה כוללת של מידת חומרתם של הרכיבים העובדתיים והנפשיים שנתגלו בהתנהגות הנתבע בנסיבות המקרה הקונקרטי.[11] כמוסבר לעיל, על חומרה כזו לא ניתן לעולם ללמוד אך ורק מעילת התביעה הפורמלית שאליה התנהגותו משתבצת. סיכומם של דברים, למרות שבאופן עקרוני סיווגה של התנהגות נתונה לגדרה של עילת תביעה מוכרת יכול וילמד על מידת החומרה היחסית של

---

[8] לחפיפה זו בין האינטרסים המוגנים בשני הענפים ר' סע' 10.11 לעיל.

[9] אמנם, בתקופות קדומות יותר דיני הנזיקין אכן התמקדו בהגנה על אינטרסים גופניים ורכושיים מפני פגיעות מכוונות ("personal torts"), ולפיכך היתה משמעות רבה יותר לסיווג של עילת תביעה כ"נזיקית" או "חוזית", לפחות מבחינת היכולת לקבל אינדיקציה על סוג האינטרס שבו פגע הנתבע, ועל חומרת הפגיעה. כזכור, זהו אחד ההסברים שהצעתי לצמיחתו של הכלל האוסר. ר' סע' 2.15 לעיל. אולם כיום ודאי שהבחנה זו איבדה מחשיבותה, לאור התרחבותם המשמעותית של דיני הנזיקין. יתרה מזאת, נראה שלמעשה גם דיני החוזים הגנו בימים עברו על אינטרסים גופניים ורכושיים, ומכאן שככל הנראה הבחנה גורפת בין העילות לא היתה מוצדקת גם בעבר.

[10] העובדה שעצם ביצועה של עוולה נזיקית לעולם אינו תנאי מספיק לשם פסיקת תשלום עונשי הובהרה במפורש בספרות המשפטית: **"Something more than the mere commission of a tort is always required for punitive damages. There must be circumstances of aggravation or outrage. …<u>it is not so much the particular tort committed as the defendant's motives and conduct in committing it</u>, which will be important as the basis of the award." Prosser**, 9, 11. דברים אלה מלמדים גם, שהיסוד הנפשי הוא הרכיב החשוב ביותר המשפיע על דרגת הפסול החברתי שבהתנהגות נתונה, אף יותר מנתונים אחרים כדוגמת חומרת הפגיעה וסוג האינטרס שנפגע. בתובנה זו אשוב לדון אגב הדיון בשיקולים השונים המשפיעים על קביעת "מחפירותה" של הפרה נתונה. ר' סע' 12.17 ואילך. הכרה בכך שהגורם העיקרי המשפיע על מחפירותה של התנהגות נתונה איננה התוצאה המזיקה שנגרמה או לא נגרמה, אלא מאפייניה הפנימיים יש בדברים הבאים: **"It is inherent in the concept of punitive damages that they respond <u>not to direct damage, but to exceptional conduct</u> associated with such damage." Feldthusen** (2) 175. אמנם, עוולות נזיקין מסויימות כוללות מעצם הגדרתן וכתנאי להטלת אחריות במסגרתן יסוד נפשי מחמיר, העשוי להיתפס כ"התנהגות מחפירה" שראוי בגינה לפסוק תשלום עונשי (כגון תרמית, גרם הפרת חוזה, שקר מפגיע, וכיו"ב). אולם, עוולות אלה משתרעות רק על חלק קטן מן המצבים שבהם קמה אחריות בנזיקין. זאת ועוד, גם במסגרת עוולות אלה פסיקת תשלום עונשי איננה אוטומטית ואיננה נעשית כדבר שבשגרה.

[11] להרחבת הדיון ברכיבים עובדתיים ונפשיים אלה ובמשקלם היחסי בהערכת חומרתה של ההתנהגות הפוגענית ר' סע' 12.18-12.39 להלן.

nevo.co.il

נתבע שקיים בהתנהגותו את יסודותיה, הרי שבענייננו שלנו אין כל בסיס הגיוני לייחס משמעות כזו - ודאי לא משמעות קונקלוסיבית - לעובדה שהתנהגותו העוולתית של אדם במקרה פלוני מהווה "הפרת חוזה", ואיננה מקימה אחריות בנזיקין.[12]

ד. בעייתיות הגישה הנזיקית בהקשר החוזי

1. הקושי בסיווג עילת התביעה בסכסוך בין צדדים לחוזה

11.05 מבחן עילת התביעה, אותו מאמצת הגישה הנזיקית, מעורר קושי מיוחד במצבים שבהם קיים או היה קיים קשר חוזי בין הצדדים לסכסוך. במצבים אלה, שהם במוקד עניינו בחיבור זה, סיווג עילת התביעה עלול להתגלות כמשימה מסובכת למדי. הטעם לכך הוא שבחיי המעשה תביעה משפטית מוגשת בדרך כלל לא בגין מעשה או מחדל יחיד של הנתבע, אלא בגין סדרה של התנהגויות נבדלות שהתובע סבור כי אינן כדין וכי הוא זכאי לסעדים בגינן.[13] חלק מהתנהגויות אלה עשויות להתפרש כהפרת חוזה (מפורשת או משתמעת) ולהצמיח לתובע שורה של עילות תביעה חוזיות. חלקן האחר עשוי למלא אחר יסודותיהן של עוולות נזיקין שונות. בנסיבות כאלה הניסיון לסווג או 'לתייג' את תביעתו של התובע כ"חוזית" או "נזיקית" איננה פשוטה כלל, שכן העילה עשויה במקרים רבים להיות מעורבת - חוזית ונזיקית גם יחד. במצבים אלה שופט האוחז בגישה הנזיקית לתשלום העונשי מחוייב להכריע בשאלת סוג העילה לכאן או לכאן, ולכן צפוי להיקלע לדילמה: אם יגיע למסקנה, כי הסכסוך הוא חוזי בעיקרו (סכסוך על הפרת חוזה), ייאלץ לקבוע כי העילה חוזית במהותה, ולא יוכל לפסוק תשלום עונשי גם כאשר התנהגותו של הנתבע בנסיבות העניין כולו מצדיקה זאת. לעומת זאת, אם יכריע כי העילה נזיקית במהותה, יוכל להפעיל את הדוקטרינה. אלא שקביעה כזו עלול להיראות מלאכותית ותעמוד בסתירה ללשונו ולרוחו של הכלל האוסר, בפרט אם העילה לפסיקת התשלום העונשי איננה נעוצה רק בהתנהגויות ה"נזיקיות", אלא גם בהפרות החוזיות. במקרה כזה, לפחות בתיאוריה, על השופט להפריד בין רכיבי ההתנהגות השונים, ולהימנע מפסיקת תשלום עונשי אם נראה לו כי בהעדר ההפרות החוזיות פסיקה כזו אינה מוצדקת. אלא שבאופן מעשי עריכת הפרדה כזו עלולה להתגלות כבעייתית ביותר, בפרט בארועים עובדתיים מורכבים. מכל מקום, הפרדה כזו צפוייה לגזול זמן ומשאבים, שעה שבפועל קשה לראות הצדקה ענינית להתעלמות מאותן הפרות - חוזיות או אחרות - שאינן עוולות נזיקין. לעומת זאת, שופט הפועל במסגרת הגישה האזרחית יוכל במקרים אלה לוותר לחלוטין על השלב של סיווג עילת התביעה, ולגשת ישירות לבחינת השאלה, אם התנהגותו של הנתבע, כפי שהיא עולה ממכלול הנסיבות, מצדיקה חיוב בתשלום עונשי. בסיכום, בהקשר החוזי קיים קושי רב באימוץ הגישה הנזיקית הן מטעמים עקרוניים, והן מטעמים מעשיים. על מנת להמחיש את המלאכותיות ואת הקושי הכרוכים ביישום הגישה הנזיקית במצבים חוזיים, אבחין בקצרה בין שלושה מצבים טיפוסיים.

2. הפרת חוזה "טהורה" שאינה מלווה בהתנהגויות "נזיקיות" אחרות

11.06 במצב זה אנו מניחים כי החוזה הופר באורח מחפיר, אך המעשה (או המחדל) המהווה הפרה איננו מקים עילה נזיקית מקבילה, ואין להצביע על ארועים נוספים שניתן להגדירם כ"נזיקיים" (למשל: הימנעות מודעת וחסרת

---

[12] ודוקו: אין להבין מכאן, שאני מכחיש כי השימוש בתשלומים עונשיים בתחום הנזיקין עשוי להיות בראייה כוללת נחוץ יותר מאשר בתחום החוזי. כל עוד ההגנה על אינטרסים מסויימים חשובים כמו שלמות הגוף והחירות נותרת מאפיין מובהק של דיני הנזיקין, ניתן בהחלט להניח, ש"התנהגויות מחפירות" יתגלו בתביעות נזיקין בתדירות גבוהה יותר מאשר במסגרת תביעות חוזיות, שבהן הנזק הטיפוסי הוא כלכלי טהור. יחד עם זאת, מסקנה כזו איננה בהכרח מתחייבת מהכללה זו, גם אם היא נכונה. הטעם לכך הוא, שפגיעות בחירות ובגוף זוכות להגנה רחבה יותר על ידי המשפט הפלילי, ומכאן שהצורך בהיזקקות לענישה אזרחית קטן יותר לגביהן. חשיבותה של הדוקטרינה בענף משפטי נתון נקבעת אפוא לא רק על יסוד חשיבות הערכים המוגנים באופן טיפוסי על ידי אותו ענף משפטי, אלא על יסוד שקלול של שיקול זה עם שיקולים אחרים הרלבנטיים לצורך בהפעלת הדוקטרינה.

[13] דברים אלה יפים הן ביחס לתביעות לסעדים רגילים, והן ביחס לתביעות לתשלום עונשי. כך למשל, צד לחוזה עשוי להגיש תביעה אחת בגין ארועים שקדמו לכריתת החוזה, שארעו בתקופה שהחוזה היה בתוקף, ושארעו לאחר הפסקת הקשר החוזי, ולתבוע סעדים (מתקנים ו/או עונשיים) בגין כל אחת מהן.

nevo.co.il

הצדקה מתשלום חוב, שכמעט גרמה לתובע נזק חמור ביותר, ושלוותה בהטחת שקרים והעלאת טענות שקריות כלפי התובע). כאן שופט המבקש להיות נאמן לגישה הנזיקית לא יוכל לפסוק תשלום עונשי כלל, שכן הפרת החוזה, כמו גם ההתנהגות הפסולה שהתרחשה לאחריה, אינן מקימות עילות תביעה בנזיקין.[14]

3. הפרת חוזה "טהורה" המלווה בהתנהגויות "נזיקיות" אחרות

11.07 במצב זה אנו מניחים כי החוזה הופר באורח מחפיר, אך המעשה (או המחדל) המהווה הפרה איננו מקים עילה נזיקית מקבילה. עם זאת, בנוסף להפרת החוזה - לפניה או אחריה - ביצע הנתבע עוולת נזיקין אחרת (תקיפה, תרמית, לשון הרע, או כל עוולה אחרת). במקרה זה על השופט (המחוייב לגישה הנזיקית) להתעלם מהפרת החוזה, ולפסוק תשולם עונשי רק אם העילה הנזיקית מצדיקה זאת כשהיא לעצמה. ניתן לראות, כי הצבת דרישה כזו בפני השופט איננה ניתנת להצדקה מבחינה עניינית, וספק רב אם הציפייה כי תקויים היא מעשית.

4. הפרת חוזה "לא טהורה" המקימה עילת תביעה מקבילה בנזיקין

11.08 במצב זה אנו מניחים, כי הפרת החוזה המחפירה ניתנת להצגה ולניסוח גם במונחים נזיקיים, כלומר, מקימה לתובע עילת נזיקין מקבילה (למשל: התרשלות מודעת וחמורה של נותן שירות שגרמה לתובע נזק גוף או רכוש). במקרה כזה יוכל בית המשפט לפסוק תשלום עונשי בגין הפרת החוזה. ברם לשם כך לא יוכל להסתמך בפשטות על הפרת החיוב החוזי, ויצטרך להסביר מדוע הפרה זו מקיימת את יסודותיה של עילת הנזיקין המקבילה. כך, למשל, אם העילה המקבילה היא ברשלנות (סביר להניח שכך יהיה במקרים רבים) יהא על בית המשפט להשתכנע (ועל התובע יהא מוטל הנטל להוכיח) כי נתקיימו כל יסודות העוולה, דהיינו: קיימת חובת זהירות מושגית וקונקרטית של הנתבע כלפי התובע להימנע מיצירת הסיכון שהתממש; חובה זו הופרה; נגרם לתובע נזק שהוא בר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות; וקיים קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין ההפרה לנזק. נקל לראות, שהוכחת רכיבים אלה כולם ללא יוצא מן הכלל היא מיותרת לחלוטין במסגרת הגישה האזרחית. שופט האוחז בגישה זו יוכל לדלג על שלב מייגע ומיותר זה. לאור ההנחה כי התנהגות הנתבע מהווה הפרת חוזה (או מפירה חיוב אזרחי אחר שבדין) יוכל השופט לפנות מייד לבחינה עניינית של הנתונים והשיקולים הרלבנטיים לשאלה, אם התנהגותו של הנתבע היתה מחפירה. כך ייחסכו מהצדדים ומבית המשפט מאמצים ומשאבים רבים, ויימנעו המלאכותיות והסירבול הנובעים מהצורך להוכיח לכולי עלמא כי התנהגותו המחפירה של הנתבע ניתנת לניסוח במונחים "נזיקיים".

<u>ה. בעייתיות הגישה הנזיקית בהקשר הנזיקי: הפרת חיוב (נזיקי) שלא גרמה נזק בר-פיצוי</u>

11.09 הגישה הנזיקית מעוררת קושי גם בתביעות נזיקין קלסיות, בין צדדים שאין ולא היה ביניהם קשר חוזי. הקושי נובע מכך, שגישה זו מגבילה ללא כל הצדקה את תחולת הדוקטרינה גם בתוך דיני הנזיקין עצמם. המגבלה העיקרית נובעת מהעובדה, שיסוד מוסד בעוולות המסגרת הנזיקיות - רשלנות והפרת חובה חקוקה - הוא יסוד הנזק. עובדה זו מונעת מבית המשפט לפסוק תשלום עונשי בגין הפרות בוטות של חובת הזהירות בנזיקין (או של חובות סטטוטוריות) אשר מטעם זה או אחר לא גרמו נזק כלשהו, או שגרמו נזק שאינו בר-פיצוי במסגרת עוולות אלה, או שגרמו נזק שהתובע לא השכיל להוכיחו.[15] כמוסבר בפרק הבא, אי התממשותו של סיכון חמור איננה שיקול מרכזי בהערכת חומרתה המוסרית או החברתית של התנהגות פוגענית. מכאן, שאין מקום להימנע מתשלום עונשי בתביעות נזיקין רק משום שהפרה מחפירה של חיוב נזיקי לא נסתיימה בנזק.[16] הגישה הנזיקית לתשלום

---

[14] האפשרות 'לתרגם' הפרות אלה למונחים "נזיקיים" קיימת, כמובן, אך היא דורשת הרחבה משמעותית של גבולות האחריות בנזיקין. כפי שראינו, בתי המשפט בארה"ב לא היססו לעשות בדיוק זאת, כאשר ראו לנכון לפסוק תשלום עונשי במקרים דומים.

[15] הבעייה קיימת גם בעוולת התרמית, הדורשת הוכחת נזק ממון כתנאי לתחולתה. סע' 56 לפקודת הנזיקין. למעשה גם עוולת הנגישה דורשת תוצאה מזיקה (חבלה באשראי או בשם הטוב של התובע) אך מסתפקת לחלופין בסיכון החירות. ר' סע' 60 לפקודת הנזיקין.

[16] כפי שראינו, במרבית המדינות גרימת נזק איננה תנאי מוקדם לתחולת הדוקטרינה, אם כי במדינות לא מעטות הדין שונה. ר' סע' 7.04(14 לעיל.

nevo.co.il

העונשי איננה מאפשרת להפעיל את הדוקטרינה במצבים אלה, וכך מסכלת את מטרותיה, ואף יוצרת הפליה שרירותית בין עילות נזיקין שהנזק הוא יסוד מוסד בהן, לבין עוולות שאינן טעונות הוכחת נזק. הגישה האזרחית, לעומת זאת, מאפשרת לבית המשפט איננה מכירה במגבלות אלה, ומאפשרת לבית המשפט להיזקק לדוקטרינה כל אימת שמתקיימים התנאים המתאימים לתחולתה.[17]

<u>ו. המחשת האבסורד בגישה הנזיקית לתשלום העונשי</u>

11.10 את עדיפות הגישה האזרחית על פני רעותה הנזיקית ניתן להמחיש באמצעות הדגמת התוצאות המעשיות שאליהן מובילות שתי הגישות במקרים קונקרטיים. להלן אביא מספר דוגמות טיפוסיות להפרות חוזים מחפירות, העשויות לדעתי להצדיק במקרים מסויימים חיוב בתשלום עונשי. דוגמות אלה תמחשנה את חוסר ההיגיון, השרירותיות וחוסר הצדק העלולים להיגרם במקרים קונקרטיים כתוצאה מאימוץ הגישה הנזיקית.

1. דוגמה מס' 1: הפרה מחפירה של חוזה שכירות

11.11 **<u>מקרה א':</u>** א' משכיר דירה לב'. לאחר זמן מה, על מנת לגרום לב' לעזוב את המושכר מסיר א' את החלונות במושכר, ביודעו שהדבר יגרום סבל לשוכר. המוסמך בית המשפט לפסוק תשלום עונשי כנגד המשכיר? התשובה חיובית, שכן במקרה זה מעשהו של המשכיר מקים לשוכר עילת תביעה בנזיקין - הסגת גבול במקרקעין.[18] על בסיס עילה זו רשאי בית המשפט לפסוק תשלום עונשי, אם הוא סבור כי נסיבות העניין מצדיקות זאת.[19]

11.12 **<u>מקרה ב':</u>** כמו מקרה א', אלא שתחת להסיר את החלונות, מפסיק א' (המשכיר) את זרם הגז והחשמל למושכר בניגוד להתחייבות חוזית שלו כלפי ב', תוך שהוא בזדון גורם לו ולבני משפחתו עגמת נפש רבה. במקרה זה מעשהו של המשכיר מקים לשוכר עילה חוזית, אך איננו בהכרח מקים לו עילה בנזיקין.[20] במסגרת הגישה הנזיקית לא ניתן אפוא לפסוק תשלום עונשי, תהא אשר תהא חומרת התנהגותו של המשכיר.[21]

---

17 אני ער לכך שבהקשר הנזיקי, להבדיל מבדיני החוזים, לא השתרשה עדיין בפסיקה ואף לא בספרות הבחנה מושגית ברורה בין הפרת החיוב המשפטי עצמה, לבין העוולה המתגבשת עם הנזק הבא בעקבות ההפרה. הטשטוש והבלבול באים לידי ביטוי באופן מובהק בהגדרות המסורבלות שבהן נוקטת פקודת הנזיקין לתיאור עוולות הרשלנות והפרת חובה חקוקה. סע' 35 מציין במפורש את העובדה, שהתנהגות רשלנית כרוכה בהפרה של חובה, ויחד עם זאת קובע כי רק רשלן שגרם נזק עושה עוולה. באורח דומה קובע סעיף 63 לפקודה ש"מפר חובה חקוקה" הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי חיקוק, אך מאידך גיסא מתנה את קיומה של העוולה בכך שההפרה גרמה לניזוק נזק. לדעתי בלבול זה טעון תיקון, על ידי הבהרה כי עצם הפרתה של החובה היא עוולה, שבגינה ניתן לפסוק פיצוי בהתרחש נזק. יש לקוות כי תיקון זה ייעשה בקובץ דיני הממונות הישראלי החדש.

18 סעיף 29 לפקודת הנזיקין. בהעדר נזק ממון לא יוכל השוכר לתבוע פיצויים בגין עוולה זו, אך עדיין יוכל לבסס עליה תביעה לתשלום עונשי (לפחות במדינות שאינן דורשות פסיקת פיצוי רגיל כתנאי להפעלת הדוקטרינה). לחלופין, יוכל השוכר לתבוע את נזקיו במסגרת עוולת הרשלנות.

19 דוגמה זו מבוססת על מקרה שנדון באנגליה, ובו נפסק תשלום עונשי בנסיבות דומות. ר': **Lavender v. Betts** [1942] 2 All E.R. 72.

20 האפשרות לתבוע בעוולת הרשלנות במקרה כזה בעייתית, לאור ההכרה המצומצמת בנזק לא-ממוני טהור כבר-פיצוי במסגרת עוולה זו. לבעייה ר' סע' 11.43 להלן. פסיקת תשלום עונשי לא תהא אפשרית בעילה של רשלנות, אם למשל, בני המשפחה לא נכחו בבית בעת שהנתבע עשה את המעשה המחפיר (שכן לא נגרמה להם עגמת נפש כתוצאה ממנו).

21 דוגמה זו מבוססת על עובדות פסק הדין ***Perara*** שנדון בסע' 4.03 לעיל. במקרה דומה שארע בארה"ב נקבע, שאין לפסוק תשלום עונשי כנגד משכיר אשר בניגוד להתחייבותו החוזית לשוכר ניתק את זרם המים למושכר. ר': **White v. Benkowski** 155 N.W. 2d 74 (1967, Wis.) בשני המקרים ציינו השופטים במפורש, כי המדובר בהפרה מקוממת ביותר, אשר אלמלא הכלל האוסר היתה מצדיקה פסיקת תשלום עונשי. תוצאה דומה היתה מתרחשת, לו היה מדובר במקרים אלה בהסרה של חלונות המושכר שנעשתה לפני מסירת החזקה לשוכר. כאן ההתנהגות היא אותה התנהגות ממש, אך העילה היחידה היא עילה חוזית, ומכוחה לא ניתן לפסוק תשלום עונשי במסגרת הגישה הנזיקית.

nevo.co.il

2. דוגמה מס' 2: הפרה מחפירה של חוזה להספקת נכס, מוצר או שירות

11.13 **<u>מקרה א':</u>** א' מתקשר בחוזה עם ב'. במסגרת החוזה מתחייב ב' לספק לא' נכס/מוצר (או לחלופין שירות)חיוני החיוני לא' לשם ביצוע פרוייקט עסקי רחב היקף. לאחר שא' משקיע את מיטב הונו ומרצו בהכנת התשתיות לפרוייקט, מחליט ב' שביצוע החוזה אינו כדאי עבורו. הוא מסרב להעביר את המוצר (או השירות) למרות שהוא מודע לכך שההפרה תסב לא' נזק כלכלי רב ותפגע קשות במוניטיו.[22] להפצרותיו הנואשות של א' משיב ב', כי למיטב הבנתו לא קיים כלל חוזה בין הצדדים (אף שהוא יודע שאין ממש בטענה זו). יחד עם זאת, מודיע לא' כי לפנים משורת הדין הוא נכון לקיים את החוזה אם א' יכפיל את המחיר החוזי (למרות שהוא יודע שאין בכוונתו ממילא לקיימו). א' נעתר לתביעה זו, אך ב' מתמיד בסירובו גם לאחר קבלת התשלום הנוסף. במסגרת הגישה הנזיקית ניתן לפסוק תשלום עונשי, באשר אחד הרכיבים בהתנהגותו של ב' מקים לא' עילת תביעה מקבילה בנזיקין (תרמית או מצג שווא רשלני) לצד עילת התביעה החוזית.[23]

11.14 **<u>מקרה ב':</u>** כמו במקרה א', אלא שב' התכוון לקיים את החוזה לאחר קבלת הסכום הנוסף. ב' מקבל את הסכום הנוסף, אך נמנע מלקיים את חלקו בשל הצעה מפתה שקיבל מג', אף שהוא יודע כי הדבר עלול להביא לקריסת עסקו של א'.[24] במקרה זה לא ניתן לפסוק תשלום עונשי במסגרת הגישה הנזיקית, שכן התנהגותו המחפירה של ב' אינה עולה כדי תרמית, ואינה מקימה עילה נזיקית עצמאית.[25]

3. דוגמה מס' 3: התרשלות מחפירה בביצוע חוזה

11.15 **<u>מקרה א':</u>** חברה קבלנית מתרשלת במודע ובאופן שיטתי בבניית דירות על מנת לחסוך משאבים. תוך התעלמות מחוות דעת של מהנדס החברה, היא מוסרת את הדירות לרוכשים כשהן במצב בטיחותי לקוי (תקרות רופפות, יסודות בלתי יציבים). לבנה שהיתה קבועה בקיר חיצוני של הבניין נופלת על מכוניתו של אחד הרוכשים וגורמת לה נזק קל. לתביעת הפיצויים בגין נזק הרכוש (בעילה נזיקית או חוזית) ניתן לצרף תביעה לתשלום עונשי בגין התרשלותה המחפירה של החברה, שכן התרשלות זו מקימה עילת תביעה מובהקת ברשלנות.

11.16 **<u>מקרה ב':</u>** כמו במקרה א', אלא שאחד הרוכשים מגלה את הליקויים מבעוד מועד בטרם נגרם לו נזק כלשהו. בתביעה שהוא מגיש הוא מבקש פיצויים בגין ירידת שווי המבנה ובגין עגמת נפש, וכן תשלום עונשי בגין התנהגותה המחפירה של החברה. במסגרת הגישה הנזיקית עלולה תביעתו לתשלום עונשי להידחות, שכן העילה היא חוזית בלבד.[26]

4. דוגמה מס' 4: הפרה מחפירה של התחייבות חוזית לשלם כסף

11.17 **<u>מקרה א':</u>** א' מתקשר בחוזה עם ב' להספקת נכס (או שירות). לאחר שב' מספק לא' את הנכס (או השירות) מסרב א' לשלם לב' את התמורה החוזית, בסוברו שהמצב הכלכלי הקשה שבו נתון ב' לא יאפשר לו לנהל נגד א' הליך משפטי. בצר לו פונה ב' לג' בבקשה לקבלת הלוואה, אך א' שולח לג' מכתב ובו הוא מוציא את דיבתו של ב'

---

22 כזכור, לפי תורת ההפרה היעילה הפרה כזו היא מוצדקת מבחינה כלכלית. ר' סע' 10.18 לעיל.

23 אולם, כמוסבר לעיל, למעשה שופט נאמן לגישה הנזיקית לא יוכל לפסוק כאן תשלום עונשי, אם הוא סבור שמעשה התרמית איננו מחפיר מספיק, כשהוא מבודד מהפרות החוזה (אלא אם כן ההפרות עצמן אף הן מקימות עילת נזיקין מקבילה).

24 גם במקרה זה תורת ההפרה היעילה תצדיק את ההפרה.

25 באופן תיאורטי ניתן להכיר כאן בעילת תביעה ברשלנות, אך הכרה כזו היא מלאכותית, שכן חובת הזהירות מושתתת במישרין על החוזה שבין הצדדים. יתרה מכך, היקף ההכרה בנזק כלכלי טהור בנזיקין הוא מוגבל יחסית. לעניין זה ר' סע' 11.44 ואילך.

26 גם כאן לכאורה ניתן לבסס את התשלום העונשי במקרה זה על עילת תביעה מקבילה ברשלנות אם ניתן להוכיח נזק כלכלי טהור (למשל, ירידת שווי הדירה). אך הדבר בפועל במדינות רבות עוולה כזו לא תוכר במקרה זה בהעדר נזק פיזי לגוף או לרכוש. כך למשל, בית המשפט העליון של אילינוי דחה תביעה כזו מטעם כזה בקובעו ש: **"..when a purchaser of a defectively constructed residence.. ..alleges solely economic losses, the purchaser cannot recover under a negligence theory in tort."** ***Morrow***, 185. שופט המיעוט ציין, שתוצאה זו אינה נראית הגיונית בעיניו, שכן היא שוללת מבית המשפט את האפשרות לפסוק תשלום עונשי ובכך נותנת תמריץ להפרת החוק: **"Absent the assessment of punitive damages, a willful violator of a contract incurs no sanction and bears only the costs of performance.."** ***Morrow***, 186 (Goldenhersh, J., dissenting).

nevo.co.il

רעה. כתוצאה מכך ג׳ מסרב לבקשתו של ב׳. ב׳ תובע את א׳ על הפרת חוזה ועל לשון הרע. במסגרת הגישה הנזיקית ניתן לפסוק תשלום עונשי מכוח עוולת לשון הרע שביצע א׳.[27]

11.18 **<u>מקרה ב׳:</u>** כמו מקרה א׳, אלא שמכתבו של ב׳ אל הבנק לא הגיע לג׳ בשל תקלה בדואר. במקרה זה נותרת העילה החוזית, שמכוחה בלבד לא ניתן לפסוק תשלום עונשי במסגרת הגישה הנזיקית.[28] זאת למרות שדרגת האנטי-חברתיות שבהתנהגותו של ב׳ היא דומה בשני המקרים.[29]

5. דוגמה מס׳ 5: גרם הפרת חוזה

11.19 האבסורד שיוצר הכלל האוסר בולט במיוחד במקרים שבהם התנהגות מודעת וחסרת הצדקה של אדם שלישי גרמה להפרה מחפירה של החוזה. במצבים אלה עשוי הצד השלישי לחוב בתשלום עונשי מכוח העוולה הנזיקית שביצע. לעומת זאת, מפר החוזה עצמו איננו חשוף לסיכון של פסיקת תשלום עונשי, אף שאחריותו הסיבתית לנזק ואשמתו המוסרית והחברתית, עשויות להיות דומות, ואף משמעותיות מאלו של הצד השלישי. כך, למשל, בדוגמה מס׳ 1(ב) לעיל, הניחו כי השוכר פעל בעידודו של ג׳, שביקש לשכור את הדירה במקום השוכר. במסגרת הגישה הנזיקית אין קושי לפסוק תשלום עונשי כנגד ג׳, בעוד שהמשכיר עצמו מוגן בכל מקרה מפני חיוב אפשרי בתשלום עונשי, אפילו היה חטאו גדול לאין ערוך. באופן דומה, הניחו כי בדוגמה מס׳ 2(ב) לעיל, המפר הפר את החוזה בהשפעת האדם שלישי שעימו ביקש להתקשר. גם כאן ניתן לפסוק תשלום עונשי כנגד הצד השלישי, אך המפר עצמו מחוסן מפני סיכון זה ללא כל הצדקה נראית לעין.[30] הוא הדין ביתר הדוגמות דלעיל.

6. ניתוח הדוגמות

11.20 ניתן לראות בבירור, שיישום הגישה הנזיקית בכל אחת מקבוצות המקרים דלעיל מביא לתוצאה בלתי הגיונית ובלתי מוצדקת בעליל: למרות הדמיון שבין המקרים מבחינת משקלו החברתי של האינטרס שבו פגע הנתבע, מבחינת היסוד הנפשי שלאורו פעל, מבחינת המניע, ומבחינות נוספות המשפיעות על דרגת האנטי-חברתיות שבמעשה, הרי שלפי הגישה הנזיקית תוצאותיהן בעולם המשפט שונות. הגישה האזרחית, לעומת זאת, מתעלמת משאלות טכניות הקשורות לסיווג עילת התביעה, ומתמקדת במישרין בנתונים הרלבנטיים להערכת חומרת הפגיעה בזכויות התובע. בעוד שהגישה הנזיקית מעניקה פטור גורף להפרות חוזים העלולות להיות מקוממות ומחפירות ביותר ובכך יוצרת הפליה חמורה בין נתבעים ותובעים בנסיבות דומות, מבטיחה הגישה האזרחית שוויון. בעוד שהגישה הנזיקית אדישה להבחנה בין הפרת חוזה קלה או נסלחת לבין הפרת חוזה זדונית ומרושעת, הרי הגישה האזרחית רגישה להבחנות אלה, גם כאשר ההתנהגות איננה ניתנת לניסוח במונחים ״נזיקיים״. העיון בדוגמות אלה

---

[27] אם כי שוב, ייתכן כי הוצאת הדיבה איננה חמורה דיה כשהיא לעצמה, ולפחות להלכה אין בית המשפט רשאי להתחשב בעילה החוזית.

[28] לדעת Posner זהו מקרה קלסי של הפרה אופורטוניסטית, שמפניה ראוי להרתיע באמצעות תשלום עונשי: **"..where A pays B in advance for goods and instead of delivering them B uses the money in another venture. Such conduct has no economic justification and ought simply to be deterred." Posner**, 130. גם כאן קיימת באופן תיאורטי האפשרות להכיר בעוולת הרשלנות, אך אפשרות זו מלאכותית, שכן הרשלנות היא בהפרת החוזה. למלאכותיות זו ר׳ סע׳ 11.48 להלן.

[29] ההבדל היחיד הוא שהניסיון להוציא את דיבתו של התובע רעה לא הצליח. אך זהו עניין מקרי, שאינו מפחית מחומרת התנהגותו של הנתבע.

[30] מקרה דומה שעורר בשעתו הדים בארה״ב הוא פרשת ***Texaco v. Pennzoil***. באותו מקרה במסגרת סכסוך בין חברות נפט גדולות שכלל סדרה ארוכה של פסקי דין נפסקו בשלב הראשון כנגד Texaco (ולטובת Pennzoil) 3 מיליארד(!) דולר כתשלום עונשי. סכום זה לא נפסק, ואף לא יכול היה להיפסק במסגרת הגישה הנזיקית, כנגד החברה שהפרה את החוזה עם Pennzoil. לפסיקת תשלום עונשי בעילה של גרם הפרת חוזה במשפט הישראלי בסכסוך על רקע עסקי ר׳ פסק הדין ***לבניא***, 267, הנ״ל בסע׳ 3.10(55) בו ציין בית המשפט כי המעוול נהג בצורה מחפירה כאשר ״**..על ידי פעולה מרושעת מאחורי גבו של התובע שלל ממנו את פרי עמלו. לאחר מכן נהג בתובע בצורה גסה ומעליבה. לפיכך יש להטיל.. ..פיצויים לדוגמה..**״ נראה, כי לפחות לגבי ״פעולה מרושעת מאחורי הגב״ היו הדברים יפים גם לגבי מפר החוזה, אשר היה באותו מקרה צד לתביעה ולא נפסק כנגדו תשלום עונשי, למרות שהסכים להפר את החוזה מאותם טעמים ממש. גם התנהגות ״גסה ומעליבה״ איננה נחלתם הבלעדית של צדדים שאין ביניהם חוזה. נהפוך הוא, נראה שמצבים של התעמרות ממושכת עשויים להיות שכיחים דווקא בהקשר החוזי. לעניין זה ר׳ גם להלן סע׳ 12.41, הטקסט שלאחר הערה 141.

nevo.co.il

מראה, כי יתרונה של הגישה האזרחית איננו יתרון תיאורטי או אקדמי גרידא. אימוצה מאפשר למוסד התשלומים העונשיים להגשים את מטרותיו החברתיות החשובות במגוון רחב של מצבים, שבהם לא ניתן לעשות כן במסגרת הגישה הנזיקית.[31]

ז. תימוכין לגישה האזרחית בפסיקה ובספרות

1. *הפסיקה*

11.21 כמובהר בשער השני לחיבור, הגישה השלטת כיום במדינות בהן מוכרת הדוקטרינה היא ללא ספק הגישה הנזיקית. עם זאת, מעת לעת ניתן לגלות ביטויים נדירים של ביקורת ישירה על גישה זו. ביקורת כזו הביע כבר בראשית המאה ה-20 הלורד Collins, שופט המיעוט שישב לדין בעניין ***Addis*** (1909).[32] הביקורת על הגישה הנזיקית ועל אימוץ מבחן עילת התביעה כמבחן הקובע את תחולת הדוקטרינה במשפט האזרחי זכתה לביטוי מרשים בפסיקה הקנדית המודרנית.[33] כך, למשל, בפסק הדין המנחה בעניין ***Vorvis*** (1989) הבהירה שופטת המיעוט, Wilson, כי לדעתה:

> **"It is the reprehensible conduct of the wrongdoer which attracts the principle** [of punitive damages], **not the legal category of the wrong out of which compensatory damages arise and in relation to which the conduct occurred. To place arbitrary limitations upon its application is to evade the underlying principle and replace it with an uncertain and debatable jurisdiction."**[34]

גם בפסיקה האמריקאית, שלפחות במישור הרטורי אימצה גישה שמרנית בדרך כלל, ניתן למצוא סטיות מהקו השמרני. **ראשית**, כזכור, במספר מדינות בודדות נזנחה הגישה הנזיקית באופן מפורש, ונקבע כי תשלום עונשי יכול שייפסק גם בתביעות חוזיות.[35] **שנית**, גם במדינות השמרניות ניתן לזהות מעת לעת התנגדות נדירה - אך נחרצת - לקו הכללי של הפסיקה.[36]

---

[31] בחינה שיטתית של מצבים אלה תיערך בפרק הבא.

[32] ר' הציטוט מדבריו המובא בסע' 4.02(8).

[33] ר' במיוחד דברי השופט Linden הנזכרים בסע' 4.14 (47).

[34] ***Vorvis***, 224 (Wilson, J., dissenting). למעשה זהו ציטוט מדברי השופט Clement בבית המשפט העליון של מחוז אלברטה בפרשת ***Paragon*** 167. דבריו של Clement נאמרו אמנם בהקשר לשאלת היקף תחולתה הרצוי של הדוקטרינה **בתוך דיני הנזיקין עצמם** (נטען, כי אין זה רצוי להגבילה לעילות נזיקין מסויימות דווקא). אולם השופטת Wilson יישמה את הגישה העקרונית העולה מהם על השאלה דנן. לדיון בגישתה של Wilson ר' גם סע' 4.21 לעיל.

[35] לדיון במצב הנוהג במדינות אלה ר' סע' 5.33 ואילך. לדוגמה מובהקת ר' למשל דברי בית המשפט העליון של אידהו: **"Whatever the justification for the "original" rule** [prohibiting punitive damages in contract]**, in the modern era numerous situations arise where the breaking of a promise may be an *extreme deviation* from standards of reasonable conduct, and, when done with knowledge of its likely effects, may be grounds for an award of punitive damages. Like a tort, many such breaches may be impossible to insure against. Particularly in cases marked by a gross disparity of bargaining power between the parties to the contract, the award of punitive damages may be useful as a sanction against oppressive conduct in the marketplace."** ***Linscott***, 964.

[36] ר' למשל דבריו של שופט מיעוט בבית המשפט העליון של קליפורניה: **"…an intentional breach of contract may be found to be tortious** [and so deserve punitive damages] **when the breaching party exhibits an extreme disregard for the contractual rights of the other party, either knowingly harming the vital interests of a promisee.. ..or else employing coercion or dishonesty to cause the promisee to forego its contractual rights."** ***Freeman***, 686-7 (Mosk, J., dissenting). והשווה לדבריו הנחרצים עוד יותר של שופט מיעוט בבית המשפט העליון של אילינוי: **"..punitive damages should be awarded for wilful and wanton breach of contract even though there was no independent tort. …No rational basis presents itself for holding that willful misconduct arising out of a breach of contract should not be discouraged in the same manner as wilful misconduct resulting in a tort. …<u>it is time that we acknowledge and excise from the body of law of this state the artificial distinction</u> <u>perpetuated by the majority opinion.</u>"** ***Morrow***, 186 (Goldenhersh, J., dissenting). גישה המצדדת בהכרה רחבה בתשלום העונשי בסנקציה אזרחית ללא תלות בסיווג עילת התביעה הובעה לאחרונה גם בבית הלורדים האנגלי, בפסק הדין בעניין ***Kuddus***: **"Stated in its broadest form, the relevant principle is tolerably clear: <u>the availability of exemplary damages should be coextensive with its rationale</u>. …the underlying rationale lies in the sense of outrage which a defendant's conduct sometimes evokes.."** ***Kuddus***, s. 65 (Lord Nicholls).

nevo.co.il

11.22 שונה המצב בספרות המלומדים. כאן, בפרט בקנדה ובארצות הברית, ניתן לזהות ב-25 השנים האחרונות מגמה כללית של התנגדות הולכת וגוברת לכלל האוסר ולגישה הנזיקית העומדת בבסיסו. אמנם, מלומדים לא מעטים מתנגדים עדיין לעצם ההכרה בדוקטרינה, ורבים אחרים מתנגדים להחלתה הרחבה בדיני החוזים. עם זאת, מבין המלומדים שבחנו את השאלה באופן מעמיק, הרוב הגדול הגיע למסקנה, שאין הצדקה להבחנה הגורפת שקובע הכלל האוסר.[37]

את הדיון בחלק זה אבקש לחתום בדברים בהבאת דברים מאלפים שנכתבו לפני למעלה ממאה וחמישים שנה על ידי Sedgwick, מגדולי המלומדים האמריקאיים בדורו. בדברים אלה, אותם כתב בחיבורו הידוע בהערת שוליים באותיות זעירות, הביע המלומד את ספקותיו באשר לצדקתו של הכלל האוסר, אותו הוא מתאר בטקסט כעיקרון משפטי מוצק. וכך תוהה Sedgwick:

> **"But upon principle, why should there be a distinction between allowing exemplary damages in the case of a wilful breach of a contract and that of a wilful wrong** [tort]**? …if damages are to be allowed in civil actions between individuals from social or governmental considerations, the expediency of the rule in the one case is the same as in the other. …When all the circumstances of one transaction and all elements of the same claim can be considered and disposed of in one suit, there will remain no valid objection to allowing exemplary damages for a malicious breach of contract which does not apply to a wilful tort."**[38]

למקרא דברים אלה לא נוכל שלא להשתאות על הבהירות שבה זיהה מלומד זה - כבר בימיו הראשונים של הכלל האוסר - את חוסר ההיגיון שבגישה הנזיקית ואת הצורך להתנער ממנה בעתיד.

---

[37] ר' למשל בקנדה: **"..a blanket prohibition of such damages in all contract actions has no theoretical foundation... ..punitive damages in contract have a useful role to play in helping to set minimum standards of decent behaviour for contracting parties."** ***Venour***, 104; **"..harm to legal rights can result from wanton abuse of those rights, no matter how the cause is pleaded.. ..there are good reasons for encouraging the development of the remedy of punitive damages in contract."** **Cavico**, בארצות הברית מאמרים חשובים שהביעו תמיכה בביטול הכלל האוסר הם: **Krasnick**, 20; see also **Feldthusen**, 257-61. 452, 444: **"Punitive damages must be rooted in the character of a wrongdoer's behaviour and not the technical term given to the wrongful act… No persuasive rationale presents itself for the courts to hold that outrageous misconduct arising out of a breach of contract should not be punished and deterred in the same manner as outrageous misconduct resulting in a tort."; McCormick**, 290: **"It is true that extreme cases may be encountered where a deliberate willful and inexcusable breach of contract may seem as morally culpable and as worthy of punishment as a willful or wanton tort."; Speidel**, 198: **"the need to secure realistic protection of the individual against abuses of power.. ..can be achieved by a skillful judicial blending of contract and tort ideas and the use of punitive damages as a regulatory device. …the ageless principle that "no one should gain by another's loss" must be implemented in the complex transactions of a changing society."** עמדות תקיפות ברוח זו הושמעו גם במאמריהם של **Dodge, Sullivan, Marschall, Sebert**, ואחרים. אמירות ביקורתיות ניתן למצוא לעיתים גם אצל מלומדים אנגלים ואוסטרלים: **"Now** [after 1964 - Rooks] **that exemplary damages are clearly awarded by reference to the defendant's conduct, it is submitted that there is no logical reason why their availability should depend on the nature of the plaintiff's cause of action." Tilbury**, 263. המלומד מתייחס ככל הנראה להיקף תחולתה של הדוקטרינה בתוך דיני הנזיקין עצמם, ואולם ביקורת זו יפה בה במידה גם לעניינו. באנגליה (גם כן בהקשר לשאלת תחולתה הראוייה של הדוקטרינה בנזיקין) נאמר: **Pipe**, 101: **"The divisions between the two groups of nominate torts is logically unjustifiable."**

[38] **Sedgwick**, 229, 230. מעניין לציין, שהדברים נכתבו בתקופה שבה החל המשפט האזרחי האנגלו-אמריקאי לעבור מן המשטר הדיוני הנוקשה של צורות התביעה (the forms of action) למשטר הדיוני הליברלי יותר הנוהג כיום. נראה שהמלומד סבר לתומו, שעם המעבר למשטר הדיוני החדש יעלמו גם רבים מההבדלים המהותיים בין דין העילה החוזית לבין דין העילה הנזיקית. השתרשותו של הכלל האוסר ושל הבחנות מסורתיות אחרות בין דיני חוזים לדיני נזיקין מלמדת, שנבואה זו לא נתגשמה במלואה, והבחנות פורמליות כגון ההבחנה בין עילת תביעה נזיקית לעילת תביעה חוזית ממשיכות ומעכבות את התפתחותו הרצויה של הדין. כמאמרו הידוע של Maitland: **"The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves." Maitland**, 296. עם זאת, דומה שבעשורים האחרונים אנו עדים לשינויים, העתידים להביא בסופו של דבר למיזוג בין דיני התרופות בחוזים ובנזיקין. לדיון במגמה זו ר' להלן סע' 11.67.

nevo.co.il

חלק שני: ישימותם בתחום החוזי של הרציונלים הכלליים של הדוקטרינה

הערה למטרת הדיון

11.23 עד כה ביקשתי להסביר מדוע אין כל הצדקה להטיל איסור גורף על פסיקת תשלום עונשי בתביעות חוזיות, ומדוע ראוי לאמץ את הגישה האזרחית לתשלום העונשי ולדחות את הגישה הנזיקית. בסעיפים הבאים אבקש לבחון שאלה אחרת, הלא היא שאלת הדרגה או המידה שבה הרציונלים הכלליים של הדוקטרינה שנדונו בשער השלישי לחיבור הינם ישימים ורלבנטיים גם בהקשרים חוזיים. במקורות אין למצוא דיון שיטתי בשאלה זו, אפילו לא אצל התומכים בביטולו של הכלל האוסר.[39] מטרת הדיון בחלק זה היא להשלים חסר זה. במהלכו אבקש להראות, כפי שאולי ניתן לשער באופן אינטואיטיבי, שאכן מרבית הרציונלים הכלליים של הדוקטרינה ישימים גם בהקשרים חוזיים. עם זאת, כפי שיובהר, המשקל והחשיבות של הרציונלים השונים בתחום החוזי איננו תמיד זהה למשקלם בהקשר הנזיקי - לעיתים הוא קטן יותר, ולעיתים גדול יותר. הבירור השיטתי שייערך בחלק זה עשוי לסייע בהבהרת התפקיד המיוחד שבכוחה של הדוקטרינה למלא בהקשר החוזי, ובכך להוסיף נדבך חשוב לטיעון העקרוני בזכות ההכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים.[40]

I. הצידוקים להטלת סנקציה עונשית לבר-מפצה על התנהגות מחפירה בתחום החוזי

11.24 כעולה מפרק ז', הצידוקים המרכזיים לענישה לבר-מפצה של התנהגויות מחפירות הם: גמול, הרתעה, חינוך, וריצוי. אבחן בקצרה את ישימותם של רציונלים אלה בתחום החוזי.

א. גמול

11.25 כפי שראינו, ביסוד חלק מטיעוני השוללים את החלת הדוקטרינה בתחום החוזי עומדת ההנחה, כי הפרת חוזה לעולם איננה חמורה כמעשה נזיקין, ולפיכך אינה יכולה להצדיק תגובה עונשית דומה לזו שעוולה נזיקית עשוייה להצדיק.[41] כפי שהראיתי בפרק הקודם, הנחה זו איננה עומדת במבחן הביקורת. **ראשית,** הפרת חוזה, בדומה למעשה עוולה בנזיקין, פוגעת לא רק באינטרס פרטי של הנפגע, אלא גם בערך חברתי מוגן שהחברה חפצה ביקרו.[42] ערך זה הוא הערך של קיום חוזים, המקפל בתוכו ערכים מוסריים של כיבוד הבטחות, הגנה על אוטונומיית הרצון הפרטי, ואת הערך התועלתני של קידום רווחת הכלל באמצעות סחר חופשי במשאבים.[43] במשפט הישראלי הזכות החוזית נתפסת כזכות יסוד חוקתית, המעוגנת במושגי החירות, הכבוד והקניינין שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.[44] **שנית,** העובדה שדיני הנזיקין ממלאים תפקיד עיקרי יותר מדיני החוזים בהגנה על אינטרסים גופניים ולא-ממוניים, אין בה כדי לשלול את הצורך במתן תגובה עונשית הולמת על הפרות חוזים חמורות מספיק, גם

---

[39] מקורות אלה מסתפקים בדרך כלל בהפרכת הטיעונים המסורתיים המובאים בתמיכה לכלל האוסר, ובאמירות כלליות שלפיהן התנהגויות אנטי-חברתיות ראוי להעניש גם כשהן מתגלות בתחום היחסים החוזיים. מקורות אלה מתבססים ככל הנראה על ההנחה האינטואיטיבית (הנכונה), שהדוקטרינה אכן מתאימה להחלה בתחום החוזי, אך אינם מבססים הנחה זו באופן שיטתי. בכך, מחסירים מקורות אלה נדבך שהוא לדעתי חיוני לשם הערכה ביקורתית של מקומו של התשלום העונשי בדיני החוזים.

[40] מבנה הדיון יתאם את מבנה הדיון בשער השלישי: תחילה תיבחן ישימותן של ההצדקות להטלת סנקציה עונשית לבר-מפצה על התנהגות מחפירה; לאחר מכן תיבחן ישימותן של ההצדקות לענישה האזרחית; ולבסוף - ההצדקה לזיכוי התובע בכספי התשלום העונשי.

[41] לשתי הגירסות של טיעון זה ר' סע' 10.08, 10.10 לעיל.

[42] לעניין זה ר' גם סע' 10.09 לעיל.

[43] לדברי פרופ' גלעד, שלושה ערכים אלה מרכיבים את מה שהוא מכנה "הערך החוזי": **"This combination of the honoring of promises, the promotion of autonomy and self-fulfillment, and the assumed efficiency of the contract as an institution, constitutes the "contractual value".**" I. Gilead, "Non-Consensual Liability of a Contracting Party: An Israeli Perspective of the "Gray Areas" between Contract and Tort" in **Classification of Private Law: Bases of Liability and Remedies** (International colloquium, N.Y., 2001) 7.

[44] **"ההתקשרות החוזית יש בה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי, ואשר על כן מעוגנת היא כיום בעקרונות חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו."** ע"א 239/92 **"אגד" אגודה שיתופית נ' משיח** פ"ד מח(2) 66, 72; ***קסטנבאום***, 533: **"אחד מעקרונות היסוד של שיטתנו הוא העיקרון בדבר חופש החוזים.. ..חופש החוזים הינה זכות חוקתית."** לעיגונן של זכויות חוזיות במושג הקניין בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ר' סע' 6.28(135).

nevo.co.il

כאשר הן פוגעות באינטרסים כלכליים בלבד.[45] תחת ההנחה, הנראית לי נכונה כעניין פסיכולוגי-אמפירי, כי היסוד הנפשי של העושה ביחס למעשיו ולתוצאותיהם ממלא תפקיד מרכזי בעיצוב יחסם של אנשים כלפי מעשים פוגעניים - אולי אף יותר מאשר ההיבט העובדתי של עוצמת הפגיעה או הסיכון הכרוכים במעשה הפוגעני - אין זה קשה להעלות על הדעת מצבים שבהם פגיעה חוזית כלכלית טהורה המלווה במניע פסול ויסוד נפשי מחמיר, תתפרש כפגיעה קשה וחמורה יותר מבחינה מוסרית מאשר פגיעה נזיקית טיפוסית המלווה ביסוד נפשי מקל יותר. קל וחומר, כאשר לפגיעה הכלכלית שגרמה ההפרה נלוותה פגיעה ממשית ברווחתו הנפשית של הנפגע - בכבודו, בשלוותו הנפשית, בשמו הטוב, וכיו"ב מרכיבי רווחה לא ממוניים.

ואכן, כעולה מהדוגמות שנדונו בחלק הראשון ומהדיון בפרק הבא, גם בתחום החוזי ניתן להצביע על קשת נרחבת של התנהגויות אנטי-חברתיות, המצדיקות חיוב בתשלום עונשי.

ב. הרתעה מוסרנית[46]

11.26 תחת ההנחה, שגם הפרת חוזה עשויה לשקף פגיעה חמורה בערכים חברתיים ומוסרים, אין כל קושי להצדיק את החלת הדוקטרינה בתחום החוזי לשם הרתעתם של מפרים בכוח מביצוע הפרות חוזים מחפירות, כל אימת שמטרה זו איננה ניתנת להשגה באמצעות משטר התרופות האזרחי הרגיל.

יתרה מכך, בהחלט ייתכן שדווקא בהקשר החוזי הנחיצות להכיר בתשלום העונשי מטעמי הרתעה היא גדולה עוד יותר מאשר בדיני הנזיקין. **ראשית,** כפי שראינו בפרק הקודם, יש הטוענים כי בעיית תת-הפיצוי חמורה יותר בדיני החוזים מאשר בדיני הנזיקין.[47] אם נכון הדבר, נדרשת 'מנת יתר' של הרתעה דווקא בתחום החוזי, אף יותר מאשר בתחום הנזיקין, שבו פסיקת הפיצויים נעשית באופן ליברלי יותר ומפחיתה במידת מה את החשש מפני הרתעת-יתר.[48] **שנית,** בתחום המסחרי הפרות רבות נעשות מטעמים אינסטרומנטליים מתוך חישוב כלכלי קר שהדבר משתלם למפר, ולאו דווקא על רקע אקספרסיבי של נקמנות, כעס, או רצון להזיק לצד השני לחוזה.[49] לעומת זאת, עוולות הכוונה המסורתיות, התופסות חלק ניכר מעילות הנזיקין שבמסגרתן מופעלת הדוקטרינה,[50] מבוצעות לעיתים קרובות מתוך דחפים ותמריצים שאינם כלכליים גרידא.[51] לפחות לכאורה, נראה אפוא שאת הדחף לבצע הפרות מחפירות ניתן לרסן בתחום החוזי-מסחרי ביתר קלות מאשר בתחומים הקלסיים שבהם נפסקים תשלומים עונשיים בדיני הנזיקין.[52] אם אכן ההבחנה המוצעת כאן היא מבוססת,[53] הרי שדווקא בתחום החוזי רציונל ההרתעה הוא בעל משקל סגולי רב יותר בהצדקת הדוקטרינה, מאשר בתחום הנזיקין.[54]

---

45 לעניין זה ר' גם סע' 10.11 לעיל.

46 לדיון במושג זה ולהבחנה בין הרתעה מוסרנית להרתעה תועלתנית ר' סע' 7.21, 7.22 לעיל.

47 ר' סע' 10.23 לעיל.

48 **"The additional strong deterrent effect of punitive damages is particularly appropriate in breach of contract cases due to comparatively limited measure of compensatory damage recovery." Cavico**, 443; see also **Malor**, 486-7; **Sebert**, 1660-1. למעשה, דברים אלה, שנאמרו ביחס למשקלו של רציונל ההרתעה, רלבנטיים גם ביחס למשקלו של רציונל הגמול. משמעות הדבר היא, שייתכן שדווקא בתחום החוזי הצורך בענישה גמולית מחייב הכרה בתשלום העונשי, עוד יותר מאשר בתביעות נזיקין.

49 ר' למשל הדוגמות הטיפוסיות שנדונו בסע' 11.11-11.19 לעיל. אך תופעות של התעמרות קיימות גם בתחום החוזי ר' סע' 12.41 להלן.

50 לנתון זה ר' סע' 7.67(307) לעיל.

51 אופייניות במיוחד במובן זה הן העוולות המסורתיות של תקיפה, כליאת שווא, נגיסה, לשון הרע, גזל, הסגת גבול, וכיו"ב.

52 יצויין, שדברים אלה יפים, לדעתי, גם ביחס לרציונל ההרתעה התועלתנית-כלכלית, שכן גם במסגרת תפיסה זו של ההרתעה נודעת חשיבות ליכולת להשפיע על תהליך קבלת ההחלטות של המפר או המעוול הפוטנציאלי. אין פירוש הדבר, שלתשלום העונשי אין יכולת להרתיע מפני מעשי עוולה אקפרסיביים (למשל, באמצעות הטלת סנקציה מוגדלת יותר, ובאמצעות מתן דגש על מרכיב הגינוי) אך ייתכן שהדבר קשה יותר.

53 אישוש ההבחנה טעון כמובן מחקר אמפירי-פסיכולוגי, אשר יבחן את המקרים שבהם נפסקו תשלומים עונשיים בהקשר החוזי ובהקשר הנזיקין וישווה ביניהם מהיבט זה, של המניע להתנהגות המחפירה.

54 עם זאת, יש לזכור, שגם בדיני הנזיקין, בפרט בעידן המודרני, עוולות מחפירות רבות מבוצעות אף הן מטעמים כלכליים טהורים, תוך חישוב קר של תוצאות העוולה. אלו הן במיוחד העוולות המסחריות, כגון תרמית, גניבת עין, גרם הפרת חוזה, וכיו"ב, אך גם עוולת הרשלנות כאשר תכליתה של ההתרשלות לחסוך משאבים או להפיק רווח ממון תוך פגיעה בזכויות הזולת. דוגמה קלסית לתפקידו ההרתעתי החשוב של התשלום העונשי בהקשרים נזיקיים-כלכליים אלה ניתן להביא מפרשת ***Grimshaw*** (לעובדות הפרשה ר' סע'

nevo.co.il

ג. הרתעה יעילה (או "תועלתנית")

1. נקודת המוצא לדיון, השאלות הקונקרטיות הטעונות בירור ומתווה הדיון

11.27 הפרכת הנחות היסוד של טיעון ההפרה היעילה בפרק הקודם הביאתנו למסקנה, שפסיקת סנקציות לבר-מפצות בהקשר החוזי הינה מוצדקת ואף מתחייבת משיקולי יעילות כלכלית, כדי להתמודד עם החשש המבוסס מפני הרתעת-חסר של הפרות בכלל, ושל הפרות אופורטוניסטיות בפרט.[55] ברם, כפי שגם הערנו שם, מסקנה זו עדיין איננה בגדר הצדקה מלאה להכרה בתשלומים עונשיים בתחום החוזי, שכן שתי שאלות חשובות נותרות 'פתוחות' גם לאחר דחיית טיעון ההפרה היעילה: **ראשית** - נשאלת השאלה מהי ההצדקה לנקיטת טכניקה של 'הרתעה ממגרת' ביחס להפרות חוזים המוחזקות כבלתי יעילות (טכניקה המאפיינת את התשלום העונשי) להבדיל מנקיטת טכניקה של 'הרתעה מפנימה'?[56] **ושנית** - נשאלת השאלה מהי ההצדקה לנקוט בטכניקת ההרתעה הממגרת המופעלת במסגרת הדוקטרינה דווקא כלפי הפרות חוזים "מחפירות" ואך ורק כלפיהן?

העיון בספרות הכלכלית מלמד, כי לשאלות אלה טרם ניתנה תשובה מניחה את הדעת. כפי שיובהר בסעיפים הכלכליים, מהספרות המשפטית עולים שלושה מודלים חלופיים להצדקת סנקציות לבר-מפצות כתגובה להפרות חוזים, אולם כל אחד מהם סובל מליקוי אחר, המונע ממנו לשמש הסבר מלא לפסיקת תשלום עונשי בתגובה להפרות חוזים מחפירות. בסעיפים שלהלן אבחן את שלושת המודלים הללו, במטרה להצביע על תרומתם מחד גיסא, ועל מגבלותיהם מאידך גיסא. לאחר מכן יוצג מודל רביעי שהוא לדעתנו היחיד שבכוחו להסביר ולהצדיק באופן מוצלח ושלם את הצורך בפסיקת תשלום עונשי בתחום החוזי. כפי שנראה, מודל זה נגזר במישרין מההסבר הכלכלי של הדוקטרינה אותו הצענו בפרק ז', ואינו אלא יישום שלו על הסיטואציה החוזית. יישום זה מאפשר לראות מדוע גם בסיטואציות חוזיות קיימת הצדקה איתנה לשימוש בתשלומים עונשיים, ומאפשר להבין את הנקודות החסרות ואת הקשיים בשלושת המודלים החלופיים העולים מהספרות.

2. מודל א': סנקציה לבר-מפצה בגין כל הפרת חוזה

11.28 בפרק הקודם הבהרתי מדוע במציאות אין בזכות לפיצויי ציפייה כדי להביא להפנמה מלאה בקרב מפרים בכוח.[57] בעייה זו ניתן היה לכאורה לפתור בפשטות באמצעות הגדלת הסנקציה הכספית שתוטל כדבר שבשגרה על מפרי חוזים, באופן שזו תבטא טוב יותר את העלות החברתית האמיתית של ההפרה. במילים אחרות, מודל א' מאפשר להטיל סנקציה לבר-מפצה על כל מפר חוזה, שניתן להניח לגביו כי חיובו בפיצויים בגין ההפרה לא ייאלץ אותו ושכמותו לבצע הפנמה מלאה. שיעור הסנקציה הלבר-מפצה ייקבע מתוך מגמה לתקן את הליקויים שמהם נובעת בעיית העדר ההפנמה, ותוך התחשבות בעוצמתם (למשל: הוספת רכיבי פיצוי נוספים לסכום הפיצויים הרגיל, הכפלת הסכום בהופכי של ההסתברות כי המפר יימצא אחראי, וכו').[58] ניתן לראות, שפתרון זה אינו אלא יישום

"**In the traditional noncommercial intentional tort, compensatory damages alone may serve as an effective deterrent against future wrongful conduct but in commerce-related torts, the manufacturer may find it more profitable to treat compensatory damages as a part of the cost of doing business rather than to remedy the defect.**" ***Grimshaw***, 382. לדעתי, הרישא של פסקה זו מתעלמת מהעובדה, שגם בעוולות כוונה המזיק מפיק רווח משמעותי מביצוע העוולה, גם אם רווח זה איננו ממוני. כמוסבר לעיל, ההבחנה המשמעותית בין שני סוגי המעוולים נעוצה לאו דווקא בתמריץ הכלכלי של המעוול ה'מסחרי' אלא בעובדה שקל יותר להשפיע על התנהגותו באמצעות סנקציה כלכלית (במילים אחרות, גמישות הביקוש שלו לביצוע העוולה גבוהה יותר). יצויין, שהנימוק המובא כאן רלבנטי גם בתפיסה תועלתנית-כלכלית של רציונל ההרתעה, ולא רק בתפיסה מוסרנית.

55 ר' סע' 10.26 והסעיפים הקודמים לו.

56 להבחנה בין שני סוגי ההרתעה האמורים ר' סע' 7.42 לעיל.

57 הגורמים הם, כזכור: בעיית ההתחמקות מהדין, בעיית תת-הפיצוי, בעיית עלויות ההתדיינות, ובעיית העלויות ארוכות הטווח של הפרות אופורטוניסטיות "יעילות". ר' סע' 10.21-10.25 לעיל.

58 אכן, מלומדים לא מעטים סבורים שאת בעיית הרתעת-החסר בתחום החוזי ניתן וראוי לפתור באמצעות תיקון דיני הפיצויים החוזיים ולא באמצעות הכרה בתשלום העונשי. ר' למשל: **Chutorian**, esp. 402-6; **Volk**, 474-5. עם זאת, ההצעה ליישם את "כלל ההופכי" שמטרתו כזכור להתמודד עם בעיית ההתחמקות מהדין, איננה עולה בדרך כלל בספרות הכלכלית העוסקת בתשלום העונשי בתחום החוזי. בתחום החוזי הדיון פתרונה של בעיית ההתחמקות מהדין מיוחס בדרך כלל לתשלום עונשי מוסכם (penalty), אותו

בהקשר החוזי של ההסבר הכלכלי המסורתי שהוצע לדוקטרינה בהקשר הנזיקי, פתרון המבוסס על מנגנון של 'הרתעה מפנימה'.[59]

אולם פתרון זה סובל מאותם הקשיים שבגינם דחינו בפרק ז' הצעות דומות שהועלו בהקשר הנזיקי לפתרון בעיות של הפנמה בקרב מעוולים בכוח: **ראשית,** במישור התיאורי אין המודל מצדיק או מסביר את הדוקטרינה דנן. **שנית,** במישור הנורמטיבי הוא מעורר את אותם קשיים - הן במישור ההוגנות, הן במישור התועלתני, שהצעות דומות עוררו בהקשר הנזיקי.[60] **שלישית,** והוא עיקר, אפילו ניתן היה להעריך בבית המשפט באופן מקורב מהם רכיבי הפיצוי החסרים בנזקו הפרטי של הנפגע מההפרה, ומהם סיכויי ההתחמקות מהדין במקרה הנדון, הרי שקשה לתאר כי ניתן היה להעריך ולכמת באמצעים העומדים לרשות בית המשפט את העלויות החברתיות העקיפות וארוכות הטווח של ההפרה. אמנם, במקרים שבהם אין מדובר בהפרה אופורטוניסטית, ניתן לשער שעלויות אלה אינן גדולות, ולפיכך נקיטת מנגנון של הרתעה מפנימה עשוי להיות מתקבל על הדעת. עם זאת, כמוסבר בפרק הקודם, נזקיה החברתיים של הפרת חוזה אופורטוניסטית, קל וחומר הפרה מחפירה, הם גדולים בהיקפם ומתפזרים לאורך זמן ועל פני ניזוקים רבים.[61] הקושי העצום באומדן - אפילו מקורב - של נזקים אלה, תומך במסקנה, כי השימוש בטכניקה של הרתעה מפנימה איננו יעיל, לפחות ככל שמדובר בהפרות שנזקן החברתי העקיף וארוך הטווח הוא רב.[62]

3. מודל ב': תשלום עונשי בגין הפרות חוזים אופורטוניסטיות בלבד

11.29 ההכרה הגוברת שבכך שבעיות של תת-הפיצוי ושל התחמקות מהדין איננה נחלתם של דיני הנזיקין בלבד, וכי הן משפיעות לרעה גם על תמריצי הפעולה של צדדים לחוזה, הביאה כותבים רבים להכיר במפורש בכך שתופעות של התנהגות אופורטוניסטית אינן חיזיון נדיר כלל וכלל ביחסים חוזיים.[63] בספרות הכלכלית מקובל להניח, שהפרה אופורטוניסטית היא בהגדרתה לא יעילה, ולכל הפחות, חזקה עליה שאין היא יעילה. זאת משום, שהעברת משאב מידי הנפגע לידי המפר אין בה, כשלעצמה, כדי להגדיל את העוגה החברתית, ומנגד, ההעברה עצמה כרוכה בעלויות מבחינת המפר.[64] מכיוון שכך, חלק לא מבוטל מהכותבים בתחום הכלכלי סבורים כיום, כי טיעון ההפרה היעילה, השולל הכרה בסנקציות עונשיות בגין הפרת חוזה, אינו תקף ביחס להפרות חוזים אופורטוניסטיות. הפרות אלה אינן יעילות לא בטווח הקצר ולא בטווח הארוך, ומכאן שראוי להרתיע מפניהן ולמגרן באופן מוחלט. התשלום העונשי הוא הדרך האופיינית שבה ניתן להילחם בתופעת האופורטוניזם בתחום החוזי, שכן הוא מבוסס על הרצון

קובעים הצדדים, בין היתר כדי להתחשב בעייה זו. ר' למשל: **Polinsky**, 938: **"The role of the penalty for breach.. ..resembles the role of punitive damages in tort situations - to make up for the chance of escaping liability."**

59 ר' סע' 7.46, 7.48 לעיל.

60 שתי ביקורות אלה נדונו במסגרת סע' 7.47, 7.49 לעיל.

61 לתובנה זו ר' סע' 10.25 לעיל.

62 נימוק חשוב נוסף קשור להיקף היחסי של עלויות העיסקה, שהוא בהקשר החוזי מצומצם יחסית. ר' סע' 11.31(87-84) להלן.

63 **Diamond**, T, 440, 442: **"The promisor often finds breach attractive not because anticipated gains from the breach exceed anticipated losses, but because he expects never to pay for that liability.. ..a breach to achieve immediate gain at the risk of unlikely loss, is often the wisest financial alternative."** להגדרת "אופורטוניזם" ולמקורות נוספים המכירים בקיומה של התופעה בתחום החוזי ר' סע' 10.25(139) לעיל.

64 ר' למשל: **Perlstein**, 880: **"Opportunistic behavior is pareto inefficient in the sense that resources are spent in an effort that, by definition, does not create any surplus;** C.J. Goetz, R.E. Scott, "Principles of Relational Contracts" 67 **Va. L.R.** (1981) 1089, 1139 & n. 118: **"Opportunistic behavior only redistributes portions of an already allocated contractual pie."; Dodge**, 654: **"By definition, opportunistic behavior does not create wealth… Indeed, opportunism actually consumes existing wealth.."** לדעתי, נימוק זה הוא בעייתי, שכן אין הוא מביא בחשבון את האפשרות שהתועלת שמפיק המפר מהמשאב תעלה על זו שהנפגע היה צפוי להפיק ממנה. במקרה כזה ההפרה האופורטוניסטית תהיה יעילה, לפחות בטווח הקצר, שכן הקצאת המשאבים החדשה היא יעילה יותר מקודמתה.

nevo.co.il

להכרית כל תמריץ לביצוען של הפרות מחפירות, היינו, הפרות בלתי יעילות בעליל. מכאן, שלפי מודל זה, פסיקת תשלום עונשי בגין הפרת חוזה היא ראוייה, אם יש בה כדי לסלק את התמריץ להפרה אופורטוניסטית של החוזה.[65]

לדעתי, כוחו ההסברתי והנורמטיבי של מודל ההפרה האופורטוניסטית הוא גדול. בניגוד לקודמו, הסבר זה מקיים מיתאם טוב יחסית עם המבחן הנוהג לתחולת הדוקטרינה, שהוא מבחן מוסרי בעיקרו. על מנת לראות זאת, די להצביע על כך, שהפרה אופורטוניסטית מעצם טיבה היא הפרה מודעת, הנעשית תוך התעלמות מהאינטרס הלגיטימי של הנפגע לקיום החוזה או לפחות לפיצוי מלא על הפגיעה בו. כזכור, אחד המבחנים השגורים לתחולת הדוקטרינה בדין הנוהג הוא "התעלמות מודעת מזכויות",[66] והתעלמות כזו מאפיינת ללא ספק את המפר האופורטוניסט. יחד עם זאת, מספר חוליות חסרות עדיין במודל זה: **ראשית,** במישור התיאורי, המודל אינו מתמודד עם העובדה, שבדין הנוהג לא כל הפרה מודעת, ואפילו לא כל הפרה הנעשית תוך התעלמות מזכויות הנפגע (הפרה אופורטוניסטית) גוררת חיוב בתשלום עונשי, אלא רק הפרות המתגלות כמקוממות במיוחד ("מחפירות"). ומאידך גיסא, המודל אינו מביא בחשבון את האפשרות, כי הפרת חוזה תיחשב כמחפירה, אפילו איננה אופורטוניסטית כלל. כך, למשל, הפרת חוזה שכל תכליתה היא לגרום נזק לנפגע, או לקדם אינטרסים של אדם שלישי על חשבונו, איננה הפרה אופורטוניסטית, ובכל זאת היא עשוייה להיות מקוממת וחמורה. מכאן, ש**התנהגות אופורטוניסטית איננה תנאי מספיק לתחולתה של הדוקטרינה, ואפילו לא תנאי הכרחי. שנית,** עדיין במישור הנורמטיבי, המודל איננו מבהיר די הצורך **מדוע מיגורן של הפרות אופורטוניסטיות צריך להיעשות באמצעות טכניקה של הרתעה ממגרת (כלל קניין)** להבדיל מטכניקה של הרתעה מפנימה (כלל אחריות). אמנם, לכאורה ניתן להשיב לטענה זו, כי המודל מניח כי הפרה אופורטוניסטית היא לעולם בלתי יעילה, ולפיכך מניח גם כי אין כל חשש להרתעת-יתר ביחס אליה.[67] אולם הנחה זו היא עצמה נראית לי בעייתית, ומכל מקום אין היא מנומקת די הצורך. לפחות לכאורה אין כל קושי לתאר מצב שבו פלוני המפר חוזה יכול להפיק מהמשאב שאותו גזל מהנפגע תועלת רבה יותר מזו שמפיק הנפגע עצמו מאותו משאב (על הנחה זו מושתתת למעשה מלכתחילה כל תורת ההפרה היעילה!). ואם כך - מנין שכל הפרה אופורטוניסטית היא אמנם בלתי יעילה?[68]

4. מודל ג': תשלום עונשי בגין כל הפרת חוזה מודעת

---

65 לטיעון כלכלי מקיף בזכות החלת הדוקטרינה על הפרות חוזים אופורטוניסטיות ר' מאמריהם של **Diamond**, T. ושל **Perlstein**. לתמצית עמדתם ר': **Diamond**, T., 448-9. **"**[punitive damages in contract should be available] **..if it can be established that at the time of wilful breach the promisor could not have reasonably believed his gains would exceed the promisee's compensable pecuniary losses."; Perlstein**, 879: **"..extracompensatory damages are needed whenever a party opportunistically manipulates information in an attempt to renege on the Pareto efficient deal that is represented by the provisions or background rules of the contract."** ר' גם: **Dodge**, 654-62. גם Posner, אשר במהדורות קודמות של ספרו תמך בתורת ההפרה היעילה, מכיר כיום בלגיטימיות שבפסיקת תשלום עונשי במצבים אלה: **Posner**, 130: **"Such** [opportunistic] **conduct has no economic justification and ought simply to be deterred."** החשש מאופורטוניזם והרתעת-חסר מחלחל באיטיות גם לפסיקה האמריקאית, ומשמש לעיתים בידי שופטים כנימוק להחלת הדוקטרינה, לפחות בהקשרים שבהם הדבר מתאפשר מכוח חריג העוולה העצמאית. ר' למשל דבריו של השופט Posner עצמו: **"Not all breaches of contract are.. ..efficient. Some are opportunistic; the promisor wants the benefit of the bargain without bearing the agreed-upon cost…"** ***Paton***, 751, (Posner, J.). ר' גם עמדתו של שופט המיעוט בפסק הדין המנחה בעניין ***Freeman***: **"The notion that society gains from an efficient breach must be qualified by the recognition that many intentional breaches are not efficient."** ***Freeman***, 107 (Mosk, J., dissenting).

66 ר' סע' 7.04(17).

67 כמוסבר בפרק ז', הנחה זו נכונה כל עוד אין טעות בהצבת סטנדרט ההתנהגות היעיל או ביישומו (כלומר, בזיהוי ההתנהגות האופורטוניסטית).

68 כך, למשל, כאשר המפר סבור שיפיק מההפרה רווח נקי של 100, והנפגע יינזק ב-80, אך כדי להימנע מתשלום של 80 המפר נוהג באופן אופורטוניסטי, ההפרה יעילה לכאורה, ואין מקום להרתיע מפניה, וזאת גם אם ביצועה כרוך בעלות מסויימת (נניח, 10). במצב כזה ההפרה האופורטוניסטית היא יעילה במונחי קלדור-היקס, שכן המצב הבתר-הפרתי משקף שיפור של 10 יחידות ברווחה המצרפית. ואמנם, יש לשער שחלק מהכותבים הכלכליים לא יראו בהפרה כזו הפרה אופורטוניסטית כלל, שכן היא נחזית לכאורה יעילה. לדעתי, גם הפרה אופורטוניסטית כזו היא בלתי יעילה, אך זאת לא מהטעם המובא במקורות הכלכליים, אלא בשל העלויות החברתיות העקיפות של כל הפרה אופורטוניסטית (עלויות ההתדיינות, ובעיקר הנזק החברתי ארוך הטווח הנגרם כתוצאה ממנה).

nevo.co.il

11.30 במאמר משנת 1998 הציג פרופ׳ Dodge תיזה חדשנית, שלפיה פסיקת תשלום עונשי הינה מוצדקת מבחינה כלכלית לא רק בגין הפרות אופורטוניסטיות (שכאמור, מוחזקות על ידי מלומדים רבים כבלתי יעילות מעצם טיבן) אלא למעשה בגין כל הפרת חוזה מודעת, ובכלל זה ״הפרה יעילה״, היינו, הפרה שתועלתה למפר עולה על נזקה לנפגע. הרחבת תחולתה של הדוקטרינה באופן כזה תיצור למעשה כלל קניין שיגן על נפגעים בכוח מפני כל הפרה מודעת של זכויותיהם החוזיות. לטענת Dodge, כלל כזה לא יסכל את האפשרות של המפר בכוח להשתחרר מביצועו של החוזה - שביצועו התגלה כבלתי יעיל - אך יחייב אותו להשיג מראש את הסכמתו של הצד השני להימנעות מקיום החוזה. אך מהי ההצדקה להטיל חיוב כזה על צד לחוזה המבקש להפר אותו? מדוע ניהול משא ומתן עם הנפגע בכוח עדיפה בכל מקרה על פני הפרה חד-צדדית של החוזה? ההצדקה לכך מבוססת, לדברי המלומד, על שתי הנחות, הנראות לו כנכונות: **ראשית**, אין חשש כי המפר בכוח והנפגע בכוח לא יגיעו להסכמה, וכי משום כך יבצעו את העיסקה הבלתי יעילה; ו**שנית**, העלות הכרוכה בניהולו של משא ומתן כזה צפוייה להיות נמוכה יותר מהעלות הכרוכה בניהולה של התדיינות המשפטית במקרה של הפרה.

הבסיס להנחה הראשונה נעוץ בעובדה, שלשני הצדדים, כיצורים רציונליים, יש תמריץ כלכלי להשתחרר מהחוזה בהסכמה: הנפגע יתנה את מתן הסכמתו לפטור את המפר בקבלת סכום העולה על אינטרס הציפייה שלו, ואילו המפר מצידו יסכים לכך, כל עוד ייוותר בידיו רווח מסויים מאי קיום החוזה.[69] אמנם, התנהגות אסטרטגית מצד שני הצדדים למו״מ עלולה לגרום לכך שעלויות העיסקה יהיו משמעותיות, שכן מדובר במונופול דו-צדדי. עם זאת, בהסתמך על מחקרים אמפיריים שבחנו את הסוגייה, טוען Dodge, שהתנהגות אסטרטגית בדרך כלל איננה מונעת את שיכלול העיסקה גם במצב של מונופול דו-צדדי, כל עוד המשא ומתן מתקיים בין שני צדדים בלבד.[70] ואילו **הבסיס להנחה השנייה** נעוץ בסברת המלומד, כי עלויות העיסקה הכרוכות בניהול משא ומתן בין הצדדים להשגת שחרור מקיום החוזה, יהיו בדרך כלל נמוכות בהשוואה לעלויות הכרוכות בניהולו של הליך משפטי, או של משא ומתן המתקיים בצילו של הליך כזה; זאת, בעיקר בשל העובדה שניהול משא ומתן בתר-הפרתי כרוך בדרך כלל בהיזקקות לשירותיהם היקרים של עורכי דין, מתווכים או מומחים, בתשלום אגרות, וזאת בשעה שאף הוא נעשה במצב של מונופולין דו-צדדי, ולכן מלווה בהתנהגות אסטרטגית של שני הצדדים, ממש כמו במשא ומתן הטרום-הפרתי.[71]

בסיכום, לפי מודל חלופי זה, התשלום העונשי איננו מופנה דווקא כלפי התנהגויות בלתי מוסריות בתחום החוזי (מחפירות או אופורטוניסטיות) אלא כלפי כל סטייה לא מוסכמת מהחוזה הנעשית במודע. סטייה מודעת כזו איננה יעילה גם כשקיום החוזה הוא חלופה עוד פחות יעילה, וזאת משום שהחלופה היעילה ביותר היא תמיד השתחררות

---

69 למותר לציין, שהעובדה שהרווח הצפוי מהפרה מחולק בין המפר לבין הנפגע אינו גורע מיעילותה החברתית של התוצאה המושגת, המשקפת בכל מקרה שיפור פרטו. גם מבחינה מוסרית ניתן להצדיק רווח כזה. לנקודה זו ר׳ גם סע׳ 10.23(122) לעיל וביתר כלליות גם סע׳ 7.57(248) לעיל.

70 **Dodge**, 672: "**Experimental tests.. ..suggest that strategic behavior does not in fact prevent parties from reaching efficient results in two-party bargaining situations.**" המלומד מסתמך על מחקריהם של E. Hoffman, M.L. Spitzer, "The Coase Theorem: Some Experimental Tests" 25 **J.L. & Econ.** (1982) 73; E. Hoffman, M.L. Spitzer, "Experimental Tests of The Coase Theorem with Large Bargaining Group" 15 **J. Leg. Stud.** (1986) 149. בניסוי הראשון 19 מתוך 20 זוגות של משתתפים בניסוי הגיעו לעיסקה יעילה פרטו; בניסוי השני 36 מתוך 38 זוגות הגיעו לעיסקה יעילה. המלומד מביא גם ציטוטים ממאמרים של Coase, Polinsky, Ulen ו-Posner, המלמדים שלדעתם התנהגות אסטרטגית, במיוחד בהקשר של עיסקה דו-צדדית, צפוייה לכל היותר לעכב או לייקר את העיסקה, אך לא להכשילה. לפירוט האסמכתות ר׳ **Dodge**, n. 253 ניתן לראות, שנימוק זה של Dodge מגביל את ישימות התיזה שלו לחוזים דו-צדדיים, אך פוגם ברלבנטיות שלה למערכות יחסים חוזיות רב-צדדיות.

71 לביסוס טענות אלה ר׳: **Dodge**, 670-6. לטיעון דומה בעיקרו ר׳: **Farber**, 1452-4 למרכיביה השונים של עלויות ההתדיינות ולהבהרת הכשל שבהתעלמות טיעון ההפרה היעילה מעלויות משמעותיות אלה ר׳ סע׳ 10.24 לעיל.

nevo.co.il

מוסכמת מהחוזה. מטרת התשלום העונשי היא אפוא להרתיע ולמגר הפרות מודעות של חוזים באמצעות יצירת תמריץ שלילי חזק ביותר כלפי הפרות כאלה.[72]

לדעתי, חשיבותה העיקרית של התיזה של Dodge נעוצה בהצבעה על כך שבמרבית המקרים ניהול משא ומתן דו-צדדי טרום-הפרתי בין צדדים לחוזה עדיף על פני ניהול התדיינות משפטית מאוחרת. עם זאת, נראה שההסבר אינו מייחס משקל מספיק לאפשרות שהפרה מודעת של חוזה תהיה עדיפה על פני ניהול משא ומתן טרום-הפרתי. עדיפות כזו מסתמנת בשלושה מצבים טיפוסיים: **א)** יחסים מעוררים בין הצדדים לחוזה, או "תיאבון יתר" מצידו של הנפגע (התנהגות אסטרטגית), עלולים לעיתים ליצור משבר אמון ביחסים שבין הצדדים בשלב המשא ומתן הטרום-הפרתי. הדבר עלול לגרום לכל צד להתבצר בעמדותיו, ולמנוע מהצדדים להגיע להחלטה היעילה על ביטול החיוב החוזי בהסכמה.[73] **ב)** ייתכנו מצבים שבהם הפרת החוזה היא צעד שיש לבצעו בדחיפות, כאשר אין בידי המפר בכוח יכולת או זמן לנהל משא ומתן ממושך עם הנפגע בכוח, אף כי יש לו יסוד סביר להניח, כי הנפגע היה מסכים לעיסקה.[74] במצבים אלה, הפרה מודעת של החוזה, **בכפוף להצעת פיצוי סבירה הבאה בעקבותיה**, עשויה להיות צעד מתקבל על הדעת הן מבחינה מוסרית, והן מבחינה תועלתנית. **ג)** ייתכנו מצבים, שבהם למרות שניהול משא ומתן עם הנפגע הוא אפשרי (מצב ב' אינו מתקיים), ולמרות שהשתחררות מהחוזה היא הצעד היעיל בראייה כלל-חברתית, הרי שלנפגע אין אינטרס כלכלי להסכים לשחרור המפר בכוח מקיום החוזה. אמנם, לכאורה, ניתן היה לסבור, שבמצב זה אין כל מקום לשחרר את המפר בכוח מהקיום, אם אין ביכולתו לפצות באופן מלא את הנפגע בכוח. אולם ניתן להעלות על הדעת מצבים, שבהם קיים אינטרס חברתי שהחוזה לא יקויים גם כאשר למפר בכוח אין האפשרות לעמוד במחיר שאותו דורש הנפגע בכוח כתנאי לויתורו על הקיום. נניח, למשל, שא', עני וחסר נכסים, חייב לב' 100 ₪ אך הוא מבקש מב' להסכים לאיחור של שבועיים בתשלום החוב, שכן בכוונתו לעשות בכסף שימוש מיידי על מנת לקנות לבני משפחתו צרכים בסיסיים (ביגוד, מזון, וכיו"ב), ואין באפשרותו ללוות כסף מקרובים או ממוסד פיננסי. א' מתחייב לעשות מאמץ להשיב לב' את הסכום במלואו, לרבות הצמדה וריבית. לב' אין כל אינטרס להסכים לבקשה זו, שכן הוא חושש כי בעוד שבועיים לא יהיה בידי א' מלוא סכום החוב, וא' אינו יכול לערוב לכך. הבה נניח, שהנזק (הממוני והלא ממוני) שייגרם לא' ולבני משפחתו אם יקויים החוזה כהלכתו הוא

---

[72] זוהי, לדעת Dodge, להטיל תשלום עונשי בגין הפרות חוזים שאינן מודעות: מחד גיסא, הטלתו במצבים כאלה לא תעודד ניהול משא ומתן בטרם ההפרה, שכן בהם ממילא אין המפר רוצה להימנע מקיום החוזה. מאידך גיסא, הסדר כזה צפוי ליצור הרתעת-יתר בקרב מתקשרים בכוח, שיחשוש מנטילת סיכונים מסויימים ואולי אף מכניסה לקשר חוזי, רק בשל החשש שצעד שינקטו בתום לב יתברר בדיעבד כהפרת חוזה. חשש זה עלול אף להוביל לביצועם של חוזים בלתי יעילים, בסיטואציות של סיכול או של קושי ממשי אחר לבצע את החוזה בעין. בנוסף, יש להזכיר את הפיתוי להתנהגות אופורטוניסטית אצל הנפגע, אשר עלול לנסות להוליך את הצד השני להפרה רשלנית, כדי לזכות בתשלום העונשי. להצגת הטיעונים השונים ר': **Dodge**, 687-9. חלק נוסף בתיזה של Dodge נועד להסביר את היתרון היחסי של התשלום העונשי על פני תרופות האכיפה והתשלום העונשי המוסכם (penaly). טענתו היא, שלמרות שגם תרופות אלו יוצרות הגנה של כלל קניין על הזכות החוזית, הן סובלות מחסרונות שאינן נחלתו של התשלום העונשי. האכיפה, למשל, איננה תמיד אפשרית או סבירה, ובמצבים אלה נותרת הזכות החוזית ללא הגנה. לדעתי, ניתן להוסיף, שהזכות לאכיפה, גם כשמימושה אפשרי, איננה משמשת כגורם מרתיע מפני הפרות חוזים רבות (במיוחד אלה הנעשות על מנת להרוויח זמן) מאחר שהיא ניתנת בדרך כלל בחלוף זמן רב ממועד ההפרה. אשר לתשלום העונשי המוסכם, מאחר שהוא חל עקרונית גם על הפרת חוזה רשלנית, הוא עלול ליצור אצל נפגעים בכוח פיתוי לנהוג באופן אופורטוניסטי תוך ניסיון לגרום לצד השני להפר את החוזה (כדי לזכות בכספי הסנקציה). פיתוי זה אינו אפקטיבי כאשר דורשים שההפרה תהיה מודעת. ר': **Dodge**, 683-5. לדעת המלומד, מבחינה זו התשלום העונשי הוא: Id., 685. **"..the missing piece of the property-rule puzzle."**

[73] ואכן, גם המחקרים האמפיריים שעליהם הסתמך Dodge מראים כי במקרים מסויימים, אם כי נדירים, התנהגות אסטרטגית מכשילה את העיסקה. ר' הערה 70 לעיל.

[74] כך, למשל, לעיתים נקרית בפני הצדדים הזדמנות עיסקית חד-פעמית, שהמפר בכוח מודע לה ומבקש לנצלה, אלא שאין ביכולתו ליצור קשר עם הנפגע בכוח על מנת לעדכנו, למרות שניתן להניח כי זה היה נותן לה את הסכמתו (כמובן, בכפוף לקבלת נתח ברווחי העיסקה החדשה). לחלופין, ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם הנפגע בכוח עלול לעכב את המשא ומתן ולהביא להכשלת העיסקה, משום שהוא למשל מקובע ושמרני במחשבתו, שונא סיכון, עקשן, או פשוט בעל הבנה מוגבלת (ניתן לראות כאן מעין "כשל שוק", שבו הנחת הרציונליות של תורת הכלכלה מתבדית). במצבים אלה, כאשר המפר פועל במהירות על מנת לנצל את ההזדמנות העיסקית שנקרתה בפניו מבלי לפעול באורח אופורטוניסטי, אין לחייבו בתשלום עונשי, שכן הדבר עלול להביא להרתעת-יתר ולמניעת התקשרויות יעילות. ולבסוף, ייתכנו מצבים של צורך שבהם מוצדק לפעול תוך הפרת חוזה כדי להציל ערך חברתי חשוב יותר, אך הנפגע מסרב לכך או שאינו נוכח ולא ניתן לקבל את הסכמתו לוותר על הקיום.

nevo.co.il

של 500 ₪, וכי הנזק שייגרם לב' כתוצאה מעיכוב התשלום הוא 50 ₪. במצב כזה ברור שאי קיום החוזה הוא התוצאה היעילה ולכן העדיפה בראייה כלל-חברתית.[75] יחד עם זאת, ברור כי תוצאה לא זו תתרחש אם א' יהיה נתון באופן מוחלט לחסדיו של ב' (בשל האיום כי יחוייב בתשלום עונשי אם יפר את החוזה במודע). במצבים אלה, גם אם בקשתו של א' לפטור מהקיום נתקלה בסרובו המוצדק של ב', אין כל הצדקה לחייב את א' בתשלום עונשי אם יחליט להפר את החוזה, שכן הדבר עלול להרתיעו מביצוע פעולה רצוייה (מבחינה כלכלית ומוסרית גם יחד).[76]

התיזה של Dodge אינה נותנת את הדעת לכל שלוש הקטגוריות הללו, וקובעת איסור נוקשה על הפרה מודעת של חוזים, העלול ליצור במצבים לא מעטים הרתעת-יתר, ולמנוע הפרות חוזים יעילות.[77] לסיום אעיר, שמודל ג' לא אומץ עד היום בשום מדינה, אפילו לא במדינות שבהן הוחלה הדוקטרינה באופן רחב בתחום החוזי. למי שמאמין כי פרקטיקות שיפוטיות הן במקרים רבים צודקות והגיוניות, גם עובדה זו עשויה להציב סימן שאלה לגבי מידת ראויותו של מודל ג'.[78]

5. מודל ד' (המודל המוצע): תשלום עונשי בגין התנהגות מחפירה

11.31 כאמור לעיל, המודל המוצע אינו אלא יישום של המודל הכללי שהצענו אגב הניתוח הכלכלי של הדוקטרינה בפרק ז'. כזכור, **מרכז הכובד של המודל נעוץ בהכרה ב"נזקי החרדה" העקיפים וארוכי הטווח של "גזילות מחפירות".** נזקים אלה מאפיינים לא רק "גזילות" הנופלות לגדרן של קטגוריות נזיקין מוכרות, אלא גם "גזילות" של משאבים חוזיים.[79] על טיבם של נזקים אלה ועל השפעתם השלילית בתחום החוזי עמדתי בהרחבה בפרק הקודם, בדוני בנזקן החברתי העקיף של הפרות אופורטוניסטיות.[80] **נזקים אלה מחריפים מטבע הדברים, כאשר ההפרה האופורטוניסטית נעשית בנסיבות מחמירות, המצדיקות את ראייתה כ"התנהגות מחפירה".**[81] מאחר שאומדן הנזקים של התנהגויות מחפירות כרוך בעלויות עצומות, אם הוא אפשרי כלל, מסתמנת עדיפות ברורה לאימוצו של כלל קניין ושל מנגנון מסוג של הרתעה ממגרת ביחס להתנהגויות אלה, וזאת גם כאשר הן מתגלות בהקשר החוזי,

---

75 אני ער לכך, שלא ניתן להצדיק תוצאה כזו במסגרת גישה כלכלית צרה הרואה במיקסום העושר את חזות הכל, שכן גישה כזו אינה מייחסת ערך חברתי להנאות שלא ניתן לשלם בעבורן בכסף. כזו היא גישתו של Posner, המגדיר את המושג "ערך" כך: **"The economic value of something is how much someone is willing to pay for it or, if he has it already, hwo much money he demands for parting with it."** **Posner**, 12. עם זאת, ניתוח תועלתני אמיתי אינו יכול להתעלם מהנאות מסויימות רק מאחר שלנהנה אין האמצעים לשלם עבורן.

76 יש להעיר, שבמצבים כאלה מתן פרשנות מרחיבה ואובייקטיבית לחובת תום הלב ביחסים חוזיים יכולה להביא לראיית המלווה ב' בדוגמה שלעיל כמי שהפר את חובת תום הלב, ולמתן פטור מאחריות להפרה לא'. עם זאת, פתרון זה עלול במקרים רבים להיות מאולץ ואפילו בלתי צודק כלפי הנפגע בכוח. פתרון צודק וישיר יותר הוא להכיר בכך שהיתה הפרה, שהנפגע בכוח היה רשאי לסרב לה, אלא שההפרה היא נסלחת או מובנת בנסיבות העניין, ולפיכך אין מקום לפסוק תשלום עונשי בגינה. פתרון אפשרי אחר הוא להחיל את הגנת הצורך מדיני הנזיקין בהקשר החוזי כדי להשיג תוצאה דומה. בנסיבות קיצוניות עשוי המפר כמובן לקבל פטור מאחריות באמצעות דוקטרינת הסיכול או מכוח עקרון תום הלב.

77 בפרק הבא אני מציע מבחן עזר מרכזי, שמטרתו לזהות מצבים כאלה שבהם הפרה מודעת יכולה להיות יעילה. ר' סע' 12.35 להלן. בכל מקרה, עצם הדרישה ל"התנהגות מחפירה" נועדה להבטיח, כי במקרים שבהם קיים ספק לגבי יעילותה של ההפרה לא תופעל הדוקטרינה. להסברת הנקודה ר' סע' 7.74 לעיל.

78 לזכותו של Dodge ייאמר, שהוא מודע לחוסר ההתאמה במישור הפוזיטיבי בין המודל המוצע על ידו לבין הדין הנוהג: **"frequently, however, willfulness alone has not been deemed sufficient..** [in the case law]" Id., 686. זאת, להבדיל מההסברים הכלכליים שניתנו לדוקטרינה בתחום הנזיקין, אשר רבים מהם הניחו כי די בביצוע עוולה מודעת כדי להצדיק תשלום עונשי במסגרת הדין הנוהג.

79 העובדה שהפרות חוזים מחפירות פוגעות לא רק בפרט אלא גם בחברה כולה זכתה להכרה נדירה בפרשת ***Freeman***: **"the intentional or knowing infliction of sever consequential damages on a business enterprise through the unjustified, bad faith breach of a contract is reprehensible and costly both for the party suffering the breach and for society as a whole and is therefore appropriately sanctioned** [by punitive damages]**..."** ***Freeman***, 116-7 (Mosk, J., dissenting).

80 סע' 10.25 לעיל.

81 הפרה אופורטוניסטית יכולה שלא להיחשב מחפירה ממגוון רחב של טעמים. **ראשית,** היא יכולה להיעשות מבלי שהמפר מודע לחומרת הנזק שההפרה תגרום לצד השני. **שנית,** היא יכולה להיעשות כדי להיטיב עם צד שלישי (במקרה זה ניתן אולי לחלוק על הגדרתה כ"אופורטוניסטית"). **שלישית,** היא יכולה להיעשות מתוך יסוד נפשי של קלות דעת, מתוך מודעות לאפשרות גרימת הנזק, אך רצון שהנזק לא ייגרם. **רביעית,** יכולות להתלוות לה נסיבות מקילות אחרות, כגון שהמפר התחרט על מעשיו בשלב מאוחר יותר, כגון שמדובר במעידה חד-פעמית של המפר, כגון שההפרה באה בתגובה לסדרה של מעשי התעמרות מצידו של הנפגע, וכהנה וכהנה נסיבות מקילות שניתן להעלות על הדעת.

nevo.co.il

ממש כמו בהקשר הנזיקי. אמנם, בתביעות נזיקין שבהן הנזק העיקרי הוא נזק גוף, ניתן להניח שאומדן הנזק קשה עוד יותר מאשר בתביעות חוזיות שעניינן העיקרי בנזק כלכלי טהור.[82] מבחינה זאת ניתן אולי להכליל ולומר, ש**ההצדקה הכלכלית לנקיטת כלל קניין (הרתעה ממגרת) עשוייה להיות חזקה יותר בתביעות נזקי גוף בנזיקין, מאשר בתביעה החוזית הטיפוסית שעניינה בנזק כלכלי טהור.**[83]

שיקול נוסף הממלא תפקיד מרכזי במודל הכלכלי של הדוקטרינה הוא השיקול של עלויות העיסקה.[84] **בהקשר החוזי השיקול של עלויות העיסקה תומך באופן ברור בהחלת הדוקטרינה, וזאת באופן מובהק עוד יותר מאשר בהקשר הנזיקי**. הטעם לכך הוא, שמספר הנפגעים הישירים מהפרת חוזה מודעת הוא במקרה הטיפוסי לא רק מצומצם ומוגבל, אלא גם מצוי כמעט תמיד בגדר ידיעתו של המפר המודע. מספר הנפגעים הישירים מעוולה נזיקית מודעת, לעומת זאת, עשוי במקרים רבים להיות גדול ורב ובלתי ידוע למעוול, וזאת גם כאשר ההפרה היא מודעת.[85] עובדה זו מפחיתה באופן משמעותי ביותר את עלויות העיסקה בהקשר החוזי הטיפוסי, שכן היא מצמצמת הן את עלויות איתור הנפגעים, והן את החשש מהתנהגות אסטרטגית ומכשל שוק מסוג "בעיית סחטן" (בשל צמצום מספר ה"שחקנים" במשא ומתן).[86] מבחינה זו, ניתן לומר, שככלל **ההצדקה הכלכלית לנקיטת כלל קניין (הרתעה ממגרת) עשוייה להיות חזקה יותר בתביעה החוזית הטיפוסית, מאשר בתביעות נזיקין, לפחות אלה שבהן מספר הניזוקים הישירים הוא גדול ובלתי מוגדר.**[87]

בסיכום, המודל הכללי שעיצבנו בפרק ז' מאפשר ללא קושי לראות מדוע גם בתחום החוזי, כמו בנזיקין, אין קושי להצדיק פסיקת תשלום עונשי כנגד הפרות מחפירות. הפרות אלה אינן אלא "גזילות" המתרחשות בסיטואציות שבהן עלויות האומדן הן גבוהות מאוד, בעוד שעלויות העיסקה הינן נמוכות למדי. כמוסבר, התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה, הדרישה האולטימטיבית לסטייה חמורה מסטנדרט ההתנהגות הסביר, ומבחני העזר לאיתורה של סטייה חמורה כזו, אינם אלא אמצעי עזר לסינון "גזילות" שהן יעילות, או שקיים ספק לגבי היותן בלתי יעילות, סינון המקטין בתורו הן את החשש מטעות שיפוטית, והן את החשש מפני הרתעת-יתר.[88]

ניתן לראות, כי **המודל המוצע, מודל ד', מספק בפשטות מענה לקשיים ולקושיות שמעוררים מודל ההפרה האופורטוניסטית (מודל ב' לעיל) ומודל ההפרה המודעת (מודל ג' לעיל)**:

11.32 <u>בניגוד למודל ב'</u>, המודל המוצע אינו מחיל עצמו על כל הפרה אופורטוניסטית, אלא רק על הפרות מחפירות. בכך הוא משיג מיתאם טוב יותר עם מוסד התשלומים העונשיים הנוהג, ומאפשר להבין, כי פסיקת תשלום עונשי על כל

---

[82] הטעם לכך הוא, שאינטרסים אלה הם אישיים, והפגיעה בהם מטבע הדברים קשה להערכה בהשוואה לפגיעה באינטרסים רכושיים-כלכליים. עובדה זו שימשה במאה ה-18 כצידוק בידי שופטי אנגליה להתערב בפסקי פיצויים בתחום החוזי ביתר קלות מאשר בפסקי פיצויים בנזיקין. ר' סע' 2.10 לעיל.

[83] דברים אלה אינם חלים, ודאי לא במידה שווה, על תביעות נזיקין שעניינן נזקי רכוש, הדומות מבחינת עלויות האומדן לתביעה החוזית הטיפוסית שעניינה נזק כלכלי טהור. יתרה מכך, יש לזכור, שגם לגרימתו של נזק כלכלי טהור נלווית בדרך כלל פגיעה לא-ממונית (עגמת נפש, פגיעה בכבוד, בשם הטוב, וכיו"ב) וזו עשוייה לעיתים להיות חמורה למדי. ר' למשל את עובדות פסק הדין בעניין **Crisci**, המובאות בסע' 5.26(114).

[84] לדיון בשיקול זה והשלכותיו על ההצדקה לדוקטרינה ר' סע' 7.64(289), 7.67 לעיל.

[85] כפי שראינו, בתי המשפט מביאים נתון זה בחשבון, ונוטים לפסוק ביתר קלות תשלומים עונשיים בתביעות נזיקין שבהן עלויות העיסקה ההיפותטית בין המזיק לניזוק הן נמוכות יחסית (עוולות כוונה הן הדוגמה הטיפוסית, אך לא היחידה).

[86] בעיית הסחטן והפיתוי להתנהגות אסטרטגית מחריפות ככל שמספר ה"שחקנים" המעורבים גדול יותר, שכן במצב זה השפעתו של כל שחקן על התוצאה הסופית של המשא ומתן פחותה, ולפיכך קשה לכל שחקן לראות את התוצאות המזיקות של התנהגותו האסטרטגית. לעומת זאת, כאשר מספר השחקנים מצטמצם, גדל הסיכוי לשיתוף פעולה, שכן כל צד חש היטב שיינזק אם המשא ומתן ייכשל או יתארך שלא לצורך, באופן שיפגע ברווחים הצפויים מההתקשרות. לתובנות אלה ולהגדרה ודיון במושגי ה"סחטן" וה"טרמפיסט" ר' למשל: **זמיר** (2) 4-791; L. Cohen, "Holdouts and Free Riders" 20 **J. Leg. Stud.** (1991) 351; W.C. Strange, "Information, Holdouts, and Land Assembly" 38 **J. Urban Econ.** (1995) 317. כזכור, טיעונים דומים הועלו על ידי Dodge, ר' סע' 11.30 לעיל.

[87] תובנה זו הוצגה במאמרו של **Kronman** כטיעון כללי בזכות הכרה בתרופת האכיפה כתרופה ראשית בדיני החוזים. אולם כוחה ביחס להפרות מודעות של חוזה חזק יותר מאשר ביחס להפרות רשלניות.

[88] ר' סע' 7.73, 7.74.

nevo.co.il

הפרה אופורטוניסטית איננה בהכרח צעד כלכלי נבון.[89] מאידך גיסא, הוא מאפשר להטיל תשלום עונשי על כל התנהגות אנטי-חברתית המתגלה בתחום החוזי, גם אם לא ניתן להגדירה כ"אופורטוניסטית", במובן המקובל.[90] בנוסף, בניגוד למודל ב', המודל המוצע מאפשר להבין כי חוסר היעילות שבהפרות שאותן נועדה הדוקטרינה למגר איננו נובע בהכרח מאי-יעילותן בטווח המיידי (הנזק לנפגע גדול מהתועלת למפר) אלא בעיקר מאי-יעילותן בטווח הארוך ומהשפעתן העקיפה. הפסול החברתי והכלכלי שבאופורטוניזם החוזי איננו נעוץ אפוא בעובדה שהוא גורע מרווחתם הכוללת של שני הצדדים לחוזה (כעולה מהספרות התומכת במודל) אלא בעובדה שבטווח הארוך השפעתו על הרווחה המצרפית היא שלילית ביותר. לבסוף, המודל המוצע נותן מענה ישיר ומפורט לשאלת היסוד שאותה מותיר מודל ב' ללא מענה מספק, הלא היא שאלת ההצדקה למיגורו של האופורטוניזם החוזי דווקא באמצעות כלל קניין כדוגמת התשלום העונשי, להבדיל מכלל אחריות שיבטיח הפנמה נאותה אצל מפרים אופורטוניסטים.

11.33 <u>למודל המוצע יתרונות גם על פני מודל ג' (מודל ההפרה המודעת)</u>. המודל המוצע אינו נכשל בכשל המוביל כותבים רבים בתחום הנזיקי להניח, שכל הפרה מודעת של חיוב היא התנהגות פסולה ובלתי רצויה שראוי למגר. כשל זה, המאפיין גם את מודל ג', נובע מהתעלמות המודל ממספר קטגוריות שבהן הפרה מודעת של חיוב חוזי עשויה להתברר כיעילה - מבחינת שני הצדדים, או מבחינת החברה כולה.[91] בהקשר זה מן הראוי לשוב ולהדגיש את חשיבותו של מבחן העזר בדבר "הצעת פשרה סבירה", אותו הצענו בפרק ז'.[92] כמוסבר שם, הצעת פשרה סבירה - לפני ההפרה או לאחריה (במקרה שהמפר לא יכול היה לדעת את זהותו של הנפגע לפני ההפרה) עשויה לשמש אינדיקציה חזקה ליעילותה של ההפרה או לפחות לעורר ספק בדבר אי-יעילותה. לעומת זאת, העדר ניסיון כלשהו מצד המפר "לקנות" מראש את המשאב שאותו גזל, או לכל הפחות לשלם עליו בדיעבד (כאשר פנייה מראש אינה אפשרית או אינה סבירה בשל העלויות הגדולות הכרוכות בה) תשמש בדרך כלל כאינדיקציה ברורה להתנהגות אופורטוניסטית.[93] כאשר למרות מאמץ סביר "לקנות" את ההפרה מראש או לשלם עבורה בדיעבד נתקל המפר בכוח בסירוב של הנפגע בכוח לוותר על המשאב, נראה כי אין מקום לחייבו בתשלום עונשי בגין ההפרה המודעת, במיוחד כאשר ההפרה נחזית בעיני בית המשפט להפרה יעילה, וכאשר סירובו של הנפגע נראה כבלתי סביר בעליל (מניפולטיבי, חסר היגיון, וכו'). תובנות אלה משמשת יסוד להמלצתנו לעגן מבחן עזר זה בהצעת החקיקה, כאחד מהשיקולים המרכזיים שעל בית המשפט לשקול בבואו להכריע בשאלה, אם התנהגות המפר ראוייה להיחשב כמחפירה.[94]

---

89 הסיכונים העיקריים הם החשש מפני טעות שיפוטית בהערכת יעילותה של ההפרה האופורטוניסטית, והחשש כי חומרת ההפרה האופורטוניסטית איננה מצדיקה את עלות הפעלת המנגנון ההרתעתי. לשיקולים אלה ר' בכלליות סע' 7.64 לעיל.

90 למשל, הפרה זדונית שכל תכליתה לפגוע הצד השני לחוזה, בלא כל כוונה לגזול ממנו משאבים כלשהם.

91 להסברת הביקורת ר' סע' 11.30 לעיל.

92 ר' סע' 7.78 לעיל. ר' גם סע' 12.35 להלן.

93 במיוחד בהקשר החוזי ניתן לצפות מהמפר בכוח כי יפנה אל הנפגע בכוח בהצעת פשרה מראש, לפני ההפרה. בנזיקין, לעומת זאת, שכיח יותר המצב שבו המזיק בכוח איננו יודע מראש מי עלול להיפגע כתוצאה מעוולתו, ולפיכך קשה יותר לצפות כי הפנייה תבוא טרם התרחשותה.

94 ר' סע' 4(ו) להצעת החקיקה.

nevo.co.il

ד. חינוך

11.34 גם רציונל החינוך, כיתר הרציונלים העונשיים של הדוקטרינה, ישים בתחום החוזי. גם כאן משמש התשלום העונשי אמצעי חינוכי של החברה להעברת מסר של גינוי ושאט נפש מהתנהגויות אנטי-חברתיות. במובן מסויים משקלו של הרציונל החינוכי בתחום החוזי גדול אפילו ממשקלו בתחום הנזיקי. הטעם לכך הוא, שלפחות בתודעתם של משפטנים (וייתכן שאף בקרב שכבות מסויימות בציבור) הפרת חוזה נתפסת לעיתים קרובות כהתנהגות נסבלת או נסלחת מן הבחינה המוסרית והחברתית, וזאת במובחן מביצוע עוולה בנזיקין, הנתפס כמעשה אסור ובלתי מוסרי מעצם הגדרתו.[95] פער תודעתי זה משתקף גם בגישתם הסלחנית של דיני החוזים הקלסיים כלפי מפר החוזה, גישה המעוגנת באידאולוגיה האינדיבידואליסטית-קפיטליסטית של המאה ה-19.[96] הוא משתקף כיום במעמד האיתן שקנתה לה, במיוחד בארצות הברית, הגישה הכלכלית למשפט בכלל, ותיאוריית ההפרה היעילה בפרט.[97] תפיסה סלחנית זו כלפי הפרות חוזים עלולה להשפיע, וסביר לוודאי שכבר השפיעה במידה ניכרת על תפיסותיהם והחלטותיהם של שופטים, וכך - בעקיפין - גם על תפיסותיו של הציבור.[98]

לדעתי, פער תודעתי זה אינו מוצדק. הוא סותר את הרגש ואת השכל הישר. הפרת חוזה מודעת פוגעת בזכות היסוד של הפרט לכבוד, לחירות, ולקניין,[99] ממש כשם שפוגעת בערכים אלה העוולה הנזיקית המודעת. מהי המשמעות להגנה החוקתית על הקניין, אם הדין מתיר לכל אדם לפגוע במודע בקניין זה בכפוף לתשלום פיצויים בהליך משפטי?[100] אם תפיסה זו תחלחל לתפיסותיו של הציבור הרחב בישראל, עלול הדבר להביא להשתרשות יחס

---

95 את הפער בין היחס כלפי הפרת החוזה לבין היחס כלפי מעשה עוולה ניתן לזהות גם בביטויים השונים הננקטים לתיאור שני סוגי הפגיעות. המושג "עוולה" מעורר קונוטציה אנטי-מוסרית חזקה יותר ממושג ה"הפרה", שהוא נייטרלי יותר מן ההיבט המוסרי. גם בשפה האנגלית, למול המושג breach המתייחס להפרת החוזה, ניצב המונח "tort", שמקורו בשפה הלטינית (tortum), ומשמעו עיוות, עיקום, עוול, מושגים המרמזים על עיוות מוסרי משמעותי (מכאן נגזרת גם המילה האנגלית torture - עינויים). בעיני משפטנים רבים הפרת חוזה לא תוגדר בדרך כלל כהפרת חוק או כמעשה אסור ובלתי חוקי, ואילו עוולה נזיקית נתפסת כך לעיתים. רק כמשל, פרופ' שלו בספרה על דיני החוזים בדונה במושג ה"כפייה", מבחינה בין לחץ הנעשה אגב ביצוע עבירה פלילית או נזיקית, שהוא לדעתה בהכרח בגדר כפייה בהיותו בלתי חוקי ובלתי לגיטימי, לבין לחץ כלכלי הנעשה באמצעות איום בהפרת חוזה, שאיננו בהכרח בלתי חוקי ובלתי לגיטימי. **שלו**, 236: **"יסוד אי-החוקיות מתמלא כאשר הפגיעה או האיום מהווים עוולה נזיקית או עבירה פלילית. ...עצם הפרת החוזה או הודעה עליה אינה מקיימת, לדעתי, את יסוד אי-החוקיות."**

96 לדיון בגישה סלחנית זו ובזיקה בינה לבין האידאולוגיות שבבסיסה ר' סע' 2.14 לעיל. לדעת מלומדים, האידאולוגיה שמאחורי התיאוריה הקלסית של דיני החוזים שיקפה בתקופות מסויימות תפיסה 'דרוויניסטית', שראתה את הזירה החוזית כזירת התגוששות שבה שני הצדדים נאבקים 'לחיים ולמוות', ושבה החזק מנצח וראוי לשבח על נצחונו, גם אם פעל בניגוד למה שנראה כצו המוסר: **"...the courts were reflecting prevailing theories of Social Darwinism, rewarding the breaching party for being more efficient", or at least more ruthless, than the victim of breach." Farber**, n. 48; see also **Katz**, 527 & citations at n. 72. בקרב מלומדים קיימת הסכמה רחבה, שדיני החוזים הקלסיים משקפים גישה סלחנית כלפי הפרת חוזים, וזאת בעיקר מתוך מגמה להקל על יזמים ואנשי עסקים: **"...diminution of the risk of business enterprise harmonized well with the free trade economic philosophy during which our law of contracts became systematized." Farnsworth**, 1207, citing **McCormick**, 567; see also **Patterson**, E., 342: **"The rule of *Hadley v. Baxendale* is an attempt to restrict the promisor's liability.. ..the law here manifests a policy to encourage the entrepreneur by reducing the extent of his risk below that amount of damage which.. ..the promisee has actually been caused to suffer."** see also: **Friedman** L. (2), 126; **Gilmore** (2), 2-3.

97 לדיון בתיאוריה זו ר' סע' 10.18 ואילך.

98 דוגמה קיצונית להשפעת תורת ההפרה היעילה על שופטים יש בדברים שנאמרו בבית המשפט העליון של מדינת אינדיאנה כתימוכין להכרה בכלל האוסר: **"The public interest cannot be served by any policy that … prohibits one party to a contract from exercising his common law rights to breach a contract and pay a rightful amount of compensatory damages. *Miller***, 983-4. הכשל הבולט בדברים אלה, כשהם באים כצידוק לכלל האוסר, הוא שהם מחמיצים לחלוטין את הנקודה: **ראשית,** תשלום עונשי לעולם לא ייפסק כנגד מי שהפר חוזה ושילם **מרצונו ומיוזמתו** פיצויים מלאים לנפגע. הוא ייפסק רק כנגד מי שמתעלם מחובה זו ומנסה להתחמק ממנה. **שנית,** עצם ההכרה בקיומה של "זכות להפר ולשלם פיצויים" היא בעייתית, במיוחד לאור העובדה שעל פי רוב אין בכוחם של "פיצויים" להפוך את הנפגע אדיש להפרת החוזה. לגורמים השונים למגבלה זו של תרופת הפיצויים ר' סע' 10.15 לעיל.

99 לעיגונה החוקתי של הזכות החוזית ר' סע' 6.28(135).

100 במשטרים נאורים, אפילו המדינה אינה רשאית לפגוע בקניינו של הפרט. זכות זו תופעל רק כאמצעי אחרון, והיא מותנית בקיומו של צורך ציבורי מיוחד ובתשלום בפועל של פיצוי הוגן למי שקניינו נשלל. הגישה הנייטרלית להפרות חוזים (המשתקפת בתורת ההפרה היעילה), לעומת זאת, מתירה למעשה לכל פרט לפגוע בקניין זולתו, וזאת אף מבלי לשלם פיצוי עובר להפרה. מתן היתר כזה עומד בסתירה חזיתית לערכי מוסר בסיסיים שעליהם מושתת כל משטר דמוקרטי נאור. לביקורת ברוח זו על תורת ההפרה היעילה ר': **Friedman**, D. (2), 13-14 לדעתי, האבסורד המוסרי שבגישה הסלחנית כלפי הפרות חוזים מודגש עוד יותר כאשר ההפרה פוגעת באינטרסים גופניים ונפשיים. אינטרסים אלה חורגים ממושג הקניין במובנו הרגיל, וההגנה עליהם נתפסת על פי רוב (בצדק, לטעמי) כבסיסית וחשובה עוד יותר מההגנה על הקניין. במשפט הישראלי מעוגנים ערכים אלה בסע' 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,

nevo.co.il

של "נייטרליות מוסרית" כלפי הפרת חוזה בכלל, וכלפי הפרה מודעת של התחייבויות חוזיות בפרט. בכך ייפגעו קשות מוסד החוזה, הנורמה החברתית של כיבוד חוזים, והערכים החברתיים החשובים שנורמה זו מעגנת ומקיימת. זאת ועוד: גישה סלחנית ומקילה של המשפט ושל החברה כלפי הפרה מודעת של זכויות חוזיות, מעבר להשפעתה השלילית על פעילותו התקינה של השוק החופשי, עלולה לפגוע בטווח הארוך בסולידריות החברתית בין הפרט לבין הקהילה שבה הוא חי ובינו לבין חבריה. פרט היודע כי אל לו ליתן אמון בזולתו, שכן זה עלול בכל רגע לפגוע בו, מבלי ששיטת המשפט אפילו תתאמץ לבוא חשבון עם הפוגע, עלול לפתח רגשות של כעס, ניכור ואף זלזול כלפי מערכת אכיפת החוק וכלפי החברה בכללותה. תופעה זו עלולה לגבות מהחברה מחיר יקר, גם אם מחיר זה אינו ניתן להערכה בכסף. חששות אלה אינם ייחודיים, כמובן, לתחום החוזי, והם קיימים בכל מקום שבו זכויות משפטיות אינן נאכפות. עם זאת, בעייה זו חריפה במיוחד בתחום החוזי, שכן בו סנקציות עונשיות-חינוכיות (כגון תשלום עונשי, תניות עונשיות מוסכמות, תשלומי השבה, פיצויים מוגברים) אינן מוכרות באופן מסורתי, ואינן מופעלות כדבר שבשגרה.[101] אכן, לדעתי, אין כל הצדקה לחנך את הציבור, כי ביצוע מעשה נזיקין במודע הוא רע מוסרי, ואילו הפרת חוזה מודעת היא תופעה מקובלת, נסלחת, ואולי אף רצוייה.[102] ממש כשם שמקובל על הכל שיש ללמד מעוולים בכוח ש"**tort does not pay** [intentional]",[103] יש ללמד מפרים בכוח, ש [intentional]" **breach of contract does not pay as well**". בהקשר זה יש להכרה בתשלום העונשי תפקיד חינוכי חשוב וייחודי דווקא בתחום החוזי.[104]

הקובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו." למותר לציין, שבמקרים אלה קשה עוד יותר להעלות על הדעת מתן לגיטימציה או גישה סלחנית להפרת חוזה מודעת. ואכן, בספרות העוסקת בתורת ההפרה היעילה לא ניתן למצוא תמיכה מפורשת להפרות יעילות בתחומים אלה, והדוגמות הנדונות מובאות תמיד ("במקרה") מתחום ההפרות ה'כלכליות'. אולם, למעשה גם הפרה מודעת שעיקר נזקה הוא רכושי, מלווה כמעט תמיד בפגיעה באמון הנפגע, וכך באינטרס נפשי, בפרט כשמדובר בהפרה מודעת וחסרת הצדקה, שהיא מעניינו כאן. לביקורת על תורת ההפרה היעילה והתעלמותה מכך שבחוזים רבים לא ניתן לפצות על נזקי ההפרה ר' מאמרו של **Linzer**, esp. 116, 117: "**While the amoral approach may be justified in the commercial setting, where fungible substitutes are available.. ..people.. ..may be motivated by nonmonetary considerations.**"

101 חשש מעין זה עולה מדבריו של מחבר קנדי: "**the alienation which is the scourge of industrial society can only be increased by judicial failure to condemn wrongful behaviour solely because the context in which it occurred was capable of being characterized as contractual. Neither ordinary human being nor human society can take account of such legal niceties.**" **Krasnick**, 20.

102 כפי שהסברתי לעיל, פגיעתה הרעה של הפרת חוזה איננה בהכרח קטנה מזו של מעשה נזיקין, והדבר תלוי בטיב האינטרס המוגן, בחומרת הפגיעה בו או הסיכון שבו הועמד, ובמיוחד ביסוד הנפשי של המפר.

103 ביטוי זה מקורו בפסק הדין האנגלי המנחה בעניין ***Rooks***. הוא נשתרש מאז בפסיקה ובספרות בעיקר במדינות חבר העמים הבריטי, אך העויינות המוסרית שהוא משקף כלפי מעוולים מדעת רווחת גם בארה"ב.

104 עמד על כך אחד המלומדים: "**..punitive damages can perform a moral education function, teaching defendants and other members of the public that the duty to perform contracts is an important community norm, and it is not "o.k." to deliberately breach a contract so long as you pay your victim compensatory damages… ..punitive damages may help some of us learn the standards of common decency.**" **Mather**, 119. דווקא במשפט הישראלי, נראה שהגישה הסלחנית כלפי הפרות חוזים לא נשתרשה. בית המשפט העליון הדגיש לא אחת במפורש את חשיבות הערך המוסרי של כיבוד וקיום חוזים בעין, ואת הצורך לחנך את הציבור ש"**חוזה יש לקיים - ולא רק לשלם פיצויים בגין הפרתו**" (עניין ***אדדש***, 278, השופט ברק, צוטט בהסכמה בעניין ***צוקים***, 77, השופט חשין). ר' גם דברי השופט ברק בע"א 6601/96 **Aes System Inc. נ. סער**, פ"ד נד(3), 850, 2-861: "**עקרון ראשון שיש לקחתו בחשבון הוא חופש החוזים. מעקרון זה נגזרת התפיסה, כי חוזים יש לקיים: pacta sunt servanda. החוזה הוא ה"חוק" שהצדדים קבעו ביניהם, ואותו עליהם לקיים. חברה מתוקנת לא תוכל להתקיים ולהתפתח אם חוזים הנכרתים בה לא יכובדו. אינטרס הציבור - אינטרס המשקף תפיסות של צדק, מוסר ויעילות חברתית גם יחד - הוא שהתחייבות שנטל על עצמו אדם (בגיר) תכובד על ידו**". ר' גם האסמכתות הנזכרות בסע' 6.18 לעיל. ביטוי לצורך בהשלטת נורמות מוסר ראויות גם בתחום המסחרי מצוי בשפע בפסיקה הישראלית. ר' למשל דברי השופט חשין בפרשת ***מאיה***, 719: "**..גם בשוק חופשי יש כללי התנהגות ראויים ומקובלים… והפוגע באותם כללים יתן את הדין על מעשיו או על מחדליו… עניינו הוא ב"מוסר העסקים" בחיי המסחר והעסקים, וחריגה מאותו מוסר-עסקים תחוייב בתגובתו של בית המשפט.**" (הדברים נאמרו לעניין הכרה בזכות לביטול חוזה בשל "כפייה כלכלית"); ר' גם דברי השופט טירקל ברע"א 2059/98 **וולטה יצוב קרקע בע"מ נ. P.R.S מדיטרניין בע"מ** פ"ד נב(4) 721, 735: "**כאשר מניחים על כף המאזניים את מניעת הפגיעה בתחרות החופשית.. ..ועל כף המאזניים השניה ערכים מוסריים שעליהם אנו מבקשים להשתית את החברה שבה אנו חיים, אין לי ספק שהכף השנייה מכריעה את הראשונה. אם הברירה היא בין חברה עשירה, אך חסרת ערכים, לבין חברה דלה, שערכים על דגלה, אני בוחר בשנייה.**" (לעניין קביעת בטלותו של חוזה בלתי חוקי). עם זאת, בפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט, הסנקציות מרחיקות הלכת שנקבעו בהלכות ***אדדש*** ו-***צוקים*** (לפירוט ר' סע' 6.15, 6.16 לעיל) אינן מופעלות בדרך כלל, ודומה שגישתם של שופטים רבים היא סלחנית למדי כלפי התופעה של הפרות חוזים - אם לא להלכה, הרי למעשה. כאמור, גישה סלחנית זו משליכה בתורה על גישתו של הציבור. הכרה בצורך העקרוני בתגובה עונשית על הפרה מחפירה של

nevo.co.il

ה. ריצוי רגש הנקם

11.35 גם רציונל זה רלבנטי וישים בתחום החוזים. אמנם, סביר להניח, כי מעשה נזיקין מכוון הכרוך בפגיעה באינטרס גופני או לא ממוני צפוי לעורר רגשות זעם חריפים יותר מאשר הפרת החוזה המסחרית הטיפוסית, המסיבה לנפגע נזק שעיקרו כלכלי.[105] אולם גם פגיעה מכוונת באינטרס כלכלי עלולה להקים רגשות זעם ומרירות לא מבוטלים, כשהיא נעשית מתוך אותו זלזול בזכויות הזולת, המאפיין התנהגויות מחפירות. הפרות מחפירות פוגעות קשות ברווחה הנפשית של הנפגע, ובהעדר ריצוי מספק הן עלולות לגרור עשיית דין עצמי מצידו, בפרט כאשר לפגיעה הכלכלית הטהורה מתלווה אלמנט של זדון, השפלה אישית, תחושת עלבון, פגיעה בשם הטוב, וכיו"ב. אין הן חייבות להתבטא באלימות פיזית דווקא. הגשת תביעות סרק, השמצות ועלבונות, גרימת נזקים קטנים בכוונה, כל אלה עלולים לנבוע לא רק מזדון לשמו, אלא מצורך בריצוי תחושות נקם שאינן מקבלות פורקן ומענה במסגרת הסדר החברתי-משפטי. תופעות אלה הינן מזיקות ומיותרות בראייה כלל-חברתית. הדעת נותנת, שפסיקת תשלום עונשי בתגובה להפרות מחפירות של חוזים בכוחה לצמצם את היקפן ועוצמתן, גם אם לא לבטלן לחלוטין.[106]

II. צידוקים לענישה אזרחית בתחום החוזי

א. הצורך בצמצום בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי

11.36 כזכור, אחד הצידוקים המרכזיים לענישה האזרחית נעוץ בכוחה לצמצם את בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי. אכן, צידוק זה כמעט ואינו רלבנטי להצדקת ההכרה בדוקטרינה בתחום החוזי, שכן הפרת חוזה כשלעצמה, ואפילו מחפירה, בדרך כלל איננה עילה להעמדה לדין פלילי.[107]

עם זאת, רבות מההתנהגויות המחפירות בתחום החוזי אינן מתבטאות דווקא בהפרת החוזה עצמה, אלא בהתנהגויות אנטי-חברתיות המתלוות אליה.[108] התנהגויות אלה, כגון התעמרות, ניצול של חולשה, מרמה, כפייה, וכיו"ב, עשויות בהחלט למלא את יסודותיהן של עבירות פליליות שונות (התעללות, עושק, איומים, מרמה). במקרה זה, שב הצידוק הנדון ונהיה רלבנטי להצדקת תחולתה של הדוקטרינה בתחום החוזי, ממש כפי שהוא רלבנטי להצדקת תחולתה בנזיקין.[109] תפקיד חשוב במיוחד בהקשר זה ממלאת הדוקטרינה בהקשר המסחרי-מוסדי, שבו בעיית תת-האכיפה הינה חמורה ביותר.[110] החלת הדוקטרינה על התנהגויות פליליות של תאגידים המתגלות אגב בירורן של תביעות חוזיות - תביעות התופסות חלק ניכר מנפח ההתדיינויות המסחריות - צפוייה אפוא לסייע בצמצומה של בעייה זו.

חוזה עשוייה אפוא לחזק את הגישה העקרונית שעליה הצהיר בית המשפט העליון פעמים רבות בפסיקותיו, ולהופכו מעיקרון הצהרתי שמשלמים לו מס שפתיים, לעקרון בר-תוקף, המכוון באופן ממשי את התנהגותו של הציבור בישראל.

105 טיעון זה הועלה באחד המקורות כצידוק לכלל האוסר. ר' סע' 10.10(40 לעיל).

106 ניתן להזכיר כאן גם את בעיית תת-הפיצוי, שכזכור, לדעת רבים חמורה יותר בתחום החוזי (ר' סע' 10.23 לעיל). אם אכן הערכה זו נכונה, הרי שהאפשרות לרצות את התובע החוזי באמצעות סעדים אזרחיים רגילים מוגבלת יותר מאשר האפשרות לרצות את התובע הנזיקי. פער זה, ככל שהוא קיים, הופך את הצורך בריצוי למודגש יותר דווקא בתביעות חוזיות.

107 לעומת זאת, עוולות נזיקין מחפירות תמלאנה במקרים רבים את יסודותיהן של עבירות פליליות. למשל: תקיפה, הסגת גבול, לשון הרע, גזל.

108 עניין זה יובהר ביתר פירוט בפרק הבא, אגב הדיון בביטוייה השונים של התנהגות מחפירה בתחום החוזי.

109 אמנם, במקרים רבים ניתן לנסח את ההתנהגות האנטי-חברתית הנלווית להפרת חוזה כעוולה נזיקית, ובמקרה כזה ניתן לפסוק תשלום עונשי גם במסגרת הגישה הנזיקית, מכוחו של חריג העוולה העצמאית. עם זאת, כפי שיובהר בהמשך, במקרים רבים לא יקים המעשה אחריות בנזיקין (למשל, בהעדר נזק מוכח או בר-פיצוי). במקרים אלה פסיקת תשלום עונשי מכוח העילה החוזית היא בעלת נפקות מעשית חשובה.

110 לבעייה ר' סע' 8.19 לעיל.

nevo.co.il

ב. הצורך בריסון התנהגויות מחפירות שאינן בגדר עבירות פליליות

11.37 בתחום זה נודעת חשיבות מיוחדת לתשלום העונשי ה"חוזי". כאמור, הפרת חוזה מחפירה איננה בגדר עבירה פלילית, ולפיכך מצוייה היא מחוץ להישג ידו של המשפט הפלילי לא רק למעשה, אלא גם להלכה.[111] חשיבותו של התשלום העונשי בתחום החוזי מתבטאת אפוא בעיקר בהיותו אמצעי לריסון הפרות חוזים חמורות שלמרות חומרתן אינן נתפסות בגדרו של המשפט הפלילי. בהקשר זה נזכיר את חשיבותם של דיני החוזים באכיפת הנורמה החוזית הבסיסית של קיום חוזים על הרשות הציבורית. מודל מדינת הרווחה שהתבסס לאורך המאה ה-20 הביא להתערבות מוגברת של המדינה ורשויות הציבור בחיי הפרט. התערבות זו מתבטאת, בין היתר, בהספקת שירותים ומשאבים שונים ישירות לאזרח או בתיווכם של גופים פרטיים שונים, באמצעות חוזי רשות. כאשר פערי המיקוח שבין המדינה לבין הפרט מנוצלים לרעה, או כאשר המדינה או גוף ציבורי עושים שימוש לרעה בסמכותם להשתחרר מחוזים מטעמים שבטובת הציבור,[112] עשוי חיובה של הרשות בתשלום עונשי בגין הפרה מחפירה של חוזה שכרתה למלא תפקיד הרתעתי וחינוכי חשוב.[113]

III. צידוקים לזיכוי התובע החוזי בכספי התשלום העונשי

11.38 המסקנות אליהן הגענו בסוגייה זו בפרק ט' יפות גם לכאן. עם זאת, ככל שאכן קיימת בתביעות חוזיות בעייה מיוחדת של תת-פיצוי שאיננה נחלתן של תביעות נזיקין,[114] הרי שהצורך בתמרוץ נפגעים חוזיים לאכוף את הדין על מפרים גדול עוד יותר מאשר בתחום החוזי, ומעניק משקל יתר להצדקה התוצאתנית למאפיין זה של הדוקטרינה.

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

הצגת השאלה ומטרת הדיון

11.39 עד כה התקיים הדיון לאור ההנחה, שהגישה הנזיקית לתשלום העונשי מגבילה ומצמצת את היקף תחולתה של הדוקטרינה מושא המחקר בתביעות חוזיות בהשוואה לרעותה, הגישה האזרחית. אך האם נכונה הנחה זו? האם לא ניתן למעשה באמצעות הכרה מרחיבה באחריות נזיקית על הפרת חוזה לייתר את הצורך בהכרה מפורשת בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים?[115] בחלק זה אבקש לבחון שאלה זו. כפי שיובהר, עמדתי היא, שלשימוש כזה חסרונות ומגבלות במישור המעשי והעקרוני כאחד, ההופכים אותו לנחות בהשוואה להצעה להכיר באופן גלוי ומפורש בתשלום העונשי כסנקציה לגיטימית בתביעות חוזיות.

---

[111] עם זאת, מעניין לציין, שבמספר מדינות בארה"ב קיימים חוקים המטילים סנקציות פליליות בגין עיכוב לא סביר של תגמולי ביטוח על ידי המבטח בניגוד לחוזה הביטוח. ר': **Ghiardi**, ch. 8, p. 6 & n. 3 הפרות אלה הן, כזכור, הקטגוריה המרכזית שבמסגרתה נפסקים תשלומים עונשיים במסגרת חריג תום הלב במשפט האמריקאי. גם המחוקק הישראלי מכיר לעיתים באופן מפורש בצורך להטיל סנקציות לבר-מפצות עונשיות על הפרות של חוזים שאותן הוא רואה בחומרה מיוחדת. לדוגמות כאלה במשפט הישראלי ר' למשל סע' 6.06-6.04 לעיל.

[112] לדיון בהלכת ההשתחררות המנהלית ובמגבלות עליה ר': ג' שלו, **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** (ירושלים, תש"ס) 75-67.

[113] לתפקיד הכללי שיש לדוקטרינה בהגברת האפקטיביות של שלטון החוק ברשות הציבורית ר' בכלליות סע' 8.20, 8.38 לעיל.

[114] לפער אפשרי זה ר' סע' 10.10 לעיל.

[115] כפי שהראיתי בהרחבה בפרק ה', המשפט האמריקאי הרחיב במידה ניכרת את תחולת הדוקטרינה בתחום החוזי באמצעות טכניקות נזיקיות מרחיבות. ר' סע' 5.04 ואילך. גם הוועדה האנגלית שדנה בנושא הזכירה את האפשרות להטיל אחריות נזיקית מקבילה על מפר חוזה כאחד מהנימוקים להותרת הכלל האוסר על כנו: **"...the recognition of concurrent liability can be presented as supporting.. ..our recommendation** [against extending the availability of punitive damages to contract actions] **in that there is now no impediment to a plaintiff claiming damages for both breach of contract and a tort.. English Report**(2) s. 5.73.

I. עוולת הרשלנות - תחליף אפשרי להכרה בדוקטרינה בתחום החוזי?

א. הטכניקה המוצעת - התנהגות מחפירה של צד לחוזה כרשלנות

11.40 עוולת הרשלנות היא, כידוע, עוולת מסגרת בעלת תחולה רחבה וגמישה שמכוחה התרחבו בעבר וממשיכים להתרחב גם כיום תחומי האחריות בנזיקין.[116] במבט ראשון נראה, שכל יסודותיה של עוולת הרשלנות מתקיימים למעשה כל אימת שצד לחוזה נוהג באופן מחפיר כלפי משנהו: **הפרה מחפירה של החוזה ניתן לכאורה ללא קושי לנסח כהפרה של חובת זהירות קונקרטית שבה הוא חב המפר כאדם סביר כלפי הנפגע, ואשר מעצם טיבה הפוגעני גורמת לנפגע נזק.** האמנם אכן כך הדבר?[117] שאלה זו תיבחן להלן.

ב. המגבלות על היקף תחולתה של עוולת הרשלנות בדין הנוהג

11.41 לדעתי, גם אם תיושם הטכניקה המוצעת על ידי בתי המשפט בישראל, מבחינה מעשית ספק אם בכוחה כדי לשמש תחליף מלא להכרה בתשלום העונשי בתחום החוזי. הדבר נעוץ במספר מגבלות המוטלות במסגרת דיני הנזיקין הנוהגים על היקף תחולתה של עוולת הרשלנות. נסקור אותן בקצרה.

1. עוולת הרשלנות טעונה הוכחת נזק

11.42 יסוד מוסד בעוולת הרשלנות הוא יסוד הנזק. בהעדר נזק וקשר סיבתי בינו לבין ההתרשלות לא תקום אחריות בעוולת הרשלנות.[118] עובדה זו מונעת מעוולת הרשלנות לשמש כתחליף מלא להכרה בתשלום העונשי כסנקציה חוזית בכל אותם מקרים, שבהם התנהגותו המחפירה של צד לחוזה לא גרמה נזק, או שהנזק שגרמה לא הוכח כדבעי.[119] במקרים אלה לא ניתן יהיה לפסוק תשלום עונשי מכוח עוולת הרשלנות, למרות שהרציונלים העונשיים של הדוקטרינה עשויים להצדיק זאת.[120]

אמנם, במרבית המקרים סביר אמנם להניח שהתנהגות מחפירה תסב למי שכלפיו כוונה נזק ממשי כלשהו, ולו במישור הנפשי בלבד, שכן היא כרוכה מעצם הגדרתה בזלזול חמור בזכויותיו.[121] אלא שלא תמיד יהא בכך כדי לסייע: **ראשית**, ניתן להעלות על הדעת מצבים, אם כי אלה יהיו נדירים, בהם התובע עשוי שלא לסבול נזק כלשהו, אף לא במישור הנפשי גרידא.[122] **שנית,** בשל טיבו הלא-מוחשי של הנזק הממוני שהוא הנזק הטיפוסי הטבוע

---

[116] להתרחבות זו ר' גם סע' 5.14 לעיל. הפרת חובה חקוקה גם היא עוולת מסגרת העשויה לשמש אמצעי להטלת אחריות נזיקית על צדדים לחוזה, אלא שבהשוואה לעוולת הרשלנות תחולתה מוגבלת יותר, בשל הדרישה שהחובה שגרמה לנזק תהא מעוגנת בדבר חקיקה שנתכוון להגן על התובע, ושהנזק יהא מסוגו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק. ר' סע' 63(א) לפקודת הנזיקין. מסיבה זו, בחרתי להסתפק כאן בדיון בעוולת הרשלנות בלבד, אולם הדברים יפים, בשינויים המחוייבים, גם לגבי עוולת מסגרת זו.

[117] ראוי אולי להזכיר, שהטכניקה המוצעת כאן איננה אפשרית באנגליה, שם נפסק במפורש כי אין לפסוק תשלום עונשי מכוח עוולת הרשלנות, גם לא במסגרת דיני הנזיקין. ר' סע' 3.02(16) לעיל. טכניקה אחרת, עוד יותר ישירה ומרחיקת לכת, שבאמצעותה ניתן להחיל את הדוקטרינה בתחום החוזי היא להגדיר במישרין התנהגות מחפירה בתחום החוזי כמקימה עילה מיוחדת וחדשה בנזיקין. כפי שראינו, במדינות מסויימות בארה"ב נעשה שימוש בטכניקה זו. ר' סע' 5.09 לעיל. אלא שבישראל הסמכות ליצור עוולות נזיקין חדשות איננה מוכרת, וכוחם של בתי המשפט מוגבל לפיתוח קטגוריות נזיקין קיימות המעוגנות בחקיקה הנזיקית. למגבלה זו ר' למשל: ע"א 343/74 **גרובנר נ. עיריית חיפה** פ"ד ל(1) 141, 147: **"התובע בעילת נזיקין חייב לבסס עצמו על אחת מן העוולות שפורטו בפקודת הנזיקין.."** ר' גם: ע"א 732/80 **ארנס נ' בית אל-זכרון יעקב** פ"ד לח(2) 645, 654: **"בידוע הוא, כי רשימת העוולות בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] הינה רשימה סגורה.."** מטעם זה התמקדתי כאן בטכניקה מרחיבה שהיא רלבנטית גם למשפט הישראלי. עם זאת, כפי שיובהר בהמשך, הביקורת העקרונית שלי על טכניקה "נזיקית" זו תקפה גם ביחס לטכניקות ה"אמריקאיות".

[118] ר' סע' 35 לפקודת הנזיקין, הקובע כי רק **"הגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה"**. לדיון ביסוד הנזק ובדרישת הקשר הסיבתי ר' **גלעד** (2), 8-326.

[119] כנאמר לעיל, עובדה זו מטילה מגבלה בלתי ראוייה על תחולת הדוקטרינה לא רק בתחום החוזי, אלא גם בתחום הנזיקי. ר' סע' 11.09 לעיל.

[120] העובדה שמסיבה זאת או אחרת לא נגרם לנפגע נזק, גם אם היא רלבנטית במידת מה לקביעת דרגת החומרה שבהתנהגות המפר, הרי שאין היא שיקול מכריע לעניין זה, ולדעתנו אף לא שיקול מרכזי ביותר. שיקולים חשובים בהרבה הם טיב ועוצמת הסיכון שיצר המפר בהתנהגותו (גם אם זה לא התממש), והיסוד הנפשי שלו. על הכרת המחוקק בכך ניתן ללמוד מהעובדה שתיקון 39 (תשנ"ד) לחוק העונשין ביטל את ההבחנה שנהגה במשפטנו בעבר בין ענישת הניסיון לבין ענישת העבירה המושלמת. כזכור, בחלק מהמדינות פסיקת פיצויים על נזק מוחשי שנגרם היא תנאי לפסיקת תשלום עונשי, אולם במרביתן הדין שונה. ר' סע' 7.04(14) לעיל.

[121] למעשה, כל הפרת חוזה - אפילו שאין בצידה התנהגות מחפירה - עשוייה לגרום מידה מסויימת של אכזבה ועגמת נפש לנפגע, שציפיותיו נכזבו.

[122] כך עשוי לקרות כאשר שבהם התובע לא היה מודע להתנהגות המחפירה בעת שהתרחשה, או שלא הבין את משמעותה, כגון כשהתובע היה חסר דעת, קטין, רפה-שכל, או נתון להשפעת אלכוהול או סם. לפירוט מצבים מעין אלה ר' סע' 7.95(417).

nevo.co.il

בהתנהגות מחפירה, עשוי התובע להיתקל בקשיי הוכחה ניכרים להוכיחו במידה הדרושה במשפט אזרחי. **שלישית,** בשיטות משפט לא מעטות, לרבות בישראל, בתי המשפט מהססים מלהכיר בנזק נפשי (לא-ממוני) טהור כבר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות. מגבלה אחרונה זו תידון להלן.

2. ההכרה המוגבלת בנזק נפשי (לא-ממוני) טהור במסגרת עוולת הרשלנות

11.43 בשיטות המשפט המקובל קיימת עד היום נטייה מצמצמת בכל הקשור לפסיקת פיצויים בגין נזק נפשי טהור בגדרי עוולת הרשלנות.[123] הנימוק המשפטי הפורמלי הניתן בדרך כלל להצדקת נטייה זו מבוסס על העדרה של חובת זהירות ביחס לנזק מסוג זה או לחלופין על הקביעה, כי נזק זה איננו מקיים את מבחני הסיבתיות המשפטית, בהיותו "רחוק" מדי או "בלתי צפוי".[124] מן הבחינה המהותית מבוססת מגמה מצמצמת זו על שיקולי מדיניות שונים, ובעיקר על החשש מפריצת גבולות האחריות הנזיקית, הרתעת-יתר, והצפת בתי המשפט בתביעות שהאינטרס הציבורי בניהולן אינו מצדיק את העלות החברתית הכרוכה בו.[125] גם בישראל, ברוח דיני הנזיקין האנגליים, לא הוכרה בעבר חובת זהירות מושגית ברשלנות ביחס לנזק לא-ממוני טהור.[126] אולם בפסק הדין פורץ הדרך בעניין **גורדון** שונתה ההלכה, ונקבע כי עקרונית מתקיימת חובת זהירות מושגית ביחס לראש נזק זה.[127] עם זאת, גם בעניין **גורדון** עצמו הובהר היטב, שלא כל נזק לא-ממוני הנגרם כתוצאה מהתרשלות הוא בר-פיצוי, וכי הדבר תלוי בקיומם של חובת זהירות מושגית וקונקרטית במקרה הנדון, ובהתקיימות מבחני הסיבתיות המשפטית בין ההתרשלות לבין הנזק הלא-ממוני.[128] מבחנים גמישים אלה מאפשרים לבתי המשפט גם כיום להגביל ולצמצם את היקף הזכאות לפיצוי לא-ממוני במסגרת עוולת הרשלנות ככל שייראה להם לנכון.[129] ואכן, העיון בפסיקה מגלה, שהמגמה בישראל עדיין מצמצמת למדי. בתי המשפט פוסקים בדרך כלל פיצוי רק במקרים של פגיעה נפשית

---

[123] נזק נפשי טהור מקובל להגדיר כנזק נפשי שאיננו תוצר לוואי של פגיעה פיזית בגופו, בבריאותו, או ברכושו של אדם. מכאן, שנזק נפשי טהור יכול שיתלווה לנזק כלכלי טהור (שאיננו תוצר לוואי של פגיעה פיזית בגוף או ברכוש).

[124] דחיית התביעה עשוייה להתבסס גם על נימוקים אחרים כגון אי עמידה בנטל ההוכחה, או העובדה שהנזק הוא כביכול נזק "של מה בכך" שאיננו מצדיק פיצוי. בארה"ב חלק ניכר מן המדינות אינן מכירות כלל בחובת זהירות ברשלנות ביחס לגרימתו של נזק כלכלי טהור. גם באותן המדינות שהלכו כברת דרך בתחום זה והכירו עקרונית בסמכותם לפסוק פיצויים בגין ראש נזק זה, הבהירה הפסיקה שהדבר ייעשה רק כאשר הפגיעה היתה משמעותית ("serious") וצפוייה (forseeable). בפועל, יושמו מבחנים אלה באופן ההופך פסיקת פיצוי לא-ממוני טהור בתביעות רשלנות לתופעה נדירה, בפרט כאשר התנהגות הנתבע לא יצרה סיכון לפגיעה פיזית ברכושו או בגופו של אדם (physical risk conduct) אלא לפגיעה נפשית בלבד (mental risk conduct). לדיון בהיקף האחריות ברשלנות לנזק לא-ממוני טהור בארה"ב ר' למשל: V.E. Nolan, "Negligent Infliction of Emotional Distress: Coherence Emerging from Chaos" 33 **Hastings L.J.** (1982) 583; J.J. Reidy, "Negligent Infliction of Emotional Distress in Illinois: Living in the Past, Suffering in the Present" 30 **Depaul L.R.** (1981) 295; D.W. Tang, "*Molien v. Kaiser Foundation Hospitals*: California Expands Liability for Negligently Inflicted Emotional Distress" 33 **Hastings L.J.** (1982) 291; T.K. Herring, "Administering the Tort of Negligent Infliction of Mental Distress: A Synthesis" 4 **Cardozo L.R.** (1983) 487. למצב המשפטי ששרר בעבר, בתקופה שבה לא הוכר נזק לא-ממוני טהור כלל בתביעות נזיקין ר': C. Magruder, "Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts" 49 **Harv. L.R.** (1936) 1033. גם במדינות הליברליות יותר בארה"ב נדרשת התנהגות קיצונית מצד הנתבע ונזק נפשי כבד, או יחסי אמון או תלות מיוחדים בינו לבין התובע (כדוגמת יחסי רופא-חולה, בנק-לקוח, יצרן-צרכן, וכו') על מנת שייפסקו פיצויים: לעניין זה ר': **Tang**, 302-7.

[125] לשיקולים אלה ר' למשל: ע"א 243/83 **גורדון נ. עירית ירושלים** פ"ד לט(1) 113, 141-2; **Gilead**, 293 שיקולים דומים ונימוקים פורמליים דומים משותפים גם לדחיית ההכרה בנזק הכלכלי הטהור. ר' סע' 11.44(133) להלן.

[126] ר' 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."**

[127] עניין ***גורדון***, 42-138, ובמיוחד 1-140: **"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. ר' למשל: ע"א 1730/92 **מצראווה נ. מצראווה**, תקדין-עליון, 95(1), תשנ"ה, 1218; ר' גם עניין ***מיאסה***, פיסקה 21 לפסק דינו של השופט אור, והאסמכתות הנזכרות שם.

[128] **"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."** ***גורדון***, 142.

[129] לעניין זה ר' גם: י' אנגלרד, "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין - דימויה העצמי ומציאות" **עיוני משפט** יא (תשמ"ו) 67, 81-82.

nevo.co.il

חמורה, אשר לה ביטוי מוחשי בהתנהגותו או מצב בריאותו של הנפגע.[130] לעומת זאת, נזקן הטיפוסי וה"טבוע" של התנהגויות מחפירות - בפרט בתחום החוזי-מסחרי - אינו נזק מסוג זה, אלא נזק נפשי טהור של פגיעה בציפיות, ברגשות, ולעיתים גם בשם הטוב. עם זאת, ראוי לציין שבפרשות **דעקה** ו-**תנובה** שנפסקו בשנים האחרונות הכיר בית המשפט ב"פגיעה באוטונומיה" שלא לוותה בכאב או אי נוחות פיסית כלשהם כ"נזק בר-פיצוי" במסגרת עוולת הרשלנות. מגמה זו, אם תימשך ותתרחב להכרה כללית בזכות להגנה מפני גרימה רשלנית של עוגמת נפש עשוייה להביא להרחבה משמעותית בהיקף תחולתה של עוולת הרשלנות בדין הנוהג.[131]

3. ההכרה המוגבלת בנזק כלכלי טהור במסגרת עוולת הרשלנות

11.44 באיזו מידה יכול צד לחוזה, שהתנהגות מחפירה של הצד השני גרמה לו נזק כלכלי טהור, לבסס את תביעתו לתשלום עונשי על עוולת הרשלנות? התשובה לשאלה זו תלוייה בהיקף ההכרה בראש נזק זה במסגרת עוולת הרשלנות. בשיטות המשפט המקובל, למרות התהפוכות שחלו בתחום זה בעשורים האחרונים, נוהגת עדיין גישה מצמצמת למדי, הרואה בזכות לפיצוי על נזק כלכלי טהור את החריג, ולא את הכלל.[132] נטייה שמרנית זו מבוססת על שיקולי מדיניות שונים, שהעיקריים שבהם הם החשש מ'פריצת סכרים' שתגרום להצפה של בתי המשפט, והחשש מפני הטלת אחריות בלתי מוגבלת על ניזוקים.[133]

בישראל טרם נפסקה הלכה ישירה בסוגייה זו, אך מסתמנת גישה מרחיבה למדיי. **ראשית**, פיצוי כלכלי טהור נפסק בפועל במסגרת קשת נרחבת של קטגוריות - מצגי שווא, מתן שירות רשלני, מוצרים פגומים ואף מבנים שנבנו

---

[130] הגבלה מחמירה שכזו נקבעה בעניין ***אלסוחה***, שם נפסק, כי זכותו של אדם לפיצוי על סבל נפשי שנגרם לו בשל תאונה שעבר קרוב משפחה מוגבלת למצבים של מחלת נפש ממש. ע"א 444/87 **אלסוחה נ. עזבון דהאן** פ"ד מד(3) 297, 436: **"יש לתת את הגנת הדין רק לנזק נפשי העולה באופן ברור וגלוי כדי מחלה, שכן פגיעות נפשיות קלות ערך הן עניין של יום ביומו במציאות חיינו, ועל האדם להתגבר עליהן בכוחות עצמו..."** הלכת ***אלסוחה*** שבה ואושרה בפסיקה מאוחרת. ר' למשל: רע"א 5803/95 **ציון נ. צח** פ"ד נא(2) 267. אמנם, הלכת ***אלסוחה*** חלה לכאורה רק על נזק 'ריקושטי', אולם עולה ממנה גישה כללית מצמצמת. לגישתה המצמצמת של הפסיקה בישראל לפסיקת פיצויים בגין נזק נפשי טהור בעוולת הרשלנות ר' **גלעד** (4) 4-323, המסכם את הדיון בנושא בקביעה, כי: **"מידת ההכרה בנזק בלתי ממוני טהור במשפטנו** [במסגרת עוולת הרשלנות] **היא אפוא מוגבלת."**

[131] להלכות ***דעקה*** ו-***תנובה*** ר' סע' 7.103(442) לעיל. במשפט האמריקאי התגברה הפסיקה על המגבלה המסורתית שהציבה עוולת הרשלנות על היקף ההכרה בנזק לא-ממוני באמצעות הכרה בעוולות חדשות, בעיקר עוולת ה- "intentional infliction of mental distress", ו"עוולת תום הלב", שמכוחן פסקו בתי המשפט תרופות נזיקיות (פיצויים על עגמת נפש ותשלומים עונשיים) לצדדים לחוזה שנפגעו נפשית מהתנהגות מחפירה. לפסיקת פיצוי לא-ממוני בתביעות חוזיות מכוח עילות נזיקין אלה ר': **Dobbs**, (III) 110-12.

[132] ככלל, ניתן לומר שמבין השיטות האנגלו-אמריקאיות גישתו של המשפט האנגלי היא המצמצמת ביותר בסוגייה זו. עד שנות ה-60 נהג בו 'כלל השלילה' (The 'Exclusionary Rule'), אשר שלל שלילה מוחלטת את הזכות לפיצויים בגין נזק כלכלי-טהור. השינוי הדרמטי ביותר ארע ב-1964 *בפרשת **Hedley***, שבה שונתה ההלכה, ונסללה הדרך להכרה רחבה יותר בסוג נזק זה. אולם הלכה זו פורשה בצמצום, וככלל, למרות חריגות זמניות, הקו הכללי של הדין האנגלי נותר קזואיסטי ומצמצם. לסקירה פרטנית של התפתחות הדין האנגלי בסוגייה ר': ר' פרי, **ריקושטים כלכליים** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תש"ס) 22-12; גישתו המצמצמת של הדין האנגלי אומצה בסקוטלנד, אירלנד, ומלזיה. ר' **פרי**, 26-22; לדיון בחריגים הרווחים לכלל השלילה האנגלי ר': **גדרון**, 74-160. לדיון בשאלת היקף ההכרה בנזק הכלכלי במשפט האנגלי ר' למשל: J. Stapleton, "Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda" 107 **L.Q.R.** (1991) 249. גישות ליברליות יותר הועלו בפסיקה הקנדית והאוסטרלית, אך למעשה גם שם שורר אי-ודאות רב, ולפחות בקנדה נראה שנכון להיום העמדה השמרנית חזרה לשלוט בכיפה. לעומת זאת, בניו-זילנד שלטת הגישה המרחיבה, הרואה בנזק כלכלי-טהור נזק בר-פיצוי ככל נזק אחר הנגרם ברשלנות. לסקירת הדין במדינות אלה ר' **פרי**, 49-27. ר' גם: K.M. Hogg, "Negligence and Economic Loss in England, Australia, Canand and New Zealand" 43 **Int. & Comp.** B.S. Markesinis, G.T. Schwartz, "Economic Loss in American Tort Law: The Examples of *J'aire* and of Products Liability" 23 **San Diego L.R.** (1986) 37; K.M. Hnatt, "Purely Economic Loss: A Standard for Recovery" 73 **Iowa L.R.** (1988) 1181. לסקירות כלליות של המצב במשפט האמריקאי ר': **L.Q.** (1994) 116. ר' גם **פרי**, 67-49. דיון סדור ומקיף בסוגיית הנזק הכלכלי בשיטות המשפט המקובל ניתן למצוא בחיבורים הבאים: B. Feldthusen, **Economic Negligence** (Scarbourogh, 4th ed., 2000); J.M. Feinman, **Economic Negligence: Liability of Professionals and Businesses to Third Parties for Economic Loss** (Boston, 1995); P. Cane, **Tort Law and Economic Interest** (Oxford, 2nd ed., 1994). במשפט הקונטיננטלי ניתן להבחין בין גישתו העקרונית של המשפט הצרפתי, שהיא מרחיבה יחסית, לבין גישתו של המשפט הגרמני, שהיא מצמצמת למדי. לסקירת הגישות לבעייה במדינות הקונטיננט ר' **פרי**, 84-68.

[133] לדיון מקיף וביקורתי במגוון שיקולי המדיניות העומדים ביסוד הרתיעה מהכרה בנזק כלכלי טהור כבר-פיצוי בתביעות רשלנות, בדגש על נזקים כלכליים 'ריקושטיים' ר': **פרי**, 385-300. להצגה תמציתית ר' 9-528 (5) **Gilead** לניסיון לספק צידוק מוסרי דאונטולוגי ל'כלל השלילה' ר': P. Benson, "The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law" in: **Philosophical Foundations of Tort Law** (Oxford, 1995, Owen Ed) 427.

nevo.co.il

באופן לקוי.[134] **שנית**, גישתו העקרונית של בית המשפט העליון היא גישה מרחיבה, ולפיה כל נזק הוא עקרונית בר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות.[135] עם זאת, בפועל גם בישראל הגישה היא עדיין קזואיסטית, וטרם נפסקה הלכה ספציפית, המכירה בכך שנזק כלכלי-טהור דינו ככל נזק אחר.[136]

אולם כאן ראוי לציין, ששני מבחני עזר חשובים שהוכרו בפסיקה - בארץ ובעולם - כרלבנטיים לשאלת ההכרה בנזק כלכלי טהור וכתומכים בהכרה כזו, מתקיימים בענייננו. הראשון נוגע להתקיימותם של יחסי "קירבה", "שכנות" או "רעות" (proximity) שהם כידוע תנאי מוקדם להטלת חובת זהירות בנזיקין.[137] בפסיקה ובספרות מקובל להניח, שהסקתם של יחסים כאלה יחסית כאשר בין המזיק לניזוק קיים קשר חוזי.[138] השיקול השני קשור ליסוד הנפשי של המזיק. מודעות מצידו לאפשרות כי מעשיו יגרמו לניזוק נזק כלכלי נתפסת כשיקול חשוב להטיל

---

134 לסקירה פרטנית של הפסיקה הישראלית בתחומים אלה ר' **פרי**, 93-90; **גדרון**, 84-178. ר' גם: I. Gilead, "Tort Liability in Negligence for Pure Economic Loss" in: **Israeli Reports to the 15th International Congress of Comparative Law** (Jerusalem, 1999, Rabello Ed.) 79. בתחום של אחריות למבנים פגומים משתקפת במשפט האנגלו-אמריקאי עדיין גישה מצמצמת, השוללת אחריות לנזק כלכלי טהור ברשלנות גם כאשר בין הצדדים קיים חוזה מפורש שהופר באופן מחפיר על ידי הקבלן. הלכה כזו נפסקה, למשל, בבית המשפט העליון של אילינוי: ***Morrow***, 185: **"..when a purchaser of a defectively constructed residence sues the builder and alleges solely economic losses, the purchaser cannot recover under a negligence theory in tort… We cannot agree that a breach of contract becomes a tort just because the breach was willful and wanton."** שונה המצב בתחום האחריות למוצרים פגומים. כאן הוטלה אחריות לנזק הכלכלי הטהור שגרם יצרן לבעל חוזהו, אך לא מכוח עוולת הרשלנות, אלא מכוח דוקטרינות של תניות מכללא ("implied warranty") או מכוח הסדרים חקיקתיים או עקרונות פסיקתיים המטילים אחריות חמורה על יצרן של מוצר פגום. לבסיסי האחריות השונים שמכוחם מוטלת אחריות לנזק כלכלי טהור שמקורו במוצר פגום ר' למשל: K. Tilman, "Product Defects Resulting in Pure Economic Loss: Under What Theory Can the Consumer Recover?" 50 **Missouri L.R.** (1985) 625. בהקשר לאחריות לנזקי גוף ר': S.M. Flower, "Is Strict Liability in Tort Identical to Implied Warranty in Contract in the Context of Personal Injury?" 62 **Missouri L.R.** (1997) 382. באנגליה כלל השלילה חל גם ביחס למבנים פגומים וגם ביחס למוצרים פגומים. ר' **גדרון**, 60-154. עם זאת, כאמור, ייתכן שקירבה חוזית בין היצרן לניזוק תאפשר להטיל אחריות במקרים קונקרטיים. בישראל, על נזק כלכלי טהור שנגרם בגין מוצר פגום חל **חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"מ-1980**, המחיל את הוראות פקודת הנזיקין בשינויים המחוייבים (סעיף 8 לחוק). כאשר היצרן הוא צד לחוזה, תקום גם עילה חוזית מקבילה. גם בתחום האחריות למבנים פגומים הגישה בישראל היא מרחיבה יותר, והפסיקה הכירה באחריות לנזק כלכלי גם בהעדר קשר חוזי. ר' למשל: עניין ***קורנפלד*** (הטלת אחריות לנזק כלכלי שנגרם בשל בנייה לקוייה); ע"א 725/78 **בריטיש קנדיאן בילדרס בע"מ נ. אורן** פ"ד לה(4) 253 (הטלת אחריות אישית על מנהלה של חברה קבלנית שפיקח על בנייה רשלנית לנזק כלכלי טהור; המנהל לא היה צד לחוזה עם הניזוקים).

135 הדבר נפסק במפורש לגבי נזק לא-ממוני בעניין ***גודזון***, אך מהלכה זו עולה במשתמע עקרון כללי, היפה לכל נזק ממשי, לרבות נזק כלכלי-טהור.

136 בכך נחות מעמדו של הנזק הכלכלי מהנזק הלא-ממוני, שלגביו נקבע הדבר מפורשות בעניין ***גודזון***. יתרה מכך, מפסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון עולה גישה מצמצמת כלפי ההכרה בנזק כלכלי טהור, בהשוואה לראשי נזק אחרים. בע"א 915/91 **לוי נ. מ"י** פ"ד מח(3) 45, 66, 67 קבע הנשיא שמגר, שבעוד ש"[כאשר] **מדובר בנזק פיסי שנגרם לניזוק כתוצאה ממעשהו הרשלני של בעל החובה עצמו, כעניין שבשיגרה, כלל לא מתעוררת בעייה בנוגע לדרישת השכנות, שכן זו נובעת באופן ישיר מהצפיות.**", הרי ש"**כאשר מדובר בנזק כלכלי** [טהור]... **אין לגזור קיומה של שכנות מקיומה של צפיות.**" ר' גם דבריו של פרופ' גלעד בנושא זה: "**גם המשפט הישראלי הכרי באחריות לנזק כלכלי טהור.. ..תוך הקפדה על כך שאחריות זו לא תרחיב יתר על המידה את מעגל הזכאים לפיצוי. הכרה באחריות לנזק כלכלי טהור שלא על בסיס הסתמכות על מצג או נטילת אחריות הוגבלה למקרים מיוחדים, כאלה שבהם נושא המזיק (עו"ד, בנק או רשות ציבורית) בחובת אמונים מיוחדת כלפי הניזוק.**" **גלעד** (4) 325.

137 דרישת ה"שכנות" יסודה בפסק הדין המנחה של בית הלורדים האנגלי בעניין **Donoghue v. Stevenson** [1932] A.C. 562 (H.L.) והיא השתרשה גם בפסיקה הישראלית. לדיון בה ר' למשל עניין **לוי**, 9-66.

138 **"Contractual or close-to-contract relations establish proximity or "special relations" necessary to establish duty of care for pure economic loss caused by negligent misrepresentation."** **Gilead** (5) n. 7. הטעם לכך הוא, שהקשר החוזי יוצר זיקה עובדתית וקשר של אמון והסתמכות בין הצדדים לו, וקיומה של הסתמכות הוא שיקול מרכזי לעניין התקיימותה של דרישת ה"קירבה". ר' למשל דברי הנשיא שמגר בעניין ***לוי***, 68: "**קיומה של הסתמכות** [סבירה] **מצביע בדרך כלל על קיומה של "קירבה" בין הצדדים.**" קיומו של חוזה הוא דוגמה מובהקת למצב שבו צד אחד מסתמך באופן סביר על כך שהצד השני לא יגרום לו נזק כלכלי טהור, ודאי לא נזק כלכלי הנובע מהפרת החוזה. אמנם, בפועל הפסיקה בארץ ובעולם לא הרבתה להטיל אחריות ברשלנות לנזק כלכלי טהור במצבים שבהם היה קיים חוזה בין הצדדים (החריג הנפוץ ביותר הוא מתן שירות רשלני על ידי בעל מקצוע - ר' בהערה 140 להלן). אולם נראה שהסיבה לכך איננה נעוצה בהתנגדות עקרונית להטלת אחריות נזיקית מקבילה בתביעות חוזיות (גישה כזו קיימת במשפט הצרפתי, שבו נוהג עקרון אי-הצירוף. ר' סע' 4.07(26) לעיל. אלא בעובדה שמבחינה פרקטית במקרים אלה אין כל צורך להסתמך על העילה הנזיקית, שכן ניתן לזכות בפיצויים על הנזק הכלכלי שגרמה הפרת החוזה מכוח העילה החוזית. התנגדות עקרונית להכרה בעילה נזיקית מקבילה ביחסים חוזיים התעוררה בפסיקה האנגלו-אמריקאית בעיקר במצבים שבהם הדבר נראה כעומד בסתירה לכוונתם המפורשת או המשתמעת של הצדדים לחוזה. כאן החשש הוא מעקיפה של ההסדר החוזי, ומפגיעה ברצון הצדדים, בוודאות המשפטית ובתמריץ הכלכלי להתקשר בחוזים. לדיון בחששות אלה ר' למשל: **Stapleton**, 286-92; **Cane** (3) 326-36; **Gilead** (5) 529-30; J. Swanton, B. McDonald, "The Reach of Negligence" 71 **Australian L.J.** (1997) 822, esp. 828-9; P. Cane, "Economic Loss in Tort and Contract" 58 **Rabels Zeitschzift fur Auslandisches und Internationales Pivatrecht** (1994) 430. ר' גם: **גדרון**, 40-139.

nevo.co.il

עליו אחריות בגין אותו נזק, שעה שרשלנות בלבד מושכת בכיוון הפוך.[139] שיקולים אלה מושכים שניהם לעבר הכרה בנזק כלכלי כבר-פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות, כאשר הנזק נגרם כתוצאה מהפרת חוזה מחפירה, שהיא בהכרח גם מודעת.[140] הפוטנציאל של עוולת הרשלנות להחליף כאן את הגישה האזרחית הוא אפוא ניכר, במיוחד בישראל. עם זאת, הדבר תלוי ב'רוחב ליבה' של הפסיקה, ובנכונותה להטיל אחריות ברשלנות על נזק כלכלי שגרמה הפרת חוזה במחדל. מכשול זה ידון להלן.

4. העדר הכרה באחריות נזיקית להפרת חוזה במחדל גמור

11.45 המכשול האחרון העומד בדרכה של עוולת הרשלנות בבואה 'לבלוע' את הפרת החוזה המחפירה טמון בהבחנה המסורתית המקובלת בדיני הרשלנות בין מעשה לבין מחדל. לפי הבחנה זו, בעוד שביצוע רשלני של התחייבות חוזית עשוי להקים אחריות בנזיקין, הרי מחדל מוחלט מלקיים חיוב חוזי הוא הפרת חוזה ותו לא.[141] אמנם, הבחנה זו איבדה מכוחה במהלך המאה ה-20. עם זאת, דומה שהיא עודנה נתפסת כשיקול חשוב להימנעות מהכרה באחריות נזיקית, בפרט כשהנזק המדובר הוא כלכלי-טהור.[142] הבחנה זו, כל עוד היא קיימת בדין הנוהג, מגבילה אף היא את כוחה של עוולת הרשלנות לחול על הפרות חוזים מחפירות הגורמות במחדל נזק נפשי או כלכלי טהור.

<u>ג. מגבלות עוולת הרשלנות כתחליף לגישה האזרחית - סיכום</u>

11.46 בדברים שלעיל ביקשתי לעמוד על מגבלות מעשיות שונות המקשות על עוולת הרשלנות - לפחות במתכונתה הקיימת במרבית המדינות לרבות ישראל - מלשמש תחליף מלא להכרה בסמכות לפסוק תשלום עונשי בגין התנהגות מחפירה בתחום החוזי.[143] האם ראוי 'למתוח' עוד יותר את גבולות האחריות בעוולת הרשלנות באופן מגמתי על מנת להתגבר על מגבלות מעשיות אלה? על כך להלן.

---

[139] כך, למשל, בפסק הדין הקנדי המנחה בעניין **Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works** (1973) 40 D.L.R. 3d 350 (S.C.C.) הובהר, שהעובדה שהמזיק ידע **בפועל** על האפשרות לגרימת הנזק אך לא הזהיר את הניזוק היא שיקול להטלת אחריות. גם במשפט הגרמני, שבו כאמור הגישה הכללית היא מצמצמת, פוסקים פיצוי על נזק כלכלי בעיקר כאשר הוא נגרם כתוצאה מהתנהגות מודעת. העיגון לכך מיוחס לסעיף 826 ל-B.G.B. הקובע: **"A person who willfully causes damage to another in a manner contrary to public policy is bound to compensate the other for the damages."** הוראה זו איננה מפרטת את סוגי הנזקים שהינם בני פיצוי, וזאת בניגוד להוראת האחריות הכללית הקבועה בסעיף 823(1) לקודקס, העושה כן, אך איננה מזכירה את הנזק הכלכלי הטהור. מכוחו של סעיף 826 האמור הכירו בתי המשפט הגרמניים בזכות לפיצוי כלכלי בגין עוולות כלכליות כדוגמת שקר מפגיע, גניבת עין, גרם הפרת חוזה, נגישה, וכיו"ב, שבהן נדרש יסוד נפשי של מודעות. לעניין זה ר' **פרי**, 78.

[140] ואכן, בקטגוריות הטיפוסיות של מצגי שווא ומתן שירותים רשלניים, קיומו של חוזה בין הצדדים לא מנע בדרך כלל הטלת אחריות ברשלנות לנזק כלכלי טהור. המצבים הטיפוסיים הם של התרשלות בעלי מקצוע מומחים, כגון עו"ד, רופא, יועץ, מהנדס, וכיו"ב כלפי לקוחותיהם, בין בשל מצג שווא רשלני, ובין בשל ביצוע רשלני של שירות. באנגליה, פסק הדין המנחה שהכיר מפורשות בקיומן של עילות תביעה מקבילות (חוזית ונזיקית) במקרה כזה הוא **Henderson v. Merrett Syndicates** [1995] 2 A.C. 145 (H.L.). עם זאת, פסק הדין מבהיר, כי אין בכוחה של העילה הנזיקית כדי לעקוף מגבלות שקובע החוזה. לדיון בפסק הדין ובתמורות שחלו בפסיקה האנגלית בתחום הרשלנות המקצועית ר': J.L. Powell, "Professional and Client: The Duty of Care" in **Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.) 47, 58-65.; K.M. Stanton, "Professional Negligence in Tort: The Search for A Theory" in **Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.) 67, 71-74.

[141] **"The complete failure to perform a contractual obligation generally sounds in contract, but once a contractual obligation has begun, a failure to perform which injures the promisee may sometimes sound in tort." Freeman**, 107. לדיון במעמדה של הבחנה מסורתית זו ובקשיי יישומה ר' גם: **Prosser**, 658-62 גם סע' 5.13(54) לעיל.

[142] הנשיא שמגר בעניין ***לוי*** קבע מפורשות, שאחד השיקולים העשויים לשלול את קיומה של "קירבה" בין מזיק לניזוק היא העובדה שהנזק, למרות היותו צפוי, נגרם כתוצאה ממחדל, להבדיל ממעשה: **"..כאשר מדובר באחריות בגין <u>מחדל להבדיל ממעשה</u>... - אין לגזור קיומה של שכנות מקיומה של צפיות."** ***לוי***, 67. נימוק זה אף שימש שם שיקול לקבלת הערעור: **"המקרה שלפנינו אינו מסוג המקרים שבהם ניתן להיעזר בכך שקיימת צפיות (שעל קיומה אין מחלוקת) כדי להסיק ממנה קיומה של "שכנות"... ..<u>הנזק שאירע הוא נזק כלכלי שנגרם עקב הימנעות מפעולה..</u>"** ***לוי***, 84.

[143] תמיכה מרומזת במסקנתי זו מצאתי בדברי מלומד קנדי בתחום המשפט האזרחי: **"..in a power-imbalanced contractual relationship it is possible to commit unique wrongs which could not be actionable in any other context and which may be deserving of civil punishment." Feldthusen** (2) 175. דברים דומים נאמרו בדעת מיעוט בפסק הדין המנחה של בית המשפט העליון של קליפוניה: **"There are some types of intentionally tortious behavior unique to the contractual setting that do not fit into conventional tort categories."** ***Freeman***, 104 (Mosk, J., dissenting). יתרונה המעשי של הגישה האזרחית על פני הגישה הנזיקית יובהר ביתר פירוט בפרק הבא, אגב בחינתן של קטגוריות טיפוסיות של התנהגות מחפירה בתחום החוזי.

nevo.co.il

II. "מתיחת" דיני הנזיקין - תחליף ראוי להכרה מפורשת בתשלום העונשי כסנקציה חוזית?

א. כללי - הצגת השאלה

11.47 בפרק ה' עמדתי בהרחבה יחסית על מספר טכניקות שיפוטיות "נזיקיות" שבאמצעותן הורחבו תחומי מחייתה של הדוקטרינה בתחום החוזי ללא צורך בקריאת תיגר חזיתית ומפורשת על הכלל האוסר.[144] טכניקות יצירתיות אלה אמנם אינן אפשריות במשפט הישראלי,[145] אולם אפשרית כאן טכניקה אחרת: "מתיחה" והרחבה מגמתית של היקף האחריות הנזיקית, במיוחד בעוולת הרשלנות, במצבים שבהם הדבר נראה לבית המשפט כנחוץ לצורך פסיקת תשלום עונשי בגין הפרה מחפירה של חוזה. האם "מתיחה" או הרחבה כזו של דיני הנזיקין עדיפה על פני החלה מפורשת וגלויה של הדוקטרינה בהקשרים חוזיים?

ב. הטלת אחריות נזיקית ברשלנות בגין הפרת חוזה היא מלאכותית

11.48 לדעתי, הטלת אחריות בנזיקין במסגרת עוולת הרשלנות לתשלום פיצויים בגין נזק שגרמה הפרת חוזה עשויה להיות במקרים רבים מלאכותית. כך יקרה, כאשר בהעדר הסכמה רצונית לא היה המעשה שגרם לנזק מקים אחריות בנזיקין. במקרים אלה, הבסיס האמיתי להטלת האחריות הנזיקית על המזיק הוא בהסכמתו החוזית ליטול על עצמו מחוייבות כלפי הצד השני, ולא בנורמה משפטית לבר-חוזית שהיתה יכולה להביא לחיובו בתשלום פיצויים גם אלמלא הביעו הצדדים את רצונם בכך. אכן, אחת ההבחנות הבסיסיות ביותר בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין, אם לא הבסיסית שבכולן, היא זו הנשענת על ראיית הראשונים כנובעים מרצון הצדדים, וראיית האחרונים כנובעים מהדין הכללי, בלא תלות ברצון הצדדים.[146] אמנם, בשל החפיפה הגוברת בין התחומים הטלת אחריות נזיקית על צדדים לחוזה בגין הפרתו אינה נדירה במיוחד.[147] אך עדיין, הקביעה שמקור האחריות במצבים אלה הוא נזיקי, גם אם היא אפשרית מבחינה מושגית, היא לדעתי מלאכותית, ובמידה רבה גם עלולה להטעות.[148]

ג. הטכניקות ה"נזיקיות" שוברות את הגבולות המושגיים בין דיני הנזיקין לבין יתר ענפי דין החיובים

11.49 כפי שהראיתי בדוני במשפט האמריקאי, מרבית הטכניקות ה'נזיקיות' שבאמצעותן הורחב השימוש בדוקטרינה בתחום החוזי מבוססות על ראייתה של הפרה של חובה מן הדין (a duty imposed by law) כמקימה עילה נזיקית, או לפחות "מעין נזיקית".[149] נקל לראות, שבפנינו 'מתיחה" מרחיקת לכת של המושג "דיני נזיקין", ההופכת מעתה כל חיוב שמקורו בדין - יהא זה חיוב נזיקי, חיוב מדיני עשיית עושר, או חיוב שמקורו בדין אחר (חקוק או הלכתי) -

---

144 ר' סע' 5.08-5.11 לעיל.

145 לאור העדר הסמכות ליצור עוולות נזיקין חדשות. ר' הערה 117 לעיל.

146 **"A traditional, basic distinction between contract and torts is that contractual liability originates in the consent of the contracting parties.. ..while tortuous liability is imposed by law." Gilead** (4) 5. למקום הבסיסי שהבחנה מסורתית זו תופסת בתורת המשפט האנגלו-אמריקאית ר' גם דברי פרופ' Atiyah בסע' 2.14(66) לעיל.

147 בהבחנה המסורתית בין האחריות החוזית לאחריות הנזיקית חל כרסום בעשורים האחרונים, עם התרחבות האחריות בנזיקין של צדדים לחוזה במשפט המקובל, ועם התרחבות האחריות החוזית של צד לחוזה לנזק כלכלי טהור שגרמה הפרתו לצדדים שלישיים במשפט הגרמני. למגמות אלה ר' **Gilead** (5) 517, 513: **"Contract law has become a source of non-consensual obligations that the parties may or may not have stipulated, while tort law has become a source of obligations predicated on or related to consensual or quasi-consensual relations."**

148 טלו למשל את דוגמת המשכיר, המתעמר בשוכר (לעיל, סע' 11.11). אלמלא הסכמתו החוזית של המשכיר לספק לשוכר חזקה במושכר, לא היו מעשיו שלא כדין. באופן דומה, גם ביתר הדוגמות הנדונות שם הטלת אחריות נזיקית מקבילה ברשלנות, גם אם היא אפשרית במסגרת הדין הנוהג, היא מלאכותית, שכן בהעדר הסכמה חוזית לספק את הנכס/השירות/התמורה החוזית שעליהם הוסכם בחוזה לא היתה קמה אחריות נזיקית ברשלנות להימנעות מהספקתם של אלה. אמנם, ככל שהחובה החוזית היא פחות מפורשת, פוחתת בהתאמה גם מידת המלאכותיות שבראיית החבות כנזיקית. אך כאשר הטלת האחריות נשענת על הסכמות מפורשות שבין הצדדים, ראיית האחריות כנזיקית תהיה מלאכותית מאוד. לדעתי, זוהי גם הסיבה לכך, שבאופן מסורתי מחדל מוחלט מלקיים חיוב חוזי נתפס כמקים עילה חוזית בלבד, בעוד שביצוע לקוי של התחייבות חוזית נתפס כמקים אחריות נזיקית מקבילה. בעוד שהחיוב הראשון הוא מפורש, ולפחות משתמע בבירור מעובדות העיסקה (implied in fact) הרי החיוב השני הוא למעשה חיוב שנכון יותר לראותו כמשתמע מן הדין (implied in law). ביקורת דומה על המלאכותיות שבהכרה בקיומה של עילת נזיקין המבוססת למעשה על הסכמת הצדדים העלינו גם אגב הדיון בנסיונותיהם של בתי המשפט בארה"ב להצדיק את החריגים השונים שיצרו לכלל האוסר.

149 ר' במיוחד סע' 5.08 לעיל.

nevo.co.il

לחיוב נזיקי לכל דבר ועניין. מתיחה דומה, ואפילו רחבה עוד יותר של דיני הנזיקין ניתן להשיג באמצעות הרחבת תחומי פרישתה של עוולת הרשלנות מעבר לגבולותיה בדין הקיים, ובאופן שזו תחול כל אימת שהתנהגות בלתי סבירה גרמה לנזק כלשהו (לרבות נזק נפשי וכלכלי טהור מכל סוג שהוא). 'מתיחה' כזו היתה מביאה לייתור החלק הארי של דיני החיובים - לא רק הלא-רצוניים (דיני עשיית עושר, דיני חיובים מן הדין) אלא גם הרצוניים (דיני החוזים, דיני ההתחייבויות החד-צדדיות).[150]

מתיחה כזו של דיני הנזיקין היא, לטעמי, בעייתית. **ראשית,** ספק אם ראוי לחולל "מהפכה מושגית" כה מרחיקת לכת רק לצורך הגשמת מטרה נקודתית כהכרה בתשלום העונשי, ומבלי לשקול את מכלול ההשלכות האפשריות של מהלך עיוני כזה.[151] **שנית,** אם אכן זוהי המטרה - מה טעם יש בשימור ההכרה הרטורית בכלל האוסר, כלל המושתת כל כולו על הבחנה זו? **שלישית,** ובהנחה שה"מתיחה" האמורה של מושג הנזיקין נעשית באופן נקודתי ומגמתי לצורך פסיקת תשלום עונשי בלבד, תוך רצון לשמר את המבנה המסורתי של דיני החיובים, מתעוררות שתי "רעות חולות" אחרות. על אלה אעמוד בקצרה להלן.

<u>ד. מתיחה מגמתית של דיני הנזיקין אינה מתיישבת עם הדרישה ליושרה שיפוטית</u>

11.50 ההיעזרות בטכניקות "נזיקיות" שתכליתן להרחיב את תחולת דיני הנזיקין לצורך פסיקת תשלומים עונשיים בהקשרים חוזיים נראית בעיניי פסולה בראש ובראשונה מאחר שהיא כרוכה במידה לא מבוטלת של 'הונאה' שיפוטית. בית המשפט נוקט ברטוריקה של דיני הנזיקין, שעה שבפועל הוא חורג מגבולותיהם המסורתיים, כל זאת על מנת שלא להצטייר כמי שחורג מאותם גבולות ממש. הוא יוצק תוכן חדש למושג "עוולה נזיקית" ובה בעת משמר את המושג עצמו, על מנת להיראות כמי שפועל במסגרת הדין הקיים. **השימוש בטכניקות אלה נועד לייצר מראית עין שלפיה הנתבע ביצע עוולה נזיקית שבגין ביצועה הוא נענש, שעה שלמעשה הסיבה האמיתית להטלת האחריות עליו שונה.**[152] נקיטת דרך זו עומדת בסתירה לדרישות של הגינות, כנות ויושרה (integrity) המתחייבות מן האמון והכוח המופקדים בידי הרשות השופטת.[153] נראה לי, שאין זו הדרך שבה ראוי לשופט לילך, ודאי לא בחברה דמוקרטית. ממה נפשך: אם סבר השופט, כי נדרש שינוי בדין הנוהג וכי בסמכותו לחולל שינוי כזה (במקרה דנן - הרחבת תחולתה של הדוקטרינה בתחום החוזי), ייכבד ויבהיר נא בפסק דינו את מהות השינוי, את הצידוק לו, ואת מקור הסמכות לחוללו; ואם סבר כי סמכות זו אינה נתונה בידיו - עליו להימנע מעיקרא מלבצע את השינוי.[154]

---

[150] על פוטנציאל ההתרחבות הכמעט בלתי מוגבל של עוולת הרשלנות עמד אחד המלומדים: **"...the negligence paradigm's norm of reasonableness has a voracious appetite that can swallow whole all of the other paradigms."** W. Powers, "Border Wars" 72 **Tex. L.R.** (1994) 1209, 1219. המתיחה הנדונה היתה מביאה את מרבית הפרות החוזים תחת כנפי עוולת הרשלנות ובכך מייתרת במידה רבה את דיני החוזים (ההפרות היחידות שהיו נותרות באופן בלעדי בתחום החוזי היו "הפרות "סבירות" של חוזה, אך לאור השימוש הגובר בעקרון תום הלב בתחום החוזי הדעת נותנת שהפרות כאלה הן כיום נדירות יחסית). באופן דומה ניתן לייתר חלק ניכר מדיני עשיית עושר ולא במשפט, שכן הימנעות מהשבה של התעשרות בלתי צודקת ניתן נתאר כ"נזק" הנגרם ברשלנות בכל מקרה שבו המתעשר יודע או צריך לדעת על חובתו להשיב. הוא הדין באי קיומה הבלתי סביר של התחייבות צד-צדדית, או של חיוב אחר שמקורו בהוראת דין חקוקה או הלכתית.

[151] ניתן, למשל, לטעון שלאור ההבדלים המהותיים בין ענפיו השונים של דין החיובים, אין זה רצוי למזג ביניהם. מכל מקום, כאמור, גם בהנחה שאין לשלול על הסף מהפך תפיסתי כזה, אין ספק, שבטרם יינקט צעד כזה מן הראוי לשקול בכובד ראש את מגוון השלכותיו המעשיות, ולא לבצעו כלאחר יד, לצורך מימושה של מטרה נקודתית.

[152] סיבה זו יכולה להיות הפרה מחפירה של החוזה, או התנהגות מחפירה אחרת, שאיננה משתבצת לגדרה של עוולה נזיקית מוכרת, והמתרחשת ביחסים שבין צדדים לחוזה. ההבחנה בין הפרת חוזה מחפירה לבין התנהגות מחפירה אחרת בתחום החוזי תוסבר בפרק הבא.

[153] לגישה ביקורתית יוצאת דופן שלפיה השופט אינו זקוק לאמון הציבור ר' מאמרו של ח' כהן, "הרהורי כפירה באמון הציבור" **המשפט** 14 (תשס"ב) 9. להערכה ביקורתית של עמדה זו ר': מ' חשין, "אמון הציבור בבית המשפט" **המשפט** 15 (תשס"ג) 4.

[154] ביקורת ברוח זו השמיע השופט חשין בע"א 3798/94 **פלוני נ. פלונית** פ"ד נ(3) 133, 173, כלפי שופטים המכנים פעולות של חקיקה שיפוטית הכרוכות בסטייה מלשון החוק בשם "פרשנות": **"..נודעת למושגים "פרשנות" ו"פירוש" משמעות משלהם.. ..וגם להם יש גבולות המתחמים את גדרותיהם... דומני כי ההולכים בדרך הפרשנות בענייננו, מפקיעים את מושג ה"פרשנות" מגדרו הלגיטימי ומייחסים לו משמעות שאינה ממין העניין... כיצד ניתן "לפרש" טקסט על דרך שנסיק מסקנה הנוגדת את לשון הטקסט?"** באור דומה רואה השופט את השימוש בדוקטרינת "החסר הסמוי": **"..כשאני לעצמי דומני כי "חסר סמוי" אינו אלא מסגרת שתוכה אינו כברה. על הקנקן מוטבעת תווית שלשונה הוא "חסר סמוי", אך טעמו של המשקה בקנקן אין הוא מעיקרו טעם**

nevo.co.il

סיכומו של דבר, לדעתי, עטיפתן של טכניקות שיפוטיות אקטיביסטיות בלבוש שמרני הינה באורח עקרוני בלתי ראוייה בחברה המתיימרת להיות חופשית ודמוקרטית. קל וחומר, שהליכה בדרך זו אינה נחוצה בשיטת המשפט הישראלית, שאיננה נתונה באותם 'כבלי מסורת' עתיקי יומין, המאפיינים את תרבות המשפט והשיפוט האנגלו-אמריקאית.

ה. הטכניקות ה"נזיקיות" מקשות על מימוש מטרות הדוקטרינה וכרוכות בבזבוז חברתי

11.51 השימוש ברטוריקה נזיקית, מעבר להיותו מלאכותי ובעייתי מטעמים של יושרה שיפוטית, פוגם קשות ביכולת לממש בהצלחה את מטרותיה המוצהרות של הדוקטרינה, וכרוך בבזבוז חברתי ניכר.

ראשית, עצם השימוש הלא-עקבי במושגים משפטיים בסיסיים כגון 'עוולה' או 'עילה נזיקית' - פעם באופן מרחיב, ופעם באופן מצמצם - צפוי להכניס אי בהירות, ולכן גם בלבול מיותר לשיח המשפטי. טכניקות נזיקיות מלאכותיות אלה עלולות להסתיר מעיני הציבור ומעיניהם של משפטנים - ואפילו שופטים - את המציאות - זו שבה בפועל נפסקים תשלומים עונשיים גם בהקשרים חוזיים על אפו וחמתו של האיסור הפורמלי שעליו בית המשפט ממאן לקרוא תיגר. מעטה הרטוריקה ה"נזיקית" עלול אפוא, במידה זאת או אחרת, להביא להטעייה ממש של הציבור - הדיוטות ומשפטנים גם יחד. יתרה מכך, הסחת תשומת הלב מהסוגיות המהותיות מקשה על נתבעים פוטנציאליים לזהות ולהבין את המאפיינים המהותיים של ההתנהגות המחפירה, ואת הנסיבות הטיפוסיות שבהן בית המשפט צפוי לפסוק תשלום עונשי. היא מקשה על שופטים להבין את הטעמים שעמדו בבסיס פסקי דין קודמים, ועלולה ליצור חוסר עקיבות, הפליה, ואי-צדק ביישום הדין. כל אלה מערפלים את הדין ופוגמים ביכולת לכוון את התנהגות הציבור ולהגשים ביעילות את מטרותיה החברתיות החיוניות של הדוקטרינה.

שנית, נקיטת טכניקות "נזיקיות" מזמינה התדיינות משפטית ממושכת ומיותרת - ולכן בזבזנית - סביב השאלה הבלתי רלבנטית, אם במקרה הנדון ניתן או ראוי להגדיר את עילת התביעה כנזיקית, אם לאו.[155] כמוסבר לעיל, שאלה זו איננה רלבנטית כשלעצמה להכרעה בדבר קיומה של התנהגות מחפירה, בפרט בדיני הנזיקין המודרניים, על עוולות המסגרת הרחבות שבהם.[156] קל וחומר שאין היא רלבנטית בשיטות משפט שבהן מופעלות טכניקות נזיקיות שכל מטרתן היא להתעלם מהמגבלות שמציבים דיני הנזיקין הנוהגים על תחולתם שלהם. בשיטות כאלה צפוייה להתנהל - ומתנהלת בפועל - התדיינות רבה ומיותרת סביב השאלה המשפטית, באילו נסיבות ניתן יהיה לראות ב"הפרת חובה מן הדין" משום מעשה המקים עילה נזיקית.[157] כל זאת, על חשבון התמקדות והתעמקות בשאלות המהותיות ובשיקולים העניינים העשויים להצדיק או לשלול פסיקת תשלום עונשי במקרה הקונקרטי שעל הפרק.

ו. סיכום - יתרון הגישה האזרחית על פני תחליפיה ה"נזיקיים"

11.52 על רקע מגבלותיהן וחסרונותיהן של הטכניקות ה"נזיקיות" השונות צף ועולה יתרונה הברור של הגישה האזרחית. זו ממקדת את המבט במישרין אל הסוגיות והשיקולים המהותיים, שסופם להכתיב את ההכרעה בשאלה, אם

של "חסר"... חסר סמוי אין הוא "חסר", אלא אם נמתח את מושג ה"חסר" מעבר למידתו ונרחיב את גבולותיו אל מעבר לראוי.." שם, 176. לדעתי, ביקורת זו יפה גם בעניינו.

155 על כך העיר שופט הרוב, Binnie, בפסק הדין הקנדי המנחה בעניין ***Whiten*** : **"..the requirement of an independent tort would unnecessarily complicate the pleadings, without in most cases adding anything of subsatance… To require a plaintiff to formulate a tort.. ..is pure formalism."** ***Whiten***, para. 82.

156 ר' סע' 11.04 לעיל.

157 העיון בפסיקה האמריקאית מעלה, כי נתח נכבד ביותר מן הדיון המשפטי מוקדש לעיסוק בשאלות של סיווג המקרה לגדר חריגי הכלל האוסר, וזאת על חשבון דיון בעובדות ובשיקולים המהותיים. הדוגמה הבולטת ביותר היא ההתפלמסות במדינת קליפורניה סביב השאלה באילו נסיבות תקים הפרה של חובת תום הלב עילה נזיקית. ר' סע' 5.28-5.30 לעיל.

nevo.co.il

במקרה נתון ראוייה התנהגותו של הנתבע להיחשב כמחפירה, אם לאו.[158] דיון כזה צפוי להפוך את הדין לקוהרנטי וצפוי יותר, וכך להגדיל גם את רמת הוודאות המשפטית, ואת היכולת לכוון התנהגות באמצעות פסיקתם של תשלומים עונשיים. כל זאת, תוך חיסכון ניכר במשאבים, ותוך הימנעות מפגיעה ביושרה השיפוטית ובמעמדו של בית המשפט. בהנחה שאכן ראוי להכיר בסמכות לפסוק תשלום עונשי בסכסוכים חוזיים, מן הראוי לעשות זאת באופן ישיר וגלוי, תוך השתחררות מעולה המכביד של הגישה הנזיקית המסורתית.[159]

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

הערה למטרת הדיון

11.53 כחתימה לפרק זה, וכהשלמה לטיעון שהתגבש בו עד כה, אבקש לבחון באיזו מידה מתיישבת הכרה כזו עם תיאוריות מובילות של דיני החוזים, ועם מגמות כלליות העוברות על דיני החוזים בעשורים האחרונים.

I. השתלבות התשלום העונשי בתיאוריות של דיני החוזים

א. תיאוריית הרצון - דיני החוזים כמבוססים על אוטונומיית הרצון הפרטי

11.54 על מקומה של תיאוריית הרצון בעיצוב דיני החוזים המודרניים ועל האידאולוגיה הליברליסטית-אינדיווידואליסטית שעמדה מאחוריה עמדתי במקום אחר.[160] במסגרת תורה זו שאלת החלתה האפשרית של הדוקטרינה בתחום החוזי תיחתך לאור רצונם הסובייקטיבי - המפורש או המשתמע - של צדדים טיפוסיים לחוזה. כפי שהראיתי בהרחבה בפרק הקודם, הניסיון לשלול את ההכרה בדוקטרינה בהקשר החוזי בהסתמך על ההנחה ששתיקת הצדדים בנושא זה מלמדת על הסדר שלילי, איננו עומד במבחן הביקורת. כמוסבר, העדר הסכמה מפורשת על תחולת הדוקטרינה אינו נובע מהעדר רצון להחילה ביחסים שביניהם. נהפוך הוא, בחינת הרצון המשוער של צדדים סבירים להתקשרויות חוזיות מלמדת שההיפך הוא הנכון.[161]

ב. התיאורייה הכלכלית - דיני החוזים כמקדמים יעילות כלכלית

11.55 הניתוח הכלכלי של התשלום העונשי - כסנקציה אזרחית בכלל וכסנקציה חוזית בפרט - זכה לתשומת לב נרחבת בחיבור זה.[162] המסקנות שעלו מהדיון היו, כי הכרה באפשרות לפסוק תשלום עונשי כסנקציה בגין הפרת חוזה מחפירה לא רק שאין היא עומדת בסתירה לערך של השאת התועלת או היעילות, אלא שהיא חיונית לשם מניעת בזבוז חברתי ולשם השלטת ביטחון מסחרי, שהוא תנאי לצמיחה כלכלית.[163]

ג. תיאוריות של הוגנות וצדק - דיני החוזים כמקדמים ערכי צדק ומוסר

---

158 שיקולים אלה יידונו בפרק הבא.

159 אחת ממטרותיה של הצעת החקיקה הנספחת לחיבור היא להשיג מטרה זו, וכך לחסוך מבתי המשפט את הדילמה האמורה, ואת האנרגיה המיותרת העלולה להיות מבוזבזת כתוצאה מאימוץ הגישה הנזיקית בסוגייה דנן.

160 סע' 2.14 לעיל. לסקירה תמציתית של עיקרי התיאורייה ר' למשל: **Cohen**, 575-8; **International Encyclopedia of Comparative Law**, Vol. 7 (Contracts) (Tubingen, 1982, Von Mehren Gen. Ed.) ch. 1 ("A General View of Contract", by A.T. Von Mehren) 17-18. תיאוריית הרצון ירדה מגדולתה במהלך המאה ה-20 כתיאורייה מובילה בדיני החוזים, אך יש לה תומכים גם כיום. חיבורו הידוע של C. Fried, **Contract As Promise** (Cambridge, 1981) נתפס כאחד מהחיזוקים המודרניים לתיאוריית הרצון. לעניין זה ר' למשל: A.T. Kronman, "A New Champion for the Will Theory" 91 **Yale L.J.** (1981) 404, 405: "**Fried's defense of the promise principle revives an older and now largely disfavored theory of contractual obligation, the so called "will theory" of contract.**" עם זאת, בניגוד לתיאוריית הרצון המסורתית, Fried אינו סבור שחופש הרצון הוא העיקרון הבלעדי החולש על דיני החוזים (אם כי הוא העיקרון הדומיננטי, לדעתו).

161 לביסוס מסקנה זו ר' בהרחבה סע' 10.13-10.17 לעיל.

162 ר' בהתאמה סע' 10.18-10.26, 7.42-7.80, 11.27-11.33. היבטים תועלתניים נדונו בסע' 10.27-10.32, 7.27-7.29.

163 ראוי לציין, שלפחות לפי התפיסה השלטת במחשבה הכלכלית, מימוש ההעדפות האקטואליות של צדדים להתקשרויות חוזיות נתפס כאמצעי חיוני להבטחת יעילות כלכלית. מכאן הזיקה - הן במבנה העיוני, והן מבחינת המסקנות - בין תיאוריות חוזיות ליברליות דאונטולוגיות המדגישות את חשיבות הרצון הפרטי, לבין התיאורייה הכלכלית. זיקה זו אינה מפתיעה, שכן כעובדה היסטורית תיאוריית הרצון עצמה התפתחה במידה רבה על יסוד אידאולוגיה תועלתנית-קפיטליסטית. לזיקה שבין התיאוריות ר' למשל: **Cohen,** 562: "**When the political argument** [for freedom of contract] **is closely pressed, it is found to rest on the economic one that a regime in which contracts are freely made.. ..promotes the greatest wealth of a nation.**"

nevo.co.il

11.56 תיאוריות של הוגנות וצדק מיושמות בהקשר החוזי בדרך כלל על מנת להצדיק או להסביר התערבות שיפוטית בתוכנם של חוזים הנראים כבלתי הוגנים או בלתי מאוזנים. יש המבחינים בין תפיסה של "הוגנות דיונית" לבין תפיסה של "הוגנות מהותית". בעוד שהראשונה מגבילה את ההתערבות למצבים שבהם חוסר ההגינות נפל בהליך כריתתו של החוזה באופן המצדיק את ביטולו, הרי רעותה 'אקטיביסטית' יותר ומאפשרת התערבות גם בתוכנם של חוזים שהליך כריתתם היה תקין.[164]

הוגים הדנים בהוגנות בתחום החוזי מתמקדים בדרך כלל בסוגיית "שקילות התמורות" ("fair exchange"; "equivalence theory").[165] אולם, לדעתי, השלכותיו של רעיון ההוגנות בתחום החוזי הן רחבות בהרבה. ניתן לגזור ממנו חובות מוסריות קונקרטיות מגוונות שצדדים לחוזה חבים זה לזה.[166] אחת מחובות אלה, ואולי הבסיסית והכללית מביניהן, היא החובה המוסרית להימנע מלגרום לצד השני נזק בלא הצדקה מספקת.[167] מוסד התשלומים העונשיים, בהיותו מושתת כל כולו על הרצון להיאבק בתופעה זו עולה בקנה אחד ומתיישב בבירור עם תיאוריית ההוגנות החוזית. התשלום העונשי מכוון למיגורן של התנהגויות שליליות ביותר מבחינה מוסרית ("מחפירות") המסכנות באופן ממשי וללא כל הצדקה (משפטית או מוסרית) את האינטרסים הלגיטימיים של הזולת.[168] לתשלום העונשי נודע אפוא תפקיד חיוני במסגרת תיאוריית ההוגנות החוזית: בכוחו למנוע עוול מראש, ולעשות צדק עונשי בדיעבד, במקרים של חריגה קיצונית מנורמות בסיסיות של יושר, צדק והגינות. הדוקטרינה משתלבת אפוא היטב בתיאוריה זו ומוסיפה לה משנה כוח - הן בהיבט ההצהרתי והעיוני, הן בהיבט המעשי.[169]

---

164 **"This substantive fairness approach should be distinguished from approaches that focus on whether the contracting *process* is fair or unfair"** R.E. Barnett, "A Consent Theory of Contract" 86 **Colum. L.R.** (1986) 269, 283 & n. 54. ההוגנות הדיונית מניחה למעשה, ששיקול ההוגנות המרכזי ביותר הוא זה של חופש הרצון או חופש החוזים, ולפיכך ההגינות מחייבת להימנע מהתערבות בתוכן החוזה, כל עוד הוא נכרת בהסכמתם החופשית של הצדדים לו. הוגנות דיונית מתיישבת אפוא עם התיאורייה הקלסית של דיני החוזים. ההוגנות המהותית, לעומת זאת, רואה בחופש הרצון רק שיקול אחד מבין שיקולי צדק שונים, ולפיכך מכירה באפשרות להתערב גם בחוזים שנכרתו מתוך רצון חופשי. עם זאת, נראה שבפועל הגדרה גמישה מספיק למושג "רצון חופשי" מאפשרת גם לאוחזים ב"הוגנות דיוניות" להשיג תוצאות מעשיות דומות. דוגמה לכך ניתן להביא מפסק הדין בענין **מאיה**, שם פסק השופט חשין, בדעת יחיד, כי החלטה שקולה של נושים אמידים למחול לחייב על מחצית מסכום החוב נעשתה ב"כפייה", ולכן ניתנת לביטול. לקביעה זו התנגד השופט גולדברג, שקבע כי באותו עניין לא היתה כפייה כלל. לדיון בזיקה וביחס האפשרי בין הוגנות דיונית להוגנות מהותית ר' **זמיר**(2), 90-787, 9-796. ר' גם בתמצית **פרידמן וכהן**, 23-20. לתיזה שלפיה התערבות מהותית בתוכן החוזה מטעמי הוגנות היא ראוייה ואף נעשית כדבר שבשגרה על ידי בתי המשפט בישראל בעיקר באמצעות טכניקות של פרשנות, ר' חיבורו של: א' זמיר, **פירוש והשלמה של חוזים** (ירושלים, תשנ"ו).

165 לדיון ביקורתי בהצדקות האפשריות להשלטת הוגנות מהותית באמצעות רעיון שקילות התמורות ר' **זמיר**, 100-89; **Cohen**, 580-2; J. Gordley, "Equality in Exchange" 69 **Cal. L.R.** (1981) 1587.

166 למשל: החובה לעשות מאמץ סביר לקיים את החוזה, החובה להימנע מיצירת מצגי שווא מכוונים, להימנע מהפעלת כפייה, לפעול תוך התחשבות באינטרס של הצד השני, להימנע מהפרת נורמות חברתיות מקובלות הנוגעות לביצוע החוזה (גם אם לא הוסכם עליהן במפורש) וכיו"ב. לדיון בחובות מוסר חוזיות אלה ר': **Mather**, 61-51 במשפט הישראלי ניתן לעגן חובות אלה בחיוב המשפטי לנהוג בתום לב בקיום חוזה.

167 חובה זו מהווה נדבך מרכזי בתפיסת הצדק המתקן (corrective justice) של אריסטו. לדיון במהות הצדק המתקן ובשאלת התיישבותו האפשרית עם התשלום העונשי ר' סע' 7.97 ואילך.

168 כפי שהראיתי בפרקים השביעי והשמיני לחיבור זה, התנהגויות אלה אינן ניתנות לריסון באופן שיטתי על ידי דיני התרופות המסורתיים, ואף לא על ידי המשפט הפלילי.

169 ואכן, בחיבורו של Mather אודות מקומו של המוסר בדיני החוזים, אחד מעקרונות הפעולה השיפוטיים שעליהם ממליץ המלומד הוא קביעה של התרופות והסנקציות בגין הפרת חוזה תוך התחשבות בהתנהגותם המוסרית של הצדדים לחוזה: **"A judicial decision should be a moral response to the parties' conduct; responsive morality distinguished between innocent conduct and wrongdoing, and distinguished between intentional and unintentional wrongdoing… <u>Legal remedies must sometimes be used for the purpose of punishing wrongdoers</u> so as to teach a moral lesson and deter future wrongs."** **Mather**, 67, 68.

nevo.co.il

ד. תיאוריית ההבטחה - דיני החוזים כמבוססים על הערך המוסרי של קיום הבטחות

11.57 תיאוריית החוזה כהבטחה - Contract as Promise - מעמידה במרכז דיני החוזים את הערך של קיום הבטחות.[170] למרות שהיא נתפסת לעיתים כתיאורייה חוזית עצמאית, תיאוריית ההבטחה אינה אלא יישום או נגזרת ספציפית של תיאוריית ההוגנות החוזית, שנדונה זה עתה.[171] מכיוון שכך, אין קושי להצדיק באמצעותה את ההכרה בסמכות לפסוק תשלום עונשי בשל הפרה מחפירה של התחייבות חוזית: הפרה כזו מסכנת באופן ממשי לא רק את האינטרס הספציפי של הנפגע ממנה, אלא משדרת זלזול והתנכרות מופגנת כלפי הערך החברתי שבקיום הבטחות.[172] כאשר ערך חברתי זה אינו זוכה לאישוש ולהגנה הראויים באמצעות הסנקציות החוזיות השגרתיות, יש בתיאוריית ההבטחה משום עוגן רעיוני שעליו ניתן להשתית את ההכרה בתשלומים עונשיים בתחום החוזי.[173]

ה. צדק מתקן; תיאוריית ההסתמכות ותיאוריית ההתעשרות - דיני החוזים כחלק מדיני החיובים

11.58 כאמור לעיל, אחד מציווי המוסר הבסיסיים ביותר, אם לא הבסיסי מכולם, הוא הציווי המוסרי להימנע מלהזיק לזולת בלא הצדקה מספקת. ציווי מוסרי בסיסי אחר הוא להימנע מלהתעשר שלא כדין על חשבון הזולת. שני ציווים אלה מהווים למעשה עקרונות יסוד של דיני הנזיקין מזה ושל דיני עשיית עושר ולא במשפט מזה, ועומדים ביסוד תפיסת הצדק המתקן שהגה אריסטו, המשמשת עד היום בסיס למשפט האזרחי התרופתי.[174] לפי אחת התיאוריות המודרניות של דיני החוזים, ענף זה נועד להגשים - במצבים שבהם קיימת מערכת יחסים חוזית - את יישומם של שני עקרונות מוסר כלליים אלה. דיני החוזים נועדו להגן על כל צד לחוזה מפני הסתמכות לרעה על התחייבויותיו החוזיות של הצד האחר,[175] ולמנוע התעשרות שלא כדין.[176] בתפיסה זו דיני החוזים משמשים אפוא אך כנציג או שלוחה של יתר דיני החיובים, וחשיבותה של ההסכמה או הרצון החופשיים במסגרתם היא מוגבלת.[177]

---

170 "**..promises are sacred *per se*.. ..there is something inherently despicable about not keeping a promise.. ..properly organized society should not tolerate this.**" **Cohen**, 571. לדיון בתיאורייה זו ובמגבלותיה בהסברת דיני החוזים ר' למשל: **Cohen**, 571-5; R.E. Barnett, "Some Problems with Contract as Promise" 77 **Cornell L.R.** (1992) 1022. הביסוס המשפטי המודרני המקיף ביותר של תיאוריית ההבטחה בספרות האנגלו-אמריקנית נעשה בחיבורו של **Fried**, הנ"ל בהערה 160. כמוער לעיל, קיימת זיקה רעיונית בין תיאוריית ההבטחה לבין תיאוריית הרצון. ביסוד שתיהן עומדת ההכרה בתוקף המוסרי של הבעת רצון חופשית של הפרט.

171 חשיבותו הרבה של ערך זה לפילוסופיה של דיני החוזים נובעת מכך שלהבדיל מיתר ערכי ההוגנות ערך זה נתפס כייחודי למערכות יחסים חוזיות. עם זאת, למעשה הבטחות עשויות להיות בעלות תוקף משפטי מחייב גם מחוץ לדיני החוזים. לדיון מקיף בתוקפן המשפטי של הבטחות שאינן חוזיות וביחס ביניהן לבין הבטחות חוזיות ר' פ' לרנר, **ההתחייבות הצד-צדדית** (ירושלים, תשס"א).

172 להכרה בחשיבות הערך של קיום חוזים והבטחות בפסיקה הישראלית ר' הערה 104 לעיל. לזלזול המאפיין הפרות מחפירות בכלל ר' סע' 7.10 לעיל.

173 לכאורה, הערך של קיום הבטחות עשוי להתפרש כמצדיק פסיקת תשלום עונשי אפילו במקרים של הפרות מודעות שאינן מחפירות, ואף במקרים של הפרות חוזים רשלניות או בלתי נמנעות. עם זאת, כמוסבר בהרחבה בפרק ז', שיקולי הוגנות ותועלת גם יחד מצדיקים הבחנה בין הפרות שונות לפי חומרתן. לצורך בהתאמת התרופה לחומרת ההפרה ר' גם דבריו של Mather בהערה 169 לעיל.

174 מטרת הצדק המתקן, לפחות במישור התיאורטי, היא לבטל בעת ובעונה אחת הן את הנזק שסבל הנפגע, והן את הרווח הבלתי צודק שהפיק המעוול. לעניין זה ר' סע' 7.98(429, 431) לעיל.

175 "[The Injurious-Reliance Theory] **appeals to the general moral feeling that.. ..anyone innocently injured by relying on** [a promise] **is entitled to have his loss "made good" by the one who caused it.**" **Cohen**, 578. לעקרון ההסתמכות שני יישומים עיקריים בהקשר החוזי: **ראשית**, **מלכתחילה**, לא כל הסכמה רצונית תשכלל חוזה, אלא רק הסכמה שהפרתה תגרום נזק; **שנית**, **בדיעבד**, רק הסכמות שהפרתן גרמה לנזק תזכינה בסעד של פיצויים, וגם שיעורם של אלה יוגבל לשיעור ההסתמכות השלילית של הנפגע ("אינטרס ההסתמכות"). תיאוריית ההסתמכות קיבלה אישוש וביסוס במאמרם המונומנטלי של Fuller ו-Perdue.

176 תיאוריית ההתעשרות היא חדשה יחסית, בהשוואה לתיאוריית ההסתמכות, וקיבלה ביסוס ופיתוח, לצד תיאוריית ההסתמכות, בכתיבתו העשירה של המלומד האנגלי, פרופ' Atiyah. מאמר מרכזי שלו בנושא הוא: P.S. Atiyah, "Contracts, Promises, and the Law of Obligations" in P.S. Atiyah, **Essays on Contract** (Oxford, rep. 1990) 10.

177 "**In emphasizing the element of injury resulting from the breach, the whole question of contract is integrated in the larger realm of obligations and this tends to.. ..correct the misleading artificial distinctions between breach of contract and other civil obligations.**" **Cohen**, 578-9. חזה המלומד **The Death of Contract**, Gilmore, ואכן, בספרו המפורסם והפרובוקטיבי של פרופ' בשנת 1974 את קיצם של דיני החוזים ואת מיזוגם עם דיני הנזיקין. גישת "מות החוזה" עוררה הדים רבים, וזכתה לביקורת מצד מלומדים לא מעטים. ר' למשל: R.E. Speidel, "An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract" 27 **Stan. L.R.** (1975) 1161; K.L. Macintosh, "Gilmore Spoke Too Soon: Contract Rises from the Ashes of the Bad Faith Tort" 27 **Loyola of L.A. L.R.** (1994) 483; P. Linzer, "Symposium: Law's Unity - An Essay for the Master Contortionist" 90 **Nw. U. L.R.** (1995) 183. כאמור, הקירבה בין דיני החוזים ליתר דיני החיובים זכתה לפיתוח ניכר בכתיבתו של פרופ' Atiyah. ר' בהערה הקודמת.

nevo.co.il

לכאורה, ניתן לגרוס ש'תיאוריות-אחיות' אלה, בהיותן מושתתות על רעיון הצדק המתקן במובנו המסורתי, אינן מתיישבות עם ההכרה בדוקטרינה, שכן זו נועדה לקדם מטרות עונשיות, ויישומה מאפשר להעניק תרופה - ולהטיל סנקציה - בשיעור שמעל ומעבר לנזק שנגרם, או לרווח שהופק שלא כדין. יחד עם זאת, במובן עמוק יותר סתירה זו איננה מתחייבת, שכן ניתן לראות בתשלום העונשי אמצעי המגשים בעקיפין את אותן המטרות שעליהם בא רעיון הצדק המתקן להגן - הצורך במניעה ותיקון של נזק ושל התעשרות שנגרמו שלא בצדק. התשלום העונשי אינו משרת מטרות אחרות, אלא אך מספק לאינטרס של כל אדם כי יוגן מפני מעשי עוולה הגנה מוחשית יותר מזו שבכוחן של סנקציות משפטיות אחרות (פליליות או אזרחיות) לספק. במובן זה, ההכרה בתשלום העונשי איננה נוגדת את עקרון הצדק המתקן, אלא דווקא מחזקת אותו, וזאת בכל הקשר אזרחי, ובכלל זה ההקשר החוזי. יתרה מכך, כנטען בפרק ז', עמדתי האישית היא כי אין בהכרח סתירה בין התשלום העונשי לבין עקרון הצדק המתקן, ומכאן שהחלת הדוקטרינה בדיני החוזים אינה סותרת בהכרח עיקרון זה.[178]

<u>ו. דיני החוזים כחלק מהמשפט הציבורי</u>

11.59 תיאורייה זו של דיני החוזים יסודה במאמרו המונומנטלי של פרופ' Morris Cohen משנת 1933.[179] לפי תיזה זו, נקודת המבט המסורתית על דיני החוזים הרואה בהם אמצעי גרידא למימוש רצונו של הפרט היא שגוייה מהיסוד. ככל ענף משפטי אחר, כן גם דין החוזים, מהווה שלוחה של המשפט הציבורי. הם קובעים הסדרים כלליים שנועדו לשרת את טובת הכלל, כפי שהחברה תופסתה, תוך הותרת מרחבי פעולה מסויימים שבהם רצון הפרט עשוי לקבל גיבוי חברתי מלא.[180] ולא זו אף זו: דיני החוזים ממלאים תפקיד עונשי מובהק, שכן בדומה למשפט הפלילי הם מטילים סנקציות שונות על מי שאינו ממלא אחר הדרישות שהם מציבים.[181] נקל לראות, שבתפיסה זו קל לשלב את ההכרה בתשלום העונשי כסנקציה חוזית. השיקולים העונשיים העומדים בבסיס ההכרה בדוקטרינה, גם אם ניתן לראות בהם שיקולים מתחום המשפט הציבורי, אינם בלתי לגיטימיים או חריגים בתחום החוזי יותר מאשר בתחומים אחרים של המשפט. ככל ששיקולי מדיניות כלל-חברתיים מוליכים למסקנה כי הדוקטרינה ממלאת ייעוד חברתי לגיטימי, אין כל מניעה לאמצה באופן מוצהר ומפורש גם אל חיקם של דיני החוזים.

<u>ז. צדק מחלק בדיני חוזים</u>

11.60 הצדק החלוקתי או המחלק (distributive justice) הוא היבט הצדק המתייחס לאופן ההקצאה הראוי של טובין ושל נטלים בין בני החברה.[182] דיני החוזים הם מעצם טיבם מנגנון המתיר לפרטים לבצע באופן עצמאי הקצאה של

---

178 להסברת הטענה ר' סע' 7.103 לעיל.

179 התיזה של Cohen לא זכתה להתבסס בספרות כתיאורייה נפרדת של דיני חוזים, אך בפועל רבים מהמלומדים המודרניים מציגים תפיסות דומות בעיקרן של דיני החוזים, המדגישות את התפקיד ההסדרתי-כפייתי שלהם. ר' למשל: J. Braucher, "Contract Versus Contractarianism: The Regulatory Role of Contract Law" 47 **Wash. & Lee L.R.** (1990) 697, rep. in **A Contracts Anthology** (2nd ed., 1995, Linzer Ed.) 106. **Cohen**, esp. 585-92.

180 **Cohen**, 590: **"..the law of contract may be viewed as a subsidiary branch of public law… ..just as the rules of constitutional law are general and leave blanks to be filled in by the legislature, courts, and administrative officials.. ..so do the rules of contracts allow men to formulate for themselves, within the prescribed limits, certain rights and duties governing certain transactions between them."** לדעתי, תיאוריה זו של דיני החוזים היא הרחבה ביותר מבין התיאוריות החוזיות, שכן רמת ההפשטה הגבוהה שבה היא מנוסחת מאפשרת לה 'לבלוע' כל תיאורייה חוזית אחרת (ואפילו תיאוריות כלליות כמו התיאורייה הכלכלית או תיאוריות של הוגנות וצדק חוזי).

181 "[the law of contract has] **a function somewhat parallel to that of the criminal law. Both serve to standardize conduct by penalizing departures from the legal norm." Cohen**, 589. סנקציות אלה הן, לדעת Cohen, בראש ובראשונה שלילת הזכות להגנה משפטית על הסכמים שאינם עומדים בסטנדרטים החברתיים המחייבים, ובנוסף חשיפת מפרי חוזה לסנקציות שליליות, כגון אכיפה ופיצויים, בגין הפרת חוזה. Id., id. על ההיבט העונשי הטמון בכל התרופות האזרחיות המסורתיות, ובכלל זה התרופות בשל הפרת חוזה עמדתי בסע' 8.05 לעיל.

182 כמו תפיסת הצדק המתקן, גם מושג הצדק המחלק מקורו בכתבי אריסטו. **אריסטו**, ספר חמישי, פרק ב': "[צדק מחלק] **הוא זה שמתגלה בעת חלוקת כבוד, או כסף או שאר הדברים המתחלקים בין אלה שיש להם יד וחלק בשלטון.**" ר' גם דבריו בפרק ג': "**..כל**

nevo.co.il

משאבים לפי רצונותיהם. אולם ההנחה המסורתית של דיני החוזים הקלסיים היא, כי מרגע שחלוקה זו בוצעה, תפקידו של בית המשפט מתמצה לשמר אותה וליתן לה תוקף, ולא לשנות את הקצאת המשאבים שקבעו הצדדים משיקולים של צדק מחלק. על דעה זו קמו חולקים. תחילה בספרות, וטיפין טיפין גם בפסיקה, החלה מסתמנת הכרה שהתחשבות בשיקולים אלה היא לגיטימית בעת שבית המשפט מיישב סכסוך חוזי.[183]

מה כוללים שיקולי הצדק המחלק ומהו היחס ביניהם לבין השיקולים העונשיים שעליהם מושתתת ההכרה בתשלום העונשי? מחד גיסא ניתן לטעון, שאין ולא צריך להיות כל קשר בין שני סוגי השיקולים, שכן מוסריותו או אי-מוסריותו של אדם אינם צריכים להיות רלבנטיים לעניין קביעת היקף זכאותו של אותו אדם לטובין שאותם מקצה החברה בין חבריה.[184] אולם מאידך גיסא, ניתן לטעון, שהאופן שבו מתנהגים חברי הקהילה ראוי להיחשב כשיקול לגיטימי לעניין חלוקת המשאבים ביניהם.[185] יתרה מכך, גם אם אין היא צריכה לשקול בעת חלוקת טובין והנאות, ניתן לטעון כי מוסריות היא אמת מידה ראוייה לחלוקת נטלים. אכן, יש הסבורים, כי הענישה הפלילית אינה אלא אמצעי שבעזרתו מבצעת החברה חלוקה מחדש של משאבים, תוך הטלת נטלים על מי שפגע במוסר החברתי ושינה שלא כדין את הקצאת המשאבים החוקית.[186] שלילת הרווח שהפיק העבריין בעקבות העבירה באמצעות ענישת העבריין יש בה משום הקצאה מחודשת של משאבים (אם כי לאו דווקא באופן המבטיח החזרה מדוייקת של המצב לקדמותו) באמצעות נטילה מהעבריין והעברה לחברה.[187]

בני האדם מסכימים שחלוקה צודקת חייב להיות במובן מסויים לפי הערך, למרות שלא כולם מסכימים בעניין זהותו של אותו ערך."

183 למיטב ידיעתי, דיון מקיף ראשון ביחס בין דיני החוזים לבין צדק מחלק נעשה במאמרו של A.T. Kronman, "Contract Law and Distributive Justice" 89 **Yale L.J.** (1980) 473 המלומד הביע שם עמדה התומכת בהפעלת שיקולי צדק מחלק במסגרת דיני החוזים, וטען כי עמדה זו איננה סותרת את עקרונות הליברליזם. לביקורת על התיזה של Kronman ר׳: W.K.S. Wang, "Reflections on Contract Law and Distributive Justice: A Reply to Kronman" 34 **Hastings L.J.** (1982) 513. עם זאת, הקישור בין דיני החוזים לצדק מחלק אינו חדש. כך, למשל, פרופ׳ Cohen במאמרו המונומנטלי משנת 1933 אודות "בסיס החוזה" עמד על כך, שהשלמת חסר בחוזה שקולה לחלוקת משאבים שיפוטית, שיש בה משום פעולה של צדק חלוקתי. **Cohen**, 584: "**In this latter respect, the law of contract is a way of enforcing some kind of distributive justice within the legal system.**" הגישה המצדדת במתן הכרה מפורשת לשקילת שיקולי צדק חלוקתי זוכה בעשורים האחרונים לתמיכה בפסיקתו של בית המשפט העליון הישראלי. כך, למשל, בפרשת ***לוין*** חידש בית המשפט העליון הלכה, בקובעו, ששיקולי הצדק לעניין חריג הצדק באכיפה החוזית אינם רק שיקולי צדק שבין הצדדים לחוזה, אלא גם שיקולי צדק רחבים של טובת הציבור: "**פירוש שישרת את תכלית החוק, הכוללת גם את האינטרס הציבורי, דורש שבית המשפט ייתן את דעתו, כל אימת שהוא שוקל אם לאכוף חוזה, גם לשיקולים של טובת הציבור... אמור מעתה, הצדק בסעיף 3(4) לחוק התרופות אינו רק צדק אישי, אלא הוא כולל גם צדק ציבורי.**" שם, 878 (השופט זמיר). השופט זמיר הסתמך, בין היתר, על קביעה דומה של השופט ברק בע"א 214/89 **אבנרי נ. שפירא**, פ"ד מג(3) 840 בהקשר לטיב השיקולים הרלבנטיים בעת מתן ציוויים בנזיקין). בע"א 2825/97 **אבו-זייד נ. מקל** פ"ד נג(1) 402, 413, אגב הדיון בשאלת הצדק שבביטול חוזה לפי סע' 7(ב) לחוק התרופות, העיר השופט אנגלרד כי גם בתחום החוזי ראוי לעיתים להתחשב בשיקולים של צדק חלוקתי, ולא רק בשיקולי צדק מתקן. "**מנקודת ראותו של המשפט הפרטי, במובן הצר, הסדרת היחסים בין המתקשרים כפופה, עקרונית, לרעיון הצדק המתקן. עם זאת, סבורני כי גם ביחסים אלה אין להתעלם לחלוטין מהשלכות ההסדר על הרווחה המיצרפית, הנשלטת מצדה על-ידי רעיון הצדק המחלק.**" יש לציין, שבדיני הנזיקין ההכרה בתפקידם של שיקולי צדק חלוקתי היא רחבה ומושרשת יותר מאשר במסגרת דיני החוזים, אם כי גם שם נטושה מחלוקת חריפה באשר ללגיטימיות הפנייה לשיקולים אלה. לעניין זה ר׳ למשל: **Englard**, ch. 2 ("Corrective Justice and Distributive Justice").

184 השיקול הרלבנטי הוא בעיקר המידה שבה כל פרט בחברה זקוק למשאב הרלבנטי, ולא 'מידתו המוסרית'. תיאורייה כזו הועלתה על ידי Rawls בספרו. "**..the distribution of economic and social advantages is entirely different** [from the distribution of punishments]. **These arrangements are not the converse, so to speak, of the criminal law, so that just as the one punished certain offenses, the other rewards moral worth. The function of unequal distributive shares is to cover the costs of training and education, to attract individuals to places and associations where they are most neede from a social point of view, and so on.**" **Rawls**, 310-15, at 315.

185 על קיומה של תפיסה אלטרנטיבית זו עמד Rawls: "**There is a tendency for common sense to suppose that income and wealth, and the good things in life generally, should be distributed according to moral desert. Justice is happiness according to virtue.**" **Rawls**, 310. לניסיון לביסוסה של עמדה כזו ר׳ למשל: W.D. Ross, **The Right and the Good** (Oxford, 1930, rep. 1967) 21, 26-8.

186 לגישה כזו ר׳: W. Sadurski, "Distributive Justice and the Theory of Punishment" 5 **Oxford J. Leg. Stud.** (1986) 47.

187 "**It is a requirement of justice that this balance** [of benefits and burdens be restored]**.. ..by a redistribution of burdens… Just as with the distribution of benefits.. …in the case of punishments the burdens inflicted by a society correspond to the degree of illegitimate benefits gained by the offender. The aim of punishment is to restore the equilibrium of the benefits and burdens and not to restore the previous *status quo*… But the illegitimate benefits gained by the offender can be nullified by inflicting burdens upon him. It is a redistribution after the wrongful distribution has taken place.**" **Sadurski**,

nevo.co.il

פרשנות כזו למושג הצדק המחלק, המכניסה תחת כנפיו שיקולים של צדק מעניש, עולה בקנה אחד עם ההכרה בתשלום העונשי. התשלום העונשי מוטל בגין התנהגויות מעין פליליות, המפירות באורח בוטה ובריש גלי את הקצאת המשאבים המקורית שקבעה החברה - בכל הקשר, לרבות בהקשר החוזי (באמצעות הסמכת הצדדים לשנות את ההקצאה החברתית). לפסיקת תשלום עונשי בגין התנהגויות מעין אלה תפקיד חלוקתי, שכן היא מטילה נטל (רוחני וכלכלי) על המפר, ומעבירה משאב (רוחני וכלכלי) אל הנפגע. יתרה מכך, בניגוד לענישה הפלילית, שבמקרים רבים איננה מלווה בהעברת טובין למדינה,[188] ובניגוד לסנקציות האזרחיות המסורתיות שמטרתן "להשיב לקדמותו" את ההקצאה הראשונית ותו לא, התשלום העונשי משנה את מאזן הטובין המקורי (הטרום-עוולתי) שכן הוא כרוך בהענקת תרופה לבר-מפצה לנפגע ממעשה העוולה (ולעיתים גם למדינה).[189] פסיקת תשלום עונשי במסגרת סכסוכים חוזיים ניתנת אפוא להתפרש כמשקפת את התפקיד החלוקתי של דיני החוזים.[190] מכל מקום, גם אם תידחה הפרשנות הרואה בצדק עונשי מקרה פרטי של צדק חלוקתי, אין בכך כדי ליצור סתירה בין השניים, אלא לכל היותר להביא למסקנה, כי הצדק החלוקתי אינו רלבנטי להצדקה של הדוקטרינה.

ח. תיאוריית חוזי היחס - דיני החוזים ככלי להסדרת יחסים ארוכי טווח

11.61 תיאוריית חוזי היחס (relational contracts) התפתחה בארצות הברית לפני מספר עשורים במסגרת הזרם האמפירי-ביקורתי שהחל להתבסס בתקופה זו במחשבה ובכתיבה המשפטית.[191] במוקד התיאורייה עומדת ביקורת על הראייה הקלסית של החוזה כעיסקה בדידה (discrete transaction) הנוצרת ונשלמת ברגע כריתת החוזה. הטענה היא כי במציאות במרבית העסקות החוזיות רגע הכריתה אינו אלא תחילתה של מערכת יחסים דינמית וארוכת טווח (relational contract). לעיתים קרובות רגע הכריתה עצמו איננו אפילו בעל חשיבות משפטית רבה בעיני הצדדים. נורמות חברתיות ובלתי פורמליות של הגינות, הדדיות, גמישות, סולידריות, וכיו"ב משפיעות על התנהגות הצדדים לחוזה הרבה יותר מאשר התשתית המשפטית הפורמלית שעוצבה ברגע הכריתה או הכללים הקלסיים של דיני החוזים החולשים על מערכת היחסים החוזית.[192]

יישום גישת חוזי היחס על השאלה דנן עשוי להצמיח שתי מסקנות מנוגדות. מחד גיסא ניתן לטעון, כי התשלום העונשי, בהיותו מוסד משפטי הצופה פני סכסוך חריף ביחסים שבין הצדדים לחוזה, איננו מתאים למודל חוזי היחס, המושתת על הנחה אופטימית של אמון ושיתוף פעולה מתמשכים. ניתן אף לגרוס, שמעצם הגדרתו כסנקציה משפטית פורמלית אין בכוחו של התשלום העונשי להשתלב בתורה הנדונה כאן.[193] מאידך גיסא ניתן לטעון

---

53. לדעתי, במובן זה בהחלט ניתן לטעון, שבכל ענישה ניתן לראות הן כפעולה של צדק מתקן (תיקון העוול באמצעות ענישה - ר' סע' 7.103 לעיל) והן כפעולה של צדק מחלק (העברת משאבים מהנענש לחברה או לקורבן - משיקולים חברתיים).

188 הדבר תלוי בטיב הסנקציה הפלילית: עונש המאסר, למשל, צורך משאבים רבים מהמדינה, וכרוך אפוא בגריעה נוספת ממצבת נכסיה של החברה. לעומת זאת, עונש הקנס כרוך בהעברת טובת הנאה כספית למדינה.

189 השאלה כיצד ראוי לחלק את כספי התשלום העונשי בין הנפגע לבין הציבור נדונה בפרק ט'.

190 כפי שטענתי בפרק ז', ניתן לראות בפסיקת תשלום עונשי גם ביטוי לעשיית צדק מתקן. ר' סע' 7.103 לעיל.

191 לגישה האמפירית לדיני החוזים ולזיקה בינה לבין תיאוריית חוזי היחס ר': R.H. Hillman, **The Richness of Contract Law** (Dordrecht, 1997) ch. 7 ("Theories of Empiricists and Relationalists"); J.M. Feinman, "The Significance of Contract Theory" 58 **U. Cin. L.R.** (1990) 1283, 1299-1309. וכן: I.R. Macneil, "The Many Futures of Contracts" 47 **S. Cal. L.R.** (1974) 691; I.R. Macneil, "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law" 72 **Nw. U. L.R.** (1978) 854; I.R. Macneil, **The New Social Contract** (New Haven, 1979). ר' למשל: **Maculay** מקורות יסוד שביססו את גישת חוזי היחס הם מאמרו המפורסם של Symposium, סביב מקורות יסוד אלה התפתחה ספרות משפטית עניפה. ר' למשל: "Relational Contract Theory" vol. 1985 **Wis. L.R.** 461-757; J.M. Feinman, "Relational Contract Theory: Unanswered Questions: A Symposium in Honor of Ian. R. Macneil: Relational Contract Theory in Context" 94 **Nw. U. L.R.** (2000) 737. לניתוח כלכלי של חוזי יחס ר' למשל: **Goetz**, (2) לביקורת על גישת חוזי היחס ר' למשל: R.E. Barnett, "Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract" 78 **Va. L.R.** (1992) 1175.

192 לדיון בנורמות החוזיות המרכזיות החולשות על יחסי הצדדים לפי תורת חוזי היחס ר': **Macneil**, 39-59

193 שכן, כאמור, התנהגות הצדדים מושפעת בעיקר מתמריצים לבר-משפטיים, ולא מהחשש מסנקציות משפטיות.

nevo.co.il

שהעובדה שהתשלום העונשי צופה פני משבר חריף ביחסים החוזיים אינה מייתרת אותו או הופכתו למנוגד לתיאוריית חוזי היחס. ככל סנקציה משפטית, גם התשלום העונשי - אף כי מלכתחילה אין הוא תחליף לקיומם של תמריצים לבר-משפטיים לכיבוד הנורמות החוזיות, הרי בדיעבד, עם קריסתה של מערכת תמריצים זו, הוא הופך לרלבנטי וחיוני. זאת ועוד, להבדיל מסנקציות חוזיות מסורתיות אחרות, שניתן לראותן כמשקפות היטב את מודל העיסקה הבדידה והפורמלית (במיוחד סנקציות הפיצויים), התשלום העונשי מדגיש את המימד הלא-פורמלי של היחסים החוזיים. הוא נותן ביטוי מוחשי לעובדה שהאינטרסים החוזיים אינם אינטרסים כלכליים גרידא, אלא גם נפשיים ולא-ממוניים, שחישוב אריתמטי שלהם אינו אפשרי ואינו ראוי.[194] הוא מוסיף כוח רטורי וגיבוי מעשי לתפיסה שלפיה חוזים ראוי לקיים ולא רק לשלם פיצויים בגין הפרתם.[195] הוא מדגיש את המחוייבות המוסרית של צדדים לחוזה לנהוג זה בזה כבני אנוש, ולא רק כפועלים רציונלים ואגואיסטים מקדמי רווחה עצמית. באופן זה, כמו עקרונות ערכיים אחרים כדוגמת תום לב, סבירות, פרשנות תכליתית, וכיו"ב, מוסד התשלומים העונשיים מאשש את האידאולוגיה והערכים שביסוד תפיסת חוזי היחס. במובן זה ההכרה בתשלום העונשי עולה בקנה אחד עם תיאוריית חוזי היחס ומחזקת אותה.

<u>ט. הגישה הביקורתית לדיני החוזים</u>

11.62 עמוד תווך בכל תיאורייה מבית מדרשה של הגישה הביקורתית למשפט (C.L.S) היא הכפירה בתפיסה המסורתית של המשפט, הרואה בו מנגנון חברתי בעל תוכן אובייקטיבי מוגדר, המופעל ומיושם באופן נייטרלי מבחינה פוליטית ואידאולוגית.[196] לשיטתם של הדוגלים בזרם תורת-משפטי זה דיני החוזים, ככל ענף משפטי אחר, אינם אלא מיקסם שווא - פטמורגנה. מטרתם ליצור תדמית כוזבת שתכליתה לקדם את האידאולוגיה והצרכים של האליטות השליטות, תוך שמירה על מצג חיצוני של אובייקטיביות, באמצעות רטוריקה של כללים ועקרונות המתיימרים להגשים מטרות חברתיות ראויות (חירות, שיוויון, יעילות כלכלית, ועוד). בכך, משרתים דיני החוזים והתיאוריות המסורתיות המגבות אותם את האינטרס של האליטות השליטות לשמר את כוחן ומעמדן, תוך כדי שמירת הלגיטימציה של המשפט ככלי להשגת מטרה זו.[197]

מה ניתן לצפות כי יהיה יחסה של הגישה הביקורתית כלפי אפשרות ההכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים? לדעתי, לאור הסממנים הכלליים ששורטטו לעיל, ניתן לשער שהתגובה להצעה זו תהיה מעורבת: מחד גיסא עלול גם צעד זה, ככל ניסיון לעצב כללים משפטיים חדשים, להתפרש כניסיון ציני לחזק - למראית עין בלבד - את היסודות הערכיים של דיני החוזים, ולשפר את יכולתם לעשות צדק במקרים קונקרטיים. מהלך כזה, כך ייטען, איננו צפוי להביא לשינוי חברתי מהותי, שכן הדוקטרינה מופעלת מטיבה רק בקשת מצומצמת של מצבים, וגם במצבים אלה קרוב לוודאי שהיא תופעל בידי השופטים באופן שימנע שינוי חברתי אמיתי.

---

194 "[Relational Contract Theory] **brings back within the scope of contract relations those activities that have economic aspects but that are not primarily economic.." Feinman** (7) 741.

195 כדברי השופט ברק בעניין ***אדדש*** המובאים בסע' 11.34(104) לעיל.

196 לקובצי מאמרים בהם ניתן למצוא התייחסות לעקרונותיה הכלליים של הגישה הביקורתית למשפט וליישומיה בתחומים שונים של המשפט ר' למשל: **Critical Legal Studies** (N.Y., 1992, Boyle Ed.); **Critical Legal Studies** (Oxford, 1987, rep. 1990, Fitzpatrick & Hunt Eds.).

197 **"..contract doctrine is created and perpetuated as a belief system to conceal the reality of economic injustice in society… A powerful function of contract law is to present a system of belief which affirms the legitimacy of the existing social order while denying its true nature."** J.M. Feinman, "Critical Approaches to Contract Law" 30 **U.C.L.A. L.R.** (1983) 829, 853, 854. להצגה תמציתית של עיקרי הגישה הביקורתית לדיני החוזים ר': **Feinman**, 1308-13; **Hillman**, 190-207. ר': G.A. Spann, "Critical Legal Studies Perspective on Contract Law and Practice" 1988 **Ann. Surv. Am. L.** (1988) 223; C. Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine" 94 **Yale L.J.** (1985) 997; J.M. Feinman, P. Gabel, "Contract Law as Ideology" in **The Politics of Law** (N.Y. rev. 2nd ed., 1990, Kairys Ed.) ch. 18, 373.

nevo.co.il

מאידך גיסא, גם תגובה אחרת היא אפשרית מצד אנשי הגישה הביקורתית: **ראשית**, לפחות בדיני הנזיקין שימש התשלום העונשי באורח מסורתי להגנה על הפרט מפני ניצול לרעה של כוח כלכלי או שלטוני מופרז, והוא נפסק על פי רוב לטובת אנשים פרטיים כנגד גופים בעלי עוצמה כלכלית. גם אם שימוש זה היה מבוקר ונעשה במשורה, הרי דומה שקשה להכחיש את השפעתו הרבה של מוסד זה על המודעות העצמית של הפרט לזכויותיו, ולכוחו לתבוע ולקבל מהמערכת המשפטית הגנה מוחשית יותר עליהן. החלת הדוקטרינה בדיני החוזים, לצד האלמנט הרטורי הכרוך בה, ואולי דווקא בשלו, עשויה לפתוח ערוץ נוסף של הגנה על זכויות הפרט ולחולל בתחום החוזי שינויים שנצפו בעבר בתחום הנזיקין. **שנית**, עצם ההכרה המפורשת בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים עשוי ללמד על שינוי חיובי במתודה המשפטית שבה נוקטים דיני החוזים. הכרה כזו משמעותה נכונות לחשוף את השיקולים העונשיים המשמשים את בתי המשפט בדיני החוזים מאז ומעולם, ונטישת ההרגל המגונה להסוותם תחת מעטה סמיך של רטוריקה שיפוטית.[198] בסיכום, דומה שגם אוהדים מושבעים של הגישה הביקורתית יתקשו להתכחש לפוטנציאל החיובי הגלום בהכרה מפורשת בדוקטרינה בתחום החוזי, הכרה המשקפת צעד נוסף של השתחררות מלפיתתה של התיאוריה הקלסית של דיני החוזים.

II. השתלבות התשלום העונשי במגמות כלליות בדיני החוזים

א. המעבר מאינדיווידואליזם לקהילתנות

11.63 על המחלוקת האידאולוגית בין תיאוריות ליברליות ואינדיווידואליסטיות לבין תיאוריות קהילתניות נכתבו תילים ותילי-תילים של ספרים ומאמרים, ואין בכוונתנו לנסות ולתארה כאן.[199] עם זאת, התייחסות תמציתית להשלכותיה האפשריות של מחלוקת זו על הסוגייה קא עסקינן נראית מתבקשת. כזכור, אחת מההתנגדויות להכרה בתשלום העונשי בכלל ולהפעלתו בתחום החוזי בפרט, היא התנגדות בעלת אופי ליברלי-אינדיווידואליסטי.[200] בחיבור זה טענתי, כי ההכרה בדוקטרינה איננה סותרת את עקרונות הליברליזם אפילו במתכונתו השמרנית ביותר, וכי ההיפך הוא הנכון.[201] עם זאת, אין ספק, כי לפחות במישור האנטואיטיבי ובמבט ראשון קל יותר ליישב את הדוקטרינה עם גישה קהילתנית. זאת משום שהשיקולים העונשיים העומדים בבסיסה הם ביסודם שיקולים כלל-חברתיים, שתקפותם איננה תלוייה בהכרח בקבלת האקסיומה הליברליסטית בדבר הצורך במיקסום חירויות הפרט.[202]

והנה, דומה שאין כמעט חולק על כך שהתפתחות דיני החוזים במאה השנים האחרונות משקפת מגמה כללית של מעבר מגישה אינדיווידואליסטית-קפיטליסית לגישה קהילתנית.[203] מגמה זו באה לידי ביטוי בהרחבה ניכרת

---

198 טכניקות אלה נסקרו על ידי בהרחבה בפרק ה' (המשפט האמריקאי) ובפרק ו' (המשפט הישראלי). למגבלות השימוש בטכניקות עונשיות מוסוות ר' סע' 7.95, 10.39 לעיל.

199 למדגם מייצג של הספרות העשירה בנושא היחס בין שתי תפיסות עולם אלה ר' המקורות המפורטים בסע' 7.25(110), 7.26(117) לעיל.

200 בהקשר הכללי ר' סע' 8.11, 8.13; בהקשר החוזי ר' סע' 10.12. לזיקה ההיסטורית בין האידאולוגיה הליברלית לבין הכלל האוסר ר' סע' 2.14 לעיל.

201 ר' במיוחד סע' 8.14, 8.12, 7.25.

202 כמובן, קידום האינטרס הציבורי עשוי במקרים רבים להתיישב עם טובתם של הפרטים, אך מטרתם המוצהרת של מרבית השיקולים העונשיים איננה זו.

203 **"Broadly speaking, modern law is moving from an individualistic approach to a more communitarian approach. …The process of curbing the individualistic approach has profound effects in many fields, and is in fact reshaping the whole area of private law. …there is a tendency to dilute formal requirements and to attach greater weight to substantive fairness."** D. Friedman, "The Transformation of 'Good Faith' in Insurance Law" in **Good Faith in Contract** (Aldershot, 1999, Brownsword ר' גם **פרידמן וכהן**, 70: **"בלשון כללית ניתן לומר, שההשקפה לפיה די בכך שהפרט ידאג לעצמו על מנת שייטב לו ולחברה כולה, התחלפה בהשקפה לפיה מוטלת אחריות מסויימת על הפרט כלפי החברה כשם שיש לחברה אחריות מסויימת כלפיו... השקפה זו.. ..חלחלה גם למשפט הפרטי."** Ed.) 311, 312. תהליך דעיכתה של התיאוריה הקלסית של דיני החוזים נדון בספריהם המונומנטליים של **Atiyah** ושל **Horwitz**. תיאור חד של המעבר מאינדיווידואליזם לקהילתנות במשפט בכלל ובדיני החוזים מצוי בספרו הידוע של Gilmore: **"..a system in which everybody is invited to do his own thing, at whatever cost to his neighbor, must work ultimately to the benefit of the rich and powerful, who are in position to look after themselves… No man is his**

nevo.co.il

של החובות המוטלות על הצדדים לחוזה באמצעות עקרונות - חקוקים והלכתיים - המשקפים ערכים כלל-חברתיים כגון הגינות, אלטרואיזם, פטרנליזם, ואפילו שוויון.[204] מגמה זו הביאה לירידה ניכרת במעמדו של עקרון חופש החוזים לעומת עליית קרנם של ערכים שיסודם בטובת הציבור. תמורות אלה משתקפות בכל המגזרים החשובים של דיני החוזים - בתחום דיני הכריתה והפגמים, בתחום ההתערבות בתוכן החוזה, ובתחום התרופות.[205] הן הפכו את דיני החוזים - במישור המהותי וההצהרתי כאחד - מענף "פרטי" במובהק, לענף בעל היבטים ציבוריים וחברתיים משמעותיים ביותר.[206]

לדעתי, מגמה זו עשוייה לסייע בקליטת מוסד התשלומים העונשיים אל חיקם של דיני החוזים. מודעות לקיומה מאפשרת להבין, שהכרה בתשלום העונשי כסנקציה חוזית איננה כרוכה כיום במהפכה מושגית ורעיונית, אלא לכל היותר בחיזוק ההיבטים החברתיים והציבוריים של דין החוזים המודרני.

ב. המעבר מנייטרליות מוסרית לתובענות מוסרית

11.64 אחד מביטוייו הקונקרטיים החשובים ביותר של המעבר מאינדיווידואליזם לקהילתנות הוא שינוי יחסם של דיני החוזים כלפי גילויים של התנהגות בלתי מוסרית ביחסים חוזיים, ובפרט כלפי הפרה מודעת של חוזים. אכן, התפיסה האינדיווידואליסטית הקיצונית ששלטה בכיפה בעת שעוצבו דיני החוזים הקלסיים משקפת גישה מינימליסטית למקומו של המוסר במשפט. בתפיסת עולם זו ככל שימעט הדין להטיל חובות מוסריות על הצדדים לחוזה או למשא ומתן טרום-חוזי - כן ייטב.[207] אלא שגישה זו, גם אם אכן השפיעה בעבר על הדין הנוהג,[208] איננה

---

brother's keeper; the race is to the swift; let the devil take the hindmost. ..we have changed all that. We are now all cogs in a machine, each dependent of the other. The decline and fall of the general theory of contract and.. ..of laissez-faire economics may be taken as remote reflections of the transition from nineteenth century individualism to the welfare state and beyond." Gilmore, 95; see also Id., at 1118 (same). לתיאורייה התומכת במגמת ה"חיברות" (socialization) של דיני החוזים המודרניים בצורך להתאים את האינטרס העצמי של הפרט לטובתה הכללית של החברה ר' למשל מאמרו של **Rosenfeld**.

204 האכסניה המשפטית החשובה ביותר לעיגונם של ערכים אלה היא ללא ספק עקרון תום הלב. בעשור האחרון התבסס עקרון תום הלב גם בשיטות המשפט האנגליות, אשר באופן מסורתי לא הכירו בו. עדות לכך יש בכתיבה הרבה בתחום זה. ר' למשל את אסופות המאמרים הבאות: **Good Faith and Fault in Contract Law** (Oxford, 1995, Beatson & Friedman Eds.); **Good Faith in European Contract Law** (Cambridge, 2000, Zimmermann & Whittaker Eds.). see also: J.F. O'Connor, **Good faith in English law** (Darmouth, 1990); **Brownsword**. בצידו של עקרון תום הלב ראוי להזכיר את עקרון תקנת הציבור, שבאמצעותו התרחבה בעשורים האחרונים ההתערבות השיפוטית בתוכנם של חוזים. למגמה זו ר' למשל: ג' שלו, "סוס הפרא - לאן? או מה ארע לתקנת הציבור" **קרית המשפט** ב (תשס"ב) 21. אמצעי נוסף סמוי יותר, אך מבחינה מעשית חשוב לא פחות ואולי אף יותר, הוא הפרשנות התכליתית האובייקטיבית בחוזים, המאפשרת לשופטים להתאים את החלטותיהם לערכי מוסר, במסווה של "כוונת הצדדים". הכרה מפורשת בלגיטימיות של תופעה זו ובאפשרות שבית המשפט ייצק לחוזה ערכי יסוד של שיטת המשפט, שאינם בהכרח הערכים של הצדדים יש בדברי השופט ברק בעניין אפרופים: **"לעקרון תום הלב השלכות שונות בחיי החוזה. ..היבט שני הוא, שלחוזה יינתן מובן העולה בקנדה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה (כגון שוויון). בהיבט זה משפיע תום הלב על התכלית האובייקטיבית של החוזה."** ***אפרופים***, 327. עקרון תום הלב נדון בחיבור זה בסע' 6.22, 6.30 לעיל, ובסע' 12.05, 12.11(48-47) להלן.

205 **"In the modern period there is evidence of the reshaping of contract law… Modern contract law is characterized by an increased control over the contractual regime. This control is reflected both by general supervision over the process of contract formation and by intervention in the very contents of the contract… On the theoretical level, the approach which attributes the main body of contract law to the parties intention has been largely abandoned. It is now openly recognized that a substantial part of contract law derives from ex lege rules.." Beatson**, 12-13, 16. תחום התרופות היה מאז ומעולם מבוסס בעיקרו על כללים הלכתיים, ומבחינה זו השינויים המהותיים בו פחותים. עם זאת, העלייה במעמדה של תרופת האכיפה במשפט המקובל אף היא משקפת שאיפה להשגת צדק מהותי בתחום התרופות. Id., 16-17. יתרה מכך, בדין האנגלי, כמו בדין הישראלי, קיימות טכניקות שונות המגבילות את סעדיו של הנפגע מהפרת חוזה לאכיפה, לפיצויים ולביטול החוזה, משיקולים של הגינות. לסקירה ר': D. Friedman, "Good Faith and Remedies for Breach of Contract", in **Good Faith and Fault in Contract Law** (Oxford, 1995, Beatson & Friedman Eds.) 399. במשפט הישראלי השינויים בדיני התרופות הם מרחיקי לכת אף יותר מאשר במשפט האנגלו-אמריקאי, והם משקפים מגמה ברורה של התחשבות גוברת בשיקולי מוסר. ר' הדיון בסעיף הבא.

206 ההיבטים הציבוריים של דיני החוזים זוהו בבירור על ידי מלומדים כבר בראשית המאה ה-20. במיוחד ראוי לציון פרופ' Morris Cohen, שעל גישתו עמדתי בסע' 11.59 לעיל. המימד הציבורי של דיני החוזים זכה להדגשה בפסיקתו של השופט ברק, אשר לפי השקפתו ערכי היסוד החוקתיים של שיטת המשפט חלים לא רק ביחסים שבין הפרט לרשות, אלא גם בין פרט לפרט, וזאת באמצעות דוקטרינת ה"תחולה העקיפה". להצגת תפיסה זו ר' עניין ***קסטנבאום***, 31-529.

207 לדיון במאפיין זה של התיאורייה הקלסית של דיני החוזים ר' סע' 2.14 (61)(63) לעיל. הנציג המובהק של גישה זו היה השופט והמלומד הנודע Holmes. רכיב מרכזי בתורתו של Holmes היה העקרון שלפיו אשמה מוסרית איננה צריכה להיות רלבנטית להטלת אחריות משפטית. Holmes, שהיה ככל הנראה הראשון להתכחש במפורש לקיומה של החובה לקיים חוזים, גינה את מבקריו, באומרו: **"..such a mode of looking at the matter stinks in the nostrils of those who think it advantageous to get as mush**

nevo.co.il

גישתו של המשפט המודרני. אמנם, גישה של נייטרליות מוסרית כלפי הפרות חוזים משתקפת כיום במידה רבה בכתביהם של מלומדים מאסכולת הגישה הכלכלית למשפט.[209] גישה זו מחלחלת ומשפיעה גם על גישותיהם של שופטים.[210] עם זאת, דומה שהשפעתה של גישה זו מוגבלת בהיקפה ובעוצמתה: אפילו דיני החוזים האנגלו-אמריקאיים משקפים בעשורים האחרונים מגמה ברורה של הרחבת והחמרת האחריות החוזית על יסוד שיקולים מוסריים וחברתיים.[211] הגישה המוסרית כלפי דין החוזים מאפיינת במובהק את השיטות הקונטיננטליות, שבהן עקרון תום הלב, עקרון האשמה, והחובה לקיים חוזים, הם עקרונות מושרשים במשפט הפרטי.[212] לא כל שכן, שגישה מוסרית נייטרלית או מינימליסטית איננה גישתו של דין החוזים הישראלי. פסיקתו של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים משקפת נטייה ברורה להעמיד את דיני החוזים על יסודות של הוגנות ומוסר, תוך שימוש מוגבר בעקרונות שסתום חוזיים המושתתים על מוסר: צדק, תום לב, ותקנת הציבור.[213] בית המשפט העליון דחה מפורשות את הגישה הנייטרלית כלפי הפרות חוזים, והסתייג מהגישה הכלכלית למשפט, ככל שהיא תומכת בגישה כזו.[214] לדעתי, מגמה כללית זו של מעבר מנייטרליות מוסרית לתובענות מוסרית מחזקת את סיכוייו של התשלום העונשי להשתלב במארג הנורמטיבי של דיני החוזים המודרניים, ושל דין החוזים הישראלי בפרט.

P.S. Atiyah, "Holmes and ר' Holmes לדיון בתיאוריית האחריות החוזית של **ethics into the law as they can." Holmes** (2) 462. the Theory of Contract" in P.S. Atiyah, **Essays on Contract** (Oxford, rep. 1990) 57. להשפעתו של Holmes על עיצוב התיאורייה הקלסית של דיני החוזים ר' לעיל סע' 2.14(66). באחרונה נשמעה הדעה, שלפיה הפרשנות המסורתית של Holmes כמי שתומך בהפרה מודעת של חוזים איננה נכונה, וכי למעשה אפילו Holmes עצמו סבר שהפרת חוזה היא מעשה עוולתי. ר': J.M. Perillo, "Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference" 68 **Fordham L.R.** (2000) 1085.

208 יש המטילים ספק בכך שגישה זו השפיעה אי פעם באופן ממשי על דיני החוזים עצמם, אפילו בעידן הקלסי. כך למשל, נטען שהכרת הדין בתרופת האכיפה, בזכות לתרופות במקרה של הפרה צפוייה, ובעילת תביעה בנזיקין בגין גרם הפרת חוזה היא ראייה ברורה לקיומה של חובה לקיים חוזים. בנוסף נטען, שבתפיסתם הסובייקטיבית של מתקשרים טיפוסיים מטרת ההתקשרות החוזית היא לזכות בביצוע בעין ולא בזכות לתחליף כספי. להצגה תמציתית של ביקורות אלה ר': **Atiyah** (3), 59-60 והשווה לדבריו של Gilmore: **"In this pure form the** [classical] **theory may never have existed outside the classrooms of the harvard law school. But generations of lawyers and judges and law professors grew up believing that the theory was true." Gilmore**, 19.

209 אלה בוחנים את דיני החוזים במנותק משיקולים של מוסר דאונטולוגי. רבים מהם רואים בשיקולי יעילות הצדקה להפרה מודעת של חוזים. הביטוי המובהק ביותר לגישתה הנייטרלית של הגישה הכלכלית כלפי הפרות חוזים הוא תורת ההפרה היעילה, שנדונה בהרחבה בפרק הקודם. ר' לעיל סע' 10.18 ואילך.

210 לדיון בהשפעות אפשריות אלה ר' סע' 11.34 לעיל.

211 על כך עמדתי בסעיף הקודם. מקורות נוספים שבהם ניתן למצוא דיון במגמה הנדונה הם: **פורת**, 61-57; **פרידמן וכהן**, 74-69, 62, 59-61. דוגמה מובהקת למגמת הקשחה מוסרית זו היא התרחבות ההכרה בתשלומים עונשיים בתחום החוזי במשפט הקנדי והאמריקאי, עליה עמדתי בהרחבה בפרקים ד' ו-ה'. להכרה בכך שתופעה זו מבטאת נטישה של הגישה המסורתית כלפי האחריות החוזית ר' למשל: **Chutorian**, 391: **"the adoption of a tort cause of action for breach of the implied covenant of good faith… ..represent**[s] **a deviation from the principles of limited liability and neutrality toward willful breach upon which traditional contract remedies are based."** דוגמות אחרות לאותה תופעה הן ההכרה המתרחבת בתשלומי ההשבה, בזכות לפיצוי לא-ממוני, בזכות לאכיפת החוזה, ובדוקטרינות נוספות המטילות נטל מוגבר על מפר החוזה. לדיון בדוקטרינות אלה ובמעמדן כיום במשפט המקובל ר': מאמריהם של **Beale** ושל (2) **Tilbury** ר' גם סע' 1.13, 1.15 לעיל. אחד המאמרים הראשונים שעמד על מגמת המעבר מדיני חוזים "נייטרליים" לדיני חוזים "מוסריים" במשפט האמריקאי היה מאמרם הידוע של Fine ו-Kessler.

212 **"The common law.. ..in contrast to the civil law, which follows the maxim of *caveat venditor*, pays obeisance to the maxim of *caveat emptor*"** המלומדים במאמרם ביקשו להראות, בין היתר, שלמעשה גם המשפט האנגלו-אמריקאי פעל במידה רבה לאור עקרון של תום לב במשא ומתן, וכי מגמה זו הולכת ומתחזקת בעידן המודרני. בשיטות המשפט הרומניסטיות, המבוססות על הקוד הנפוליאוני הצרפתי, האחריות החוזית נתפסת כמבוססת על אשמה מוסרית. לעניין זה ר' גם סע' 10.04(10) לעיל. **Fine**, 439.

213 **"בעוד שבעבר נתפסו דיני החוזים כדינים נוקשים, רציונליים וברורים, וביטאו תפיסה אינדיבידואליסטית, איבדו דינים אלה, עם הכנסת עקרון תום-הלב אל קרבם, את שרירותיותם וחדותם, וכיום הם דינים גמישים ומתונים, המבטאים גישה מוסרית… סעיפי תום הלב בחוק החוזים מהווים צינורות-שאיבה של עקרונות מוסריים…" שלו**, 49; **"במסגרת תהליך עליית הערכים במשפט הישראלי הטיל בית המשפט מוסרות ערכיות בדרך החינוכית."** מ' מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (תשנ"ג), 107. **"The experience of Israeli law indeed demonstrates.. ..the desire to enhance the standard of moral behaviour in the contractual arena.."** N. Cohen, "The Effect of the Duty of Good Faith on a Previously Common Law System: The Experience of Israeli Law" in **Good Faith in Contract** (Aldershot, 1999, Brownsword Ed.) 189, 211-2. ר' גם המקורות הנזכרים בהערה 204 לעיל. אינדיקציה נוספת למגמה זו היא התופעה של הגמשת מבחני הכניסה המשפטיים לתחום החוזה במטרה להרחיב את ההגנה על מי שהסתמך על הבטחה בעלת תוקף מוסרי. לסקירת המגמה ר' **רנר**, 46-41; **מאוטנר**, 6-105.

214 ר' למשל דברי השופט ברק בעניין **אדדש**, 278: **"גישה זו** [של המלומדים מהאסכולה הכלכלית] **אינה מקובלת עלי. היא נוגדת את תפיסתנו היסודית, לפיה אכיפה היא סעד שלו זכאי הנפגע. אמת, גישה זו לאכיפה אינה מקובלת, בדרך כלל, על בעלי האסכולה הכלכלית, אך בעניין זה אמר המחוקק את דברו, ועלינו להגשים את דבר המחוקק. אך מעבר לכך, נראה לי, כי הגישה הכלכלית אינה נותנת די משקל לשיקולים שלא ניתן ליתן להם משקל כלכלי. דיני החוזים לא באו אך להגביר את היעילות הכלכלית. הם באו**

nevo.co.il

ג. פורמליזם מול מהות בדיני החוזים

11.65 את שתי המגמות שתוארו לעיל מלווה מגמה כללית נוספת: מעבר מדיני חוזים פורמליסטיים לדיני חוזים ערכיים-מהותיים.[215] מגמה זו באה לידי ביטוי במספר תחומים עיקריים: א) מעבר מהנמקות שיפוטיות פורמליסטיות המצניעות את תפקידו היוצר של בית המשפט להנמקות ערכיות-מהותיות, המדגישות את מרחב שיקול הדעת השיפוטי.[216] ב) התרחבות השימוש בסטנדרטים משפטיים עמומים וערכיים על חשבון ההיזקקות לכללים נוקשים;[217] ג) נכונות גוברת לנטוש קטגוריות והבחנות מושגיות מסורתיות, לטובת יצירתו של דין חדש, גמיש וצודק יותר.[218]

לדעתי, ההכרה במוסד התשלומים העונשיים בתחום החוזי משתלבת היטב במגמת המעבר מפורמליזם לערכים: **ראשית,** הכרה בתשלום העונשי היא הצהרה קבל עם ועדה על כך ששיקולים עונשיים, אשר מאז ומעולם שימשו כשיקולים מרכזיים בעיצוב דיני התרופות החוזיים - אך רק באופן מוסווה או מוצנע - מהווים מעתה שיקולים לגיטימיים ומוכרים בתחום זה.[219] **שנית,** מוסד זה קובע סטנדרט משפטי רחב ועמום יחסית - "התנהגות

לאפשר חיי חברה תקינים. חוזה יש לקיים - ולא רק לשלם פיצוי בגין הפרתו - כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם..." גם השופט ש. לוין הסתייג מהגישה הכלכלית: "**מי שדורש מצד לחוזה להתנהג בתום לב לא יתייחס בסלחנות לצד אשר יפר חוזה ממניעים של רצון קוניוקטורלי להתעשר על חשבון הצד האחר. הגישה החוזית האמורה** [שלפיה ניתן לשלול ממפר החוזה את פירות ההפרה]**.. 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. היא אמנם מנוגדת לאסכולה הכלכלית של המשפט, אך תפיסתה של אסכולה זו מתעלמת, לענייננו, מהעובדה, שמדובר בבני אדם בעלי תחושה מוסרית ולא ברובוטים.**" שם, בעמ' 237. ר' גם **מאוטנר**, 130 המציין שבית המשפט שימש כבלם לתפיסות של כלכלת שוק והחדיר תפיסות של סולידריות והגינות באמצעות עקרון תום הלב. לאחרונה חזר בית המשפט העליון על הסתייגותו מהגישה הכלכלית. ע"א 3668/98 **בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ. פידיאס אחזקות בע"מ** פ"ד נג(3) 180, 191. יש מקום אולי להעיר כאן, שגם Holmes, אבי הגישה הסלחנית להפרות חוזים, לא התכחש לחובתו המשפטית (והמוסרית) של המפר לשלם פיצוי לנפגע במקרה של הפרה, והוא הדין בתומכי תורת ההפרה היעילה בדמותה המודרנית. מכאן, שגם במסגרת גישה "נייטרלית" ומצמצמת זו לאחריות החוזית אין מניעה להכיר באי-מוסריותה (ולכן גם בצידוק לענישתה) של הפרה מדעת שאינה מלווה בפיצוי מלא לנפגע, או לפחות בהצעת פיצוי סבירה. מכאן, שפסיקת תשלום עונשי בגין הפרה מחפירה של חוזה ניתנת להצדקה גם במסגרת גישה מינימליסטית, שאינה מכירה בחובה הראשונית לקיים חוזים בעין.

[215] לדיון במגמה זו ר' למשל: E.A. Posner, "The Decline of Formality in Contract Law" in **The Fall and Rise of Freedom of Contract** (Durham, 1999, Buckley Ed.) 61. על הזיקה ההדוקה שבין השימוש בכללים פורמליים לבין ליברליזם מחד גיסא, ובין השימוש בעקרונות רחבים לבין עקרונות מוסר אלטרואיסטי מאידך גיסא, עמד Kennedy במאמרו הנודע: "**..altruist views on substantive private law issues lead to willingness to resort to standards in administration, while individualism seems to harmonize with an insistence on rigid rules rigidly applied.**" **Kennedy**, 1685.

[216] **מאוטנר**, 64-45. ר' במיוחד עמ' 59: "**השימוש שעשה בית המשפט** [העליון] **בחובה** [חובת תום הלב] **מסמן.. ..את תהליך התגברותה של תפיסת העולם הלא-פורמליסטית במשפט הישראלי.**" המלומד רואה בפסק הדין בעניין ***אדדס*** דוגמה מובהקת למגמה של נטישת קטגוריות והבחנות משפטיות מסורתיות. שם, 50-49. והשווה לדברי השופט חשין ברע"א 5768/94 **א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ. פורום אבזרים** פ"ד נב(4), 289, 322, 323: "[בקונטיננט] **החוק החרות הוא המוליך העיקרי את עגלת המשפט. לעולם נחפש חוק חרות, בלשונו של החוק נדקדק, והלכה שנאפתה בבית משפט נצניע בין קפליו-של-חוק... ואילו מרבית חבריי ואני, אנו באנו מעולם המשפט המקובל.. ידענו ונדע, כי הוראותיו של חוק חרות - בייחוד אמורים הדברים בטריטוריות הקלאסיות של המשפט הפרטי... אינן אלא תחילתה של הדרך, וכי ידיו של בית המשפט רב לו ביצירתו של משפט..**"

[217] מגמה זו מהווה מאפיין מובהק של החקיקה האזרחית הישראלית בתחומים ה'קלסיים' של דיני החיובים, ובמיוחד בדיני החוזים. לעניין זה ר' למשל: **מאוטנר** (2). לשימוש הנרחב במושגי שסתום בחוק התרופות ובחוק החוזים ר' סע' 10.31(168) לעיל. להבחנה בין סטנדרטים (עקרונות) לבין כללים ולאסמכתות רלבנטיות ר' סע' 7.65(302), 7.74(334) לעיל.

[218] מגמה זו קרובה למגמות הקודמות שנדונו אך איננה חופפת אותן. היא בולטת במיוחד בפסיקתו של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים בתחום המשפט הפרטי בכלל, ובדיני החוזים בפרט. ר' למשל עניין **אדרס** שבו נדחתה בדעת רוב הגישה המצמצמת לתחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט ואומצה הגישה המרחיבה שלפיה הם חלים עקרונית גם במצבים חוזיים. גישה זו אומצה וקיבלה חיזוק בעניין ***א.ש.י.ר.***. שבו נקבע בדעת רוב כי עקרון מניעת ההתעשרות חל גם בהעדר זכות שמקורה בעוולה אזרחית מוכרת. השופט זמיר הביע שם גישה אנטי-פורמליסטית במיוחד בקובעו, כי בחירה שיפוטית בין פרשנויות שונות לחוק על סמך "**טכניקה משפטית, המתבססת על לשון החוק, על כללי פרשנות מסורתיים וכיוצא באלה. זו בחירה רעה. הטכניקה היא משרת ולא אדון. היא חייבת להכפיף עצמה, ככל שניתן, לתכלית.**" שם, 489. ר' גם דברי השופט ברק בע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב** פ"ד נג(4), 199, 242: "**..עלינו להתרחק מתורת משפט של מושגים... מושגי המשפט, כגון בעלות, קניין וחיוב, אינם מציאות שאנו חייבים לקבלה כנתון. הם קונסטרוקציה הבאה לשרת את האדם. גישתנו צריכה להיות תכליתית. עלינו להתמקד במהות ולא ב"מדבקה" הפורמלית הניתנת לה..**" והשוו לדבריו בעניין ***כלנית השדון***, 538, שלפיהם ההבחנה המושגית בין ביטול מראש לביטול למפרע היא "**שפחת הדין ולא אדונו**". ר' גם לאחרונה את דברי השופט חשין בע"א 5792/99 **עיתון "משפחה" נ. עיתון "משפחה טובה"** פ"ד נה(3) 933, 947: "**קלסיפיקציה - כל קלסיפיקציה - מעיקרה נועדה היא להיות לנו לעזר, להקל על מלאכתנו בפרשנות.. ..לשמש כלי להכרעה מושכלת וראוייה. הקלסיפיקציה לעולם אמורה היא לשמש אותנו ולא אנו שנשמש לפניה.**"

[219] לסקירה פרטנית של מוסדות עונשיים מוסווים בדיני החוזים ר' סע' 6.14 ואילך. לחסרונות שבהסוואה זו ר' סע' 7.95 לעיל. ר' גם סע' 11.50-11.51 לעיל.

nevo.co.il

מחפירה״ - וכך מפקיד בידי בית המשפט שיקול דעת שיפוטי נרחב בעל אופי ערכי מובהק.[220] **שלישית,** החלה ישירה של הדוקטרינה בתחום החוזי (להבדיל מהחלתה העקיפה באמצעות קונסטרוקציות נזיקיות) תבטא נכונות להתנער מכבליה של עוד אחת מההבחנות ההיסטוריות שאבד עליהן הכלח בין דין העילה החוזית לבין דין העילה הנזיקית.[221]

ד. ההכרה המתרחבת בזיקה בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין

1. *כללי - הגבול המטושטש בין דיני הנזיקין לבין דיני החוזים*

11.66 היחס בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין ושאלת האפשרות לתחום את גבולותיהם על יסוד עיוני או רעיוני ברור גזלו בעבר וממשיכים גם כיום לגזול משאבים רבים ממיטב המוחות המשפטיים.[222] בדברים הבאים אין בכוונתי אפילו לנסות ולמצות את הדיון בסוגייה חשובה זו, ואסתפק בכמה הערות כלליות הנוגעות ליחס המסתמן בין שני ענפי משפט אלה בעידן המודרני. **ראשית,** אין חולק כי לפחות במשפט המקובל צמחו דיני החוזים מתוך דיני הנזיקין.[223] **שנית,** למרות ההפרדה העיונית והתורת-משפטית בין שני ענפים אלה שהתבססה בשתי המאות האחרונות בפרט בעולם האנגלו-אמריקאי, קיימת כיום הכרה הולכת וגוברת בכך שמבחינות רבות קיים דמיון מהותי בין התחומים, ושדמיון זה הולך ומתרחב.[224] **שלישית,** מבחינה עובדתית, בשל התרחבות דיני הנזיקין במהלך המאה ה-20 קיימים

---

220 עם זאת, יש לזכור, ששיקול דעתו של בית המשפט מוגבל במידה ניכרת על ידי התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה. לדיון בתנאים אלה ר׳ סע׳ 7.04 לעיל.

221 זאת כחלק מהמגמה הכללית של טשטוש הבחנות מסורתיות בין דיני החוזים לדיני הנזיקין.

222 לתיאור מקיף ומאלף של הניסיונות העיקריים - והבלתי מוצלחים בעיקרם - להבחין באופן ברור בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין, תוך הבחנה בין מסורות המשפט השונות (רומניסטית, גרמנית, אנגלו-אמריקאית) ר׳: **I.E.** Introd., para. 32-45; see also **I.E.** Contracts, 3-5. לתיאור תמציתי של חלק מהבעיות שבהבחנה ר׳ **פרידמן וכהן,** 78-87. להשוואה בין הגישה הקונטיננטלית לגישה האנגלו-אמריקאית ליחס בין שני הענפים ר׳ מאמרה של **Glendon** (2) אסופת מאמרים קצרה בנושא היחס המורכב בין ענפי דין החיובים ר׳: **International Colloquium of Classification of Private Law: Bases of Liability and Remedies** (N.Y., 2001) (unpublished Summary). לבעיית הסיווג של ענפי משפט בכלל ושל דיני החוזים והנזיקין בפרט ר׳ גם: J.M. Feinman, "The Jurisprudence of Classification" 41 **Stan. L.R.** (1989) 661 לביקורת על ההבחנה המסורתית בין שלושת ענפי דין החיובים ולהצעת סיווג חדש ר׳: S. Hedley, "Contract, Tort and Restitution; or, On Cutting the Legal System Down to Size" 8 **Leg. Stud.** (1988) 137. לדעה התומכת בשימור ההבחנות המסורתיות ר׳: A.S. Burrows, "Contract, Tort and Restitution - A Satisfactory Division or Not?" 99 **L.Q.R.** (1983) 217. מעניין לציין, ששתי שיטות משפט דחו לחלוטין (!) את ההבחנה בין אחריות חוזית לאחריות נזיקית. אלה הן צ׳כיה (בקודקס האזרחי משנת 1950) וסנגל. לדיון בשיטות אלה ר׳: **I.E.** Introd., para 48, **I.E.** Complex, 4 (notes 6 & 7) ולניסיון מודרני לספק הבחנה עיונית בין דיני החוזים לדיני הנזיקין ר׳ למשל: J. Coleman, "Contracts and Torts" 12 **L. & Phil.** 71. (1993) קשיי ההבחנה בין עילות חוזיות לעילות נזיקין והחפיפה המתרחבת בין דיני החוזים לדיני הנזיקין נדונו על ידי גם בסע׳ 5.12-5.14 לעיל.

223 לסקירה היסטורית של תהליך זה ר׳ למשל: M. Bridge, "The Overlap of Tort and Contract" 27 **Revue De Droit De McGill** (1982) 872. ר׳ גם מאמרו של **Prosser** (2) הנ״ל בסע׳ 5.13(52). להתפתחויות מודרניות יותר במשפט האנגלי ר׳ למשל: M.P. Furmston, "Contract and Tort after Denning" **The Denning L.J.** (1987) 65.

224 הדמיון ניכר בכמה מישורים: **ראשית,** ההנחה המקובלת שהחיוב החוזי הוא רצוני והחיוב הנזיקי הוא לא-רצוני איננה מדוייקת. למעשה, הכניסה לחבות חוזית מותנית במבחנים אובייקטיביים, שאינם דורשים רצון חופשי אמיתי, אלא העדה חיצונית על רצון כזה. (ר׳ למשל סע׳ 2 ו-5 לחוק החוזים). ההתערבות המוגברת בתוכן החוזה בעידן המודרני משיקולי מדיניות כלליים אף היא מכרסמת בנכונות ההבחנה האמורה. מנגד, גם האחריות הנזיקית תלוייה במקרים רבים בקיומו של קשר חוזי רצוני. **שנית,** ההנחה שדיני הנזיקין באים להגן מפני פגיעה בסטטוס קוו, בעוד שדיני החוזים באים להגן מפני פגיעה בציפיות לעתיד, אף היא אינה נכונה, וספק אם היתה נכונה אי פעם. דיני הנזיקין מכירים בנזק עתידי שטרם התגבש כנזק בר-פיצוי, ובכך מגינים למעשה על אינטרס הציפייה של הניזוק (להיות במקום שבו היה עומד אלמלא העוולה) ממש כשם שדיני החוזים עושים זאת. ומאידך גיסא, גם דיני החוזים באים להגן על הסטטוס-קוו. מטרתם להשיב את מצבו של הנפגע מהפרת חוזה לקדמותו, במובן זה שמטרתם להשיבו למקום שבו היה עומד אלמלא הופר החוזה, כלומר, אלמלא נגזל ממנו המשאב שהעניק לו הקשר החוזי. **שלישית,** הן דיני החוזים והן דיני הנזיקין כוללים בחובם מימד עונשי - גמולי והרתעתי. להרחבה בנקודה זו ר׳ סע׳ 8.05 לעיל. **רביעית,** גם ההבחנה המסורתית שלפיה רק במסגרת דיני החוזים מוטלת אחריות בגין מחדלים, בעוד שבדיני הנזיקין תוטל אחריות רק בשל נזק שנגרם באופן אקטיבי, איננה תקפה עוד. באופן עקרוני אין כיום מניעה להטיל אחריות בנזיקין למחדלים (למשל: מצג כוזב במחדל, הימנעות מנקיטת אמצעי זהירות מתחייבים, וכו׳). **חמישית,** ההנחה שהאחריות החוזית היא מוחלטת בעוד שהאחריות בנזיקין מבוססת על אשמה גם היא איננה מתארת נכונה את הדין הנוהג (לעניין זה ר׳ סע׳ 10.04 לעיל). **שישית,** בניגוד לעבר, כיום דיני החוזים ודיני הנזיקין מספקים הגנה על כל סוגי האינטרסים. ר׳ סע׳ 10.11 לעיל. **שביעית,** גם הטענה המקובלת כי החיוב החוזי הוא חיוב המופנה כלפי פרט ספציפי, בעוד שהחיוב הנזיקי מופנה כלפי קשת בלתי מוגדרת של אנשים איננה מדוייקת, שהרי גם דיני הנזיקין מגבילים - לעיתים באופן משמעותי - את קשת האנשים שכלפיהם מוכרת חובת זהירות. להכרה בכרסום שחל בהבחנות מסורתיות אלה ר׳ למשל: **Gilead**(4), 5-6; **Gilead** (5) 511-13; B. Reiter, "Contracts, Torts, Relations and Reliance" in **Studies in Contract Law** (Toronto, 1980, Reiter & Swan Eds.) 235. ר׳ גם המקורות הנ״ל בהערה 222. כזכור, קיצוני בגישתו היה Gilmore, שצפה בספרו היטמעות מוחלטת של דיני

nevo.co.il

כיום אזורי חפיפה רחבים שבהם לשתי מערכות הדינים תחולה מקבילה.[225] כתוצאה מכך מחריף עוד יותר הקושי בשימורן של הבחנות בין שתי מערכות הדינים.[226]

כפי שיובהר מייד, מגמת הטשטוש הכללית בין דיני החוזים לדיני הנזיקין ניכרת במיוחד בתחום התרופות.

2. *מגמת מיזוגם ואיחודם של דיני התרופות בחוזים ובנזיקין*

11.67 בעשורים האחרונים גוברת ההכרה בכך, שגם אם ניתן להניח כי החובות הראשוניות שמטילים דיני החוזים ודיני הנזיקין שונות במהותן,[227] הרי שבמישור התרופתי המצב שונה. לדעת הוגים רבים, בקונטיננט ובמשפט האנגלו-אמריקאי כאחד, ההבדלים בין הדינים החולשים על התרופות בשני התחומים לא היו מעולם כה חריפים ומכל מקום הם הולכים ונעלמים בהדרגה.[228] התמזגות זו ניכרת במיוחד באזורי החפיפה שבין התחומים - שם כל פער בין הדינים הוא בעייתי ביותר - אך גם מחוצה להם. אכן, בשיטות קונטיננטליות רבות עקרונות האחריות הכלליים החלים על עוולות נזיקין ועל הפרות חוזים הינם אחידים.[229] במשפט המקובל ההפרדה המושגית והמתודולוגית בין התרופות בשני התחומים עדיין מושרשת יחסית בתודעתם של מלומדים ושופטים, אולם הספרות משקפת הכרה בצורך לבחון מחדש את שאלת היחס בין התרופות בשני התחומים.[230]

החוזים בדיני הנזיקין. 'תחזית' זו עוררה פולמוס רחב. ר' למשל: Symposium: "Individual Responsibility and the Law, Panel III: The Death of Contract and the Rise of Tort" 77 **Cornell L.R.** (1992) 1021.

225 לתהליך זה ר' סע' 5.14 לעיל. לדיון בהתקרבות שני הענפים בשל התפתחות עוולת הרשלנות במאה ה-20 ר' למשל: W. Lorenz, "Some Thoughts about Contract and Tort" in: **Essays in Memory of Professor F. H. Lawson** (London, 1986) 86. להתרחבותם ההדדית של דיני הנזיקין ודיני החוזים בישראל בעשורים האחרונים ר' **מאוטנר**, 7-105. האפשרות להחיל את עוולת הרשלנות על מצבים של הפרת חוזה מחפירה נדונה בהרחבה בחלקו השלישי של פרק זה. התחולה המקבילה והחופפת של דיני הנזיקין לצד דיני החוזים על אותה מסכת עובדתית ויחסי הגומלין שבין העילות והתרופות הובהרו היטב בפסקי דינם של השופט ברק בעניין **אדרס** (פסקות 4-18, בעמ' 262-71) ושל השופט חשין בעניין ***צוקים*** (פסקות 6-12, בעמ' 69-72). שאלת החפיפה בין הענפים נדונה באריכות גם בפסק דינו של השופט חשין בעניין ***א.ש.י.ר.***

226 הכתיבה אודות תחומי המשפט ה"דו-מהותיים" הנוצרים באזורי החפיפה או הגבול שבין דיני החוזים לדיני הנזיקין היא נרחבת ביותר, בפרט בשני העשורים האחרונים. ר' למשל: W.D.C. Poulton, "Tort or Contract", 82 **L.Q.R.** (1966) 346; G.H.L. Fridman, "The Interaction of Tort and Contract" 93 **L.Q.R.** (1977) 422; J.M. Albano, "Contorts: Patrolling the Borderland of Contract and Tort in Legal Malpractice Actions" 22 **Boston College L.R.** (1981) 545; W. Bishop, "The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance" 12 **J. Leg. Stud.** (1983) 241; R.E. Speidel, "The Borderland of Contract" 10 **N. Ky. L.R.** (1983) 163; J. Holyoak, "Tort and Contract after *Junior Books*" 99 **L.Q.R.** (1983) 591; R. Cooke, "Tort and Contract" in **Essays on Contract** (Ontario, 1987, Finn Ed.) 222; J. Swanton, "The Convergence of Tort and Contract" 12 **Sydney L.R.** (1989) 40; T.C. Galligan, "Contortions along the Boundary between Contracts and Torts" 69 **Tulane L.R.** (1994) 457; M.M. Loubser, "Concurrence of Contract and Tort" in **Law in Motion** (1st World Law Conferenence, Brussels, 1996); **Mason**. באנציקלופדיה למשפט השוואתי **I.E.,** complex, esp. הוקדש פרק שלם לנושא החפיפה בין אחריות חוזית לנזיקית. לגישות השונות כלפי סוגיית האחריות המקבילה ר' 24-39.

227 כאמור, שאלה זו אף היא אינה נקייה מספקות.

228 **"Contract and tort have never been two entirely distinct forms of liability, though we tend to view them as though they were"** R.E. Barnett, M.E. Becker, "Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities and Misrepresentations" 15 **Hofstra L.R.** (1987) 443, 445; **"There is an increasing awareness among lawyers and law-makers of the artificiality of drawing a rigid distinction between tort and contract." Swanton**, 74. אחד המלומדים תיאר את היחס בין הענפים כיחס של: **"While it still remains accurate to point to the theoretically theoretical duality and technical unity" Bridge**, 872. לדבריו: **dual nature of the two regimes of liability.. ..it is difficult to deny their technical unity in the fact of developments reducing the significance of the distinction.."** Id., 914. מלומד קונטיננטלי חשוב קבע, כי למרות שדיני החוזים ודיני הנזיקין מטפלים בבעיות שונות, הרי שבתחום התרופתי הדינים הולכים לקראת מיזוג: **"Tort and Contract would still be two fields of law, each with separate problems, but the consequences of liability would be the same whether liability resulted from the breach of a contract or from a tort." I.E.**, Introd., 28. להצגה תמציתית של ההבחנות המסורתיות העיקריות בין דיני התרופות בחוזים ובנזיקין ר' למשל: **I.E.**, Complex, 7-15; **Loubser**, 343-56; **Swanton**, 59-73.

229 בעניין זה קיימים הבדלי סגנון בין הקודקסים במדינות השונות. המודל המקובל הוא של הוראות יסוד החלות על שני התחומים, לצד הוראות מיוחדות המתייחסות לכל תחום בנפרד. יחד עם זאת, מבחינה מהותית הוראות מתחום אחד מוחלות לעיתים, מכוח הפסיקה, על מצבים מתחום אחר. כאמור, בצ'יכיה וסנגל אוחדו לחלוטין תוצאות האחריות של הפרת חיובים אזרחיים. ר' הערה 222 לעיל. לסקירת הדרכים הטיפוסיות להסדרת תחום התרופות בשיטות הקונטיננטליות ר' **I.E.,** Remedies, para. 7 ר' גם ר' בן-אוליאל, ר' סנילביץ, חוות דעת מס' 10807, מחקר השוואתי בנושא תרופות בחוזים ובנזיקין, הוגשה למשרד המשפטים עבור ועדת הקודיפיקציה (ללא תאריך) עמ' 8-4.

230 הדבר בא לידי ביטוי בספרים ומאמרים רבים הבוחנים את היחס בין התרופות בחוזים ובנזיקין. ר' למשל: A.S. Burrows, **Remedies of Torts and Breach of Contract** (London, 2nd ed., 1994); D. Harris, **Remedies in Contract and Tort** (London, 1988); J. Blom,

nevo.co.il

מגמת המיזוג והאיחוד של העקרונות התרופתיים בתחום החוזים והנזיקין בולטת במיוחד בישראל. אמנם, בספרות אין למצוא דיון נרחב ביחס בין שני התחומים, לא במישור העיוני הכללי, ולא בתחום התרופתי. עם זאת, דווקא פסיקתו של בית המשפט העליון תרמה רבות להבנת יחסי הגומלין בין ענפיו השונים של דין החיובים, ולהכרה בכך שאין מניעה לצרף ולצבור סעדים ותרופות בשל הפרת חוזה, לתרופות בשל מעשה נזיקין.[231] נראה, כי המלומדים והשופטים המעטים שעסקו בשאלה מצדדים במיזוג והרמוניזציה של דיני התרופות.[232] אכן, בטיוטת הקודקס האזרחי העתידי שעליו עמלה וועדת הקודיפקציה בשנים האחרונות, ניתן ביטוי מובהק למגמה הנדונה כאן. בקודקס יופיע פרק כללי אחד ויחיד שבו יקובצו תחת קורת גג אחת תרופות דיני החוזים והנזיקין.[233] מגמה זו, כקודמותיה, אף היא עולה בקנה אחד עם התזה המוצעת בחיבור זה, הקוראת לשחרור והתנערות מההבחנה המסורתית בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין לעניין תחולתה של דוקטרינת התשלום העונשי.[234]

* * *

"Remedies in Tort and Contract: Where is the Difference?" ch. 16 in **Remedies, Issues and Perspectives** (Barrie, 1991, Berryman Ed.) 395. היבטים תרופתיים נבחנים בחלק גדול מהמאמרים הנ"ל בהערה 226.

231 על כך שהתרופות בדיני החוזים, דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט מגינות במקרים רבים על אותם אינטרסים עמד באופן מאלף השופט ברק בפרשת ***אדדש*** (ר' במיוחד פסקות 12 ו-13 לפסק דינו). בפועל נראה שבתי המשפט בישראל, בפרט בערכאות הדיוניות, אינם מייחסים חשיבות רבה לשאלת סיווג עילת התביעה כחוזית או נזיקית, ונוטים להחיל על תביעות משני הסוגים עקרונות דומים, במיוחד בתחום הפיצויים. לנטייה המשפט הישראלי להפחית בחשיבותן של הבחנות בתחום הפיצויים ר' סע' 10.23(120). ר' גם הדיון בהלכות ***Eximin***, ***אדדש***, ו-***גולדמן***, שהחילו בתחום החוזי את תרופת תשלומי ההשבה, את עקרון האשם התורם, ואת דוקטרינת הפיצויים המוגברים. סע' 6.17, 6.15 ו-6.10(31) בהתאמה. אולם ביחס למעמדה של האכיפה קיים עדיין הבדל בין דין החוזה לדין העוולה. ר' למשל דברי השופט זמיר בפרשת ***לוין***: **"בכך נבדל גם, במשפט ישראל, דין החוזים מדין הנזיקין. בנזיקין נדרש, בדרך כלל, טעם מיוחד כדי שבית המשפט לא יסתפק בסעד של פיצויים וייתן סעד של ציווי, ואילו בחוזים נדרש, בדרך כלל, טעם מיוחד כדי שבית המשפט יימנע מלתת סעד של ציווי."** ***לוין*** 879.

232 פרופ' פרידמן הציע לאמץ גישה כזו כבר בראשית שנות ה-70. ד' פרידמן, "תרופות בשל הפרת חוזה" **עיוני משפט** ג (תשל"ג) 134, 146, 148: **"מן הראוי לשאול, אם אמנם קיימת הצדקה ענייניית או הגיונית להבחנות אלו** [בין תרופות דיני החוזים לתרופות דיני הנזיקין] **או שמא נעוץ ההבדל בהתפתחות היסטורית מקרית... ..מקור הזכות איננו חייב להשפיע על הסעדים, הניתנים בשל פגיעה בה.. ..השאלות המתעוררות בכל הקשור לשמירת הזכות, להגנתה בעין, וכן להערכת הפיצויים במקרה של הנזק, הן, במקרים רבים, אנלוגיות או זהות.."**; דעה דומה הביע נשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר. ר': **שמגר**, 23-14. ר' במיוחד דבריו בעמ' 15, 21: **"...מן הראוי לשאוף להרמוניזציה ולהאחדה של דיני האחריות ודיני התרופות בגין הפגיעה בחיוב. ...העיקרון שעלינו להטמיע הוא, לטעמי, כי כנקודת מוצא, דין הנפגע החוזי יהא כדין הניזוק לפי דיני הנזיקין. מן הראוי להגיע לתורה כללית של תרופות... קו-התפר בין דיני חוזים לדיני נזיקין מטושטש.. ..יש להבין את הקרבה הרעיונית הרבה בין דיני החוזים ודיני הנזיקין. קירבה זו היא העוגן למתן תשובה כללית, שיטתית ועקיבה לשאלות בדיני החיובים."** גישה זו הביע הנשיא שמגר גם בפסיקתו. ר' עניין ***Eximin***, 85 (לעניין הצורך בהרמוניזציה בין דיני חוזים לדיני נזיקין לעניין ההכרה בהגנת אשם תורם). גם השופט ברק העיר בשעתו, בדברי הקדמה לספרו של השופט קציר, **תרופות בשל הפרת חוזה**, כי ספריו של קציר **"מעוררים את השאלה, אם אין מקום למזג את דיני התרופות בנזיקין עם דיני התרופות בחוזים?" האם אין מקום לגבש דין חדש שעניינו תרופות בגין הפרת חיוב (חוזי, נזיקי, סטטוטורי)?.. אכן, נראה כי ניטיב לעשות אם נאחד את דיני התרופות, ונעמיד חוק אחד כללי שיעניק תרופות בגין הפרת חיוב."** **קציר**, עמ' ז'. ר' גם דברי השופט חשין בעניין ***צוקים***, הנ"ל בסע' 6.16(64) בהם הוא משווה בין דין מפר החוזה לבין דין המעוול הנזיקי.

233 הפרק מכונה "תרופות בשל הפרת חיוב", ועוסק ב"אכיפת החיוב", "פיצויים בשל הפרת חיוב" ובתרופות נוספות. יחד עם זאת, אין זה ברור אם פרק זה מיועד לחול גם על חיובים מדיני עשיית עושר ולא במשפט, ועל חיובים אחרים שמקורם בהוראות חוק מיוחדות.

234 למסקנה דומה הגיע שופט קנדי חשוב: **"In recent years, the principles of damages in tort and contract are becoming more consistent. That is good and should be encouraged. By allowing punitive damages for contract breach, that laudable trend will be advanced."** ***Brown***, 65 (Linden, J.)

nevo.co.il

פרק י"ב:

התנהגות מחפירה בתחום החוזי - קטגוריות טיפוסיות ושיקולים עיקריים

nevo.co.il

א. הערה למטרת הדיון ולמבנה הפרק

12.01 בשני הפרקים הקודמים ביססתי את הטיעון העקרוני בזכות הרחבת ההכרה בדוקטרינה ובזכות החלתה גם בתחומים אזרחיים פרט לדיני הנזיקין, ובמיוחד בתחום החוזי. בפרק זה מטרתי להניח נדבך נוסף, המשלים ומחזק את התזה שנבנתה בשער הרביעי לחיבור. תכלית הדיון בפרק זה, החותם את החיבור, היא לשרטט בקווים כלליים את דמותה של הדוקטרינה בתחום החוזי. זאת נעשה באמצעות הצבעה על קטגוריות ההתנהגות הטיפוסיות העשויות לשמש בסיס לחיוב בתשלום עונשי, ועל השיקולים המרכזיים העשויים להשפיע על ההכרעה אם הפרת חוזה או התנהגות פוגענית אחרת המתגלה ביחסים שבין צדדים לחוזה ראוייה להיחשב "מחפירה" ולהצדיק חיוב בתשלום עונשי.[1] מבחינה מבנית נחלק הדיון בפרק לשלושה חלקים, שכל אחת מהם מתמקד באחד מבין שלושת השלבים המרכזיים בחיי החוזה: השלב הטרום-חוזי, השלב החוזי, והשלב הבתר-חוזי.[2]

בטרם נפתח בדיון, מתבקשת הערה מקדימה לעניין המבחן לזיהוייה של התנהגות מחפירה בתחום החוזי.

ב. התנהגות מחפירה בתחום החוזי - המבחן לזיהוייה

12.02 מלומדים רבים האוחזים בגישה האזרחית לתשלום העונשי ניסו לנסח מבחנים לתחולת הדוקטרינה בתחום החוזי. בעוד שחלקם הסתפק בהצעה להחיל במדוייק את המבחן הכללי הנוהג בדיני הנזיקין,[3] הרי אחרים ניסו לנסח מבחן בעל תוכן קונקרטי יותר, על פי רוב ברוח המבחן הכללי שהוצע בחיבור זה.[4] לעיתים הוצעו מבחני משנה מפורטים יותר,[5] ולעיתים אף הוצע לסטות מהמבחן המסורתי החל בתביעות נזיקין.[6] לדעתי, המבחן לתחולת הדוקטרינה

---

1 בספרות שעסקה בשאלת המחקר לא מצאתי ניסיון לבחון באופן שיטתי את מגוון ההקשרים הטיפוסיים שבהם פסיקת תשלום עונשי הינה מתבקשת בתחום החוזי. חריג נדיר וראוי לציון מצוי דווקא בפסיקה - פסק דינו של שופט המיעוט, Mosk, בפסק דינו של בית המשפט העליון של קליפורניה בעניין (1995) ***Freeman***, בעמ' 12-110, אליו אתייחס במהלך הפרק. למרבה הפלא, החסר בירידה לפרטים בולט גם בספרות, אפילו זו התומכת באימוץ הגישה האזרחית.

2 כפי שיובהר גם במהלך הדיון, למרות שמטעמים מתודולוגיים נעשה הדיון בכל שלב בנפרד, הרי במציאות הגבולות בין השלבים השונים אינם תמיד חדים וברורים. יתרה מכך, גילויים דומים של התנהגות מחפירה עלולים להופיע ביותר משלב אחד. יחד עם זאת, ההבחנה בין השלבים חשובה שכן אופי היחסים בין הצדדים, האינטרסים שלהם, ומידת התלות ההדדית שלהם זה בזה שונים בכל אחד מהשלבים. הדבר משפיע על התדירות ועל הצורה שבה ניתן לצפות להתגלות התנהגויות מחפירות מסוגים מסויימים בשלבים שונים של הקשר בין הצדדים. בנוסף, כפי שיובהר אגב הדיון, המקורות המשפטיים החולשים על מערכת היחסים הינם שונים בכל אחד מהשלבים האמורים.

3 Sullivan, מראשוני המלומדים שעסקו באופן ביקורתי בשאלת המחקר, העיר בשנת 1977 שאם אכן יחילו בתי המשפט את הדוקטרינה במפורש בתחום החוזי יש לשער שאמת המידה לתחולתה תהא זהה לזו החלה בהקשרים נזיקיים. **Sullivan**, n. 194

4 המלומדת Marschall הציעה לאפשר לבית המשפט לפסוק תשלום עונשי בכל מקרה שבו הפרת חוזה היתה מכוונת ("willful breach") ונעשתה תוך התעלמות בלתי סבירה מהצד השני ("unreasonable disregard of the other party"). המלומדת הגדירה "הפרה מכוונת" כ"הפרה מודעת ונעדרת פטור בדין, שמטרתה העיקרית איננה להיטיב עם הנפגע": **"a knowing breach by a party not legally excused from performing, which is made for any primary purpose other than to confer a benefit on the aggrieved party." Marschall**, 733. המלומדת מבהירה, כי בדיבור "פטור בדין" כוונתה בעיקר לדוקטרינת הסיכול (impossibility, frustration) ולדוקטרינות אחרות המקנות לצד לחוזה זכות לבטלו (במקרה כזה למעשה אין מדובר בהפרה כלל). ניתן לראות שהגדרה זו קרובה למבחן הכללי שהצעתי לתחולת הדוקטרינה בפרק ז'. עם זאת, המושג "התעלמות בלתי סבירה" הינו עמום למדי, ולדעתי אינו מבטא בבירור את הדרישה לחריגה בוטה מסטנדרט ההתנהגות הסביר. כמו כן אין זה ברור מהו מושא המודעות של המפר, והאם נדרש כי יהא מודע רק למעשה ההפרה או גם למשמעותה המשפטית, וכן לא ברור אם נדרשת מודעות לפגיעה או לסיכון הממשי לנתבע. נוסף על כך, כמו מבחנים רבים אחרים שהוצעו בספרות, לוקה מבחנה של Marschall בהתעלמות מכך שהתנהגות מחפירה אינה נלמדת לעולם מהפרה אחת, ואפילו חמורה או מחפירה, אלא מהתנהגות הנתבע לאורך הארוע כולו. לחידוד הנקודה ר' סע' 12.36, 12.46 להלן. מבחן דומה הציע Sebert במאמר משנת 1986. לדבריו, אין להגביל את תחולת הדוקטרינה לסוגים מסויימים של חוזים, ויש להחילה על כל הפרה מחפירה של חוזה ("egregious breach"). הפרה מחפירה שכזו היא הפרה מודעת (intentional) שהמפר ידע בעת ביצועה שאין לה הצדקה בדין ("legal justification"), או שגילה אי אכפתיות בוטה ("reckless disregard") לגבי שאלת קיומה של הצדקה כאמור. **Sebert**, 1677 מבחן זה משקף היטב את דרישת המינימום לתחולת הדוקטרינה, אך אינו מבהיר, שזו איננה אלא תנאי הכרחי, אך לא מספיק, לפסיקת תשלום עונשי.

5 Speidel ניבא בשנת 1982, על בסיס ניתוח הפסיקה הקיימת, שבתי המשפט האמריקאיים יתגברו על נטייתם לצמצם בפסיקת תשלום עונשי בתחום החוזי בהתקיים אחד או יותר מהמצבים הבאים: 1) התנהגות מחפירה (outrageous) או בלתי מוסרית (unethical) מצד המפר; 2) הנזק לנפגע עולה על הרווח הצפוי למפר או שווה לו; 3) ההפרה פוגעת באינטרסים פרטיים או ציבוריים חשובים; 4) קיים סיכוי ממשי שהנפגע לא יזכה בפיצוי יעיל ומהיר באמצעות ההליך המשפטי. **Speidel**, 192 היחס בין מבחנים מוצעים אלה לבין עצמם איננו ברור. כך למשל, נראה שמבחנים 1 ו-3 מנוסחים ברמת הפשטה גבוהה מזו של מבחנים 2-4. מבחן 1 נראה כמבחן כללי המסוגל להכיל את כל היתר. בנוסף, אין זה ברור אם לדעת המלומד המבחנים מוציאים זה את זה, מצטברים, ומהי רמת החפיפה, אם בכלל, שהם מקיימים בינם לבין עצמם.

nevo.co.il

חייב להיות מבחן אחד ואחיד בכל הקשר אזרחי, שכן מטרות הדוקטרינה והעקרונות הראויים להפעלתה אינם משתנים על פי ההקשר העובדתי או המשפטי שבו היא מופעלת.[7] בעיניי, המבחן הכללי שהצעתי לתחולת הדוקטרינה בפרק ז' הוא מבחן ראוי, הממשמש בצורה מיטבית את מטרות הדוקטרינה תוך הבטחת וודאות ובהירות מינימאליות מחד גיסא וגמישות מאידך גיסא.[8] זהו אפוא גם המבחן הכללי שלאורו תיבחן בפרק זה שאלת התקיימותן של התנהגויות מחפירות בתחום החוזי.

חלק ראשון:
התנהגות מחפירה בשלב הטרום-חוזי

א. מבוא: השלב הטרום-חוזי כחלק מהתחום החוזי במובן הרחב

12.03 עיקר עניינם של דיני החוזים הוא בהסדרת היחסים שבין צדדים לחוזה. עם זאת, מן הבחינה האנליטית-פורמלית, מקובל כיום לראות את דיני החוזים כמסדירים גם את השלב הטרום-חוזי, שבו חוזה טרם נכרת.[9] נוסף על כך, מבחינת האינטרסים והציפיות של הצדדים, קיים דמיון בין היחס החוזי הטהור לבין היחס שבין צדדים למשא ומתן לכריתת חוזה.[10] לבסוף, כל חוזה הוא בסיס שממנו רשאים הצדדים לסטות בהסכמה. שינויים אלה אף הם פרי משא ומתן 'טרום-חוזי', מנקודת מבטו של החוזה החדש או המתוקן. העיון בביטויים טיפוסיים של התנהגות אנטי-חברתית בשלב הטרום-חוזי, ולו בתמצית, נראה אפוא כמתבקש במסגרת חיבור הבוחן את מקומו של התשלום העונשי בתחום החוזי.

---

[6] במאמר מקיף בנושא משנת 1994 טען Cavico כי אמת המידה הראוייה המצדיקה פסיקת תשלום עונשי בשל הפרת חוזה היא של התנהגות "מחפירה" ("outrageous"). לדבריו, אמת מידה זו מצריכה הוכחה של "זדון" ("malice") או של "דיכוי" ("oppression") ביחסו של הנתבע כלפי התובע. לשם הוכחת זדון יש להראות "זדון ממשי" ("actual malice") הנלמד מרצון לפגוע בתובע או "זדון משתמע" ("implied malice") הבא לידי ביטוי בהתעלמות מודעת מזכויותיו. **Cavico**, 445 לעומת זאת, לשם הוכחת "דיכוי" די להראות כי הנתבע העמיד את התובע בפני "מצוקה אכזרית ובלתי צודקת" ("cruel and unjust hardship"). Id., 446 בעוד שאמת המידה הראשונה היא סובייקטיבית ומותנית בהוכחת יסוד נפשי מחמיר אצל הנתבע, הרי אמת המידה השנייה היא אובייקטיבית, ומתמקדת ביסודות הפיזיים של התנהגותו ובהשלכותיהם החמורות על מצבו של התובע. לטענת המלומד, אמת המידה של "דיכוי" מתאימה יותר להקשר החוזי וזאת בשל הקושי שבהוכחת יסוד נפשי של זדון, בפרט של תאגידים ונתבעים מוסדיים אחרים הפועלים בתחום המסחרי. תיזה זו מזכירה מאוד ניתוח שערך John במאמר משנת 1986, בו קבע כי רציונל ההרתעה הוא הרציונל המוביל של הדוקטרינה, ולכן אמת מידה אובייקטיבית של "דיכוי" היא עדיפה בפרט בהקשר החוזי-מוסדי, בשל בהירותה היחסית ובשל העובדה שאינה מחייבת הוכחת מודעות בפועל. **John**, esp. 2057-60, 2060: **"..the "oppression" standard offers a useful, objective means of evaluating the defendant's conduct by shifting the focus of the court's concern from the defendant's bad faith to the extent to which the defendant's conduct oppressed the plaintiff."** לדעתי, אימוץ מבחן ה"דיכוי" כמבחן כללי לתחולת הדוקטרינה הוא בעייתי ביותר שכן הוא משקף ויתור על הדרישה ליסוד נפשי של מודעות בפועל לפגיעה שלא כדין בתובע. בכך יש למעשה משום נטישה של רציונל הגמול, שהוא צידוק ההוגנות המרכזי לענישת הנתבע במסגרת הדוקטרינה, לטובת גישה הרתעתית-תועלתנית טהורה, שבסיסה המוסרי רעוע יותר.

[7] כפי שהראיתי בפרק הקודם, הרציונלים העומדים בבסיס הדוקטרינה והמצדיקים את תחולתה בהקשר החוזי אינם אלא אותם הרציונלים המצדיקים את הפעלתה בתביעות נזיקין. ר' הדיון בחלקו השני של פרק י"א.

[8] לניסוח המבחן המוצע ר' סע' 7.06 לעיל וסעיף 3 להצעת החקיקה.

[9] כך למשל, דיני הפגמים בכריתה הם ענף משנה מובהק של דיני החוזים, למרות שהם בוחנים למעשה את השלב הטרום-חוזי. גם דיני הכריתה מבוססים למעשה על ניתוח ופרשנות של התנהגות הצדדים בשלב הטרום-חוזי. במשפט הישראלי הנורמה החשובה ביותר החולשת על השלב הטרום-חוזי, חובת תום הלב במשא ומתן, קבועה כיום בחוק החוזים הכללי (סעיף 12 לחוק). חיבורים העוסקים בדיני החוזים כוללים בדרך כלל התייחסות נרחבת יחסית לשלב הטרום-חוזי.

[10] דמיון זה הולך וגובר עם ההתקרבות לרגע כריתת החוזה. הוא מתבטא בנטיית הדין המודרני להרחיב את קשת הסעדים העשויים להינתן לצד למשא ומתן, שציפיותיו לכרות את החוזה נכזבו בטרם שכלולו (במשפט הישראלי ר' סע' 6.22(112) לעיל). זאת ועוד, בפועל נקודת הזמן שבה נכרת החוזה אינה תמיד חדה וברורה, לא לצדדים עצמם, ובמקרים רבים גם לא לבית המשפט הדן בסכסוך. במציאות זו יש טעם רב בהיכרות עם המשמעות המשפטית של ההימצאות בשלב הטרום-חוזי בחיבור העוסק ביחסים חוזיים.

nevo.co.il

ב. המקורות המשפטיים העיקריים החולשים על התנהגות הצדדים בשלב הטרום-חוזי: דיני הנזיקין וחובת תום הלב במשא ומתן

1. *דיני הנזיקין - הגישה האזרחית ונפקותה*

12.04 הצדדים למשא ומתן טרום-חוזי אינם כפופים לחיובים חוזיים, שכן חוזה טרם נכרת.[11] עם זאת, הם אינם פטורים מעולם של חיובים משפטיים אחרים, המוטלים עליהם מכוח הדין. בראש ובראשונה כפופים הם לחיובים שמטילים עליהם דיני הנזיקין.[12] מכוחם ניתן להטיל אחריות על צד למשא ומתן שביצע עוולת נזיקין כלפי הצד השני.[13] על עוולות אלה ניתן להשעין במקרים המתאימים חיוב בתשלום עונשי, וזאת גם במסגרת גישה הנזיקית לתשלום העונשי, אשר כזכור דורשת הוכחת עוולה נזיקית עצמאית על כל יסודותיה.

ברם אימוץ הגישה הנזיקית בהקשר הטרום-חוזי עלול להביא לכך שבמקרים רבים שבהם התנהגות הנתבע תצדיק זאת לא ניתן יהיה לפסוק תשלום עונשי. כך למשל, בעוולת התרמית, המהווה דוגמה טיפוסית להתנהגות אנטי-חברתית בשלב הטרום-חוזי, הוכחת נזק ממון היא תנאי שבלעדיו לא תקום אחריות נזיקית למצג הכוזב.[14] ניסוח התביעה בעוולת הרשלנות מרכך מעט את הקושי אך איננו מסיר אותו לחלוטין, שכן גם כאן נדרשת הוכחתו של נזק בר-פיצוי.[15] לעומת זאת, אימוץ הגישה האזרחית מאפשר לפסוק תשלום עונשי בגין הפרה מחפירה של חיובים נזיקיים (הפרת חובת הזהירות ברשלנות או מעשה אחר המקים יסודותיה של עוולה נזיקית ספציפית) וזאת גם בהעדר נזק.[16]

2. *חובת תום הלב במשא ומתן - הגישה האזרחית ונפקותה*

12.05 על הצדדים למשא ומתן עשויים לחול חיובים שונים שמקורם בהוראות דין שונות שאינן נכללות בפקודת הנזיקין ואינן מחילות על עצמן את עקרונותיה. החשוב ביותר מבין חיובים אלה, בשל תחולתו הפוטנציאלית הרחבה, הוא החיוב לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה.[17] עיקרון משפטי זה, המוכר בשיטות

---

[11] לצורך הדיון בחלק זה אני מתעלם מהאפשרות שהצדדים למשא ומתן כבר קשורים בקשר חוזי בנושא אחר. במצב זה יהיו הצדדים כפופים גם לחובות הנובעות מהחוזה שביניהם, ומבחינה זו יהיו הם מצויים בשלב החוזי. אני מתעלם גם מהאפשרות לראות את הצדדים למשא ומתן טרום-חוזי כמי שלמעשה קשורים בחוזה המסדיר את האופן שבו ינוהל המשא ומתן (לעיתים חוזה זה מכונה "חוזה נספח", או חוזה הקובע את 'כללי המשחק'). ראייה כזו מאפשרת לראות בכל פעולה פוגענית ובלתי מוסרית בשלב הטרום-חוזי (ובכלל זה ביצוע עוולות נזיקין, והפרות של חובת תום הלב במשא ומתן) משום הפרה של חיוב חוזי משתמע. לדעתי, בראייה כזו של מהות היחסים יש מימד פיקטיבי לא מבוטל. עם זאת, פיקטיביות דומה קיימת פעמים רבות גם בשלב החוזי, כאשר בית המשפט מייחס לצדדים חיובים חוזיים משתמעים, שלמעשה מיוסדים על שיקולי מדיניות חברתית, ולא על הסכמה אמיתית (מפורשת או משתמעת) של הצדדים.

[12] בפרק זה לא אדון בשאלת תחולתם האפשרית של דיני עשיית עושר ולא במשפט ביחסים חוזיים וטרום-חוזיים, ובשאלת ההצדקה לפסיקת תשלום עונשי בגין הפרת חיוב שמקורו בענף משפטי זה. עמדתי העקרונית היא, שדינים אלה חלים וראוי שיחולו גם ביחסים חוזיים וטרום-חוזיים. עם זאת, הטלת תשלום עונשי על הפרת חיוב מדיני עשיית עושר ולא במשפט תהיה לדעתי נדירה מאוד כאשר לא מתלווה אליה הפרה של חיוב מקביל (חוזי, נזיקי, או אחר) שעניינו במניעת נזק או סיכון לנזק. הטעם לכך הוא, שמבחינה חברתית ומוסרית גרימת נזק או סיכון לגרימת נזק הם ככלל חמורים יותר מאשר פעולה שכל הסיכון שבה הוא סיכון לשיפור מצבו (אמנם באופן בלתי צודק) של המתעשר (מבלי שהדבר כרוך בנזק לנפגע).

[13] העוולות הטיפוסיות להן נזקקו בתי המשפט באופן היסטורי כדי לפקח על ניהול תקין של משא ומתן הן עוולת התרמית ועוולת הרשלנות (מצג שווא רשלני). **פרידמן וכהן**, סע' 12.12. עם זאת, באופן עקרוני אין מניעה שתבוצענה במהלך המשא ומתן עוולות אחרות כגון תקיפה, גזל, לשון הרע, וכיו"ב, למשל כאמצעי לחץ במשא ומתן.

[14] סע' 56 לפקודת הנזיקין.

[15] כמפורט בפרק הקודם, ההכרה בנזק לא-ממוני או כלכלי טהור היא מוגבלת במסגרת עוולת הרשלנות, ועובדה זו מגבילה את היקף תחולתה של עוולה זו. ר' סע' 11.43, 11.44 בהתאמה. הבעיות המתעוררות במסגרת עוולות הרשלנות, התרמית והפרת חובה חקוקה אינן מתעוררות במסגרת העוולות שאינן טעונות הוכחת נזק, ושהינן בנות-תביעה כלשעצמן (actionable per se) כגון תקיפה, גזל, מטרד, וכיו"ב. עוולות אלה טעונות הוכחת נזק (ולעיתים אף הוכחת נזק ממון) רק כדי להצמיח זכות לפיצויים, אך לא כחלק מיסודות העוולה.

[16] תוצאות דומות ניתן להשיג גם במסגרת פרשנות מרחיבה וליברלית למושג ה"עוולה הנזיקית". דיון בחסרונותיה של גישה זו ערכתי בפרק הקודם. ר' סע' 11.47-11.52 לעיל.

[17] במשפט הישראלי ר' סע' 12(א) לחוק החוזים. במשפט הגרמני סעיף 242 ל-B.G.B. מטיל חובה כללית של קיום חיובים משפטיים בתום לב ובדרך מקובלת, אך אינו קובע חובה ספציפית לנהוג בתום לב במשא ומתן. חובה זו מקורה בתיאוריה שפיתח Rudolf Jhering בשנת 1861, ואשר אומצה בהמשך בפסיקת בתי המשפט ובספרות המלומדים, תוך עיגונה הפורמלי בפרשנות מרחיבה של סעיף 242 הנ"ל. בקוד נפוליאון אין זכר לחובה לנהוג בתום לב, והיא הוכרה בפסיקה ובספרות תוך הסתמכות על קונסטרוקציות חוזיות ונזיקיות. המשפט האיטלקי הוא אחת השיטות היחידות שבהן החובה מעוגנת בהוראות הקודקס האזרחי. **Codice civile**, s.

nevo.co.il

קונטיננטליות ובמשפט הישראלי כעיקרון החולש על כל מי שמנהל משא ומתן טרום-חוזי, מחייב את הצדדים למשא ומתן לנהוג בהגינות וביושר מינימאליים.[18] חובה זו איננה בגדר ציווי מוסרי גרידא, אלא חיוב משפטי לכל דבר, שהפרתו מצמיחה סנקציות משפטיות ממשיות.[19] כאשר חיוב זה מופר על ידי צד למשא ומתן באורח מחפיר, עשוי הדבר להצדיק את חיובו של המפר בתשלום עונשי.[20] כמובן, תוצאה זו תהיה אפשרית רק כאשר נתמלאו התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה, דהיינו: **הוכח בראיות חד-משמעיות כי הנתבע פעל מתוך מודעות בפועל לכך שהוא מפר נורמות בסיסיות של יושר והגינות, ושהוא פוגע או מסכן בכך באופן ממשי את האינטרסים של הצד השני למשא ומתן**.[21]

אולם במסגרת הגישה הנזיקית לא ניתן יהיה להגשים תוצאה רצוייה זו, שכן הפרה של חובת תום הלב כשלעצמה אין בה כדי לבסס עילת תביעה בנזיקין.[22] כאן פעם נוספת צפה ועולה נפקותה המעשית של הגישה האזרחית: זו מאפשרת לבית המשפט לבסס את התשלום העונשי במישרין על הפרתה המחפירה של חובת תום הלב, וכך להרחיב את תחולת הדוקטרינה ולהחילה גם בהעדר עוולת נזיקין מוכרת.[23]

<u>ג. דוגמות טיפוסיות להתנהגות מחפירה בשלב הטרום-חוזי</u>

12.06 להלן אסקור בקצרה מספר קטגוריות טיפוסיות של התנהגות אנטי-חברתית האופייניות לשלב הטרום חוזי. כפי שאראה, התנהגויות אלה עשויות במקרים רבים להקים לנפגע מהן עילת תביעה נזיקית. במקרים אחרים תתבסס העילה על הפרת חובת תום הלב, ובהם יתבטא יתרונה הייחודי של הגישה האזרחית.

1337 בשיטות האנגלו-אמריקאיות אין מכירים בחובת תום הלב בשלב הטרום-חוזי. עם זאת, בפועל דוקטרינות ההשתק וההסתמכות למיניהן ודוקטרינות נוספות מאפשרות להשיג תוצאות דומות למדי לאלה המושגות בשיטות הקונטיננטליות. למחקרים השוואתיים מקיפים בנושא ר': **Fine**; S. Colombo, "The Present Differences between the Civil Law and Common Law Worlds with regard to Culpa in Contrahendo" 2 **Tilburg Foreign L.R.** (1993) 341. ר' גם: **פרידמן וכהן**, סע' 4.17-4.9.

[18] **"החובה המשפטית** [לנהוג בתום לב במשא ומתן] **יוצרת ציפייה לגיטימית להתנהגות של אמון ויושר.."** **פנידר**, 689. חיוב תום הלב הוא חיוב כופה (קוגנטי) המוטל על הצדדים ללא תלות ברצונם ומבלי שהם יכולים להתנות עליו, ובמובן זה הוא דומה לחיוב נזיקי. עם זאת, אין הוא מוגדר כעוולה בפקודת הנזיקין או בחוקים אחרים שהפקודה חלה עליהם. בישראל אומצה הגישה הרואה בחובת תום הלב בשלב הטרום-חוזי חובה מן הדין. ***פנידר***, 8-686; ישנם מלומדים הסבורים כי מקור החובה הוא בדין, אך החובה היא בעלת אופי נזיקי. **פרידמן וכהן**, סע' 12.26.

[19] שאלת הסנקציות העשויות להיפסק בגין הפרת חובת תום הלב בשלב הטרום-חוזי אינה נקייה מספקות. בעבר פרשה הפסיקה את סעיף 12(ב) באופן המאפשר פסיקת פיצויים שליליים בלבד. תחילת השינוי הסתמנה בעניין ***שיכון עובדים***, 4-583, שם בהערת אגב הובעה העמדה כי הסעיף אינו ממצה את קשת הסעדים האפשרית, וכי חוסר תום לב עשוי עקרונית להביא לשכלולו של חוזה שלא נכרת (השופטת בן-פורת). גישה זו אומצה על ידי השופט ברק בדעת מיעוט בפרשת ***זוננשטיין***, וככל הנראה הפכה להלכה בעניין ***קלמר***, שבו אכף בית המשפט חוזה על אף שדרישת הכתב לא נתקיימה בו, וזאת כסנקציה על הפרת חובת תום הלב במשא ומתן. אשר לפיצויים, הספק בדבר האפשרות לפסוק פיצוי ציפייה הוסר בעניין ***קל בניין***. לניתוחים של הבעייה בספרות הישראלית ר' למשל: נ' כהן, "דפוסי חוזים ותום-לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" **הפרקליט** לז (תשמ"ז) 13; ס' דויטש, "סעיף 12 לחוק החוזים: האמנם תרופה לכל מכאוב?" **מחקרי משפט** ד (תשמ"ו) 39; ג' שלו, "ההליך הטרום חוזי" **עיוני משפט** יד (תשמ"ט) 293; ג' פרוקצ'יה, "הפרת החובה לנהוג בתום לב" **הפרקליט** לט 65, 75-69.

[20] פרופ' פרידמן ופרופ' כהן העלו בספרם את שאלת האפשרות לפסוק תשלום עונשי בגין הפרה של חובת תום הלב במשא ומתן. לדבריהם, מחד גיסא החובה בעלת אופי נזיקי, והדבר מושך לכיוון של הכרה באפשרות זו. עם זאת, המלומדים רואים קושי בעובדה שסעד זה אינו מעוגן בלשונו של סעיף 12(ב) לחוק החוזים. **פרידמן וכהן**, סע' 12.131.

[21] במובן זה נדרש כאן חוסר תום סובייקטיבי, ואין די בעצם הסטייה האובייקטיבית מהנורמה שקובע עקרון תום הלב. יחד עם זאת, העובדה שהנתבע סבר שמעשהו מוצדק לפי תפיסת הצדק הפרטית שלו אין בה משום הגנה בפני חיובו בתשלום עונשי. הנתבע יהיה מוגן רק אם האמין שהתנהגותו איננה מנוגדת לעקרונות בסיסיים של יושר והגינות, כפי שהם נתפסים על ידי מרבית בני החברה. נטל השכנוע בעניין זה מונח על כתפי התובע, אך כאשר התנהגות המפר היתה פוגענית ומודעת, סביר להניח שנטל הבאת הראיות יעבור בקלות יחסית לכתפיו של הנתבע, שיצטרך לשכנע את בית המשפט כי האמין שהוא פועל בהגינות.

[22] ואכן, במשפט האמריקאי העובדה שחובת תום הלב איננה מוכרת בשלב הטרום-חוזי (אלא בשלב החוזי בלבד) הגבילה את תחולת הדוקטרינה למקרים שבהם ניתן היה להצביע על עוולה נזיקית ספציפית (בדרך כלל תרמית או מצג שווא). כפי שציינתי, הדרך הטיפוסית שבה ניסו חלק מבתי המשפט להתגבר על מחסום זה היתה פשוט להתעלם מהצורך בהוכחת רכיבים מסויימים בעוולות הנזיקין הרלבנטיות. ר' סע' 5.11 לעיל. לעומת זאת, בשלב החוזי מוכרת חובת תום הלב במשפט האמריקאי והקנדי, והדבר איפשר פסיקת תשלום עונשי בגין הפרתה המחפירה. ר' סע' 5.25 ואילך וכן סע' 4.22(79) לעיל.

[23] הפרופסורים פרידמן וכהן סבורים שההכרה באפשרות לפסוק תשלום עונשי בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן איננה בעלת חשיבות מעשית רבה, שכן במרבית המקרים הרלבנטיים שבהם הפרת חובת תום הלב תהיה זדונית יעלה המעשה כדי עוולה בנזיקין. **פרידמן וכהן**, סע' 12.131. כמוסבר בסעיף זה ובקודמו, אני חולק על קביעתם זו.

nevo.co.il

1. *יצירה מודעת של מצג כוזב ופוגעני*

12.07 אמירת האמת היא אחד מערכי המוסר וההגינות הבסיסיים ביותר.[24] סילוף מודע של האמת, בין במעשה ובין במחדל, עלול להסב נזק רב לאדם המסתמך על המצג הכוזב, והוא מנוגד לתחושות המוסר הבסיסיות של כל בן-אנוש.[25] אכן, יצירה מודעת של מצג כוזב ופוגעני היא דוגמה מובהקת להתנהגות אנטי-חברתית, העשויה לעלות כדי עבירה פלילית.[26] בשלב הטרום-חוזי יכולה יצירה מודעת של מצג כוזב לבוא לידי ביטוי בניהול משא ומתן ללא כוונת התקשרות, בכריתת חוזה ללא כוונה לקיימו, או בהטעייה (במעשה או במחדל) ביחס למהותם של הנכס או השירות מושא החוזה או ביחס לתוכנו. התנהגות כזו עשויה להצדיק חיוב בתשלום עונשי כאשר מתקיימים התנאים המוקדמים לכך, היינו: המציג היה מודע לכזב שבמצג ולסיכון הממשי שהצגתו גורמת לנפגע, ולא האמין בקיומו של צידוק או פטור חוקי למעשהו.[27]

אכן, בדיני הנזיקין יצירת מצג כוזב ופוגעני, בין במסגרת משא ומתן חוזי ובין מחוצה לו, מהווה קטגוריה מסורתית שבמסגרתה נפסקים תשלומים עונשיים.[28] עם זאת, בהעדר נזק או הסתמכות ממשית מצידו של המוטעה, לא תקום עילה נזיקית (בתרמית או ברשלנות). במצבים אלה פסיקת תשלום עונשי היא אפשרית במסגרת הגישה האזרחית, שכן יצירת מצג כוזב ופוגעני שלא כדין וביודעין מהווה ללא ספק הפרה של חובת תום הלב במשא ומתן, בין אם זו גרמה נזק המוגדר כבר-פיצוי על פי דיני הנזיקין ובין אם לאו.[29]

2. *ניצול לרעה של פערי כוחות משמעותיים*

12.08 ניצול לרעה של פערי כוחות משמעותיים שבין הצדדים הוא דוגמה חשובה נוספת להפרה של חובת תום הלב במשא ומתן.[30] פערי כוחות משמעותיים עשויים לנבוע מחולשה יחסית - גופנית, כלכלית, נפשית או אחרת של הצד החלש ביחס לצד החזק.[31] ניצול לרעה מתרחש כאשר צד אחד למשא ומתן מזהה את פערי הכוחות המשמעותיים שבינו

---

[24] הדיבר התשיעי קובע: **"לא תענה ברעך עד שקר"**. שמות, כ', ט"ז. הדיונים הפילוסופיים בערך המוסרי והחברתי שבאמירת האמת הם מרובים. ר' למשל: A. Leslie, **The Concept of Truth** (Assen, 1969); P. Vardy, **What Is Truth?** (Sydney, 1999)

[25] Mather רואה באיסור על הטעייה את אחד משבעת עקרונות המוסר החולשים על יחסים חוזיים. **Mather**, 54-56

[26] ר' למשל סע' 415 לחוק העונשין הקובע עונש מאסר של 3 שנים על קבלת דבר במרמה (מרמה מוגדרת בסע' 414 לחוק כטענת עובדה שהטוען אותה יודע שאינה אמת או שאינו מאמין שהיא אמת). סע' 416 לחוק קובע עונש של שנתיים מאסר על קבלת דבר בתחבולה או בניצול מכוון של טעות הזולת שאינם עולים כדי מרמה. עבירות מרמה והונאה נוספות קבועות בסע' 23-417, 6-424, 432, 46-439.

[27] לא כל הטעייה מודעת מהווה בהכרח "התנהגות מחפירה", וניתן להעלות על הדעת מצבים, שבהם הטעייה כזו עשוייה להיות לגיטימית, ולכל הפחות מובנת או נסלחת. כך יהיה, למשל, כאשר המטעה מודע להטעייה אך אינו מעריך נכון את חשיבות ידיעת העובדות האמיתיות מבחינת הנפגע; או כאשר סילוף האמת נעשה על מנת לשמור על אינטרס לגיטימי של המטעה או של אדם שלישי (כגון רצונו לשמור על פרטיותו, שלמות גופו או רכושו, או אינטרס לגיטימי אחר). אולם בהעדר נסיבות מיוחדות כאלה הטעייה מודעת היא מעשה שראוי לא רק לפצות בגינו בדיעבד אלא גם להרתיע מפניו מלכתחילה, והדבר עשוי להצדיק את חיוב המטעה בתשלום עונשי. גישה דומה משתקפת בדברי הנשיא שמגר בעניין ***קסלר***, המובאים בסע' 6.19(88) לעיל.

[28] במשפט האמריקאי פסיקת תשלום עונשי בגין מצגי שווא טרום-חוזיים הנעשים ביודעין (intentional misrepresentation) הינה תופעה שכיחה למדי, בין במסגרת חריג העוולה העצמאית ובין במסגרת חריג המרמה. ר' סע' 5.19(72) לעיל.

[29] חובת תום הלב במשא ומתן מקימה לא רק חובה פסיבית להימנע מלהטעות, אלא אף מטילה חובה אקטיבית של גילוי פרטים מהותיים. לדיון בחובת הגילוי כנגזרת מחובת תום הלב ר' **שלו**, 56-55 והאסמכתות מן הפסיקה המפורטות שם בהערות 54-50. למותר לציין, שיצירה מודעת של מצג כוזב מהווה הטעייה כהגדרתה בסעיף 15 לחוק החוזים, והיא מקימה עילה לביטולו של חוזה שנכרת בעקבותיה ולהשבה הדדית של מה שניתן ונתקבל במסגרתו בהתאם להוראת סעיף 21 לחוק החוזים.

[30] נמנעתי כאן מלהגדיר קטגוריה זו כקטגוריה של "עושק", שכן מושג זה בהקשרו המוכר נתפס בדרך כלל כמצב שבו ניצול החולשה הביא בפועל להתקשרות חוזית בין המנצל לבין הצד החלש. בנוסף, נדרש כי תנאי העיסקה גרועים באופן אובייקטיבי. ר' סעיף 18 לחוק החוזים. במסגרת הקטגוריה בה אני דן כאן תנאים אלה אינם חיוניים, אם כי הם עשויים להיות רלבנטיים ולהעצים את דרגת האנטי-חברתיות שבמעשה. לדיון בעילת העושק החוזית וביסודותיה ר' **שלו**, 53-243. הביטוי "ניצול" מרמז לדעתי מעצמו על מצב נפשי של מודעות לחולשתו היחסית של הצד השני, ולכן ויתרתי על הדגשת יסוד המודעות בקטגוריה זו. ר' למשל דברי השופט טירקל בע"א 403/80 **סאסי נ. קיקאון** פ"ד לו(1) 762, 768: **"אין ספק, כי מן המלה "ניצול" משתמעת ידיעה.. ..כשם שמשתמעת ממנה גם מידה של אי מוסריות.."**

[31] פרשנות רחבה כזו למושג "חולשה" משתקפת גם בהוראת העושק בחוק החוזים. החולשה המאפיינת את מצבי העושק איננה חייבת להיות מתמשכת, ודי במצוקה ארעית וזמנית. לעניין זה ר' **שלו**, 248 והאסמכתות המובאות על ידה שם בהערה 25.

nevo.co.il

לבין הצד השני, ומבקש להפיק ממצב זה תועלת לעצמו על ידי קבלת הסכמתו של החלש לתנאים או דרישות שהמנצל יודע כי סביר להניח שלא היו מתקבלות אלמלא חולשתו היחסית.[32]

גם קטגוריה התנהגותית זו, כקודמתה, נתפסת בעיני החוק כפסולה, ונודעות לה תוצאות משפטיות שליליות בתחומים שונים של המשפט. ההוראה המוכרת ביותר היא הוראת העושק בחוק החוזים, המקנה זכות ביטול למי שהתקשר בחוזה עקב ניצול חולשתו על ידי הצד השני לחוזה.[33] יתרה מכך, העושק מהווה גם עבירה פלילית, שקבוע בצידה עונש מאסר בחוקי הגנת הצרכן,[34] ואפילו בחוק העונשין.[35] הערך החברתי העומד מאחורי הוראות אלה הוא הרצון לקיים חברה צודקת ואנושית שבה לא יתקיים הפסוק "איש (החזק) את רעהו (החלש) חיים בלעו", ותישמר רמה מינימלית של התחשבות הדדית של החזקים בחברה באחיהם החלשים מהם.[36]

אולם בין אם עובדה זו מקרית ובין אם לאו, ניצול חולשתו של הזולת איננו בגדר עוולה נזיקית. עובדה זו מונעת מהגישה הנזיקית לתשלום העונשי להתמודד עם תופעה אנטי-חברתית זו, שהמשפט הפלילי נמצא כבלתי ראוי להתמודד עימה.[37] גם הפעם ניכר יתרונה של הגישה האזרחית: זו מאפשרת להטיל סנקציה עונשית, אך לא פלילית על התנהגות כזו, וכך לשרת מטרה חברתית ראוייה.[38]

3. הפעלת לחץ פסול ביודעין

12.09 הפעלת לחץ בלתי לגיטימי על צד למשא ומתן ביודעין על מנת לאלצו להיכנע לתנאים או דרישות מסויימות או על מנת "לשכנעו" להתקשר בחוזה, אף היא דוגמה להתנהגות אנטי-חברתית בשלב הטרום-חוזי.[39] אכן, כאשר הלחץ מתבטא בהפעלת כוח פיזי או איום בהפעלת כוח פיזי כנגד שלמות גופו או רכושו של הנלחץ, התנהגות זו עלולה אף

---

[32] בניגוד לקטגוריית מצגי השווא, ניצול חולשה איננו טעון סילוף של האמת. יחד עם זאת, במצבים רבים של ניצול לרעה, ואולי במרביתם, עשוייה לקום חובת גילוי מצד המנצל כלפי הצד השני. חובה זו עשוייה להתייחס לנתונים כגון כדאיות העיסקה סבירות תנאיה, או לעצם העובדה שהנעשק מצוי במצוקה או בחולשה יחסית. עם זאת, עדיין ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם הנעשק יבקש להתקשר בחוזה גם לאחר שהצד השני גילה לו נתונים אלה, ולפיכך נראה שהאיסור על ניצול לרעה של חולשה הוא רחב יותר מהאיסור להטעות את הזולת. זאת ועוד, ניצול הנדונה כאן איננה טעונה הפעלת לחץ פסול על הצד החלש. די בעצם הניסיון לקבל את הסכמתו לעיסקה הגרועה.

[33] סע' 18 לחוק החוזים. ראוי להדגיש, שאין זהות בין עילת העושק שבחוק החוזים לבין הקטגוריה קא עסקינן. העושק החוזי יתקיים רק כשהוא הביא בפועל להתקשרות בחוזה שתנאיו בלתי סבירים, ואילו הקטגוריה דנן חלה גם כאשר בסופו של דבר לא נכרת חוזה, וגם כאשר התנאים בחוזה שנכרת (אם נכרת) לא היו גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל. עם זאת, נתונים אלה עשויים כמובן לתמוך בהטלת הסנקציה ולהשפיע על שיעורה.

[34] ר' למשל סע' 3 **לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981**, האוסר על "עוסק" לפעול בדרך שיש בה משום ניצול חולשתו השכלית או הגופנית של הצרכן או ניצול מצוקתו או בורותו כדי לקשור עימו עסקה בתנאים בלתי סבירים. סע' 3(1) ל**תקנות הגנת הצרכן (פרסומת המכוונת לקטינים) תשנ"א-1991**, אוסר על "**ניצול לרעה של דמיונם של קטינים ושל נוחותם להתרשם, אמונם, תמימותם או חוסר ניסיונם.**" סע' 23 ל**חוק הגנת הצרכן** קובע עונש מאסר שנה על עבירות אלה. נראה, שאחד הרציונלים לסמכות המיוחדת להתערב בחוזה אחיד בעילה של "קיפוח" הוא החשש ממצב שבו הספק מנצל את חולשתו היחסית של הלקוח על מנת "להכתיב" לו תנאים בלתי נוחים, ובמובן זה הוא "עושק" אותו, אם כי אין מדובר בהכרח באותו סוג ובאותה דרגה של חולשה המאפיינת את עילת העושק. ליחס בין עילת העושק בחוק החוזים לבין הוראות חוק אחרות העוסקות בעושק ר': ס' דויטש, "הוראת העושק בחוק החוזים" **מחקרי משפט** ב (תשמ"ב) 1.

[35] סע' 431 ל**חוק העונשין** קובע: "**המנצל את המצוקה, החולשה הגופנית או השכלית, חוסר הניסיון או קלות הדעת של הזולת לאחת מאלה, דינו – מאסר שנה: 1) דורש או מקבל דבר שאינו מגיע לו כדין; 2) דורש או מקבל בעד מצרך או בעד שירות תמורה העולה במידה בלתי סבירה על התמורה המקובלת; 3) נותן בעד מצרך או בעד שירות תמורה הנופלת במידה בלתי סבירה מן התמורה המקובלת.**" עם זאת, עבירת העושק איננה נאכפת כמעט על ידי רשויות אכיפת החוק, והיא במידה רבה בגדר "אות מתה" בספר החוקים. ר' סע' 8.18(76) לעיל.

[36] בכך יש משום נסיגה ברורה מהתפיסה ה"דרוויניסטית" משהו, ששלטה בכיפה במאה ה-19 בכל הקשור לאחריותם של צדדים הפועלים בתחום המסחרי זה כלפי זה. לגישה זו ר' סע' 11.34(96) וכן סע' 2.14 לעיל.

[37] לדיון בגורמים לתת-אכיפה בעבירות שונות, ובכלל זה עבירת העושק, ר' סע' 8.18 ואילך.

[38] דוגמות למצבים שבהם פסיקת תשלום עונשי נראית מתבקשת בגין ניצול מצוקה מחפיר ניתן למצוא בפסיקה הישראלית. ר' למשל עניין **סאסי**, שבו נקבע כי המערערים ניצלו ביודעין את חולשתה השכלית של המשיבה, וקיבלו את הסכמתה למסור להם את דירתה תמורת דירה גרועה בהרבה. לניצול המצוקה נלוו נסיבות מחמירות נוספות. המערערת תוארה בידי בית המשפט כ"**לא רק ערמומית אלא גם שקרנית**" (שם, 769). מקרה דומה נדון בע"א 10/81 **כהן נ. גדע** פ"ד לז(4) 635, שבו אלמנה קשישה וחלשה (נפשית ושכלית) הוחתמה בהשפעת קרוביה(!) על חוזה שבו העבירה לידיהם ולידי חברה קבלנית (שעימה התקשרו הקרובים בעיסקת קומבינציה) את מירב זכויותיה במקרקעין. לדעתי, פסיקת תשלום עונשי במקרים כגון אלו הינה מתבקשת, בעוד שנקיטה בהליכים פליליים נראית כסנקציה העשוייה להיות חריפה מדי ולכן בעייתית, גם לו ניתן היה באופן מעשי לאכוף את איסור העושק.

[39] נמנעתי כאן מנקיטת המונח "כפייה", שכן מושג זה בהקשרו המוכר נתפס בדרך כלל כמצב שבו הלחץ הביא בפועל להתקשרות חוזית בין הלוחץ לנלחץ. כריתת חוזה איננה הכרחית לצורך פסיקת תשלום עונשי, אם כי העובדה שהלחץ הניב פירות לנתבע עשוייה כמובן להיות רלבנטית. לדיון בעילת הכפייה החוזית וביסודותיה ר' **שלו**, 39-229.

nevo.co.il

לעלות כדי עבירה פלילית ממש.[40] במצב כזה עשויה לקום לנלחץ גם עילה בנזיקין - תקיפה או רשלנות. אולם במקרים רבים אחרים יופנה הלחץ או האיום לאינטרס כלכלי או נפשי של הצד השני למשא ומתן. במצבים אלה של "כפייה כלכלית" או "כפייה נפשית" תקצר ידו של המשפט הפלילי מלהושיע - לא רק למעשה אלא גם להלכה.[41] פסיקת תשלום עונשי כנגד ה"לוחץ" מכוח דיני הנזיקין אף היא עלולה להתברר כבעייתית במצבים אלה, וזאת בשל ההגנה המוגבלת של עוולת הרשלנות על אינטרסים כלכליים ונפשיים.[42]

גם כאן ניכר יתרונה המעשי של הגישה האזרחית: היא מאפשרת לפסוק תשלום עונשי בתגובה להפעלה פסולה של לחץ לא חוקי וזאת תוך הישענות על הפרתה של חובת תום הלב, ובלא צורך בקונסטרוקציה נזיקית. אמנם, עצם הפעלתו של לחץ בלתי לגיטימי - אפילו כזה הנעשה ביודעין - איננה בהכרח משום התנהגות מחפירה. עם זאת, כאשר מצטרפות ללחץ זה נסיבות מחמירות כגון מניע פסול, אמצעי פסול במיוחד שבאמצעותו הופעל הלחץ, חולשה מיוחדת של הצד השני, נזק חמור לו גרם הלחץ, הפרות נוספות של חובת תום הלב, וכיו"ב, עשוייה הפעלת הדוקטרינה להיות מוצדקת ומתבקשת.[43]

4. הפרה מחפירה של חובת תום הלב במשא ומתן

12.10 שלוש הקטגוריות שנדונו לעיל כוללות, לדעתי, את מרבית הגילויים האנטי-חברתיים הטיפוסיים לשלב הטרום-חוזי. יחד עם זאת, כמו בהקשרים אחרים, גם כאן לא יהא זה נבון להגביל מראש את תחולת הדוקטרינה ולשלול את האפשרות להחילה גם במצבים אחרים שבהם טעמיה מצדיקים זאת. מן הראוי אפוא להותיר מקום לקטגוריית סל - "הפרה מחפירה של חובת תום הלב במשא ומתן". קטגוריה שיורית זו תאפשר במקרים המתאימים ובכפוף לתנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה לפסוק תשלום עונשי בתגובה לסטייה חריפה מנורמות בסיסיות של יושר והגינות בשלב הטרום-חוזי, הגם שזו אינה משתבצת היטב תחת אחת מהקטגוריות שנדונו לעיל.

חלק שני:
התנהגות מחפירה בשלב החוזי

I. המסגרת האנליטית

א. המקורות המשפטיים העיקריים החולשים על התנהגות הצדדים בשלב החוזי: דיני החוזים, דיני הנזיקין וחובת תום הלב בקיום החוזה

12.11 השלב החוזי יוגדר לצורך הדיון שלהלן כשלב המשתרע מרגע כריתת החוזה ועד לשלב שבו ניתן לומר כי החוזה נכשל, שכן חיובים עיקריים ("יסודיים") שבו הופרו ושיתוף הפעולה החוזי בין הצדדים הופסק.[44] מכאן ואילך גם אם החוזה או חלקים ממנו עודם בתוקף מצויים אנו בשלב הבתר-חוזי.[45]

בשלב החוזי כפופים הצדדים לחוזה לחיובים משפטים שונים. **ראשית**, הם כפופים לחובות שמטילים עליהם דיני הנזיקין. עובדת קיומו של חוזה "מקרבת" בין הצדדים ועשויה להגדיל באופן משמעותי את היקפן ועוצמתן של חובות אלה בהשוואה למצב שבו היו מצויים אלמלא כרתוהו.[46] **שנית**, עקרון תום הלב מוסיף לחול על הצדדים

---

[40] סע' 428 לחוק העונשין ("סחיטה באיומים") קובע עונש של שבע שנות מאסר על איום בפגיעה שלא כדין בגופו, בחירותו, ברכושו, בפרנסתו או בשמו הטוב של אדם במטרה להשפיע על התנהגותו. סע' 192 לחוק העונשין ("איומים") קובע עונש מאסר של שלוש שנים על איום הנעשה במטרה להפחיד או להקניט.

[41] להרחבת הדיון בקוצר ידו של המשפט הפלילי בהגנה על אינטרסים כלכליים ונפשיים ר' סע' 8.32.

[42] ר' סע' 11.43, 11.44 לעיל.

[43] בסע' 12.44 להלן אני סוקר מספר מקרים שבהם הופעל לחץ פסול על ידי צד לחוזה כלפי משנהו. מקרים אלה עשויים להופיע גם בשלב הטרום-חוזי.

[44] שיתוף פעולה "חוזי" הוא שיתוף פעולה שמטרתו להגשים את תכליתו המקורית של החוזה, וזאת להבדיל משיתוף פעולה העשוי להתרחש בשלב הבתר-חוזי, ושמטרתו להסדיר את תוצאות כשלון החוזה.

[45] לדיון בהתנהגויות מחפירות האופייניות לשלב הבתר-חוזי ר' סע' 12.47 ואילך.

[46] לחשיבותו של הקשר החוזי בביסוס חובת זהירות ברשלנות ר' סע' 11.48 לעיל.

nevo.co.il

גם לאחר כריתת החוזה, ומחייבם לנהוג זה בזה ביושר והגינות.[47] גם כאן, כבנזיקין, קיומו של הקשר החוזי מביא להרחבה והעצמה של החובות ההדדיות החלות על הצדדים מכוח עקרון תום הלב ושל הסנקציות על הפרתן.[48] **שלישית,** והוא עיקר לענייננו, בשלב החוזי כפופים הצדדים לחוזה לחיובים מסוג שלישי - הלא הם החיובים החוזיים, שמקורם בהסכמת הצדדים - המפורשת או המשתמעת.

מטרתו העיקרית של הדיון בסעיפים הבאים היא לבחון באילו מקרים טיפוסיים הפרת הסכמה חוזית עשוייה להיות חמורה מספיק כדי להצדיק - כשהיא לעצמה - פסיקת תשלום עונשי כנגד מפר החוזה.

ב. התנהגות מחפירה בשלב החוזי - הגישה הנזיקית מול הגישה האזרחית

12.12 על פי הגישה הנזיקית לתשלום העונשי פסיקת תשלום עונשי בשלב החוזי איננה אפשרית אלא אם כן הוכח שהתנהגותו המחפירה של המפר מקיימת את יסודותיה של עוולה נזיקית. במסגרת גישה זו ניתן לפסוק תשלום עונשי כנגד צד לחוזה בכל אחד משני המצבים הבאים: 1) החוזה הופר, והפרת החוזה עצמה מקימה לנפגע עילת תביעה עצמאית בנזיקין;[49] 2) התנהגות כלשהי של צד לחוזה **שאיננה** בגדר הפרה של החוזה מקימה לצד השני עילת תביעה עצמאית בנזיקין.[50]

ניתן לראות, ש**הגישה הנזיקית מותירה מחוץ להישג ידה של הדוקטרינה את כל אותן ההתנהגויות המחפירות המהוות הפרה של החוזה או של חובת תום הלב בקיומו, אך אינן מקימות עילת תביעה מקבילה בנזיקין.** איתורם ואפיונם של מצבים אלה עומד במרכז הדיון בסעיפים הבאים.

ג. הערה לעניין קשיי ההבחנה בשלב החוזי בין הפרה מחפירה של החוזה לבין הפרה מחפירה של חובת תום הלב בקיומו

12.13 עצם ההכרה בחקיקה ובפסיקה בעקרון תום הלב כעיקרון עצמאי ונבדל מניחה הבחנה מושגית בין הפרת חוזה לבין הפרה של חובת תום הלב בקיומו.[51] אלא שבפועל נראה שקו הגבול בין שני המושגים הוא מטושטש ביותר: למעשה כמעט כל הפרה של חובת תום הלב בשלב החוזי ניתנת להצגה כהפרה של חיוב חוזי משתמע - בין מהעובדות, בין מהדין[52] - להימנע מלנהוג כלפי הצד השני בחוסר הגינות.[53]

---

47 בדומה לשלב הטרום-חוזי, נקבע בפסיקה, כי "**הדרישה** [לתום לב בקיום החוזה] **היא להתנהגות, שתיעשה ביושר, בהגינות ובאמון..**" **שירותי תחבורה**, 835.

48 כך, בעוד שבשלב הטרום-חוזי סעד של הגנה על אינטרס הציפייה מהחוזה שטרם נכרת נתפס כחריג לכלל, הרי בשלב החוזי הגנה זו ניתנת כדבר שבשגרה בגין הפרה של חובת תום הלב, השקולה מבחינת סעדיה להפרת חוזה. לעניין זה ר' למשל פרשת ***Eximin***, 78 (הנשיא שמגר): "**אי עמידה בדרישת תום הלב** [בקיום החוזה] **עולה למעשה כדי הפרת חוזה**". במשפט האמריקאי ר': **"Bad faith by a party engaged in contract performance often constitutes the breach of an implied promise and entitiles the injured party to the normal remedies for contract breach." Burton**, n.16. כזכור, במשפט האמריקאי הפרה של חובת תום הלב עשוייה במקרים מסויימים להיחשב כעוולה נזיקית ולהצמיח "סעדים נזיקיים" לרבות תשלום עונשי מכוח חריג תום הלב. ר' סע' 5.25 ואילך.

49 למשל: המפר הוא רופא אשר הפר את התחייבותו החוזית להיוועץ ברופאים נוספים לפני ניתוח, וכתוצאה מכך נגרם לחולה נזק גוף. ודוגמה נוספת: קבלן הפר את התחייבותו החוזית להתקין מערכת חשמל מסוג מסויים, וכתוצאה מכך פרצה דליקה וניזוקו פרטי רכוש של הנפגע. אלו מקרים מובהקים שבהם לצד העילה החוזית תקים הפרת החוזה לנפגע עילת תביעה נזיקית (אם כי ההכרה בעילה נזיקית במצבים אלה עלולה להיות מלאכותית, שכן מקור החיוב בהסכמתם המפורשת של הצדדים).

50 למשל: צד לחוזה מציג במודע מצג כוזב בפני הצד השני והצד השני מסתמך עליו לרעה. דוגמה אחרת: צד לחוזה מוציא את דיבתו של הצד השני רעה באוזניו של צד שלישי מתוך כוונה להכשילו או להפעיל עליו לחץ. בדוגמות אלה תקום לצד השני עילת תביעה בנזיקין בעוולות התרמית, לשון הרע וייתכן שאף ברשלנות. במצבים אלה ביצוע העוולה הנזיקית אין בו בהכרח משום הפרה של החוזה, ודאי לא של הוראה מפורשת שבו. עם זאת, יש להניח, שצד לחוזה המבצע עוולה בנזיקין כלפי רעהו ייחשב בדרך כלל כפועל בניגוד לחיוב חוזי משתמע להימנע מביצוע עוולות נזיקין כלפי הצד השני (ובמקרים רבים ייחשב גם כמפר את חובת תום הלב). בשלב החוזי עילת התביעה הנזיקית תקים אפוא בדרך כלל עילת תביעה חוזית מקבילה, בעוד שההיפך איננו נכון: עילת תביעה חוזית איננה בהכרח מקימה עילת תביעה מקבילה בנזיקין.

51 בפסיקה ובספרות הישראלית לא מצאתי דיון של ממש בשאלת היחס בין הפרת חוזה להפרת חובת תום הלב. עם זאת, מקובל לומר, שהפרה של חובת תום הלב שקולה להפרת חוזה, לפחות מבחינת תוצאותיה. ר' הערה 48 לעיל. במשפט האמריקאי נודעת להבחנה זו חשיבות מעשית רבה, שכן במרבית המדינות הפרה מחפירה של חוזה איננה עילה לפסיקת תשלום עונשי, בעוד שהפרה מחפירה של חובת תום הלב בקיומו עשוייה להקים עילה כזו במסגרת חריג תום הלב.

52 חיוב חוזי המשתמע מן העובדות (implied in fact) הוא חיוב הנלמד מלשון החוזה או מהתנהגות הצדדים, ושקיים יסוד סביר להניח כי הוא משקף את רצונם האמיתית של הצדדים בעת כריתת החוזה. חיוב חוזי המשתמע מן הדין (implied in law) הוא חיוב המיוחס

nevo.co.il

אמנם, לא כל הפרת חוזה היא בהכרח הפרה של חובת תום הלב בקיומו.[54] אלא שהפרות החוזים שהן מעניינו בחיבור זה - הפרות החוזים המחפירות - מהוות בהכרח גם הפרה של חובת תום הלב בקיום החוזה, זאת מעצם היותן בהגדרתן התנהגויות אנטי-מוסריות ואנטי-חברתיות.[55] לפיכך, לצורך הדיון בסעיפים הבאים לא אבחין בין הפרת חוזה מחפירה לבין הפרה מחפירה של חובת תום הלב בקיומו, ואתייחס אליהן במשותף.[56]

II. הפרת חוזה - אימתי התנהגות מחפירה?

א. הפרת חוזה כהתנהגות מחפירה - הצגת השאלה ומטרת הדיון

12.14 השאלה העומדת במרכז הדיון בסעיפים הבאים היא פשוטה בתכלית: האם בכלל, ובאילו נסיבות, עשוי מעשה אחד ויחיד של צד לחוזה, המנוגד לחוזה, להיתפס **כשהוא לעצמו** כחריגה משמעותית מכל סטנדרט סביר של התנהגות, המצדיקה את חיוב המפר בתשלום עונשי? בסעיפים שלהלן אבקש לבסס ביתר פירוט את הטענה אותה השמעתי כבר במהלך הפרקים הקודמים, והיא, כי הפרת חוזה אכן עשוייה להתבצע בנסיבות ההופכות אותה למעשה אנטי-חברתי המצדיק תגובה עונשית משמעותית. כפי שנראה מייד, הדבר עשוי להתרחש בקשת נרחבת של מצבים, הרלבנטיים כמעט לכל מערכת יחסים חוזית.[57]

לצדדים גם בהעדר אינדיקציות כלשהן לרצון או הסכמה אקטואליים, וזאת מטעמים שבמדיניות. מובן, שבמקרים קונקרטיים לא תמיד קל לקבוע אם החיוב הוסק על ידי בית המשפט מהעובדות או מהדין.

53 במשפט האמריקאי חובת תום הלב נתפסת כחובה חוזית משתמעת. על כך מלמד בבירור שמה של חובה זו - **"the implied covenant of good faith and fair dealing"** במשפט הישראלי הגישה הרווחת שונה, וחובת תום הלב נתפסת בדרך כלל כחובה לבר-חוזית הקובעת סטנדרט התנהגות אובייקטיבי. לעניין זה ר' פסקי הדין בעניין **שירותי תחבורה** ובעניין **רוקר**. עם זאת, גם לגישה ה"חוזית" לעקרון תום הלב קיימת תמיכה בפסיקה הישראלית, במיוחד בפסיקותיו של השופט אלון. ר' למשל עמדתו הנחרצת בנושא המוצגת בפרשת ***לסרסון***, 262, 263: **"..אין בכוחו של עיקרון זה [**עקרון תום הלב**] כדי ליצור חיוב או זכות שלא באו, על פי הסכמת בעלי הדין, לעולמו של החוזה. אמנם כן, יש שמכוח עקרון תום הלב מתחייבת המסקנה בדבר קיום חיובים נוספים, שאינם נזכרים במפורש בחוזה, אך הם משתמעים מהחיובים שבחוזה... ..אך אין בו, בעקרון תום הלב, כדי ליצור חיוב חדש, שזכרו לא בא בחוזה, ושלא עלה על דעת הצדדים לקבלו עליהם."** לקשיי ההבחנה בשלב החוזי בין הפרת חוזה בחוסר תום לב ("bad faith breach of contract") לבין הפרה של חובת תום הלב הנפרדת מהפרת החוזה (breach of the implied covenant of good faith) ר' **Cohen,** M., 1319. המלומד מציין שם בצדק רב, שבשלב החוזי קיימת למעשה זהות בין המושגים. זהות כזו אינה קיימת ביחס לחובת תום הלב בשלב הבתר-חוזי (duty of good faith in **enforcement**), שכן בשלב הבתר-חוזי חוסר תום הלב הטיפוסי (באכיפת החוזה) איננו מתבטא בהפרה של החוזה עצמו (החיובים הראשוניים שבו) אלא בהפרעה לנפגע לממש את זכותו לתרופות (החיובים המשניים). לדברי Cohen, בתי המשפט ואף מלומדים אינם מודעים לכך ומשתמשים בכינוי "bad faith breach of contract" לתיאור הפרות של חובת תום הלב גם בשלב הבתר-חוזי. לדעתי, אף כי ההבחנה שעורך Cohen חשובה, ביקורתו איננה במקומה. הסיבה היא, שגם פגיעה בזכויות משניות הנובעות מהחוזה היא הפרה של חיוב חוזי משתמע (או לפחות ניתנת להתפרש כך) ולכן פעולה בחוסר תום לב הבאה לסכל את הזכות לתרופות מהווה אף היא הפרת חוזה (משתמעת). לדעתי, המקרה היחיד שבו לא ניתן יהיה לפרש את הפרת חובת תום הלב כהפרת חוזה הוא כאשר הצדדים קובעים - במפורש או במשתמע - כי הפרת חובת תום הלב לא תהיה בגדר הפרה של החוזה. במקרה כזה יש להניח שהסכמתם זו תיבטל בשל ניגוד לתקנת הציבור או לעקרון תום הלב, או תיעקף באמצעות תיקון לשון החוזה על ידי פרשנות מרחיבה ויצירתית של בית המשפט.

54 האחריות החוזית היא, לעיתים, אחריות חמורה שאינה תלוייה באשמה (בעיקר כאשר מדובר בחיוב תוצאה) בעוד שאמת המידה להטלת אחריות בגין חוסר תום לב מותנית באשם מוסרי (חוסר תום לב סובייקטיבי) ולפחות באשם חברתי (חוסר תום לב אובייקטיבי).

55 התנהגות מחפירה כרוכה מעצם הגדרתה הן בחריגה מסטנדרטים חברתיים אובייקטיביים של התנהגות סבירה, והן מסטנדרטים מוסריים בסיסיים (שכן היא מותנית ביסוד נפשי מחמיר). מכאן, שהתנהגות מחפירה יש בה בהכרח משום חוסר תום לב - אובייקטיבי וסובייקטיבי גם יחד.

56 עם זאת, גם במסגרת הגישה האזרחית לתשלום העונשי יש הכרח לסווג את רכיבי התנהגותו המחפירה של הנתבע לאחת מקטגוריות אלה של דיני החיובים (או לשתיהן גם יחד), שכן פסיקת תשלום עונשי מותנית בהצבעה על הפרת חיוב משפטי קונקרטי. לתנאי מוקדם זה ר' סע' 7.04(12) לעיל.

57 מבחינה זו הסעיפים שלהלן מהווים חידוש גם בהשוואה לדין הנוהג בקנדה ובארה"ב, שכן במדינות אלה תחולת הדוקטרינה בתחום החוזי מוגבלת על פי רוב לחוזים מסוג מיוחד כדוגמת חוזי ביטוח, עבודה ובנקאות.

nevo.co.il

12.15 אימוץ הגישה הנזיקית במרבית המדינות שבהן מוכרת הדוקטרינה גרר באופן טבעי חלל שיפוטי בהתייחסות לשאלה החשובה שהיא במוקד עניינו כאן, וזאת אפילו במדינות שבהן הוכרו חריגים לכלל האוסר.[58] גם במדינות שבהן אומצה הגישה האזרחית אין למצוא דיון שיטתי בנסיבות הטיפוסיות שבהן ניתן יהיה לראות הפרת חוזה כ"מחפירה". חסר זה ניכר גם בספרות המשפטית, אפילו בקרב תומכי הגישה האזרחית.[59]

חריג יוצא דופן הוא פסק דינו החשוב של שופט המיעוט Mosk בעניין **Freeman** (1995).[60] השופט הציג שם גישה מרחיבה שלפיה הפרת חוזה עשויה להיות "נזיקית" במהותה ולהצדיק חיוב בתשלום עונשי גם בהעדר עילה נזיקית מקבילה. לדבריו, ראוי להכיר באפשרות כזו כאשר הפרת החוזה: 1) מהווה פגיעה מודעת באינטרסים חיוניים של הנפגע וגורמת לו מצוקה נפשית או גופנית משמעותית; או: 2) מלווה בהונאה או הפעלת לחץ פסול על הנפגע לוותר על זכויותיו החוזיות. בלשונו של השופט:

> **"...an intentional breach of contract may be found to be tortious** [and so deserve punitive damages] **when the breaching party exhibits an extreme disregard for the contractual rights of the other party, either <u>knowingly harming the vital interests of a promisee</u> so as to create substantial mental distress or personal hardship <u>or</u> else <u>employing coercion or dishonesty to cause the promisee to forego its contractual rights</u>."**[61]

מטרת הדיון שלהלן היא למלא את החסר הקיים בספרות ובפסיקה, ולהצביע על הקטגוריות העיקריות שבהן ראוי להכיר בסמכות לפסוק תשלום עונשי כסנקציה על הפרת חוזה, וכן על השיקולים העיקריים שלאורם מן הראוי להפעיל סמכות זו.

---

[58] הטעם לכך הוא שחריגים אלה התבססו על רעיון העוולה העצמאית ולא על הרעיון שלפיו הפרת חוזה עשוייה בעצמה להצדיק חיוב בתשלום עונשי. ביקורת על הזנחה פסיקתית זו השמיע שופט המיעוט, Mosk, בפסק הדין המנחה בעניין ***Freeman***: **"Unfortunately, the preoccupation of California courts with limiting the potentially enourmous scope of this tort** [bad faith breach of contract] **has diverted attention away from the useful task of identifying specific practices employed by contracting parties that merit the imposition of tort remedies."** ***Freeman***, 109 (Mosk, J. dissenting).

[59] אמנם, מספר מלומדים עסקו בשאלה דנן, ואף ניסחו מבחנים כלליים לתחולת הדוקטרינה בתחום החוזי. ר' הערות 3-6 לעיל. אולם מבחנים כלליים אלה אינם תחליף לדיון בקטגוריות עובדתיות קונקרטיות של התנהגויות מחפירות בתחום החוזי. חריג ראוי לציון הוא המלומד הקנדי Feldthusen, שכלל הסתייג מהחלה נרחבת של הדוקטרינה בתחום החוזי ולכן הציע מבחן קונקרטי שלפיו הפרת חוזה עשוייה להצדיק תשלום עונשי כאשר צד לחוזה הפר במודע חיוב כספי או נמנע מלשלם פיצויים בעקבות הפרתו. לדבריו: **"This** [conduct] **might be described as absolutely normatively prohibited conduct, as is tortious conduct. It cannot be justified by efficient breach theory."** **Feldthusen**, 257. במקום אחר ניסח המלומד קטגוריה זו באופן שונה מעט, הדורש בנוסף להפרת החיוב הכספי גם ניצול לרעה של פערי כוחות: **Feldthusen**(2) 175: **"A narrower and more concrete approach would allow punitive damages whenever a defendant abuses its contractual power to breach a known obligation to pay money. This could be restricted further to power-imbalanced contractual relationships."** לדעת המלומד קטגוריה זו תכסה את מרבית ההקשרים החוזיים שבהם ראוי לפסוק ונפסקים בפועל תשלומים עונשיים בקנדה (בעיקר התחום הביטוחי ותחום יחסי העבודה). לדעתי, המבחן המוצע על ידי Feldthusen לוקה בבירור בהכללת חסר. **ראשית**, כפי שיובהר להלן, ניצול לרעה של פערי כוחות הוא רק דוגמה אחת להתנהגות פסולה בתחום החוזי. **שנית**, המבחן המוצע יוצר הבחנה בלתי סבירה ובלתי מנומקת בין הפרתו של חיוב כספי, לבין הפרתם של חיובים למסירת נכס או למתן שירות. במקרה הטיפוסי, דווקא הפרת חיוב כספי גוררת נזק רכושי הפיך שניתן לפצות בגינו, מה שאין כן לגבי הפרת חיובים למסירת נכסים ושירותים, שהפרתם עשוייה לפגוע באינטרסים אישיים של הנפגע וכך לגרום נזק בלתי הפיך. לחשיבות ההבחנה בין אינטרס רכושי לאישי כשיקול בפסיקת תשלום עונשי ר' סע' 12.19 להלן.

[60] פסק דין מנחה זה נדון בסע' 5.31(139) לעיל.

[61] ***Freeman***, 113 (Mosk, J., dissenting). לדעתי, קטגוריות אלה, אף כי הן מרכזיות ביותר, אינן ממצות את מגוון הקטגוריות הרלבנטיות. בנוסף, אין בדברים התייחסות לשיקולים העשויים להכריע בשאלה מתי הפרה מזיקה ומודעת הנופלת לאחת מהקטגוריות הנדונות אכן תצדיק תשלום עונשי.

nevo.co.il

ג. הפרות שאינן עומדות בתנאים המוקדמים לפסיקת תשלום עונשי

12.16 במובן מסויים כל אדם המפר הבטחה שנתן לרעהו מפר ערך מוסרי וחברתי חשוב - הערך של כיבוד הבטחות.[62] קל וחומר שכך הדבר, כאשר ההבטחה הינה התחייבות חוזית - הבטחה בעלת תוקף משפטי מחייב.[63] אולם לא כל הפרת חוזה היא בהכרח מעשה פסול מבחינה מוסרית. וודאי שלא כל הפרת חוזה היא מעשה אנטי-חברתי מחפיר המצדיק חיוב בתשלום עונשי. זהו הדין, למשל בהפרת חוזה רשלנית. הוא הדין בהפרה שהמפר היה מודע לה אך סבר כי הנזק או הסיכון שייגרמו לנפגע כתוצאה ממנה הם של מה בכך.[64] אך אפילו היתה הפרת חוזה מודעת ופוגענית, עדיין ייתכן שההפרה תיעשה בנסיבות שבהן יקום צידוק או יינתן פטור למפר.[65]

בכל אחד ממצבים אלה לא מתקיימים התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה, ולפיכך אין כל מקום לפסיקת תשלום עונשי.

---

62 ערך זה הוא אחד מהערכים החברתיים הבסיסיים ביותר בכל חברה אנושית. כלשונו של השופט ברק בעניין **אדרס**, בעמ' 278: **"קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו כחברה וכעם"**. **"..."morality" stands for the idea that it is both fair and appropriate to hold people to promises that they freely made..."** **Linzer**, 112, 115: הבסיס המוסרי לחובה לקיים הבטחות נעוץ בכך שהמבטיח בוחר במודע ומתוך החלטה חופשית להתחייב כלפי הזולת, ובכך יוצר אצל הנבטח אמון וציפייה שההבטחה תקויים: **"An individual is morally bound to keep his promises because he has intentionally invoked a convention whose function it is to give grounds - moral grounds - for another to expect the promised performance. To renege is to abuse a confidence he was free to invite or not, and which he intentionally did invite."** **Fried**, 16; את החובה לקיים הבטחות ניתן להסביר גם באמצעות הנמקה תועלתנית. לפי הנמקה זו אמירת האמת היא ערך חשוב, שכן היא מאפשרת סחר חליפין מועיל שלא היה אפשרי בהעדר מידע אמין על המציאות, ובהעדר ביטחון בקיומן של הבטחות. הצדקה כזו מצאתי בכתביו של הרט: **"..forms of dynamic or obligation - creating rule** [are] **necessary in social life. These secure the recognition of promises as a source of obligation. By this device individuals are enabled by words.. ..to make themselves liable.. ..for failure to act in certain stipulated ways. ..a standing procedure providing for such self-binding operations is required in order to create a minimum form of condfidence in the future behaviour of others, and to ensure the predictability necessary for co-operation."** **Hart**, (3) 192-3.

63 הכרה בחשיבותו של ערך זה עומדת ביסוד ההכרה המשפטית האוניברסלית באחריות מפר החוזה לפצות את הנפגע מההפרה על נזקיו, חובה המשמשת למעשה כסנקציה חברתית עונשית המוטלת על המפר בתגובה למעשה ההפרה. להיבט העונשי של תרופת הפיצויים ר' סע' 8.05 לעיל. ראוי לציין שלא רק דיני החוזים מגינים על הערך החברתי של כיבוד הבטחות. כך למשל, כאשר הבטחה יוצרת מצג שווא היא עשוייה להקים אחריות נזיקית במסגרת עוולת הרשלנות (ולעיתים אף התרמית). זאת ועוד, עידוד הזולת להפר הבטחה עשוי לעלות כדי גרם הפרת חוזה. הבטחה יכולה להקים אחריות גם במסגרת דיני ההתחייבויות החד-צדדיות ולהצמיח זכות לסעדים שונים - לעיתים עד כדי אכיפת ההבטחה החד-צדדית. ר' למשל סעיף 3(ב) לחוק החוזים (הצעה בלתי חוזרת). במשפט האמריקאי אכיפת הבטחה אפשרית מכוח דוקטרינת השתק ההבטחה (promissory estoppel) המעוגנת בסעיף 90 לרסטייטמנט על חוזים.

64 במושג נזק או סיכון "של מה שבכך" בכוונתי לנזק או סיכון שהם פעוטים עד כדי כך שאדם סביר לא היה רואה בגרימתם משום פגיעה בזכויותיו המשפטיות (להגדרה דומה ר' סע' 4 לפקודת הנזיקין). עם זאת, ראוי להדגיש שהשאלה מתי נזק או סיכון הם "של מה בכך" איננה שאלה טכנית, התלוייה רק בעוצמת הסיכון או הנזק, אלא שאלה שהמענה לה תלוי גם ביסוד הנפשי של המזיק. כך למשל, פגיעה קלה ברכוש הנגרמת בשגגה ובאופן חד-פעמי אין דינה כפגיעה דומה הנגרמת עקב מעשה זדוני, שכן המעשה האחרון צופן בחובו סיכון גדול יותר (ולעיתים קרובות גם מסב נזק גדול יותר - בעיקר במישור הנפשי).

65 השאלה אימתי ראוי להכיר בצידוק או פטור נדונה בעיקר בהקשר למשפט הפלילי, ולדיני הנזיקין, אולם לדעתי היא ישימה גם לתחום החוזי. הדוגמה המובהקת לפטור שמעניקים דיני החוזים למפר חוזה היא דוקטרינת הסיכול (ההגנה מעניקה פטור מלא מאחריות לקיום החוזה או לתשלום פיצויי ציפייה, אך אינה פוטרת את המפר מחובת השבה ומאפשרות שיחוייב בפיצויי הסתמכות - ר' סע' 18(א)+(ב) לחוק התרופות). הגנה חוזית נוספת המשמשת כאמצעי לשחרור מפר מאחריות היא הדוקטרינה הקונטיננטלית של Exceptio non adimpleti contractus, המעוגנת בדין הישראלי בסעיף 43 לחוק החוזים (בדין הישראלי נראה כי הגנה זו מעניקה צידוק ולא פטור, שכן היא מפקיעה למעשה את החיוב החוזי, כך שאין אפילו מקום לדבר על הפרה של החוזה מלכתחילה). גם עקרון תום הלב ופרשנות מרחיבה עשויים לשמש כאמצעי לשחרורם של מפרי חוזים מאחריות (מלאה או חלקית) להפרת חוזה, ונראה כי בתי המשפט עושים בהם מעת לעת שימוש כזה מבלי להצהיר על כך במפורש. פסק הדין בעניין **אפרופים** הוא, לדעתי, דוגמה למצב כזה, שכן באותה פרשה העניק בית המשפט למדינה פטור מאחריות להפרת חוזה בדרך של טכניקה פרשנית מרחיקת לכת של תיקון לשון החוזה (ההפרה התבטאה בהפעלת סנקציה שהמדינה לא היתה מוסמכת להפעילה, ובית המשפט פטר את המדינה מאחריות להפרה בטענה שהגיונו של החוזה מחייב הכרה בסמכות כזו). שאלה מעניינת היא, אם ראוי להחיל בדיני החוזים הגנה של "צורך", ואם יש בהכרה כזו כדי להרחיב את ההגנה שמספקים כיום מוסד הסיכול ועקרון תום הלב. לדעתי, יש מקום לשקול הענקת פטור מלא או לפחות חלקי מאחריות חוזית כל אימת שביצוע החוזה במועדו הוא בבירור בלתי סביר או בלתי צודק בעליל. המבחן העיקרי בעניין זה צריך להיות מבחן של "מאזן נזק" או "מאזן נוחות", הכולל את מאזן התועלות והעלויות של קיום החוזה מחד גיסא, למול אי קיומו מאידך גיסא. על השופט לבחון, האם ברגע ההפרה היה ברור שהפרת החוזה תגרום למפר או לצדדים שלישיים נזק גדול בהרבה מהנזק שייגרם למפר, אם החוזה יופר. מאזן זה ראוי שיכלול גם התייחסות לשיקולי צדק (או תועלת) ציבוריים וכלליים, ולא רק למאזן הנזקים הישיר של הצדדים. עליו לכלול גם התייחסות לנזקים לא-ממוניים וארוכי טווח. עם זאת, לדעתי, אין מקום להכיר בקיומו של צידוק או פטור כאשר מאזן הנוחות איננו נוטה בבירור לטובת אי קיום החוזה. הטעם נעוץ בעיקר בחשש מטעות שיפוטית בהערכה נכונה של 'מאזן הנוחות' במקרי גבול, אשר תביא למתן פטור מאחריות וכך תשפיע לרעה על היציבות והביטחון בחוזים באופן כללי. טעות שיפוטית כזו עלולה להתרחש בשל התעלמות מנזקיהן ארוכי הטווח של הפרות חוזים (לדיון בנזקים אלה ר' סע' 10.25 לעיל). גישה דומה, אם כי לא מנומקת די הצורך, עולה מהלכת **אתא נ. שוורץ**, הקובעת כי נטיית מאזן הנוחות לטובתו של הנתבע בנזיקין איננה, כשלעצמה, עילה לשלילת זכותו של הניזוק לצו מניעה. אך ר' הגישה ההפוכה העולה מפרשת **אבנרי נ. שפירא** הנזכרת בהערה 79 להלן.

nevo.co.il

ד. הפרות העומדות בתנאים המוקדמים - השיקולים המבחינים בין הפרות נסלחות לבין הפרות מחפירות - כללי

12.17 כמובהר בפרק ז', הדרישה האולטימטיבית לחריגה בוטה מסטנדרט ההתנהגות הראוי נועדה להוציא מהישג ידה של הדוקטרינה דנן את אותן ההתנהגויות, שלמרות היותן מנוגדות לסדר החברתי-משפטי, הרי בכל זאת קיימים טעמים להימנע מענישתן המחמירה.[66] הפרת חוזה (והוא הדין בעוולה נזיקית) הנעדרת הצדקה משפטית, והמקיימת את התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה איננה מצדיקה אפוא בהכרח חיוב בתשלום עונשי. כיצד אם כן, ועל איזה יסוד ניתן להבחין בין הפרות חוזים מעין אלה לבין אותן ההפרות ה"מחפירות" המצדיקות את הפעלת הדוקטרינה? בשורות שלהלן אבקש להצביע על מה שהם, לדעתי, השיקולים העיקריים שלאורם מן הראוי להכריע בשאלה זו.[67]

אציין, כי **שיקולים אלה רלבנטיים למעשה גם לצורך הפעלתה של הדוקטרינה בדיני הנזיקין**, שם הם משמשים להבחנה בין עוולת נזיקין המקיימת את התנאים המוקדמים, לבין עוולת נזיקין הראוייה להיחשב כ"מחפירה". זאת ועוד: השיקולים שיידונו להלן, בהיותם מבחני עזר להערכת דרגת חומרתה של התנהגות המפר, הינם **רלבנטיים למעשה גם לקביעת שיעור התשלום העונשי** שמן הראוי לפסוק בגין התנהגותו המחפירה של הנתבע.

ה. קבוצת השיקולים הראשונה: מסוכנות ההפרה (היסוד העובדתי)

12.18 ככל שהפרת החוזה (והוא הדין במעשה נזיקין) היא פוגענית ומסוכנת יותר (בפועל או בכוח) מבחינת השלכותיה על רווחתו של הנפגע או על רווחתם של אנשים אחרים זולת הנפגע, גובר הצורך בפסיקת תשלום עונשי בתגובה לה, וגדל שיעור התשלום העונשי שראוי לפסוק בגינה.[68] מידת המסוכנות שבהפרה נתונה מתקבלת, לדעתי, כתוצאה משקלולם של שלושה רכיבים עיקריים: סוג האינטרס שאותו סיכנה ההפרה, היקף הפגיעה הפוטנציאלית באותו אינטרס, ומידת ההסתברות כי הסיכון הגלום בהפרה אכן יתממש.[69]

---

66 לדיון בהגיונה הכלכלי-תועלתני של הדרישה ר' סע' 7.75-7.73 לעיל.

67 כמובהר אגב הדיון שלהלן, בחלק ניכר משיקולים אלה נעשה שימוש בפסיקה, אם כי לא תמיד תוך אמירה מפורשת ותוך בידודם משיקולים אחרים. דוגמה נדירה לניתוח שיפוטי מקיף ושיטתי יחסית היא פסק דינו המנחה של בית המשפט העליון הקנדי בעניין ***Whiten***, העוסק בשיקולים הרלבנטיים בהרחבה יחסית, בפסקות 126-112 לפסק הדין. בארה"ב ר' פרשת ***Green Oil***, אשר אומצה בפרשת ***Pacific*** , בעמ' 41. שיקולים אלה נזכרו אמנם כשיקולים לקביעת גובה התשלום העונשי, אך לדעתי מרביתם רלבנטיים גם לשאלה מתי תיחשב התנהגות כ"מחפירה".

68 השאלה אם ניתן להתחשב בסיכון לאנשים אחרים זולת התובע עצמו איננה נקייה מספקות ומחלוקת. בפסיקה ובספרות האמריקאית נראה ששלטת הגישה ולפיה לגיטימי וראוי להתחשב בכל נסיבות העניין, לרבות הסיכון לצדדים שלישיים. יתרה מכך, ניתן אפילו להתחשב בדפוסי התנהגות דומים של הנתבע בעבר. עניין זה זכה להכרה מפורשת לאחרונה בפסק הדין המנחה בפרשת ***State Farm***, בעמ' 13. אולם בקנדה הביע בית המשפט העליון את העמדה ההפוכה, ולפיה אין מקום לאפשר לתובע לתבוע בשם כל מי שנפגעו מההתנהגות המחפירה, אלא בשם עצמו בלבד. ***Whiten***, para. 117 לדעתי, אין מקום להתעלם מהסיכון הכולל, שכן הדבר בעייתי הן מבחינה מעשית והן מבחינה עקרונית. עם זאת, יש למנוע מצב של ריבוי הליכים אזרחיים-עונשיים בגין אותה התנהגות מחפירה. בנושא זה ר' סע' 8.26(112, 124) לעיל.

69 שיקול רביעי שהודגש בפסיקה הוא השיקול של חומרת הפגיעה כפי שנתממשה בפועל. לעיתים, שיקול זה כרוך יחד בשיקול של חומרת הסיכון. ר' למשל: ***Whiten***, para. 117: [The award should be] **Proportionate to the Harm or Potential Harm Directed Specifically at the Plaintiff."** לדעתי, מבחינה הרתעתית ותועלתנית שיקול זה איננו רלבנטי, שכן העובדה שהסיכון החמור שבהפרה לא התממש איננה פוגעת באנטי-חברתיות המעשה. לתובנה זו ביטוי בפסיקה: **"..malicious and high-handed conduct which could be expected to cause severe injury to the plaintiff is not necessarily excused because fortuitiously it results in little damages."** ***Whiten***, Id. עם זאת, מבחינה גמולית ומבחינת הצורך בריצוי רגש הנקמה, דומה שהצורך בענישה במקרים אלה פוחת במידה מסויימת. הוכחה לכך היא העובדה, ששופטים רבים במשפטים פליליים מביאים בחשבון בעת גזירת הדין כשיקול לקולא את העובדה שהעבריין לא הצליח לממש את זממו. לדעתי, השיקול של חומרת הנזק שנגרם בפועל צריך להיות שיקול שולי למדי בשיקולי הענישה. חשיבותו העיקרית היא במישור המעשי-ראייתי: הוא מהווה הוכחה חותכת לכך שההתנהגות המסוכנת אכן היתה מסוכנת, שעה שכאשר הנזק לא מתממש קיים לעיתים קושי ניכר להוכיח זאת.

nevo.co.il

12.19 לדעתי, ככלל (בכפוף לשקלול יתר הרכיבים הרלבנטיים) הפרת חוזה המסכנת אינטרס בעל אופי אישי היא חמורה יותר בראייה מוסרית וחברתית מהפרת חוזה המסכנת אינטרס רכושי טהור. ההצדקה להבחנה זו נעוצה, לדעתי, בעובדה שהפגיעה באינטרס אישי לא-ממוני היא בדרך כלל בלתי הפיכה, ואילו הפגיעה באינטרס רכושי היא בדרך כלל הפיכה וניתנת לתיקון (בכסף או בשווה כסף).

לענייננו, אגדיר אינטרס אישי כאינטרס שבשל זיקתו המיוחדת לגופו או לנפשו של הנפגע אין תקנה לפגיעה בו, או שהערכה מקורבת של שוויו הכלכלי לנפגע איננה אפשרית. דוגמות מובהקות לאינטרסים אישיים הן האינטרס של אדם בשמירה על שלמות גופו, בריאותו, חירותו, פרטיותו, כבודו ושלוותו הנפשית. אינטרס רכושי טהור, לעומת זאת, הוא אינטרס שניתן למצוא לו תחליף זהה או דומה, וששוויו לנפגע ניתן להערכה מקורבת בכסף. דוגמות מובהקות לאינטרסים רכושיים הם האינטרס של אדם בשמירה על רכושו (מקרקעין, מיטלטלין) ועל ממונו (כסף, ניירות ערך, וכיו"ב). מכיוון שהפגיעה באינטרסים אישיים, מעצם טיבה, איננה ניתנת לתיקון או פיצוי בדיעבד בצורה יעילה ומדוייקת, הרי שהצורך ביצירת הרתעה ממגרת חיוני יותר ביחס לפגיעות באינטרסים אלה מאשר ביחס לפגיעה באינטרסים רכושיים.[70] שיקול זה צריך אפוא להנחות את בית המשפט בבואו לשקול, אם פסיקת תשלום עונשי היא מתחייבת בנסיבות המקרה.[71]

האם מההבחנה המוצעת מתחייבת המסקנה, כי בחוזים שמושאם המקורי הוא רכושי טהור אין מקום כלל לפסוק תשלום עונשי בשום מקרה? לדעתי, התשובה לכך היא בשלילה. הטעם לכך כפול: **ראשית,** כפי שראינו, במציאות ההנחה האידאלית בדבר פיצוי מלא של נפגעים מהפרת חוזה היא במידה רבה הנחה פקטיבית, בשל בעיית תת-הפיצוי ובעיית ההתחמקות מהדין. במצב שבו קיימת תופעה קבועה של תת-פיצוי ותת-אכיפה גם גרימתו של נזק כלכלי טהור היא במידה רבה פגיעה הגורמת נזק בלתי הפיך.[72] מכאן, שגם גרימת נזק כלכלי טהור עשוייה להיות ראוייה למיגור, לפחות כאשר מדובר בנזק רחב היקף. **שנית,** בחיי המעשה פגיעות רכושיות טהורות הן נדירות. כל הפרת חוזה, יהא אשר יהא מושאו העיקרי של החוזה, מסיבה לנפגע ממנה נזק נפשי מסויים, הנובע מעצם הפגיעה בציפייה לקבל את מושא החוזה באיכות ובתנאים שעליהם התחייב המפר. אמנם, כאשר הנפגע יכול להשיג באופן מיידי תחליף איכותי למושא החוזה, הפרעה נפשית זו איננה גדולה. אולם בכל מקרה אחר, ובפרט כאשר קיים צורך בניהול התדיינות משפטית לשם השגת תחליף איכותי, עלולה ההפרה ליצור נזקים נפשיים משמעותיים.[73] תוצאה זו תתעצם עוד יותר כאשר בין הצדדים לחוזה נוצרו אמון וקירבה, שהפרתו המחפירה הביאה לקריסתם.[74] לסיכום, עצם העובדה שתכליתו המקורית של החוזה היתה רכושית בעיקרה אין בה כדי

---

70 למעשה עולה כאן שיקול של עלויות אומדן שבו דנתי בפרק ז' כשיקול לבחירה בין מנגנון של הרתעה ממגרת לבין מנגנון של הרתעה מפנימה. לדיון בשיקול זה ר' סע' 7.64(290), 7.68 לעיל.

71 יש לשים לב, שלמרות ששיקול זה מצביע על יחס ישר בין הצורך בפסיקת תשלום עונשי לבין אופיו הלא-ממוני של הנזק, אין להתבלבל ולהסיק מתקפותו של שיקול זה שהפתרון לפגיעות מחפירות באינטרסים לא-ממוניים הוא בפסיקת פיצוי לא-ממוני. כשל לוגי כזה רווח בפסיקה האנגלית ובספרות המלומדים גם בארה"ב. כמוסבר בהרחבה בפרק ז' (בפרט בחלקים השלישי והרביעי) מטרת התשלום העונשי איננה לפצות על הנזק ואף לא לגרום למפר להפנימו, אלא לשלול מהמפר כל ציפייה להפקת רווח.

72 שכן במצב זה מבחינה סטטיסטית ההסתברות שנפגע מהפרת חוזה שנגרם לו נזק כלכלי טהור של 100 ₪ יזכה בפיצוי של 100 ₪ היא קטנה מאחד.

73 לדעתנו, למרות שההבחנה הנדונה בטקסט חשובה, הרי שבפועל לא קיימת הפרדה מוחלטת בין מרכיבי הרווחה השונים של אדם. למעשה, לכל אינטרס ישנו גם היבט אישי וגם היבט רכושי. כך למשל, כאשר לאדם יש זיקה אישית-רגשית לנכס פיזי השייך לו, האינטרס שלו בהחזקת הנכס איננו אינטרס רכושי טהור. נראה שמסיבה זו ההגנה על הרכוש הפיזי נתפסה באופן מסורתי (במשפט הפלילי, ובדיני הנזיקין) כראוייה להגנה חזקה יותר מאשר ההגנה על הממון - הכסף. אולם אפילו החזקה בכסף משפיעה על רווחתם הרוחנית של אנשים (על פי רוב לטובה) וגריעת החזקה בכסף גורמת לאנשים עגמת נפש. מאידך גיסא, גם לאינטרסים אישיים או לא-ממוניים ישנה כמובן השלכה על הרווחה הכלכלית-ממונית. הדוגמה המובהקת לכך היא המשמעות הכלכלית המיוחסת לפגיעות גוף. אולם למעשה סביר מאוד להניח שגם פגיעה בכבוד וברווחה הנפשית של אדם משליכה בעקיפין על יכולתו להפיק ממון.

74 למשבר האמון החריף שיוצרות הפרות אופורטוניסטיות ר' סע' 10.25 לעיל.

nevo.co.il

לשלול את האפשרות להיזקק לדוקטרינה. עם זאת, למרות סייגים חשובים אלה, השיקול הנדון לעיל הוא שיקול שיש לתת עליו את הדעת, ובכוחו להסביר ולהצדיק נטיית יתר להיזקק לדוקטרינה ככל שהאינטרס האישי שבו פגעה או שאותו סיכנה הפרת החוזה הוא בעל היבט אישי מובהק יותר.

בפועל בתי המשפט הפוסקים תשלומים עונשיים אינם מרבים להזכיר שיקול זה כשיקול רלבנטי, אולם נראה שבפועל הם מתחשבים בו. **ראשית**, עצם העובדה שתשלומים עונשיים אינם נפסקים בדרך כלל לטובת תאגידים, עשויה ללמד על מרכזיותו, שכן תאגיד או אישיות נטולת גוף ורגשות, ולפיכך נזקיה הם ממוניים בלבד. **שנית**, הקטגוריות המובהקות ביותר שבהן נפסקים תשלומים עונשיים בתחום החוזי הן בתחומים שבהם הפרת החוזה, מעבר לפגיעתה הכלכלית, פוגעת באינטרסים אישיים, בעיקר נפשיים. אלה הן: פיטורין שלא כדין, הפרת חוזי ביטוח, הפרת יחסי אמון מיוחדים בין בעל מקצוע ללקוחו, וכיו"ב.[75]

2. היקף הפגיעה הפוטנציאלית באינטרס

12.20 רכיב שני שאותו יש לשקלל כדי להעריך את חומרת ההפרה הוא היקפה, טיבה או עוצמתה של הפגיעה הפוטנציאלית שהיתה טמונה בהפרה עובר להתרחשותה. בחינה זו עשוייה ללמד שלמרות חשיבותם העקרונית של האינטרסים השונים שאותם סיכן המפר (למשל, אינטרסים גופניים או נפשיים), הרי למעשה מידת המסוכנות שבהפרת החוזה היתה קטנה יחסית, ולפיכך אין היא מצדיקה את עלויות הפעלתה של הדוקטרינה.[76]

3. רמת ההסתברות כי הפגיעה אכן תתממש

12.21 הרכיב השלישי הרלבנטי להערכת מסוכנותה או פוגענותה של ההפרה הוא רכיב הסתברותי. מבין שתי הפרות המכוונות כלפי אינטרסים זהים והעלולות לגרום נזק בהיקף זהה החמורה והמסוכנת יותר היא זו שהסיכוי להתממשות הסיכונים הצפונים בה גבוה יותר.[77]

4. יסודיות ההפרה כמבחן עזר לקביעת מסוכנות ההפרה

12.22 מבחן עזר מוכר העשוי להיות רלבנטי בהקשר דנן הוא מבחן יסודיות ההפרה.[78] כאשר ההפרה יסודית, היינו, שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה לו ידע עליה, תגבר הנטייה להפעיל את הדוקטרינה, ולהיפך. יחד עם זאת, יש להדגיש שמבחן זה איננו מסייע רבות, שכן בסופו של דבר התקיימותו מוכתבת על ידי השיקולים המהותיים שנבחנו בסעיפים הקודמים.

---

[75] המאפיין האישי של חוזי ביטוח הוזכר בפסיקה האמריקאית כמבחן עזר להצבעה על "יחסים מיוחדים" שהינם תנאי להחלת עוולת תום הלב ביחסים חוזיים. ר' סע' 5.29(125) לעיל. אולם ההתחשבות בשיקול הנדון כאן עולה גם מפסיקת תשלום עונשי בתחומים אחרים. ר' למשל פסק *הדין* ***Heirn*** שבו נפסק תשלום עונשי כנגד שותפות ספנות בשל מחדל לעצור ולקחת נוסעים בנמל שבו הספינה היתה אמורה לעגון. התשלום העונשי נפסק בשל העובדה שהקברניט ידע על ההתחייבות לעגון בנמל, אך התעלם ממנה ללא הצדקה, תוך שבית המשפט מדגיש את העובדה שההפרה גרמה לתובעים: **אי נוחות פיזית ועגמת נפש** : **"..the failure occasioned great bodily exposure and mental suffering and disappointment to the plaintiffs."** Id., at 56. הרלבנטיות של ההבחנה בין אינטרסים אישיים לבין אינטרסים רכושיים וההצדקה לה נזכרה לאחרונה במפורש בפסיקה הקנדית: **"**[It is relevant] **whether the interest violated by the misconduct was known to be deeply personal to the plaintiff (e.g. professional reputation..) or a thing that was irreplaceable (e.g. the** [cutting down of] **mature trees.)** ***Whiten***, para 113. הדוגמה האחרונה היא חשובה במיוחד, שכן היא מלמדת, שגם פגיעה ברכוש יכולה להיות כרוכה בפגיעה באינטרס רכושי. מעניין לציין, כי השופט קיסטר בעניין **מאיר** הציע להגביל את תחולת דוקטרינת התשלום העונשי לתביעות שעניינן נזקים גופניים ונפשיים בלבד. דבריו מובאים בסע' 10.10(40) לעיל.

[76] למשל: תקיפה שסיכנה אדם אחד בלבד בסיכון קל (שריטה, מעידה, וכו') מול פיזור רעל היוצר סיכון לפגיעה בבעלי חיים בהיקף נרחב. ולהיפך: פגיעה באינטרס 'נחות', כגון אינטרס כספי טהור, עלולה להיות גדולה מבחינת היקפה ועוצמתה (גודל הנזק הכלכלי) ולכן להצדיק תשלום עונשי יותר מפגיעה קלת ערך באינטרס נפשי, רכושי או אפילו גופני. טיעון זה הוא אחת הסיבות שהצעתי לדחיית אחד מטיעוני ההוגנות שהוצעו בתמיכה לכלל האוסר. ר' סע' 10.11(55) לעיל.

[77] ההסתברות להתממשות הסיכון מושפעת מגורמים שונים ומגוונים וביניהם סוג האמצעי שבו משתמש המפר בפעולה המסוכנת, היסוד ההכרתי והחפצי שלו ביחס לפגיעה בנפגע עובר להפרה (האם הוא מודע לה ומעוניין בה ובאיזו מידה), יכולתו של הנפגע למנוע את התממשות הסיכון גם לאחר קרות ההפרה, ונסיבות נוספות.

[78] הפרה יסודית מוגדרת בסעיף 6 לחוק התרופות, שם ההבחנה רלבנטית לעניין זכותו של הנפגע מהפרה לביטול החוזה.

nevo.co.il

ו. קבוצת השיקולים השנייה: מאזן הנזק - נזקי ההפרה מול נזקי הקיום

12.23 שאלת מאזן הנזק (או "מאזן הנוחות") שבין התובע לבין הנתבע מהווה שיקול מסורתי מוכר בפסיקת סעדים משפטיים הכפופה לשיקול דעת שיפוטי רחב.[79] לדעתי, שיקול זה רלבנטי גם בעניינו.[80] לדעתי, כאשר השופט סבור שהסיכון שהיה צפוי למפר בעת ההפרה מקיום החוזה עלה **באופן ניכר** על הסיכון שהיה צפוי באותה עת לנפגע כתוצאה מהפרתו, דומה כי הדבר ימשוך בכיוון של ראיית ההפרה כמוצדקת ולכל הפחות "נסלחת".[81]

כך, למשל, כאשר צד לחוזה נקלע לאחר כריתת החוזה למצוקה כלכלית ממשית, יש וקיום החוזה צפוי לגרום לו נזק כלכלי כבד מזה שייגרם לנפגע בעקבות הפרתו. במצבים כאלה, גם אם אין מקום לפטור את המפר מחובתו לתקן את ההפרה (באמצעות צו אכיפה או פיצויים) הרי מן העבר השני ספק אם ניתן לראות בהפרת החוזה התנהגות מחפירה, למרות היותה עומדת בתנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה. לעומת זאת, כאשר מאזן הנזק נוטה בבירור לטובת הנפגע (ובהנחה שהמפר היה מודע לכך) בפנינו שיקול התומך בראיית ההפרה כמחפירה.[82]

ז. קבוצת השיקולים השלישית: מסוכנות המפר (היסוד הנפשי)

12.24 יחסו הנפשי הסובייקטיבי של אדם כלפי פעולה מסוכנת שהוא מבצע משפיע באופן דרמטי על מידת מסוכנותו לחברה ועל דרגת אשמתו המוסרית, ולפיכך מהווה שיקול מרכזי במסגרת כל תורת עניש - תועלתנית או דאונטולוגית.[83] יסוד נפשי מחמיר עשוי להפוך הפרת חוזה שחומרתה האובייקטיבית (מבחינת עוצמתו והיקפו של הסיכון העובדתי שיצרה) קטנה יחסית למעשה חמור ואנטי-חברתי, ולהיפך.[84] בסעיפים שלהלן אבקש להצביע על

---

79 במשפט המקובל מאזן הנזק או "הנוחות" מהווה שיקול טיפוסי בפסיקת סעדים 'מן היושר', שבהם זכותו של הנפגע לסעד איננה זכות מוקנית אלא כפופה לשיקול דעתו של בית המשפט. במשפט הישראלי נעשה שימוש במאזן הנזק באופן מובהק בהקשר למתן סעד של ציווי בנזיקין (קבוע או זמני), אם כי קיימת אי בהירות רבה בפסיקה הישראלית בשאלת משקלו וחשיבותו היחסית של שיקול זה. לעניין זה השווה את גישתו של השופט שמגר בעניין ***אתא*** (2) (מאזן הנוחות איננו שיקול מרכזי, ודאי לא שיקול מכריע במתן ציווי) לגישתו של השופט ברק בפרשת ***אבנרי*** (מאזן האינטרסים - הפרטיים והציבוריים כשיקול המכריע לעניין מתן ציווי). עם זאת, למעשה גם בדיני החוזים סעד של אכיפה כפוף לשיקולי צדק הכוללים, בין היתר, התחשבות במאזן הנזק שבין הנפגע למפר. להתחשבות בשיקול זה ר' למשל: ע"א 91/75 **פרץ נ. ביטון** פ"ד ל(1) 367, 373 ; **שלו**, 533.

80 שיקול זה איננו מופיע במפורש בפסיקה ובספרות העוסקות בדוקטרינה. מבחן העזר הרווח המתיר לבחון את מעמדו הכלכלי של הנתבע מוזכר בהקשר של קביעת שיעור התשלום העונשי (ר' סע' 7.35(152) לעיל), אך לא בהקשר לשאלת עצם התקיימותה של התנהגות מחפירה.

81 עוצמת הסיכון למפר ולנפגע מתקבלת משקלול שלושת המרכיבים הרלבנטיים להערכתה של כל פעולה פוגענית: סוג האינטרס שבסכנה, היקף הסיכון או הפגיעה בו, ודרגת ההסתברות שהסיכון הגלום בהפרה (או בקיום החוזה) יתממש. להצגת שיקולים אלה ר' סע' 12.19-12.21 לעיל.

82 הצורך בעריכת "מאזן נזק" מעוררת את השאלה, אם מדובר במאזן נזק "פרטי" בין שני הצדדים הנוגעים בדבר בלבד, או שמא על השופט לערוך מאזן נזק "חברתי" או "ציבורי", תוך התחשבות בהשפעות (של הקיום ושל אי-הקיום) על צדדים שלישיים ועל החברה כולה. שאלה זו מתקשרת לשאלת הלגיטימיות של שיקולי צדק חלוקתי במסגרת המשפט הפרטי. באופן טיפוסי שיקולים אלה נתפסו כחריגים ובלתי לגיטימיים בשפיטה אזרחית, וזאת לעומת שיקולי הצדק המתקן. אולם כיום גוברים הקולות הקוראים להתחשבות בשיקולים אלה. לעניין זה ר' למשל סע' 11.60(183) לעיל. לדעתי, בהקשר דנן, אין מקום להתחשב במאזן הנזק הכולל, שכן עריכת מאזן כזה היא המטרה הסופית של השופט המבקש להעריך את דרגת האנטי-חברתיות שבהפרה פלונית (לפחות בראייה תועלתנית). השיקול הנדון כאן הוא רק קריטריון אחד מבין קשת שלמה של קריטריונים ושיקולים שנועדו לסייע לשופט להגיע למטרה סופית זו. עם זאת, בפועל נראה שיקשה מאוד על שופטים לערוך מאזן נזק בין שני הצדדים באופן נייטרלי ו'נקי' לחלוטין, בפרט כאשר המניע להפרה נראה לשופטים כפסול (למשל, רווח המופק מהפרה שתכליתה לאפשר למפר לבצע עבירה פלילית, או רווח המופק מהפרה שתכליתה לגרום לנפגע נזק בזדון). במקרה זה השופט צפוי 'לערבב' בין השיקול של מאזן הנזק הפרטי לבין השיקול של המניע להפרת החוזה, שיקול הנדון על ידינו באופן נפרד בסע' 12.27 להלן.

83 לדעת אפלטון, למשל, מידת אי הצדק או העוול שבמעשה נתון איננו נקבע לפי גודל הנזק או הסיכון האובייקטיביים הטמונים במעשה, אלא ביחס הנפשי של העושה: **"Generally speaking, friends, if someone gives something to somebody, or, on the contrary, takes something away, such a thing shouldn't thus be called simply just or unjust, but what the lawgiver shuold observe is whether someone employs a just disposition and character in doing some benefit or injury to somebody." Plato**, s. 862b. לכן, לדעתו, נזק שנגרם ברשלנות ושלא מתוך כוונה להזיק, אף שהוא מזיק וגורם סבל, איננו גורם עוול מוסרי. זאת בניגוד למעשים מזיקים הנעשים במודע ומתוך מניע פסול. כך מבסס אפלטון הבחנה ברורה בין מושג הנזק (injury) לבין מושג העוול (injustice).

84 יתרה מכך: למרות ההבחנה שערכתי כאן בין חומרת הסיכון שבהפרה לבין חומרת היסוד הנפשי, הרי בפועל קיימים קשרי גומלין בין האחרונה לראשונה. יסוד נפשי מחמיר יותר מגדיל את הסיכון שאינטרס אישי של הנפגע ייפגע ומגדיל את ההסתברות שהסיכון הגלום בהפרה יתממש. מנגד, רשלנות ביסוד הנפשי תרכך מאוד את דרגת האנטי-חברתיות שבמעשה מבחינות אלה.

nevo.co.il

מספר מרכיבים עיקריים ששקלולם יחד חיוני לצורך הערכה נכונה של חומרת היסוד הנפשי של הפועל. אלה הם: היסוד ההכרתי, היסוד החפצי, והמניע לפעולה המסוכנת.[85]

1. היסוד ההכרתי

12.25 כזכור, תנאי מוקדם לתחולת הדוקטרינה הוא יסוד הכרתי של **מודעות בפועל** כלפי: 1) המעשה או המחדל המנוגד לחוזה; 2) העובדה שהוא למנוגד לחוזה; 3) העדר אמונה בקיומם של צידוק להפרה או פטור מביצועה ו- 4) העובדה שהוא מסכן סיכון של ממש את התובע.[86]

עם זאת, מפרים שונים המקיימים דרישות מינימום אלו עשויים להיבדל זה מזה מבחינת חומרת היסוד הנפשי-הכרתי. פערים צפויים להתגלות בעיקר ברמת המודעות כלפי שלושת הרכיבים המשפיעים על חומרתה האובייקטיבית של ההפרה (מסוכנות ההפרה): סוג האינטרס הנפגע, היקף הפגיעה הפוטנציאלית בו, וההסתברות כי זו אכן תתממש.[87] פירוש הדבר, לענייננו, כי אין דין מפר שסיכן במודע את גופו ואת רכושו של הנפגע תוך הפרת החוזה, כדינו של מפר שהפר אותה הפרה ממש אך היה מודע רק לסיכון לפגיעה באחד מאינטרסים אלה. באופן דומה אין להשוות בין מפר שצפה אפשרות לפגיעה מצומצמת יחסית (אם כי עדיין פגיעה של ממש) באינטרס נתון של הנפגע, לבין מפר שהיה מודע לכך שהיקף הפגיעה באותו אינטרס יהיה גדול יותר. וכך, אין דין המפר שהיה מודע לקיומו של סיכון פלוני אך צפה כי סיכוייו של זה להתממש קטנים, כדין מפר שצפה כי אותו סיכון ממש יתממש בוודאות או בדרגה גבוהה של הסתברות.

פער הכרתי רלבנטי בין מפרים שונים עשוי להתגלות גם ברמת המודעות שלהם למשמעות המשפטית של מעשיהם. כך למשל, אין דינו של מפר חוזה שידע בבירור שמעשיו מנוגדים לחוזה,[88] כדינו של מפר שקיננו בו ספקות ביחס למשמעות המשפטית של מעשיו, והוא לא טרח להסירם.[89]

לסיום אציין, כי מודעות לעובדה שמאזן הנזק נוטה בבירור לטובת הנפגע,[90] אף כי אין היא בגדר תנאי מוקדם לראיית ההפרה כמחפירה, הרי יחד עם זאת היא רלבנטית ביותר: התקיימותה מחזקת במידה משמעותית את היסוד האנטי-חברתי שבהפרה, בעוד שהעדרה מצמצמת אותה במידה ניכרת.[91]

---

85 היסודות שיידונו להלן נזכרים לעיתים בפסיקה העוסקת בתשלום העונשי, אך זאת בדרך אגב ובאופן לקוני למדי. לדוגמה יוצאת דופן ר': ***Whiten***, para. 112: **"The need for denunciation is aggravated where… the conduct persisted.. ..despite the defendant's awareness of the hardship it knew it was inflicting…; The level of blameworthiness may be influenced by.. 1) whether the misconduct was planned and deliberate…; 2) the intent and motive of the defendant;… 5) the defendant's awareness that what he or she was doing was wrong.."** ניתן לראות, שבית המשפט מערב בין יסודות שונים (מניע וכוונה, למשל), בין מושאים שונים של המודעות (המעשה עצמו, או עובדת היותו פסול) ואינו מבחין בין יסודות הכרחיים לתחולת הדוקטרינה לבין יסודות נוספים העשויים להצטבר (אך אינם הכרחיים).

86 לדיון תנאים מוקדמים אלה ר' סע' 7.04 לעיל.

87 ר' סע' 12.21-12.19 לעיל.

88 למשל, משום שהמעשה היה מנוגד להתחייבות מפורשת שנטל על עצמו.

89 אולם עצם העובדה שמדובר בעצימת עיניים בלבד, להבדיל ממודעות בפועל, אינה גורעת מהאפשרות לפסוק תשלום עונשי. כך למשל, בפסק הדין בעניין ***Birmingham*** נפסק תשלום עונשי במסגרת חריג השירות הציבורי כנגד חברה שניתקה שלא כדין את זרם המים לתובע, תוך התעלמות מטענתו כי אינו חייב לה כסף. בית המשפט קבע, כי הניתוק נעשה **"in that state of mind which is <u>reckless</u> <u>of law and the legal rights of others</u>, knowing, at the time, that its act was fraught with probable damage to appellee.."** Id., 641. תשלום עונשי לא היה נפסק ככל הנראה לו השכילה החברה הנתבעת להראות, שבמועד הניתוק היה לה יסוד להניח שהתובע אכן היה חייב לה כסף.

90 לדיון במאזן הנזק כשיקול נפרד ר' סע' 12.23 להלן.

91 לאמור: אם מאזן הנזק נוטה דווקא לטובת המפר, או שהוא נוטה באופן קל בלבד לטובת הנפגע, כי אז מודעותו של המפר לעובדה זו לא תהווה שיקול המצדיק להטיל עליו סנקציה עונשית ממגרת. תובנה זו מוסברת ביתר הרחבה בסע' 7.74 לעיל, וכן סע' 11.30 לעיל, בטקסט שלאחר הערה 72.

nevo.co.il

2. *היסוד החפצי*

12.26 היסוד החפצי של המפר כלפי התוצאה המזיקה, כלומר, מידת רצונו בהתממשות הסיכון שאותו יצר במעשה ההפרה, אף היא נתון מרכזי בגיבוש הערכה כוללת של חומרת היסוד הנפשי. יסוד של רצון (כוונה) בהתממשות התוצאה המזיקה צפוי לשוות להפרה נופך שלילי במיוחד.[92] גם יסוד חפצי של אדישות (אי אכפתיות) עשוי להצדיק את ראייתה של ההפרה כמחפירה (בהינתן הפרה מסוכנת מספיק במישור העובדתי).[93] לעומת זאת, יסוד חפצי של קלות דעת כלפי התוצאה המזיקה (אי רצון בהתממשות הסיכון) צפוי להפחית במידה משמעותית את דרגת האשמה והמסוכנות שתיוחס למפר.

3. *המניע להפרה*

12.27 המניע להפרת החוזה אף הוא רלבנטי להערכת חומרת ההפרה. המניע הוא המטרה שלשמה החליט המפר לפעול ביודעין באופן המנוגד לחוזה (ולדין) תוך סיכון ממשי של הזולת. גם כאן ניתן וראוי להבחין בין סוגים שונים של מפרים. **בקצה האחד עומד המפר הזדוני**, שעבורו ההפרה אינה אלא אמצעי להתעמרות זדונית בנפגע. מפר זה מפיק למעשה הנאה רוחנית, לא-ממונית, מעצם הידיעה שהצד השני סובל. זוהי דוגמה להתנהגות אנטי-חברתית הנוגדת את תקנת הציבור (ולעיתים גם את החוק החרות) ואשר תצדיק בדרך כלל חיוב בתשלום עונשי.[94] **בקצה האחר עומד המפר האלטרואיסט או תם הלב**, הפועל בניגוד להוראות החוזה מתוך מחשבה כנה שיש בדבר כדי להועיל לנפגע או לאדם שלישי. מפר כזה לא ייחשב בדרך כלל כמי שנהג באורח מחפיר.[95] הגם שנתקיימו בהתנהגותו תנאי המינימום לתחולת הדוקטרינה, לא יהא חשוף לחיוב בתשלום עונשי.

בתווך ניתן לתאר קטגורייה רחבה של מצבים, שבהם המניע העיקרי של ההפרה איננו לגרום נזק לנפגע, ואף לא להיטיב עימו, אלא פשוט להצמיח תועלת או לחסוך נזק מהמפר עצמו. מניע אגואיסטי כזה איננו פסול כשלעצמו, ומכאן שהוא לכאורה בלתי רלבנטי להערכת חומרת התנהגותו של המפר. עם זאת, לדעתי, בתוך קטגוריה זו ראוי להבחין בין המפר המבקש להימנע מחסרון כיס שיגרום לו קיום החוזה, לבין המפר המבקש להגדיל את רווחתו מעל ומעבר לזה המצפה לו מקיום החוזה.[96] לדעתי, בהינתן זהות בכל יתר נסיבות ההפרה, מן הראוי להקל עם המפר מהסוג הראשון יותר מאשר עם המפר מהסוג השני.[97] דומה שכך אף נוהגים בפועל בתי המשפט, אם כי מבלי לציין זאת במפורש.[98]

---

92 אלו הן ההתנהגויות המתוארות בפסיקה האמריקאית כ"זדוניות" (malice, actual malice). במצבים אלה ניתן יהיה לראות בהפרה משום מעשה של "התעמרות" בנפגע. לדיון בקטגוריה התנהגותית חמורה זו ר' סע' 12.41 להלן. כמו בפלילים, גם בהקשר דנן צפיית התממשותו של הסיכון בדרגה גבוהה של הסתברות עשוייה להיחשב כשקולה לרצון ממש.

93 ואכן, הפסיקה האנגלו-אמריקנית מרבה להשתמש בביטוי "אדישות" (recklessness, reckless indifference) כדי להמחיש ולהבהיר את מהותה של התנהגות מחפירה. ר' למשל עניין ***Fair***, שם נפסק תשלום עונשי במסגרת חריג העוולה העצמאית (מכוח עוולת הרשלנות) כנגד נתבע שקיבל על עצמו לפנות עצים ממקרקעי התובע וגרם בתוך כך לפגיעה ברכוש תוך שהוא מפגין **"..indifference to the consequences and of the rights of others.."** ***Fair***, 222.

94 עם זאת, ניתן להעלות על הדעת נסיבות מיוחדות, שבהן לאור התנהגות פסולה של הנפגע שקדמה להפרה, מעשה ההתעמרות ייחשב כנסלח יותר, וככזה שאינו מצדיק חיוב בתשלום עונשי, במיוחד עם הסיכון או הנזק קטנים יחסית. לדיון נפרד בקטגורית ה"התעמרות" ר' סע' 12.41 להלן. דוגמה אחרת למניע פסול היא הפרה שמטרתה לאפשר למפר עצמו או לאדם אחר לבצע בעתיד מעשה בלתי חוקי או המנוגד לתקנת הציבור. למשל, המפר מפסיק להעביר לנפגע את התמורה החוזית מתוך מטרה להשקיע אותה בעיסקה בלתי חוקית שנקרתה בדרכו.

95 זאת, בפרט אם סבר כי הנזק שייגרם לאדם השלישי כתוצאה מקיום החוזה גדול מהנזק שייגרם לנפגע כתוצאה מהפרתו.

96 המצב הראשון הוא למעשה מצב של "חוזה הפסד", ואילו המצב השני הוא המצב הטיפוסי של "הפרה יעילה" (אם כי הרציונלים להכרה ב"הפרה יעילה" עשויים לחול גם במצב של "חוזה הפסד").

97 הגיונה של הבחנה זו הוא ככל הנראה באינטואיציה המוסרית שלפיה קשה יותר לאדם להיפרד מרכוש בעל שווי נתון המצוי בידו בהווה, מאשר להיפרד מזכאות להחזיק בעתיד ברכוש בעל אותו שווי ממש. במונחים כלכליים ניתן לבסס אינטואיציה זו על עקרון התועלת השולית הפוחתת.

98 העיון בפסיקה מלמד, שסובלנותם של בתי המשפט כלפי מפרים או מעוולים המבקשים להתעשר עקב הפרת חיוביהם קטנה בהרבה מסובלנותם כלפי מפרים או מעוולים המפרים כדי למנוע מעצמם חסרון כיס. על היחס העויין כלפי הפרות חוזים שתכליתן הפקת רווח נוסף על זה שמבטיח החוזה ניתן ללמוד מהתבטאויות השופטים בעניין ***אדרס***. ר' למשל דברי השופט לוין בעמ' 237: **"מי שדורש מצד לחוזה להתנהג בתום לב לא יתייחס בסלחנות לצד אשר יפר חוזה ממניעים של רצון קוניוקטורלי להתעשר על חשבון**

nevo.co.il

ח. קבוצת השיקולים הרביעית: ניצול לרעה של פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים לחוזה

1. כללי

12.28 מרבית החוזים מעניקים יתרונות טקטיים שונים לצדדים לחוזה זה ביחס לרעהו. הטעם לכך הוא, שמרבית החוזים הכוללים מימד אובליגטורי - וכאלה הם רוב רובם של החוזים - העברת התמורות ההדדיות איננה יכולה להתבצע בו זמנית, והיא כרוכה בדירוג מסויים.[99] ביצוע מדורג מחייב הענקת יתרון טקטי לצד שחלקו בעיסקה צריך להתבצע בשלב מאוחר יותר. הענקה כזו נעשית על בסיס האמון שניתן לאותו צד על ידי הצד השני. מכאן עולה תובנה חשובה: למעשה כל חוזה דו-צדדי כרוך ביחסי אמון, וכמעט כל הפרה מודעת של חוזה כרוכה בפגיעה באמון זה.[100]

עם זאת, עצם העובדה שלשם ביצועם של מרבית החוזים דרוש אמון הדדי איננה מחייבת שבכל חוזה יהיה "צד חזק" ו"צד חלש". בסעיפים שלהלן אבקש לעמוד בקצרה על מספר מצבים טיפוסיים, שבהם נחיתות קבועה שכזו אכן קיימת, באופן היוצר יחסי תלות חד-סטריים משמעותיים בין הצדדים לחוזה. כפי שיובהר, במצבים אלה החשש מפני ניצול לרעה של הכוח החוזי הוא ניכר, ומשטר התרופות האזרחי הרגיל אין בו בדרך כלל כדי להרתיע מפניו.

2. פערי כוחות מיוחדים הנובעים ממבנה העיסקה

12.29 בחוזים רבים מבנה העיסקה מבטיח כי התמורות תועברנה מצד לצד באופן הדרגתי והדדי בד בבד עם ביצוע העיסקה לשביעות רצונם של שני הצדדים (להלן - "**עיסקה מודרגת**"). בעסקות מודרגות קיימים יחסי תלות בין הצדדים, אך הם הדדיים. אולם בחוזים רבים אחרים מבנה העיסקה הלא-מודרג יוצר חוסר איזון טקטי בולט בין הצדדים. במצב זה הפרת החוזה על ידי אחד הצדדים צפוייה להסב לאותו צד - כמעט בכל רגע נתון - נזק קטן בהרבה מזה שייגרם לצד השני בעקבותיה. כך נוצרים **יחסי תלות חד-סטריים** בין הצדדים לחוזה: צד אחד נתון לחסדיו של הצד השני ומצוי כל העת "בסכנה" שהחוזה יופר, ואילו הצד השני נהנה מיתרון טקטי המקנה לו ביטחון חוזי רב. במצב כזה החשש מפני אופורטוניזם של הצד החזק הוא חשש ממשי ביותר.[101]

---

99 דירוג זה הוא גורם מרכזי לתופעת האופורטוניזם בתחום החוזי. ר' סע' 10.25(139) לעיל.

100 על כך שכל הפרה מודעת של חוזה אובליגטורי כרוכה בהפרת אמון עמד כבר תומס הובס, אשר הגדיר חוזה כ"אמנה". ת' הובס, **לוויתן או החומר, הצורה והשלטון של קהילייה** (ירושלים, תרגם י' אור, תשל"ג, מהדורה שנייה) 124: "**יכול אחד מבעלי-החוזה למסור את הדבר שנקבע כחלקו בחוזה, ולהניח לאחר לקיים את חלקו באיזה מועד קבוע מאוחר יותר, כשהוא נותן בו אמון בינתיים: ואז החוזה קרוי אמנה... קיום החוזה מצדו קרוי שמירת הבטחה או שמירת אמונים; ואי-קיום החוזה מצדו, אם בא מרצונו, קרוי הפרת אמון.**" ר' גם דבריו של Fried המובאים בהערה 60 לעיל.

101 חוזי ביטוח הם דוגמה מובהקת לכך. בעיסקת ביטוח טיפוסית המבוטח משלם תשלומים לאורך זמן מבלי לקבל כל תמורה, מתוך ידיעה וציפייה לקבל את מלוא התמורה אם וכאשר יקרה ארוע הביטוח. ואכן, תחום זה הוא הקטגוריה החוזית הנפוצה ביותר שבה מופעלת הדוקטרינה ברחבי העולם. עם זאת, בעייה זו איננה ייחודית כלל לתחום הביטוח. למעשה, היא יכולה להתעורר כל אימת שצד לחוזה מקבל לידיו את השירות או את הנכס מושא החוזה מבלי שעליו לשלם בעבורו מראש או להפקיד בטחונות או ערובות מספיקות. הבעייה תתעורר גם כאשר קונה נדרש לשלם מראש את התמורה בעבור הנכס או השירות. הפרות חוזים אופורטוניסטיות המתבצעות במצבים אלה הן לדעתי, בכפוף ליתר השיקולים הרלבנטיים, "מועמדות" טובות לפסיקת תשלום עונשי. ואמנם, בדיוק במצבים אלה פיתחה הפסיקה האמריקאית את חריג יחסי האמון. ר' למשל פסק הדין המנחה בעניין (3) ***Brown***, שבו התובעים הסמיכו את שלוחם, יועץ השקעות ועורך דין, למכור את ביתם ולרכוש עבורם בכספי המכירה בית חדש. לאחר המכירה התכחש השלוח לחיוביו וסרב לרכוש עבורם את הבית החדש, ובית המשפט אישר את התשלום העונשי שהוטל עליו. כפי שראינו, תחולתו של חריג יחסי האמון צומצמה בעיקר למקרים שבהם התקיים פער מומחיות גדול בין הצדדים (בנק-לקוח, עו"ד-לקוח, מבטח-מבוטח, וכו'). רק במיסיסיפי הכירה הפסיקה במפורש בכך שסרוב עקשני ובלתי מוצדק לשלם את התמורה החוזית יכול להצדיק חיוב בתשלום עונשי. ר': **Dynasteel Corp. v. Aztec Indus.** 611 So. 2d 977, 984 (S.C. Miss. 1992) בנסיבות דומות פסק בית משפט **הצד האחר.**" העובדה שהנתבע התעשר עקב עוולתו נזכרת במרומז כשיקול לחומרא גם בעניין ***Whiten***: "**The level of blameworthiness may be influenced by… ..whether the defendant profited from its misconduct.**" ***Whiten***, para. 113. עיינת דומה עולה מפסק הדין ***Rooks***, אשר הקטגוריה השנייה שלו חלה בדיוק במצבים מעין אלה. ר' סע' 3.02(13) לעיל. לדעתי, לעניין האשם המוסרי של הנתבע, העובדה שבדיעבד ההפרה הסתברה כרווחית או לא רווחית איננה רלבנטית. מה שחשוב הוא המניע בלבד. להבחנה בין מניע של התעשרות לבין מניע של מניעת נזק יש, לדעתי, חשיבות גם במסגרת מוסדות חוזיים אחרים של דיני החוזים. כך למשל, דומה שהרצון להימנע מגרימת נזק עצמי עשוייה במקרים מסויימים להקים הגנה של סיכול (לפחות במסגרת פרשנות מרחיבה של מוסד משפטי זה, לאור עקרון תום הלב). לעומת זאת, הרצון להתעשר לא ייתפס בדרך כלל כמקים צידוק או פטור מתרופות בגין הפרת חוזה.

nevo.co.il

3. *פערי כוחות הנובעים מפערי מידע ומומחיות*

12.30 פערי כוחות מתקיימים גם כאשר בין הצדדים קיימים פערי מידע ומומחיות, המקשים על צד אחד לעקוב באופן אפקטיבי אחר מילוי חלקו של הצד השני בעיסקה.[102] בלא קשר לסוג העיסקה (מודרגת או לא) פער כזה אף הוא פותח פתח להתנהגות אופורטוניסטית מצידו של הצד שבידו הידע או המומחיות. הוא עלול להרשות לעצמו להפר את החוזה מתוך ההנחה הסבירה, שהנפגע יתקשה לזהות את ההפרה, לייחס לו אותה, או להוכיח אותה בדרגת הוודאות הנדרשת.[103]

4. *פערי כוחות הנובעים ממצוקה או חולשה כלכלית*

12.31 גם פער במצב הכלכלי של כל צד לחוזה ביחס לרעהו עלול להיות מנוצל לרעה בשלב החוזי. אמנם, חולשתו הכלכלית של הנפגע ביחס למפר, כלשעצמה, לא תמנע ממנו בהכרח לזהות את ההפרה. עם זאת, היא עלולה להקשות על הנפגע לעמוד על תביעותיו כלפי המפר לתיקון ההפרה, וזאת בשל העלויות הניכרות הכרוכות בניהול הליך משפטי (ודאי בניהול מוצלח) עלויות שהנפגע לוקח בחשבון במגעיו עם המפר.[104] כאשר המפר מנצל פער כוחות זה כדי להימנע מקיום חיוב חוזי ברור המוטל עליו, הפרה כזו עשויה להצדיק חיוב בתשלום עונשי.[105]

5. *פערי כוחות הנובעים ממצוקה או חולשה גופנית, נפשית או שכלית*

12.32 חולשה יחסית של צד לחוזה ביחס למשנהו עשוייה לנבוע מליקוי גופני, נפשי או שכלי שממנו סובל הצד החלש.[106] ליקוי זה עשוי לשאת אופי קבוע, או לנבוע ממצוקה רגעית חולפת שאליה נקלע הצד החלש מסיבה כלשהי לאחר כריתת החוזה.[107] גם במצבים אלה נתון הצד החלש במובנים רבים לחסדיו של הצד החזק, ועובדה זו פותחת פתח לניצול לרעה של פערי הכוחות שבין הצדדים, העשוי להתבטא בהפרה מודעת של החוזה.

פדרלי תשלום עונשי בסך 50,000 דולר כנגד מזמין, שסרב ללא כל סיבה סבירה לשלם את שכרו של קבלן למרות שזה האחרון כמעט סיים את הקמת המבנה. ר׳: **Whitfield Construction Co. v. Commercial Development Corp.** 392 Supp. 982, 1007 (D.V.I. 1975). לדעתי, קיומם של פערי מומחיות אינו צריך להגביל את תחולת הדוקטרינה. עם זאת, הוא עשוי להגביר את האנטי-חברתיות שבהפרה. ר׳ בסעיף הבא.

102 זוהי דוגמה טיפוסית למצב שבו צפוייה להתעורר בעייה של התחמקות מהדין. לבעייה בכלליות ר׳ סע׳ 7.46 לעיל. לבעייה בהקשר החוזי ר׳ סע׳ 10.22 לעיל.

103 כך למשל, בעלי מקצועות חופשיים כגון רואה חשבון, עורך דין, רופא, קבלן, טכנאי מחשבים (ולעיתים אפילו חשמלאי, מכונאי רכב, שרברב, וכיו״ב) עלולים להתרשל במלאכתם במודע, מתוך ההנחה - הסבירה - שיקשה על הלקוח לאתר את התקלה, או לייחס להם את מקורה.

104 חשש זה גדול במיוחד בתביעות מורכבות שבהן בלא שירותים משפטיים של עורך דין הסיכוי להצליח בתביעה הוא קלוש, ובתביעות גדולות, המחייבות תשלום אגרות בשיעורים גבוהים. קיומם של בתי משפט לתביעות קטנות תורם רבות לצמצום בעייה כואבת זו, אולם אין בו משום פתרון כולל שלה.

105 דוגמה למצב שבו פערי כוחות כלכליים לצד מבנה לא-מודרג של עיסקה עמדו ביסוד ההחלטה לפסוק תשלום עונשי יש בפסק הדין בעניין ***Welborn*** (פסק הדין נזכר גם בסע׳ 5.20 לעיל). באותו מקרה קיבל הנושה לידיו בעלות במקרקעין של התובע על תנאי שיחזירנה לו לכשיפרע את חובו. לאחר מכן, תוך הפרה בוטה של החוזה, העביר הנושה את המקרקעין לאדם שלישי עוד בטרם הגיע זמן הפירעון. משביקש התובע לפרוע את חובו במועד, התעלם הנושה מתביעותיו והבהיר לו, כי לא יראה אגורה שחוקה מן הרווח שהפיק הנושה ממכירת החלקה. לדעתי, סביר להניח, שיחס מחפיר זה נבע מסברת הנושה כי החייב יקשה לנהל כנגדו הליך משפטי, בהינתן מצבו הכלכלי. בית המשפט העליון של דרום-קרולינה, בדעת רוב, קבע כי במקרה כזה פסיקת תשלום עונשי הינה מוצדקת ואפשרית על אף שמדובר בעילת תביעה חוזית, וזאת בשל ׳מעשה המרמה׳ שנלווה להפרת החוזה. ׳מעשה מרמה׳ זה אינו אלא הפרת החוזה שנעשתה לאחר שהחייב הפקיד את כל זכויותיו בנכס בידי הנושה, היינו, הפרה שנעשתה תוך ניצול לרעה של יחסי התלות והאמון המיוחדים שנוצרו כתוצאה ממבנה העיסקה, ומפער הכלכלי המשמעותי שבין הצדדים (נושה מול חייב שנאלץ למשכן את אדמתו).

106 לליקויים אלה ניתן להוסיף חוסר ניסיון. חוסר ניסיון עשוי לנבוע גם ממצב גופני או נפשי, מחוסר ידע, או מגילו הצעיר של הצד החלש.

107 קטגוריה זו מזכירה במידה רבה את עילת העושק, אולם היא רחבה ממנה. **ראשית**, כאן לא נדרש שהמצוקה תשבש את שיקול דעתו של הנפגע. **שנית**, אין צורך שהנפגע ייתן את הסכמתו לדרישות בלתי סבירות של המפר, אם כי במקרים רבים זו אכן תהיה התוצאה.

nevo.co.il

12.33 כמוסבר בפרק י', הפרת חוזה אופורטוניסטית איננה רק בלתי מוסרית, אלא גורמת נזק חברתי כבד בטווח הארוך.[108] ככלל, נראה לי שהפרת חוזה אופורטוניסטית המבוצעת בנסיבות שבהן קיימים יחסי תלות חד-סטריים משמעותיים בין הצדדים לחוזה היא התנהגות פסולה ואנטי-חברתית, שלחברה זכות מוסרית ואף חובה לפעול למיגורה. פסיקת תשלום עונשי בגין התנהגויות כאלה עשויה לאזן את פער הכוחות האמור בין הצד החלש לבין הצד החזק, וכך לצמצם את התמריץ לניצול לרעה של פערי כוחות חוזיים.[109]

לסיום הדיון בקבוצת שיקולים זו אבקש להדגיש שלוש נקודות חשובות. **ראשית**, לא כל הפרת חוזה המתבצעת במצב של פערי כוחות משמעותיים היא הפרה אופורטוניסטית או מחפירה. ייתכנו מצבים שבהם שימוש ביתרון כוח חוזי ייעשה מתוך אמונה בתום לב של צד לחוזה, ששימוש זה הוא לגיטימי והינו בגדר זכות חוזית שלו. במצבים אלה, גם אם בדיעבד יסתבר כי הפעולה חרגה מגדר המוסכם בחוזה או מגדר הלגיטימי, אין הצדקה לפסיקת תשלום עונשי, שכן התנאים המוקדמים לפסיקת תשלום עונשי לא נתקיימו. **שנית**, הניתוח דלעיל מלמד, **שניצול לרעה של פערי כוחות חוזיים עלול להתגלות למעשה בכל סוגי החוזים, ובכל הקשר חוזי, והבעייה איננה ייחודית לחוזים מסוג מסויים** כגון חוזי ביטוח או חוזי עבודה, שבהם מרבים לפסוק תשלום עונשי במדינות הים.[110] **שלישית**, יש לזכור, שתופעות של ניצול לרעה של פערי כוחות משמעותיים אינן ייחודיות לשלב החוזי דווקא. תופעות דומות עלולות להתרחש הן בשלב הבתר-חוזי,[111] הן בשלב הטרום-חוזי,[112] ואפילו בהקשרים חוץ-חוזיים.[113]

בסיכום, **פסיקת תשלום עונשי עשוייה להיות מתבקשת כאשר הפרת חוזה נעשתה תוך ניצול לרעה ביודעין של פער כוחות משמעותי בין המפר לבין הנפגע**.[114]

---

[108] ר' סע' 10.25 לעיל.

[109] כמוסבר בפרקים הקודמים, בעיות ההתחמקות מהדין ותת-הפיצוי גורמות לכך שכוחן המרתיע של סנקציות משפטיות מפצות הוא כמעט תמיד מוגבל ביותר. עם זאת, במצבים רבים המבנה המודרג של העיסקה והשוויון המקורב שבין הצדדים לחוזה מבטיח תמריץ כלכלי לבר-משפטי לקיים את החוזה. בהינתן פערי הכוחות המובנים מהסוגים שפורטו לעיל, שבה בעיית הרתעת החסר של המשטר התרופתי האזרחי ומתעוררת במלוא עוצמתה באופן המצדיק התערבות משפטית. ואמנם, מלומדים אמריקאיים רבים סבורים, שתפקיד הדוקטרינה בתחום החוזי הוא להתמודד עם החשש מניצול לרעה של פערי כוחות. ר' למשל המקורות הנ"ל בסע' 11.21(35), 11.22(37) וכן המקורות המצוטטים בהערה 114 להלן. עם זאת, קשה למצוא בדבריהם דיון שיטתי בגורמים השונים המאפשרים ניצול, או בשאלה מתי התנהגות מסויימת תיחשב כניצול המצדיק חיוב בתשלום עונשי. בפסיקה נזכר החשש מפני ניצול לרעה של חולשת הצד השני לחוזה כשיקול כללי רלבנטי לפסיקת תשלום עונשי (לאו דווקא בהקשר החוזי): **"The financial or other vulnerability of the plaintiff, and the consequent abuse of power by the defendant, is highly relevant where there is a power imbalance."** ***Whiten***, para. 114. אולם בדרך כלל נמנעה הפסיקה מלהכיר בכך שגם בין צדדים רגילים לחוזה "מסחרי" ייתכנו ביטויים תופעות חמורות של ניצול לרעה של פערי כוח. כך למשל, באותו פסק דין ממש שצוטט זה עתה, נאמר בהמשך הדברים: **"..militates *against* the award of punitive damages in most commercial situations, … ..the issue of vulnerability particularly where the cause of action is contractual…"** Id., 115. כפי שראינו, הנחה זו איננה עומדת במבחן הביקורת.

[110] ביקורת זו עומדת במרכז מאמרו של **Perlstein**, המצדד בהטלת סנקציות לבר-מפצות בכל מקרה של הפרה אופורטוניסטית, ללא הבחנה לפי סוג החוזה או סוג ההפרה. להצגת עמדה זו ר' סע' 11.29 לעיל.

[111] שם הן תבואנה בדרך כלל לידי ביטוי בניסיונות של צד לחוזה להתחמק מאחריות להפרה. ר' סע' 12.47 ואילך.

[112] שם הן תבואנה בדמות ניסיונות לשפר את תנאי החוזה (שכבר נכרת, או העתיד להיכרת) מתוך ציפייה שהצד החלש ייכנע ללחץ המופעל עליו (כפייה), ייעתר לעיסקה גרועה (עושק) או לא יצליח לזהות את החסרונות שבה (הטעייה).

[113] בהקשר הנזיקי, למשל, עלול המעוול לנצל לרעה את פערי הכוחות בינו לבין הנפגע או הנפגעים בכוח כדי לבצע עוולה אופורטוניסטית, או כדי לחמוק מאחריות לאחר שכבר בוצעה.

[114] זאת, כמובן, בכפוף להתקיימות כל התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה, ולהתחשבות ביתר השיקולים הרלבנטיים. על החשש מניצול לרעה של יחסי תלות בין צדדים לחוזה, ועל תפקידה של הדוקטרינה בריסון תופעה זו, בפרט בשלב החוזי, עמדו מלומדים ושופטים רבים בקנדה ובארצות הברית. ר' למשל: **"Not only must the law not sanction the deliberate and callous disregard by the powerful of the weaker person's rights, the law must do what it can to ensure, by whatever means are at its disposal ... that the legal rights of a citizen are protected from the tyranny of another. Many cases have said that exemplary damages must not merely amount to a licence fee or to a reasonable cost or expense of doing business. It is my opinion that in proper cases damages should act as a deterrent to deter the powerful from** subjugating the weaker **to their business interests." Nantel v. Parisien et al.** (1981) 18 C.C.L.T. 79, 89 (Galligan, J.) cited in ***Brown***, 65 (Linden, J.); **"Discouraging abuse of power is particularly appropriate at the performance stage, where the contract may be essential to the personal**

nevo.co.il

ט. קבוצת השיקולים החמישית: התייחסות המפר אל הנפגע לפני ההפרה[115]

1. *הודעה מוקדמת על הכוונה שלא לקיים את החוזה - שיקול לקולא*

12.34 לדעתי, התנהגות המפר לפני ההפרה היא נתון רלבנטי נוסף שהינו בעל חשיבות רבה, שעה שבית המשפט מבקש להעריך את דרגת האנטי-חברתיות שבהפרה פלונית.[116] התנהגות אנושית מצד המפר כלפי הנפגע טרם ההפרה עשוייה להפחית במידה משמעותית הן את חוסר המוסריות שבהפרה (מישור ההוגנות) והן את נזקה החברתי (מישור התועלת). במקרים רבים הודעה מוקדמת בדבר ההפרה הצפוייה שוללת מההפרה את אופייה האופורטוניסטי. חשיפת הכוונה שלא לקיים את החוזה מאפשרת לנפגע להיערך מבעוד מועד לאפשרות שהחוזה יופר, מנטרלת במידה רבה את בעיית ההתחמקות מהדין, ומאפשרת למפר לפעול מראש למיזעור נזקי ההפרה.[117] בכך מוציאה ההודעה המוקדמת חלק גדול מה"עוקץ" שבהפרה, שכן היא חושפת את המפר - מרצונו הטוב - לפעולה הגנתית יעילה - כלכלית או משפטית - מצידו של הנפגע.[118] הודעה מוקדמת היא אפוא דוגמה מובהקת להתנהגות בתום לב.[119] התנהגות כזו, גם כשבעקבותיה באה הפרה מודעת וחסרת צידוק משפטי של החוזה, ממתנת במידה משמעותית את חומרת ההפרה ועשויה ליטול ממנה את "מחפירותה", בפרט כשנצטרפו אליה נסיבות מקילות נוספות.[120]

2. *הצעת פשרה כנה וסבירה - הגנה מוחלטת מפני חיוב בתשלום עונשי*

12.35 לדעתי, הצעת פשרה כנה וסבירה מאת המפר המופנית אל הנפגע טרם ההפרה במטרה לקבל את הסכמתו לשחרור המפר מחובתו לקיים את החוזה ראוי שתשמש כשיקול מרכזי בהקשר דנן.[121] לדעתי, **הצעה כזו ראוי שתוכר כמקימה הגנה מוחלטת למפר החוזה מפני חיוב בתשלום עונשי בגין ההפרה.** אבהיר את עמדתי.

במונח הצעת פשרה "סבירה" כוונתי להצעה, המביאה בחשבון באופן מלא את האינטרס החוזי של הצד השני בקיום החוזה, והמביעה נכונות לפצותו על מלוא השווי הסובייקטיבי של קיום החוזה עבורו.[122] כאשר הצעה כזו

---

or business interests of a party who does in fact become dependent on the other's performance." Cavico, 443; **"..punitive award by courts (or settlement negotiated in the shadow of such awards) often target the dominant party in the original transaction or relationship, often an organization rather than an individual." Galanter**, 774; **"The judiciary is not justified in interfering with the business world to the extent of punitive damages merely to prevent the normal jockeying that occurs. It is only** [justified]**.. ..when someone is "picking of a little guy" who lacks the power to protect himself in the ordinary ways (tipically a consumer).." Miner**, 688. עמדה דומה הביע המלומד הקנדי Feldthusen (שדבריו מובאים בהערה 59 לעיל) שסבר כי ניצול לרעה של פער כוחות הוא הקטגוריה היחידה שבמסגרתה ראוי להחיל הדוקטרינה בתחום החוזי.

115 בתפקיד הכלכלי הנודע לשיקול זה דנתי בקצרה בסע' 7.78 לעיל.

116 שיקול זה לא זכה, למיטב ידיעתי, להתייחסות ישירה בפסיקה או בספרות.

117 הודעה כאמור גם פותחת פתח למשא ומתן בין הצדדים להשתחררות מהחוזה בתמורת לפיצוי מוסכם או תחליף קיום אחר. אמנם, לא תמיד יהא בכוחו של המפר בכוח לקנות את הסכמתו של הנפגע בכוח לשחררו מקיום החוזה. עם זאת, במרבית המקרים שבהם אי קיום החוזה יעיל יותר מאשר קיומו (מצבי ה"הפרה היעילה") ניתן לשער שהצדדים אכן יגיעו להבנה, שכן הדבר הוא באינטרס המשותף של שניהם. זהו, כזכור, הבסיס למודל של Dodge, ולמודל הכלכלי של אלה התומכים בפסיקת תשלום עונשי בגין הפרות אופורטוניסטיות (סע' 11.29, 11.30 לעיל). אוסיף, שבראייה תועלתנית-כללית הודעה מוקדמת כאמור היא מבורכת לא רק מאחר שהיא מקטינה את נזקיו של הנפגע, אלא בעיקר משום שהיא מצמצמת במידה ניכרת את הנזקים החברתיים העקיפים וארוכי הטווח שבהפרה (נזקי החרדה, חוסר האמון, הנוצרים בציבור עקב החשש מהתנהגות אופורטוניסטית).

118 הנפגע מהפרה צפוייה זכאי לתבוע ולהפעיל סעדים עוד בטרם הופר החוזה, ובכך עשוי לנטרל כמעט לחלוטין את נזקיה, לפחות באופן תיאורטי. ר' סע' 17 לחוק התרופות. הפרה צפוייה מתקיימת כאשר המפר מגלה את דעתו כי לא יקיים את החוזה או שהדבר עולה מנסיבות העניין.

119 ר' למשל עניין ***שירותי תחבורה***, שם נקבע כי השבתת חברת אוטובוסים עירונית על ידי עובדיה הנעשית בלא התראה זמן סביר מראש מהווה קיום שלא בתום לב של החוזה. כמובהר להלן, שונה המצב כאשר ההודעה לא נועדה אלא "לצאת ידי חובה", וכאשר אין היא משפרת באופן משמעותי את יכולת ההתגוננות של הנפגע מפני ההפרה ותוצאותיה.

120 ברם חשוב להדגיש, שלא כל הודעה מוקדמת תשלול בהכרח את תחולת הדוקטרינה. כך יהיה, כאשר ההודעה ניתנה "ברגע האחרון" כדי לצאת ידי חובה ושלא מתוך כוונה כנה לקנות את הסכמתו של הנפגע לשחרור מוסכם מקיום החוזה, או לפחות לאפשר לו להיערך לקראתה. הודעה כזו היא פעולה שלא בדרך מקובלת ושלא בתום לב, ולפיכך לא יהא בה כדי לשמש שיקול לקולא. במקרה כזה התנהגות המפר, אף שהיא עשוייה להקל על הנפגע להיערך לקראת ההפרה, אינה מפחיתה באופן משמעותי מחומרתה החברתית של ההפרה, ולפיכך לא יהיה בה משום שיקול משמעותי לקולא.

121 לעניין זה ר' גם סע' 7.78 לעיל, וכן סע' 11.31 לעיל (בהקשר החוזי).

nevo.co.il

מוצעת בתום לב ומתוך כוונה רצינית לעמוד בה ("הצעה כנה") היא מהווה אינדיקציה חזקה לכך שהפרת החוזה המתוכננת היא אכן יעילה.[123] הצעה כזו מעידה על כך שהמפר בכוח מייחס למשאב או לזכות החוזית שבידי הנפגע בכוח ערך גבוה מזה שמייחס להם הנפגע עצמו. במצב כזה קיימת לכאורה הצדקה להעברת המשאב מידי ה"נפגע" לידי ה"מפר". הצעת פשרה סבירה פותחת פתח להעברה מוסכמת כזו בעלות נמוכה יחסית (כל שנדרש הוא כי הנפגע בכוח יסכים להצעה) ולכן הינה צעד ראוי לשבח.

אמנם, מאחר שלעיתים קרובות קשה להעריך את השווי הסובייקטיבי של קיום החוזה לנפגע בכוח, עשויות להתגלות מחלוקות בין המפר לנפגע בכוח, ואלו עלולות להכשיל העברה מוסכמת של המשאב החוזי הנדון. עם זאת, כל עוד ההצעה הוכחה ככנה וסבירה, אין בעובדה שהנפגע בכוח סרב לקבלה כדי לשנות מהעובדה, שאין מדובר בהפרה אופורטוניסטית, ולפיכך אין מקום לפסוק בגינה תשלום עונשי.[124] לעומת זאת, בהעדר הצעת פשרה כנה וסבירה קמה חזקה (הניתנת לסתירה)[125] כי ההפרה המודעת היתה אופורטוניסטית, והדבר פותח פתח לתחולתה האפשרית של הדוקטרינה, בהצטרף נסיבות מחמירות אחרות.

ההכרה במבחן העזר המוצע כאן היא לדעתי בעלת ערך רב מבחינת תרומתה להפעלתה התקינה של הדוקטרינה. **ראשית**, העדרה של הצעת פשרה כנה וסבירה מהווה שיקול מרכזי התומך בפסיקת תשלום עונשי. **שנית**, ואולי אף חשוב מכך, קיומה של הצעת פשרה צריך לדעתי להקים הגנה מוחלטת בפני החלת הדוקטרינה. בכך מגביר מבחן העזר המוצע באופן משמעותי את הוודאות המשפטית, וכך משפר הן את מידת ההוגנות והן את מידת האפקטיביות שבהפעלת הדוקטרינה בתחום החוזי.[126]

<u>י. "הפרה מחפירה" לעומת "התנהגות מחפירה" - השיקולים הרלבנטיים</u>

12.36 עד כה התמקד הדיון בניסיון להצביע על מאפייניה של הפרת החוזה המחפירה מתוך הנחה שהפרת חוזה בודדה עשויה להקים יסוד לחיוב המפר בתשלום עונשי. אולם כזכור, התשלום העונשי איננו נפסק בגין **הפרה** מחפירה (של חיוב חוזי, נזיקי או אחר) אלא בגין **התנהגות** מחפירה. הבחינה היא לעולם בחינה כוללת של התנהגות המפר לאורך הסכסוך כולו, מראשיתו ועד למתן פסק הדין.[127] במילים אחרות, הפרה הנראית במבט ראשון כ"מחפירה" עשויה שלא להצדיק חיוב בתשלום עונשי בשל נסיבות מקילות שהתרחשו לפניה או אחריה. ולהיפך: הפרה שאינה נראית כשלעצמה חמורה דיה כדי להצדיק את התואר "מחפירה" עשויה להצטרף להתנהגויות פסולות שארעו לפניה או אחריה, ויחד עימן להביא לחיובו של המפר בתשלום עונשי.

---

122 לדעתי, שיקול מנחה חשוב ומרכזי העשוי לסייע לבתי המשפט בבחינת סבירות ההצעה הוא סוג האינטרס המוגן על ידי המשאב החוזי. בעוד שהצעה לרכוש בכסף אינטרס רכושי טהור עשוייה להיות סבירה, אך מובן הוא, שהצעה לרכוש אינטרס בעל אופי אישי טהור (כגון הצעה לוותר על אינטרס גופני, בריאות, חירות, כבוד, וכו') תיחשב במרבית המקרים כ"לעג לרש" ולכן גם כהצעה בלתי סבירה בעליל. כאשר האינטרס מעורב באופיו - ונראה שאלו מרבית המקרים - על ההצעה להביא לידי ביטוי את הצורך בתיקון ההיבט הרכושי וההיבט האישי גם יחד, על מנת שתיחשב "כנה וסבירה".

123 אני מניח כאן שהצעת פשרה סבירה איננה כרוכה בהתנהגות אסטרטגית בזבזנית מבחינת המפר. התנהגות כזו מצידו צפוייה לשלול את יסוד ה"כנות" או ה"סבירות" מהצעתו.

124 סרוב הנפגע להצעת פשרה סבירה וכנה עלול אף להיתפס כהתנהגות אסטרטגית העולה כדי חוסר תום לב בקיום החוזה. כאשר התנהגות כזו הביאה להכשלת עיסקה יעילה, הדבר עשוי להיחשב כ"אשם תורם" מצידו של הנפגע המצדיק הן את הפחתת אחריות המפר לנזקי ההפרה, והן מתן פטור למפר מחיוב בתשלום עונשי. לדעתי ראוי לעגן במפורש את השיקול של התנהגות הנפגע כשיקול רלבנטי לצורך ההכרעה בשאלה אם לפסוק תשלום עונשי. ר' סע' 4(ז) להצעת החקיקה.

125 למשל, במקרים של "צורך" דחוף בהפרת החוזה.

126 מבחן עזר זה ניתן ליישום - בשינויים המחוייבים - גם בהקשר הנזיקי, אולם דיון נרחב בכך חורג מחיבורנו. אסתפק בהערה, כי בהקשרים נזיקיים רבים המזיק והניזוק אינם מכירים זה את זה לפני קרות העוולה, ולפיכך קשה לתבוע מהמזיק (לפחות בחלק גדול מהמקרים) לפנות בהצעת פשרה אל הניזוק בטרם ביצוע העוולה. במקרים שבהם יצירת קשר מוקדם עם הניזוק בכוח היא אפשרית ופשוטה, נראה שיש לראות בהעדרה שיקול לחומרא, ובקיומה הגנה מוחלטת מפני חיוב בתשלום עונשי, ממש כמו בהקשר החוזי.

127 כפי שכבר הערתי במקום אחר, במקרים שבהם נפסקים תשלומים עונשיים נעשה הדבר כמעט תמיד על יסוד דפוס התנהגות פסול של הנתבע, להבדיל מארוע חד-פעמי שבו נהג הנתבע בתובע באופן פסול ומקומם. דפוס התנהגות זה משמש מבחן עזר חשוב, שכן יש בו כדי לסלק את החשש מפני טעות שיפוטית בהערכת טיבה של ההתנהגות. ר' סע' 7.77 לעיל.

nevo.co.il

מהם אפוא השיקולים הרלבנטיים לעניין השאלה, אם התנהגותו הכוללת של מי שהפר חוזה "הפרה מחפירה" תיחשב "התנהגות מחפירה"? איתורם של שיקולים אלה היא מטרת הדיון שלהלן.[128]

1. דפוס התנהגות פסול לעומת כשל התנהגותי חד-פעמי

12.37 בפרק ז' עמדתי על כך שדפוס התנהגותו הכולל של הנתבע מהווה מבחן עזר בידי הפסיקה, על מנת לקבוע אם הפרה מודעת של חיוב מצידו מצדיקה חיוב בתשלום עונשי.[129] מבחן עזר זה ישים ורלבנטי גם בהקשר החוזי. אך טבעי ומובן הוא, שהפרת חוזה חד-פעמית, ואפילו מחפירה ומקוממת, איננה חמור כדפוס התנהגות המתבטא ברצף של הפרות חמורות, או בהפרה חמורה הנמשכת לאורך זמן. דפוס כזה מלמד על מסוכנותו של המפר ועל העובדה המוכחת שסנקציות לבר-משפטיות ומשפטיות סטנדרטיות אינן בגדר תמריץ מספק כדי להשפיע על התנהגותו.[130] באותה מידה, אין דינו של מפר שביצע הפרה מחפירה, אך התנצל לאחר מכן והביע נכונות לפצות את הנפגע על נזקיה, כדינו של מפר שלאחר הפירו באורח מחפיר את החוזה ממשיך בעזות מצח להתכחש לאחריותו, ובכך מוסיף "חטא על פשע".[131] דפוס התנהגות פסול מעין זה, הקודם להפרת החוזה או נמשך לאחריה, מהווה ללא ספק שיקול מרכזי לחומרא, העשוי להפוך את התנהגותו של המפר למחפירה גם אם הפרת החוזה כשלעצמה אינה משקפת סטייה מספקת מסטנדרט ההתנהגות הסביר.[132] בה במידה דפוס התנהגות אנושי - לפני ואחרי הפרה הנראית מחפירה כשהיא לעצמה - יש בו כדי להפחית, לעיתים במידה משמעותית, את דרגת האנטי-חברתיות שתיוחס להתנהגות המפר כשהיא נבחנת כמכלול.

2. התנצלות או הבעת חרטה כנה לאחר ההפרה

12.38 הבעת חרטה או התנצלות בפני הנפגע על ההפרה, כשהיא נעשית בכנות, עשוייה להפחית במידה רבה את הצורך בתגובה עונשית חריפה על הפרת חוזה, גם כאשר זו בפני עצמה היתה חמורה ומקוממת.[133] פעולה אנושית כזו מלמדת על איכות מוסרית של המפר, ולפיכך (כמו בהקשרים אחרים) היא מפחיתה הן את הצורך בענישה גמולית ובחינוך של המפר, הן את הצורך בריצוי רגשות הזעם של הנפגע,[134] והן את הצורך בהרתעה פרטית שלו.[135] בד בבד היא שוללת, או לפחות מקשה על האפשרות לקבוע ממצא בדבר קיומו של "דפוס התנהגות פסול", שהוא כאמור מבחן עזר חשוב בהקשר דנן.

---

128 גם בנזיקין, מעשה עוולה בודד, ואפילו חמור ומקומם ("מחפיר") עשוי שלא להצדיק חיוב בתשלום עונשי, אם התנהגותו של המעוול לפני ואחרי העוולה מפחיתה ממידת האנטי-חברתיות הכוללת של התנהגותו. הדיון בסעיפים שלהלן, כמו בסעיפים הקודמים, רלבנטי אפוא גם להקשרים חוץ-חוזיים.

129 ר' סע' 7.77 לעיל.

130 הוא הדין בהפרת חוזה מחפירה, שקדמו לה או באו בעקבותיה מעשי עוולה בנזיקין, או הפרות אחרות של חובת תום הלב ביחסים החוזיים או הטרום-חוזיים.

131 ודוקו: ההתנהגויות השליליות המרכיבות את דפוס ההתנהגות הפסול (שלפני או אחרי ההפרה) אינן חייבות להקים, כל אחת כשלעצמה, עילת תביעה אזרחית נפרדת, כדי להשפיע על ההערכה הכוללת של בית המשפט כלפי התנהגותו של המפר. אולם למעשה, במרבית המקרים התנהגויות פסולות ופוגעניות בשלב החוזי יצמיחו עילות תביעה נפרדות, שכן ניתן לפרשן ללא קושי כהפרה של חיוב חוזי משתמע, או לחלופין כהפרה של חובת תום הלב בקיום החוזה. זהו הדין, למשל, בהתכחשות לאחריות חוזית (בסמוך לאחר ההפרה או במסגרת ההליך המשפטי הבא לאחריה). תובנה זו מאפשרת להבין, שכמעט כל מעשה שהוא בלתי מוסרי ובלתי הגון במידה משמעותית ניתן לניסוח גם כמעשה "בלתי חוקי" או "שלא כדין", בפרט בשיטת משפט המכירה בחובה כללית של תום לב. למעשה, מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים ניתן להשיג תוצאה דומה גם מחוץ לתחום החוזי באמצעות החלת עקרון תום הלב ביחסים שאינם חוזיים.

132 לעיתים, כשבוחנים כל הפרה מהפרות החוזה בנפרד, מתקבל הרושם, כי אף אחת מהן אינה מחפירה, ולפיכך לכאורה אין צידוק להפעלת הדוקטרינה. אולם לעיתים הנקיטה בדרך זו של רצף מתמשך של הפרות קטנות נעשית במודע ובאופן מתוכנן על ידי המפר כדי מחד גיסא להתיש את הנפגע, ומאידך גיסא להימנע מהיחשפות לסנקציות משפטיות (העובדה שכל הפרה היא קטנה עשוייה להקשות על הנפגע לבסס עילת תביעה כנגד המפר בגין הפרותיו אלה, ובכך להגדיל את סיכוייו של המפר לחמוק מאחריות - לא רק לתשלום עונשי אלא גם לסעדים רגילים כגון אכיפה ופיצויים). נקיטה בדרך ערמומית כזו היא ללא ספק דפוס התנהגות אנטי-חברתי. דפוס כזה מחייב תגובה עונשית חריפה, שבמקרה הטיפוסי אין בסנקציה האזרחית הרגילה כדי לבטאה.

133 שיקול זה הוכר במפורש בפסיקה הישראלית. ר' למשל דברי השופט ברק בע"א 354/76 **עזבון מנדל שרף נגד שרותי יעוץ כלכלי**, פ"ד לה (4) 169, 175-6: "**המקרה שלפנינו אינו מצדיק הטלת פיצויים עונשיים, שכן הנתבעים פעלו שלא מתוך זדון, ואף הביעו חרטה כנה על פעולתם..**"

134 שכן אלה זכו לריצוי מסויים מעצם העובדה שהמפר הכיר בעוול שגרם, והתנצל על כך.

135 עם זאת, הצורך בהרתעה כללית עשוי במקרים מסויימים לגבור על שיקולים עונשיים אלה.

nevo.co.il

12.39 חרטה או התנצלות הינן בעלות משקל רב הרבה יותר, כשבצידן מעשה התומך בהן ומאשש את כנותן ורצינותן. דוגמה מובהקת למעשה כזה היא פעולה של המפר לתיקון נזקי ההפרה המחפירה או לפיצוי עליהם (או לפחות הצעה כנה לעשות זאת). התנהגות אנושית מעין זו, כקודמתה, מפחיתה במידה משמעותית את הצורך בענישה, ועשויה לשלול "דפוס התנהגות פסול", וכך לשלול מסקנה בדבר קיומה של "התנהגות מחפירה".

III. קטגוריות נוספות של התנהגות מחפירה בשלב החוזי

א. "הפרה מחפירה" מול קטגוריות אחרות של "התנהגות מחפירה" בשלב החוזי

12.40 עד כה התמקד הדיון בהפרות מחפירות של חוזים, היינו, במעשים פוגעניים הנתפסים כפסולים בשל היותם מנוגדים להסכמתם החוזית המחייבת של הצדדים - המפורשת או המשתמעת. בתת-חלק זה בכוונתי לדון בקצרה במספר גילויים טיפוסיים של התנהגות אנטי-חברתית, שהפסול שבהם טבוע בעצם מהותם השלילית, ואיננו נובע מהיותם מנוגדים להסכמת הצדדים. כפי שיובהר להלן, לדעתי, ביטויים אלה עשויים להצדיק חיוב בתשלום עונשי בין אם הם מתלווים להפרה מחפירה של החוזה ובין אם לאו, ואפילו בהעדר הפרה כלשהי של החוזה.[136] מבחינת סיווגן המשפטי, קטגוריות אלה דומות אפוא לקטגוריות ההתנהגות המחפירה האופייניות לשלב הטרום-חוזי, שאף הן אינן מבוססות על הפרת חוזה.[137] זאת ועוד, כפי שיובהר מייד, גם מבחינה מהותית מרביתן אינן אלא גלגול בשלב החוזי של קטגוריות ההתנהגות המחפירה האופייניות לשלב הטרום-חוזי.

ב. התעמרות בצד השני לחוזה

12.41 התעמרות ניתן להגדיר כמעשה או מחדל הנעשה מתוך כוונה ורצון לגרום סבל לזולת, והגורם בפועל סבל כזה ללא הצדקה חוקית או מוסרית.[138] מעשה התעמרות יכול להיות מכוון כלפי אינטרס אישי של אדם (גופו, חירותו, כבודו, וכיו"ב) או כלפי אינטרס רכושי (נכס, כסף, זכות אחרת בעלת שווי כלכלי). למעשי התעמרות מגוון רחב של מניעים אפשריים: החל מרצון לחמוד לצון הלובש צורה מכוערת של התעללות בזולת, עבור בכוונה להתנקם באדם על מעשה שעשה או אמירה שאמר, וכלה בהתעמרות מחושבת שנועדה לגרור את הזולת לפעולה או לתגובה מסויימת שהמתעמר מצפה להפיק ממנה תועלת ישירה או עקיפה. מעשי התעמרות הם דוגמה מובהקת להתנהגות אנטי-

---

136 ניתן לראות, שאני מניח כאן, שבשלב החוזי ניתן להבחין בין פעולות פוגעניות ובלתי מוסריות שהן מנוגדות לחוזה, ולפיכך מהוות הפרת חוזה, לבין פעולות כאלה שאינן מנוגדות לו. ברמה מסויימת הבחנה כזו היא מוקשית, שכן כל פעולה פוגענית בתחום החוזי ניתן לפרש ללא קושי כהפרה של חיוב חוזי משתמע להימנע ממנה. יחד עם זאת, לדעתי, ברמה אחרת יש בהבחנה זו ממש. במקרים מסויימים הקביעה שפגיעה פוגענית נתונה מנוגדת לרצונם המשותף האקטואלי של הצדדים, היא במידה רבה פקטיבית. במצבים אלה, שבהם אדון בסעיפים הבאים, הטעם האמיתי לראיית הפעולה הפוגענית כפסולה ומנוגדת לדין איננו נעוץ בעובדה שהצדדים הסכימו (במפורש או במשתמע) להימנע מההתנהגות, אלא בעובדה שהדין רואה אותה באור כזה, ומייחס ראייה כזו גם לצדדים לחוזה "מכללא", בלא כל קשר לרצונם האמיתי. במקרה כזה ההתנהגות הפוגענית מפירה למעשה "חיוב המשתמע מהדין" להבדיל מ"חיוב המשתמע מהעובדות" (ההבחנה נזכרת גם בסע' 5.13(51) לעיל). למעשה, גם את חיובי תום הלב וגם את החיובים הנזיקיים החלים על הצדדים בשלב הטרום-חוזי ניתן להגדיר כחיובים חוזיים משתמעים, אך גם כאן הדבר כרוך בהחדרת מימד של פקטיביות לשיח המשפטי.

137 כזכור, גם בשלב הטרום-חוזי הבסיס המשפטי שעליו נשען החיוב בתשלום עונשי איננו בהפרת חיוב חוזי, אלא בהפרת חיוב נזיקי או חיוב תום לב. סע' 12.04, 12.05 לעיל.

138 'התעמרות' או 'עימור' מוגדרים במילון אבן-שושן כהתעללות, התאכזרות או התנהגות בגסות. הדרישה לחוסר מוסריות או אי-חוקיות נראית חיונית, שכן בלעדי סייג זה כל סנקציה משפטית, או כל תגובה אנושית טבעית לפגיעה תוקפנית (גם תגובה מוצדקת ומוסרית) היתה נופלת לגדר "התעמרות". כעולה מההגדרה, לצורך התעמרות אין די במודעות לסבל הנגרם, ויש צורך ברצון לגורמו. יש להדגיש, שגרימת הסבל אינה חייבת להיות תכלית סופית של המתעמר, ואף לא תכליתו העיקרית. כך למשל, אדם יכול להתעמר בזולתו על מנת לשאת חן בעיני אדם שלישי או כאמצעי לחץ לקבלת הסכמה או ויתור של התובע על זכויותיו, מתוך חשש מתגובתו של אדם אחר, או מכל טעם אחר (למעט, אולי, כשגרימת הסבל נעשית לטובתו של הסובל). כל אלה אינם גורעים מטיבו של המעשה כהתעמרות. מעניין לציין, שבטיוטת הקודקס האזרחי הישראלי החדש מופיעה כיום הצעה לעגן בחוק סמכות לפסוק "פיצויים שאינם תלויים בנזק" במקרה של הפרה זדונית של חיוב. ייתכן כי הכוונה להכרה מוגבלת בסמכות לפסוק תשלום עונשי, אך הדבר אינו נקי מספק (ייתכן כי מדובר בפיצויים מוגברים).

nevo.co.il

חברתית המצדיקה תגובה עונשית משמעותית.[139] מעשי התעמרות מהווים במקרים רבים עבירה פלילית ממש, בפרט כאשר הנזק הוא נזק לגוף או לרכוש.[140] עם זאת, בשל בעיית תת-האכיפה במשפט הפלילי, ובשל ההגנה המוגבלת של המשפט הפלילי על אינטרסים כלכליים ונפשיים, מעשי התעמרות רבים אינם זוכים לתגובה עונשית הולמת על ידי שיטת המשפט.[141] הכרה באפשרות לפסוק תשלום עונשי על בסיס עילת תביעה אזרחית מהווה אפוא דוגמה מובהקת לתרומתה החיונית של הדוקטרינה לשמירה על שלטון החוק ועל חירות הפרט.

אמנם, כיתר ההתנהגויות שיידונו בסעיפים הבאים, מעשי התעמרות אינם ייחודיים להקשר החוזי דווקא, ועשויים להתגלות גם בהעדר חוזה בין הצדדים.[142] עם זאת, בשלב החוזי הפוטנציאל להתעמרות הוא משמעותי בשל האופי המתמשך של מערכות יחסים חוזיות. כאשר בשל קרע או סכסוך הגולש לפסים אישיים הופכים היחסים בין הצדדים לחוזה לעכורים במיוחד, משמש הדבר כר פורה למעשי התעמרות, בפרט של הצד החזק כלפי הצד הנחות ממנו. במקרים אלה, בין אם ניתן לנסח עילת תביעה נזיקית ובין אם לאו, יש מקום לפסיקת תשלום עונשי כנגד המתעמר בשל הפרה מחפירה של חובת תום הלב בקיום החוזה.[143]

---

139 הדברים נכונים במיוחד כאשר מעשה ההתעמרות מכוון כלפי אדם המצוי בעמדה של חולשה (גופנית, שכלית, כלכלית, או אחרת) כלפי המתעמר. אכן, הניסיון מלמד, שמעשי התעמרות מכוונים במרבית המקרים כלפי חלשים, ככל הנראה בשל הנחת המתעמר, כי אדם חלש יתקשה לייצר תגובה אפקטיבית כלפי המתעמר.

140 כאשר הנתבע גורם נזק לנכס של התובע, נראה כי יתקיימו יסודותיה של עבירת ה"היזק בזדון", הקבועה בסעיף 452 לחוק העונשין. פרשנות מרחיבה למושג "נכס" היתה מאפשרת להחיל עבירה זו גם על גרימת נזק לאינטרסים כלכליים מסחריים, אולם לדעתי עקרון הפרשנות המצמצמת בפלילים, הקבוע כיום במפורש בסע' 34כא לחוק העונשין מונע תוצאה זו (**בחוק הפרשנות, תשמ"א-1981**, וב**פקודת הפרשנות [נוסח חדש]** אין למצוא הגדרה של המושג "נכס"). עבירה רלבנטית נוספת קבועה בסע' 368ג לחוק העונשין, האוסר על התעללות בקטין או בחסר ישע. המושג "התעללות" כולל התעללות גופנית, נפשית או מינית. עם זאת, תחולת האיסור מעצם הגדרתו היא מצומצמת (חסר ישע מוגדר בסע' 368א כמי שאינו יכול לדאוג למחייתו, בריאותו או שלומו).

141 יחסי שכנות רעועים הם דוגמה טיפוסית אחת למערכות יחסים המהוות כר פורה למעשי התעמרות. ארועים "קטנים" של השלכת פסולת במדרגות, הקמת רעש מכוונת, הטחת עלבונות, קללות וגידופים, הטרדות טלפוניות, מניעת הנאה מרכוש משותף, הן רק מקצת הדוגמות שניתן להביא בהקשר זה. הקשר אחר הוא מעשי התגרות המתגלים מעת לעת על הכביש בין נהגים, הכרוכים פעמים רבות בסיכון ממשי לחיי אדם. גם בין קרובי משפחה עלולים להתגלות מעשי איבה והתעמרות, הגובלים לעיתים באלימות מילולית ואף פיזית. התנהגויות אלה אינן בדרך כלל מושא להליכים פליליים, ובחלק גדול מהמקרים שבהם מוגשות תלונות, אין מוגשים כתבי אישום כנגד המתעמרים. פעמים רבות נסגרים תיקים בנושאים אלה בעילה של "העדר עניין לציבור", כאשר השיקול האמיתי מאחורי הסגירה נובע למעשה מן העומס הרב המוטל על מערכת האכיפה הפלילית, שאינו מאפשר לה לאכוף כהלכה את האיסורים הפליליים הרלבנטיים. לדיון נרחב במגבלותיה של מערכת האכיפה הפלילית ר' סע' 8.18 ואילך.

142 מעשי התעמרות כהגדרתם כאן עשויים להשתבץ למגוון רחב של עוולות נזיקין (גזל, תקיפה, רשלנות, לשון הרע, הסגתגבול, נגישה, וכיו"ב). השאלה איזו עוולה תקום בנסיבות המקרה הקונקרטי הנדון תלוייה ביסוד בצורה שלבש מעשה ההתעמרות ובאופי הנזק שגרם. נראה, שמעשה התעמרות עשוי להקים גם אחריות בעוולת הרשלנות אפילו כאשר הנזק הוא כלכלי טהור או לא-ממוני טהור, שכן היסוד הנפשי המחמיר עשוי להקל על קביעת קיומה של "קירבה". לעניין זה ר' סע' 11.44(139) לעיל. באורח תיאורטי מעשי התעמרות עלולים להתגלות גם בשלב הטרום-חוזי, אולם בפועל נראה שמעשים כאלה צפויים להכשיל את המשא ומתן בעודו באיבו, ולפיכך יהיו נדירים יחסית. מסיבה זו לא ראיתי לנכון לדון בקטגוריה זו באופן נפרד בחלקו הראשון של הפרק.

143 דוגמה לעוול שהגבלת תחולת הדוקטרינה עלולה לגרום בהקשר זה ניתן להביא מהפסיקה האנגלית. בעניין ***Kenny*** התעמר הנתבע באלמנה זקנה שלה השכיר דירת מגורים, איים עליה שיזרוק אותה ואת רכושה לרחוב, שלח לה אין ספור מכתבי הפחדה, ואף איים עליה בצעקות, כל זאת על מנת לשכנעה לעזוב את המושכר, ותוך התעלמות מוחלטת מטענותיה בעניין זכותה להמשיך ולהתגורר במקום. דוגמה דומה מצויה בפסק הדין ***Perara***. בשני מקרים אלה סרב בית המשפט לפסוק תשלום עונשי למרות סלידתו מהתנהגות הנתבעים, בשל העובדה שהמעשה לא הקים עילה בנזיקין (הקושי במשפט האנגלי חמור במיוחד בשל העדר ההכרה ברשלנות כעילה לפסיקת תשלום עונשי). קטגוריה טיפוסית חוזית אחרת שבה התעוררה בעייה דומה היא זו של התעמרות מעבידים בעובדיהם. בפסיקה הקנדית מרבית פסקי הדין שעסקו בסוגיית התשלום העונשי נסבו על התנהגויות מחפירות של מעבידים כלפי עובדיהם. כך למשל, בפסק הדין המנחה בעניין ***Vorvis*** ייחס בית המשפט למעביד התנהגות מבזה ומשפילה כלפי עובד מסור במשך תקופה ארוכה לפני שאותו עובד פוטר שלא כדין. התנהגות זו גרמה לעובד עגמת נפש ניכרת. דעת הרוב בפסק הדין היתה כי מעשי ההתעמרות לא הקימו עילת תביעה עצמאית (actionable wrong) בנפרד מהפרת החוזה, וכי משום כך לא ניתן להעניש את המעביד (ר' סע' 4.18 לעיל). דעת המיעוט היתה כי הדבר אינו נדרש, וכי **"Undoubtedly some conduct found to be deserving of punishment will constitute an actionable wrong but other conduct might not."** ***Vorvis***, 224, Wilson, J. לדעתי, המחלוקת בין השופטים היא במידה רבה מדומה, מאחר שאין ספק כי בהתנהגות מבזה ומשפילה הקשורה לחוזה ניתן לראות הן הפרה של חובת הזהירות ברשלנות, הן הפרה משתמעת של החוזה, והן הפרה של חובת תום הלב בקיומו (חובה המוכרת גם בקנדה, ושהפרתה שימשה בסיס לפסיקת תשלום עונשי בפסק הדין המנחה בעניין ***Whiten***). דומה שכך היה ראוי לפסוק גם בעניין ***Addis*** שנסב על פיטורין משפילים ושלא כדין של עובד, ובפסקי דין נוספים מסוג זה שבהם לא אושרה הפעלת הדוקטרינה. בפסיקה הישראלית דוגמה להתעמרות המצדיקה תשלום עונשי עולה מפסק הדין בעניין ***אדד***, שבו בנוסף להפרת החוזה הבוטה נהגה השוכרת במשכירים (גמלאים) בחוצפה ובגסות, השפילה אותם ומיררה את חייהם. נראה שבמקרה זה, בנוסף לסכום שנפסק כפיצוי על עגמת הנפש, מן הראוי היה לחייב את הנתבעים בתשלום עונשי. לעובדות הפסק ר' סע' 6.19(84) לעיל.

nevo.co.il

ג. יצירה מודעת של מצג כוזב ופוגעני

12.42 קטגוריה אנטי-חברתית זו בה דנתי בחלקו הקודם של הפרק איננה ייחודית לשלב הטרום-חוזי. צד לחוזה עשוי להטעות את רעהו על מנת להסתיר ממנו את העובדה שהוא פועל בניגוד לחוזה, על מנת לקבל במרמה את הסכמתו לעריכת שינויים בתניות החוזה או באופן ביצועו או לשם כל מטרה אחרת.[144] התנהגות כזו, בפרט כשהיא יוצרת סיכון רב ומלווה ביסוד נפשי מחמיר, מהווה דוגמה מובהקת לחוסר תום לב בקיום החוזה. לדעתי, היא עשויה להצדיק חיוב בתשלום עונשי, וזאת אפילו לא ניתן לנסחה כעוולה נזיקית (למשל, בהעדר נזק בר-פיצוי במסגרת העוולה הרלבנטית).

ד. ניצול לרעה של פערי כוחות משמעותיים

12.43 הפרה הנעשית תוך ניצול לרעה של חולשת הצד השני עלולה לעלות כדי הפרה מחפירה של חובת תום הלב בקיום החוזה.[145] ענייננו כאן לא בניצול חולשה המלווה את הפרת החוזה, אלא במצב שבו הצד החזק דורש מהצד החלש להסכים לשינוי תוכן החוזה, תוך שהוא מקווה לנצל את חולשתו המיוחדת (השכלית, הגופנית, הכלכלית, וכיו"ב). קטגורייה זו זהה למעשה לקטגוריית הניצול שבה דנו בשלב הטרום-חוזי,[146] למעט העובדה שקיומו של החוזה עשוי להחריף את האנטי-חברתיות שבניצול, ולהגביר את הצורך בתגובה עונשית עליו.[147]

ה. הפעלת לחץ פסול בשלב החוזי

12.44 גם קטגוריה התנהגותית זו איננה ייחודית לשלב החוזי, וגם בה נתקלנו בדוננו בשלב הטרום-חוזי.[148] כשצד לחוזה מפעיל על רעהו במודע לחץ פסול להיכנע לתביעותיו תוך פגיעה של ממש באינטרסים שלו אם לא יאות לעשות כן, עלול הדבר להצדיק חיוב בתשלום עונשי בגין הפרה מחפירה של חובת תום הלב בקיום החוזה.[149]

---

144 לפירוט של אסמכתות אמריקאיות שבהן נפסקו תשלומים עונשיים בקטגוריה זו ר' למשל פסק דינו של שופט המיעוט Mosk, בעניין ***Freeman***, עמ' 11-110. השופט דן בקטגוריית ההטעייה במשולב עם קטגוריית הכפייה, שכן במרבית המקרים אלמנטים אלה מופיעים יחדיו: **"The first category focuses on tortuous means used by one contracting party to coerce or deceive another party into foregoing its contractual rights."** ***Freeman***, 56-57. דוגמות מהפסיקה מפורטות בהערה 149 להלן.

145 בניצול לרעה של פערי כוחות דנתי בהרחבה בסע' 12.28 ואילך.

146 סע' 12.08 לעיל.

147 הקשר החוזי בין הצדדים עשוי ליצור גם חובת זהירות מוגברת בנזיקין, העשוייה בתורה להקים לצד המנוצל עילת תביעה ברשלנות, מקום שזו לא היתה קיימת לו התרחש הניצול בשלב הטרום-חוזי.

148 סע' 12.09 לעיל.

149 **"..**[illegitimate] **pressure tactics.. ..have no place in the contracting process. There is no reason not to punish and deter such bargaining misconduct by imposing punitive damages." Sebert**, 1638. דוגמות להתנהגות מחפירה הנופלת בקטגוריה זו, ואשר בגינן נפסקו תשלומים עונשיים בפסיקה האמריקאית, מובאות בפסק דינו של השופט Mosk בעניין ***Freeman***, בעמ' 11-110. ביניהן הוא מונה: 1) ניסיון של חברה להכשיל זכיין שלה ולהביאו לוותר על החוזה, על ידי הפצת מוצרים מתחרים, ועל ידי מניעת שירותי תמיכה מהזכיין; 2) איום בהגשת תביעה על צד לחוזה, כדי שזה יוותר על דרישותיו המוצדקות לקיום החוזה; 3) ניסיון של שוכר (עסקי) לקבל שחרור מחוזה שכירות באמצעות השמצה (חסרת בסיס) של תפקוד המשכיר באוזני נושיו ופגיעה בשמו הטוב; 4) איום של קבלן דירות לחלט מקדמה שנמסרה לו מאת הרוכש, אם זה לא יסכים לקבל את המבנה כשהוא פגום; 5) איום של חברה להפקת סרטים על שחקן לוותר על דרישותיו לתשלום לפי החוזה, שאם לא כן ייכנס ל"רשימה שחורה" בעסקי הקולנוע. בישראל מקרה הנופל בקטגוריה זו והנראה כמתאים לפסיקת תשלום עונשי הוא פסק הדין בעניין ***מאיה***. באותו מקרה הפעיל הנתבע בהצלחה מרובה לחץ בלתי לגיטימי על נושיו למחול לו על חלק ניכר מחובותיו, על ידי כך שיצא את הארץ למדינה לא ידועה והודיע להם על כך באמצעות שליח. על התנהגות זו אמר השופט חשין בפסק הדין: **"..לא אסכים כי טענות** [הגנה] **אלו, מעיקרן, תישמענה מפי אדם שברח מן הארץ למקום לא-נודע, ורמס ברגל גסה כל כללי התנהגות ומוסר עיסקיים מקובלים."** (סע' 38 לפסק דינו). הנשיא שמגר לא הכיר בהתקיימותה של עילת הכפייה באותו מקרה, אך קבע כי הסכם הויתור בטל שכן כריתתו היתה בלתי חוקית, ולמצער סתרה את תקנת הציבור. לדבריו, אי החוקיות נעוצה בהתנהגותו המחפירה של הנתבע שאותה תיאר בזו הלשון: **"אין כאן רק פגיעה ב"כללי המשחק" העסקי-המסחרי. היתה כאן התנהגות אנטי-חברתית מובהקת, שהגיעה אף לכדי עבירה לכאורה. לשון אחר, בפנינו התנהגות אשר נעשתה מתוך מודעות מלאה ליסודותיה."** (סע' 5 לפסק דינו). לדעתי, פסק הדין בעניין **מאיה** הוא דוגמה נוספת להפעלה של טכניקות עניינית מוסוות בדיני החוזים, ולחסרונות שבה. הן השופט חשין, והן הנשיא שמגר, איש איש לפי דרכו, "מתחו" את המושגים המשפטיים של "כפייה" ושל "פסלות" (מתיחה שלא נראתה לשופט המיעוט, גולדברג) וזאת כדי להביא לתוצאה המיוחלת - ביטול ההסכם הבעייתי. בתוך כך, יצרו השופטים תקדים בעייתי, המאפשר לנושים לסגת מהסכמי פשרה שלהם נתנו את הסכמתם גם בהעדר "כורח" ממשי, רק מתוך רצון לבוא חשבון עם החייב בשל התנהגותו המחפירה. הכרה בתשלום העונשי תאפשר במצבים אלה להשיג את התוצאה הצודקת (הטלת סנקציה כספית לבר-מפצה על הפרה מחפירה של חובת תום הלב) מבלי לעוות את דוקטרינות חוזיות קיימות (וכמובן, בלא צורך "לאלץ" את ההתנהגות הפסולה כדי שזו תשתבץ לגדריה של עוולה נזיקית מוכרת). מקרה נוסף, שייתכן כי נפל בקטגוריה הנדונה, הוא ע"א 8/88 **רחמים נ. אקספומדיה בע"מ** פ"ד מג(4) 95, שבו בניגוד להסכמה חוזית קודמת, איים צד לחוזה בהפסקה מיידית של שירותיו, אם לא ישונו תנאי התשלום. הצד השני נעתר, מחשש לפגיעה

nevo.co.il

ו. התחמקות מודעת מאחריות חוזית

12.45 ניסיון לחמוק בדרכים שונות מאחריות לקיום חיוב חוזי או מאחריות לפיצוי הנפגע בגין הפרתו הברורה הוא, לדעתי, דוגמה מובהקת להתנהגות אנטי-חברתית העשויה בנסיבות מסויימות להצדיק חיוב בתשלום עונשי. תופעה זו עלולה להתרחש לעיתים כבר בשלב החוזי, עוד בטרם עלו היחסים החוזיים על שרטון ללא תקנה. עם זאת, בהיותה אופיינית במיוחד לשלב הבתר-חוזי, בחרתי לדון בה בחלקו השלישי של הפרק.

סיכום לחלק השני

12.46 מטרת הדיון בחלק עיקרי זה של הפרק הייתה לבסס את הטענה, ששיקולי הוגנות ותועלת גם יחד עשויים להצדיק פסיקת תשלום עונשי כסנקציה על הפרת חוזה בקשת נרחבת של סיטואציות חוזיות. בנוסף, מטרתנו היתה לפרוט לפרוטות את השיקולים והאינדיקציות הרלבנטיים להכרעה בשאלה, אם הפרת חוזה המקיימת את התנאים המוקדמים לתחולת הדוקטרינה ראוייה לתואר "הפרה מחפירה". לסיום, ביקשנו להזכיר, כי התשלום העונשי נפסק לעולם בגין דפוס התנהגות כולל, ולא בגין ארוע חד-פעמי. מסיבה זו רלבנטיים בתביעה לתשלום עונשי לא רק מאפייניה של הפרת החוזה העומדת במרכזו של הסכסוך, אלא גם התנהגויות שארעו לפניה או אחריה. התנהגויות אלה עשויות להיות חיוביות, וכך להוציא את העוקץ מהפרת חוזה שכשלעצמה נראית במבט ראשון כראוייה לתואר "מחפירה". מאידך גיסא, הן עשויות להיות שליליות, ולהחמיר עוד יותר את הרושם הכללי של בית המשפט מהתנהגותו של המפר, וזאת בין אם הן מהוות בפני עצמן הפרות מחפירות של חיובים שבהם חב המפר כלפי הנפגע (חוזיים או אחרים) ובין אם לאו.[150]

חלק שלישי:
התנהגות מחפירה בשלב הבתר-חוזי

א. קטגוריית ההתנהגות המחפירה האופיינית לשלב הבתר-חוזי: התחמקות מחפירה מנשיאה באחריות לכשלון החוזה

12.47 השלב הבתר-חוזי מוגדר לצורך החלוקה המתודולוגית בפרק זה כשלב שלאחר כשלון המפעל החוזי והפסקת שיתוף הפעולה בין הצדדים לשם הגשמת תכליתו המקורית של החוזה.[151] גם בשלב זה, כמו בשלבים הקודמים לחיי החוזה, יכול צד לחוזה לפגוע או לסכן את רעהו תוך ניצול לרעה של יתרון יחסי שיש לו על פניו. מבחינה זאת כל הקטגוריות שבהן דנתי עד כה רלבנטיות גם בשלב הבתר-חוזי. עם זאת, השלב הבתר-חוזי מתאפיין בדרך כלל במשבר אמון היוצר בין הצדדים נתק נפשי, הגורר על פי רוב גם לנתק פיזי ותקשורתי. עובדה זו מפחיתה מטבע הדברים את הפוטנציאל לעימות וחיכוך ישיר בין הצדדים כמו גם את הפוטנציאל לניצול לרעה של יחסי האמון ושל פערי הכוחות ביניהם. עקב כך מצטמצמות בהתאמה האפשרויות של שני הצדדים לפגוע זה בזה באמצעות מסירת מידע כוזב, הפעלת לחץ פסול, ניצול לרעה של חולשות, ואפילו התעמרות.

תחת זאת, בשלב זה של הקשר החוזי מתמקדים מאמציהם של הצדדים - המצויים כבר בסכסוך מוכרז - בניסיון למזער ככל הניתן את נזקיהם מכשלון המפעל החוזי. הנפגע מצידו, יימנע מכל הסתמכות נוספת על החוזה, וינסה לתבוע מהמפר הכרה באחריותו להפרה. ואילו בפני המפר האופורטוניסט עומדות בשלב הבתר-חוזי שתי דרכי פעולה טיפוסיות: האחת - הפרה של חיובי החוזה הראשוניים שעוד נותרו בתוקף, ככל שנותרו; והשנייה -

---

כלכלית קשה. עם זאת, במקרה זה לא הוברר, אם הנתבע האמין בכך שתביעותיו מוצדקות. אמונה כזו עשוייה לשלול את יסוד המחפירות מהתנהגותו של המפר.

150 הפרות חוזים מחפירות נדונו בסע' 12.35-12.17 לעיל. דוגמה להתנהגויות שליליות שאינן מהוות בעצמן הפרה של חיוב הן אלה הנדונות בסע' 12.39-12.34 לעיל.

151 ודוקו: גם בשלב הבתר-חוזי עדיין כפופים הצדדים במובנים שונים להוראות החוזה. יתר על כן, אפילו כאשר בוטל החוזה כדין בשל ההפרה, עדיין נותרים על מכונם כל החיובים המשניים הנובעים מההפרה (שהרי אלה נועדו לחול דווקא במקרה של כשלון החוזה). להבחנה בין חיובים ראשוניים למשניים ר' לעיל סע' 10.29(148).

nevo.co.il

הפרה של החיובים המשניים שנכנסו לתוקף עם הפרתו היסודית של החוזה - הלא הם החיובים התרופתיים לשאת באחריות המשפטית להפרה ולנזקיה.[152] דפוס הפעולה הראשון אופייני יותר לשלב החוזי ולכן דנתי בו בהרחבה בחלקו הקודם של הפרק.[153] דפוס הפעולה השני - **התחמקות מחפירה מנשיאה באחריות לכשלון החוזה** - הוא העומד במוקד הדיון בחלק זה.[154]

ב. המקורות המשפטיים החולשים על התנהגות הצדדים בשלב הבתר-חוזי

12.48 מבחינת המקורות המשפטיים החולשים על התנהגות הצדדים אין לכאורה הבדל בין השלב הבתר-חוזי לבין השלב החוזי, שכן החוזה עדיין בתוקף, ולפחות לכאורה אין זה מן הנמנע כי החיובים שבו יופרו. עם זאת, מכיוון שבשלב הבתר-חוזי מעצם טיבו מרבית חיובי החוזה הראשוניים כבר הופרו, נראה כי עיקר הפגיעה בתובע תתבטא בהפרת חיובים לבר-חוזיים, דהיינו, בביצוע עוולות נזיקין או בהפרות של חובת תום הלב בקיום החיובים (על פי רוב החיובים המשניים) הנובעים מהקשר החוזי.[155] עם זאת, כל עוד מתקיים קשר חוזי בין הצדדים, אין מניעה לפרש הפרות אלה כהפרה של חיוב חוזי משתמע.[156]

ג. הצורך בפסיקת תשלום עונשי כסנקציה על התחמקות מחפירה מאחריות

12.49 מהי ההצדקה לחיובו בתשלום עונשי של אדם המבקש לחמוק מאחריות לפגיעה שפגע שלא כדין בזכויותיו של הזולת? לדעתי, ההצדקה לכך נגזרת במישרין מההכרה בצורך ובחשיבות שבהגנה על זכויות משפטיות בכלל. הזכות המשנית - לסעד בגין הפרתו של חיוב ראשוני - אינה אלא ביטוייה המעשי בעולם המשפט של הזכות הראשונית. הסעד הוא הצד השני של מטבע הזכות: בלא סעד - אין זכות, ובמקום שיש זכות - יבוא הסעד.[157] כשם שזכאי אדם כי תכובד זכותו הראשונית - החוזית, הנזיקית, הקניינית או כל זכות משפטית אחרת - כן זכאי הוא כי תכובד ותוגן זכותו המשנית לסעד על הפרתה של הזכות הראשונה.[158]

אלא שבפועל נראה שזכויות הסעד אינן זוכות להגנה הראויה להן. **דיני החיובים בכלל ודיני החוזים בפרט, קובעים תרופות על הפרת הזכות הראשונית לקיום החוזה, אך אינם מגדירים בדרך כלל סנקציות או תרופות על הפרת הזכות המשנית לקבלת סעדים אלה**. גם העובדה שניתן לפרש את הפגיעה בזכות המשנית כהפרה של חיוב חוזי משתמע או של חובת תום הלב בקיומו של החוזה (ואולי אף של חובת זהירות נזיקית ברשלנות) אין בה משום

---

152 בשיטה הישראלית חיובים אלה מעוגנים בחוק התרופות, הקובע את זכותו של הנפגע מהפרת חוזה לתרופות הקבועות בו.

153 סע' 12.17 ואילך.

154 ניסיונות מחפירים להתחמק מאחריות להפרת החוזה עלולים להתגלות גם בשלב החוזי, אלא שבשלב הבתר-חוזי הם שכיחים יותר, שכן בשלב זה כשלון המפעל החוזי הוא עובדה מוגמרת. יתר על כן, בשלב החוזי הניסיון לחמוק מאחריות להפרת החוזה יהיה בדרך כלל נסתר מעיניו של הנפגע, ויהיה כרוך ביצירת מצגי שווא כוזבים, או יתבטא בניסיון לשנות את החיובים הראשוניים באמצעות ניצול מצוקה או הפעלת לחץ פסול על הצד השני. בשלב הבתר-חוזי, לעומת זאת, הנפגע מודע בדרך כלל לפגיעה בזכויותיו, ולפיכך הדרך העיקרית לפגוע בו היא להתחמק מנשיאה באחריות המשפטית להפרת החוזה או להתנהגויות פסולות שננקטו בשלב החוזי. לסיום אעיר, שניסיונות מחפירים להתחמקות מאחריות משפטית עלולים להתגלות גם בהקשרים חוץ-חוזיים. מבחינה זו, כקטגוריות רבות אחרות שנדונו עד כה, גם הדיון בחלקו זה של הפרק הינו רלבנטי - בשינויים המחוייבים - לכל הקשר אזרחי שבו מופעלת הדוקטרינה.

155 סעיף 39 לחוק החוזים הכללי קובע במפורש כי החובה לנהוג בתום לב חלה הן על כל חיוב הנובע מן החוזה, ולא רק על חיוב חוזי strictu sensu.

156 פרשנות כזו תהיה מלאכותית כאשר אין זכר בחוזה לחיוב הנדון, ותהיה טבעית יותר כאשר הצדדים הסדירו בחוזה את השלב הבתר-חוזי באופן מפורש.

157 כמאמר הלטיני הידוע: ubi ius – ubi remedium

158 מבחינה מעשית נראה שהפגיעה בזכויות משניות היא בדרך כלל חמורה יותר מהפגיעה בזכויות ראשוניות. הטעם לכך הוא, שפגיעה בזכות הראשונית - חמורה ככל שתהא - סוללת את הדרך לקבלת סעדים משפטיים, ולפיכך איננה שוללת מהנפגע את האפשרות לזכות בערך המוגן על ידי הזכות הראשונית - בעין או בתחליף קרוב. הפגיעה בזכות הסעד, לעומת זאת, מאיימת לסכל לחלוטין ובאופן סופי את האפשרות של בעל הזכות (הראשונית) ליהנות מהאינטרס המוגן במסגרתה. על חשיבותה של הזכות התרופתית עמדו מלומדים רבים בעבר ובהווה. ר' למשל: D.H. Zeigler, "Rights Require Remedies: A New Approach to the Enforcement of Rights in the Federal Courts" 38 **Hastings L.J.** (1987) 665, 678-9: **"..a right without a remedy is not a legal right; it is merely a hope or a wish… Rights define social relations. They serve as means to very important ends… If the legal system tells a person that it is acceptable for his right to be violated, the implicit message is that the person lacks worth… When denial of rights occur systematically over time, the result is alienation, isolation, anger and fear."**

nevo.co.il

פתרון משביע רצון לבעיית ההגנה על הזכות המשנית, לאור מגבלותיה הטבועים של מערכת הסנקציות האזרחית המסורתית בכל הקשור במיגורן וענישתן של התנהגויות אנטי-חברתיות.[159]

התכחשות מודעת לתביעות צודקות גוררת תחושות קשות של ניכור וכעס בשל חוסר ההגינות שהיא משקפת. במישור התועלתני היא גוררת התדיינות רבה ומיותרת סביב סוגיות שלמעשה אינן שנויות במחלוקת אמיתית. כל אלה פוגעים פגיעה קשה הן בפרט שזכותו נפגעה, והן בחברה כולה. לדעתי, חברה מתוקנת זכאית ואף מחוייבת ללחום לצמצום התופעה של ניסיונות בלתי לגיטימיים לחמוק מאחריות משפטית בכל תחום משפטי, לרבות התחום החוזי. הצורך החיוני בקיום מערכת משפט שבה הצדק איננו רק תיאורטי אלא גם בר השגה מחייב העברת מסר ברור וחד-משמעי לציבור המתדיינים הפוטנציאלי, כי תופעה זו איננה תופעה נסלחת ושגרתית שהדין עובר עליה לסדר היום. צורך זה מתחדד במיוחד לאור הבעיות החמורות שמערכת הצדק האזרחית ניצבת בפניהן כבר היום, המסכלות במידה רבה הן את ההגנה האפקטיבית על זכויות משפטיות והן את אמון הציבור במערכת המשפט.[160] אמנם, אדם זכאי להיאבק על הגנת האינטרסים שלו ולהתנגד לנשיאה באחריות שהוא סבור בתום לב כי איננו נושא בה. אולם לענייות דעתי **אדם אינו רשאי להתכחש לאחריות שהוא יודע בוודאות כי הוא נושא בה. קל וחומר, שאין הוא רשאי לפעול באורח אקטיבי לסיכול זכותו של הזולת לקבלת סעד משפטי המגיע לו בדין**, כאשר הוא יודע בוודאות שזכות כזו אכן קיימת.

ודייקו: התנהגות כזו איננה רק בלתי מוסרית או אנטי חברתית. היא גם בלתי חוקית. היא מהווה הפרה ברורה ומובהקת של חובת תום הלב בקיום החוזה.[161] היא עשויה להתפרש בנקל כהפרה של חיוב חוזי משתמע, ואולי אף להקים אחריות נזיקית במסגרת עוולת הרשלנות.[162] התנהגות כזו חורגת לדעתי באופן ברור ומשמעותי מנורמות בסיסיות של יושר והגינות. היא גורמת נזק חברתי רב, ולפיכך מצדיקה תגובה חברתית עונשית ממשית.[163] להלן אדון בגילויים הטיפוסיים של תופעה אנטי-חברתית זו, תוך הבחנה בין מספר קטגוריות-משנה מרכזיות.

---

159 על הטעמים לכשלון משטר הסעדים המסורתי במימוש מטרות הענישה עמדתי בהרחבה בפרק ז'. קיומן של סנקציות אזרחיות בעלות רמת מובהקות עונשית בינונית מסייעת לצמצום בעייה זו אך איננה פותרת אותה בשל מגבלותיהן הטבועות של סנקציות אלה. לעניין זה ר' סע' 7.95 וכן סע' 8.08 לעיל.

160 העיקריות שבבעיות אלה הן בעיית ההתחמקות מהדין, בעיית תת-הפיצוי, וקשיי הגישה לערכאות בשל בעיית העומס ויוקר ההליכים. לדיון בשתי הבעיות הראשונות ר' סע' 7.46, 7.48 לעיל. לדיון נרחב בבעייה האחרונה ר' למשל דו"ח וועדת הרפורמה האנגלית שעסק בסוגייה: **Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales** (London, 1996, by Lord Woolf); **Access To Justice and the Welfare State** (Stuttgart, 1981, Cappelletti & al. Eds.). הדיון בבעיית הגישה לערכאות חורג ממסגרת חיבור זה. אתייחס אליה בקצרה בדברי הנעילה לחיבור.

161 תמיכה בגישתי זו עולה מדברים שנאמרו מפי השופט דוד חשין בעניין ***טרלובסקי***, פסקה 61: **"אין חולק על זכותו של נתבע להתגונן מפני התביעה המופנית כנגדו, ואף לנהל את הגנתו בתקיפות. ... אולם מנגד, אין הוא רשאי לנהל משפטו בסגנון טורפני, בבחינת "אדם לאדם זאב", כשבדרכו אל המטרה - הגנה על עניינו - אין הוא בוחל בהעלאת טענות משמיצות ומביישות, שאין להן בסיס במציאות."** מאמר מאיר עיניים שעסק באופן נרחב יחסית בתוכן החיובים שמטילה חובת תום הלב על צדדים לחוזה בשלב הבתר-חוזי הוא מאמרו של **Cohen**, M. המלומד מציע להגדיר חוסר תום לב בשלב הבתר-חוזי("the "enforcement stage) כפגיעה שלא כדין באינטרס הנפגע לקבלת פיצוי על אי קיום החוזה, על ידי טענות הגנה או תביעה חסרות שחר שאין הנתבע מאמין בנכונותן. לדבריו, חובה זו שונה בתוכנה מחובת תום הלב בשלב החוזי ("the "performance stage) שם פרושה הוא להימנע מפגיעה בזכותו של הצד השני לביצוע בעין של החוזה. ר': **Cohen**, M. 1302-6; 1315-21

162 אם כי הדבר תלוי, כמובן, במידת הנכונות של דיני הנזיקין להכיר באחריות לנזקים כלכליים ונפשיים. לבעייה ר' סע' 11.43, 11.44 לעיל.

163 ואמנם, בפסיקה האמריקאית נפסקים מעת לעת תשלומים עונשיים במצבים מעין אלה. החריג ה"טבעי" שאליו משתבצים בקלות יחסית המקרים הנדונים כאן הוא חריג תום הלב. חובת תום הלב מנוסחת במשפט האמריקאי במפורש כחובה להימנע מסיכול זכותו של הצד השני לחוזה ליהנות מפירותיו (ר' סע' 5.26(112) לעיל) ניסיון לחמוק מנשיאה באחריות להפרת חוזה היא דוגמה מובהקת להפרה של חובה זו. הדוגמה המפורסמת ביותר להכרה בחריג תום הלב כבסיס לחיובו של צד לחוזה בתשלום עונשי בגין ניסיון התחמקות מחפיר מאחריותו החוזית היא הלכת ***Seaman's***. לדיון בה ר' סע' 5.30 לעיל. דוגמות קונקרטיות נוספות יוזכרו אגב הדיון בסעיפים הבאים. מעניין לציין, שדווקא **Cohen**, M., שכאמור דן בהרחבה בביטויים שונים של חוסר תום לב בשלב הבתר-חוזי, אינו סבור שניסיון לחמוק מאחריות חוזית צריך לשמש עילה לפסיקת תשלום עונשי. לטענתו, ככלל, הפרה של חובת תום הלב בקיום החוזה (בשלב החוזי או הבתר-חוזי) איננה מצדיקה חיוב בתשלום עונשי, שכן 1) ההכרה בהפרה של חובה כזו כמקימה עילה נזיקית (במסגרת "עוולת תום הלב") מאפשרת לפסוק בגינה פיצויים נזיקיים, שדי בהם כדי להרתיע מפניה. Id., 1325-6; 2) הפרת חובת תום הלב איננה מקיימת את היסוד הנפשי המחמיר הדרוש להפעלת הדוקטרינה: Id, 1327-8: **"An actor that breaches the implied covenant need not intend to harm plaintiff or to consciously disregard plaintiff's rights. It is sufficient that he act**

nevo.co.il

ד. התכחשות מודעת לעצם קיומה של הזכות הראשונית או להפרתה

1. *התכחשות לעצם קיומה של הזכות החוזית (הראשונית)*

12.50 אחד הביטויים להתחמקות מחפירה מאחריות הוא הכחשה שקרית של עצם קיומו של החיוב החוזי הראשוני מושא ההפרה, כאשר המפר יודע שחיוב כזה אכן חל עליו.[164] יתרה מכך, המפר עשוי אף להכחיש מכל וכל את עצם קיומו של חוזה בינו לבין הנפגע.[165] הכחשה כאמור יכולה לבוא בתגובה לפניית הנפגע אל המפר לבצע את החיוב או לקבל תחליף קיום או פיצוי בגין הפרתו, או במסגרת הליך משפטי הבא בעקבות סרובו של המפר לפנייה כזו.[166] לדעתי, הכחשות שקריות מעין אלה ראויות לכל גינוי. הן עשויות להצדיק חיוב בתשלום עונשי, בפרט כאשר הנזק שההכחשה עלולה להסב לנפגע הוא רב.[167]

2. *התכחשות להפרתו של החיוב הראשוני*

12.51 צד לחוזה שהפר את חיוביו עשוי לנסות לחמוק מאחריות על ידי הכחשה שקרית של עצם ההפרה. טענה כזו המפר עשוי לנסות לבסס על פרשנות של הוראות החוזה שהוא יודע שהיא מופרכת מיסודה, או על העלאת טענה עובדתית שקרית. התנהגות זו, כקודמתה, עשוייה לסכן את זכות הנפגע לסעדים משפטיים ולכל הפחות לעכב את מימושה. כאשר סיכון זה הוא משמעותי, וכאשר המפר מודע לקיומו ואינו מאמין בקיומו של צידוק או פטור למעשיו, עשוייה ההכחשה להצדיק את ראיית התנהגותו כ"מחפירה".[168]

---

unreasonably and with the knowledge that he is asserting an invalid claim. In short, a violation of good faith and fair dealing does not reach a level of culpability high enough to merit punitive damages." מסקנה זו אומצה בלא כל בחינה ביקורתית על ידי Cavico, שהחרה-החזיק אחריה בקובעו ש: **"The bad faith state of mind does not possess the necessary element of purposefulness or substantial awareness that the victim will suffer severe consequences as a result of the misconduct." Cavico**, 447. לדעתי, טיעונים אלה אינם עומדים במבחן הביקורת. אשר לטענה הראשונה, זו מתעלמת מכך, שבעיית הרתעת-החסר מפני הפרות מחפירות קיימת לא רק בתחום החוזי, אלא גם בדיני הנזיקין (בעיקר לאור בעיות תת-הפיצוי וההתחמקות מהדין). הציפייה שפיצויי נזיקין יצרו הרתעה מספקת מפני הפרות אופורטוניסטיות של חובת תום הלב היא אפוא השלייה. אשר לטענה השנייה, בדבר העדר אשמה או יסוד נפשי מספק, גם זו נראית בעיני שגוייה לחלוטין. הסתירה הפנימית שבטענה זו עולה מדברי מלומדים אלה עצמם: כיצד ניתן לטעון שהפרת חובת תום הלב כרוכה ב**ידיעת** הנתבע שהוא טוען טענת סרק, ובאותה נשימה לטעון שאין בהתנהגות כזו משום התעלמות מודעת מזכויות התובע??? ניכר אצל המלומדים בלבול מוחלט בין דרישת המינימום לתחולת הדוקטרינה - מודעות לפגיעה בזכות הנפגע - לבין האפשרות שפגיעה זו תיעשה מתוך כוונת זדון ("intent to harm"). כוונה כזו איננה דרושה לתחולת הדוקטרינה, אם כי היא כמובן בגדר שיקול לחומרא. אמת, לא כל ניסיון התחמקות מאחריות בחוסר תום לב יעלה בהכרח כדי התנהגות מחפירה. עם זאת, כאשר חומרת הסיכון שהתנהגות זו יוצרת כלפי הנפגע היא ממשית, וכאשר מכלול השיקולים האחרים תומך בכך, פסיקת תשלום עונשי עשוייה בהחלט להיות מתבקשת. כאמור לעיל, היגיון זה אומץ בפסיקה הקנדית והאמריקאית, והביא במקרים רבים לחיובם של מפרי חוזים בתשלומים עונשיים בגין הפרה מחפירה של חובת תום הלב (אם כי בעיקר בתחום חוזי הביטוח והעבודה, ופחות בהקשרים חוזיים אחרים). ר' לדוגמה פסקי הדין בעניין ***Whiten*** ובעניין ***Wallace***, הנדונים בסע' 4.22(73,75). בספרות האמריקאית הובעה הדעה, כי ראוי לעשות שימוש בסמכות לפסוק הוצאות משפט במקרים שבהם נעשה שימוש לרעה בהליך המשפטי. לגיבוי אקדמי לעמדה זו ר' למשל (2) **Mallor**.

164 בשלב הבתר-חוזי קרוב לודאי שחיוב זה כבר הופר על ידי המפר. כאשר ההכחשה באה בטרם הופר החוזה, היא עשוייה לעלות כדי הפרה צפוייה של החוזה. ר' סע' 17 לחוק התרופות. בהקשרים חוץ-חוזיים החיוב המוכחש יכול להיות חיוב נזיקי או חיוב אחר מן הדין. ראוי להדגיש, שלמרות שהכחשה שקרית מהווה מצג שווא, הרי במרבית המקרים היא לא תעלה כדי תרמית, ואפילו לא כדי מצג שווא רשלני, שכן במקרה הטיפוסי הנפגע בשלב הבתר-חוזי איננו מסתמך על המצג השקרי. הנזק שגורמת ההכחשה איננו בא לידי ביטוי בהטעייה הכרוכה בכך, אלא במכשול שהיא מעמידה על דרכו של הנפגע לממש את זכותו לסעד בגין ההפרה.

165 פסק הדין בעניין ***Seaman's*** עיגן קטגוריה זו במפורש. הלכה זו בוטלה בפסק הדין המנחה בעניין ***Freeman***. ר' סע' 5.31(139) לעיל.

166 ניסיונות התחמקות מאחריות במהלך ההליך המשפטי עצמו נדונות בנפרד בסע' 12.55 להלן.

167 הנזק מהכחשה הוא משמעותי במיוחד כאשר היקף הראיות שיש בידי הנפגע לביסוס טענתו לקיומו של החיוב הוא מוגבל. במקרה כזה עלולה ההכחשה השקרית לשמש כגורם משמעותי בהכשלת תביעתו הצודקת של הנפגע. ההכחשה עלולה להיתפס כמחפירה גם כאשר המפר יודע או מאמין שההכחשה תניא את הנפגע מנקיטת הליכים משפטיים בשל חולשתו היחסית או חוסר ניסיונו. לעומת זאת, כאשר ברור שבידי הנפגע ראיות חיצוניות רבות וטובות לביסוס טענותיו, וכאשר ברור כי הסיכוי להשפעה בלתי הוגנת על הנפגע הוא קלוש, ייתכן שיהא בכך משום נסיבה מקילה. עוצמת הנזק העלול להיגרם לנפגע כתוצאה מהצלחת ניסיון ההתחמקות אף היא, כמובן, גורם רלבנטי, כפי שרלבנטיים היסוד הנפשי של המפר, המניע להכחשה, ויתר השיקולים שנדונו בפרק זה. זלזול בוטה ומופגן של המפר כלפי פנייתו של הנפגע אליו אף הוא מוסיף נופך שלילי להכחשה, וצפוי לשמש כשיקול לחומרא. למרות שזלזול כזה, כלשעצמו, איננו מקים בדרך כלל עילת תביעה אזרחית, בתי המשפט נוטים להתחשב בו, ולעיתים מציינים זאת אפילו במפורש. כך למשל, בעניין ***Seaman's*** טרח בית המשפט לצטט בפסק הדין את תגובתו של המפר לפנייתו של הנפגע - **"see you in court"**. גם בעניין ***Welborn*** מצא בית המשפט לנכון לציין כי המפר, בתגובה לפניית הנפגע אליו: **"..declared, as he had done repeatedly, that he would spend a thousand dollars on the matter rather than let defendant** [should be "plaintiff"] **have anything.."** ***Welborn***, 232. לתיאור עובדות פסקי דין אלה ר' סע' 5.30(128), 5.20(80) בהתאמה.

168 דוגמה למקרה כזה הוא פסק הדין (3) ***Brown***, שבו התכחש יועץ ההשקעות להפרת החוזה, אף שידע בבירור כי זו היתה חסרת כל הצדקה משפטית או מוסרית. לעובדות הפסק ר' הערה 5.22(90) לעיל.

nevo.co.il

ה. התנערות מוחלטת מחובת המפר לתקן את ההפרה או לפצות בגינה

12.52 דוגמה טיפוסית נוספת להתחמקות מאחריות חוזית היא התנערות או התעלמות מוחלטת של המפר מפנייתו של הנפגע אליו לקבלת תחליף קיום, פיצוי או סעד אחר על הפרת החוזה. אכן, אין לצפות מאדם שינהג בזולתו מנהג מלאכים, ואף ניתן אולי להתייחס בסלחנות מה לניסיון הטבעי של אדם המפר חוזה **למזער את היקף חבותו** כלפי הנפגע. עם זאת, לדעתי, אין מקום לגלות סובלנות לנסיונות התחמקות שהם בגדר "מנהג זאבים". התעלמות מודעת מתביעה מוצדקת של הנפגע בכוונה ברורה לחמוק מנשיאה **באחריות כלשהי** היא, לדעתי, התנהגות אנטי-חברתית הראוייה למיגור באמצעות סנקציה עונשית אפקטיבית.[169] חשוב לחנך את הציבור ולהחדיר לתודעתו שאדם המודע לכך שפגע בזכויות זולתו - אפילו היתה הפגיעה רשלנית ותמת לב - חייב להכיר באחריותו כלפי הנפגע, וחייב לגלות נכונות מינימאלית לפצותו עליה.

ו. ניסיון פסול להניא את הנפגע מנקיטת הליך משפטי

12.53 ניסיון של המפר להפחיד או להרתיע את הנפגע מפנייה לעורך דין או לערכאות, או לאלצו למחול או להתפשר על זכויותיו, הוא דוגמה נוספת להתנהגות אנטי-חברתית בשלב הבתר-חוזי. אכן, כאשר ניסיון כזה מלווה באיום בהפעלת כוח פיזי יש בו משום עבירה פלילית. עולם גם כאשר האיום הוא "כלכלי" או "נפשי" בלבד, אין לדעתי מקום להתייחס אליו בסלחנות, ויש מקום להגיב עליו בסנקציה לבר-מפצה. כך בכלל, וכך מכוח קל וחומר, בהינתן פערי כוחות משמעותיים בין המאויים למאיים.[170]

ז. הבטחות סרק לתיקון נזקי ההפרה

12.54 טכניקה פסולה אחרת בה נוקטים לעיתים מפרים ומעוולים המבקשים לחמוק מאחריות, היא זו של הבטחות סרק חוזרות ונשנות לתקן את הפגיעה או לפצות בגינה. אמנם, יש ודרך זו ננקטת בתום לב, מתוך אמונה כנה של המפר כי בכוחו לתקן את המעוות. עם זאת, במקרים רבים אחרים טכניקות מעין אלה מופעלות על ידי נתבעים במודע על מנת 'לדחות את הקץ', להוליך את הנפגע שולל או כדי לעכב את פתיחת ההליך המשפטי או את המשך ניהולו לאחר שנפתח.[171] במצבים אלה, ובכפוף למכלול השיקולים שנדונו לעיל, ובמיוחד חומרת הסיכון לנפגע, אין זה מן הנמנע כי דפוס התנהגות שיטתי ופסול מעין זה יצדיק ענישה אזרחית לבר-מפצה.

ח. ניצול לרעה של ההליך המשפטי

12.55 בשלבים מאוחרים של הסכסוך החוזי יש והניסיון המחפיר לחמוק מנשיאה באחריות יבוא בדמות ניצול לרעה של הליך משפטי המתנהל בין המפר לבין הנפגע. דוגמה מובהקת לניצול כזה היא הגשת תביעת סרק כנגד הנפגע מתוך

---

169 החיוב בתשלום עונשי מתבקש במיוחד כאשר החיוב הראשוני הופר אף הוא באורח מחפיר, שאז ניסיון ההתחמקות מאחריות הוא בבחינת הוספת "חטא על פשע". עם זאת, גם כאשר הפרת החיוב המקורי נעשתה מתוך רשלנות או בתום לב, חובה על הפוגע להתייחס באופן הוגן וסביר לפניותיו של הנפגע (אם כי כמובן שאין הוא חייב להיעתר לכל תביעותיו בלא סייג). לדעתי, התעלמות מפניות אלו מהווה הפרה ברורה של חובת תום הלב. ודוקו: דברים אלה יפים לא רק להקשר החוזי, אלא גם להקשר הנזיקי. כך למשל, אדם המתעלם מפניותיו המוצדקות של מי שנפגע באשמתו בתאונת דרכים ביודעו שהוא אחראי לתאונה, מפר, לדעתי, את חובת תום הלב ומקיים את תנאי הסף הדרושים לפסיקת תשלום עונשי (אם כי המענה לשאלה אם התנהגותו ראוייה לתואר "מחפירה" תלוי בהתרשמות הכוללת ממנה, ובמכלול השיקולים שעליהם עמדתי בחלקו הקודם של הפרק). בהחלט ייתכן, שהקרבה המיוחדת והאמון שיוצר החוזה במקרים רבים בין הצדדים יוצרים חובה מוגברת של הגינות בין צדדים לחוזה שאינה קיימת בין צדדים לקשר משפטי לא-רצוני.

170 במדינת Iowa פסק בית המשפט העליון שמאמץ בלתי לגיטימי של הנתבע לאלץ את התובע להתפשר על זכויותיו איננו מוכר כעוולה נזיקית, ולפיכך אינו יכול להקים עילה לתשלום עונשי, אף שמדובר בהתנהגות מקוממת. ר': **White v. Northwestern Bell Tel. Co.** 514 N.W.2d 70, 77 (Iowa 1994): "**..payments were denied in an effort to force** [plaintiff] **to settle his claim. Again, however, we are confronted with a claim not recognized in tort. While we agree that** [defendant's] **treatment of** [plaintiff] **was shabby, merely objectionable conduct is insufficient to meet the standards** [for awarding punitive damages]." פסיקה זו משקפת את הגישה הנזיקית המסורתית לתשלום העונשי, וממחישה את חוסר הצדק שזו גורמת. גישה ליברלית יותר היתה מאפשרת לבית המשפט, לו חפץ בכך, לפסוק במקרה זה תשלום עונשי במסגרת חריג תום הלב. ואכן, בפסק דינו של שופט המיעוט Mosk בעניין ***Freeman*** הוא מביא דוגמות לפסיקה ליברלית כזו. ר' הדוגמות המובאות בהערה 149 לעיל.

171 'משיכת זמן' כזו עלולה במקרים נדירים אף להביא לסיכול מוחלט של התביעה בשל חלוף תקופת ההתיישנות.

nevo.co.il

מטרה להרתיעו, להערים עליו קשיים כלכליים, לעכב ולהכשיל תביעה שהגיש, או סתם כדי להתעמר בו ולהוציאו משלוותו.[172] דוגמה מקבילה ונפוצה אף יותר היא העלאת טענות הגנה חסרות שחר - בין בעובדה ובין במשפט - שכל תכליתן אינה אלא להכשיל את תביעתו המוצדקת של הנפגע.[173] נסיונות שיטתיים לעכב את גלגלי הצדק, להסיט את הדיון ממסלולו, להבאיש את ריחו של הצד השני בעיני בית המשפט, ואף להטעות את בית המשפט, גם הם הפכו זה מכבר לחיזיון נפרץ.[174] למרבה הצער, דומה שבתי המשפט האזרחיים ורשויות אכיפת החוק בישראל אינם פועלים באופן מספק לריסון תופעה פסולה וחמורה זו, וזאת אפילו במקרים קיצוניים של עדות שקר או מסירת תצהירים כוזבים. לדאבון לב, נראה ש"טקטיקות" אלה, העולות במקרים רבים עד כדי עבירות פליליות ממש,[175] מופעלות חדשות לבקרים תחת עיניהם הפקוחות של בתי המשפט בלא כל תגובה עונשית הולמת.[176] במצב זה של העדר תגובה עונשית תדירה ואפקטיבית עלולות תופעות מעוותות אלה להפוך (שמא כבר הפכו?) ל"נורמה מקובלת" או לכל הפחות ל"טכניקות נסלחות" בעיני ציבור המתדיינים ובאי כוחם, ואולי אפילו בעיניהם של יושבי על מדין. אמנם, ניהול הליך פלילי כנגד כל מי שמנצל לרעה את ההליך המשפטי איננו אפשרי מבחינה מעשית, וספק אם הוא רצוי גם ברמה העקרונית.[177] אולם ענישה אזרחית יכולה למלא ביעילות רבה את הצורך להיאבק בתופעות פסולות

---

[172] התנהגות כזו עשוייה להקים את יסודותיה של עוולת הנגישה הקבועה בסעיף 60 לפקודת הנזיקין, אולם עוולה זו מוגבלת לפתיחתם של הליכים פליליים או הליכי פשיטת רגל או פירוק. במשפט האמריקאי מוכרת בנוסף לעוולה זו ("malicious prosecution") גם עילה נזיקית רחבה יותר החלה על ההליך האזרחי ("abuse of legal process"; "wrongful civil proceedings"). מכוחה של עילה חדשה זו ניתן עקרונית לפסוק תשלום עונשי. **Cohen**, M., 1308. בישראל התעוררה השאלה, אם נזק כלכלי שנגרם עקב העלאת טענות עובדתיות חסרות בסיס ביודעין במסגרת בקשה לסעד של עיקול זמני שנתקבלה על ידי בית המשפט, מקים עילת תביעה נזיקית ברשלנות. בעבר הביע בית המשפט העליון גישה שמרנית כלפי אפשרות זו. ר' ע"א 280/73 **פלאימפורט בע"מ נ. ציבה-גייגי ל.ט.ד.** פ"ד כט (1) 597, 601. גישה שונה החלה מסתמנת בפרשת **אדנס**, 655, שם בהערת אגב נאמר, ש"**אם יוכח כי בהשיגו סעד זמני התנהג המבקש בחוסר סבירות או בזדון, תקום האחריות הנזכרת בנזיקין..**" גישה זו היתה להלכה מחייבת ברע"א 1565/95 **סחר ושרותי ים בע"מ נ. וינשטיין בע"מ** פ"ד נד (5) 638. בית המשפט העליון, מפי השופט מצא, קבע כי "**נפגע מהליך שיפוטי, אשר ננקט.. ..תוך הפרת חובת הזהירות.. ..עשוי למצוא את תקנתו במסגרת עוולת הרשלנות. הוא הדין במי שנפגע מהליך שיפוטי שננקט נגדו במזיד, תוך שימוש לרעה בזכות הגישה לבית המשפט.**" שם, פסקה 18.

[173] בניגוד לפתיחת הליך נפל ביודעין, העלולה בנסיבות מסויימות לעלות עד כדי "נגישה", הגנת נפל איננה מקימה על פי רוב עילה בנזיקין. עם זאת, מעניין לציין, שבמדינת ניו-המפשייר פיתחה הפסיקה עוולה נזיקית חדשה של "הגנת זדון"("malicious defense"), שמכוחה נפסקים סעדים נזיקיים גם בתביעות חוזיות. ר' גם סע' 5.09(34). במדינות אחרות העילה הנזיקית הרלבנטית במקרה כזה (ככל שהיא מוכרת) מבוססת על חריג תום הלב.

[174] דוגמות מהפסיקה הישראלית לניצול לרעה של הליכי משפט נדונו בסע' 6.21 לעיל (הוצאות עונשיות). לכך ניתן להוסיף את התופעה הפסולה של אי עמידה בחובת תשלום על פי פסק דין, כאשר בידי המפר היכולת לעמוד בחובת התשלום ללא קושי. הליכי ההוצאה לפועל הם הליכים יקרים, המחייבים את הנפגע להשקיע משאבים רבים (זמן, כסף, טרחה) כדי להשיג בסופו של יום את מה שהיה זכאי לו גם בהעדר נזקים אלה שמביא עליו המפר, פעמים רבות בעזות מצח ובלא כל קושי כלכלי אמיתי. הכרה בסנקציה עונשית במקרים שבהם עולה בבירור כי העיכוב בתשלום לא נבע מהעדר יכולת כלכלית לעמוד בתשלום נראית גם כאן כמתחייבת. במשפט הצרפתי אמצעי חשוב לפתרון בעייה זו הוא דוקטרינת ה-astreintes, המאפשרת לבית המשפט לקבוע קנס על כל יום עיכוב בביצוע צו שיפוטי לאכיפת החוזה. ר' סע' 3.15(75) לעיל.

[175] העבירות הרלבנטיות הן של שיבוש הליכי משפט ולעיתים אף עבירות מרמה.

[176] עמד על כך פרקליט מפרקליטות המדינה: "**..לעתים קרובות נתקלים שוטרים, פרקליטים ושופטים, במהלך תביעות אזרחיות ובמיוחד בתביעות נזיקין, בתופעות-לכאורה של עדות שקר, שיבוש הליכי משפט, ניסיונות לקבלת דבר במרמה מחברות ביטוח, רשלנות, מנהל בלתי תקין, השתמטות ממס... רווחה מאוד הנטייה להעלים עין מתופעות או מחשדות כאלו, להתייחס אליהן בסובלנות ובהבנה, להשלים עם קיומן כאילו היו חלק מטבעה הבלתי נמנע של ההוויה האנושית ולעבור עליהן לסדר היום...**" **פרידלנדר**, 87. דוגמה לטענת הגנה שקרית שהעלאתה הוגדרה על ידי בית המשפט כחוסר תום לב ושימשה יסוד לפסיקת "פיצויים מוגדלים" בבית הדין הארצי לעבודה הוא עניין ***עוויסאת***, שעובדותיו מפורטות בסע' 6.13 לעיל. גם בפסק הדין בעניין ***אדל*** טרח בית המשפט לציין את העובדה שהנתבעת ניסתה לעכב את הדיון שלא לצורך והטיחה בנתבעים האשמות שווא מחפירות. ר' למשל עמ' 5 לפסק הדין: "**הנתבעת לא היססה להאשים את התובע (פנסיונר) בגניבת וידיאו.. הנתבעת טענה באותה נשימה וללא ניד עפעף, כי שילמה שכר דירה למרות ששיקים דחויים שמסרה בוטלו על ידה..** אולם במקרה זה, כבמקרים רבים אחרים, לא נפסק תשלום עונשי. הגינוי השיפוטי החריף נותר כשטר בלא שובר.

[177] חסרונות ההליך הפלילי נדונו בהרחבה בפרק ח'.

nevo.co.il

וחמורות מעין אלה.[178] לסיום ראוי לציין, שבשיטות משפט רבות ניצול לרעה של ההליך המשפטי נתפס כהתנהגות אנטי-חברתית, שבגינה מוסמך בית המשפט להטיל קנסות ועונשים אזרחיים מכוח חקיקה מפורשת.[179]

<u>סיכום לפרק י"ב</u>

12.56 בפרק זה ביקשתי לבסס ולהשלים על דרך ההדגמה השיטתית את הטיעון העקרוני בזכות ההכרה בתשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים. ביקשתי להראות, שהתנהגויות מחפירות הראויות לגינוי מוסרי ולתגובה חברתית עונשית אינן אופייניות לתחום הנזיקי דווקא. הן עשויות להתגלות - ומתגלות בפועל - בהקשרים חוזיים שונים ומגוונים. אמנם, במקרים רבים מעשה מחפיר של צד לחוזה יקים לנפגע עילה בנזיקין. אולם הניסיון לבסס עילה נזיקית מעורר קשיים מעשיים ועקרוניים.[180] אימוץ "הגישה האזרחית" מאפשר במצבים אלה להשתית את חיוב הנתבע במישרין על הפרת החוזה. כך תושג ללא קושי התוצאה המתבקשת והצודקת. מטרה נוספת של הדיון היתה לפרוש את השיקולים העיקריים שבהם ניתן לצפות כי בתי המשפט יתחשבו בבואם להחיל את הדוקטרינה בתביעות חוזיות. למרות הקושי לנבא במדוייק את ההכרעה במקרים קונקרטיים, ניתן להצביע על מספר מוגבל (אם כי לא מועט) של שיקולים שהינם בעלי משקל מרכזי בהקשר זה. מודעות לקיומם תוכל לסייע לבתי המשפט להפעיל את הדוקטרינה הן בתחום החוזי והן מחוצה לו באופן קוהרנטי ותוך הבטחת יכולת צפייה אצל מתדיינים בכוח.[181] לסיום, בפרק הודגשה העובדה, ש**התשלום העונשי איננו סנקציה (או תרופה) המוטלת "בשל הפרת חוזה" או "בשל עוולה בנזיקין"** אלא בשל **"התנהגות מחפירה"** שהיא דפוס התנהגות פסול. אכן, בהעדר הפרה של חיוב משפטי קונקרטי אין תחולה לדוקטרינה. אך החיוב המשפטי שהופר אינו חייב להיות "נזיקי" ואף לא "חוזי". התנהגות הצדדים עשויה להקים עילות תביעה מגוונות ומעורבות. אין בכך כדי לשלול מדוקטרינת התשלום העונשי את הרלבנטיות שלה. לא ארוע בודד הוא הנבחן כאן, אלא דפוס ההתנהגות הכולל של הנתבע לאורך הפרשה כולה. הערכת דפוס התנהגות זה כמכלול - לאור מגוון השיקולים שהועלו בפרק זה - היא ורק היא ראוי שתקבע אם קיימת הצדקה לשלוף את חרב התשלום העונשי מנדנה.

---

178 דוקטרינת ההוצאות לדוגמה ממלאת באופן חלקי תפקיד זה, אך היא איננה מאפשרת להטיל סנקציה בשיעור העולה באופן ניכר על הוצאות המשפט הריאליות, ובכך טמונה מגבלה חמורה על כוח ההרתעה שלה. לדיון בהבטיה העונשיים של דוקטרינה זו ר' סע' 6.21 לעיל.

179 כך למשל, קוד הפרוצדורה האזרחית בצרפת קובע (תיקון משנת 1978) שצד להתדיינות משפטית המנצל לרעה את ההליך המשפטי עלול להיות מחוייב בקנס אזרחי בשיעור שבין 100 ל-10,000 פרנק, ללא קשר לסכום הפיצויים שבהם חוייב. **Nouveau Code De Procedure Civile** (Dalloz, 1986) s. 32-1. סעיפים דומים חלים על ניצול לרעה של הליכי ערעור שונים. Id., s. 559, 581, 628. בניגוד לתשלום העונשי, קנסות אזרחיים אלה משולמים לאוצר המדינה, אך בדומה לו ניתן להטילם **בנוסף** להוצאות המשפט הנפסקות לטובת התובע. לעניין זה ר' **Herzog**, 414-5. הוראות דומות קבועות בקודים קונטיננטליים נוספים. בארה"ב נוהג כלל דיוני דומה. כלל 11 לכללי סדר הדין האזרחי הפרדלי קובע בס"ק 11(c) סנקציות כספיות ושאינן כספיות על הפרת האיסורים הקבועים בסעיף 11(b). אלה הם, בין היתר, איסורים על יצירת מצג שווא כלשהו בפני בית המשפט לגבי אמיתותן ותקפותן של טענות עובדתיות ומשפטיות המועלות בכתבי בי-דין על ידי הצד או עורך דינו. בית המשפט מוסמך להטיל סנקציה כספית בשיעור הנראה בעיניו דרוש כדי להרתיע מפני התנהגות דומה בעתיד. **U.S.C.S. Federal Rules of Civil Procedure,** Rule 11. בארץ הכירו מלומדים בצורך להתמודד עם התופעה של ניצול לרעה של הליכים אזרחיים. ר' למשל: ש' גינוסר, "מיטרד ליריב - נגישה, קינטור וטרדנות בהליכי משפט" **משפטים** ב (תש"ל) 221, 553; ש' לוין, **תורת הפרוצדורה האזרחית - מבוא ועקרונות יסוד** (ירושלים, תשנ"ט) 47: **"..מותר אולי לטעון, שמי שעושה שימוש לרעה ב'זכותו' לתבוע או להתגונן עשוי להיתבע בנזיקין מקל וחומר: אם הרשלן צפוי להיתבע בודאי שכך הפועל במזיד שלא נהג כראוי."** כמוסבר לעיל, לדעתי, התרופה שהציעו מלומדים אלה לבעייה המתוארת - הכרה בעילת תביעה לפיצויי נזיקין - איננה בגדר פתרון אפקטיבי מספיק לתופעה פסולה זו.

180 על החסרונות שבנקיטת טכניקות "נזיקיות" לפתרון הבעייה עמדתי בחלקו השלישי של הפרק הקודם. ר' סע' 11.47 ואילך.

181 ראוי לשוב ולהדגיש, שהדיון שקיימנו בפרק זה רלבנטי וישים לא רק בתחום היחסים החוזיים אלא גם בתחומים שבהם העילה לפסיקת התשלום העונשי נעוצה בהפרה של חיובים שמקורם בדין הכללי. במובן זה תרומתו של הפרק חורגת מההקשר המיוחד שבו נטוע החיבור, ורלבנטית להפעלת הדוקטרינה בכל תחום אזרחי. יתרה מכך, ניתוח השיקולים הרלבנטיים להערכת חומרתה של הפרת חיוב שקיימנו בחלקו השני של הפרק רלבנטי למעשה גם לענישה הפלילית. ייתכן אפוא, בכל הצניעות הראוייה, שהדיון בפרק זה עשוי לתרום גם לגיבוש עקרונות גזירת הדין בפלילים.

nevo.co.il

דברי נעילה

nevo.co.il

דברי נעילה: התשלום העונשי - מקסם שווא או כלי משפטי אפקטיבי?

בחיבור זה ניסיתי לבסס את התזה, שלפיה ראוי להכיר בתשלום העונשי כסנקציה אזרחית כללית, החלה פוטנציאלית בכל תחום אזרחי, ובכלל זה בדיני החוזים. אך באיזו מידה יש בכוחה של הכרה כזו כדי להביא לתיקון המצב העגום בו נתונות שיטות משפט מערביות רבות מבחינת יכולתן להבטיח אפקטיבית על זכויות משפטיות? שמא בפנינו מקסם שווא, חזיון תעתועים ששכר המאמץ הכרוך במימושו צפוי לצאת בהפסד? בשורות החותמות את חיבורי אבקש להתייחס בקצרה למספר מכשולים העשויים להקשות על התשלום העונשי לשמש כפתרון לבעיות תת-האכיפה במשפט, גם אם יאומץ בהסדר חקיקתי ראוי ויופעל באופן מושכל ורחב על ידי בתי המשפט. המסר אותו אבקש להעביר הוא שמגבלות אלה אף שהן בעלות משקל, אין בהן כדי להצדיק רפיון ידיים מבחינת הנכונות לאמץ את התשלום העונשי אל חיקו של המשפט הפרטי המודרני.

א. בעיית הגישה לערכאות (access to justice)

בעיות האכיפה של המשפט המודרני אינה ייחודית למשפט הפלילי בלבד. במדינות מערביות רבות גם המשפט האזרחי סובל מבעייה חמורה של תת-אכיפה, המקשה עליו להגשים את ייעודו - מתן סעד על הפרת זכויות אזרחיות. בחיבור זה נדונו בהרחבה שניים מבין הגורמים לבעייה זו - בעיית ההתחמקות מהדין ובעיית תת-הפיצוי, ונבחנה האפשרות לרפאן באמצעות התשלום העונשי. בעייה אחרת, כאובה לא פחות, היא בעיית הגישה לערכאות, הנובעת בעיקר מיוקר ההליכים המשפטיים, ומהעומס הכללי המוטל על ערכאות המשפט האזרחיות. בעייה זו פוגמת לכאורה באופן משמעותי בכוחו של ההליך האזרחי לרפא את הליקויים שעליהם עמדתי בחיבור, בכל הנוגע למתן הגנה אפקטיבית על זכויות מפני הפרתן המחפירה.[1]

אין לכחד, שבעייה הגישה לערכאות גורעת בהכרח מפוטנציאל התרומה של כל מנגנון משפטי אזרחי, ובכלל זה של הדוקטרינה דנן. יחד עם זאת, לדעתי, הצורך להתמודד עם בעייה כאובה זו חייב להיעשות במקביל לעריכת שיפורים במנגנונים הקיימים. אין להתיר לו לשמש כעילה לאוזלת יד וחידלון. הטעם לכך הוא כפול: בראש ובראשונה, אין להמעיט כלל בהשפעתה החשובה של המערכת המשפטית בכל אותם רבבות מקרים המטופלים במסגרתה מדי שנה בשנה או המיושבים בצילה. הכרה בתשלום העונשי תוכל לשפר באופן מיידי את יכולתו של השופט האזרחי לעשות משפט צדק עם אזרחים שזכויותיהם היו למרמס בידי זולתם. שנית, ואולי חשוב מכך - הכרה ואימוץ של התשלום העונשי כסנקציה אזרחית מן המניין צפוייה להשפיע לטובה גם על התנהגותם ורווחתם של מי שאינם צד להליכים המשפטיים שבהם הוא נפסק בפועל. כפי שציינתי בחיבור גופו, עצם הידיעה בציבור כי מדי יום ביומו עומד המשפט על משמר הזכויות היא בעלת אפקט חיובי ביותר על יחסו של האזרח למערכת החוק והמשפט. יתרה מכך, הידיעה על האפשרות לזכות בתגמול רוחני וכלכלי על הגשת תובענה צפוייה לחזק את התמריץ להגשת תביעות גם בקרב מי שבהעדרה של ציפייה זו היו נאלצים לוותר על נקיטה בהליך משפטי. אמנם, הגדלת זמינותה של מערכת המשפט פועלת להגברת העומס עליה, אך הגברה זו

---

[1] על הבעייה הקשה של תת-האכיפה במשפט האזרחי עמד פרופ' אנגלרד: **"כל הגנה נזיקית- כמוה ככל הגנה מהותית במשפט- עלולה לאבד את משמעותה אם אין מנגנון שיפוטי יעיל להגשמתה... לצערנו דומה, כי אף בישראל הגשמת הזכויות הפכה לבעייה המרכזית, במיוחד במקרים בהם האינטרס ה כ ל כ ל י אינו עומד במקום הראשון וסכום התביעה קטן יחסית. האם אמנם רק עקשן או עשיר ישכים לפתחי בית המשפט?!" אנגלרד**, 6-595. למדגם סמלי של מקורות העוסקים בבעיית הגישה לערכאות ר' סע' 12.49(160) לעיל.

nevo.co.il

צפוייה להתקזז מול הפחיתה המשמעותית במספרן של התדיינויות סרק, המנוקזות כיום למערכת רק בשל ידיעתם של מפרים ומזיקים כי רמיסת זכויות הזולת עשוייה להיות משתלמת, גם אם סופה להצמיח פסק דין לטובת הנרמס. באופן זה יפעל התשלום העונשי לתיעול סכסוכים ומחלוקות אמת אל המערכת על חשבון התדיינויות מיותרות, וחשוב לא פחות - יביא להפחתה בהיקף ההפרות המחפירות (שרבות מהן אינן ניתנות לתיקון בדיעבד).

ב. חוסר אפקטיביות בהגנה על אינטרסים ציבוריים?

גם בהנחה שהתשלום העונשי עשוי להגביר את רמת ההגנה על זכויות הפרט, האין הוא מזניח באופן שיטתי תחומים חשובים שבהם הפרת החוק המחפירה פוגעת באינטרסים ציבוריים? היש בכוחו לתת מענה לפגיעות באיכות הסביבה, הפרה מודעת של חוקי התכנון והבנייה, פגיעות ברכוש המדינה, מעשי הונאה המכוונים כלפי אוצר המדינה, וכיוצא באלה תופעות אנטי-חברתיות המכוונות לאו דווקא כלפי הפרט, אלא כלפי הציבור בכללותו? לכאורה התשובה לכך שלילית, שכן התשלום העונשי הוא סנקציה אזרחית שאופן מסורתי פועלת להגנה על זכויותיהם של פרטים, ולא על זכויותיו של הציבור.

אולם לדעתי, כוחו של התשלום העונשי רב לו גם בהגנה על אינטרסים אלה. אמת, נכון הדבר שבמרבית המדינות אין מרבים לפסוק תשלום עונשי לטובת המדינה ורשויות הציבור. אלא שמגבלה מסורתית זו אינה מחוייבת המציאות.[2] זכויותיו של הציבור אף הן טעונות הגנה, לעיתים אף ביתר שאת מזכויותיו של הפרט, שכן לעיתים דווקא הן החשופות לפגיעה ללא תרופה ומענה.[3] הגנה זו איננה חייבת לבוא בדמות ענישה פלילית, שכן כמובהר בחיבור לזו חסרונות רבים. מדוע זה תישלל האפשרות לפסוק תשלום עונשי כנגד אדם פרטי או תאגיד שהפר חובה חוזית, נזיקית, או חיוב אחר מן הדין שחב בו כלפי רשות או תאגיד ציבוריים? זאת ועוד, אין לשכוח, שלמדינה עומדים אמצעי אכיפה חלופיים כדוגמת המשפט הפלילי, המינהלי והמשמעתי, אמצעים שאינם עומדים לאזרח הפרטי. התשלום העונשי יכול אפוא לסייע לציבור באכיפת זכויותיו, אך אין הוא תחליף להקמת מנגנוני אכיפה ציבוריים משוכללים יותר, לצידו או במקומו.

ג. מגבלות הספקנות

כל הצעה להכיר במוסד משפטי חדש צפוייה להיתקל בהתנגדויות מסוגים שונים. לצד התנגדויות ענייניות ומבוססות, ניתן תמיד למצוא התנגדויות המבוססות על גישה שמרנית, או על גישה צינית וסקפטית ביחס לאפשרות 'לשנות את העולם', קל וחומר באמצעות מוסדות משפטיים. אכן, עריכת רפורמות משפטיות מתחייבת מידה רבה של זהירות וצניעות. מידת ההצלחה של כל שינוי משפטי תלויה בסגולתו של השינוי לא רק במישור העיוני והערכי, אלא גם ביכולתו לקרום עור וגידים, ולחולל שינוי בדפוסי התנהגותו של קהל היעד שאליו השינוי מכוון. אמת, אין מנוס מלהודות, כי בדיקה מדעית אמפירית כוללת של הקשרים האיכותיים

---

[2] ככל הנראה הטעם למגבלה מסורתית זו על השימוש בדוקטרינה נעוץ במסורת המשפטית האנגלו-אמריקאית, הרואה בתשלום העונשי אמצעי להגנה על האזרח הקטן מפני התאגיד הגדול או מפני כוחה השרירותי של המדינה. סיבה נוספת נעוצה ככל הנראה, בתפקיד ההיסטורי של התשלום העונשי במישור של ריצוי רגשות הנקם ופיצוי על פגיעות בכבוד, תפקיד שאינו רלבנטי בהקשר של פגיעות ברשויות ציבור ובתאגידים.

[3] הדברים אמורים במיוחד במשאבים משותפים שפגיעה בהם פוגעת באורח משמעותי באיכות החיים של כלל הציבור, לעיתים באורח בלתי הפיך, כגון פגיעות בערכי טבע ונוף, קרקע, מים, אויר נקי וכיו"ב.

nevo.co.il

והכמותיים בין ההכרה בתשלום העונשי לבין היקפן של הבעיות שהיא מתיימרת לפתור היא משימה מורכבת שעד כה טרם בוצעה, וספק אם תושלם בעתיד הקרוב.[4]

אולם לדעתי, מערכת משפט החפצה חיים אסור לה לקפוא על שמריה ולעכב התפתחויות הנראות מתבקשות, אך בתואנה שהוכחה מדעית חותכת לתרומתו של השינוי המוצע איננה בהישג יד. יתרה מכך, דומה שקשה להתעלם - ושלא להתפעל - מחיוניותה המופלאה של דוקטרינת התשלום העונשי במדינות שבהן היא מוכרת. למרות הבעיות המושגיות והמעשיות הרבות שמוסד משפטי זה עורר כמעט מאז בואו לעולם לפני כמאתיים וחמישים שנה, ולמרות עליות ומורדות ביחס כלפיו בתקופות שונות, הוא ממשיך להיות מושרש וחיוני.[5] עובדה זו מחזקת את תחושתי, כי מוסד התשלומים העונשיים ממשיך לתפוס מקום כה נכבד בהוויה האנגלו-אמריקאית לא רק מטעמים היסטוריים ותרבותיים, אלא בשל ההכרה בהשפעתו החיובית על עיצוב המשפט והחברה במדינות אלה.

אכן, התשלום העונשי איננו נוסחת פלא העתידה להביא בן-לילה לפתרונה של בעיית הגנת החסר על הזכות המשפטית. עם זאת, לצד הסדרים משפטיים מתוחכמים אחרים שעלינו לעצב במסגרת המשפט הציבורי והפרטי,[6] אין להתעלם מתרומתו הפוטנציאלית החשובה בפתרון הבעיות הבוערות של המשפט. הענישה האזרחית בכלל והתשלום העונשי בפרט, מעמידים בידי בית המשפט כלי רב עוצמה להכוונת התנהגות ולתיקון עולם. כלי עבודה חשוב זה הוזנח על ידי שופטי ומלומדי ישראל, ונותר כאבן שאין לה הופכין לא רק בתחום החוזי-מסחרי, אלא גם בתחום מחייתו המסורתי - דיני הנזיקין. עלינו לשוב ולאמצו. עלינו לבחון אותו, לנער מעליו את אבק השנים, למרק אותו, ואולי אף לעצבו מחדש. אל לנו לזנוח אותו. בסיוע הסדר חקיקתי זהיר ופתיחות שיפוטית, יוכל מוסד התשלומים העונשיים לתרום רבות לשיפור היכולת להשיג צדק ולכוון התנהגות באמצעות המשפט. אין גם לזלזל בחשיבות הערכית והחינוכית הגלומה בהכרה במוסד התשלומים העונשיים. עצם ידיעתו של האזרח הפשוט כי המשפט הישראלי לא רק מעניק זכויות, אלא גם נכון לנקוט אמצעים ממשיים ואפקטיביים לגינוי וריסון של זלזול בוטה בהן בכוחה להגביר את אמונו במערכת אכיפת החוק, וכך לשפר את מידת הסולידריות שלו כלפי זולתו וכלפי הקהילה המדינית שבה הוא חי.

ולבסוף - ראוי לשוב ולהזכיר את שתי החלופות להכרה בענישה האזרחית. אלה הן מחד גיסא השלמה עם המציאות העגומה השוררת בעולם המערבי בכלל ובישראל בפרט בכל הקשור להגנה על זכויות, ומאידך גיסא ניסיון לשנות מציאות זו באמצעות היזקקות בלעדית לערוצי הענישה הציבוריים המסורתיים - פליליים,

---

[4] למרבה הצער יש להניח, שגם עריכת מחקרים אמפיריים לא היתה מספקת תשובה חד-משמעית לשאלה זו, כשם שעריכתם לא סייעה עד היום להסיר את הספקות לגבי טיב ומידת ההשפעה של המשפט הפלילי על תופעת העבריינות.

[5] ברוח דומה התבטא לאחרונה פרופ' Twerski: **"Few commentators believe that all is well with punitive damages. It is not a trouble free doctrine.** [but] **The doctrine is larger than life and has withstood some powerful attacks. For all of the trouble associated with the punitive damage doctrine, it will not go away. Although it may be curtailed or refined at times; the doctrine has staying power."** A.D. Twerski, "Punitive Damages: Through the Five Prisms" 39 **Vill. L.R.** (1994) 353, 362.

[6] אזכיר כאן רק מספר דוגמות למוסדות משפטיים יצירתיים המשקפים נטישה של מודלים מסורתיים ומוכרים ושבכוחם לסייע למשפט בהתמודדות עם מגבלותיהם של המשפט הפלילי והאזרחי המסורתיים: התובענה הייצוגית; משטרים של אחריות מוחלטת וביטוח לאומי; הוראות פיצוי "אזרחיות" בחוק הפלילי; קנסות אזרחיים; דרכי ענישה ושיקום חדשניות של עבריינים ("צדק מפצה"; "ענישה בהסכמה"); מנגנוני אכיפה מינהליים (כדוגמת חוק העבירות המינהליות); חקיקה המחזקת את מעמדו של קורבן העבירה בהליך הפלילי; הליך הקובלנה הפרטית.

nevo.co.il

מינהליים וכיו"ב. בהינתן חומרתה של הבעייה מחד גיסא, ומגבלות התקציב הקשות שמולן ניצבת האכיפה הציבורית מאידך גיסא, דומה שייעול ההגנה המשפטית באמצעות יצירת ערוצים (מקבילים או נוספים) של ענישה אזרחית הוא הפתרון העדיף והמתבקש, ולו בדרך האלימינציה.[7]

בהתקרבי לסיום חיבורי, אבקש לצטט בהסכמה שורות אחדות מדבריו של מלומד בן-זמננו, הקורא לנטישת הגישה השמרנית והסקפטית כלפי הענישה האזרחית, ולהבנה כי לא רק שאין היא אמצעי מוזר או אנומלי, אלא שקיים הכרח להיזקק לה, אם ברצונה של החברה המודרנית להתייחס ברצינות לצורך באכיפת חוק ובשמירה על שלטון החוק:

> **"Civil suits are simply a mechanism whereby the state authorized private parties to enforce the law. Viewed in this light… ..there is nothing extraordinary or oppressive about most punitive damages awards. Such awards should be common when the legislature has decided that it wants people to comply with the law, as opposed to tolerating the efficient breach** [of it]. **If we are going to rely on private enforcement, rather than** [or in addition to] **administrative enforcement, we should be sure that that method is effective. In civil litigation it is time to stop worrying about the punitive nature of the damage award, and to start getting serious about enforcing the law."**[8]

דומני כי דברים אלה עשויים ליתן השראה לאלו הסבורים, כמוני, כי מוסד התשלומים העונשיים יכול לשמש (ומשמש בפועל במדינות רבות) ככלי שרת חשוב גם בעידן המודרני.

<u>ד. אחרית דבר - מבט אל העבר ואל העתיד</u>

במובן מסויים ניתן לראות בהכרה המודרנית המתרחבת במגבלותיה (במישור התיאורי והנורמטיבי כאחד) של ההפרדה הדיכוטומית בין המשפט הפלילי למשפט האזרחי מעין תנועת מטוטלת, הדוחפת את המשפט בחזרה לעבר המקום שבו עמד כבר בעבר. המגמות המודרניות מבקשות להחזיר את התיאורייה המשפטית למקום הראוי לה, שעל פניו עברה-חלפה לה ביעף בלהט התמורות המפליגות שעברו על החשיבה המשפטית במאות ה-18 וה-19. תמורות אלה הביאו לכך שהמשפט הפלילי והמשפט האזרחי, שלאורך מרבית ההיסטוריה האנושית היו כרוכים ושלובים זה בזה כמעט לבלי הכר, החלו נפרדים ומופרדים זה מזה, תחילה במחשבה, ולאחר מכן במעשה. ייתכן שאנו מצויים בראשיתה של תקופה חדשה, שלישית. המשפט מבקש היום לשוב ולמזג בין

---

[7] בישראל אחד מהתומכים הבולטים בעמדה זו הוא פרופ' קנת מן, אשר במאמריו התמקד בערוצי ענישה ציבוריים, אך הדגיש גם את החשיבות הרבה שבפיתוח ערוצי ענישה פרטיים, ובכלל זה הכרה בתשלום העונשי: **"יש לחשוב על דרכים להעברת חלק מנטל האכיפה לתחום הפרטי, על ידי יצירת הליכים להטלת פיצויים עונשיים בתביעות המוגשות לבית המשפט על ידי הפרט... בצד הליכים אלה, יהיה צורך להגביר במידה רבה את השימוש בקנסות ועונשים המוטלים על ידי המדינה בגין עבירות הפוגעות בכלל הציבור... בכוחם של שינויים אלה להגביר את אפקטיביות האכיפה הציבורית בצורה משמעותית ביותר, ולצמצם את תחושת חוסר האונים של רשויות האכיפה במשרדי הממשלה.."** מן, 260, 261.

[8] E.L. Rubin, "Punitive Damages: Reconceptualizing the Runcible Remedies of Common Law" Vol. 1998 **Wis. L.R.** 131, 154-5.

nevo.co.il

התחומים, הפעם במתכונת מודרנית מתונה ומורכבת יותר, המתאימה לרוח הזמן ולצרכי העולם החדש.[9] התשלום העונשי, בהיותו דוגמה מובהקת למיזוג מעין זה, מספק לנו אמצעי חשוב - לא יחיד - שמן הראוי לטפח ולפתח כדי לסייע למשפט לשמר את חוסנו ולהגשים את מטרותיו.

בחיבור זה התמקדתי בבחינת תפקידו של התשלום העונשי כסנקציה בתביעות חוזיות. דיני החוזים אינם אלא ענף משפטי אחד מבין ענפי המשפט האזרחי, אחד החשובים ביותר לפיתוחו ולקידומו של היחיד ושל החברה כולה. גם בתחום זה, כמו בהקשרים אחרים שבהם מקיימים בני אנוש יחסי גומלין, מתגלים מעת לעת ביטויים מכוערים של התנהגות אנטי-חברתית. דיני החוזים, כמו דיני הנזיקין, אינם "נקיים מערכים" של מוסר והגינות. בעידן המודרני שבו גוברת ההכרה בתפקידו החברתי החשוב של דין החוזים כמקדם ערכים של צדק, מוסר ויעילות כלכלית, אין הצדקה למנוע מענף זה לקלוט ולאמץ אל קרבו סנקציות ותרופות שתכליתן לסייע בהגשמתם הלכה למעשה של ערכים אלה.

אם חפצים אנו בהגנה אמיתית על זכויות משפטיות, בכלל זה זכויות חוזיות, אין מנוס מהפעלת מנגנונים שיבטיחו הגנה כזאת לא רק בתיאורייה, אלא גם למעשה. חיבור זה ביקש להראות כי המנגנונים התרופתיים המסורתיים של המשפט הפלילי מחד גיסא ושל המשפט האזרחי מאידך גיסא נכשלים בעידן המודרני בהגשמת אידאל זה. עליהם להתגמש, להשתנות, להתאים עצמם לצורכי השעה. כפי שהראיתי, ניסיונות לבצע התאמה והגמשה מסוג זה מתבצעת במגזרים שונים שבהם דיני התרופות - בחוזים ובנזיקין - פועלים באופן מוסווה למימוש מטרות עונשיות. כמוסבר, ענישה מוסווית זו על פי רוב היא מסורבלת, מלאכותית, בלתי הוגנת, ואף מוגבלת בהיקפה ובעוצמתה. התשלום העונשי מציע הגנה ישירה יותר - ולכן הוגנת ויעילה יותר - על הזכות המשפטית מפני הפרתה המחפירה.

אמנם, כפי שהראיתי, ההכרה בתשלום העונשי כרוכה בבעיות לא מעטות וטמונים בה אף סיכונים. בחיבור זה ביקשתי להראות, כי סיכונים אלה - שחובה עלינו להיות מודעים אליהם ודרוכים כלפיהם - אינם עילה להירתעות מאימוץ מוסד התשלומים העונשיים. שימוש מושכל בו - במשפט האזרחי בכלל ובתחום החוזי בפרט - ישמר את חיוניותו של המשפט, ויסייע למערכת המשפט המודרנית להתמודד ביתר הצלחה עם האתגרים הרבים העומדים בפניה - היום וגם מחר.

* * *

[9] ברוח דומה התבטא פרופ' אנגלרד ביחס לדיני הנזיקין: "**המשקיף על התפתחות זו של דיני הנזיקין, על רקע תולדותיהם, יחוש בשחוק הגורל. דיני הנזיקין מראים סימנים לשוב בחברה המודרנית לתפקיד ההיסטורי העונשי שלהם הנחשב כ"פרימיטיבי" בחברה הריכוזית. אך מרוב ריכוזיות, שהביאה לידי ריבוי עצום של תפקידים, השלטון זקוק ליזמת היחיד הבא להגן על עצמו ועל איכות חייו לתועלת החברה כולה.**" **אנגלרד**, 595.

nevo.co.il

נספחים

נספח חקיקה:

הצעת חוק לתיקון דיני התרופות (תשלום עונשי)

סעיף 1 - הגדרות

בסעיף זה:

"**תשלום עונשי**" - סכום כסף הנפסק כנגד נתבע בהליך אזרחי כעונש על התנהגותו המחפירה, וזאת בלא תלות בחיובים אחרים שהוטלו על הנתבע בפסק הדין, ככל שהוטלו.

"**מעשה**" - לרבות מחדל

"**פגיעה**" - פגיעה ברווחתו הגופנית, הנפשית או החומרית של אדם

פגיעה או סיכון "של ממש" - שאינם של מה בכך

"**חיוב**" - חיוב משפטי שבין אדם לרעהו, לרבות חיוב שמקורו בחוזה או בהתחייבות

"**מודעות**" - לרבות עצימת עיניים

"**נתבע**" - אדם שכנגדו הוגשה תובענה בהליך אזרחי

מעשה שלא כדין" - מעשה המנוגד לחיוב משפטי והנעדר צידוק או פטור בדין

סעיף 2 - תשלום עונשי בגין התנהגות מחפירה

השתכנע בית המשפט הדן בעניין אזרחי כי הוכח בראיות חד-משמעיות [נוסח חלופי: ברורות ומשכנעות], שהתנהגות הנתבע כלפי התובע היתה התנהגות מחפירה כהגדרתה בסעיף 3 לחוק זה, רשאי הוא מנימוקים שיירשמו לחייב את הנתבע בתשלום עונשי.

סעיף 3 - התנהגות מחפירה - מהי?

לעניין חוק זה התנהגות מחפירה היא התנהגות של נתבע שבנסיבות העניין כולו משקפת חריגה בוטה [נוסח חלופי: משמעותית] מכל סטנדרד סביר של התנהגות, ואשר התקיימו בה כל התנאים הבאים:

1) ההתנהגות כללה לפחות מעשה אחד שהיה בו משום הפרה נעדרת צידוק או פטור בדין של חיוב שבו חב הנתבע כלפי התובע (להלן בסעיף זה - "**המעשה**").
2) המעשה פגע בתובע או באנשים אחרים פגיעה של ממש או סיכן אותם סיכון של ממש.
3) בעת ביצוע המעשה היה הנתבע מודע למעשה, להיותו שלא כדין, ולעובדה כי הוא פוגע פגיעה של ממש בתובע או באנשים אחרים או מסכן אותם סיכון של ממש.

nevo.co.il

<u>סעיף 4 - שיקולי בית המשפט לעניין התקיימותה של התנהגות מחפירה</u>

בהכריעו בשאלה אם בנסיבות העניין כולו משקפת התנהגות הנתבע חריגה בוטה מכל סטנדרד סביר של התנהגות, יתחשב בית המשפט בשיקולים אלה:

א) מספר הפעמים שבהם ביצע הנתבע מעשה העומד בתנאים הקבועים בסעיף 3 לעיל (להלן בסעיף זה - "**ההפרה**").

ב) חומרת הפגיעה או הסיכון שנגרמו לתובע או לאנשים אחרים עקב ההפרה או ההפרות שביצע.

ג) יחסו ההכרתי של הנתבע כלפי טיב הסיכון שיצר בהפרה או בהפרות שביצע, היקף הסיכון, ודרגת ההסתברות כי הסיכון אכן יתממש.

ד) יחסו החפצי של הנתבע כלפי אפשרות התממשותו של הסיכון שיצר בהפרה או בהפרות שביצע.

ה) המניע או הגורם שהביא את הנתבע לביצוע ההפרה או ההפרות.

ו) יחסו של הנתבע כלפי התובע לפני, אחרי ובמהלך ההפרה או ההפרות, לרבות התנהלותו במהלך ההליכים המשפטיים שהתקיימו בינו לבין התובע בעקבות ההפרה או ההפרות. במיוחד יבחן בית המשפט את השאלה, אם הציע הנתבע לתובע לפני הפרת החיוב, ובמקרה שלא יכול היה לדעת את זהותו - בסמוך לאחר שנודעה לו זהותו, הצעה כנה סבירה והוגנת לפוטרו מקיום החיוב או מאחריות להפרתו בתמורה לתיקון תוצאות ההפרה או לפיצוי התובע בגינה או בגין אי קיום החיוב.

ז) התנהגותו של התובע כלפי הנתבע בנסיבות העניין, לרבות התנהלותו במהלך ההליכים המשפטיים שהתקיימו בינו לבין התובע, ולרבות תגובתו להצעה של הנתבע כאמור בסעיף קטן (ו) לעיל.

<u>סעיף 5 - שיקולי בית המשפט לעניין השאלה אם לפסוק תשלום עונשי בגין התנהגות מחפירה</u>

בשוקלו אם מן הראוי לפסוק תשלום עונשי כנגד נתבע בגין התנהגותו המחפירה, יתחשב בית המשפט בשיקולים המנויים בסעיף 4 לעיל, וכן יתחשב בשיקולים אלה, ככל שהובאו בפניו נתונים ביחס אליהם:

א) המידה שבה יש ביתר החיובים שיוטלו על הנתבע בפסק הדין משום עונש מספיק על התנהגותו המחפירה גם בלא שיחוייב בתשלום עונשי.

ב) המידה שבה יש בסנקציה שהוטלה על הנתבע במסגרת הליך משמעתי, מינהלי או אזרחי קודם בגין התנהגותו המחפירה משום עונש מספיק על אותה התנהגות.

ג) דרגת הסתברותה של האפשרות שהנתבע יועמד בעתיד לדין וייענש בגין התנהגותו המחפירה במסגרת הליך פלילי, משמעתי או מינהלי, והעונש העלול להיות מוטל עליו אם יורשע בהליך זה.

ד) העובדה שחקירה פלילית או הליך פלילי שנפתחו כנגד הנתבע בגין התנהגותו המחפירה הופסקו על ידי רשות מוסמכת, משך החקירה או ההליך, והטעמים להפסקתם.

nevo.co.il

סעיף 6 - שיקולי בית המשפט לעניין שיעור התשלום העונשי שייפסק

לעניין שיעור התשלום העונשי יתחשב בית המשפט בשיקולים המנויים בסעיפים 4 ו-5 לעיל. בנוסף יתחשב בית המשפט במידת יכולתו של הנתבע לשלם את התשלום העונשי שיוטל עליו, ובעוצמת הפגיעה הכלכלית שתיגרם לנתבע או לאנשים אחרים עקב חיובו בתשלום העונשי.

סעיף 7 - סייג לסמכות לפסוק תשלום עונשי

א) לא ייפסק תשלום עונשי כנגד נתבע בשל התנהגותו המחפירה, אם התקיים אחד או יותר מאלה:

1) הנתבע הורשע או נענש בדרך אחרת במסגרת הליך פלילי בבית משפט על אותה התנהגות.
2) הנתבע זוכה במסגרת הליך פלילי בבית משפט מאישום על אותה התנהגות.
3) תלוי ועומד כנגד הנתבע הליך פלילי בבית משפט בשל אותה התנהגות.
4) הנתבע חוייב בעבר בתשלום עונשי בגין אותה התנהגות.

ב) לא ייפסק תשלום עונשי כנגד נתבע אלא אם כן התובע ביקש זאת בתביעתו.

סעיף 8 - זכות טיעון

לא יפסוק בית משפט תשלום עונשי בטרם נתן לתובע ולנתבע הזדמנות לטעון את טענותיהם לעניין עצם חיובו של הנתבע בתשלום עונשי ולעניין שיעור התשלום העונשי.

סעיף 9 - תקרה

א) לא יפסוק בית המשפט תשלום עונשי בסכום העולה על שילוש הסכום המשקף לדעת בית המשפט את הגבוה מבין שני מאלה:

1) הנזק שאדם סביר בנעליו של הנתבע יכול היה להעריכו מראש כתוצאה מסתברת של התנהגותו המחפירה;
2) הרווח שהפיק הנתבע עקב התנהגותו המחפירה.

ב) שר המשפטים רשאי, באישור וועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת, ולאחר שנועץ בדבר עם היועץ המשפטי לממשלה ועם נשיא בית המשפט העליון, לשנות מעת לעת את גובה התקרה, ובלבד שהתקרה לא תבוטל.

nevo.co.il

סעיף 10 - התשלום העונשי - למי?

א) מחצית מן הסכום המוגדר בפסק הדין כתשלום עונשי תשולם לידי התובע (להלן: חלק התובע) ואילו המחצית הנותרת תשולם לאוצר המדינה או לגוף ציבורי אחר שיקבע שר המשפטים (להלן: חלק הציבור).

ב) חלק התובע יצורף ליתר החיובים הכספיים שבפסק הדין ויראוהו לעניין הליכי גבייתו כחלק בלתי נפרד מחובו האזרחי של הנתבע לתובע.

ג) את חלק הציבור יראו כקנס אזרחי ועל הליכי גבייתו יחולו בשינויים המחוייבים הוראות חוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, תשנ"ה-1995.

ד) בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיפרט, רשאי בית המשפט לסטות מהאמור בסעיף קטן א' לעיל ולהגדיל את חלק התובע על חשבון חלק הציבור, או להיפך.

סעיף 11 - הוצאות לדוגמה או תשלום עונשי בגין תביעת סרק לתשלום עונשי

ראה בית המשפט כי תביעת התובע לחייב את הנתבע בתשלום עונשי היתה טענת סרק שנטענה ביודעין ובחוסר תום לב, רשאי הוא לבקשת הנתבע, ולאחר ששמע את טענות התובע לעניין זה, לחייב את התובע בהוצאות הנתבע לדוגמה; היתה העלאת טענת הסרק על ידי התובע התנהגות מחפירה כהגדרתה בסעיף 3 לחוק זה, רשאי בית המשפט לחייב את התובע בתשלום עונשי, וזאת גם מבלי שהנתבע הגיש על כך תביעה נפרדת.

סעיף 12 - איסור ביטוח

א) תנייה בחוזה שנועדה לבטח אדם מפני הסיכון כי יחוייב בתשלום עונשי - אין לה תוקף.

ב) אין באמור בסעיף קטן 1 לעיל כדי לפגוע בתוקפה של תנייה בחוזה שעניינה ביטוח מפני חבות בפיצויים, אף אם היו הפיצויים בגין נזק שנגרם כתוצאה מהתנהגות מחפירה.

סעיף 13 - תיקון לחוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, תשנ"ה-1995

בסעיף 1 לחוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, תשנ"ה-1995 יתוקן סעיף קטן (4) ויוספו לו המילים "לרבות תשלום עונשי כמשמעו בסעיף 1 לחוק לתיקון דיני התרופות (תשלום עונשי)."

סעיף 14 - תיקון לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982

סעיף 189 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982 יתוקן ויוספו לו המילים "לרבות ראיות בדבר תשלום עונשי כהגדרתו בסעיף 1 לחוק לתיקון דיני התרופות (תשלום עונשי)."

* * *

nevo.co.il

ביבליוגרפיה*

תוכן עניינים

חקיקה ישראלית ..... f

חקיקה בתוקף..... f

הצעות חוק וחקיקה שאינה בתוקף ..... g

משפט עברי ..... h

חקיקה זרה ..... h

חקיקה בתוקף..... h

חקיקה לדוגמה..... i

המלצות לחקיקה (ועדות רפורמה) i

פסיקה ישראלית i

פסיקה זרה..... n

ספרות בעברית ..... t

דוחות רשמיים ..... t

ספרים ומאמרים ..... t

ספרות בלועזית..... x

חקיקה ישראלית

חקיקה בתוקף

חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000, 5(ב)

חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, 7א(א)+(ב)

חוק בנק ישראל תשי"ד-1954, 51

חוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד-1984, 75

חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980, 8

חוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במנהל התקין) תשנ"ז-1997, 3(א)(1)

חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, 3, 23, 31(ב)(1)

חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958, 16(ג), 17, 18, 20(ב), 19א(א)+(ב)

חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, 12, 12(א), 12(ב), 14(ב), 15, 18, 20, 21, 39, 43

חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970, 3(4), 6, 7(ב), 9, 13-10, 15(א), 17, 18, 18(א), 18(ב)

לחוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, 3, 19

חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, 2(2)

חוק העבירות המינהליות, תשמ"ו-1985, 14

---

* למעט בהתייחס לדברי חקיקה, הרשימה הביבליוגרפית שלהלן ערוכה כרשימת קיצורים לפי סדר אלף-ביתי (דברי חקיקה מובאים בשמם המלא, גם הם לפי סדר אלפביתי). הקיצורים לפסקי דין ניתנו לפי שם צד א' להליך למעט במקרים שבהם צד א' הוא המדינה (במקרה כזה הקיצור ניתן לפי שם צד ב'). הקיצורים לספרים ומאמרים ניתנו לפי שם המחבר. להבהרות נוספות ר' "הערות טכניות למעיין בחיבור" (עמ' ט"ז לעיל).

חוק העונשין, תשל"ז-1977, 1, 19, 34יט, 34כא, 61(א)(1), 63(א), 71א(ב), 73, 77-81, 117, 163, 192, 195, 196, 210, 215, 221, 222, 223, 237, 239, 240, 333, 336, 341, 368א, 368ג, 378, 414, 415, 417-23, 424-6, 428, 431, 432, 439-46, 452, 490

חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, 183(ג)

חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, 2(א), 5(ב), 5ד

חוק הפרשנות, תשמ"א-1981 3(3)

חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, 45

חוק השקעות משותפות בנאמנות, תשנ"ד-1994, 114

חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965, 219(א)+(ב)

חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001

חוק זכות מטפחים של זני צמחים, תשל"ג-1973, 65(ג)

חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981, 28א

חוק יישוב סכסוכי עבודה (תיקון מס' 2) תשל"ב-1971, 37ד

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו 3-1, 8, 10

חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, 1,2

חוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998, 6(ב)

חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) תשי"ט-1959, 9

חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב-1982, 73-68, 94(א), 221, 221(ב)

חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999, 1, 13

חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, 2

חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, 10(1)

חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987, 8

פקודת החברות [נוסח חדש] תשמ"ג-1983, 373

פקודת המבחן [נוסח חדש] תשכ"ט-1969, 1, 11(1)

פקודת המכס [נוסח חדש] 83

פקודת הנזיקין [נוסח חדש] 3, 4, 29, 35, 56, 58, 60, 62, 63, 63(א), 84

פקודת הפרשנות [נוסח חדש]

פקודת זכות יוצרים, 3א, 4א(5)

פקודת מחלות בעלי חיים [נוסח חדש], התשמ"ה - 1985, 27א

פקודת מס הכנסה 190(ב), 219

פקודת מס ערך מוסף, תשל"ו-1975, 95

תקנות הגנת הצרכן (פרסומת המכוונת לקטינים) תשנ"א-1991, 3(1)

תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, 9, 514

<u>הצעות חוק וחקיקה שאינה בתוקף</u>

דבר המלך במועצתו לארץ ישראל (1922), סימן 46

הצעת חוק חוזה הביטוח (תיקון מס' 2) התשמ"ח-1988, ה"ח תשמ"ח, 136

הצעת חוק יישוב סכסוכי עבודה (תיקון מס' 2) תשל"ב-1971, ה"ח 965, תשל"ב, 63

המג'לה העות'מאנית ("מגלית אל-אחכאם אל-עדלייה") סעיפים 111-106

משפט עברי

שמות, כ״א, ל״ז.

שמות, כ״ב, ג׳, ח׳.

שמות, כ׳, ט״ז.

דברים, י״ז, י״ג.

חקיקה זרה

חקיקה בתוקף

California Civil Code, s. 3294(a)

Civil Code of Quebec (Cowansville, 1994) s. 1621

Code Civil (Paris, 1997, Dalloz Ed.) s. 1382

Codigo civil: Comentarios y Jurisprudencia (Madrid, 1991, Garcia Ed.) s. 1107

Codice civile (Roma, 1992, Gazzetta Ufficiale) s. 1123, 1125, 1337

Colo. Rev. Stat. Ann. s. 13-25-127(2)

Copyright, Designs and Patents Act 1988, s. 97(2), 191J

False Claims Act 31 U.S.C.A (1988) s. 3729

German Civil Code - B.G.B. (New Jersey, 1975, Trans. by Forrester, Goren, & Ilgen) s. 249, 253, 823(1), 826, 847

Indian Contract Act (1970)

Indiana Code s. 34-51-3-2 (1998)

Insider Trading Sanctions Act, 15 U.S.C.A. (1984)

Judicature Act 1873

Kansas Stat. Ann. s. 60-3701(e)+(f)

Landlord and Tenant Act 1730, s. 1

Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 s. 1(1)

Nouveau Code De Procedure Civile (Dalloz, 1986) s. 32-1

Philippine Civil Code (1949) s. 2229-2235

Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act 1951, s. 13(2)

Rico Act - Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act 18 U.S.C.A. s. 1964(c)

Swiss Code of Obligations (1911) (Littleton, 1987, Trans. by Goren) Art. 43(1), 47, 49

Uniform Commercial Code (Philadelphia, 1958, Official Text) s. 1-106(1), 1-203

Uniformity of Procedure Act 1832

United States Constitution, Amendments No. 1, 5, 6, 8, 14

U.S.C.S. Federal Rules of Civil Procedure, Rule 11, 11(b), 11(c)

nevo.co.il

חקיקה לדוגמה

Contract Code (drawn by H. McGregor on behalf of the English Law Commission, Milano, 1993) s. 433

Model Penal Code (Philadelphia, 1985) s. 1.02(d)

המלצות לחקיקה (ועדות רפורמה)

Canadian Report	**Report on Exemplary Damages** (1991) Ontario Law Reform Commission.
English Report (1)	**The Law Commission** (Consultation Paper No. 132): **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages** (London, 1993).
English Report (2)	**The Law Commission** (Law Com. No. 247): **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages** (London, 1997).
Irish Report	**Report on the Civil Law of Defamation** (1991) Irish Law Reform Commission, 68.

פסיקה ישראלית

א' ע"א (ב"ש) 278/95 **א' נ. שבע ב"ש בע"מ** תקדין-מחוזי, 96(3) 1224.

א.י. תמ"ש 6113/97 **א.י. נ. א.ש.** תקדין-משפחה, 2002(2) 104.

א.ש.י.ר 5768/94 **א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה** פ"ד נב (4) 289.

אבדני ע"א 423/80 **אבדני נ. קסוטו** פ"ד לז (1) 701.

אבו-אלהיג'א ת"פ (טבריה) 519/97 **מ"י נ. אבו-אלהיג'א** תקדין-שלום, 97(4) 1984.

אבו-זייד ע"א 2825/97 **אבו-זייד נ. מקל** פ"ד נג(1) 402.

אגד ע"א 3437/93 **אגד נ. אדלר** פ"ד נד(1) 817.

אגד (2) ע"א 239/92 **"אגד" אגודה שיתופית נ. משיח** פ"ד מח(2) 66.

אדמיר בג"צ 2338/95 **אדמיר טכנולוגיות (1991) בע"מ נ. מע"צ**, תקדין-עליון, 96(2) 39.

אדר ת.א. (חיפה) 6208/91 **אדר נ. אלביליה** (לא פורסם, 5.6.96).

אדרי ת.א. 2618/98 **מ"י נ. אדרי** (לא פורסם, ניתן 14.12.98 בבית משפט השלום לתעבורה בירושלים).

אדרס ד"נ 20/82 **אדרס נ. Harlow & Jones G.M.B.H.** פ"ד מב (1) 221.

אהרון ע"א 4481/90 **אהרון נ. בן גיאת בע"מ** פ"ד מז(3) 427.

אורות ע"א 444/94 **אורות ייצוג אמנים והפקות נ. עטרי** פ"ד נא(5) 241.

אזורים ע"א 146/88 **אזורים נ. כהן** פ"ד מד(3) 374.

אחים ע"פ 544/78 **אחים א.מ.ש. בע"מ נ. מ"י** פ"ד לג (3) 653.

אילת ת.א. (טבריה) 3493/96 **אילת נ. אילת** תקדין שלום, 98 (2), 833.

אליהו ע"א 4819/92 **אליהו חברה לביטוח בע"מ נ. ישר** פ"ד מט (2) 740.

אלמרז ע"א 615/83 **אלמרז בע"מ נ. מ"י** פ"ד מא (3) 603.

אלסוחה ע"א 444/87 **אלסוחה נ. עזבון דהאן** פ"ד מד(3) 297.

אל-על ע"א (ת.א.) 359/83 **אל-על שירותי שכר בע"מ נ. ויזל** פ"מ תשמ"ד (ב) 123.

אלפרוביץ ע"א 315/79 **אלפרוביץ נ. מזרחי** פ"ד לד (4) 731.

אלקיים ע"א 406/80 **אלקיים נ. הוברמן** , פ"ד לו (4) 416.

אלתר ע"א 765/82 **אלתר נ. אלעני** פ"ד לח(2) 701.

אמר ע"א 4740/00 **אמר נ. יוסף** תקדין-עליון, 2001(3) 489.

אניסימוב ע"א 355/80 **אניסימוב נ. מלון טירת בת-שבע בע"מ** פ"ד לה (2) 800.

nevo.co.il

אסף רע"פ 2976/01 **אסף נ. מ"י** פ"ד נו (3) 418.

אפללו ת"א (ב"ש) 6233/96 **אפללו נ. אבו-רוסטום** תקדין-שלום 2000(2), 244.

אפרופים ע"א 4268/93 **מ"י נ. אפרופים שיכון וייזום בע"מ** פ"ד מט (2) 265.

ארדה ע"א 161/73 **ארדה בע"מ נ. סמסונוב** פ"ד כה (2) 234.

ארנס ע"א 732/80 **ארנס נ. בית אל-זכרון יעקב** פ"ד לח(2) 645.

אש בג"צ 692/85 **אש נ. בית הדין הצבאי לערעורים** תקדין עליון, 86 (1) 25.

אשכר ת.א. (י-ם) 674/83 **אשכר נ. שיכון ופיתוח לישראל בע"מ** פ"מ תש"ן (א) 474.

אתא ע"א 554/83 **אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ. עזבון המנוח זולוטולוב** פ"ד מא(1) 282.

אתא (2) ע"א 44/76 **אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ. שוורץ** פ"ד ל(3) 785.

בויאר ע"א 216/80 **בויאר נ. שיכון עובדים בע"מ** פ"ד לח (2) 561.

בוים ע"א 48/89 **בוים נ. וילאר אינטרנשיונל בע"מ** פ"ד מו (3) 473.

ביטה ת"א (פ"ת) 6363/00 **ביטה נ. ברכר** תקדין-שלום, 2003(1), 68.

בלום ת.א (הרצליה) 251/94 **בלום נ. פלורנטין** תקדין-שלום, 96 (1), 1173.

בנק אוצר ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ. אהרונוב** פ"ד נג(4) 199.

בנק המזרחי ע"א 6891/93 **בנק המזרחי נ מגדל כפר שיתופי** פ"ד מט(4) 221.

סון ת"א (י-ם) 580/93 **בסון נ. בסון** תקדין-מחוזי 2001(1) 12242.

בסט ביי ע"א 3668/98 **בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ. פידיאס אחזקות בע"מ** פ"ד נג(3) 180.

ברגר ר"ע 551/83 **ברגר נ. ונטורה** פ"ד לח (1) 266.

בריטיש ע"א 725/78 **בריטיש קנדיאן בילדרס בע"מ נ. אורן** פ"ד לה(4) 253.

ברקל תב"ע (ב"ש) נה/148-15 **ברקל נ. מרציאנו** , תקדין-עבודה, 96(2), 1821.

ג'אבר ע"א (ת.א.) 1059/94 **ג'אבר נ. ג'אבר** פ"מ תשנ"ה (1) 458.

גולדמן ע"א 348/79 **גולדמן נ. מיכאלי** , פ"ד לה (4) 31.

גול ע"א 2887/91 **גול נ. עוריעל**, תקדין-עליון, 95(3), 1174.

גולן ע"א 409/78 **גולן נ. פרקש** פ"ד לד(1) 813.

גורדון ע"א 243/83 **גורדון נ. עירית ירושלים** פ"ד לט(1) 113.

גורה ת.א. (חיפה) 16059/91 **גורה נ. פרג'** תקדין מחוזי, 98 (2) 2796.

גנז ע"א 4839/92 **גנז נ. כץ**, פ"ד מח(4) 749.

גנימאת דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ. מ"י** פ"ד מט(4), 589.

גרגורי ת"פ (כ"ס) 1445/99 **מ"י נ. גרגורי** תקדין-שלום 2001(3) 180 (לא פורסם, ניתן 16.10.01).

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

גרשון ת.א. (רמלה) 2259/96 **גרשון נ. פלסים בע"מ** תקדין-שלום, 98 (1), 1542.

דבש ע"פ 4466/98 **דבש נ. מ"י** פ"ד נו(3) 73.

דדון ת.א. (חיפה) 7575/92 **דדון נ. אנג'ל חברה לקבלנות כללית בע"מ** (לא פורסם) דינים-שלום, ב', 90.

דה-קסטרו ת.א. (רמלה) 1929/95 **דה-קסטרו נ. פרספוליס בע"מ** תקדין-שלום, 97 (3) 1980.

דעקה ע"א 2781/93 **דעקה נ. בית החולים כרמל חיפה** פ"ד נג(4) 526.

דרוקר ע"א 611/89 **דרוקר זכריה חברה קבלנית בע"מ נ. נחמיאס** פ"ד, מו (2) 60.

ההסתדרות דב"ע מג/14-4 **ההסתדרות הכללית נ. המוסד לביטוח לאומי** פד"ע-אור, 169.

הוברמן ע"א 3712/59 **הוברמן נ. עיריית בני ברק** פ"מ (תשכ"ב) לב, 359.

הולנדר ע"א 419/80 **הולנדר ושות' בע"מ נ. הוד אווז בע"מ** פ"ד לה (4) 433.

הולצמן ע"א 5546/97 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אתא נ. הולצמן** פ"ד נה(4) 629.

הוצאת מודיעין ע"א 259/89 **הוצאת מודיעין בע"מ נ. ספירו**, פ"ד מו (3) 48.

הוצאת עיתון ע"א 670/79 **הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ. מזרחי**, פ"ד מא (2) 169.

החברה ע"א 651/81 **מ"י נ. החברה האילתית** פ"ד מ(2) 785.

הפניקס רע"א 3577/93 **הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ. מוריאנו** פ"ד מח(4) 70.

הררי ע"א 176/82 **הררי נ. ורטהיימר** פ"ד לט (3) 660.

והריק ע"א 231/67 **והריק נ. ונגלוביץ** פ"ד כ"א (2) 656.

וולטה רע"א 2059/98 **וולטה יצוב קרקע בע"מ נ. P.R.S מדיטרניין בע"מ** פ"ד נב(4) 721.

וייסר ע"א 350/96 **וייסר נ. שביט** פ"ד נב(5) 797.

ועקנין ע"א 145/80 **ועקנין נ. המועצה המקומית בית שמש** פ"ד לז (1) 113.

ורטהיימר ד"נ 21/80 **ורטהיימר נ. הררי** פ"ד לה(3) 253.

זוננשטיין ע"א 579/83 **זוננשטיין נ. אחים גבסו בע"מ** פ"ד מב (2) 278.

זיקרי ע"א 475/81 **זיקרי נ. כלל חברה לביטוח** פ"ד מ(1) 589.

זלסקי ע"א 5610/93 **זלסקי נ. הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה** פ"ד נא (1) 68.

חברת מודיעים ע"פ 3027/90 **חברת מודיעים בינוי ופיתוח נ. מ"י** פ"ד מה(4) 364.

טאלב ת.א. (טבריה) 1542/95 **טאלב נ. סהר בע"מ** תקדין-שלום, 98 (2) 1496.

טבעול ע"א 6222/97 **טבעול (1993) בע"מ נ. מ"י** פ"ד נב(3) 145.

טירת בת שבע ע"א 355/80 **טירת בת שבע נ. אניסימוב**, פ"ד לה (2) 800.

טמסיט ע"א 461/64 **טמסיט נ. פחימה**, פ"ד יט (4) 129.

טרלובסקי ת"א 1254/96 **טרלובסקי נ. מ"י** תקדין-מחוזי 99(3) 2946.

טרנסכלל ע"א 3656/99 **טרנסכלל נ. מ.א.ר. מסחר וספנות** פ"ד נו(2) 344.

יבין בג"צ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ. בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מז (4) 702.

יופיטר ע"א 3599/94 **יופיטר נ. בנק לאומי לישראל בע"מ** פ"ד נ (5) 423.

יצחקוב ת.א. (י-ם) 1726/88 **יצחקוב נ. עיריית ירושלים** פ"מ תשנ"א (ב) 192.

יצירות ע"א 646/85 **יצירות ברנע בע"מ נ. דניה חברה לפיתוח בע"מ** פ"ד מב (2) 793.

כהן ת.א. (ב"ש) 166/83 **כהן נ. עירית ב"ש** תקדין-מחוזי 91 (2) 418.

כהן (2) ת.א. (י-ם) 164/93 **כהן נ. רמט בע"מ** תקדין מחוזי, 97 (4) 802.

כהן (3) ע"א 10/81 **כהן נ. גדע** פ"ד לז(4) 635.

כוכבי ע"א 81/55 **כוכבי נ. בקר** , פ"ד יא, 225.

כלל ע"א 196/88 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ. הפועלים ליסינג בע"מ** פ"ד מו (1) 756.

כלנית השרון ע"א 741/79 **כלנית השרון נ. הורביץ** פ"ד לה (3) 533.

לאב דב"ע מט438-3/ **לאב נ. Ecision Systems Israel בע"מ** תקדין-ארצי, 97(3), 2590.

לב בג"צ 3914/92 **לב נ. בית הדין הרבני האיזורי** תקדין-עליון, 94 (1) 1139.

לביא ת.א. (חיפה) 460/70 **לביא נ. מגן ליברמן בע"מ** פ"מ, תשל"ד (2) 263.

להבי ע"א 531/89 **להבי נ. הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה** פ"ד מו (4) 720.

לוי ת.א. (י-ם) 1549/96 **לוי נ. הסתדרות מדיצינית הדסה**, תקדין-מחוזי, 98(1) 1922.

לוי (2) ע"א 915/91 **מ"י נ. לוי** פ"ד מח (3) 45.

לוי (3) ע"א 187/87 **לוי נ. דויטש** פ"ד מג(3) 309.

לוי (4) ע"א 915/91 **לוי נ. מ"י** פ"ד מח(3) 45.

לוין ע"א 3833/93 **לוין נ. לוין** פ"ד מח(2) 862.

ליפקין ע"א 156/82 **ליפקין נ. דור הזהב בע"מ** פ"ד לט (3) 85.

ליפשיץ ע"א (ת.א.) 1751/93 **ליפשיץ נ. נתן** פ"מ, תשנ"ה (3) 133.

nevo.co.il

ליפשיץ (2) ת.א. (ת"א) 681/92 **ליפשיץ נ. דיירקס ישראל** תקדין מחוזי, 92 (3) 427.

למברג ע"א 66/84 **למברג נ. למברג** פ"ד לח(3) 315.

לסרסון ע"א 391/80 **לסרסון נ. שכון עובדים בע"מ** פ"ד לח(2) 237.

מאיה ע"א 1569/93 **מאיה נ. פנפורד (ישראל) בע"מ**, פ"ד מח(5) 705.

מאיר ע"א 711/72 **מאיר נ. הנהלת הסוכנות היהודית לא"י** פ"ד כח (1) 393.

מזרח ת.א. (חיפה) 1556/72 **מזרח נ. בורשטיין בע"מ** פסקים (תשל"ד) (3) 404.

מחאמיד ת.א. (טבריה) 3952/96 **מחאמיד נ. עילית חברה לביטוח בע"מ** תקדין-שלום, 97(2), 3509.

מטמון ע"א 69/72 **מטמון נ. פרידמן** פ"ד כח (1) 523.

מימון בש"א 3324/92 **מימון נ. אומרן** תקדין-עליון, 92 (2) 2291.

מלון ע"א 3666/90 **מלון צוקים נ. עיריית נתניה,** פ"ד מו (4) 45.

ממן ע"א 416/91 **ממן נ. טריקי** פ"ד מז (2) 652, 658.

מנור ת.א (ב"ש) 930/89 **מנור נ. סונול ישראל בע"מ** תקדין-מחוזי, 97(2) 841.

מרום ת.א. (י-ם) 687/93 **מרום נ. מ"י** , דינים-מחוזי, כו (4) 388.

משה ת.א. (ת"א) 2380/90 **משה נ. שמיר** תקדין-מחוזי, 93 (2) 1206.

משעור ע"א 1370/91 **משעור נ. חביבי** פ"ד מז (1) 535.

נדיר ע"א 4/57 **נדיר נ. כהנוביץ** פ"ד יא, 1464.

נוביץ ע"א 260/80 **נוביץ נ. ליבוביץ** פ"ד לו (1) 537.

נוה עם ע"א 610/85 **נוה עם ברמת-גן בע"מ נ. אלעזרי** פ"ד מג (4) 312.

נוף ע"א 802/87 **נוף נ. אבנרי** פ"ד מה (2) 489.

נחשון ע"א 918/91 **נחשון נ. יוסף** תקדין-עליון, 91(1) 1242

ניר בג"צ 305/89 **ניר נ. בית משפט השלום (תעבורה)** פ"ד מה (3) 206.

נירוסטה ר"ע 277/82 **נירוסטה נ. מ"י** פ"ד לז (1) 826.

נסאר תב"ע (נצרת) נה/1336-15 **נסאר נ. טירם תעשיות בע"מ** פד"ע-אור, 971.

נעים ע"א 357/80 **נעים נ. ברדה** פ"ד לו(3), 762.

נעמן ע"א 4387/91 **נעמן בע"מ נ. סולל בונה שרות נמל בע"מ** תקדין-עליון, 95 (1) 872.

נציגות יורשי ת.א. (י-ם) 1212/96 **נציגות יורשי רותם נ. ורצברגר** תקדין-מחוזי 99(2), 3970.

סאסי ע"א 403/80 **סאסי נ. קיקאון** פ"ד לו(1) 762.

סהר ת.א. (י-ם) 571/94 **סהר נ. מעריב** (תקדין-מחוזי, 96(1) 736.

סחר-ים רע"א 1565/95 **סחר ושרותי ים בע"מ נ. וינשטיין בע"מ** פ"ד נד (5) 638.

סלומון ע"א 498/73 **סלומון נ. סלומון** פ"ד כח(2) 3.

סלונים ע"א 492/89 **סלונים נ. דבר בע"מ**, פ"ד מו (3) 827

עבאס ע"א (חיפה) 4310/96 **עבאס נ. דיב** תקדין-מחוזי, 97 (2) 411.

עבד-אללה ע"א 508/64 **עבד-אללה נ. האפוטרופוס על נכסי נפקדים** פ"ד יט (4) 427.

עובד ע"ב (ב"ש) 1777/99 **עובד נ. חברת לאם ריסרץ'** תקדין-עבודה 2002(1) 176.

עוויסאת דב"ע נה103-3/ **עוויסאת נ. הוד חפר בע"מ** (לא פורסם, 25.12.96).

עזבון אטינגר ת.א. (י-ם) 4/95 **עזבון אטינגר נ. החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי**, דינים-מחוזי, כרך לב (65) 5.

עזבון מנדל ע"א 354/76 **עזבון מנדל שרף נגד שרותי יעוץ כלכלי** , פ"ד לה (4) 169.

עירית הרצליה ע"א 716/82 **עירית הרצליה נ. אמר** פ"ד לט (4) 218.

עיתון משפחה ע"א 5792/99 **עיתון "משפחה" נ. עיתון "משפחה טובה"** פ"ד נה(3) 933.

עמיגור ע"א 4445/90 **עמיגור (ניהול נכסים) בע"מ נ. מאיוסט** , תקדין-עליון, 94 (2) 674.

פולק תמ"ש (ת"א) 64901/96 **פולק נ. פולק** תקדין-משפחה, 2001(3) 83.

פז ת.א. (ת"א) 2172/90 **פז נ. מנהל מקרקעי ישראל** תקדין מחוזי, 93 (2) 140.

פז-גז ע"פ (ת"א) 71377/00 **פז-גז חברה לשיווק בע"מ נ. מ"י** תקדין-מחוזי 2001(2) 205 (לא פורסם, ניתן 3.4.2001).

פז-גז(2) רע"פ 4771/01 **פז-גז חברה לשיווק בע"מ נ. מ"י** תקדין-עליון 2001(2) 266 (לא פורסם, ניתן 16.7.01).

פישמן ת.א. (ת"א) 7165/84 **פישמן נ. בראון** פסקים (שלום) מז (3) 120.

פלאימפורט ע"א 280/73 **פלאימפורט בע"מ נ. ציבה-גייגי ל.ט.ד.** פ"ד כט (1) 597.

פלוטקין דב"ע נ"ו/129-3 **פלוטקין נ. אחים אייזנברג בע"מ**, תקדין-ארצי, 97(3) 2599.

פלוני ע"א 3798/94 **פלוני נ. פלונית** פ"ד נ(3) 133.

פלוני (2) תמ"ש (ת"א-יפו) 314827/96 **פלוני נ. פלונית**, תקדין-משפחה 2002(3), 190.

פלונית ת.א. (ת"א-יפו) 110984/01 **פלונית נ. קאופמן**, תקדין-שלום, 2003(2), 1542.

פנידר ד"נ 7/81 **פנידר נ. קסטרו** פ"ד לז (4) 673.

פרידמן ע"א 30/72 **פרידמן נ. סגל** פ"ד כז (2) 225.

פרץ ע"א 91/75 **פרץ נ. ביטון** פ"ד ל(1) 367.

ציון רע"א 5803/95 **ציון נ. צח** פ"ד נא(2) 267.

צ.מ.ל. ע"א 7211/96 **Sicar S.P.A. נ. צ.מ.ל.** , פ"ד נב(4) 259.

קופת מלווה ד"נ 22/61 **קופת מלווה העולה נ. פקיד השומה** פ"ד יז 533.

קורמן ת.א. (י-ם) 2424/00 **קורמן נ. וורצל** תקדין-מחוזי 2001(2) 15108.

קורנפלד ע"א 451/66 **קורנפלד נ. שמואלוב** פ"ד כא(1) 310.

קל בניין ע"א 6370/00 **קל בניין בע"מ נ. ע.ר.מ. רעננה לבנייה ולהשכרה בע"מ** פ"ד נו(3) 289.

קלמר ע"א 986/93 **קלמר נ. גיא** פ"ד נ(1) 185.

קסטנבאום ע"א 294/91 **חברת קדישא נ. קסטנבאום** פ"ד מו(2) 464.

קסלר ע"א 49/83 **קסלר נ. מאירוב** פ"ד, מא (2) 547.

קעדאן ת.א. (חדרה) 4634/95 **קעדאן נ. בדראן** דינים-שלום, יד, 422.

קפטה ע"א 676/72 **קפטה נ. לסקובסקי** פ"ד כז (2)247.

קרטין ע"א 3654/97 **קרטין נ. עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ** פ"ד נג(3) 385.

קרטין(2) דנ"א 5083/99 **עתרת ניירות ערך (2000) נ. קרטין** תקדין-עליון 2000(2), 924.

רבינאי ע"א 158/77 **רבינאי נ. מן שקד** פ"ד לג (2) 281.

רבינוביץ ע"א 277/55 **רבינוביץ נ. סלע** פ"ד יב, 1261.

רובינשטיין ע"א 769/86 **רובינשטיין ושות' נ. זמרן** פ"ד מב (3) 581.

רוזנר ע"א 300/77 **רוזנר נ. בנייני ט.ל.מ. בע"מ** פ"ד לב (3) 682.

רוט ע"א 447/92 **רוט נ. אינטרקונטיננטל** פ"ד מט (2) 102.

רון ע"א 473/75 **רון נ. חזן** פ"ד לא (1) 40.

רוקר רע"א 6339/97 **רוקר נ. סלומון** נה(1) 199.

רחמים ע"א 571/80 **רחמים חברה לבנין והשקעות בע"מ נ. טביק** פ"ד ל"ז (2) 77.

רחמים (2) ע"א 8/88 **רחמים נ. אקספומדיה בע"מ** פ"ד מג(4) 95.

רחמני ע"א 256/62 **רחמני נ. משיח** פ"ד יז, 559.

רייכמן ת.א. (פ"ת) 6161/01 **רייכמן נ. יצהר** תקדין-שלום 2003(2) 939.

שגיא ע"א 592/88 **שגיא נ. עזבון ניניו** פ"ד מו (2) 257.

שדמון דנ"א 1792/00 **מ"י נ. שדמון** פ"ד נו (5) 643.

שוחט ע"א701/79 **שוחט נ. לוביניקר** פ"ד לו (2) 113.

nevo.co.il

שיכון עובדים ע"א 829/80 **שיכון עובדים בע"מ נ. זפניק** פ"ד לז (1) 579.

שירותי בג"צ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים ב"ש בע"מ נ. בית הדין הארצי** , פ"ד לה (1) 828.

שמואלי ע"א 540/79 **שמואלי נ. לויט** פ"ד לו (2) 45.

שמחה ת.א. (י-ם) 1421/99 **שמחה נ. פזגז ירושלים**, תקדין-מחוזי 2001(2), 13703.

שניידר ע"א 216/54 **שניידר נ. גליק** פ"ד ט, 1331.

שפירא ע"א 214/89 **שפירא נ. אבנרי**, פ"ד מג(3) 840.

שרם ע"א 140/73 **שרם נ. גרינברג** פ"ד כט (1) 194.

תוהמי ת"פ 378/01 **מ"י נ. תוהמי** תקדין-מחוזי 2002(1) 7972 (לא פורסם, ניתן 4.3.02).

תנובה ע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשווק נ. ראבי תופיק**, תקדין-עליון, 2003(2) 1522.

תשובה ע"א 7824/95 **תשובה נ. בר נתן**, פ"ד נה(1) 289.

Aes ע"א 6601/96 **Aes System Inc. נ. סער**, פ"ד נד(3), 850.

Eximin ע"א **Eximin S.A. תאגיד בלגי נ. טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראר בע"מ** פ"ד מז (4) 64.

פסיקה זרה

A. v. B. **A. v. B.** [1972] 1 N.Z.L.R. (S.C. New Plymouth) 673.

A.B. **A.B. v. South Water Services Ltd.** [1993] 2 W.L.R. 507.

Aetna **Aetna Casualty & Sur. Co. v. Doleac Elec. Co.** 471 So. 2d 325 (Miss. 1985).

Albuquerque **Albuquerque Concrete Coring Co. v. Pan Am. World Serv. Inc.** 879 P.2d 772 (S.C. N.M. 1994).

Alcorn **Alcorn v. Mitchell** 63 Ill. 553 (S.C. Ill. 1872)

Anderson **Anderson v. Davies** [1997] 1 N.Z.L.R. (H.C. Auckland) 616.

Anderson (2) **Anderson v. Continental Ins. Co.** 271 N.W.2d 368 (1978).

Applied **Applied Equipment Corp. v. Litton Saudi Arabia Ltd.** 7 Cal. 4th 503, 515 (1994, S.C.)

Aranton **Aranton v. Schroeder** 671 A.2d 1023 (N.H. 1995).

Ash **Ash v. Ash** [1701] 90 Eng. Rep. 526.

Atcheson **Atcheson v. Everitt** [1775] 98 Eng Rep. 1142.

Australia **Australia Ltd. v. Barclays Bank United Ltd.** [1941] A.C. 1.

B.G.H. B.G.H.Z. Bundesgerichtshof (B.G.H.) 15.11.1994, B.G.H.Z. 128, 1 ff.

B.G.H. G.S.Z. B.G.H. G.S.Z. (Plenary decision of the Civil Chambers) 6 July 1955, B.G.H.Z. 18, 149.

B.M.W. **B.M.W. of North America, Inc. v. Gore** 517 U.S. 559 (1996).

Bass **Bass v. The Chicago & Northwestern R'y Co.** 42 Wisc. 654 (1877).

Bailey **Bailey v. Graves** 411 Mich. 510 (1980).

Baillie **Baillie v. Bryson** 1 Murr. R. 317 (1818).

Beardmore **Beardmore v. Carrington** [1764] 95 Eng. Rep. 790.

Belco **Belco Petroleum Corp. v. A.L.G. Oil Rig. Inc.** 565 N.Y.S. 2d 776 (1991).

Benson **Benson v. Frederick** [1766] 97 Eng. Rep. 1130.

Birmingham **Birmingham Waterworks Co. v. Keiley** 2 Ala. App. 629 (1911).

Black **Black v. North British Railway Co.** (1908) S.C. 444.

nevo.co.il

Blake	**Her Magesty's Attorney General v. Blake** [2000] (H.L.) (Publications on the Internet).
Blake (2)	**Blake v. Midland Railway Co.** [1852] 118 Eng. Rep. 35.
Bliss	**Bliss v. South East Thames Regional Health Authority** [1987] I.C.R. 700.
Boise	**Boise Dodge v. Clark** 453 P.2d 551 (Idaho, 1969).
Bonham	**Bonham v. Sturton** [1554] 73 Eng. Rep. 230.
Borkholder	**F.D. Borkholder Con. v. Sandock** 413 N.E.2d 567 (Ind. 1980).
Brown	**Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police** (1981) 136 D.L.R. (3rd) 49 (Ont. H.C.).
Brown (2)	**Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police** (1981) 150 D.L.R. (3rd) 729 (C.A.).
Brown (3)	**Brown v. Coates** 253 F. 2d 36 (D.C. Cir., 1958).
Brown (4)	**Brown v. Swineford** 44 Wis. 282 (1878).
Browning	**Browning-Ferris**,**Indus., Inc. v. Kelco Disposal Inc.** 492 U.S. 257 (1989)
Bruce	**Bruce v. Rawlins** [1770] 95 Eng. Rep. 934.
Burr	**Burr v. Burr** 7 Hill 207 (1843) (Court for the Correction of Errors, N.Y.).
Butler	**Butler v. Faircough** (1917) 23 C.L.R. 78.
Cardinal	**Cardinal Construction Ltd. v. The Queen In Right of Ontario** 32 O.R. (2d) 575, (Ont. H.C.).
Caroll	**U.S. v. Caroll Towning Co.** 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).
Cassel	**Cassel & Co. Ltd. v. Broome** [1972] A.C. 1027 (H.L.).
CCC	**CCC Films Ltd. v. Impact Films Ltd.** [1984] 3 All. E.R. 298 (Q.B.).
Cedenco	**Cedenco Foods Ltd. v. State Insurance Ltd.** [1997] 6 N.Z.B.L.C. 102, 220.
Chambers	**Chambers v. Robinson** [1726] 93 Eng. Rep. 787.
Cheatham	**Cheatham v. Pohle** 789 N.E.2d 467 (S.C. Ind. 2003,)
Chiles	**Chiles v. Drake** 59 Ky. (2 Metc.) 146 (1859)
Christian	**Christian v. Lord Kennedy**, 1 Murr. R. 428.
City	**City of North Vancouver v. Apex Tire Co.** (1992) 33 A.C.W.S. (3d) (B.C.S.C.) (QL)
Comunale	**Comunale v. Traders Gen. Ins. Co.** 50 Cal. 2d 654 (S.C. 1958).
Conway	**Conway v. Irish National Teachers' Organisation** [1991] I.L.R.M. 497.
Cook	**Cook v. Ellis**, 6 Hill 466 (1844) (S.C. of Judicature of N.Y.)
Cooper	**Cooper Indus. Inc. v. Leatherman Tool Group. Inc.** 532 U.S. 424 (2001).
Coryell	**Coryell v. Colbaugh** 1 N.J.L. 90 (S.C. 1791).
Cox	**Cox v. Philips Industries Ltd.** [1976] 3 All E.R. 161 (C.A.)
Crisci	**Crisci v. Security Ins. Co.** 426 P.2d 173 (1967).
Daily	**Daily v. Integon General Ins. Corp.** 331 S.E.2d 148 (1985).
Daniels	**Daniels v. Thompson** [1998] 3 N.Z.L.R. 22.
Davis	**Davis v. Gage** 682 P.2d 1282 (Idaho, 1984)
Day	**Day v. Woodworth** 54 U.S. 363 (1851).
Denison	**Denison v. Fawcett** 12 D.L.R. (2d) 537 (1958, Ont. Ct. App.).

Dixon	**Dixon v. Texas Company** 72 S.E.2d 897 (S.C. 1952) cited in
Dobson	**Dobson v. Winton & Robbins Ltd.** (1960) 20 D.L.R. (2nd) 164 (S.C.C.).
Donoghue	**Donoghue v. Stevenson** [1932] A.C. 562 (H.L.).
Doyle	**Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.** [1969] 2 Q.B. 158.
Dubarry	**Dubarry International Inc., v. Southwest Forest Industries, Inc.** 231 Cal. App. 3d 552 (1991).
Dynasteel	**Dynasteel Corp. v. Aztec Indus.** 611 So. 2d 977 (S.C. Miss. 1992)
Dyson	**Dyson v. Commonwealth Life Ins. Co.** 180 S.E. 475 (S.C., 1935).
Edinburgh	**Brown v. Edinburgh Magistrates** (1907) S.C. 256.
Fabrigas	**Fabrigas v. Mostyn** [1774] 96 Eng. Rep. 549.
Fair	**Fair v. Wees** 196 Miss. 201 (1944).
Fay	**Fay v. Parker** 53 N.H. 342 (S.C. 1873).
Fazzari	**Fazzari v. Pellizzari** (1988) 28 O.A.C. 38 (Ont. Div. Ct.).
Fidelity	**Fidelity National Bank v. Kneller P.C.** 194 Ga. App. 55 (1989).
Fletcher	**Fletcher v. Western Nat'l Life Ins. Co.** 89 Cal. Rptr. 78 (1970).
Flureau	**Flureau v. Thornhill** [1776] 2 W. Bla. 1078.
Fogg	**Fogg v. McNight** [1968] N.Z.L.R. 330.
Foley	**Foley v. Interactive Data Corp.** 765 P.2d 373 (S.C. Cal. 1988).
Fouillard	**Fouillard Implement Exchange Ltd. v. Kello-Bilt Indus. Ltd.** (1986) 37 Man. R. (2d) 111 (Man. C.A.).
Fowler	**Fowler Butane Gas Co. v. Varner** 244 Miss. 130 (1962).
Freeman	**Freeman & Mills, Inc. v. Belcher Oil Co.** 900 P.2d 669 (Cal. 1995).
Freidenheit	**Freidenheit v. Edmundson** 36 Mo. 226 (1865).
Funk	**Funk v. Kerbaugh** 222 Pa. 18, 70 Atl. 953 (1908).
Genay	**Genay v. Norris** 1 S.C. 3, 1 Bay 6 (1784).
General Motors	**General Motors v. Piskor** 381 A.2d 16 (S. Ct. Md. 1977) 21.
Gerard	**In Re Gerard,** 634 N.E.2d 51 (Ind. 1994).
Gertz	**Gertz v. Welch, Inc.** 418 U.S. 323 (1974).
Gibson	**Gibson v. Western Fire Ins. Co.** 682 P.2d 725 (Mont. 1984).
Globe	**Globe Refining Company v. Landa Cotton Oil Company** 190 U.S. 540 (1903).
Gordon	**Gordon v. Brewster** 7 Wis. 355 (1858).
Granitile	**Granitile Inc. v. R.** (1998) 41 C.L.R. (2d) 115 (Ont. Gen. Div.).
Gray	**Gray v. Motor Accident Commission** [1998] (Aus. H.Ct.) 158 A.L.R. 485 (Lexis, no paging available).
Green	**Green Oil Co. v. Hornsby** 539 So. 2d. 218 (Ala. 1989).
Greenwood	**Greenwood & others v. C-D Inv. Co.** 18 Cal Rptr. 2d. 144 (1993).
Grey	**Grey v. Grant** [1764] 95 Eng. Rep. 794.
Griffith	**Griffith v. Shamrock Village** 94 So.2d 854 (Fla. 1957).
Grimshaw	**Grimshaw v. Ford Motor Co.** 174 Cal. Rptr. 348 (1981).
Gruenberg	**Gruenberg v. Aetna Ins. Co.** 9 Cal. 3d 566 (S.C. 1973).
Guilford	**Guilford v. Anglo-French Steamship Co.** (1884) 9 S.C.R. 303.

Gulf	**Gulf Guar. Life Ins. Co. v. Kelley** 389 So. 2d 920 (Miss. 1980).
Hadley	**Hadley v. Baxendale** [1854] 156 Eng. Rep. 145.
Halper	**United States v. Halper** 490 U.S. 435 (1989).
Harp	**Harp v. Montgomery Ward Co.** 336 F.2d 255 (9th Cir. 1964).
Harper	**Harper v. Ethridge** 348 S.E.2d 374 (S.C. App. 1986).
Harrel	**Harrel v. Travelers Indemnity Company** 279 Ore. 199 (S.C., 1977).
Harris	**Harris v. Atlantic Richfield Co.** 17 Cal. Rptr. 2d 649 (Ct. App. 1993).
Healing	**Healing (Sales) Pty. Ltd. V. Inlis Electrix Pty. Ltd.** (1968) 121 C.L.R. 584.
Hedley	**Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.** [1963] 2 All E.R. 575.
Heirn	**Heirn v. McCaughan** 32 Miss. 17 (S.C. 1856).
Helvering	**Helvering v. Mitchell** 303 U.S. 391 (1938).
Henderson	**Henderson v. Merrett Syndicates** [1995] 2 A.C. 145 (H.L.).
Hess	**Hess v. Marinari**, 94 S.E. 968 (S.C.W.Va. 1918).
Hewlett	**Hewlett v. Cruchley** [1813] 128 Eng. Rep. 696.
Hibschman	**Hibschman v. Pontiac, Inc. v. Batchelor** 362 N.E.2d 845 (Ind. 1977).
Hickey	**Hickey & Co. Ltd. v. Roches Stores (Dublin) Ltd.** (No.1)(1976)(H.C. 14.7.76, unreported, 1975 No. 10078).
Hill	**Hill v. Church of Scientology of Toronto** 184 N.R. 1 (S.C.C.)
Hood	**Hood b. Fulkerson** 699 P.2d 608 (N.M. 1985).
Hood (2)	**Hood v. Moffett** 109 Miss. 757 (S.C. 1915).
Honda	**Honda Motor Co. v. Oberg.** 512 U.S. 415, 432 (1994).
Hopkins	**Hopkins v. The Atlantic and Saint Lawrence Railroad** 36 N.H. 9 (S.C. 1857).
Houston	**Houston & T.C.R.R. Co. v. Shirley** 54 Texas 125 (S.C., 1880).
Hoy	**Hoy v. Gronoble** 34 Pa. (10 Casey) (1859).
Huckle	**Huckle v. Money** [1763] 95 Eng .Rep. 768.
I.X. Z.R.	I.X Z.R. 149/91 Wertpapiermitteilungen 1451 (4.6.1992).
Independent	**Independent Order of Foresters v. Prime Air Freight Inc.** (1992) 4 B.L.R. (2d)(Ont. Gen. Div.) para. 37 (Haley, J.).
Interfirst	**Interfirst Bank Dallas v. Risser** 739 S.W.2d 882 (Tex. App. 1987).
Jackson	**Jackson v. Canadian Pacific Ry. V.** (1915) 24 D.L.R. 380 (Alta. S.C. App. Div.).
Jarvis	**Jarvis v. Swan Tours** [1973] 1 All. E.R. 71 (C.A.).
Jeffersonville	**Jeffersonville R.R. v. Rogers** 38 Ind. 116 (1871).
Kennedy	**Kennedy v. Ireland** [1988] I.L.R.M. 472 (H. Ct.).
Kennedy (2)	**Mendoza-Martinez** 372 U.S. 144 (1963).
Kenny	**Kenny v. Preen** [1963] 1 Q.B. 499 (C.A.).
Kink	**Kink v. Combs**, 135 N.W.2d 789 (Wis. 1965).
Kirke	**Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.** 188 N.E.163 (N.Y. 1933).
Kohler	**Kohler v. Kansas Power & Light Co.** 192 Kan. 226 (1963).
Kuddus	**Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary** [2001] 2 W.L.R. 1789 (H.L.)
L.	**L. v. Robinson** [2000] 3 N.Z.L.R. 499 (H.Ct. Christchurch).

Lavender	**Lavender v. Betts** [1942] 2 All E.R. 72.
Leith	**Leith v. Pope** [1780] 96 Eng. Rep. 777.
Linscott	**Linscott v. Rainier Nat'l Life Ins. Co.**, 606 P.2d 958 (S.C. Idaho, 1980).
Loane	**Loane v. Casey** [1775] 2 Black. W. 965.
Loehrke	**Loehrke v. Wanta Builders, Inc.** 445 N.W.2d, 717 (Wis. App. 1989).
Luther	**Luther v. Shaw** 147 N.W. 18, 20 (Wis. S.C. 1914).
M'Bride	**M'Bride v. M'Laughlin**, 5 Watts' R. 375 (S.C. Pa. 1836).
McLaren	**McLaren Transport Ltd. v. Somerville** [1996] 3 N.Z.L.R. 424 (H.C., Dunedin)
Medley	**Medley v. A.W. Chesterton Co.** 912 S.W.2d 748 (Tenn. Ct. App. 1995).
Merest	**Merest v. Harvey** [1814] 128 Eng. Rep. 761.
Merrills	**Merrills v. Tariff Man'g Co.** 10 Conn. 384 (1835) (Supreme Court of Errors of Conneticut).
Miller	**Miller Brewing Co. v. Best Beers of Bloomington, Inc.** 608 N.E.2d 975 (Ind., 1993).
Morrow	**Morrow v. Goldschmidt Assoc. Inc.** 492 N.E.2d 181 (Ill. S.C. 1986).
Morrow (2)	**Morrow v. L.A. Goldschmidt Assoc. Inc.** 468 N.E.2d 414 (Ill. App. 1984).
Murphy	**Murphy v. Hobbs** 7 Colo. 541 (1884).
Nantel	**Nantel v. Parisien et al.** (1981) 18 C.C.L.T. 79.
Neal	**Neal v. Newburger Co**. 154 Miss. 691 (S.C. 1929).
New Orleans	**The New Orleans v. Hurst** 36 Miss. 660, (S.C. 1859).
NewBrunswick	**NewBrunswick Electrical Power Commision v. I.B.E.W. Local 1733** (1976) 22 N.B.R. (2^{nd}) 364 (N.B.S.C).
Nicholson	**Nicholson v. United Pacific Insurance Co.** 710 P.2d 1342, (Mont. 1985).
O'Coin	**O'Coin v. Woonsodket Instit. Trust Co.** 535 A2d 1263 (R.I. 1988).
Pacific	**Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip** 499 U.S. 1 (1991).
Paragon	**Paragon Properties Ltd v. Magna Envestments Ltd.** [1972] 24 D.L.R. (3^{rd}) 156 (Alta. S.C.).
Patton	**Patton v. Mid-Continent Sys.** 841 F.2d 742 (7^{th} Cir., 1988).
Pegram	**Pegram v. Stortz** 6 S.E. 485 (W.Va. 1888)
Perera	**Perera v. Vandiyar** [1953] 1 W.L.R. 672 (C.A.).
Perkins	**Perkins v. Brandon University** (1985) 35 Man. R. (2d) 177 (Man. C.A.).
Perry	**Perry v. Green** 437 S.E.2d 150 (S.C. Ct. App. 1993).
Peso	**Peso Silver Mines Ltd (N.P.L.) V. Cropper** (1966) 58 D.L.R. (2^{nd}) 1 (S.C.C.).
Photo	**Photo Production v. Securicor Trans.** [1980] 1 All. E.R. 556 (H.L.).
Pike	**Pike v. Dilling** 48 Me. 539 (S.C. 1861).
Pilon	**Pilon v. Peugeot Canada Ltd.** (1980) 114 D.L.R. (3^{rd}) 378 (Ont. H.C.).
Pleydell	**Pleydell v. Earl of Dorchester** [1798] 101 Eng. Rep. 1115.
Postal	**Postal Instant Press v. Jackson** 658 F. Supp. 739 (D. Colo. 1987).
Printing	**Printing and Numerical Reg. Co. v. Sampson** [1875] 19 Eq. [equity] 462.
Progressive	**Progressive Casualty Ins. Co. v. Keys** 317 So.2d 396 (1975).
Quigley	**Quigley v. Pet, Inc.** 208 Cal. Rptr. 394 (1984).

Reynolds	**Reynolds Tobacco Company v. Engle** 2003 Fla. App. Lexis 7500 (Fla. 3rd Dist. Ct. App.)(21 May, 2003).
Rawlings	**Rawlings v. Apodaca** 726 P.2d 565 (Ariz. 1986).
Rex	**Rex Ins. Co. v. Baldwin** 323 N.E.2d 270 (Ind. App. 1975).
Rivtow	**Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works** (1973) 40 D.L.R. 3d 350 (S.C.C.).
Robinson	**Robinson v. Harman** [1848] 1 Exch. 850.
Rogers	**Rogers v. Spence** 13 M. & Wels. 571.
Roginsky	**Roginsky v. Richardson** 378 F2d 832 (1967).
Romero	**Romero v. Mervyn's** 784 P.2d 992 (N.M. 1989).
Rooks	**Rooks v. Barnard** [1964] A.C. 1129 (H.L.).
Rose	**Rose v. Beattie** Nott & M'Cord, 538 (1820).
Rosenbloom	**Rosenbloom v. Metromedia, Inc.** 403 U.S. 29 (1971).
Rowland's	**Rowland's Transport Ltd. v. Nasby Sales & Services Ltd.** (1978) 16 A.R. 192 (S.C.T.D.).
Ruxley	**Ruxley Electronics & Construction Ltd. v. Forsyth** [1995] 3 All E.R. 268 (H.L.).
Samedan	**Samedan Oil Corp. v. Neeld** 91 N.M. 599 (1978).
Sawyer	**Sawyer v. Bank of Am.** 83 Cal. App. 3d 135 (1978).
Scheps	**Scheps v. Giles** 222 S.W. 348 (Tex. Civ. App. 1920).
Scott	**Scott v. Mid Carolina Homes** 359 S.E.2d 291 (S.C. Ct. App. 1987).
Seaman's	**Seaman's Direct Buying Services v. Standard Oil Co.** 206 Cal. Rptr. 354 (1984).
Sears	**Sears v. Lyons** [1818] 2 Stark. N.P. 317.
Seidel	**Seidel v. Greenberg** 108 N.J. Super. 248 (1969).
Sharpe	**Sharpe v. Brice** [1774] 96 Eng. Rep. 557.
Silberg	**Silberg v. California Life Ins. Co.** 11 Cal 3d 452, 113 Cal. Rptr. 711 (1974).
Simpson	**Simpson v. McCaffrey** 13 Ohio 508 (1844).
Sinclair	**Sinclair Oil Corp. v. Columbia Casualty Co.** 682 P2d 975 (Wyo. 1984).
Smith	**Smith & Ry v. Ford**, 126 P. 745 (Okla. 1912).
Smith (2)	**Smith v. Wade** 492 U.S. 257 (1983).
Southern	**Southern Bell Telephone and Telegraph Co. v. Hanft** 436 So. 2d 40 (Fla. 1983).
Southwestern	**Southwestern Gas & Elec. Co. v. Stanley** 45 S.W.2D 671 (Tex. Civ. App. 1931).
Spokane	**Spokane Truck v. Hoefer** 2 Wash. 45 (1891).
State	**State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell** 538 U.S. ___ (April, 7, 2003).
Stuart	**Stuart v. Western Union Tel. Co.** 18 S.W. 351 (S.C. Tex. 1886).
Surrey	**Surrey CC. v. Bredero Homes Ltd.** [1993] 3 All. E. R. 705.
Tak	**Tak & Co. Inc. v. A.E.L. Corp. Ltd.** [1995] 5 N.Z.B.L.C. 103, 887.
Tameny	**Tameny v. Atlantic Richfield Co.** 164 Cal. Rptr. 839 (S.C. 1980).
Taylor	**Taylor v. Beere** [1982] 1 N.Z.L.R. 81.
Thompson	**Thompson v. Zurich Ins. Co.** 45 O.R. (2d) 744 (H.C. Ont.)
Townsend	**Townsend v. Hughes** [1677] 86 Eng. Rep. 994.
Trout	**Trout v. Watkins Livery & Undertaking Co.** 148 Mo. App. 621 (1910).

Tullidge	**Tullidge v. Wade** [1769] 95 Eng. Rep. 909.
Tuttle	**Tuttle v. Raymond** 494 A.2d 1353 (Me. 1985).
TXO	**TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.** 509 U.S. 443 (1993).
Uren	**Uren v. Fairfax & Sons Pty. Ltd.** (1966) 117 C.L.R. 118.
Vale	**Vale v. Union Bank** 151 Cal. Rptr. 784, 790 (Ct. App. 1979).
Vernon	**Vernon Fire & Casualty Insurance Co. v. Sharp** 349 N.E.2d. 173 (S.C. Ind. 1976) .
Voltz	**Voltz v. Blackmar** 64 N.Y. 440 (1876).
Vorvis	**Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia** (1989) 58 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.).
Vorvis (2)	**Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia** (1984) 9 D.L.R. (4th) 40 (B.C.C.A.).
Wallace	**Wallace v. United Grain Growers Ltd.** (1997) 3 S.C.R. 701.
Wallis	**Wallis v. Superior Court** 207 Cal. Rptr. 123 (Ct. App. 1984).
Ward	**U.S. v. Ward** 448 U.S. 242 (1980).
Warner	**Warner v. Arsenault** 27 C.P.C. 200 (N.S.C.A., 1982).
Welborn	**Welborn v. Dixon** 70 S.C. 108 (S.C. 1904).
White	**White v. Benkowski** 155 N.W. 2d 74 (1967, Wis.).
White (2)	**White v. Northwestern Bell Tel. Co.** 514 N.W.2d 70 (Iowa 1994).
Whiten	**Whiten v. Pilot insurance** (Sup. Ct. Canada, given Feb. 2002, Accessed through Lexis - Academic Universe).
Whitfield	**Whitfield Construction Co. v. Commercial Development Corp.** 392 Supp. 982, 1007 (D.V.I. 1975).
Wilford	**Wilford v. Berkeley** [1758] 1 Burr. 609.
Wilkes	**Wilkes v. Wood**, [1763] 98 Eng. Rep. 489.
William	**William v. Currie** [1845] 1 C.B. 841.
Winkler	**Winkler v. Hartford Accident and Indemnity Co.** 66 N.J Super 22 (1961).
Wood	**Wood v. Gunston** [1655] 82 Eng. Rep. 867.
Woody	**Woody v. National Bank of Rocky Mount**, 194 N.C. 549 (S.C. 1927).
XL	**XL Petroleum (NSW) Pty. Ltd. v. Caltex Oil (Aust) Pty. Ltd.** (1985) 57 A.L.R. 639.
Young	**Young v. Scott** 700 P.2d 128 (Idaho, 1985).

ספרות בעברית

דוחות רשמיים

דו"ח גולדברג **דין וחשבון הועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין** (ירושלים, תשנ"ח).

פרקליטות 2000 **פרקליטות 2000 - דין וחשבון** (ירושלים, תש"ס).

ספרים ומאמרים

אבן שושן המילון העברי המרוכז (ירושלים, תשמ"ח, אבן-שושן עורך).

אבן ד' אבן, "סמכותו הטבועה של בית המשפט: מקור לסעדי יושר" **משפטים** ז (תשל"ז) 490.

אדלר ס' אדלר, "פיצויי הלנה: חוק ופסיקה" **שנתון משפט העבודה** ו (ירושלים, תשנ"ו) 5.

אורון י' אורון, נ' מארק, ג' עופר, **מבוא לכלכלה - מיקרו כלכלה** (תל-אביב, 1994).

אלירם א' אלירם, "פיצויים לקרבן העבירה - הצעה לדגם חדש" **מחקרי משפט** יט (תשס"ב) 205.

אנגלרד י' אנגלרד, "חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחיים - בעיות ומגמות" **משפטים** ה (תשל"ד) 564.

אנגלרד (2) י' אנגלרד, "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין - דימויה העצמי ומציאות" **עיוני משפט** יא (תשמ"ו) 67.

אנדינאס י' אנדינאס, "ההשפעה החינוכית או המוסרית של החוק הפלילי" **משפטים** ה (תשל"ג) 209.

אפלטון קריטון, **כתבי אפלטון** (ירושלים, תרפ"ט, תרגם שאול טשרניחובסקי) כרך א', 201.

אריסטו אריסטו, **האתיקה הניקומאכית** (תל-אביב, תשכ"ז, תרגמה נאוה גוטרמן).

בוקשפן ע' בוקשפן, "תם ומושלם - על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר" **עיוני משפט** כג (תש"ס) 11.

בזק י' בזק, **הענישה הפלילית** (ירושלים, מהדורה שנייה, תשנ"ח).

בן-אוליאל ר' בן-אוליאל, ר' סנילביץ, "חוות דעת מס' 10807, מחקר השוואתי בנושא תרופות בחוזים ובנזיקין, הוגשה למשרד המשפטים עבור וועדת הקודיפיקציה (ללא תאריך).

ברק א' ברק, "'האם עשוי נזק ממון נומינלי לשמש קולר לתלות בו פיצויים לדוגמא?'", **הפרקליט** כ (תשל"ט) 216.

ברק (2) א' ברק, "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט" **משפטים** כ (תשנ"א) 233.

ברק (3) א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך ראשון, **תורת הפרשנות הכללית** (ירושלים, תשנ"ב).

ברק (4) א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שני, **פרשנות החקיקה** (ירושלים, תשנ"ג).

ברק (5) א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שלישי, **פרשנות חוקתית** (ירושלים, תשנ"ד).

ברק (6) א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א (תשנ"ב) 9.

ברק (7) א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" **הפרקליט** לט (תש"ן) 267.

ברק (8) א' ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** (ירושלים, תשס"ג).

ברק-ארז ד' ברק-ארז, **עוולות חוקתיות** (תל-אביב, תשנ"ד).

ברק-ארז (2) ד' ברק, "משפט ציבורי ומשפט פרטי - תחומי גבול והשפעות-גומלין", **משפט וממשל** ה (תש"ס) 95.

בר-שירה ע' בר-שירה, "הפרת חובה חקוקה", **דיני הנזיקין - העוולות השונות** (ירושלים, תשל"ט, טדסקי עורך).

בר-שירה (2) ע' בר-שירה, "התרמית", **דיני הנזיקין - העוולות השונות**, (ירושלים, תשל"ט, טדסקי עורך).

גביזון ר' גביזון, "אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה" **משפטים** ח (תשל"ח) 282.

גביזון (2) ר' גביזון, **שיקול דעת באכיפת החוק** (ירושלים, תשנ"א) 124.

גוט ע' גוט, **קובלנה פרטית, הפרט כמאשים במשפט הפלילי** (עבודת מוסמך, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ה).

גזל א' גזל, **ענישה בהסכמה - חלופות להליכי משפט בפלילים** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002).

גינוסר ש' גינוסר, "מיטרד ליריב - נגישה, קינטור וטרדנות בהליכי משפט" **משפטים** ב (תש"ל) 221.

גלעד י' גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנזיקין" **משפטים** כב (תשנ"ג) 421.

גלעד (2) י' גלעד, "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" **עיוני משפט** יד (תשמ"ט) 319.

גלעד (3) י׳ גלעד, ״הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי - בחינה מחודשת״ **משפטים** יד (תשמ״ד) 15.

גלעד (4) י׳ גלעד, ״דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השיכנוע?״ **משפטים** ל (תש״ס) 317.

גנאים ח׳ גנאים, **ההבחנה בין הצדקה-בדין לבין סליחה-בדין ערוכה על פי סייג הצורך**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים (האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס״ב).

גרוס א׳ גרוס, ״זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו״ **עיוני משפט** כ״א (תשנ״ח) 405.

דגן ח׳ דגן, ״הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית״ **עיוני משפט** כ (תשנ״ז) 619.

דגן (2) ח׳ דגן, ״פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת״ **עיוני משפט** כ (תשנ״ו) 45.

דויטש ס׳ דויטש, ״הוראת העושק בחוק החוזים״ **מחקרי משפט** ב (תשמ״ב) 1.

דויטש (2) ס׳ דויטש, ״סעיף 12 לחוק החוזים: האמנם תרופה לכל מכאוב?״ **מחקרי משפט** ד (תשמ״ו) 39.

דורנר ש׳ דורנר, ״הפרשנות המשפטית והחקיקה השיפוטית״ **הפרקליט** לח (תשמ״ט) 496.

דייקן פ׳ דייקן, **דיני עונשין - חלק שישי: העונש** (תל-אביב, תשכ״ב) כרך ו׳.

הורק ר׳ מ׳ הורק, ״שערוך המחיר בחוזה״ **עיוני משפט** ח (תשמ״א) 88.

הלוי י׳ הלוי, ״הטלת ריבית מיוחדת על המבטח״ **ביטוח**, כרך 66 (תשמ״ט) 49.

הראל א׳ הראל, ״תיאוריות קוהרנטיות של המשפט״ **עיוני משפט** יח (תשנ״ד) 387.

הרט ה׳ ל׳ א׳ הרט, **חוק, חירות ומוסר** (תל-אביב, 1981).

וינבוים י׳ וינבוים, **בדרך מקובלת ובתום לב** (תל-אביב, 2000) 7.

ויסמן י׳ ויסמן, ״הגנה חוקתית לקניין״ **הפרקליט** מב (תשנ״ה) 258.

ולר ש׳ ולר, ״חובת הגילוי לאחר קרות מקרה הביטוח וחיוב מבוטחים בפיצויים עונשיים בגין מרמת ביטוח״, **עלי משפט** א (תשס״א) 277.

ולר (2) ש׳ ולר, **חובות גילוי של מבוטחים בחוזי ביטוח** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, הוגש לסנט האוניברסיטה העברית, תש״ס).

זלצברגר ע׳ זלצברגר, ״על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט״ **משפטים** כב (תשנ״ג) 261.

זמיר א׳ זמיר, **פירוש והשלמה של חוזים** (ירושלים, תשנ״ו).

זמיר (2) א׳ זמיר, רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות, **משפטים** כט (תשנ״ח) 799.

זמיר (3) א׳ זמיר, **חוק חוזה קבלנות, תשל״ד-1974** (ירושלים, תשנ״ה, מסדרת ״פירוש לחוקי החוזים״ בעריכת טדסקי).

חשין מ׳ חשין, ״אמון הציבור בבית המשפט״ **המשפט** 15 (תשס״ג) 4.

טדסקי י׳ אנגלרד, א׳ ברק, מ׳ חשין, **תורת הנזיקין הכללית** (ירושלים, מהדורה שנייה, תשל״ז, טדסקי עורך).

טדסקי (2) ג׳ טדסקי, ״על הדין הדיספוזיטיבי״ **עיוני משפט** ט״ו (תש״ן) 5.

ידין א׳ ידין, **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל״א-1970** (ירושלים, מהדורה שנייה, תשל״ט).

יהודאי ז׳ יהודאי, ***״דיני התיישנות בישראל״*** (חיפה, 1991) כרך א׳.

כהן נ. כהן, ״סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה״, **הפרקליט** לט (תש״ן) 304.

כהן (2) נ. כהן, **התערבות ביחסים חוזיים** (תל-אביב, תשמ״ב).

כהן (3) נ׳ כהן, ״דפוסי חוזים ותום-לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק״ **הפרקליט** לז (תשמ״ז) 13.

כהן, חיים ח' כהן, "פרשנות נאמנה - תלתא משמע" **משפטים** ז (תשל"ז) 5.

כהן, חיים (2) ח' כהן, "הרהורי כפירה באמון הציבור" **המשפט** 14 (תשס"ב) 9.

לוין ש' לוין, **תורת הפרוצדורה האזרחית - מבוא ועקרונות יסוד** (ירושלים, תשנ"ט).

לרנר פ' לרנר, **ההתחייבות הצד-צדדית** (ירושלים, תשס"א).

מאוטנר מ' מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (תל-אביב, תשנ"ג).

מאוטנר (2) מ' מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז (תשמ"ח) 321.

מן ק' מן, "סנקציות אזרחיות-עונשיות" **עיוני משפט** טז (תשנ"ב) 243.

סנילביץ ר' סנילביץ, **תרופות בשל הפרת חוזה במשפט הקונטיננטלי** (ירושלים, תשנ"ז).

סנילביץ (2) ר' סנילביץ, "פיצויים מוסכמים - השוואה בין המשפט הישראלי ובין המשפט הקונטיננטלי", **ספר אורי ידין** (ירושלים, תש"ן) כרך ב', 133.

עינת ת' עינת, **שיקול הדעת של סוכנויות אכיפת החוק בישראל בבחירת עונש הקנס הפלילי וביישומו** (עבודת דוקטור במסגרת החוג לקרימינולוגיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2001).

עינת (2) ת' עינת, "אכיפה של קנסות פליליים בישראל" **מחקרי משפט** יט (תשס"ב) 167.

פורת א' פורת, **הגנת אשם תורם בדיני חוזים** (ירושלים, תשנ"ז).

פורת (2) א' פורת, **חלוקת אחריות בדיני חוזים** (עבודה לתואר דוקטור, תל-אביב, 1989).

פורת (3) א' פורת, "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כב (תש"ס) 647.

פורת (4) א' פורת, "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" **עיוני משפט** כג (תש"ס) 605.

פורת (5) א' פורת, א' שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 191.

פורת א' פורת, א' שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" **משפטים** ל (תש"ס) 347.

פישמן ג' פישמן, מ' ארגוב, **הפשע בישראל - נטיות הפשיעה בישראל, 1951-1976** (אוניברסיטת חיפה).

פלפל ד' פלפל, "תום לב ודיני הנזיקין" **הפרקליט** לח (תשמ"ט) 454.

פלר ש.ז. פלר, **יסודות בדיני עונשין** (ירושלים, תשמ"ד) כרך א'.

פסטרנק מ' פסטרנק, א' בן טובים, "פיצויי הלנת שכר - הצורך ברפורמה" **הפרקליט** מד (תש"ס) 483.

פרוקצ'יה ג' פרוקצ'יה, "הפרת החובה לנהוג בתום לב" **הפרקליט** לט 65.

פרוש ע' פרוש, "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם - על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) 87.

פרי ר' פרי, **ריקושטים כלכליים** (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תש"ס).

פרידלנדר ש' פרידלנדר, **פיצויים עונשיים בדיני הנזיקין** (עבודת גמר לקבלת תואר מוסמך, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ט).

פרידמן ד', פרידמן, "שיערוך, פיצויים ושיקולי עשיית עושר ולא במשפט" **הפרקליט** לד (תשמ"א) 88.

פרידמן (2) ד' פרידמן, "תרופות בשל הפרת חוזה" **עיוני משפט** ג (תשל"ג) 134.

פרידמן וכהן ד' פרידמן, נ' כהן, **חוזים** (ירושלים, תשנ"ג).

צלטנר ז' צלטנר, **דיני חוזים של מדינת ישראל** (תל-אביב, תשל"ו).

קלינג ג' קלינג, "אכיפת הוראות עונשיות בדיני הנזיקין", **הפרקליט** לא (תשל"ב) 431.

קליינמן א' קליינמן, "הפגיעה ממטרד ליחיד והתרופה המשפטית לה" **משפטים** ט (תשל"ט) 85.

קנאי ר' קנאי, "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" **מחקרי משפט** י (תשנ"ג) 39.

קציר ד' קציר, **תרופות בשל הפרת חוזה** (תל-אביב, תשנ"א).

קרמניצר מ' קרמניצר, מ' מאוטנר, "התפתחויות בתחום המשפט - כיוונים ותחזיות" בתוך **אכיפת החוק במאה ה-21** (ירושלים, 1997) כרך ב', 3.

קרצ'מר ד' קרצ'מר, "על שיקול הדעת השיפוטי ותוצאות ביטול חוזה שהופר", **משפטים** ח (תשל"ז) 138.

רדאי פ' רדאי, "נשים בשוק התעסוקה", בספר **מעמד האישה** (ירושלים, תשנ"ה) 64.

רוזן-צבי א' רוזן-צבי, "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" **עיוני משפט** יז (תשנ"ג) 689.

רוזן-צבי (2) א' רוזן-צבי, "על משפט ומציאות" **הפרקליט, ספר היובל** (תל-אביב, תשנ"ד) 77.

רוטנשטיין צ' רוטנשטיין, **פיצויים עונשיים כתרופה במסגרת דיני הנזיקין** (עבודת גמר לתואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 1977).

רטנר א' רטנר, ג' רהב, ג' מש, "העברינות ואכיפת החוק בראשית שנות ה-2000 בישראל" בתוך: **אכיפת החוק במאה ה-21** (ירושלים, 1997) כרך ב', 181.

רנר ש' רנר, "דיני חוזים - מגמות והערכה", משפטים **כא** (תשנ"א) 33.

שוהם ש' ג' שוהם, ג' שביט, **עבירות ועונשים - מבוא לפנולוגיה** (תל-אביב, תש"ן).

שלו ג' שלו, **דיני חוזים** (ירושלים, מהדורה שנייה, תשנ"ה).

שלו (2) ג' שלו, "מה נותר מחופש החוזים" **משפטים** יז (תשמ"ח) 465.

שלו (3) **ביטוח** יג (תשמ"ז) גיליון 137, 8.

שלו (4) ג' שלו, **חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית** (ירושלים, תש"ס).

שלו (5) ג' שלו, "ההליך הטרום חוזי" **עיוני משפט** יד (תשמ"ט) 293.

שמגר מ' שמגר, "מגמות במשפט" **עיוני משפט** כ (תשנ"ו) 5.

שנהר א' שנהר, **דיני לשון הרע** (ירושלים, תשנ"ז).

ספרות בלועזית

Abel R.L. Abel, "The Failure of Punishment as Social Control" 25 **Isr. L.R.** (1991) 740.

Abraham K.S. Abraham, J.C. Jeffries, "Punitive Damages and the Rule of Law: The Role of the Defendant's Wealth" 18 **J. Leg. Stud.** (1989) 415.

Albano J.M. Albano, "Contorts: Patrolling the Borderland of Contract and Tort in Legal Malpractice Actions" 22 **Boston College L.R.** (1981) 545.

Alexander L. Alexander, "Coleman and Corrective Justice" 15 **Harv. J.L. & Pub. Pol'y.** (1992) 621.

Am. Jur. **American Jurisprudence 2d.** (N.Y., 1988).

Ames J.B. Ames, "The History of Assumpsit" 2 **Harv. L.R.** (1888) 1, 53, 252.

Amos **Amos & Walton's Introduction to French Law** (Oxford, 3rd ed., Lawson & al. Ed.).

Andenaes J. Andenaes, **Punishment and Deterrence** (Ann Arbor, 1974).

Andenaes (2) J. Andenaes, "The Morality of Deterrence" 37 **Un. Chi. L.R.** (1970) 649.

Andenaes (3) J. Andenaes, "The General Preventive Effects of Punishment" 114 **U. Pa. .L.R.** (1966) 949.

Andrews M.T. Andrews, "Constitutional Law-Punitive Damages: The U.S. Supreme Court Uses the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to Strike Down A Two Million Punitive Damage Award *B.M.V. of North America Inc. v. Gore*" 73 **N.D.L.R.** (1997) 299.

nevo.co.il

Ansay	T. Ansay, F. Dessemontet, **Introduction to Swiss Law** (Hague, 2nd rev. ed., 1995).
Anson	**Anson's Law of Contract** (Oxford, 25th ed., 1979).
Ashworth	A. Ashworth, "Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State" 6 **Oxford J. Leg. Stud.** (1986) 86.
Atiyah	P.S. Atiyah, **The Rise and Fall of Freedom of Contract** (Oxford, 1979).
Atiyah (2)	P.S. Atiyah, **An Introduction to the law of Contract** (Oxford, 2nd ed., 1971).
Atiyah (3)	P.S. Atiyah, "Contract, Promises and the Law of Obligations" in **Essays on Contract** (Oxford, 1986) 10.
Atiyah (4)	P.S. Atiyah, "Holmes and the Theory of Contract" in **Essays on Contract** (Oxford, 1986) 57.
Ausness	R.C. Ausness, "Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Product Liability Litigation" 74 **Ky. L.J.** (1986) 1.
Austin	J. Austin, **Lectures on Jurisprudence** (1873) (London, student's edition, Campbell Ed., 1920).
Ayre	I. Ayre, E. Talley, "Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitilement to Facilitate Coasean Trade" 104 **Yale L.J.** (1995) 1027.
Babchuk	L.A. Babchuk, "Suing Solely to Extract A Settlement Offer" 17 **J. Leg. Stud.** (1988) 437.
Baker	J.H Baker, **An Introduction to the History of English Law** (London, 3rd ed., 1990).
Baker, T.	T. Baker, "Reconsidering Insurance for Punitive Damages" Vol. 1998 **Wis. L.R.** (1998) 101.
Baker, T. (2)	T. Baker, A. Harel, T. Kugler, "The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach" (forthcoming on **Iowa L.R.**)
Barett	M.J. Barett, "Contort: Tortious Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing in Noninsurance, Commercial Contracts - Its Existence and Desirability" 60 **Notre Dame L.R.** (1985) 510.
Barnett	R.E. Barnett, "A Consent Theory of Contract" 86 **Colum. L.R.** (1986) 269.
Barnett (2)	R.E. Barnett, "Some Problems with Contract as Promise" 77 **Cornell L.R.** (1992) 1022.
Barnett (3)	R.E. Barnett, M.E. Becker, "Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities and Misrepresentations" 15 **Hofstra L.R.** (1987) 443.
Barnett (4)	R.E. Barnett, "Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract" 78 **Va. L.R.** (1992) 1175.
Baron	R.M. Baron, "When Insurance Companies Do Bad Things: The Evolution of the "Bad Faith" Causes of Action in South Dakota" 44 **S.D.L.R.** (1999) 471.
Barton	J.H. Barton, "The Economic Basis of Damages for Breach of Contract" 1 **J. Leg. Stud.** (1972) 277.
Bator	M. Bator, "The Anatomy of Market Failure" 72 **Q. J. Econ.** (1958) 351.
Bauer	R.S. Bauer, "The Degree of Moral Fault as Affecting Defendant's Liability" 81 **U. Pa. L.R.** (1933) 586.
Bauer (2)	R.S. Bauer, "The Degree of Defendant's Fault as Affecting the Administration of The Law of Excessive Compensatory Damages", 82 **U. Pa. L.R.** (1934) 583.
Beale	H. Beale, "Exceptional Measures of Damages in Contract" in: **Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.) 217.

nevo.co.il

Beatson — J. Beatson, D. Friedman, "From 'Classical' to Modern Contract Law" in **Good Faith and Fault in Contract Law** (Oxford, 1995, Beatson & Friedman Ed.) 3.

Beatson (2) — **Good Faith and Fault in Contract Law** (Oxford, 1995, Beatson & Friedman Eds.).

Beccaria — C. Beccaria, **On Crimes and Punishments** [Dei Delitti et delle Pene] (1764) (Indianapolis, 1986, Trans. by Young).

Beck — A. Beck, "Exemplary Damages in New Zealand: Sunset and Evening Star" 6 **Tort L.R.** (1998) 194.

Becker — G.S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach" 76 **J. Pol. Econ.** (1968) 169.

Becker (2) — G.S. Becker, G.J. Stigler, "Law Enforcement and Compensation of Enforcers" 3 **J. Leg. Stud.** (1974) 1.

Behrens — M.A. Behrens, B.M. Parsons, "Responsible Public Policy Demands an End to the Hemorrhaging Effect of Punitive Damages in Asbestos Cases" 6 **Tex. R. Law & Pol.** (2002) 137.

Bell — D. Bell, **Communitarianism and Its Critics** (Oxford, 1993).

Belli — M.M. Belli, **Modern Damages** (Indianapolis, 1959) Vol. I.

Belli (2) — M.M. Belli, "Punitive Damages: An Historical Perspective" 13 **Trial** (Dec. 1977) 40.

Benson — P. Benson, "The Basis of Corrective Justice and It's relation to Distributive Justice" 77 **Iowa L.R.** (1992) 515.

Benson (2) — P. Benson, "The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law" in: **Philosophical Foundations of Tort Law** (Oxford, 1995, Owen Ed.) 427.

Bentham — J. Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation** (Oxford, 1789) (1823 ed., rep. in N.Y. 1948).

Bentham (2) — J. Bentham, **Theory of Legislation** (Paris, 1802, London, 1830, rep. in Bombay, 1975).

Bentham (3) — J. Bentham, **A Fragment on Government** (1776) (Cambridge, 1988, Hart & Burns Eds.).

Bentham (4) — J. Bentham, **The Limits of Jurisprudence Defined** (N.Y., 1945, Everett Ed.).

Berryman — J. Berryman, "The Case for Restitutionary Damages over Punitive Damages: Teaching the Wrongdoer that Tort Does Not Pay" 73 **Can. B. R.** (1994) 320.

Bienkowska — E. Bienkowska, "Crime in Eastern Europe" in **Crime in Europe** (London, 1991, Heidensohn & Farrell Eds.) 43.

Birks — P. Birks, Editor's Preface, p. viii, in **Wrongs and Remedies in the 21st Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.).

Birks (2) — P. Birks, "The Content of Fiduciary Obligation" (Lecture, Hebrew University, Jerusalem, 18 May, 2000).

Birmingham — R.L. Birmingham, "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency" 24 **Rutgers L.R.** (1970) 273.

Bishop — W. Bishop, "The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance" 12 **J. Leg. Stud.** (1983) 241.

Black — **Black's Law Dictionary** (St. Paul, 7th ed., 1999, Garner Ed.).

nevo.co.il

Blackstone W. Blackstone, **Commentaries on the Laws of England** (Oxford, 1768, rep. London, 1966) Book III ("Of Private Wrongs"), Book IV ("Of Public Wrongs").

Blakey G.R. Blakey "Of Characterization and Other Matters: Thoughts About Multiple Damages" 60 **Law & Contemp. Prob.** (1997) 97.

Blom J. Blom, "Remedies in Tort and Contract: Where is the Difference?" ch. 16 in **Remedies, Issues and Perspectives** (Barrie, 1991, Berryman Ed.) 395.

Boyle J.D. Boyle, M.R. O'Malley, "Insurance Coverage For Punitive Damages and Intentional Conduct in Massachusetts" 25 **New Eng. L.R.** (1991) 827.

Boyle (2) **Critical Legal Studies** (N.Y., 1992, Boyle Ed.).

Bradley F.H. Bradley, **Ethical Studies** (1876) (Oxford, rep. 1988).

Bradley, C. C.M. Bradley, "The Uncertainty Principle in the Supreme Court" Vol. 1986 **Duke L.J.** (1986) 1.

Braithwaite J. Braithwaite, "Challenging Just Deserts: Punishing White-Collar Criminals" 73 **J. Crim. L. & Criminology** (1982) 723.

Brandwen M. Brandwen, "Punitive-Exemplary Damages in Labor Relations Litigation" 29 **Un. Chic. L.R.** (1962) 460.

Braslow N.T. Braslow, "The Recognition and Enforcement of Common Law Punitive Damamges in A Civil Law System: Some Reflections on the Japanese Experience" 16 **Ariz. J. Int. & Comp. L.** (1999) 285.

Brazier **Street On Torts** (London, 10th ed., 1999, Brazier & Murphy Eds.).

Breslo J.A. Breslo, "Comment: Taking the Punitive Damage Windfall Away from the Plaintiff: An Analysis" 86 **Northwestern Un. L.R.** (1992) 1130,

Bridge M. Bridge, "Contractual Damages for Intangible Loss" 62 **Can. B. R.** (1984) 322.

Bridge (2) M. Bridge, "The Overlap of Tort and Contract" 27 **McGill L.J.** (1982) 872.

Brierly **Quebec Civil Law** (Toronto, 1993, Brierly & Macdonald Gen. Eds.) 471.

Brissaud J. B. Brissaud, **A History of French Private Law,** Vol. III of the **Continental Legal History Series** (N.Y., 1968).

Braucher J. Braucher, "Contract Versus Contractarianism: The Regulatory Role of Contract Law" 47 **Wash. & Lee L.R.** (1990) 697, rep. in **A Contracts Anthology** (2nd ed., 1995, Linzer Ed.) 106.

Brooks J.G. Brooks, "The Dubious Extention of Punitive Damage Recovery in Pnnsylvania Products Liability Law" 23 **Duquesne L.R.** (1985) 681.

Brownsword **Good Faith in Contract** (aldershot, 1999, Brownsword Ed.).

Buckland W. Buckland, A. McNair, **Roman Law and Common Law** (Cambridge, 2nd ed., 1952).

Bucy P.H. Bucy, "Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before the Horse" 71 **Wash. U. L.Q.** (1993) 329.

Burdick C.K. Burdick, "The Origin of the Peculiar Duties of Public Service Companies" 11 **Colum. L.R.** (1911) 514.

Burrows A.S. Burrows, **Remedies for Torts and Breach of Contract** (London, 2nd ed., 1994).

Burrows (2) A.S. Burrows, "Reforming Non-Compensatory Damages", in **The Search for Principle** (Oxford, 1999, Swadling & Jones Eds.) 295.

Burrows (3) A.S. Burrows, "Reforming Exemplary Damages: Expansion or Abolition?" in: **Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.) 153.

nevo.co.il

Burrows (4) A.S. Burrows, “The Scope of Exemplary Damages” 109 **L.Q.R.** (1993) 358.

Burrows (5) A.S. Burrows, "Mental Distress Damages in Contract - A Decade of Change" 1 **Lloyd's Maritime and Comm. L.Q.** (1984) 119.

Burrows (6) A.S. Burrows, "Contract, Tort and Restitution - A Satisfactory Division or Not?" 99 **L.Q.R.** (1983) 217.

Burrows, P. P. Burrows, C.G. Veljanovski **The Economic Approach to Law** (London, 1981).

Burton S.J. Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith” 94 **Harv. L.R.** (1989) 369.

Calabresi G. Calabresi, **The Costs of Accidents** (New Haven, 1970).

Calabresi (2) G. Calabresi, A.D. Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral” 85 **Harv. L.R.** (1972) 1089.

Calfee G.E. Calfee, R. Craswell, "Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards" 70 **Va. L.R.** (1984) 965.

Calnan A. Calnan, “Ending the Punitive Damage Debate”, 45 **Depaul L.R.** (1995) 101.

Cane P. Cane, “Exceptional Measures of Damages: A Search for Principles” in: **Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century** (Oxford, 1996, P. Birks Ed.) 301.

Cane (2) P. 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, 1987 Eekelaar & Bell Eds.) 57.

Cane (3) P. Cane, **Tort Law and Economic Interest** (Oxford, 2nd ed., 1994).

Cane (4) P. Cane, “Economic Loss in Tort and Contract” 58 **Rabels Zeitschzift fur Auslandisches und Internationales Pivatrecht** (1994) 430.

Cane (5) P. Cane, “Fault and Strict Liability for Harm in Tort Law” in: **The Search for Principle** (Oxford, 1999, Swadling & Jones Eds.) 171.

Cappelletti **Access To Justice and the Welfare State** (Stuttgart, 1981, Cappelletti & al. Eds.).

Cardenas J. Cardenas, “The Crime Victim in the Prosecutorial Process” 8 **Harv. J. L. & Pub. Pol’y** (1986) 357.

Carella G. Carella, “I Punitive Damages e La Riparazione del Danno Morale in Diritto Internazionale”, 67 **Rivista di Diritto Internazionale** (1984) 751.

Carrington P.D. Carrington, "The Moral Quality of The Criminal Law" 54 **Nw. U .L.R.** (1959) 575.

Carsey L.S. Carsey, “The Case against Punitive Damages: An Annotated Argumentative Outline”, 11 **Forum** 57 (1975).

Carter J.W. Carter, D.J. Harland, **Contract Law in Australia** (Sydney, 2nd ed., 1991).

Cavico F.J. Cavico, “Punitive Damages for Breach of Contract - A Principled Approach” 22 **St. Mary’s L.J.** (1990) 357.

Certoma G.L. Certoma, **The Italian Legal System** (London, 1985).

Chapman B. Chapman, M. Trebilcock, “Punitive Damages: Divergence in Search of A Rationale” 40 **Ala. L.R.** (1989) 741.

Chapman J. **Compensatory Justice**, **Nomos XXXIII**, (N.Y., 1991, Chapman Ed.).

Cheh M.M. Cheh, Constitutional Limits on Using Civil Remedies to Achieve Criminal Law Objectives: Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction, 42 **Hastings L.J.** (1991) 1325.

Chen	M. Chen-Wishart, "Restitutionary Damages for Breach of Contract" 114 **L.Q.R.** (1998) 363.
Chitty	**Chitty On Contracts** (London, 27th ed., 1994).
Chutorian	S. Chutorian, "Tort Remedies for Breach of Contract: The Expansion of Tortious Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing into the Commercial Realm" 86 **Colum. L.R.** (1986) 377.
Clapham	J. Clapham, **A Concise Economic History of Britain** (Cambridge, 1949).
Clark	R. Clark, **Contract** (Irish Law Texts, London, 2nd ed., 1986).
Clark, R.	R. Clark, **Crime in America: Observations on its Nature, Causes, Prevention and Control** (N.Y., 1970).
Clarkson	K.W. Clarkson, R.L. Miller, T.J. Muris, "Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonesence?" Vol. 1978 **Wis. L.R.** 351.
Coase	R.H. Coase, "The Problem of Social Cost" 3 **J. L. & Econ.** (1960) 1.
Coderch	P.S. Coderch, "Punitive Damages and Continental Law", Vol. 2001 **Zeitschrift fuer Europaeisches Privatrecht** 604.
Coffee	J.C. Coffee, "Does Unlawful Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort\Crime Distinction in American Law" 71 **B.U.L.R.** (1991) 193.
Coffee (2)	J.C. Coffee, "The Blurring of the Criminal and Civil Law Models - and What Can Be Done About It" 101 **Yale L.J.** (1992) 1875.
Coffee (3)	J.C. Coffee, "No Soul to Damn - No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment" 79 **Mich. L.R.** (1981) 386.
Cohen	M.R. Cohen, "The Basis of Contract" 46 **Harv. L.R.** (1933) 553.
Cohen, F.	F.S. Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach 35 **Colum. L.R.** (1935) 809.
Cohen, G.	G.M. Cohen, "The Fault Lines in Contract Damages" 80 **Va. L.R.** (1994) 1225.
Cohen L.	L. Cohen, "Holdouts and Free Riders" 20 **J. Leg. Stud.** (1991) 351.
Cohen, M.	M.H. Cohen, "Reconstructing Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing as a Tort" 73 **St. Louis Un. L.J.** (1985) 1291.
Cohen, N.	N. Cohen, "The Effect of the Duty of Good Faith on a Previously Common Law System: The Experience of Israeli Law" in **Good Faith in Contract** (Aldershot, 1999, Brownsword Ed.) 189.
Cohn	E.J. Cohn, **Manual of German Law** (London, 1968) 109.
Colby	T.B. Colby, "Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs, 87 **Minn. L.R.** (2003) 583.
Coleman	P.G. Coleman, "Punitive Damages for Breach of Contract: A New Approach" 11 **Stetson L.R.** (1982) 250.
Coleman, J.	J.L. Coleman, "Corrective Justice and Wrongful Gain" in J.L. Coleman, **Markets, Morals and the Law** (Cambridge, 1988) 184.
Coleman, J (2)	J.L. Coleman, "The Mixed Conception of Corrective Justice" in J.L. Coleman, **Risks and Wrongs** (Cambridge, 1992) 303.
Coleman, J. (3)	J. Coleman, "The Mixed Conception of Corrective Justice" 77 **Iowa L.R.** (1992) 427.
Coleman, J. (4)	J.L. Coleman,"Tort Law and the Demands of Corrective Justice" 67 **Ind. L.J.** (1992) 349.

Coleman, J (5)	J. Coleman, "Contracts and Torts" 12 **L. & Phil.** (1993) 71.
Collins	B.W. Collins, "Tort and Punishment–Exemplary Damages: The Australian Experience", 70 **Australian L. J.** (1996) 47.
Collins, I.	I. Collins, **Liberalism in Nineteenth-Century Europe** (London, 1957, rep. 1971).
Colombo	S. Colombo, "The Present Differences between the Civil Law and Common Law Worlds with regard to Culpa in Contrahendo" 2 **Tilburg Foreign L.R.** (1993) 341.
Comment	Comment, "Criminal Safeguards and the Punitive Damages Defendant" 34 **U.Chi. L.R.** (1967) 408.
Comment (2)	Comment, "Exemplary Damages Awarded for Breach of Fiduciary Duty", 33 **N.Y.U. L.R.** (1958) 877.
Comment (3)	Comment, "Punitive Damages on Ordinary Contracts" 42 **Mont. L.R.** (1981) 93.
Comment (4)	Comment, "Sailing the Uncharted Seas of Bad Faith: *Seaman's Direct Buying Services v. Standard Oil Co*." 69 **Minn. L.R.** (1985) 1161.
Companion	D.M. Walker, **The Oxford Companion to Law** (Oxford, 1980).
Concise	**A Concise Dictionary of Law** (Oxford, 2nd ed., 1990, Martin Ed.).
Cook	J. H. Cook, "*Seaman's*: Tortious Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing in a Noninsurance, Commercial Contract" 71 **Iowa L.R.** (1986) 893.
Cooke	P.J. Cooke, D.W. Oughton, **The Common Law of Obligations** (London, 3nd ed., 2000).
Cooke, R.	R. Cooke, "Tort and Contract" in **Essays on Contract** (Ontario, 1987, Finn Ed.) 222.
Cooper	K.D. Cooper-Stephenson, **Personal Injury Damages** (Toronto, 1981).
Cooper (2)	K.D. Cooper-Stephenson, **Personal Injury Damages** (Toronto, 2nd ed., 1996).
Coote	B. Coote, "Chance and the Burden of Proof in Contract and Tort" 62 **Aust. L.J.** (1988) 761.
Cooter	R. Cooter, "Economic Analysis of Punitive Damages", 56 **S. Cal. L.R.** (1982) 79.
Cooter (2)	R. Cooter, " Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?", 40 **Ala. L.R.** (1989) 1146.
Cooter (3)	R. Cooter, "Prices and Sanctions" 84 **Colum. L.R.** (1984) 1523.
Cooter (4)	R. Cooter, T. Ulen, **Law and Economics** (Berkeley, 1986).
Corbin	A.L. Corbin, **Corbin On Contracts** (St. Paul, 1964).
Corpus Juris	**Corpus Juris Secundum** Vol. 25 (N.Y., 1966) s. 120.
Corrado	**Justification and Excuse in The Criminal Law** (N.Y., 1994, Corrado Ed.).
Crime in Europe	**Crime in Europe** (London, 1991, Heidensohn & Farrell Eds.) 28.
Crime in the City	**Crime in the City** (N.Y., 1970, Glaser Ed.)
Crowley	M.A. Crowley, "From Punishment to Annihilation: Engle v. R.J. Reynolds Tobacco Co. - No More Butts - Punitive Damages Have Gone Too Far" 34 **Loy. L.A. L.R.** (2001) 1513.
Curtis	L. Curtis, "Damage Measurements for Bad Faith Breach of Contract: An Economic Analysis" 39 **Stan. L.R.** (1986) 161.

Dagan H. Dagan, J.J. White, "Governments, Citizens, and Injurious Industries" 75 **N.Y.U.L.R.** (2000) 354.

Dagan (2) H. Dagan, "The Distributive Foundation of Corrective Justice" 98 **Mich. L.R.** (1999) 138.

Dagan (3) H. Dagan, "Restitutionary Damages for Breach of Contract: An Exercise in Private Law Theory" 1 **Theoretical Inquiries in Law** (2000) 115.

Dalton C. Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine" 94 **Yale L.J.** (1985) 997.

Dan-Cohen M. Dan-Cohen, "Decision Rules and Conduct Rules" 97 **Harv. L.R.** (1984) 625.

Daniels S. Daniels, J. Martin, "Mith and Reality in Punitive Damages" 75 **Minn. L.R.** (1990) 1.

David R. David, J.E.C. Brierly**, Major Legal Systems in the World Today** (London, 3rd ed., 1985).

Davis M. Davis, "Harm and Retribution" 15 **Phil. & Pub. Aff.** (1986) 236.

Demogue R. Demogue, "Validity of the Theory of Compensatory Damages" 27 **Yale L.J.** (1918) 585.

Demott D.A. Demott, "Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation" Vol. 1988 **Duke L.R.** 879.

Denemark H.A. Denemark, "Seeking Greater Fairness When Awarding Multiple Plaintiffs Punitive Damages for a Single Act by a Defendant" 63 **Ohio St. L.J.** (2002) 931.

Denning A. Denning, **The Changing Law** (London, 1953).

Deuch M. Deuch, "Reliance Damages Stemming from Breach of Contract: Further Reflection and the Israeli Experience" 99 **Commercial L. J.** (1994) 446.

Devers D.P. Devers**,** "Exemplary Damages in Contract Cases" 7 **Willamette L.J.** (1971) 137.

Devlin P. Devlin, **The Enforcement of Morals** (Oxford, 1965) ch. 1 ("Morals and the Criminal Law").

Diamond A.S. Diamond, **Primitive Law** (London, 1935).

Diamond, T T.A. Diamond, "The Tort of Bad Faith Breach of Contract: When, If at All, Should it Be Expanded Beyond Insurance Transactions?" 64 **Marq. L.R.** (1981) 425.

DiMatteo L.A. DiMatteo, "A Theory of Efficient Penalty: Eliminating the Law of Liquidated Damages" 38 **Am. Bus. L.J.** (2001) 633.

Dobbs D.B. Dobbs, **Law of Remedies** (St. Paul, 2nd ed., 1993).

Dobbs (2) D.B. Dobbs, "Ending Punishment in "Punitive" Damages: Deterrence-Measured Remedies" 40 **Ala. L.R.** (1989) 831.

Dodge W.S. Dodge, "The Case for Punitive Damages in Contract", 48 **Duke L.J.** (1999) 629.

Dollar D. Dollar, "Tortious Breach of The Covenant of Good Faith and Fair Dealing Since *Foley*: Oppurtunity or Efficiency?" 26 **San Diego L.R.** (1989) 73.

Drane R.W. Drane, D.J. Neal, "On Moral Justifications for the Tort\Crime Distinction" 68 **Cal. L.R.** (1980) 398.

Duff A. Duff, D. Garland, "Introduction: Thinking about Punishment" in: **A Reader on Punishment** (Oxford, 1994, Duff & Garland Eds.)

Duff (2) A. Duff, "Retributive Punishment - Ideals and Actualities" 25 **Isr. L.R.** (1991) 422.

nevo.co.il

Duffy	J. E. Duffy, “Punitive Damages, A Doctrine which Should Be Abolished” in: **Defence Research Institute: The Case Against Punitive Damages** (Milwaukee, Hirsh & Pouros Ed., 1969).
Dukelow	D.A. Dukelow, B. Nuse, **The Dictionary of Canadian Law** (Toronto, 2nd ed.)
Dworkin	R. Dworkin, **Law's Empire** (Cambridge, 1986).
Dworkin (2)	R. Dworkin**,** "Is Wealth A Value?" 8 **J. Leg. Stud.** (1979) 191.
Dworkin (3)	R. Dworkin, "Is Law A System of Rules?" in **Philosophy of Law** (Oxford, 1977).
Edelman	J. Edelman, “Exemplary Damages Revisited” 7 **Tort L.R.** (1999) 87.
Edelman (2)	J. Edelman, **Gain-Based Damages** (Oxford, 2002).
Ehrlich	I. Ehrlich, "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement" 1 **J. Leg. Stud.** (1972) 259.
Ehrlich (2)	I. Ehrlich, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death" 65 **Am. Econ. R.** (1975) 397.
Eisenberg	T. Eisenberg, “Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages” 87 **Georgetown L.J.** (1998) 347.
Eisenberg (2)	T. Eisenberg, John Goerdt, B. Ostrom, D. Rottman, M.T. Wells, "The Predictability of Punitive Damages" 26 **J. Leg. Stud.** (1997) 623.
Eisenberg (3)	T. Eisenberg, N. LaFountain, B. Ostrom, D. Rottman, M.T. Wells, "Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study" 87 **Cornell L.R.** (2002) 743.
Elliott	E.D. Elliott, “Why Punitive Damages Don't Deter Corporate Misconduct Effectively” 40 **Ala. L.R.** (1989) 1053.
Ellis	D.D. Ellis, "Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages" 56 **S. Cal. L.R.** (1982) 1.
Ellis (2)	D.D. Ellis, "Punitive Damages, Due Process, and the Jury" 40 **Ala. L.R.** (1989) 975.
Encyclopedie	**Encyclopedie Dalloz** (Paris, 1998) Droit Civil, Vol. 5.
Englard	I. Englard, **The Philosophy of Tort Law** (Cambridge, 1993).
Englard (2)	I. Englard, "The System Builders: A Critical Appraisal of Modern Tort Theory" 9 **J. Leg. Stud.** (1980) 27.
Ennis	B.J. Ennis, “Punitive Damages and the U.S. Constitution” 26 **Tort & Ins. L.J.** (1990) 592.
Epstein	R.A. Epstein, “The Harm Principle and How It Grew” 45 **U. Toronto L.J.** (1995) 369.
Epstein (2)	R.A. Epstein, "The Tort\Crime Distinction: A Generation Later" 76 **B.U.L.R.** (1996) 1.
Ewing	A.C. Ewing, **The Morality of Punishment** (1929, rev. ed., 1970, Monclair, N.J).
Fallon	R.H. Fallon, “What is Republicanism, and Is It Worth Reviving?” 102 **Harv. L.R.** (1989) 1695.
Farber	D.A. Farber, "Reassissing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract" 66 **Va. L.R.** (1980) 1143.
Farnsworth	E.A. Farnsworth, “Legal Remedies for Breach of Contract” 70 **Colum. L.R.** (1970) 1145.
Farnsworth (2)	E.A. Farnsworth, **Contracts** (Boston, 1982).

Farnsworth (3) E.A. Farnsworth, **Farnsworth On Contracts** (Boston, 3rd ed. 1990).

Farnsworth (4) E.A. Farnsworth, **An Introduction to the Legal System of the U.S.A.** (N.Y., 1963).

Farnsworth (5) E.A. Farnsworth, "Your Loss of My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract" 94 **Yale L.J.** (1985) 1339.

Feeney M.P. Feeney, "Punitive Damages in Constitutional Tort Actions" 57 **Notre Dame Lawyer** (1982) 530.

Feinberg J. Feinberg, "The Expressive Function of Punishment" in **Crimes and Punishments** (N.Y., 1994, Coleman Ed.) 87.

Feinberg (2) J. Feinberg, **The Moral Limits of Criminal Law** (N.Y., Oxford, 1984, 1985, 1986, 1990).

Feinman J.M. Feinman, "The Significance of Contract Theory" 58 **U. Cin. L.R.** (1990) 1283.

Feinman (2) J.M. Feinman, "Critical Approaches to Contract Law" 30 **U.C.L.A. L.R.** (1983) 829.

Feinman, (3) J.M. Feinman, "The Jurisprudence of Classification" 41 **Stan. L.R.** (1989) 661.

Feinman, (4) J.M. Feinman, P. Gabel, "Contract Law as Ideology" in **The Politics of Law** (N.Y. R. 2nd ed., 1990, Kairys Ed.) ch. 18, 373.

Feinman, (5) J.M. Feinman, **Economic Negligence: Liability of Professionals and Businesses to Third Parties for Economic Loss** (Boston, 1995).

Feinman (6) J.M. Feinman, "Relational Contract Theory: Unanswered Questions: A Symposium in Honor of Ian. R. Macneil: Relational Contract Theory in Context" 94 **Nw. U.L.R.** (2000) 737.

Feldthusen B. Feldthusen, "Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages" 16 **Can. Bus. L.J.** (1990) 241.

Feldthusen (2) B. Feldthusen, "Contract - Punitive Damages - Aggravated Damages - Damages for Mental Distress in Contract: *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia"* 69 **Can. B. R.** (1990) 169.

Feldthusen (3) B. Feldthusen, "Punitive Damages in Canada: Can the Coffee Ever Be Too Hot?" 17 **Loyola of Los Angeles Int. & Comp. L. J.** (1995) 793.

Feldthusen (4) B. Feldthusen, **Economic Negligence** (Scarbourogh, 4th ed., 2000).

Feldthusen (5) B. Feldthusen, "Punitive Damages as Aggravated Damages: The Case of Contract" 16 **Can. Bus. L.J.** (1990) 269.

Fiebig A.R. Fiebig, "The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany" 22 **Georgia J. Int'l & Comp. L.** (1992) 635.

Fieweger J. Fieweger, "The Need for Reform of Punitive Damages in Mass Tort Litigation: *Juzwin v. Amtorg Trading Corp.*" 39 **Depaul L.R.** (1990) 775.

Fine E. Fine, F. Kessler, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study" 77 **Harv. L.R.** (1964) 401.

Fitzpatrick **Critical Legal Studies** (Oxford, 1987, rep. 1990, Fitzpatrick & Hunt Eds.).

Fleming J.G. Fleming, "Recovery for Mental Suffering in Contract" 32 **Notre Dame L.R.** (1957) 482.

Fletcher G. Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory" 85 **Harv. L.R.** (1972) 537.

Flew A. Flew, "Retrospect and Prospect, Retribution and Deterrence" 25 **Isr. L.R.** (1991) 376.

Flower	S.M. Flower, "Is Strict Liability in Tort Identical to Implied Warranty in Contract in the Context of Personal Injury?" 62 **Missouri L.R.** (1997) 382.
Ford	T.A. Ford, "The Constitutionality of Punitive Damages" in: **The Case Against Punitive Damages** (Milwaukee, Hirsh & Pouros Eds., 1969) 15.
Frank	G. Frank, **Law and the Modern Mind** (N.Y., 1930).
Franklin	G.S. Franklin, "Punitive Damages Insurance: Why Some Courts Take the Smart out of "Smart Money" 40 **U. Miami L.R.** (1986) 979.
Freifield	S. Freifield, "The Rationale of Punitive Damages" 1 **Ohio St. L.J.** (1935) 5.
Fridman	G.H.L. Fridman, "Punitive Damages in the Law of Tort" 48 **Can. B.R.** (1970) 373.
Fridman (2)	G.H.L. Fridman, **The Law of Contract in Canada** (Toronto, 2nd ed., 1996).
Fridman (3)	G.H.L. Fridman, "The Interaction of Tort and Contract" 93 **L.Q.R.** (1977) 422.
Fried	C. Fried, **Contract As Promise** (Cambridge, 1981).
Friedler	H. Friedler, "Moral Damages in Mexican Law: A Comparative Approach" 8 **Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.** (1986) 235.
Friedman	David Friedman, "An Economic Explanation of Punitive Damages" 40 **Ala. L.R.** (1989) 1125.
Friedman (2)	David Friedman, "Efficient Institutions for the Private Enforcement of Law" 13 **J. Leg. Stud.** (1984) 379.
Friedman, D.	D. Friedman, "Restitution of Profits Gained by Party in Breach of Contract" 104 **L.Q.R.** (1989) 383.
Friedman, D. (2)	D. Friedman, "The Efficient Breach Fallacy" 18 **J. Leg. Stud.** (1989) 1.
Friedman D. (3)	D. Friedman, "The Transformation of 'Good Faith' in Insurance Law" in **Good Faith in Contract** (Aldershot, 1999, Brownsword Ed.) 311.
Friedman, D. (4)	D. Friedman, "Good Faith and Remedies for Breach of Contract" in **Good Faith and Fault in Contract Law** (Oxford, 1995, Beatson & Friedman Eds.) 399.
Friedman, L (3).	L.M. Friedman, **A History of American Law** (N.Y., 1973).
Friedman, L. (2)	L.M. Friedman, **Contract Law In America - A Social and Economic Case Study** (Madison, 1965).
Friedman, L.	L.M. Friedman, **A History of American Law** (N.Y., 2nd ed., 1985).
Friedman, R.	R.D. Friedman, "Antitrust Analysis and Bilateral Monopoly" Vol. 1986 **Wis. L.R.** 873.
Forell	C. Forell, The Statutory Duty Action in Tort: A Statutory/Common Law Hybrid?" 23 **Ind. L.R.** (1990) 781.
Fuller	L.L. Fuller, W.R. Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 Yale L.J. (1936) 52, 373.
Fuller (2)	L.L. Fuller, **The Morality of Law** (New Haven, rev. ed., 1969).
Furmston	M.P. Furmston, "Contract and Tort after Denning" **The Denning L.J.** (1987) 65.
Galanter	M. Galanter, "Punishment: Civil Style" 25 **Isr. L.R.** (1991) 759.
Galanter (2)	M. Galanter, D. Luban, "Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism" 42 **Am. U. L.R.** (1993) 1393.
Galligan	T.C. Galligan, "Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages" 51 **Louisiana L.R.** (1990) 3.

Galligan (2) T.C. Galligan, "Contortions along the Boundary between Contracts and Torts" 69 **Tulane L.R.** (1994) 457.

Gamboa M.J. Gamboa, **An Introduction to Phillippine Law** (N.Y., 7th ed., 1969).

Gardner D. Gardner, "Reflexions sur les dommages Punitifs et Exemplaires" 77 **Can. B. R.** (1998) 198.

Gaus G.F. Gaus, "Does Compensation Restore Equality" in **Compensatory Justice**, **Nomos XXXIII**, (N.Y., 1991, Chapman Ed.) 45.

Gayer A.D. Gayer, **The Growth and Fluctuation of the British Economy 1790-1850** (Oxford, 1953).

Ghiardi J.D. Ghiardi, J.J. Kircher, **Punitive Damages Law and Practice** (N.Y., Comulative Supplement, 1998).

Ghiardi (2) J.D. Ghiardi, "The Case Against Punitive Damages", 8 **Forum** (1972) 411.

Ghiardi (3) J.D. Ghiardi, "Should Punitive Damages Be Abolished? An Answer for the Affirmative" in **Insurance, Negligence and Compensation Law** (Chicago, 1966) 282.

Gibbs J.P. Gibbs, **Crime, Punishment and Deterrence** (N.Y., 1975).

Gilead I. Gilead, "Tort Law" in **The Law of Israel General Surveys** (Jerusalem, 1995, Zamir & Colombo Ed.) 279.

Gilead (2) I. Gilead, "The Evolvement of Israeli Tort Law from its Common Law Origins" in: **European Legal Traditions & Israel** (Jerusalem, 1994, Rabello Ed.) 523,

Gilead (3) I. Gilead, "Cause-In-Fact in Israeli Tort Law" in **Toward a New European Ius Commune** (Jerusalem, 1999, Rabello Ed.) 279.

Gilead (4) I. Gilead, "Non-Consensual Liability of a Contracting Party: An Israeli Perspective of the "Gray Areas" between Contract and Tort" in **Classification of Private Law: Bases of Liability and Remedies** (International colloquium, N.Y., 2001) 7.

Gilead (5) I. Gilead, "Non-Consensual Liability of a Contractual Party: Contract, Negligence, Both or In-Between?" 3 **Theoretical Inquiries in Law** (2002) 511.

Gilead (6) I. Gilead, "Tort Liability in Negligence for Pure Economic Loss" in: **Israeli Reports to the 15th International Congress of Comparative Law** (Jerusalem, 1999) 79.

Gilead (7) I. Gilead, "Tort Law and Internalization: The Gap between Private Loss and Social Cost" 17 **Int. R. L & Econ.** (1997) 589.

Gilmore G. Gilmore, **The Death of Contract** (Columbus, 1974).

Gilmore (2) G. Gilmore, F. Kessler, **Contracts, Cases & Materials** (Boston, 2nd ed., 1970).

Givelber D. Givelber, "The Right to Minimum Social Decency and the Limits of Evenhandedness: Intentional Infliction of Emotional Distress by Outrageous Conduct" 82 **Colum. L.R.** (1982) 42.

Glendon M.A. Glendon, M.W. Gordon, C. Osakwe, **Comparative Legal Traditions** (St. Paul, 2nd ed., 1994).

Glendon (2) M.A. Glendon, "Observations on the Relationship between Contract and Tort in French Civil Law and Common Law" 11 **Revue de droit de l'universite de Sherbrooke** (1980) 213.

Gloag W.M. Gloag, C. Henderson, **An Introduction to the Law of Scotland** (Edinburg, 10th ed., 1995) 177.

Glover	J. Glover, "Restitutionary Principles in Tort: Wrongful User of Property and the Exemplary Measure of Damages" 18 **Monash L.R.** (1992) 169.
Goetz	C.J. Goetz, R.E. Scott, "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on An Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach" 77 **Colum. L.R.** (1977) 554.
Goetz	C.J. Goetz, R.E. Scott, "Principles of Relational Contracts" 67 **Va. L.R.** (1981) 1089.
Goff	R. Goff, G. Jones, **The Law of Restitution** (London, 4th ed., 1993).
Goldstein	S. Goldstein, "Punishment: Civil Style - A Comment" 25 **Isr. L.R.** (1991) 779.
Goldstein (2)	A.S. Goldstein, "White Collar Crime and Civil Sanctions" 101 **Yale L.J.** (1991) 1895.
Gordley	J. Gordley, "Natural Law Origins of the Common Law of Contract" in: **Towards A General Law of Contract** (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, Vol. 8) (Berlin, 1990, Barton Ed.) 367.
Gordley (2)	J. Gordley, "Equality in Exchange" 69 **Cal. L.R.** (1981) 1587.
Goren	S.W. Goren, "Looking for Law in All the Wrong Places: Problems in Applying the Implied Covenant of Good Faith Performance" 37 **U.S.F.L.R.** (2003) 257.
Grady	M.F. Grady, "Efficient Negligence" **Georgetown L.J.** (1998) 397.
Grassia	S.L. Grassia, "Insurability of Punitive Damages in Washington: Should Insureds Who Engage in Intentional Misconduct Reap the Benefit of Their "Bargains?" 26 **Seattle Univ. L.R.** (2003) 627.
Grave	R.B. Grave, "Bad Faith Denial of Insurance Claims: Whose Faith, Whose Punishment? An Examination of Punitive Damages and Vicarious Liability" 65 **Tul. L.R.** (1990) 395.
Gray	J. Gray, **Liberalism** (Minneapolis, 2nd ed., 1995).
Greenleaf	S. Greenleaf, **A Treatise on The Law of Evidence** (2nd ed., 1848).
Gross	R. Gross, P. Osterman, **Individualism: Man in Modern Society** (N.Y., 1972).
Grossfeld	B. Grossfeld, **Die Privatstrafe** (Berlin, 1961).
Grossfeld (2)	B. Grossfeld, **"Money Sanctions for Breach of Contract in A Communist Economy"** 72 **Yale L.J.** (1963) 1326.
Grube	E.J. Grube, "Punitive Damages: A Misplaced Remedy" 66 **Cal. L.R.** (1993) 839.
Gustafson	R. Gustafson, "Damages - Punitive Damages and Double Jeopardy" 21 **Notre Dame Lawyer** (1946) 206.
Gutmann	A. Gutmann, "Communitarian Critics of Liberalism" in **Communitarianism and Individualism** (Oxford, 1992, Avineri & De-Shalit Eds.).
Haddock	D.D. Haddock, F.S. McChesney, M. Spiegel, "An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions", 78 **Cal. L.R.** (1990) 1.
Hale	M. Hale, **An Analysis of the Civil Part of the Law** (London, 1713).
Hall	J.E. Hall, "Interrelations of Crime and Tort" 43 **Colum. L.R.** (1943) 753.
Hall (2)	J.E. Hall, "Nulla Poena Sine Lege" 47 **Yale L.J.** (1937) 165.
Hall, J.	J.S. Hall, "Criminal Corporate Liability" 35 **Am. Crim. L.R.** (1998) 549.
Halsbury	**Halsbury Laws of England** (London, 4th ed. reissue, 1998).

Hamilton V.L. Hamilton, S. Rtyna, "Social Consensus on Norms of Justice: Should the Punishment Fit the Crime?" 85 **Am. J. Soc.** (1980) 1117.

Hampton J. Hampton, "The Moral Education Theory of Punishment" 13 **Phil. & Pub. Affairs** (1984) 208.

Hampton (2) J. Hampton, Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution" 39 **U.C.L.A. L.R.** (1991) 1659.

Handford P.R. Handford, "Moral Damages in Germany" 27 **I.C.L.Q.** (1978) 849.

Handford (2) P. Handford, "Victoria Puts No Faith in Good Faith Tort" 4 **Tort L.R.** (1996) 21.

Harland A.T. Harland, "Monetary Remedies for the Victims of Crime: Assessing the Role of the Criminal Courts" 30 **U.C.L.A.L.R.** (1982) 52.

Harlow C. Harlow, ""Public" and "Private" Law: Definition without Distinction" 43 **Modern .L.R.** (1980) 241.

Harper F.V. Harper, F. James, O.S. Grey, **The Law of Torts** (Boston, 2nd ed., 1986) Vol. 4.

Harris A.P. Harris, "Rereading Punitive Damages: Beyond the Public\Private Distinction" 40 **Ala. L.R.** (1989) 1079.

Harris, D. D. Harris, **Remedies in Contract and Tort** (London, 1988).

Hart H.L.A. Hart, "Prolegomenon to the Principles of Punishment" in: **Punishment and Responsibility** (Oxford, 1968) 1.

Hart, (2) H.L.A. Hart "Definition and Theory in Jurisprudence" 70 **L.Q.R.** (1954) 37.

Hart (3) H.L.A. Hart, **The Concept of Law** (Oxford, 2nd ed., 1994).

Hart (4) H.L.A. Hart, A.M. Honore, **Causation in the Law** (Oxford, 2nd ed., 1985).

Hart, H.M. H.M. Hart, "The Aims of the Criminal Law" 23 **L. & Contemp. Probs.** (1958) 401.

Hay P. Hay, "The Recognition and Enforcement of American Money-Judgements in Germany - The 1992 Decision of the German Supreme Court" 40 **Am. J. Comp. L.** (1992) 729.

Hedley S. Hedley, "Contract, Tort and Restitution; or, On Cutting the Legal System Down to Size" 8 **Leg. Stud.** (1988) 137.

Hegel G. Hegel, **Philosophy of Right** (1821) (Oxford, 1952, Trans. by Knox).

Heldrich A. Heldrich, "Compensating Non-Economic Losses in the Affluent Society" 18 **Am. J. Comp. L.** (1970) 22.

Henderson D.F. Henderson, "Comparative Law in the Japaneses Courts: Punitive Damages" 24 **Law-in-Japan** (1991) 98.

Henderson, R. R.C. Henderson, "The Tort of Bad Faith in First-Party Insurance Transactions after Two Decades" 37 **Ariz. L.R.** (1995) 1153.

Henderson, J. J.A. Henderson, A.D. Twerski, "Intent and Recklessness in Torts: The Practical Craft of Restating Law" 54 **Vand. L.R.** (2001) 1133.

Herring T.K. Herring, "Administering the Tort of Negligent Infliction of Mental Distress: A Synthesis" 4 **Cardozo L.R.** (1983) 487.

Herzog P. Herzog, **Civil Procedure in France** (Hague, 1967).

Hicks J.R. Hicks, "The Foundations of Welfare Economics" 49 **Econ. J.** (1939) 696.

Hill F. Hill, **Crime, Its Amount, Causes and Rememdies** (London, 1853, rep. 1984).

Hillman R.H. Hillman, **The Richness of Contract Law** (Dordrecht, 1997).

Hirsch	W.Z. Hirsch, **Law and Economics** (San Diego, 3rd ed., 1999).
Hirsch, A.	A. von Hirsch, "Proportionality in the Philosophy of Punishment" 16 **Crime & Justice** (1992) 55.
Hnatt	K.M. Hnatt, "Purely Economic Loss: A Standard for Recovery" 73 **Iowa L.R.** (1988) 1181.
Hobbs	T. Hobbs, **Leviathan** (1651) (London, 1973).
Hoffman	E. Hoffman, M.L. Spitzer, "Experimental Tests of The Coase Theorem with Large Bargaining Group" 15 **J. Leg. Stud.** (1986) 149.
Hoffman	E. Hoffman, M.L. Spitzer, "The Coase Theorem: Some Experimental Tests" 25 **J.L. & Econ.** (1982) 73.
Hogg	K.M. Hogg, "Negligence and Economic Loss in England, Australia, Canand and New Zealand" 43 **Int. & Comp. L.Q.** (1994) 116.
Holdsworth	W.S. Holdsworth, **A History of English Law** (London, 3rd ed., 1923).
Holmes	O.W. Holmes, **The Common Law** (Boston, 1881).
Holyoak	J. Holyoak, "Tort and Contract after *Junior Books*" 99 **L.Q.R.** (1983) 591.
Honderich	T. Honderich, **Punishment: The Supposed Justifications** (Suffolk, 1976, R. ed.).
Horn	N. Horn, H. Kotz, H.G. Lesser, **German Private and Commercial Law: An Introduction** (Oxford, 1982, Weir Trans.).
Horwitz	M. Horwitz, **The Transformation of American Law, 1780-1860** (Cambridge, 1977).
Horwitz (2)	M.J. Horwitz, "The History of the Public\Private Distinction" 130 **U. Pa. L.R.** (1982) 1423.
Howser	H.C. Howser, "The Awarding of Punitive Damages for Breach of Insurance Contracts in South Carolina 1 **S.C.L.Q.** (1948) 150.
Huebner	R. Huebner, **A History of Germanic Private Law,** Vol. IV of the **Continental Legal History Series** (N.Y., 1968).
Hugueney	Le Hugueney, **L'idee de Peine Privee en Droit Contemporain** (Paris, 1904).
Hume	D. Hume, **A Treatise on Human Nature** (1737)(Oxford, 2000, Norton & Norton Eds.)
Hurd	H.M. Hurd, "The Deontology of Negligence" 76 **B.U.L.R.** (1996) 249.
Husak	D.N. Husak, **Philosophy of Criminal Law** (Totowa, N.J., 1987).
Hylton	K.N. Hylton, "Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties" 87 **Georgetown. L.J.** (1998) 421.
I.E., Complex	**International Encyclopedia of Comparative Law,** Vol. 11 (Torts) (N.Y., 1983, Tunc Gen. Ed.) ch. 12 (Complex Liabilities, by T. Weir).
I.E., Contract,	**International Encyclopedia of Comparative Law**, Vol. 7 (Contracts) (Tubingen, 1982, Von Mehren Gen. Ed.) ch. 1 ("A General View of Contract", by A.T. Von Mehren)
I.E., Divisions	**International Encyclopedia of Comparative Law,** Vol. 2, **The Legal Systems of the World** (N.Y., 1971, David Chief Ed.) ch. 2 (Structure & the Divisions of the Law, by R. David and al.).
I.E., Introd.	**International Encyclopedia** Vol. 11 (Torts) (N.Y., 1971, Tunc Gen. Ed.) ch. 1 (Introduction, by A. Tunc).
I.E., Remedies	**International Encyclopedia** Vol. 11 (Torts) (N.Y., 1971, Tunc Gen. Ed.) ch. 8 (Consequences of Liability: Remedies).

Infantino L. Infantino, **Individualism in Modern Thought: From Adam Smith to Hayek** (London, 1998).

Int. Coll. **International Colloquium of Classification of Private Law: Bases of Liability and Remedies** (N.Y., 2001) (Unpublished Summary).

Jeffries J.C. Jeffries, "A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages" 72 **Va. L.R.** (1986) 139.

John L.E. John, "Formulating Standards for Award of Punitive Damages in the Borderland of Contract and Tort", 74 **Cal. L.R.** (1986) 2033.

Johnston J.S. Johnston, "Punitive Liability: A New Paradigm of Efficiency in Tort Law" 87 **Columbia L.R.** (1987) 1385.

Johnston (2) J.S. Johnston, "Uncertainty, Chaos, and the Torts Process: An Economic Analysis of Legal Form" 76 **Cornell L.R.** (1991) 341.

Jolowicz H.F. Jolowicz, "The Assessment of Penalties in Primitive Law" in **Cambridge Legal Essays** (Cambridge, 1926) 203.

Jones D.N. Jones, S. Sutton, B.D. Greenwald, "Multiple Punitive Damages Awards for a Single Course of Wrongful Conduct: The Need for a National Policy to Protect Due Process, 43 **Ala. L.R.** (1991) 1.

Jones, G. G. Jones, "The Recovery of Benefits Gained from a Breach of Contract" 99 **L.Q.R.** (1983) 443.

Jones, W. W. Jones, **Historical Introduction to the Theory of Law** (Oxford, 1940, rep. 1970).

Jorgensen S. Jorgensen, "The Decline and Fall of the Law of Torts" 18 **Am. J. Comp. L.** (1970) 39.

Jowitt **Jowitt's Dictionary of English Law** (London, 2nd ed., 1977, Burke Ed.).

Kadish S.H. Kadish, S.J. Schulhofer, **Criminal law and its Processes** (Gaithersburg, 7th ed., 2001).

Kadish (2) S.H. Kadish, "Some Observations on the Use of Criminal Sanctions to Enforce Economic Regulations" 30 **U.Chic. L.R.** (1963) 423.

Kadish (3) S.H. Kadish, "Legal Norm and Discretion in the Police and Sentencing Process" 75 **Harv. L.R.** (1962) 904.

Kadish M. M.R. Kadish, S.H. Kadish, **Discretion to Disobey** (Stanford, 1973)

Kahan M. Kahan, B. Tuckman, "Special Levies on Punitive Damages: Decoupling, Agency Problems, and Litigation Expenditures" 15 **Int. R. L. & Econ.** (1995) 175.

Kaldor N. Kaldor, "Welfare Propositions of Economics and Inter-Personal Comparisons of Utility" 49 **Econ. J.** (1938) 549.

Khanna V.S. Khanna, "Corporate Liability Standards: When Should Corporations be Held Criminally Liable?" 37 **Am. Crim. L.R.** (2000) 1239.

Kant I. Kant, **The Metaphysical Elements of Justice** (1797) (Indianapolis, 1965, Trans. By Ladd).

Kaplan P.R. Kaplan, "A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages" 50 **S. Cal. L.R.** (1977) 1055.

Kaplow L. Kaplow, "Rules Versus Standards: An Economic Analysis" 42 **Duke L.J.** (1992) 557.

Karpoff J.M. Karpoff, J.R. Lott, "On the Determinants and Importance of Punitive Damages Awards." 42 **J. L. & Econ.** (1999) 528.

nevo.co.il

Katz S.B. Katz, "The California Tort of Bad Faith Breach, the Dissent in *Seaman's v. Standard Oil*, and the Role of Punitive Damages in Contract Doctrine" 60 **S. Cal. L.R.** (1987) 509.

Keating G.C. Keating, "Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents" 74 **S. Cal. L.R.** (2000) 193.

Keeton R.E. Keeton, "Liability Insurance and Responsibility for Settlement" 67 **Harv. L.R.** (1954) 1136.

Kelsen H. Kelsen, **The Pure Theory of Law**, (Berkeley, 1967) 62.

Kenefick A.M. Kenefick, "The Constitutionality of Punitive Damages under the Excessive Fines Clause of the Eighth Amendment" 85 **Mich. L.R** (1987) 1699.

Kent **Kent's Commentaries** (Boston, 12th ed., 1884) Vol. II.

Kenny **Kenny's Outlines of Criminal Law** (Cambridge, 15th ed., 1936, rep. 1945, Phillips Ed.).

Kenny (2) **Kenny's Outlines of Criminal Law** (Cambridge, 19th ed., 1966).

Ketchman R.L. Ketchman, **Individualism and Public Life: A Modern Dillema** (N.Y, 1987).

Kile N.K. Kile, "Constitutional Defences Against Punitive Damages: Down But Not Out" 65 **Indiana L.J.** (1989) 141.

Kircher J.J. Kircher, C.M. Wiseman, **Punitive Damages - Law and Practice** (St. Paul, 2nd ed., 2000).

Kockurek A. Kockurek, J.H. Wigmore, **Sources of Ancient and Primitive Law** (Boston, 1915) Vol. I.

Koenig T. Koenig, "Measuring the Shadow of Punitive Damages: Their Effect on Bargaining, Litigation, and Corporate Behaviour: The Shadow Effect of Punitive Damages on Settlements" Vol. 1998 **Wis. L.R.** 169.

Koenig (2) T. Koenig, M. Rustad, "Punitive Damages in Products Liability: A Reasearch Report" 3 **Prod. Liab. L.J.** (1992) 85.

Koenig (3) T. Koenig, M. Rustad, ""Crimtorts" As Corporate Just Deserts" 31 **U. Mich. J.L. Reform** 289 (1998).

Koenig, L. L. Koenig, D. Godinz-Taylor, "The Need for Greater Double Jeopardy and Due Process Safeguards in RICO Criminal and Civil Actions" 70 **Cal. L.R.** (1982) 724.

Koerner T.G. Koerner, "Contracts-Damages-Punitive Damages Awarded for Breach Accompanied by Fraudulent Act" 56 **Mich. L.R.** (1958) 448.

Kornblum G.O. Kornblum, "The Current State of Bad Faith and Punitive Damages Litigation in the U.S." 23 **Tort & Ins. L.J.** (1988) 812.

Krasnick H. Krasnick, "Punitive Damages in Contract" 36 **The Advocate** (1978) 11.

Kremnitzer M. Kremnitzer, K. Ghanayim, "Book Review: of Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Wigend Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil [The General Part of the Criminal Law]" 34 **Isr. L.R.** (2000) 302.

Kretzmer D. Kretzmer, "Judicial Conservatism v. Economic Liberalism: Anatomy of a Nuisance Case" 13 **Isr. L.R.** (1978) 298.

Krier J.E. Krier, S.J. Schwab, "Property Rules and Liablity Rules: The Cathedral in Another Light" 70 **N.Y.U.L.R.** (1995) 440.

Kronman A.T. Kronman, "Contract Law and Distributive Justice" 89 **Yale L.J.** (1980) 472.

Kronman (2) A.T. Kronman, "Specific Performance" 45 **U. Chi. L.R.** (1978) 351; T.S. Ulen, "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies" 83 **Mich. L.R.** (1984) 341.

Kronman (3) A.T. Kronman, "A New Champion for the Will Theory" 91 **Yale L.J.** (1981) 404.

Kuklin B. Kuklin, "Punishment: The Civil Perspective of Punitive Damages", 37 **Cleveland State L.R.** (1989) 1.

Kymlicka W. Kymlicka, **Liberalism, community, and culture** (Oxford, 1989).

Lafave W.R. Lafave, J.H. Israel, N.J. King, **Criminal Procedure** (St. Paul, 3rd ed., 2000).

Landes W.M. Landes, R.A. Posner, "Economic Analysis of Intentional Torts" 1 **Int'l R. L. & Econ.** (1981) 127.

Landes (2) W.M. Landes, R.A. Posner, **The Economic Structure of Tort Law** (Cambridge, 1987) 149.

Landes (3) W.M. Landes, R.A. Posner, "The Positive Economic Theory of Tort Law", 15 **Ga. L.R.** (1981) 851.

Landes (4) W.M. Landes, R.A. Posner, "The Private Enforcement of Law" 4 **J. Leg. Stud.** (1975) 1.

Lavontin A. V. Lavontin, "Equitable Discretion: Impact on Remedies and on Rights" in **Equity & Contemporary Legal Developments** (Jerusalem, 1992, Goldshtein Ed.) 1.

Lawson F. H. Lawson, **Remedies of English Law** (London, 2nd ed., 1980).

Lawson (2) F.H. Lawson, "Fault and Contract - A Few Comparisons", in: F.H. Lawson, **The Comparison** (Amsterdam, 1977) Vol. II, ch. 18, 347.

Lee E. Lee, "Casenote: Mack Trucks, Inc. v. Conkle: The Georgia Supreme Court Tells The Legislature to Keep on Truckin' when Appropriating Punitive Damage Awards to The State Treasury" 45 **Mercer L.R.** (1994) 1439.

Leslie A. Leslie, **The Concept of Truth** (Assen, 1969).

Levenbook B. Levenbook, "The Role of Coherence in Legal Reasoning" 3 **L. & Phil.** (1984) 355.

Lewinsohn D. Lewinsohn-Zamir "The Choice Between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioral Studies" 80 **Tex. L.R.** (2001) 219.

Linden A.M. Linden, **Canadian Tort Law** (Toronto, 6th ed., 1997).

Linzer P. Linzer, "On the Amorality of Contract Remedies - Efficiency, Equity, and the Second Restatement" 81 **Colum. L.R.** (1981) 111.

Linzer (2) P. Linzer, "Symposium: Law's Unity - An Essay for the Master Contortionist" 90 **Nw. U. L.R.** (1995) 183.

Livneh E. Linveh, "Factors Determining the Amount of Damages" 4 **Isr. L.R.** (1969) 175.

Livneh (2) E. Livneh, "Criteria of Liability for Breach of Contracts**"** 2 **Isr. L.R.** (1967) 67.

Logan B.H. Logan, "Liability Insurance Protection from Punitive Damages" in: **Defence Research Institute: The Case Against Punitive Damages** (Milwaukee, Hirsh & Pouros Ed., 1969) 23.

Lomaski L.E. Lomaski, "Compensation and the Bounds of Rights" in **Compensatory Justice**, **Nomos XXXIII**, (N.Y., 1991, Chapman Ed.) 13.

nevo.co.il

Lorenz W. Lorenz, "Some Thoughts about Contract and Tort" in: **Essays in Memory of Professor F. H. Lawson** (London, 1986) 86.

Loubser M.M. Loubser, "Concurrence of Contract and Tort" in **Law in Motion** (1st World Law Conferenence, Brussels, 1996).

Luban D. Luban, "A Flawed Case Against Punitive Damages" 87 **Georgetown L.J.** (1998) 359.

Luck S. Luck, **Individualism** (Oxford, 1973).

Lucke J.K. Lucke, "Good Faith and Contractual Performance" **Essays on Contract** (Sydney, 1987, Finn, Ed.) ch. 5, 155.

Lundstedt A.V. Lundstedt, **Superstition or Rationality in Action for Peace?** (N.Y., 1925)

Luntz H. Luntz, M. Tilbury, "Punitive Damages in Australian Law" 17 **Loy. L.A. Int. & Comp. L. J.** (1995) 769.

Lyon B. Lyon, **A Constitutional and Legal History of Medieval England** (N.Y., 1960).

Mabry C.R. Mabry, "Warning! The Manufacturer of This Product May Have Engaged in Cover-Ups, Lies, and Concealment: Making the Case for Limitless Punitive Awards in Product Liability Lawsuits" 73 **Indiana L.J.** (1997) 187.

Macintosh K.L. Macintosh, "Gilmore Spoke Too Soon: Contract Rises from the Ashes of the Bad Faith Tort" 27 **Loyola L.A.L.R.** (1994) 483.

Maclin T. Maclin, What Can Fourth Amendment Doctrine Learn from Vagueness Doctrine?" 3 **U. Pa. J. Const. L.** (2001) 398.

Macneil I.R. Macneil, "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky" 68 **Va. L.R.** (1982) 947.

Macneil (2) I.R. Macneil, "The Many Futures of Contracts" 47 **S. Cal. L.R.** (1974) 691.

Macneil (3) I.R. Macneil, "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law" 72 **Nw. U. L.R.** (1978) 854.

Macneil (4) I.R. Macneil, **The New Social Contract** (New Haven, 1979).

Maculay S. Maculay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study" 28 **Am. Soc. R.** (1963) 55.

Magarick P. Magarick, **Excess Liability: The Law of Extra-Contractual Liability of Insurers** (N.Y., 3rd ed., 1989).

Magruder C. Magruder, "Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts" 49 **Harv. L.R.** (1936) 1033.

Maine H.S. Maine, **Ancient Law** (London, 13th ed., 1890).

Maitland F.W. Maitland, **Equity, also The Forms of Action at Common Law** (Cambridge, rep. 1932).

Mallor J.P. Mallor, B. Roberts, "Punitive Damages: Toward a Principled Approach" 31 **Hastings L.J.** (1980) 639.

Mallor (2) J.P. Mallor, "Punitive Damages for Wrongful Discharge of At Will Employees" 26 **William & Mary L.R.** (1985) 449.

Mallor (3) J.P. Mallor, "Punitive Attorneys' Fees for Abuses of the Judicial Process" 61 **N.C.L.R.** (1982-3) 613.

Mann K. Mann, **Punitive Civil Sanctions**: The Middleground between Criminal and Civil Law 101 **Yale L.J.** (1992) 1795.

Markesinis B.S. Markesinis, **A Comparative Introduction to the German Law of Torts** (Oxford, 3rd ed., 1994).

Markesinis (2) B.S. Markesinis, G.T. Schwartz, "Economic Loss in American Tort Law: The Examples of *J'aire* and of Products Liability" 23 **San Diego L.R.** (1986) 37.

Marsh P.D.V. Marsh, **Comparative Contract Law: England, France, Germany** (Aldershot, 1994).

Marshal P.H. Marshal, "Wilfullness: A Crucial Factor in Choosing Remedies for Breach of Contract" 24 **Ariz. L.R.** (1982) 733.

Martin J.T. Martin, "Final Jeopardy: Merging the Civil and Criminal Rounds in the Punishment Game" 46 **Florida L.R.** (1994) 661.

Mason K.M. Mason, "Contract and Tort: Looking Across the Boundary from the Side of Contract" 61 **The Australian L.J.** (1987) 228.

Massey D.C. Massey, M.A. Stern, "Punitive Damages and the Louisiana Constitution: Don't Leave Home Without It" 56 **Louisiana L.R.** (1996) 743.

Mather H. Mather**, Contract Law and Morality** (London, 1999).

Mayne **Mayne & MgGregor On Damages** (London, 12th ed., 1961, McGregor Ed.)

McBryde W.W. McBryde, **The Law of Contract in Scotland** (Edinburgh, 1987).

McCarthy J.C. McCarthy, **Punitive Damages in Bad Faith Cases** (Ketfield, 4th ed., 1987).

McCormick C. T. McCormick, **A Handbook on the Law of Damages** (St. Paul, 1935).

McGee A. McGee, **Limitation Periods** (London, 1994).

McGregor **McGregor On Damages** (London, 16th ed., 1997).

McGregor (2) H. McGregor, "Restitutionary Damages" in: **Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.) 203.

McKee B.J. McKee, "The Implications of *BMW v. Gore* for Future Punitive Damages Litigation: Observations from a Participant" 48 **Ala. L.R.** (1996) 175.

McMahon B.M.E. McMahon, **Irish Law of Torts** (Dublin, 2nd ed., 1989).

McNamara M.F. McNamara, "Tortious Breach of Contract in Oklahoma" 20 **Tulsa L. J.** (1984) 233.

Meltzer D.J. Meltzer, "Deterring Constitutional Violations by Law Enforcement Officials: Plaintiffs and Defendants as Private Attorneys General." 88 **Colum. L.R.** (1988) 247.

Mench B. Mench, "Freedom of Contract as Ideology" 33 **Stan. L.R.** (1981) 753.

Merritt D.J. Merritt, K.A. Barry, "Is the Tort System in Crisis? New Empirical Evidence" 60 **Ohio St. L.J.** (1999) 315.

Merryman J.H. Merryman, **The Civil Law Tradition** (Stanford, 2nd ed., 1985).

Metcalf Metcalf**,** 3 **Am. Jur.** (1847) 313.

Milsom S.F.C. Milsom, **Historical Foundations of the Common Law** (London, 2nd ed., 1981).

Miner M. Miner, "The Expanding Availability of Punitive Damages in Contract Actions" 8 **Ind. L.R.** (1975) 668.

Mitchell C. Mitchell, "Remedial Inadequacy in Contract and the Role of Restitutionary Damages" 15 **J. of Contract Law** (1999) 133.

Mnookin R.H. Mnookin, "The Public\Private Dichotomy: Political Disagreement and Academic Repudiation" 130 **U. Pa. L.R.** (1982) 1429.

Moberly W.H. Moberly, **The ethics of Punishment** (London, 1881, rep. 1968).

Moller E.K. Moller, N.M. Pace, S. Carroll, "Punitive Damages in Financial Injury Jury Verdicts" 28 **J. Leg. Stud.** (1999) 283.

Monagham J. Monagham, "Extending the Bad Faith Tort Doctrine to General Commercial Contracts" 65 **B.U.L.R.** (1985) 355.

Montague F.C. Montague, F.W. Maitland, , **A Sketch of English Legal History** (N.Y., 1915).

Morris C. Morris, "Punitive Damages in Tort Cases" 44 **Harv. L.R.** (1931) 1173.

Morris (2) C. Morris, **The Great Legal Philosophers** (Philadelphia, 1959).

Morsdorf J. Morsdorf-Schulte, **Funktion und Dogmatik U.S. - Amerikanischer Punitive Damages** (Tubingen, 1999).

Morse J.A. Morse, "Treble Damages under Rico: Characterization and Computation" 61 **Notre Dame L.R.** (1986) 526.

Morton J.C. Morton, **Limitation of Civil Actions** (Ontario, 1988).

Mozley **Mozley & Whiteley's Law Dictionary** (London, 11th ed., 1993, Ivamy Ed.).

Muller J.Z. Muller, **Adam Smith - in His Times and Ours** (Princeton, 1995).

Muris T.J. Muris, "Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts" 65 **Minn. L.R.** (1981) 521.

Murray J.E. Murray, **Murray On Contracts** (Charlottesville, 1990).

Nagel T. Nagel, **Mortal Questions** (Cambridge, 1979).

Nayers J.W. Nayers, "The Inconsistencies of Aristotle's Theory of Corrective Justice" 11 **Can. L.J. & Juris.** (1998) 311.

Nehf J.P. Nehf, "Survey: Contract Remedies: Contract Damages as Substitute for Full formance" 32 **Ind. L.R.** (1999) 765.

Nicholas B. Nicholas, **The French Law of Contract** (Oxford, 1992).

Nicholas (2) B. Nicholas, **Introduction to Roman Law** (Oxford, 1962).

Nicholas (3) B. Nicholas, "Fault and Breach of Contract" in **Good Faith and Fault in Contract Law** (Oxford, 1995, Beatson & Friedman Eds.) 337.

Nolan V.E. Nolan, "Negligent Infliction of Emotional Distress: Coherence Emerging from Chaos" 33 **Hastings L.J.** (1982) 583.

Note Note, "Exemplary Damages in the Law of Torts" 70 **Harv. L.R.** (1957) 517.

Note (2) "The Assessment of Punitive Damages Against An Enterpreneur for the Malicious Torts of His Employees" 70 **Yale L.J.** (1961) 1296.

Note (3) Note, "Good Faith and Fair Dealing in Illinois: An Application in the Employment Context" Vol. 1987 **Un .Ill. L.R.**, 183.

Note (4) Note, "*Hoffman v. Louis Dreyfus Corp.*: Punitive Damages on the Borderland of Tort and Contract" 35 **S.D.L.R.** (1990) 118.

Note (5) Note, "Can Punitive Damages Standards Be Void for Vagueness?" 63 **St. John's L.R.** (1988) 52.

Note (6) Note, "An Economic Analysis of the Plaintiff's Windfall from Punitive Damage Litigation" 105 **Harv. L.R.** (1992) 1900.

Note (7) Note, Using Equitable Powers to Coordinate Parallel Civil and Criminal Actions, 98 **Harv. L.R.** 1023 (1985).

Nozick R. Nozick, **Anarchy, State and Utopia** (N.Y., 1974).

O'Connell J. O'Connell, K. Carpenter, "Payment for Pain and Suffering Through History" 50 **Ins. Counsel J.** (1983) 411.

nevo.co.il

O'Connor J.F. O'Connor, **Good faith in English law** (Darmouth, 1990).

O'dair R. O'dair, "Restitutionary Damages for Breach of Contract: Property, Contract and Efficient Breach" 46 **C.L.R.** (1993) 113.

O'day L.P. O'day, "Process-Damages: North Dakota's Exemplary Damages Statute Held Constitutional" 67 **N.D.L.R**. (1991) 541.

Ogus A. I. Ogus, **The Law of Damages** (London, 1973).

Owen D.G. Owen, "Punitive Damages in Products Liability Litigation" 74 **Mich. L.R.** (1976) 1257.

Owen (2) D.G. Owen, "Civil Punishment and the Public Good" 56 **S. Cal. L.R.** (1982) 103.

Owen (3) D.G. Owen, "The Moral Foundations of Punitive Damages" 40 **Ala. L.R.** (1989) 705,

Owen (4) D.G. Owen, "Philosophical Foundations of Fault in Tort Law" in **Philosophical Foundations of Tort Law** (Oxford, 1995, Owen, Ed.) 201.

Owen (5) D.G. Owen, "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform" 39 **Vill. L.R.** (1994) 363.

Oxford **The Oxford Handbook of Criminology** (Oxford, 2nd ed., 1997, Maguire & al. Eds.) 151.

Packer H.L. Packer, **The Limits of The Criminal Sanction** (Stanford, 1969) 21.

Pakenham F. Pakenham, **The Idea of Punishment** (London, 1961).

Paley W. Paley, **The Principles of Moral and Political Philosophy** (London, 6th ed., 1788).

Palmer G.E. Palmer, **The Law of Restitution** (Boston, 1978).

Pareto V. Pareto, **Manual of Political Economy** (London, 1972, Schwier trans.) 451.

Park V.R. Park, "The False Claims Act, Qui Tam Relators, and the Government: Which is the Real Party to the Action?" 43 **Stan. L.R.** (1991) 1061.

Parlee R.S. Parlee, "Vicarious Liability for Punitive Damages: Suggested Changes in the Law thorough Policy Analysis" 68 **Marq. L.R.** (1984) 27.

Parlett D.F. Parlett, "Punitive Damages: Legal Hot Zones" 56 **Louisiana L.R.** (1996) 781.

Patterson E.W. Patterson "The Apportionment of Business Risks through Legal Devices" 24 **Colum. L.R.** (1924) 335.

Patterson, D. D. Patterson, "Good Faith in Tort and Contract Law: A Comment" 72 **Texas L.R.** (1994) 1291.

Payne R.A. Payne, "A Proposed New Tort Cause of Action in Missouri for Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing in Commercial Contracts" 31 **St. Louis Un. L. J.** (1987) 433.

Pennington M. Pennington, "Punitive Damages for Breach of Contract: A Core Sample from the Decisions of the Last Ten Years" **Arkansas L.R.** (1989) 31.

Perillo J.M. Perillo, "Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference" 68 **Fordham L.R.** (2000) 1085.

Perlstein B. Perlstein, "Crossing the Contract-Tort Boundary: An Economic Argument for the Imposition of Extracompensatory Damages for Opportunistic Breach of Contract" 58 **Brooklin L.R.** (1992) 877.

Perret L. Perret, "Les Dommages Punitifs en Droit Civil Quebecois" **Can. Bus. L.J.** (1990) 285.

nevo.co.il

Perry S. Perry, "The Mixed Conception of Corrective Justice" 15 **Harv. J.L. & Pub. Pol'y.** (1992) 917.

Peterson M.E. Peterson, **Punitive Damages: Preliminary Empirical Findings** (prepared for The Rand Institute for Civil Justice, 1985).

Petit P. Petit, J. Braithwaite, **Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice** (Oxford, 1990).

Pincoffs E.L. Pincoffs, **The Rationale of Legal Punishment** (N.Y., 1966).

Pipe G.S. Pipe, "Exemplary Damages after *Camelford*" 57 **M.L.R.** (1994) 91.

Pitch H.P. Pitch, R.M. Snyder, **Damages for Breach of Contract** (Agincourt, 1989, leaflet, updated to 2003).

Plato Plato, **The Laws** (N.Y., 1980, Trans. by Pangle).

Plucknett T. Plucknett, **A Concise History of the Common Law** (Rochester, 2nd ed., 1936).

Pochop S.E. Pochop, "*Hoffman v. Louis Dreyfus Corp.*: Punitive Damages on the Borderland of Tort & Contract" 35 **S.D.L.R.** (1990) 118.

Polinsky A.M. Polinsky, S. Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis" 111 **Harv. L.R.** (1998) 870.

Polinsky (2) A.M. Polinsky, "Private Versus Public Enforcement of Fines" 9 **J. Leg. Stud.** (1980) 105.

Pollock F. Pollock, F. Maitland, **The History of English Law** (Cambridge, 2nd ed., 1898, reissued 1968).

Posner R.A Posner, **Economic Analysis of Law** (N.Y., 5th ed., 1998).

Posner (2) R.A. Posner, **Economic Analysis of Law** (Boston, 4th ed., 1992).

Posner (3) R.A. Posner, **Economic Analysis of Law** (Boston, 1st ed., 1972).

Posner (4) R.A. Posner, **Economic Analysis of Law** (N.Y., 6th ed., 2003).

Posner (5) R. Posner**, Economic Analysis of Law** (Boston, 2nd ed., 1977).

Posner (6) R.A. Posner, "Utilitarianism, Economics and Legal Theory" 8 **J. Leg. Stud.** (1979) 103.

Posner (7) R.A. Posner, "Economic Analysis of Criminal Law" 85 **Colum. L.R.** (1985) 1193.

Posner (8) R.A. Posner, "Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law" 10 **J. Leg. Stud.** (1981) 187.

Posner, E. E.A. Posner, **Law and Social Norms** (Cambridge, 2000).

Posner, E. (2) E.A. Posner, "The Decline of Formality in Contract Law" in **The Fall and Rise of Freedom of Contract** (Durham, 1999, Buckley Ed.) 61.

Pothier R.J. Pothier, **A Treatise on the Law of Obligations or Contracts** (Philadelphia, 1853, 3rd am. ed., Trans. by Evans.)

Poulton W.D.C. Poulton, "Tort or Contract", 82 **L.Q.R.** (1966) 346.

Powell J. Powell, Essay upon The Law of Contracts and Agreements (1790).

Powell, J. J.L. Powell, "Professional and Client: The Duty of Care" in **Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.) 47.

Powers W. Powers, "Border Wars" 72 **Tex. L.R.** (1994) 1209.

Prichard A.M. Prichard, **Leage's Roman Private Law** (London, 3rd ed., 1961).

Priest G.L. Priest, "Punitive Damages Reform: The Case of Alabama" 56 **Louisiana L.R.** (1996) 825.

nevo.co.il

Primoraz	I. Primoraz, **Justifying Legal Punishment** (N.J., 1990).
Prosser	**Prosser & Keeton On Torts** (St. Paul, 1984, 5th ed, Keeton Ed).
Prosser (2)	W.L. Prosser, "The Borderland of Tort and Contract" in: **Selected Topics on the Law of Torts** (Ann Arbor, 1953) 380.
Prosser (3)	W.L. Prosser, "Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort" 37 **Mich. L.R.** (1939) 874.
Rainaldi	**Damages and Remedies in Tort** (Toronto, 1995, Rainaldi Ed.).
Rawls	J. Rawls, **A Theory of Justice** (Cambridge, 1971, rep. 1997).
Rawls (2)	J. Rawls, "Two Concepts of Rules" 64 **Phil. L.R.** (1955) 3.
Raz	J. Raz, "The Functions of the Law", in **The Authority of Law** (Oxford, 1979) ch. 9, 163.
Raz (2)	J. Raz, 'The Relevance of Coherence" 72 **B.U.LR.** (1992) 273.
Rea	S.A. Rea, "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages" 13 **J. Leg. Stud.** (1984) 147.
Redden	K. Redden, L. Schulter, **Punitive Damages** (Charlottesville, 3rd ed., 1995).
Reidy	J.J. Reidy, "Negligent Infliction of Emotional Distress in Illinois: Living in the Past, Suffering in the Present" 30 **Depaul L.R.** (1981) 295.
Reisberg	S.H. Reisberg, "In Defense of Punitive Damages" 55 **N.Y.U.L.R.** (1980) 303.
Reiter	B. Reiter, "Contracts, Torts, Relations and Reliance" in **Studies in Contract Law** (Toronto, 1980, Reiter & Swan Eds.) 235.
Rest. Conts.	**Restatement of Contracts** (1932) s. 342.
Rest, Conts. (2)	**Restatement (Second) of Contracts** (St. Paul, 1981) s. 90, 205, 260(2), 347-9, 344, 345, 353, 355.
Rest. Torts	**Restatement (Second) of Torts** (St. Paul, 1977) s. 16(2), 435b, 500, 501(2), 549, 874, 901, 901(1), 902, 903, 908, 908(2), 909.
Robbennolt	J.K. Robbennolt, "Determining Punitive Damages: Empirical Insights and Implications for Reform" 50 **Buffalo L.R.** (2002) 103.
Robinson	P.H. Robinson, J.M. Darley, "The Utility of Desert" 91 **Nw. U. L.R.** (1997) 453.
Robinson (2)	P.H. Robinson, **Fundamentals of Criminal Law** (Boston, 1988).
Robinson (3)	P.H. Robinson, "Crime, Punishment and Prevention", Vol. 2001 **The public Interest** 61.
Robinson (4)	P.H. Robinson, "The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert" 76 **B.U.L.R.** (1996) 201.
Ross	W.D. Ross, **The Right and the Good** (Oxford, 1930, rep. 1967).
Rosenfeld	M. Rosenfeld, "Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory" 70 **Iowa L.R.** (1985) 769.
Rubin	E.L. Rubin, "Punitive Damages: Reconceptualizing the Runcible Remedies of Common Law" Vol. 1998 **Wis. L.R.** 131.
Rustad (2)	M. Rustad, "In Defence of Punitive Damages in Products Liability: Testing Tort Anecdots with Empirical Data" 78 **Iowa L.R.** (1992) 1.
Rustad	M. Rustad, "The Incidence, Scope, and Purpose of Punitive Damages: Unravelling Punitive Damages: Current Data and Further Inquiry" 1998 **Wis. L.R.** 15.

Sadurski W. Sadurski, “Distributive Justice and the Theory of Punishment” 5 **Oxford J. Leg. Stud.** (1986) 47.

Sales J.B. Sales, K.B. Cole, “Punitive Damages: A Relic that has Outlived it's Origins” 37 **Vand. L.R.** (1984) 1117.

Salmond J.W. Salmond, “The History of Contract” 3 **L.Q.R.** (1887) 166.

Salmond (2) **Salmond On Jurisprodence** (London, 12th ed., 1966, Fitzgerald Ed.).

Salmond (3) **Salmond & Heuston On the Law of Torts** (London, 21st ed., 1996, Heuston & Buckley Eds.).

Samuels A. Samuels, "The Fine: The Principles" Vol. 1970 **Crim. L.R.** 261.

Sassaman R.L. Sassaman, “Punitive Damages in Contract Actions: Are the Exceptions Swallowing the Rule?” **Washburn L.J.** (1980) 86.

Sayer J. Sayer, **The Law of Damages** (London, 1770).

Schauer F. Schauer, **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life** (Oxford, 1991).

Scheiner A.H. Scheiner, Judicial Assessment of Punitive Damages, the Seventh Amendment, and the Politics of Jury Power" 91 **Colum. L.R.** (1991) 142.

Schroeder C.H. Schroeder, "Corrective Justice and Liability for Increasing Risks" 37 **U.C.L.A. L.R.** (1990) 439.

Schwartz G. T. Schwartz, “Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: A Comment” 56 **S. Cal. L.R.** (1986) 133.

Schwartz (2) G. Schwartz, "Reality in The Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter" 42 **U.C.L.A .L.R.** (1994) 377.

Schwartz (3) G.T. Schwartz, "Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice" 75 **Tex. L.R.** (1997) 1801.

Schwartz, A. A. Schwartz, “The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures” 100 **Yale L.J.** (1990) 369.

Schwartz, A. (2) A. Schwartz, “The Case for Specific Performance” 89 **Yale L.J.** (1979) 271.

Schwartz, V. V.E. Schwartz, L. Lorber, "Twisting the Purpose of Pain and Suffering Awards: Turning Compensation into Punishment" 54 **S.C.L.R.** (2002) 47.

Scott Rob Scott, Appellate Attorney, "US Supreme Court Limits Punitive Damages on Firms", cited on **The Business Times Online Edition**, published April 9, 2003.

Sebert A. Sebert, “Punitive and Nonpecuniary Damages In Actions Based Upon Contract: Toward Achieving the Objective of Full Compensation”, 33 **U.C.L.A. L.R.** (1986) 1565.

Sebok A.J. Sebok, "Private Law, Punishment, and Disgorgement: What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today" 78 **Chi.-Kent. L.R.** (2003) 163.

Seddon N. Seddon, "Contract Damages Where Both Parties Are At Fault" 15 **J. of Contract Law** (1999) 207.

Seddon (2) N. Seddon, "Contract Damages Where Both Parties Are At Fault" 15 **J. of Contract Law** (1999) 207.

Sedgwick T. Sedgwick, **A Treatise On The Measure Of Damages** (N.Y., 4th ed., 1868).

See H. See, "Punitive Damages: A Supporting Theory" 40 **Ala. L.R.** (1989) 1227.

Seipp D.J. Seipp, “The Distinction between Crime and Tort in the Early Common Law” 76 **B.U.L.R.** (1996) 59.

nevo.co.il

Sharkey L.M. Sharkey, Judge or Jury: Who Shoud Assess Punitive Damages? 64 **U. Cin. L.R.** (1996) 1089.

Shavell S. Shavell, "Strict Liability Versus Negligence" 9 **J. Leg. Leg. Stud.** (1980) 1.

Shavell (2) S. Shavell, "Damage Measures for Breach of Contract" 11 **Bell. J. Econ.** (1980) 466.

Shavell (3) S. Shavell, "The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System" 26 **J. Leg. Stud.** (1997) 575.

Shores J.L. Shores, "A Suggestion for Limited Tort Reform: Allocation of Punitive Damages Awards to Eliminate Windfalls" 44 **Ala. L.R.** (1992) 61.

Silk D.P. Silk, "*Hanover Insurance Co. v. Hayward*: Imposition of Punitive Damages in Addition to Criminal Sanction" 36 **Maine L.R.** (1984) 467.

Silverburg S.R. Silverburg, **Index to Law School Theses and Dissertations** (N.Y., 1995).

Simon D. Simon, G.A. Novack, "Limiting the Buyer's Market Damages to Lost Profits: A Challenge to the Enforceability of Market Contracts" 92 **Harv. L.R.** (1979) 1395.

Simpson L.P. Simpson, "Punitive Damages for Breach of Contract" 20 **Ohio St. L.J.** (1959) 284.

Simpson, A. A.W.B. Simpson, **A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit** (Oxford, 1975).

Singer B.S. Singer, "Psychological Studies of Punishment" 58 **Cal. L.R.** (1970) 405.

Singhal J.P. Singhal, **Damages and Compensation** (Allahabad , 1970).

Slawson W.D. Slawson, "Lawful Fraud in California" 48 **S. Cal. L.R.** (1975) 1.

Smart J.J.C. Smart, "Utilitarianism and Punishment" 25 **Isr. L.R.** (1991) 360.

Smart (2) J.J.C. Smart, "Extreme and Restricted Utilitarianism" 6 **Phil. Q.** (1956) 344.

Smith J. Smith, **The Origin and History of Hebrew Law** (Chicago, 1931).

Smith J. J.C. Smith, **Justification and Excuse in the Criminal Law** (London, 1989).

Smith, L. L. Smith, "Restitution: The Heart of Corrective Justice" 79 **Tex. L.R.** (2001) 2115.

Smith, T. T.B. Smith, **A Short Commentary on the Law of Scotland** (Edinburg, 1962).

Spann G.A. Spann, "Critical Legal Studies Perspective on Contract Law and Practice" 1988 **Ann. Surv. Am. L.** (1988) 223.

Speidel R.E. Speidel, "The Borderland of Contract" 10 **N. Ky. L.R.** (1983) 163.

Speidel (2) R.E. Speidel, "An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract" 27 **Stan. L.R.** (1975) 1161.

Stanton K.M. Stanton, "Professional Negligence in Tort: The Search for A Theory" in **Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century** (Oxford, 1996, Birks Ed.) 67.

Stapleton J. Stapleton, "Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda" 107 **L.Q.R.** (1991) 249.

Stephen J. Stephen, **A History of the Criminal Law of England** (London, 1883) Vol. 2.

Stiefel E. Stiefel, "The Enforceability of Excessive U.S. Punitive Damages Awards in Germany" 39 **Am. J. Comp. L.** (1991) 779.

Stigler	G. Stigler, “The Optimum Enforcement of Laws” 78 **J. Pol. Econ.** (1970) 526.
Stoljar	S. J. Stoljar, **A History of Contract at Common Law** (Canberra, 1975).
Stoljar (2)	S. Stoljar, “The Purposes of Damages in Tort Law” in: **Essays on Torts** (Sydney, 1989, Finn Ed.) 243.
Stoll	H. Stoll, “Penal Purposes in the Law of Tort” 18 **Am. J. Comp. L.** (1970) 3.
Stone	J. Stone, “Double Count and Double Talk, the End of Exemplary Damages?” 46 **Australian L.J.** (1972) 311.
Strange	W.C. Strange, "Information, Holdouts, and Land Assembly" 38 **J. Urban Econ.** (1995) 317.
Strauss	A.R. Strauss, Note, "Loosing sight of the Utilitarian Forest for the Retributivist Trees: An Analysis of the Role of Public Opinion in A Utilitarian Model of Punishment" 23 **Cardozo L.R.** (2002) 1549.
Street	H. Street, **Principles of the Law of Damages** (London, 1962).
Sullivan	T.J. Sullivan, “Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and the Illusion of Legal Change” 61 **Minn. L.R.** (1977) 207.
Summerall	H. Summerall, “Punitive Damages for Breach of Contract in South Carolina” 10 **S.C.L.R.** (1958) 444.
Summers	R.S. Summers, “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code” 54 **Va. L.R.** (1968) 195.
Sunstein	C. Sunstein, R. Hastie, J.W. Payne, W.K. Viscusi, **Punitive Damages - How Juries Decide** (Chicago, 2002).
Sunstein (2)	C.R. Sunstein, D. Kaneman, D. Schkade, "Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law) 107 **Yale L.J.** (1998) 2071.
Sunstein (3)	C.R. Sunstein, "Problems with Rules" 83 **Colum. L.R.** (1995) 953.
Swanton	J. Swanton, "The Convergence of Tort and Contract" 12 **Sydney L.R.** (1989) 40.
Swanton (2)	J. Swanton, B. McDonald, “The Reach of Negligence” 71 **Australian L.J.** (1997) 822.
Symposium	Symposium: "Private Law, Punishment and Disgorgement" 78 **Chi.-Kent. L.R.** (2003) 1.
Symposium (2)	"Symposium: Attorney Fee Shifting” 47 **Law & Contemp. Probs.** (1984) 1.
Symposium (3)	“Symposium on the Law of Bad Faith in Contract and Insurance” 72 **Texas L.R.** (1994) 1203.
Symposium (4)	"Symposium: Corrective Justice and Formalism: The Care One Owes One's Neighbors" 77 **Iowa L.R.** (1992).
Symposium (5)	“Law and the Continuing Enterprise: Perspectives on Rico” 65 **Notre Dame L.R.** (1990) 873;
Symposium (6)	"Punitive Damages: Symposium Discussion: Criminal Law and Punitive Damages" 56 **S. Cal. L.R.** (1982) 155.
Symposium (7)	Symposium: "Individual Responsibility and the Law, Panel III: The Death of Contract and the Rise of Tort" 77 **Cornell L.R.** (1992) 1021.
Symposium (8)	Symposium: "Relational Contract Theory" Vol. 1985 **Wis. L.R.** 461.
Tallon	D. Tallon, “Damages, Exemption Clauses and Penalties” 21 **Am. J. of Comp. L.** (1992) 680.

Tang D.W. Tang, "*Molien v. Kaiser Foundation Hospitals*: California Expands Liability for Negligently Inflicted Emotional Distress" 33 **Hastings L.J.** (1982) 291.

Tedeschi G. Tedeschi, "On the Concept of Tort" 3 **Isr. L.R.** (1968) 161.

Teeven K.M. Teeven, **A History of the Anglo-American Law of Contract** (N.Y., 1990).

Ten C.L. Ten, **Mill On Liberty** (Oxford, 1980).

Thayer J.B. Thayer, "The Jury and it's Development", 5 **Harv. L.R.** (1892) 249.

Thilmany J. Thilmany, "Fonctions et Revisibilite des Clauses Penal en Droit Compare" **Revue Int. de Droit Compare** (1980) 17.

Thornton P.W. Thornton, "The Elastic Concept of Tort and Contract as Applied by the Courts of New York" 14 **Brooklin L.R.** (1948) 196.

Tilbury M.J. Tilbury, **Civil Remedies** (Sydney, 1990).

Tilbury (2) M. Tilbury, "Factors Inflating Damages Awards" in **Essays on Damages** (Sydney, 1992, Finn Ed.) 86.

Tilbury (3) M. Tilbury, "Exemplary Damages in Negligence Claims" 5 **Tort L.R.** (1997) 85.

Tilman K. Tilman, "Product Defects Resulting in Pure Economic Loss: Under What Theory Can the Consumer Recover?" 50 **Missouri L.R.** (1985) 625.

Tobriner M.O. Tobriner, J.R. Grodin, "The Individual and the Public Service Enterprise in the New Industrial State" 55 **Cal. L.R.** (1967) 1247.

Todd S. Todd, "Exemplary Damages" 18 **N.Z. Un. L.R.** (1998) 145.

Todd (2) S. Todd, **The Law of Torts** (Wellington ,2nd ed., 1997).

Toy A.J. Toy, "Statutory Punitive Damage Caps and The Profit Motive: An Economic Perspective" 40 **Emory L.J.** (1991) 303.

Treitel G. H. Treitel, **Remedies for Breach of Contract** (Oxford, 1988).

Treitel (2) G.H. Treitel, **The Law of Contract** (London, 10th ed., 1999).

Tremper G.E. Tremper, "Commercial Bad Faith: Tort Recovery for Breach of Implied Covenant in Ordinary Commercial Contracts" 48 **Mont. L.R.** (1987) 349.

Triandis H.C. Triandis, **Individualism and Collectivism** (Boulder, 1995).

Tushnet R. Tushnet, "Note, Rules of Engagement" 107 **Yale L.J.** (1998) 2583.

Urmson J.O. Urmson, "The Interpretation of the Moral Philosophy of J.S. Mill" 3 **Phil. Q.** (1953) 33.

Vardy P. Vardy, **What Is Truth?** (Sydney, 1999).

Venour D.E. Venour, "Punitive Damages in Contract" 1 **Can. J. Law & Jurisprudence** (1988) 87.

Virgo G. Virgo, **The Principles of the Law of Restitution** (Oxford, 1999).

Viscusi W.K. Viscusi, "The Social Costs of Punitive Damages Against Corporations in Environmental and Safety Torts" 87 **Georgetown L.J.** (1998) 285.

Volk P.A. Volk, "Bad Faith Breach of Insurance Contract: Idaho's Misapplication of Tort Law" 28 **Idaho L.R.** (1991) 457.

Volz W.H. Volz, M.C. Fays, "Punitive Damages and the Due Process Clause: The Search for Constitutional Standards" 69 **Det. L.R.** (1992) 459.

Waddams S.M. Waddams, **The Law of Damages** (Toronto, 2nd ed., 1991).

Waddams (2) S.M. Waddams, **The Law of Contracts** (Toronto, 3rd ed., 1993).

Waddams (3) S.M. Waddams, “Restitution as Part of Contract Law” in **Essays on the Law of Restitution** (Oxford, 1991, Burrows Ed.) 197.

Waddams (4) S.M. Waddams, "Assessment of Uncertainties" 13 **J. of Contract Law** (1998) 55.

Wainstein K.L. Wainstein, “Judicially Initiated Prosecution: A Means of Preventing Continuing Victimization in the Event of Prosecutorial Inaction” 76 **Cal. L.R.** (1988) 728.

Walker D.M. Walker, **The Law of Contract and Related Obligations in Scotland** (London, 3rd ed., 1995).

Walker (2) D.M. Walker, **The Law of Delict in Scotland** (Edinburgh, 1966).

Walker (3) D.M. Walker, **The Scottish Legal System** (Edinburg, 6th ed., 1992).

Walker, N. N. Walker, **Why Punish?** (Oxford, 1991).

Walther D.L. Walther, T.A. Plein, "Punitive Damages: Critical Analysis: Kink v. Combs" 49 **Marq. L.R.** (1965) 369.

Wang W.K.S. Wang, "Reflections on Contract Law and Distributive Justice: A Reply to Kronman" 34 **Hastings L.J.** (1982) 513.

Wharton **Wharton's Criminal Law** (N.Y., 15th ed., 1993, Torcia Ed.) Vol I.

Washington G.T. Washington, “Damages in Contract at Common Law” 47 **L.Q.R.** (1931) 345.

Webster **Webster’s Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language** (N.Y., 1996).

Webster (2) **Webster's New World Dictionary** (N.Y., 1970).

Weiguo W. Weiguo, “Fraudulent Conduct and Punitive Damages in the Consumer Protection Law of China” 4 **Canberra L.R.** (1998) 111.

Weinrib E.J. Weinrib, **The Idea of Private Law** (Cambridge, 1995).

Weinrib (2) E. Weinrib, “Law as A Kantian Idea of Reason” 87 **Colum. L.R.** (1987) 472.

Weinrib (3) E.J. Weinrib, "Corrective Justice" 77 **Iowa L.R.** (1992) 403.

Weinrib (4) E.J. Weinrib, "The Gains and Losses of Corrective Justice" 44 **Duke L.J.** (1994) 277.

Weinrib (5) E. Weinrib, "Restitutionary Damages as Corrective Justice" 1 **Theoretical Inquiries in Law** (2000) 1.

Weinrib (6) E.J. Weinrib, "Tort Law: Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice" 2 **Theoretical Inq. L.** (2001) 107.

Weinrib (7) E.J. Weinrib "Deterrence and Corrective Justice" 50 **UCLA L.R.** (2002) 621.

Weinrib (8) E.J. Weinrib, "Corrective Justice in A Nutshell" 52 **Un. Toronto L.J.** (2002) 349.

Weinrib (9) E. Weinrib, "Punishment and Disgorgement As Contract Remedies" 78 **Chic-Kent L.R.** (2003) 55.

Wells M. Wells, “Punitive Damages for Constitutional Torts” 56 **Louisiana L.R.** (1996) 841.

Wells (2) M. Wells, “Comments on Why Punitive Damages Don’t Deter Corporate Misconduct” 40 **Ala. L.R.** (1989) 1073.

Westerbeke W.E. Westerbeke, S.R. McAllister, "Survey of Kansas Tort Law: Part I" 49 **Kan. L.R.** (2001) 1037.

Wheeler M.E. Wheeler, “The Constitutional Case for Reforming Punitive Damages Procedures” 69 **Va. L.R.** (1983) 269.

nevo.co.il

White	J.P.M. White, **Irish Law of Damages for Personal Injuries and Death** (Dublin, 1989).
Wigmore	J.H. Wigmore, **A Panorama of the World's Legal Systems** (St. Paul, 1928).
Williams	G. Williams, "The Aims of the Law of Tort" 4 **Curr. Leg. Probs.** (1951) 137.
Williams (2)	G. Williams, **Textbook of Criminal Law** (London, 1978).
Williams G.	G.O. Williams, "Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk" 14 **J. Leg. Stud.** (1985) 779.
Williston	S. Williston, **A Treatise On The Law Of Contracts** (N.Y., 3rd ed., 1968, Jaeger Ed.)Vol. 11.
Wilson	J.Q. Wilson, "Penalties and Opportunities", in **A Reader on Punishment** (Oxford, 1994, Duff & Garland Eds.) 178.
Winfield	P.H. Winfield, **The Province of The Law of Tort** (Cambridge, 1931).
Winfield (2)	**Winfield & Jolowicz On Tort** (London, 15th ed., 1998, Rogers Ed.).
Woolf	**Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales** (London, 1996, by Lord Woolf).
Words	**Words & Phrases** (St. Paul, 1963).
Wright	H.F. Wright, "Action for Breach of the Marriage Promise" 10 **Va. L.R.** (1924) 361.
Wyman	B. Wyman, "The Law of the Public Callings as a Solution of the Trust Problem" 17 **Harv. L.R.** (1904) 156, 217.
Zane	J.M. Zane, "The Attaint" 15 **Mich. L.R.** (1916) 1, 127.
Zeigler	D.H. Zeigler, "Rights Require Remedies: A New Approach to the Enforcement of Rights in the Federal Courts" 38 **Hastings L.J.** (1987) 665.
Zeno	V. Zeno-Zencovich, "Il Problema della Pena Privata nell'ordinamento Italiano: Un Approccio Comparatistico ai "Punitive Damages" di "Common Law" 137(4) **Giurisprudenza Italiana** (1985) 12.
Zimmermann	**Good Faith in European Contract Law** (Cambridge, 2000, Zimmermann & Whittaker Eds.).
Zimring	F.E. Zimring, "The Multiple Middlegrounds Between Civil and Criminal Law" 101 **Yale L.J.** (1991) 1901.
Zinnecker	T.R. Zinnecker, "Corporate Vicarious Liability for Punitive Damages" Vol. 1985 **Brigham Young Un. L.R.** 317.

* * * * *

Index

Preliminaries

Short Index ..... ד
Detailed Index ..... ו
Notes ..... י״ט
Introduction and Abstract (Hebrew) ..... כ״ב

I. The Research Question, Its Background, Character and Objectives ..... כ״ב
II. The Thesis: My Position on the Research Question ..... כ״ז
III. Recommendations for Reform in Israeli Law ..... כ״ט
IV. Structure, Contents and Main Contributions of the Dissertation: A Summary ..... ל״א

Part One:

Punitive Damages:

Terminology, Rationales and Historical Background

Chapter 1 - The Punitive Damages Doctrine - An Introduction

I. Terminology 3
II. Punitive Damages Defined 4
A. A Preliminary remark - the need for a definition 4
B. The proposed definition 4
1) "A legal institution which enables a court to order a defendant" 5
2) "To pay a sum of money to the plaintiff or to a public authority, with the explicit objective to punish the defendant for his outrageous behavior" 6
3) "Independent of any other sanction imposed on the defendant by the court" 7
III. Traditional Justifications 8
A. Retribution 8
B. Deterrence 9
C. Compensation 9
D. Appeasement of vindictive feelings 10
E. Incentive for private enforcement of the law 10
IV. Similar Doctrines and Their Relation to Punitive Damages 10
A. Aggravated damages 10
B. Contractual penalties 12
C. Restitutionary damages 13
D. Contemptuous damages 15

Chapter 2 - The Historical Background of Punitive Damages

The structure of the chapter and its objectives 18
I. Punitive Damages in Ancient Times 18
A. Ancient legal systems 18
B. The Middle Ages 20
II. The Development of the Modern Doctrine 21
A. The rise of the doctrine - the first cases 21
B. Historical explanations for the rise of punitive damages as a modern doctrine 22
1) A means to avoid intervening in excessive damage awards given by juries 22
2) A substitute for non-pecuniary damages 24
3) A judicial weapon for the protection individual liberties 25
4) Summary 25
III. Historical and Ideological Background of Traditional Rule 25
A. The question and the objective of the discussion 25
B. The commonly accepted explanation for the development of the traditional rule 26

nevo.co.il

C. The limitations of the commonly accepted explanation 26
D. An alternative explanation for the development of the traditional rule 27
1) Economic changes 27
2) Ideologies of the era 28
3) The difference between contract and tort cases in terms of the interests protected 30
4) "The age of principles" 30

Part Two:

Positive Law

Objectives of the discussion in the second part 33a

Chapter 3 - Introduction: Punitive Damages in Tort Law

Objectives of the third chapter and its place in Part Two 35
A. England 35
B. The United States 37
C. The Commonwealth Countries 39
D. Israel 41
E. Other legal systems recognizing the doctrine 44
F. Legal systems not recognizing the doctrine 45
1) Continental Law - an overview 45
2) France 45
3) Germany 46
4) Other countries 48

Summary of the third chapter 48

Chapter 4 - The Law in England and in Canada

The structure of the chapter 50

Section One: English Law

I. The Traditional Rule 50
A. The *Addis* rule - the basis for the traditional rule in English Law 50
B. The status of the traditional rule in England today 51
II. Exceptions to the Traditional Rule 52
A. Breach of promise to marry 54
B. A bank's refusal to honor a client's check 54
C. Breach of contract constituting an independent cause of action in tort 55
III. Other Countries Adopting the English Approach 55
A. Australia 55
B. New Zealand 55
C. Ireland 56
D. Scotland 56
E. India 56

Section Two: Canadian Law

I. The Traditional Rule ... 56
II. Moving Away from the Traditional Rule ... 57
III. The *Vorvis* Case ... 59
A. The facts ... 59
B. The majority opinion ... 59
1) Aggravated damages ... 59
2) Punitive damages ... 60
C. The minority opinion ... 61
1) Aggravated damages ... 61
2) Punitive damages ... 61
D. Case law after *Vorvis* ... 62

Summary of chapter four ... 63

Chapter 5 - American Law

The objectives of the chapter ... 65
I. The Traditional Rule and Its Historic Exceptions ... 65
A. The traditional rule ... 65
B. Historic exceptions ... 66
II. The "Independent Tort Exception" ... 66
A. The modern exceptions to the traditional rule - an introduction ... 66
B. Definition of the exception and its status in American Law ... 67
C. The conservative approach to the independent tort exception ... 68
D. The liberal approach to the independent tort exception ... 68
1) Breach of an obligation imposed by law as a tort ... 68
2) Establishment of new torts ... 69
3) Tortious breach of contract as a tort ... 70
4) Relaxing the burden of proof of an independent tort ... 72
E. Objective factors in the expansion of the doctrine through the independent tort exception ... 72
1) The inherent difficulty in marking the boundary between contract and tort ... 73
2) Expansion of tort law in the 20th century and growing overlap with contract law ... 74
F. Summary of the independent tort exception ... 74
III. Public Service Contracts ... 75
A. Definition of the exception and its rationale ... 75
B. The formal justification of the exception ... 76
IV. Fraud ... 77
A. Introduction ... 77
B. The conservative approach to the fraud exception ... 77
C. The liberal approach to the fraud exception ... 78
D. The liberal approach - "tort-minded" or "civil-minded"? ... 79
V. Breach of Fiduciary Duty ... 80
A. Definition and recognition in case law ... 80
B. Rationales and scope ... 80
C. Formal justifications ... 81
VI. Bad Faith Breach of Contract ... 82
A. Introduction ... 82
B. The birth of the "bad faith tort" ... 83
C. The *Gruenberg* case - the birth of the bad faith exception ... 84
D. Restricting court decisions following the *Gruenberg* case ... 85
E. The bad faith exception beyond the context of insurance - the *Seaman's* rule and the "special relationship test" ... 85
F. The bad faith exception in commercial contracts - the *Seaman's* rule and the "denial of contract" exception ... 86
G. The conservative reaction towards the end of the Millenium ... 87
H. The bad faith exception - conclusion ... 88

VII. The "Civil Approach" to Punitive Damages 88
A. The "Civil approach" *versus* the "Tort approach" - an introduction 88
B. Idaho 89
C. New Mexico 90
D. South Carolina 90
E. Tennessee and Rhode Island 90

Summary of chapter five 91

Chapter 6 - Israeli Law

Introduction 93
I. Statutory Law 93
A. The Lacunae in the Israeli Statute on Contract Remedies 93
B. Section 15(a) to the Israeli Statute on Contract Remedies 94
C. Specific statutes imposing punitive damages for breach of contract 94
D. Implications of the specific statutes on the question of the recognition of punitive damages in Israeli contract law 96
II. Case Law - Direct References 97
A. Introduction 97
B. The *Shrem* Case (1974) **..... 97**
C. The *Goldman* Case (1981) **..... 97**
D. The *Tzukim* Case (1992) **..... 98**
E. The *Dadon* Case (1995) **..... 99**
F. The *Awisaat* Case (1997) **..... 100**
III. Case Law - Indirect References 101
A. Introduction 101
B. Restitutionary damages 101
C. Reliance ramages 102
D. Contributory damages 102
E. Partial reevaluation to the defaulting party 103
F. Non-pecuniary damages 104
G. Causation 106
H. Exemplary costs 108
I. Punishing bad faith 109
J. The punitive approach in contract case law - closing remarks 110
IV. The Literature 111
A. The view that punitive damages are not recognized in Israeli contract law 112
B. Ambiguous views 112
V. The Effect of Basic Law: Human Dignity and Freedom 113
A. Introduction 113
B. Punitive damages violate defendant's property and dignity 113
C. The formal obstacle - the need for legislative authorization 114
D. The principle of good faith - a possible basis for the doctrine in contract law? 114
E. The substantial obstacle - are punitive damages constitutionally sound? 116
F. Can the doctrine properly be considered a "preexisting law"? 117

Summary of chapter six 117

Part Three:

Punitive Damages in the Civil Law -

A Critical Evaluation

Part three: objectives, structure and main ideas 119

Chapter 7 - Is Punishment of Outrageous Behavior Ever Justified?

Objectives and structure of the chapter 122

Section One: Outrageous Behavior Defined

A. Introductory note 122
B. The ultimate test for application of the doctrine - a significant deviation from every reasonable standard of behavior 123
C. The preconditions for finding of "outrageous behavior" 124
D. Circumstances under which behavior meeting the preconditions will not be considered "outrageous" 127
E. "Outrageous behavior" - a proposed definition 128

Section Two: Retribution

I. Introduction 128
A. The traditional justification 128
B. The arising questions, and the structure of the discussion 129
II. The Fault Principle 129
A. Retribution as a deontological justification for punishment 129
B. The immoral character of outrageous behavior - disregard of the equal rights of others to freedom and dignity 130
C. The criminal characteristics of outrageous behavior 131
D. The fear of judicial mistake in identifying outrageous behavior 134
III. The Proportionality Requirement 134
A. The questions arising from the proportionality requirement 134
B. The traditional regime of civil remedies cannot guarantee proper retribution 135
C. The issue of excessive punishment 136
IV. The Fair Notice Requirement 139
A. Fair notice of the essence of the forbidden behavior 139
B. Fair notice of the magnitude of expected penalty 141

Summary of section two 142

Section Three: Deterrence - A Traditional Analysis

I. Introduction 142
A. Deterrence as a consequential justification for punishment 142
B. Utilitarian deterrence (a means of maximizing wealth) *versus* moralistic Deterrence (a means of preventing moral wrongs) 143
1) Utilitarian deterrence 143
2) Moralistic deterrence 144
C. Deterrence as a justification for punitive damages - the traditional explanation and the questions it raises 145

II. Why Is There a Need to Deter Outrageous Behavior? 146
A. The need to deter outrageous behavior - a moralistic explanation 146
1) Liberal-individualistic theories 146
2) Communitarian-republican theories 148
B. The need to deter outrageous behavior - a utilitarian explanation 148
1) The negative answer 149
2) The positive answer 149
III. Why and When is an Extra-compensatory Sanction Needed in Order to Deter Outrageous Behavior? 151
A. The problem 151
B. The traditional explanation 151
C. Limitations of the traditional explanation 152
D. The proposed test 153
1) The first condition: Insufficiency of other legal sanctions 153
2) The second condition: The efficacy of punitive damages in increasing deterrence 154
IV. The Deterrence Rationale - Common Objections 155
A. Punitive damages over-deter 155
1) The argument 155
2) The argument criticized 155
B. Punitive damages do not deter 157
1) The argument 157
2) The argument criticized 158

Summary of section three 160

Section Four: Deterrence - An Economic Analysis

Background and objectives of the discussion 160
I. Introduction: Basic Terms and Assumptions of Tradition Economic Analysis 161
A. Economic efficiency, economic deterrence, absolute *versus* optimal deterrence 161
B. Basic assumption No. 1: Civil law seeks to achieve optimal deterrence 162
C. Basic assumption No. 2: Extra-compensatory sanctions are inefficient 163
II. Traditional Economic Explanations 163
A. Punitive damages as a solution to the problem of under-enforcement 163
1) The proposed explanation 163
2) A Critical analysis 165
B. Punitive damages as a solution to the problem of under-compensation 167
1) The proposed explanation 167
2) A Critical analysis 168
C. Punitive damages as a solution to the problem of illicit gains 168
1) The proposed explanation 168
2) A Critical analysis 169
III. Other Economic Explanations 170
A. Hirsch: Punitive damages as a means to protect the free market 170
1) The proposed explanation 170
2) A Critical analysis 170
B. Posner: Punitive damages as a means to restrain intentional torts 171
1) The proposed explanation 171
2) A Critical analysis 172
C. Haddock, McChesney & Spiegel: Punitive damages as a means to restrain coercive transfer of unique resources 174
1) The proposed explanation 174
2) A Critical analysis 175
D. Hylton: The indirect damage of "Theft" as a justification for restraining outrageous behavior 176
1) The proposed explanation 176
2) A Critical analysis 177

E. Friedman: the flexibility of the demand for wrongs and its effect on the efficacy of punishment 178
1) The proposed explanation 178
2) A Critical analysis 179
IV. The Proposed Economic Explanation 179
A. Structure and objectives of the discussion 179
B. General considerations which should be taken into account in the design of deterrent mechanisms 180
1) Main considerations relevant to choosing between "eradicative deterrence" (a property rule) and "internalizing deterrence" (a liability rule) 180
2) Other considerations 182
C. Punitive damages as a mechanism of "eradicative deterrence" - an economic justification 183
1) Transaction costs 183
2) Assessment and error costs 185
3) The risk of mistake in setting or implementing a standard of efficient behavior 185
D. The preconditions for the application of the doctrine - an economic explanation 185
1) An assumption of inefficiency established by the preconditions 185
2) The economic advantage in not applying the doctrine to negligent "thefts" 186
E. The ultimate test for the application of the doctrine - an economic explanation 187
1) Doubts concerning the inefficiency of defendant's behavior 188
2) Doubts concerning the justification of initiating the deterrent mechanism 189
F. The auxiliary tests for identifying outrageous behavior - an economic explanation 191
1) A pattern of improper behavior rather than a single act of misbehavior 191
2) Ignoring the plaintiff rather than expressing concern for his injury 193
G. Vagueness *versus* clarity in the tests for application of the doctrine 193

Summary of section Four 194

Section Five: Other Rationales for Punishing Outrageous Behavior

I. Education 195
A. Education as a consequential justification of punishment 195
B. Educations as a justification for punitive damages 195
II. Satisfying the Need for Revenge 197
A. Appeasement of vindictive feelings as a justification of punishment 197
B. Appeasement of vindictive feelings as a justification for punitive damages 198
III. Preventing Unjust Enrichment 199
IV. The Compensation Rationale 200

Section Six: Other Objections to Punishing Outrageous Behavior

I. Fairness Arguments 201
A. Breach of the principle of legality 201
B. Enforcement of morals by the Law 201
1) Enforcement of morals is not the role of the court 202
2) Enforcement of morals is never appropriate 202

II. Consequential Arguments 203
A. Negative effect on the functioning of the legal system 203
B. Negative effect on the values of the public 205
C. Existence of covert punitive doctrines renders punitive damages superfluous 206
D. Existence of extra-legal sanctions renders punitive damages superfluous 208

Section Seven: Does Extra-compensatory Punishment Contradict the Principle of Corrective Justice?

A note on the objective of the discussion 209
I. Presentation of the Problem 209
A. The principle of corrective justice 209
B. Corrective justice *versus* extra-compensatory punishment 211
II. Can Punitive Damages be Accorded with Corrective Justice 211
A. Corrective justice and retributory justice - conflicting or complementary principles? 211
1) The traditional view 211
2) The traditional view criticized 211
B. Corrective justice and deterrence - conflicting or complementary principles? 215
III. Implication of the Possible Contradiction between Punitive Damages and the Principle of Corrective Justice 215

Summary of chapter seven 216

Chapter 8 - Should Punishment Play a Role in Civil Law?

The problem; Objectives of the Discussion 218

Section One: The Argument Against Civil Punishment

I. The Coherence Argument against Civil Punishment 218
A. The argument 218
B. The limited normative force of coherence arguments 220
C. The argument criticized - punishment as an integral part of the regime of civil liability 221
1) The basic flow in the classical paradigm of civil remedies: Ignoring the punitive aspects of the traditional regime of civil liability 221
2) Influence of punitive considerations on the extent of civil remedies 224
3) Additional cracks in the classical paradigm 226
D. A proposed analytical framework for elucidating the punitive complexity of the civil law of remedies 227
E. The classical paradigm from a historical perspective - a closing remark 229
II. The Libertarian Argument against Civil Punishment 231
A. The strong version of the libertarian argument - punishment is "out of bounds" in the civil context 231
1) The argument 231
2) The argument criticized 231
B. The weak version of the libertarian argument - civil punishment does not provide sufficient protection of the rights of the accused 232
1) The argument 232
2) The argument criticized 232

III. The 'Slippery Slope' Argument against Civil Punishment 234
A. The argument 234
B. The argument criticized 234

Section Two: The Case For Civil Punishment

Objectives of the Discussion 236
I. Restraining Outrageous Behavior Constituting a Criminal Offence 236
A. The problem of under-enforcement of the criminal law 236
1) Causes of the problem 236
2) Under-enforcement in the commercial-institutional sphere 240
3) Under-enforcement in the public sphere 241
4) Summary 241
B. Civil punishment and punitive damages as a answer to the problem of under-enforcement of the criminal law 242
1) The various forms of civil punishment 242
2) The specific contribution of punitive damages to reducing the level of under-enforcement of the criminal law 243
C. Can the criminal law itself solve the problem of its under-enforcement? 244
D. The need for coordination between different punitive procedures 245
1) The problem of double punishment 245
2) The fear of sidestepping the public prosecutor's authority 249
3) The issue of the burden of proof in claims for punitive damages 250
4) Other procedural guarantees 251
II. Restraining Outrageous Behavior Not Constituting Criminal Offence 251
A. Outline of the argument 251
B. The limited protection provided by criminal law against outrageous violations of certain interests 252
1) Violations of pure economic and emotional interests 253
2) Indirect personal injuries and indirect damage to property 254
C. The inability of civil law to protect against outrageous violations of rights 254
D. Summary: The legal system's failure to provide effective protection against outrageous violations of rights 255
E. Punitive damages as an answer to the problem 255
F. A note on the function of punitive damages in the public and the commercial-institutional sphere 256
1) The commercial-institutional sphere 256
2) The public sphere 256
G. Expanding criminal law - a desirable alternative? 258
III. Other Advantages of Civil Punishment Compared to Criminal Punishment 259
A. Characteristics of criminal punishment and its drawbacks 259
1) Rigidity and severity of the criminal sanction 259
2) Negative effect of the far-reaching procedural guarantees given the criminal defendant on the level of enforcement 260
3) High cost of criminal enforcement 262
4) Alienation of the citizen from the law 262
B. Characteristics of civil punishment and its advantages 262
1) The flexibility of the civil sanction 262
2) The positive effect of civil procedure on the level of enforcement 263
3) The civil procedure is less costly than the criminal process 264
4) The importance of involving the citizen in the enforcement of the law 264

Summary of chapter eight 265

nevo.co.il

Chapter 9 - Is The Punitive Damages Plaintiff Entitled to Receive the Penalty Imposed on the Defendant?

Introduction **267**

I. Objections to Recognizing the Plaintiff's Right to the Award **267**

A. Fairness arguments - punitive damages are a windfall for the plaintiff **267**

B. Efficiency arguments - the various advantages of denying the plaintiff's right to the award **267**

II. Traditional Justifications for Recognizing Plaintiff's Right to the Award **269**

A. Fairness arguments - punitive damages as a reward to the plaintiff **269**

B. Efficiency arguments - creating an incentive for private enforcement of the law **269**

III. A Critical Evaluation **270**

A. Fairness arguments - the compensation rationale rejected **270**

B. Fairness arguments - the moral right of the plaintiff to receive part of the award **270**

1) Recognizing the plaintiff's unique status as the victim of the outrageous behavior 271

2) Satisfaction after insult 272

3) Avoiding under-compensation at all costs 273

C. Efficiency arguments - a division of the punitive award between the plaintiff and the public insures a balanced incentive for private enforcement of the law **274**

Summary of chapter nine **276**

Part Four:

Punitive Damages in Contract Law:

A Critical Evaluation

Part three: objectives, structure and main ideas **278**

Chapter 10 - The Case Against Punitive Damages in Contract

The Structure of the chapter and its objectives **280**

Section One: Coherence Arguments

Introduction **280**

I. Punitive Damages Contradict the Regime of Contractual Liability **280**

A. The argument **280**

B. The argument criticized **281**

II. Punitive Damages Contradict the Principle of Compensation **282**

A. The argument **282**

B. The argument criticized **283**

Section Two: Fairness Arguments

I. Breach of Contract is Less Severe than A Tort and Therefore Does not Justify Extra-Compensatory Punishment **284**

A. Breach of contract, unlike a tort, does not violate a public norm **284**

1) The argument 284

2) The argument criticized 284

B. Breach of contract is less harmful than a tort 285
1) The argument 286
2) The argument criticized 286
II. Punitive Damages Violate Freedom of Contract 289
A. The argument 289
B. The argument criticized 290
1) Silence of the contract on the subject of punitive damages does not mean rejection of remedy 290
2) Extra-compensatory remedies are compatible with the hypothetical intention of the contracting parties 281
3) Extra-compensatory and punitive sanctions distinguished 293
4) Punitive damages are compatible with the hypothetical intention of the contracting parties 294

Section Three: Utilitarian Arguments

I. Punitive Damages Prevent Efficient Breaches 295
A. The argument 295
B. The argument criticized - preliminary difficulties 296
1) Vagueness of the efficient breach argument: Pareto or Caldor-Hicks Efficiency? 296
2) Semantics, methodology, and what stands behind them 294
C. The argument criticized: Some basic flaws in the efficient breach argument 298
1) Ignoring under-enforcement 299
2) Ignoring under-compensation 300
3) Ignoring litigation costs involved in "efficient breaches" 302
4) Ignoring the long-run negative effects of opportunistic "efficient breaches" 304
D. The efficient breach argument - conclusion 306
II. Punitive Damages Create Uncertainty, Impair Reliance and Deter Contractual Agreements 307
A. The argument 307
B. The argument criticized 308
1) Certainty and efficiency *versus* justice and fairness 308
2) Whose uncertainty? - that of the innocent party or that of the opportunistic party to the contract? 309
3) The uncertainty paradox: uncertainty as factor increasing certainty, security and reliance on contractual agreements 309
4) The uncertainty argument does not explain the distinction between contract and tort 310
5) The uncertainty argument - conclusion 312

Section Four: Other Arguments

A. As the doctrine is harmful, its application should be limited as much as possible 312
1) The argument 312
2) The argument criticized 312
B. Difficulties arising from the need to prove defendant's *mens rea* 312
1) The argument 312
2) The argument criticized 313
C. Existence of covert punitive doctrines in contract law renders punitive damages superfluous 313
1) The argument 313
2) The argument criticized 314

D. Existence of extra-legal sanctions renders punitive damages superfluous 314
1) The argument 314
2) The argument criticized 314

Summary of chapter ten 315

Chapter 11 - The Case For Punitive Damages in Contract

Objectives and structure of the discussion 317

Section One: The "Civil Approach" *Versus* the "Tort Approach" to Punitive Damages

A. Presenting the alternatives: The severity of behavior test *versus* the cause of action test 317
B. The advantage of the "civil approach" compared to the "tort approach" 317
C. The relevance of the cause of action to the existence of outrageous behavior 318
D. The problem with the "tort approach" in the contractual context 320
1) The difficulty of classifying the cause of action in a contractual dispute 320
2) Pure breach of contract not accompanied by tortious behavior 320
3) Pure breach of contract accompanied by tortious behavior 321
4) Breach of contract constituting a tort 321
E. The problem with the "tort approach" in the tort context: Breach of duty in tort, not accompanied by compensable damage 321
F. Illustrating the absurdity of the "tort approach" 322
1) Example No. 1: Outrageous breach of a contract for rent\lease 322
2) Example No. 2: Outrageous failure to supply goods or to perform a service 323
3) Example No. 3: Outrageous negligence in the performance of a contract 323
4) Example No. 4: Outrageous breach of an obligation to pay money 323
5) Example No. 5: Interference with contractual relations 324
6) Analysis of the Examples 324
G. Academic and judicial support for the "civil approach" to punitive damages 325
1) The literature 325
2) The case law 326

Section Two: The Applicability of the General Rationales of the Doctrine in the Contractual Context

The objectives of the discussion 327
I. Justifications for Imposing Extra-compensatory Sanctions for Outrageous Behavior 327
A. Retribution 327
B. Moralistic deterrence 328
C. Efficient (or utilitarian) deterrence 329
1) Structure and objectives of the discussion 329
2) Model I: An extra-compensatory sanction for every breach of contract 329
3) Model II: An extra-compensatory sanction for every opportunistic breach 330
4) Model III: An extra-compensatory sanction for every voluntary breach 331
6) Model IV (the proposed model): An extra-compensatory sanction for every outrageous breach 334
D. Education 337
E. Satisfying the need for revenge 339

II. Justifications for Civil Punishment 339
A. Under-enforcement of the criminal law 339
B. Restraining outrageous behavior outside the criminal law 340
III. Justifications for Entitling the Plaintiff to Receive the Penalty 340

Section Three: Tort Techniques - A Substitute for the Civil Approach?

The objectives of the discussion 340
I. The Tort of Negligence - A Substitute for Recognition of The Doctrine? 341
A. The proposed technique: outrageous behavior in the contractual context as a tort of negligence 341
B. Limitations on the scope of the tort of negligence 341
1) Negligence requires proof of damage 341
2) The limited recognition of pure non-pecuniary loss 342
3) The limited recognition of pure economic loss 343
4) A total failure to fulfill a contractual obligation does not entail tort liability 345
C. The limits of negligence as an alternative to the "civil approach" - a summary 345
II. "Stretching" Tort Law - A Proper Substitute for Recognition of the Doctrine? 346
A. The problem 346
B. Imposing tort liability for breach of contract is artificial 346
C. The "tort techniques" break the conceptual boundaries between the law of tort and other branches of the law of obligations 346
D. A purposeful expansion of the law of tort is not consistent with the demand for judicial integrity 347
E. The tort techniques obstruct the ability of the doctrine to fulfill its objectives, and involve social waste 348
F. The advantages of the "civil approach" compared with its "tort" substitutes 348

Section Four: Integrating Punitive Damages in Theories And Trends in Contract Law

Objective of the discussion 349
I. Integrating Punitive Damages in Theories of Contract Law 349
A. The 'will theory' - contract law as an expression of private autonomy 349
B. The economic theory: contract law as promoting economic efficiency 349
C. Theories of fairness and justice - contract law as promoting moral values 349
D. Promissory theories - contract law as an expression of the duty to keep promises 351
E. Corrective justice - the reliance and restitution theories - contract law as part of the law of obligations 351
F. Contract law as public law 352
G. Distributive justice in the law of contract 352
H. Relational contract theory 354
I. The critical legal studies approach to contract law 355
II. Integrating Punitive Damages in Trends in Modern Contract Law 356
A. From individualism to communitarianism 356
B. From moral neutrality to moral assertiveness 357
C. From form to substance 359
D. The widening recognition of the interrelations between contract and tort 360
1) The hazy boundary between tort law and contract law 360
2) The process of unification of the law of remedies for torts and breach of contract 361

Chapter 12 - Outrageous Behavior in Contract - Typical Categories and Main Considerations

A. Structure and objectives of the discussion 364

B. The test for identifying outrageous behavior in the contractual context 364

Section One: Outrageous Behavior in the Pre-contractual Stage

A. Introduction: The pre-contractual stage as part of the field of contract law 365

B. The sources of obligations governing the parties' behavior in the pre-contractual stage: Tort law, and the duty of good faith in pre-contractual negotiations 366

1) Tort law - the "civil approach" and its implications 366

2) The duty of good faith in pre-contractual negotiations - the "civil approach" and its implications 366

C. Typical examples of outrageous behavior in the pre-contractual stage 367

1) Intentional and injurious misrepresentation 368

2) Abuse of the other party's significant weakness 368

3) Intentional and illegitimate pressure 369

4) Outrageous breach of the duty of good faith and fair dealing in the pre-contractual stage 370

Section Two: Outrageous Behavior in the Performance Stage

I. The Analytical Framework 370

A. The sources of obligations governing the parties' behavior in the pre-contractual stage: Contract law, Tort law, and the duty of good faith in contractual relations 370

B. Outrageous behavior in the performance stage - the "civil approach" *versus* the "tort approach" 371

C. The difficulty to distinguish between an outrageous breach of contract and an outrageous breach of the duty of good faith in its performance stage 371

II. When Does Breach of Contract Amount to Outrageous Behavior? 372

A. Breach of contract as outrageous behavior? 372

B. The case law and literature 373

C. Breaches of contract which do not fulfill the preconditions 374

D. Breaches of contract which do fulfill the preconditions - distinguishing an outrageous from a tolerable breach of contract: A general overview 375

E. The first group of considerations - the dangerousness of the breach 375

1) The type of interest injured or threatened 376

2) The extent of the injury or threat 377

3) The probability that the threat will materialize 377

4) "Substantial breach" as an auxiliary test for identifying a dangerous breach 377

F. The second group of considerations - the 'damage balance' - the damage resulting from breach compared with the damage following performance 378

G. The third group of considerations - the dangerousness of the breaching party 378

1) Consciousness 379

2) Intention 380

3) Motive 380

H. The fourth group of considerations - abuse of significant imbalance of power 381

1) In general 381

2) Imbalance of power flowing from structure of the transaction 381

3) Imbalance of power flowing from lack of expertise or information 382

4) Imbalance of power flowing from economic weakness 382

5) Imbalance of power flowing from physical or mental weakness 382

6) Abuse of imbalance of power in the performance stage - conclusion 383

I. The fourth group of considerations - promisor's attitude towards the promise before breach 384

1) Notice of the intention to breach 384

ooo

nevo.co.il

2) A reasonable and sincere settlement offer - an absolute immunity from punitive damages 384
J. Distinguishing outrageous breach from outrageous behavior - relevant considerations 385
1) A pattern of illegitimate conduct or a one time slip? 386
2) Sincere apology or regret after the breach 386
3) A positive action to repair the loss resulting from the breach or compensate for it 387
III. Other Categories of Outrageous Behavior in the Performance Stage 387
A. "Outrageous breach" *versus* other form of outrageous behavior in the performance stage 387
B. Intentional harm 387
C. Intentional and injurious misrepresentations 389
D. Abuse of significant imbalance of power 389
E, Intentional and illegitimate pressure 389
F. Conscious attempt to escape from liability 390
Summary of section two 390

Section Three: Outrageous Behavior in the Enforcement Stage

A. Outrageous behavior typical to the enforcement stage: An outrageous failure to accept responsibility for the failure of the contract 390
B. The sources of obligations governing the parties' behavior in the enforcement stage 391
C. The need for punitive damages as a sanction for an outrageous attempt to escape liability 391
D. Conscious denial of the duty to perform the contract or of its breach 393
1) Denial of the duty to perform the contract 393
2) Denial of the breach 393
E. Ignoring the duty to compensate the aggrieved party 394
F. Illegitimate pressure on the aggrieved party to withdraw a claim 394
G. Fraudulent promises for compensation 394
H. Abuse of the legal process 394
Summary of chapter twelve 396

Epilogue: Can punitive damages fulfill our expectations? 398
A. Concerns of "Access to Justice" 398
B. Ineffectiveness in protecting public interests? 399
C. The limitations of skepticism 399
D. Looking backward into the past and forward into the future 401

Appendices

Legislation Proposal ..... appendix 1
Bibliography ..... appendix 2
Table of Contents in English ..... appendix 3
English Abstract ..... appendix 4

Abstract

I. The research question, its objectives, background and methodology

The research question and its objectives

The subject of this study is the Anglo-American doctrine known as "Punitive Damages". This well known legal institution enables a civil court to impose a monetary sanction upon a defendant, with the explicit intention to punish him for his outrageous breach of the plaintiff's rights.

The main purpose of this study is to evaluate the legitimacy of punitive damages as a sanction in Contract Law. I was led to this question, which I define as my research question, by what seemed to me a puzzle - the fact that most legal systems recognizing the doctrine, including Israel, have limited the doctrine's application to actions in tort, while denying its applicability as a remedy in Contract (hereinafter - "the traditional rule"). On the normative level the main object of the study is to question the justification for the existence of this traditional rule, while on the descriptive or positive level, its aim is to examine the extent to which this rule of law is actually applied in practice.

The title of the dissertation highlights three points that should be stressed at the outset. First, punitive damages are not a contractual sanction (originating in the mutual agreement of the parties to a contract) but rather a sanction created and imposed by law. Second, punitive damages are usually not imposed in response to a discrete wrongful act performed by the defendant (i.e. breach of contract, commission of a tort, etc.) but rather in reaction to a continuous pattern of anti-social behavior (including, *inter alia*, a breach of an obligation). Therefore, even when punitive damages are applied in the framework of a civil dispute originating in a breach of contract, they are not a sanction for the breach itself, but rather for the outrageous behavior of the breaching party. For these two reasons, the dissertation was titled "The Punitive Award As A Sanction in Contract" and not "As A Contractual Sanction" or "As A Sanction for Breach of Contract". Finally, it might be added, that term "sanction" was chosen as a substitute to the more common term "remedy", since the main rationales of the punitive award are defendant-oriented (punitive) and not plaintiff-oriented (compensatory, restorative). Therefore, on the level of principle (though usually not in practice) punitive damages could be imposed as a sanction against a defendant, without necessarily being awarded as a remedy to the plaintiff.

The research question from a jurisprudential perspective

The doctrine of punitive damages is a fascinating legal topic. One of the main reasons for this is that it incorporates characteristics of both criminal and civil law: On the one hand, similar to the criminal sanction, the punitive damage award is a monetary penalty which carries a significant moral stigma, and is imposed in reaction to anti-social behavior; while on the other hand - just like other civil sanctions and remedies - it is awarded within a civil procedure administered by a private plaintiff, and usually paid to that plaintiff's pocket. Hence, the doctrine merges ideas and characteristics of both private and public law, thus bluntly challenging one of our most basic legal dichotomies.

nevo.co.il

Indeed, this very fact has been the target of powerful criticisms on the part of the doctrine's opponents, and has been viewed as a good reason to consider it an anomaly in the law. However, today, with the growing recognition that legal categories are a dynamic tool in the hands of those who use them, it is time to re-examine and, if necessary, to challenge and redefine the traditional division between Criminal and Civil Law. The case of punitive damages provides us with a unique opportunity to do so.

The study also examines another jurisprudential boundary - that between the areas of Tort Law and Contract Law. This is one of the most basic and commonly accepted theoretical distinctions in Anglo-American legal jurisprudence, as well as in Israeli Law. For the past two centuries the distinction between Contract and Tort has been the basic concept of legal discourse in faculties of law and in legal literature, and has manifested itself frequently in court opinions and at times, even in statutes. However, even this basic distinction has not gone unchallenged. During the past decades a growing number of scholars and judges have been urging the re-examination of the borderline between these two branches of the Law of Obligations, in order to see if a sharp theoretical separation is actually necessary, or even possible.

The similarity between these fields is most evident in the area of remedies and sanctions, where many distinctions - some real, some illusory - have been losing ground during the past century. This trend is clearly demonstrated in Israel's draft civil code (known as the "Codification Project"), which unifies the principles governing the remedies for breach of a civil obligation, and deals with them in a single chapter.

The traditional rule, the subject of this study, is today thought to be one of the few remaining clear distinctions between the remedial principles in Tort and Contract Law. This study aims to show that the theoretical and pragmatic justifications for this traditional rule are less than convincing, and that the time has come to liberate the civil law from the grasp of this historical limitation on the discretion of the civil courts in applying punitive damages.

Research outside of Israel

In Common Law countries, the homeland of punitive damages, the doctrine has aroused controversy almost since its inception. As early as the middle of the 19th century, its opponents criticized it for being an anachronistic, primitive, dangerous and distorted remnant of ancient laws, which should be abolished from the civil law of remedies, while its advocates strongly believed, that a legal system which strives to do justice and to provide meaningful protection to legal rights, cannot do without it.[1]

[1] The emotions involved in this debate are best reflected in the following words of the Supreme Court of New Hampshire in 1873, which wondered: **"Is not punishment out of place, irregular, anomalous, exceptional, unjust, unscientific, not to say absurd and ridiculous, when classed among civil remedies? What kind of a civil remedy for the plaintiff is the punishment of the defendant? The idea is wrong. It is a monstrous heresy. It is an unsightly and unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of the law..." Fay v. Parker** 53 N.H. 342, 382 (1873, S.C.) (Foster, J.). This judge was so determined to fight the terrible monster, that he urged his fellow judges to use a knife for this purpose: **"..not reluctantly should we apply the knife to this deformity, concerning which every true member of the sound and healthy body of the law may well exclaim - "I have no need of thee!""**. Id., 397. See also **Pike v. Dilling** 48 Me. 539, 544-5 (1861) (Rice, J., dissenting): **"Deeming** [this doctrine] **unsound and pernicious in principle, I cannot concur in engrafting it upon our law… It stands only on contested and doubtful authority. But no**

To the chagrin of its critics, the doctrine established a foothold in Anglo-American and Israeli Tort Law. Public and academic interest in the doctrine accelerated in the United States during the 1980's, together with the increasing expansion of the use of punitive damages in commercial disputes - including contractual cases. This expansion, which was accompanied by a parallel increase in the sums awarded by juries (mainly against large corporations) raised a renewed interest and debate around the question of the doctrine's legitimacy. That debate resulted in many states in a wave of statutory reforms, the object of which was to limit the deterrent effect of punitive damages, and to reduce the fears of a 'floodgate' in civil litigation. Since then, the doctrine has not ceased to be one of the most hotly debated subjects in American law, and to this very day it continues to attract much attention from academics, politicians, and the media alike. *Inter alia*, there has been a growing body of literature dealing directly with the particular role of the doctrine in the contractual context, and the question of its legitimacy in protecting contractual rights.
However, to my knowledge no comprehensive theoretical analysis of the research question exists as of today. Hence, I hope and believe, that this dissertation may contribute not only to the Israeli literature dealing with punitive damages, but also to the ongoing debate which continues to take place abroad.

The state of research in Israel

The academic and juristic debate described above seems to have sidestepped Israeli legal literature and case law. Despite the judicial recognition of the doctrine in Israeli Tort Law, it is actually implemented by the courts very rarely. This reality may explain the paucity of in-depth academic discussion of punitive damages in general and of the research question in particular. Thus, this seems to be the first Israeli attempt to thoroughly and critically examine the basic issues involved in recognition of punitive damages in the Civil Law generally and in Contract Law in particular.

Methodology

This study has a positive-descriptive aspect, and a normative-theoretical aspect. On the positive-empirical level, the study aims to faithfully present the positive law. It is conducted in a "classical" method of legal research, based on analysis of primary legal sources (mainly legislation and case law) and of the legal literature which pertains to them. However, my perception of the positive law is realistic rather than formalistic. Thus, I have strived not only to present the law as it is declared by the courts, but to discover and analyze any discrepancies between judicial rhetoric and the real outcome of the relevant cases.

On the normative-theoretical level as well, this study is a traditional legal research. First, it is mainly a philosophical-theoretical inquiry, and not an empirical study. Second, the normative questions are not examined in this dissertation in the light of a particular ideology (capitalist, communitarian, libertarian, utilitarian, etc.). Nor are

---

number of cases nor weight of authorities, can, in my judgment, relieve the rule of its inconsistency with the universally recognized principles of natural justice, nor free it from the smack of barbarism." On the other hand, compare the enthusiasm expressed by the New York Court of Appeal: **"If a wanton and malicious outrage is committed upon the civil rights of an individual, it would oftentimes be monstrous in justice to confine the injured party, when seeking for redress, to the actual ascertainable damages he may have sustained. Such a rule would be a license to every species of private wrong." Burr v. Burr** 7 Hill 207, 218 (1843) (Court for the Correction of Errors of N.Y.) (Srong, Senator).

they analyzed through the eyes of critical approaches to the law (such as the critical approach to law, the feminist approach, etc.) which challenge the very legitimacy of the legal system itself. In contrast, like many other legal studies, the present work aims to explore the various arguments and considerations which may be raised in this context, whatever their ideological attribution. In this regard, I have chosen a pragmatic and pluralistic research method, through which I wish to weigh the accumulative value of a variety of arguments - liberal, communitarian, deontological, consequential, utilitarian, formalistic and realistic. In this way I hope to enrich the theoretical discussion around the institution of punitive damages, and to provide Israeli policy-makers a wide infrastructure, on which they can reach decisions on the issues raised in this research, and evaluate its practical recommendations.

II. The Thesis: My Position on the Research Question

The thesis is structured on two levels. The discussion on both levels led me to the conclusion that punitive damages play an important role in contemporary civil law, not excepting Contract Law.

The first level of the thesis

Recognition of a civil sanction such as punitive damages involves both conceptual and pragmatic concerns. The preliminary question therefore is, whether there are grounds to totally deny the legitimacy of punitive damages as a civil doctrine. After examining the fundamental issues involved in the recognition of a punitive institution such as the punitive damages doctrine, this study finds that this institution is not only desirable but necessary in a modern legal system seeking to prevent outrageous breaches of legal rights. The main advantage of the doctrine in this respect is in the fact that it targets manifestations of anti-social behavior, which the traditional mechanisms of both the criminal law and the civil law of remedies fail to confront effectively. Moreover, I believe that most of the doctrine's problematic aspects may be overcome by introducing a number of modest changes in the rules regarding its application, without "throwing the baby out with the bathwater." In short, my position on the preliminary question formulated above is, that punitive damages are a desirable legal tool in every modern legal system. The Israeli civil legal system would therefore do well to adopt this doctrine as a legitimate sanction in civil law, and to implement it whenever the reactions of the criminal law and traditional civil remedies seem wholly inadequate in protecting the individual from flagrant breaches of his legal rights.

The second level of the thesis

The conclusion arising from the discussion of the first level contains the presumption that punitive damages may be awarded, in the appropriate case, for an outrageous breach of contract, just as they can be justified when an outrageous wrong gives rise to liability in Tort. However, there may be special considerations relevant to Contract Law, which might contradict this assumption and justify limiting the doctrine to Tort Law. On the other hand, there may be considerations which support its application in the area of Contracts. Discussion of these matters constitutes the second level of the theoretical part of my research. After reviewing the arguments for and against application of the doctrine in the contractual context, I reach the conclusion that there are no good reasons for excluding the doctrine from Contract Law, and that the

nevo.co.il

general rationales and justifications of the doctrine are applicable to contractual relations, and do not contradict any of the principles or values contract law is based upon.

The main reason why there is a need for an extra-compensatory punitive response for some breaches of contract is, that problems of under-compensation and under-enforcement are not limited to the commission of torts, but exist in the contractual context as well. These problems give rise to the phenomena known as the opportunistic breach of contract, that is, a breach which is committed consciously with the intent of taking advantage of the vulnerability of the injured party, the deficiencies of the legal system or both, in order to escape responsibility. These opportunistic breaches are morally offensive in themselves, and may cause great social and economic damage - both direct and indirect. They contradict basic values of Contract Law, namely - free will, sanctity of obligations, good faith and economic efficiency. Whenever an opportunistic breach is committed under aggravating circumstances, it should be considered an "outrageous breach of Contract". This sort of outrageous breach, as well as other characteristic forms of outrageous behavior typical to the contractual relationships (such as fraud, coercion, exploitation, malicious ill treatment and the like) deserve to be abolished just as much as do parallel forms of behavior in tort cases.

The integration of the thesis in the wider legal approach of the research

The thesis reflects my personal legal outlook. I see the rules of obligations in private law as one integrated system with similar objectives and characteristics throughout the various areas of private law. The main objective of the law of obligations is, in my view, to determine norms of behavior and to provide just and efficient resolution of conflicts resulting from breach of these norms. In this respect, Contract Law is no different from Tort Law. Both fields determine obligations and punish their breach. This formulation of the objectives of the law of obligations highlights its punitive aspect, and thus points to the conceptual similarity not only between various areas of private law, but also between private law itself and criminal law. In this sense, private law is not "private" at all, but public law, the "private" side of which is reflected only in its being initiated and administered by individual victims of breaches of the law.

True, it is undeniable that traditional civil sanctions - which are usually commensurate with the victim's injury - cannot effectively fulfill the punitive targets, just as the lack of restorative sanctions in criminal law limits its ability to correct wrongful injuries. In order to overcome these drawbacks, both the civil and criminal law must be willing to accommodate change in order to improve their ability to influence behavior more effectively, and to settle concrete disputes more justly and wholly. Such an endeavor requires legislators, judges and other policy-makers to free themselves from entrenched axioms and distinctions which limit the law's ability to achieve its social goals. Recognition of punitive damages as a general civil sanction would reflect such flexibility of thought. Alongside other legal concepts bridging the gap between criminal and civil law, punitive damages may help both to better fulfill their common objectives.

III. Recommendations for Reform in Israeli Law

The legislation proposal and its objectives

The main purpose of this study was to look into the status of punitive damages in Contract Law. Nevertheless, as explained above, the answer to this question necessitated delving into the character, justifications and means of application of punitive damages as a general civil doctrine. While studying these questions I found myself pondering on possible practical solutions - some known, some new - to the problems raised by the doctrine in its countries of origin.

The proposal annexed to this dissertation attempts to concentrate its main conclusions and recommendations into a coherent statutory scheme. It recommends to clearly establish the preconditions required for the application of the doctrine and the definition of outrageous behavior, as well as main considerations relevant to finding behavior to be "outrageous". In Israel, adoption of the propositions of this study would most probably necessitate primary legislation, for various reasons. First of all, as explained in the sixth chapter, in Israel's present constitutional situation imposing punitive damages in contractual cases - and perhaps even in tort cases - requires explicit legislation. Second, it seems somewhat unrealistic to expect the courts to develop in a short time a systematic and generally agreed upon set of principles for the proper application of the doctrine (unless they happen to fully adopt my recommendations). Third, generally speaking, until today the courts in Israel have usually revealed a conservative and restricted approach towards the use of the doctrine. In the face of this reality, the chances are slim that the courts will initiate a sharp turn in their policy and widely expand the scope of the doctrine without a formal go-ahead from the legislator. Fourth, adoption of the doctrine according to the recommendations proposed in this study could have far reaching implications on the Israeli legal system, as well as on society, and will probably raise many objections. Therefore is may be more appropriate to adopt such a dramatic reform after an open public discussion, and a democratic decision in parliament.

The proposal includes recommendations for:

1) Establishment of a clear and explicit statutory basis for the authority of civil courts to impose punitive damages, and definition of punitive damages as a civil sanction.
2) Expansion of the existing doctrine in Israeli law so that it could potentially apply not only to causes of action in Tort, but to any claim involving breach of a civil obligation, contractual, or otherwise.
3) Imposing punitive damages for creating a risk which was not ultimately realized, thus further broadening the application of the doctrine in Tort Law as well. According to my proposal, every conscious and outrageous breach of a legal obligation may result in award of punitive damages, even if a right for compensation was not proved, thus enabling claims for punitive damages on the basis of a breach of duty of care (or a statutory duty) even without proof of actual damage.
4) Providing a clear and more accurate definition of "outrageous behavior" - the basic test for the application of the doctrine.

nevo.co.il

5) Differentiation between the preconditions required for the application of the doctrine, and the accumulative ultimate test required in addition to these.

6) Requiring the defendant's *de facto* awareness of his deeds and their legal significance, as a *sine qua non* for imposing punitive damages.

7) Establishing the main considerations a court should take into account when deciding if a certain act which meets the preconditions constitutes "outrageous behavior".

8) Establishing the main considerations a court should take into account when deciding if a defendant's outrageous behavior justifies imposing punitive damages, and the appropriate sum to be awarded.

9) Defining the circumstances under which punitive damages should never be awarded, notwithstanding the fact that the defendant's behavior was outrageous.

10) Procedural guarantees which could significantly reduce the fear of abuse of the civil process, double jeopardy or double punishment.

11) Increasing the burden of proof by requiring that outrageous behavior be proved on the basis of an "unequivocal evidence" standard.

12) An equal division of the sum awarded as punitive damages between the injured party and the state treasury (or other public authority).

13) A flexible cap on punitive damages, enabling the courts to flexibly match the intensity of the sanction to the severity of the defendant's behavior and the need to deter it, while nevertheless enabling the potential punitive damages defendant to estimate the maximum penalty that his behavior might entail.

IV. Structure, Contents and Main Contributions of the Dissertation: A Summary

The structure of the discussion: A general overview

The study consists of four parts, covering twelve chapters. The first part presents the definitions, concepts and historical background necessary for the discussion of the research question.

The second part examines the positive law.

The third and fourth parts deal with theoretical and critical aspects of the research question: The third part looks into the first level of the thesis which - as described above - deals with the basic problems the doctrine of punitive damages raises in any civil context; The fourth part explores the second level of the thesis, dealing with specific questions concerning the possible application and legitimacy of the doctrine in the field of Contract Law.

The innovative aspects of the dissertation

The study attempts to give a fresh examination of the punitive damages doctrine, in hope to contribute in various aspects to the existing literature. The dissertation's contributions may be divided into five different categories:

1) Methodological innovations (offering new definitions or classifications of terms and questions pertaining to the subject);
2) Historical innovations (offering a new explanation for the historical origin of the traditional rule);
3) Innovations enabling better understanding of the complexity of the present law on punitive damages;
4) Innovations on the theoretical and normative levels, namely - developing new arguments, justifications and criticisms, evaluating the existing ones, and pointing out necessary reforms of the positive law on punitive damages.

Below is a summary of the dissertation's main contents and contributions, presented by chapter.

Part One (Chapters 1-2)

Chapter 1

This chapter is an introduction to the doctrine of punitive damages - terms, definition, characteristics, comparison to similar doctrines and brief review of traditional justifications of the doctrine. I propose a new definition for punitive damages which reflects more precisely the consensus in judicial decisions and in legal literature regarding the characteristics of the doctrine. Note, that in Hebrew the term for "punitive damages" is misleadingly translated as "punitive compensation". I believe the latter term should be abandoned in favor of adopting the term "punitive award" which is a more accurate translation of the English term "Punitive Damages".

The chapter also highlights similarities and differences between punitive damages and other civil sanctions containing significant punitive aspects, such as aggravated damages, restitutionary damages, contractual penalties and contemptuous damages.

Chapter 2

The second chapter describes the history of punitive damages as a civil sanction and of the traditional rule forbidding the application of the doctrine in contractual claims. The historical review begins with ancient legal systems, including Jewish law. It journeys through the Middle Ages and ends in the 18th century, when punitive damages became an official practice in the English Common Law of Torts. The discussion then focuses on the possible causes for the establishment of the traditional rule. I hope this chapter may contribute to the understanding of the doctrine's development in a number of aspects:

1) Portrayal of the established role of punishment in the history of civil law, stressing the differences between the multiple damages customary in the ancient world and modern punitive damages.
2) Clarification of the historical background for the establishment of the modern doctrine in the Common Law of Torts.

nevo.co.il

3) Criticism of the commonly accepted historical explanation for the development of the traditional rule, and proposal of an alternative explanation for the entrenchment of the historical distinction between actions in Tort and in Contract regarding the application of the doctrine.
4) Noting the connection between the ideological objection to recognition of punitive damages as a sanction in contractual cases and the characteristics of the classical theory of Contract Law. This serves as a background for evaluation of the research question today, when Contract Law is showing signs of moving away from the principles of the classical theory.

Part Two (Chapters 3-6)

As mentioned above, most of the countries which recognized the doctrine adopted a rule forbidding the award of punitive damages in contractual claims. The second part of this study focuses on the exceptions which developed to sidestep the traditional rule. It attempts to clarify how and to what extent the doctrine infiltrated from the area of Tort to that of Contract.

Chapter 3

This opening chapter presents the doctrine's status in Tort Law. I found this necessary, despite the dissertation's focus on the contractual context, because it enables a better understanding of the complex situation in Contract Law. The doctrine is recognized in Tort Law by most Anglo-American legal systems as well as in Israel. However, it is generally not recognized either in Tort Law or in Contract Law by Continental legal systems. Nevertheless, in a number of Continental legal systems, one may identify remedial doctrines with punitive elements, which to a certain degree play a role similar to that of punitive damages in Common Law.

Chapter 4

The first section of this chapter examines the traditional conservative approach of English law, which does not allow award of punitive damages in purely contractual claims. This approach is entrenched in the majority of Commonwealth jurisdictions. **The second section** examines the unique liberal approach of Canadian law. Since the 1980's, Canadian courts and scholars have expressed a willingness to divert from the traditional rule, which eventually led to its abandonment.

Chapter 5

This chapter presents the complex status of the doctrine in the United States. Although it seems that on a declarative level the traditional rule is considered a basic principle of Contract Law, the situation in practice is decidedly different. In fact, in most states, the traditional rule has never been an overriding prohibition. As early as the mid-19th century exceptions to the rule appeared, and they have been expanding to this day. The erosion of the traditional rule evolved *via* various judicial techniques, which creatively and liberally interpreted the classic exception to the rule, known as the "Independent Tort Exception". Thus, from time to time, the courts created new exceptions to the traditional rule and increased the potential for application of punitive damages in contractual cases, far beyond what was permitted by the narrow historical exceptions. Moreover, in some states, case law abandoned the conservative tort rhetoric and explicitly ruled that the doctrine could be applied in appropriate contract

cases, without reverting to a construction built on the supposed commission of a tort. I will refer to this as the "civil approach to punitive damages", for it sets a common test for the application of the doctrine in any civil context, including the contractual context. This is opposed to the "tort approach", which is accepted by most of the legal systems recognizing punitive damages, and which requires establishment of a cause of action in tort as a precondition for applying the doctrine. The objectives of this chapter are:

1) To review the complex and varied state of the law in various Federal States.
2) To present the modern exceptions to the traditional rule that developed in American Law and reveal the theoretical connection between them.
3) To highlight the artificiality of attempts to apply the doctrine in contractual cases on the basis of the "tort approach" This constitutes the background to my argument supporting the "Civil approach", presented in Part Four.

Chapter 6

This chapter examines the legal situation in Israel. But for a few special statutes imposing additional damages for bad faith delay of wages, insurance payments, etc., there is no general authority in Israeli Law to award punitive damages for a breach of contract.

However, my view is that the absence of legislation does not necessarily indicate an objection to the doctrine. As for case law, I have found that despite a number of *obiter dicta* in the Supreme Court concerning punitive damages in contractual cases, there is no precedent on the subject. Furthermore, over the past two decades the Israeli courts have increasingly tended to take punitive considerations into account in constructing contractual remedies. This tendency may lay the ground for acceptance of punitive damages as a remedy in Contract Law, if this possibility is eventually recognized by the courts or by the legislator. But, as awarding punitive damages may impeach both the proprietary rights and the dignity of the defendant, any precedent or legislation would have to fulfill the constitutional, formal and material terms set forth in Basic Law: Human Dignity and Freedom. This chapter's contributions are mainly:

1) Pointing out the vagueness of the legal situation in Israel concerning the award of punitive damages in contract cases, and to the relevant legal sources - both direct and indirect - that may serve to clear this uncertainty.
2) Exposing the recent tendency of the Supreme Court to develop Contract Law and to adopt remedial doctrines with significant punitive aspects. This tendency increases the chances of adopting punitive damages as a contractual remedy.
3) Discussing the possible methods to formally base the doctrine in Israeli law.
4) Clarifying the constitutional status of the doctrine.

Part Three (Chapter 7-9)

The third part discusses the justification for punitive damages as a civil sanction. Each chapter deals with one of three basic problems the doctrine raises in any civil context. This differs from the usual method of analyzing the doctrine, and its importance is in presenting the problems discussed in the literature in a new way which enables better understanding of the complex relationship between the various justifications of the doctrine.

nevo.co.il

Chapter 7

The first basic problem raised by the concept of punitive damages is whether there is justification to impose on a defendant a punitive extra-compensatory sanction for his "outrageous behavior". This involves three secondary questions:

1) What constitutes "outrageous behavior"?
2) What justifies deviating from the well entrenched compensatory standard applied in civil cases, by imposing an extra-compensatory sanction on a defendant?
3) What justifies using this extra-compensatory sanction in order to achieve punitive goals?

These questions are discussed in the seven sections of this chapter:

The first section attempts to formulate a concrete definition of the term "outrageous behavior". Although there is no systematic academic discussion of this term in case law or legal literature in Israel or elsewhere, I believe that a wide consensus does exist as to the preconditions for an award, and as to the ultimate requirement for a significant deviation from social standards of conduct. I have tried to retain this common core in my proposal for the following definition:

> **"*Outrageous behavior* - behavior which reflects a significant deviation from every reasonable standard of behavior, and is expressed in an wrongful act that injured the plaintiff or put him at material risk, and that was committed with awareness of the act itself and of the risk to the plaintiff or to others, as well as to the unlawfulness of the act."**

The second section examines the principle of retribution, a possible justification for the doctrine, in light of three moral principles which stem from it - the fault principle and the demands for fair notice and proportionality. Analyzing the doctrine in light of these principles has persuaded me that retribution is a solid moral justification for inflicting extra-compensatory punishment on defendants for outrageous behavior.

The third section looks at the rationale of deterrence as an alternative justification for punishing outrageous behavior. It refers to the traditional analysis of retribution as it appears in most of the sources dealing with the doctrine of punitive damages. My main argument is that the traditionally broad recognition of the deterrence rationale for punitive damages is based on viewing deterrence as a means to prevent moral wrongs. I have called this concept "moral deterrence". This non-utilitarian concept should be differentiated from the utilitarian concept of deterrence as a means to maximizing wealth or happiness. After introducing the traditional explanation of the doctrine in terms of deterrence, I point out the questions it raises in terms of the need to deter undesirable conduct, and attempt to answer them according to both moral and utilitarian views of the deterrence rationale. I find that while the justification for extra-compensatory penalization is nearly inherent to the former outlook, the answer to the question is more complicated and even controversial according to the latter. Next, assuming that deterrence of outrageous behavior is indeed desirable, I discuss the circumstances under which an outrageous behavior might call for extra-compensatory sanctions in order to be deterred. Finally, I present the arguments raised in the literature against the doctrine in terms of deterrence. My conclusion is that deterrence of outrageous private wrongs is desirable, and that in many cases their eradication will necessitate an extra-compensatory sanction.

nevo.co.il

The fourth section of the chapter is dedicated to an economic analysis of the justification for applying extra-compensatory sanctions to outrageous behavior. As opposed to more classic "moral deterrence" approach, the economic-utilitarian analysis assumes that deterrence of injurious and harmful behavior is justified only to the extent that its social cost is greater than its social benefit. After reviewing and criticizing the economic explanations and finding them lacking, this section attempts to provide a fuller and more satisfactory economic explanation and justification for the characteristics of the punitive damages doctrine discussed in this chapter.

The fifth section examines a few additional justifications found in the case law and literature for punishing outrageous behavior, namely - education, satisfaction of feelings of revenge, prevention of unjust enrichment, and compensation. I argue that the two former rationales play a significant role in justification of the doctrine, as opposed to the latter two, which provide only partial and thus unsatisfactory justifications.

The sixth section looks into a number of objections which may be raised against the extra-compensatory punishment of outrageous behavior. First, in terms of fairness, is the argument of the principle of legality, and the argument against using the law to enforce moral values. Additionally, I discuss some consequentialist objections, such as the argument that existing legal and extra-legal sanctions render punitive damages superfluous for the prevention of outrageous behavior, and the argument that apprehends the doctrine's negative influence on the administration of the civil justice.

The seventh section deals with the possible conceptual contradiction between the principle of corrective justice and the award of extra-compensatory punitive sanctions for private wrongs. I argue that the principle of corrective justice, considered by many as a guiding principle in private law, may be given a broader meaning, which includes - rather than excludes - the idea of retributive justice. In my opinion, fully compensating for a wrong - even if possible - will, in many cases, be inadequate in order to correct the moral imbalance created by the violation of the plaintiff's right. In cases of intentional and unjustified violations of rights, the moral principles of freedom, dignity and equality that underlie corrective justice itself may require extra-compensatory punishment, in order to provide meaningful correction of the wrongful violation the plaintiff's rights.

Chapter 8

The second basic problem pertaining to punitive damages is that even if under certain circumstances a breach of a contractual obligation may justify extra-compensatory punishment, it is not clear why this punishment must be administered in the context of a civil procedure, the role of which is to remedy wrongs. Is not criminal law the natural and most proper arena for dealing with anti-social behavior? Will this implementation of punishment in the civil context not cause excessive and illegitimate infringement of liberty? Surprisingly enough, to date there has been little academic discussion on these issues, notwithstanding the fact that the fiercest criticism against the doctrine has been aimed exactly at this characteristic. The eighth chapter attempts to fill this gap and to reach a conclusion regarding the second basic problem after presenting the arguments for and against civil punishment.

nevo.co.il

The first section of the chapter presents and criticizes three arguments which may be raised against civil punishment:

1) A coherence argument, which views punishment, almost by definition, as foreign to civil law
2) The libertarian argument, which point to the danger of excessive infringement of individual freedoms.
3) The 'slippery slope' argument which voices the concern that recognition of extra-compensatory sanctions will lead to parallel legitimization of under-compensatory remedies, thus infringing upon the right of the injured plaintiffs to be fully compensated for wrongs committed against them.

The second section presents arguments supporting civil punishment. It deals with the possible justifications for punitive civil sanctions in general, and punitive damages in particular. My view is that punitive civil sanctions play an important social role, as they enable the legal system to deal with anti-social phenomena, which traditional criminal law has not been able to deal with successfully. There are three main reasons for this failure of the criminal law. First, it has long been recognized, that the criminal law in modern legal systems has been suffering from an ever increasing problem of under-enforcement. Second, traditional criminal law does not provide sufficient protection against intentional injuries to economic and psychological interests. Third, criminal procedure (which is complex, expensive, and is characterized by heavy stigma and a risk of incarceration) is unsuitable for dealing with certain forms of anti-social behavior which do not justify the kind of treatment offered by the criminal law and procedure.

On the other hand, civil procedure may accomplish this task quite successfully if armed with purely criminal sanctions such as punitive damages. This is mainly because the action for punitive damages is initiated by an individual motivated by monetary and non-monetary incentives, independent of the public enforcement system. Moreover, this sanction is aimed against every conscious and serious breach of rights, irrespective of the type of interest infringed. It is applied in the framework of an inexpensive and expedient civil procedure, and most of all, it is more appropriate for dealing with anti-social actions which do not justify a long term stamp of disgrace or deprivation of physical freedom.

Chapter 9

Even assuming that imposing an extra-compensatory punitive sanction for outrageous behavior by a civil court may be justified, the question arises why this monetary award should be paid to the victim rather than to the state. It may be argued that awarding punitive damages to the private plaintiff, who by definition has already been fully compensated for the wrong, is an undeserved windfall that might encourage greedy plaintiffs to file groundless lawsuits.

The traditional objections to this characteristic of the doctrine are based upon notions of fairness and benefit. Its traditional justification has usually pointed to the need to encourage plaintiffs to take the burden of bringing wrongdoers to justice. My stand, contrary to what is commonly agreed, is that there are reasons of fairness and efficiency for awarding an extra-compensatory remedy to victims of outrageous behavior. However, I feel that the moral need to prevent excessive enrichment, alongside the utilitarian need to keep a balanced incentive for the private enforcement

of the law, justify dividing the punitive award between the injured party and the state treasury (or any other public body delegated for this purpose). For reasons detailed in the chapter, I recommend maintaining an equal division of the award.

Part Four (Chapters 10-12)

The fourth part is dedicated to an examination of the role of punitive damages in Contract Law and a critical evaluation of the traditional distinction between Tort and Contract created by the traditional rule, regarding the application of the doctrine. Our starting point is the conclusion, reached in the previous part of the dissertation, that there is a *prima facie* general case supporting recognition of a wide application of the doctrine whenever an outrageous infringement of rights occurs.

Chapter 10

The tenth chapter examines the arguments supporting the traditional judicial rule banning the award of punitive damages in contract actions. The chapter presents and develops a wide range of arguments, including fairness and utility as well as coherence arguments, and finds that none of them justifies the traditional distinction in question.

Chapter 11

This chapter presents the general case for wide recognition of punitive damages in the contractual context.

The first section of the chapter clarifies the theoretical and practical advantages of the "civil approach" to punitive damages, as opposed to its traditional counterpart, the "tort approach".

The second section examines the question of applicability of the general rationales of the doctrine to contractual relationships. The purpose of the discussion is to show that the moral, social and economic rationales which justify punitive damages in tort cases are largely relevant and applicable in the contractual context. The main reason for this is that outrageous behavior exists in the realm of Contract as well as in that of Tort, and there is the same fear that the usual sanctions will not deter opportunistic breaches of contract or other forms of anti-social behavior in the contractual sphere.

The third section deals with the possibility of applying the doctrine in Contract Law by an expansion of Tort Law, without the need for "revolutionizing" the positive law by explicitly abolishing the traditional rule. I find this method to be problematic, although it may enable a wide application of the doctrine in the area of contracts, and believe it is preferable to explicitly recognize punitive damages as a legitimate sanction for outrageous breaches of contract.

The fourth section examines the possible integration of punitive damages in general theories and modern trends in Contract Law. Analysis of these has persuaded me that the doctrine of punitive damages does not contradict most theories of Contract Law, and may even be viewed as their natural consequence. Moreover, the recognition of punitive damages as a legitimate sanction in Contract Law harmonizes well with the changes this branch has been going through during the past decades. Those changes reflect a shift from individualism to community values and from form to substance, and a growing tendency of Tort and Contract principles to converge, especially in the field of remedies.

Chapter 12

The final chapter of this dissertation aims to pour more concrete content into the term "outrageous behavior", by focusing on its typical manifestations in the contractual and pre-contractual contexts. I identify and outline the main categories of behavior which might justify imposing punitive damages on a party to a contract or to pre-contractual negotiations.

Besides defining the typical forms of anti-social behavior which might deserve extra-compensatory punishment in contract cases, this chapter attempts to establish guidelines, which I believe to be most relevant to evaluating the degree of wrongfulness in an act, *inter alia*, a breach of contract, and to deciding whether it deserves to be considered "outrageous" or not.

It should be noted that although this chapter focuses on the contractual context, it is relevant to the application of the doctrine in other contexts, including Tort Law. This is due to the fact that most modes of outrageous behavior typical to contractual relations may occur outside the contractual context as well. The same is true for the guidelines mentioned above, which are relevant for assessing the severity of any wrongful behavior, including tortious behavior. The discussion in this chapter is therefore relevant for modeling punitive damages not only in Contract Law, but as a general doctrine in modern civil law.

* * *